

Sonia Calaza López
José Carlos Muínelo Cobo
(Directores)

Mercedes de Prada Rodríguez
(Coordinadora)

EL IMPACTO DE LA OPORTUNIDAD SOBRE LOS PRINCIPIOS PROCESALES CLÁSICOS: ESTUDIOS Y DIÁLOGOS



EL IMPACTO DE LA OPORTUNIDAD
SOBRE LOS PRINCIPIOS PROCESALES CLÁSICOS:
ESTUDIOS Y DIÁLOGOS

SONIA CALAZA LÓPEZ
Catedrática de Derecho procesal, UNED

JOSÉ CARLOS MUINELO COBO
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, UNED
(Directores)

MERCEDES DE PRADA RODRÍGUEZ
Directora Centro de Estudios Garrigues
(Coordinadora)

EL IMPACTO
DE LA OPORTUNIDAD
SOBRE LOS PRINCIPIOS
PROCESALES CLÁSICOS:
ESTUDIOS Y DIÁLOGOS



Este libro se ha confeccionado en el marco de dos Proyectos de investigación consecutivos: primero, el Proyecto I+D+I de Excelencia titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2021; y segundo, el Proyecto I+D+i de Generación de conocimiento y Fortalecimiento científico y tecnológico, titulado «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio», del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-100, desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024. De estos dos Proyectos son Investigadores Principales los Directores de esta obra: Profres. Calaza López y Muinelo Cobo.

1.ª edición, 2021

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2021, by Sonia Calaza López, José Carlos Muinelo Cobo, Mercedes de Prada Rodríguez y otros
Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-413-0
Depósito legal: M-20771-2021

Preimpresión y producción:
Dagaz Gráfica, s.l.u.
Printed in Spain - Impreso en España

Índice

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	15
Capítulo 1. Principio de oportunidad en vía administrativa: la distinta naturaleza de algunas de sus manifestaciones y su incidencia en el control jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.	17
<i>María Burzaco Samper</i>	
I. ENCUADRAMIENTO DEL PROBLEMA.	17
II. LA CLEMENCIA	18
1. <i>La previsión del artículo 62.4 LPAC y su alcance.</i>	18
2. <i>El programa de clemencia en el ámbito de defensa de la competencia y algunas novedades en la reciente reforma operada por RD-Ley 7/2021</i>	20
3. <i>Algunos apuntes sobre los sistemas de clemencia.</i>	23
III. MODOS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR QUE COMPORTAN UNA REBAJA EN LA SANCIÓN	23
1. <i>El pronto pago de la sanción y sus implicaciones. El artículo 85 LPAC: análisis crítico.</i>	23
2. <i>Un ejemplo de auténtica terminación convencional del procedimiento sancionador: el artículo 52 LDC.</i>	26
IV. NATURALEZA DE LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL CONTROL JURISDICCIONAL	29
1. <i>La discrecionalidad en la decisión sobre terminación convencional del artículo 52 LDC.</i>	29
2. <i>Implicaciones del pronto pago en el posterior control jurisdiccional: las inquietantes discrepancias judiciales. El ejemplo de los conflictos sobre las sanciones durante el estado de alarma</i>	31
V. CONCLUSIONES	36
VI. BIBLIOGRAFÍA	37
Capítulo 2. Extrajudicial & Judicial Tech	41
<i>Sonia Calaza López</i>	
I. INTRODUCCIÓN.	41
II. EXTRAJUDICIAL TECH	44
III. JUDICIAL TECH	52
IV. UN ESCENARIO NUEVO: IA.	58
V. CONCLUSIONES	63
VI. BIBLIOGRAFÍA	64

Capítulo 3. Heisenberg en el proceso contencioso-administrativo . . .	69
<i>Raúl C. Cancio Fernández</i>	
I. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD	70
1. <i>Crisis del principio de legalidad.</i>	71
2. <i>La conformidad tributaria.</i>	73
3. <i>El criterio de oportunidad escapa del originario ámbito fiscal</i>	74
II. EL TANTO DE CULPA Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	78
1. <i>Remisión del expediente tributario a la vía penal.</i>	78
2. <i>La sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019 (RO 85/2018; ECLI:ES:TS: 2019:3146).</i>	83
III. REFLEXIÓN FINAL	85
Capítulo 4. El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: acusación popular y justicia restaurativa	89
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	
I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD VERSUS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	89
II. ACCIÓN POPULAR	98
1. <i>Origen y concepto.</i>	98
2. <i>Tratamiento de la acción popular en el Anteproyecto</i>	100
A) Límites a su ejercicio	100
B) Límites subjetivos	101
C) Límites objetivos	101
D) Control judicial.	108
III. JUSTICIA RESTAURATIVA. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	111
1. <i>Modelos de justicia</i>	111
2. <i>Origen y concepto de la Justicia restaurativa</i>	114
3. <i>La justicia restaurativa en el Anteproyecto</i>	115
A) Principios por los que se rige	115
B) Fases en las que cabe	117
C) Procedimiento de justicia restaurativa.	118
a) Desarrollo del procedimiento	118
b) Ámbito objetivo de aplicación	119
c) Efectos de los acuerdos adoptados en fase de juicio oral y ejecución.	123
IV. BIBLIOGRAFÍA	128
Capítulo 5. El principio de oportunidad: experiencias en el proceso penal español.	131
<i>José Miguel de la Rosa Cortina</i>	
I. IDEAS GENERALES	131
II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL JUICIO POR DELITOS LEVES	142
III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.	147
1. <i>Ideas generales</i>	147

2. <i>El desistimiento</i>	151
3. <i>Mediación y reparación</i>	154
4. <i>Otras vías desjudicializadoras</i>	162
IV. BIBLIOGRAFÍA	163
Capítulo 6. ¿Por qué no se conforman los culpables?	167
<i>Pedro Díaz Torrejón</i>	
I. INTRODUCCIÓN.	167
II. PRINCIPIOS QUE APOYAN LA NECESIDAD DE LA CONFORMIDAD.	170
1. <i>Número total de asuntos penales en España: delitos en masa</i>	170
2. <i>Porcentaje de conformidad: muy lejos del sistema americano</i>	172
3. <i>Límites a la conformidad: excluye el sumario ordinario</i>	172
4. <i>El Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, no nos pagan más por acusar, ni existe productividad por sentencias condenatorias, ni incentivos por conformidades</i>	173
5. <i>Ámbito de la negociación: la pena. Quien hace jugosa una conformidad es el legislador con su marco normativo, pero no es imperativa</i>	173
6. <i>En ocasiones negar la conformidad es conducirnos al juicio del absurdo</i>	174
7. <i>La posibilidad de que tras un juicio con todas las garantías, se dicte una sentencia absolutoria es real: existe una expectativa razonable de absolución</i>	174
8. <i>Para el dictado de una sentencia condenatoria concurren más de una «garantía de seguridad»</i>	175
III. CONCLUSIÓN	175
Capítulo 7. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal	177
<i>Juan Ignacio Fuster-Fabra Toapanta</i>	
<i>José Carlos Vélasco Sánchez</i>	
I. INTRODUCCIÓN. UNA APROXIMACIÓN CONTEXTUAL.	177
II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020	178
III. EL MINISTERIO FISCAL EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020	179
IV. LA MEDIACIÓN PENAL.	180
V. LOS «AFORAMIENTOS» Y LOS ¿«INDULTOS»?	183
VI. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. UNIFICACIÓN GENERAL O SINGULARIDAD	187
Capítulo 8. La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal	189
<i>Marta Gisbert Pomata</i>	
I. INTRODUCCIÓN.	189
II. LAS DISTINTAS CONFORMIDADES EN LOS DIFERENTES PROCESOS PENALES.	193
1. <i>La conformidad en el proceso ordinario por delitos graves</i>	193
2. <i>La conformidad en el procedimiento abreviado</i>	198
3. <i>La conformidad en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos</i>	209
4. <i>La conformidad en el proceso por aceptación de decreto</i>	213

5. <i>La conformidad en el procedimiento ante el tribunal del jurado</i>	214
III. LA CONFORMIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020.	218
1. <i>Regulación</i>	221
2. <i>Aspectos generales y requisitos</i>	222
A) Eliminación del límite penológico	222
B) Consentimiento libre y pleno conocimiento de sus consecuencias	223
C) Pluralidad de encausados	223
D) Conformidad sobre la responsabilidad civil	225
E) Competencia	225
F) Plazo preclusivo	226
3. <i>Procedimiento</i>	226
A) Solicitud	226
B) Control judicial de la Conformidad	229
C) Comparecencia, ratificación y homologación	230
D) Sentencia e impugnación	231
IV. BIBLIOGRAFÍA	232
Capítulo 9. Principio de oportunidad y violencia de género	235
<i>Mercedes Llorente Sánchez-Arjona</i>	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	235
II. SOBRE LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A NUESTRO PROCESO PENAL.	236
III. LA CONFORMIDAD EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	238
IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.	240
V. LA MEDIACIÓN PENAL Y SU PROHIBICIÓN EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	246
1. <i>Marco legal de la prohibición de acudir a la mediación</i>	246
2. <i>El controvertido debate sobre la posibilidad de mediar en violencia de género</i>	249
3. <i>Reflexiones de política criminal y propuestas de lege ferenda</i>	254
VI. BIBLIOGRAFÍA	256
Capítulo 10. A un paso de la eclosión de la oportunidad en el proceso penal	259
<i>Verónica López Yagües</i>	
I. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO. SU LEGITIMACIÓN	259
1. <i>El principio de legalidad rector y límite en el ejercicio de ius puniendi estatal</i>	261
2. <i>El proceso como instrumento de autolimitación del Estado en la aplicación del Derecho Penal</i>	263
II. EL PROCESO QUE ACOGE EL SISTEMA ACUSATORIO MIXTO VIGENTE EN ESPAÑA. PRINCIPIOS RECTORES	265

III. LA INCORPORACIÓN DE LA OPORTUNIDAD COMO EJE DE LA PROFUNDA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE JUSTICIA PENAL EN ESPAÑA	269
IV. UNA MIRADA A LA TRIPLE PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ALECRIM DE 2020	276
1. <i>Mecanismos alternativos a la acción penal</i>	276
2. <i>Principio de oportunidad y conformidad</i>	277
3. <i>Principio de oportunidad y Justicia restaurativa</i>	283
V. A MODO DE CONCLUSIÓN	285
VI. BIBLIOGRAFÍA	286
Capítulo 11. La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia	289
<i>Ana Isabel Luaces Gutiérrez</i>	
I. EFICIENCIA, EFICACIA Y SIMPLIFICACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL: UNA NECESIDAD INAPLAZABLE	289
II. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA	294
III. LA CONFORMIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA	301
1. <i>Consideraciones generales</i>	301
2. <i>La nueva regulación de la conformidad en el Anteproyecto</i>	302
Capítulo 12. Particularidades de la conformidad premiada en la LECrim	309
<i>Vicente Magro Servet</i>	
I. INTRODUCCIÓN	309
II. ¿CUÁLES SON LOS PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE, PUES, ESTA CONFORMIDAD PREMIADA?	312
III. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 315/2021 DE 15 DE ABRIL. INAPLICACIÓN DE LA REBAJA DEL TERCIO DE LA PENA A LA FIJACIÓN DE LA CUOTA DIARIA DE LA MULTA	334
Capítulo 13. Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales de conflictos en el ordenamiento jurídico español	343
<i>Ixusko Ordeñana Gezuraga</i>	
I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: DEL PECADO ORIGINAL A LA NECESIDAD DE CONSTITUCIONALIZAR EL DERECHO JURISDICCIONAL DIVERSIFICADO	343
II. EL DERECHO JURISDICCIONAL DIVERSIFICADO COMO PUNTO DE PARTIDA	346
1. <i>Concepto y origen</i>	346
2. <i>Contenido</i>	348
A) <i>Presentación</i>	348
B) <i>La jurisdicción: sucinto análisis objetivo y subjetivo</i>	348
C) <i>Los mecanismos ADR: sucinto análisis objetivo y subjetivo</i>	351

3. <i>Centralidad de la jurisdicción en el sistema estatal de resolución de conflictos</i>	354
III. EL SISTEMA ESTATAL ACTUAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	356
1. <i>Sobre la imprescindibilidad de la jurisdicción</i>	356
2. <i>Binomio mediación-jurisdicción</i>	357
3. <i>Binomio arbitraje-jurisdicción</i>	362
4. <i>Aplicabilidad a cualquier mecanismo extrajudicial</i>	367
IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS EXTRAJURISDICCIONALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	368
1. <i>Recapitulación y necesidad de constitucionalización</i>	368
2. <i>Elemento eje del sistema estatal de resolución de conflictos: el artículo 24 CE.</i>	369
A) <i>Trascendencia</i>	369
B) <i>Realidad actual</i>	370
C) <i>Propuesta lege ferenda</i>	370
3. <i>Desarrollo constitucional subsiguiente</i>	372
A) <i>Opciones</i>	372
B) <i>El Título VI CE lege ferenda</i>	372
Capítulo 14. La oportunidad desde la perspectiva procesal de la víctima o perjudicado	375
<i>Álvaro Perea González</i>	
I. <i>INTRODUCCIÓN</i>	375
II. <i>LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD: ¿UNA FALSA DIALÉCTICA?</i>	376
III. <i>EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UNA REFLEXIÓN CONCEPTUAL</i>	377
IV. <i>PROCESO PENAL Y MINISTERIO FISCAL: EL RIESGO DE LA DISPOSICIÓN ABSOLUTA</i>	380
V. <i>CONQUISTA Y DERROTA: LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA Y EL PERJUDICADO EL PROCESO PENAL</i>	384
VI. <i>OPORTUNIDAD Y REPARACIÓN: CONDICIONES Y REQUISITOS</i>	387
VII. <i>LA MEDIACIÓN PENAL: PRESENTE Y FUTURO</i>	391
VIII. <i>CIERRE</i>	393
Capítulo 15. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto	395
<i>Vicente Pérez Daudí</i>	
I. <i>INTRODUCCIÓN</i>	395
II. <i>PREMISAS PARA LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓN JUDICIAL: LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL</i>	396
1. <i>La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales</i>	396
A) <i>La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial</i>	398
B) <i>La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos</i>	403
C) <i>La vinculación de los Tribunales a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	404

III. EL PRECEDENTE JUDICIAL, LA PREVISIBILIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL Y EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO	407
1. <i>El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo</i>	409
2. <i>Los procedimientos testigo</i>	411
IV. LOS ATAQUES A LA PREVISIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	414
V. BIBLIOGRAFÍA	419
Capítulo 16. Dando una oportunidad a la oportunidad	421
<i>José María Roca Martínez</i>	
I. INTRODUCCIÓN	421
II. OPORTUNIDAD ¿PRINCIPIO, RAZONES, CRITERIOS?	422
III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA OPORTUNIDAD	428
1. <i>Sobre el concepto</i>	428
2. <i>La confusa (y superada) dialéctica legalidad-oportunidad</i>	430
3. <i>El porqué de la oportunidad</i>	433
4. <i>Compatibilidad con la CE y la LECrim</i>	435
IV. CONFIGURACIÓN DE LA OPORTUNIDAD EN EL ALECRIM	440
V. REFLEXIÓN FINAL	443
Capítulo 17. Manifestaciones del principio de oportunidad en el ámbito de la punibilidad	445
<i>Carlos Vázquez González</i>	
I. FINES Y FUNCIONES DEL PROCESO PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	445
II. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD	450
III. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE CONFESIÓN DE LA INFRACCIÓN	453
1. <i>Fundamento</i>	454
2. <i>Requisitos y elementos</i>	455
IV. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO	457
1. <i>Fundamento</i>	457
2. <i>Elementos y requisitos</i>	459
V. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS	460
1. <i>Lentitud e ineficacia de la Justicia Penal</i>	461
2. <i>Fundamento</i>	463
3. <i>Elementos y requisitos</i>	464
VI. COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	467
VII. CONCLUSIONES	472
Capítulo 18. Principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas	475
<i>María de los Angeles Villegas García</i>	
<i>Miguel Ángel Encinar del Pozo</i>	
I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	475

II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PERSONA JURÍDICA	478
1. <i>Una obviedad y una necesidad</i>	478
2. <i>La conformidad de la persona jurídica</i>	479
A) Conflicto de intereses entre entidad y representante.	479
B) La conformidad parcial	487
a) Planteamiento	487
b) Independencia de responsabilidad de persona física y persona jurídica	488
III. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL.	491
1. <i>Líneas generales de un nuevo sistema</i>	491
2. <i>Evaluación de los programas</i>	493
3. <i>Persecución del hecho</i>	495
4. <i>Obtención de acuerdos</i>	495
IV. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.	497
1. <i>Estados Unidos</i>	497
A) <i>Deferred Prosecution Agreement y Non Prosecution Agreement</i>	497
B) <i>Declination letters</i>	500
2. <i>La adopción por otros países del modelo estadounidense</i>	502
A) En general	502
B) Gran Bretaña	504
C) Francia	504
D) Alemania	506
3. <i>Los acuerdos multijurisdiccionales</i>	508
V. REFLEXIONES FINALES	510
 SEGUNDA PARTE. DIÁLOGOS	 511
<i>Guillermo García-Panasco Morales</i>	
<i>Helena Prieto González</i>	

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

Capítulo 1

Principio de oportunidad en vía administrativa: la distinta naturaleza de algunas de sus manifestaciones y su incidencia en el control jurisdiccional de lo contencioso-administrativo

María Burzaco Samper

Profesora Propia Agregada de Derecho Administrativo
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

SUMARIO: I. ENCUADRAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LA CLEMENCIA: 1. *La previsión del artículo 62.4 LPAC y su alcance*. 2. *El programa de clemencia en el ámbito de defensa de la competencia y algunas novedades en la reciente reforma operada por RD-Ley 7/2021*. 3. *Algunos apuntes sobre los sistemas de clemencia*.—III. MODOS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR QUE COMPORTAN UNA REBAJA EN LA SANCIÓN: 1. *El pronto pago de la sanción y sus implicaciones. El artículo 85 LPAC: análisis crítico*. 2. *Un ejemplo de auténtica terminación convencional del procedimiento sancionador: el artículo 52 LDC*.—IV. NATURALEZA DE LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL CONTROL JURISDICCIONAL. 1. *La discrecionalidad en la decisión sobre terminación convencional del artículo 52 LDC*. 2. *Implicaciones del pronto pago en el posterior control jurisdiccional: las inquietantes discrepancias judiciales. El ejemplo de los conflictos sobre las sanciones durante el estado de alarma*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Encuadramiento del problema

Como hemos puesto de manifiesto en un trabajo previo¹, en Derecho administrativo el principio de oportunidad suele entenderse como conveniencia o, técnicamente, como trasunto de la discrecionalidad administrativa. Indudablemente este paraguas tan amplio no es el encuadramiento idóneo para este estudio que, necesariamente, ha de ceñir sus contornos a aspectos más asimilables al

¹ BURZACO SAMPER, M., «Principio de oportunidad y derecho administrativo sancionador: análisis de algunas de sus implicaciones», VV.AA., CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dir.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 85 y ss.

ámbito en el que el principio de oportunidad encuentra su máxima expresión, esto es, el proceso penal.

Dos son las manifestaciones del principio de oportunidad en las que fijaremos nuestra atención:

- a) Los sistemas de clemencia, con contrastada experiencia en algunos sectores de actividad, y que han querido trasladarse de manera más generalizada con escasa fortuna.
- b) El reconocimiento de responsabilidad y, sobre todo, el abono voluntario de la sanción y la consiguiente minoración de esta en un determinado porcentaje. Nos servirá de contraste, la terminación convencional del procedimiento sancionador previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Sin anticipar el análisis que después se realizará, lo cierto es que la dinámica propia del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa determina importantes consecuencias en el modo en que opera cada una de las manifestaciones apuntadas. Es más: dicho control presenta asimismo un alcance distinto por la también dispar naturaleza de cada una de ellas. Sobre todo ello versa este trabajo.

II. La clemencia

1. *La previsión del artículo 62.4 LPAC y su alcance*

Bajo la denominación de «clemencia» vienen a recogerse los casos en que la denuncia de la comisión de la infracción comporta determinados beneficios para el denunciante que ha estado involucrado en la propia comisión de la conducta infractora. Sin perjuicio de que este tipo de medidas tiene su mejor exponente en ámbitos sectoriales concretos —señaladamente la defensa de la competencia—, también la LPAC lo contempla en su artículo 62.4:

«Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones

anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.

En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia».

Varias son las consideraciones que merece este precepto:

a) El hecho de que esta previsión se recoja en el artículo relativo a la iniciación del procedimiento por denuncia², puede dar una engañosa imagen de generalidad en cuanto a su ámbito de aplicación que, en realidad, no posee. Adviértase que la frase inicial delimita los linderos —«cuando el denunciante haya participado en la *comisión de una infracción de esta naturaleza...*»—, en una remisión que nos lleva al apartado inmediatamente precedente y que versa sobre las denuncias en las que se invoque un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas. Cano Campos pone de relieve que la referencia en el primer párrafo del artículo 62.4 LPAC a la reparación del perjuicio causado abonaría esta misma constricción³.

En suma, en la LPAC la actuación que permitiría al «infractor denunciante» la exención o la reducción de la sanción que pudiera corresponderle va únicamente anudada a las infracciones que comporten un daño al patrimonio de las Administraciones Públicas, sin que la ley precise más sobre si se está manejando un concepto lato de patrimonio o el más estricto enlazado con la legislación propiamente patrimonial.

Y ello sin olvidar que la denuncia de una infracción no conlleva necesariamente la incoación del procedimiento⁴. Específicamente en casos de perjuicios en el patrimonio público, el artículo 62.3 LPAC obliga a notificar a los denun-

² Sobre las deficiencias en la regulación de la denuncia contenida en el artículo 62 LPAC, véase, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La denuncia administrativa. El régimen de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

³ CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *Revista de Administración Pública*, n.º 201, septiembre-diciembre 2016, p. 58.

⁴ Es sobradamente sabido que la condición de denunciante no lleva aparejada necesariamente la legitimación activa ni en vía administrativa ni en vía judicial. La abundante jurisprudencia sobre esta cuestión (avalada también por el TC: por todas, STC 48/2009, de 23 de febrero) incide en que la denuncia: por una parte, no vincula a la Administración en el sentido de exigir indefectiblemente la iniciación del procedimiento sancionador; por otra, no atribuye al denunciante la condición de interesado ni la legitimación activa, lo que no impide distinguir la existencia de «denunciantes cualificados» en aquellos supuestos en los que la sanción puede provocar efectos positivos en la esfera jurídica de aquellos otorgando un beneficio o evitando un perjuicio. Por todas, y citando sentencias de distintos órganos jurisdiccionales, STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) n.º 648/2018, de 23 de abril de 2018, recurso n.º 4756/2016. SAN (contencioso-administrativo, sección 1.ª) de 28 de enero de 2019; recurso 598/2016; STSJ Extremadura (contencioso-administrativo; sección 1.ª) n.º 134/2019, de 25 de julio de 2019, recurso n.º 117/2019.

cientes la iniciación o no del expediente y en este último caso, la obligación de motivar tal negativa, de lo que se colige que no es así (sorprendentemente) en los demás casos.

b) El precepto transcrito recoge en realidad dos situaciones con también distintas consecuencias, a saber:

- *Exención de la sanción*. Exige la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que el denunciante haya sido el primero en aportar prueba que permita la iniciación del procedimiento o la comprobación de la infracción; 2) que en el momento de aportarse la prueba no se disponga de elementos suficientes para ordenar dicha comprobación (lo que, finalmente, significa que los elementos probatorios sean relevantes); 3) que se repare el perjuicio causado por parte del denunciante.
- *Reducción de la sanción*: procede cuando no se cumplen las condiciones anteriores y siempre que el denunciante aporte prueba con «valor añadido significativo» respecto de aquellos elementos probatorios de los que ya disponga la Administración. Qué deba entenderse por valor añadido significativo exigirá evidentemente un examen del elemento probatorio, las circunstancias concurrentes en el supuesto en cuestión y la importancia de aquel en la determinación de la infracción y los sujetos responsables.

Por razones obvias, en uno y otro supuesto es necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia. En otro caso, se estaría pervirtiendo el sentido último de esta figura.

c) Atendiendo al tenor literal del precepto, la decisión administrativa apenas tiene margen de maniobra: en ambos supuestos se emplea el verbo en imperativo —«deberá eximir»; «deberá reducir»—, aunque obviamente tales efectos quedan condicionados a la verificación de los presupuestos habilitantes descritos en el apartado anterior.

d) En contraste con lo que después se verá respecto de la reducción de la sanción por pronto pago, en este caso los efectos se proyectan tanto respecto de sanciones pecuniarias como no pecuniarias.

2. *El programa de clemencia en el ámbito de defensa de la competencia y algunas novedades en la reciente reforma operada por RD-Ley 7/2021*

Sin entrar a examinar los distintos sectores en los que la legislación contempla sistemas de clemencia, interesa sin embargo hacer un breve repaso por aquel que, a nuestro juicio, ha tenido un recorrido más relevante y es punto de referencia obligado en mecanismos de este corte.

Desde tiempo atrás, las Directivas comunitarias sobre competencia incorporaron mecanismos que favorecían la delación de infracciones en este ámbito⁵. Con base en la dificultad de detectar e investigar los cárteles secretos y considerando los perniciosos efectos que este tipo de prácticas provocan en el incremento de precios, se optó por un sistema que fomentaba la denuncia por parte de empresas involucradas siempre que tal colaboración tuviera un valor significativo. Tal sistema se basaba en la clemencia, esto es, la exención del pago de multas o la reducción de su importe. Y todo ello en el marco de un «programa de clemencia» definido así:

«Todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE o de una disposición correspondiente del Derecho nacional en materia de competencia según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera en la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de multa por su participación en el cártel o una reducción del importe de la misma»⁶.

⁵ Recordemos la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11), *DOUE* C298/17, de 8 de diciembre de 2006.

Frente a la extendida idea de que estos sistemas de clemencia se entroncan con el Derecho comunitario, Santamaría Pastor pone de relieve que «es una importación del sistema judicial norteamericano, cuya brutalidad típicamente medieval le hace estar aún a años luz del grado de sofisticación y respeto que tienen los procedimientos administrativos y judiciales de la vieja Europa. La delación fue, durante siglos, un medio de represión típico de los sistemas penales del Estado preconstitucional, una técnica de dominación mediante el terror y la desconfianza recíproca entre los súbditos, y que los Estados contemporáneos han asumido con entusiasmo como un método expeditivo de suplir sus carencias en la capacidad de investigación pública de las conductas ilegales; despreciando, como daño colateral, su empleo privado como un aliviadero de los impulsos oscuros de venganza personal o de guerra económica despiadada. (...) La idea de la “guerra total” no fue una invención de los contendientes en la segunda gran guerra, sino un arraigado modo de ser de las empresas estadounidenses del último tercio del siglo XIX, al que los Estados han prestado una acogida sumamente interesada». SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación», *Documentación Administrativa*, n.º 2, 2015, pp. 9-10.

⁶ Artículo 2 Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 112 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (*DOUE* L11/3, de 14 de enero de 2019). Esta Directiva —conocida como Directiva ECN+— ha sido recientemente objeto de trasposición al ordenamiento jurídico español por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2021).

Aunque las limitaciones de este trabajo impiden un estudio exhaustivo de la regulación sobre este procedimiento, podemos entresacar los aspectos más relevantes para nuestro análisis:

a) Como hemos señalado antes, la finalidad pretendida mediante la clemencia es incentivar la colaboración privada en la persecución de infracciones de compleja investigación. Los buenos resultados obtenidos no impiden, sin embargo, las críticas: por una parte, porque la delación puede amparar comportamientos vindicativos, cuando no denuncias falsas; por otra, porque algunos puntos de los programas de clemencia han dado pie a jurisprudencia confusa⁷.

b) Si el programa de clemencia se asienta sobre el concepto de cártel, es obvio que su preciso contenido cobra singular protagonismo. En este punto, Berenguer Fuster pone de manifiesto que existen dos conceptos de cártel —económico y jurídico— que, en ocasiones, se han entremezclado perturbadoramente precisamente para salvaguardar el sistema de clemencia. No obstante, la ampliación del concepto de cártel, incorporando conductas que antes quedaban fuera de la misma (*v. gr.*, intercambio de información) ha permitido mitigar dicho problema⁸.

c) Una de las dificultades en el seno de la Unión han sido, precisamente, las diferencias entre los programas de los diversos Estados miembros, generando inseguridad jurídica entre los solicitantes de clemencia, debilitando el incentivo pretendido y creando riesgos de desigualdad de condiciones de competencia entre las empresas. Ello explica que la Directiva ECN+ haya tratado de aportar una regulación más detallada no sólo en el sentido de una normativa más exhaustiva, sino también incorporando un ámbito más amplio de infracciones y supuestos a los que cabe aplicar este procedimiento⁹.

d) Los programas de clemencia se encuentran pormenorizadamente regulados en la vigente redacción de los artículos 65 y 66 LDC y su desarrollo reglamentario (arts. 46 a 53 RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia). Si bien no podemos entrar en los detalles de su régimen jurídico debe notarse el esfuerzo por dotar al sistema de seguridad jurídica, incentivando su empleo¹⁰.

⁷ MARTÍ MOYA, V., «Disclosure sobre programas de clemencia a la luz de la Sentencia de la English High Court de 4 de abril de 2012», *RDM*, n.º 292/2014. BIB 2014/1486.

⁸ BERENGUER FUSTER, L., «El nuevo concepto de cártel en la Ley de defensa de la competencia tras el RD-Ley 9/2017», *Anuario de Derecho de la Competencia* 2018. BIB 2018/10760.

⁹ Véanse Considerandos 11, 50 y 51 Directiva (UE) 2019/1. Sobre la disparidad entre programas de clemencia en el seno de la Unión antes de esta Directiva: GUILLÉN CARAMÉS, J., «La compleja interacción entre el Derecho Comunitario y el Derecho nacional en la aplicación pública del Derecho de la Competencia. A propósito de los programas de clemencia», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 59/2016. BIB 2016/4131.

¹⁰ La información obrante en la web de la CNMC así lo demuestra: <<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>>.

3. *Algunos apuntes sobre los sistemas de clemencia*

Un somero cotejo entre regulaciones demuestra que el intento de emulación del sistema de clemencia en la LPAC fue poco acertado:

En primer lugar porque su aparente pretensión de generalidad ha quedado circunscrita a infracciones que, por lo demás, tampoco tienen suficientemente delimitado su ámbito (ya hemos comentado la vaguedad de la noción de infracciones que provoquen un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas).

Tampoco la doctrina administrativa mayoritaria valora la figura positivamente. Aunque no faltan voces que consideran que este sistema puede ayudar a descubrir infracciones de singular complejidad, la mayoría apunta que no se han previsto suficientes garantías frente a las denuncias falsas y que puede llevar a situaciones materialmente injustas, cuando no propiciar una instrumentalización del aparato punitivo estatal¹¹. El propio Consejo de Estado se mostró reticente y pidió valorar la conveniencia de su inclusión en la LPAC¹².

III. Modos de terminación del procedimiento sancionador que comportan una rebaja en la sanción

1. *El pronto pago de la sanción y sus implicaciones. El artículo 85 LPAC: análisis crítico*

Con carácter de legislación básica y bajo el rótulo «Terminación en los procedimientos sancionadores», el artículo 85 LPAC prevé dos situaciones que, sin embargo, quedan un tanto entremezcladas en el precepto.

1) Reconocimiento de responsabilidad por el infractor.

2) Pago voluntario por el presunto responsable en cualquier momento anterior a la resolución.

El efecto en ambos casos es la reducción de la sanción en, al menos, un 20% del importe de la sanción propuesta. Y si se dieran ambos supuestos descritos, los porcentajes de reducción son acumulables entre sí¹³.

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Los Proyectos de Ley...», *op. cit.*, p. 10; CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador...», *op. cit.*, p. 59. MARINA JALVO, B., «La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», *REDA*, n.º 195/2018. BIB 2018/14046.

¹² Dictamen Consejo de Estado n.º 275/2015, al Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹³ En algunas leyes se explicita tal acumulación en el propio articulado, delimitando los supuestos en toda su extensión: *v. gr.*, artículo 202 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de Illes Balears.

Sobre esta descripción elemental, hemos de introducir una serie de matices:

a) Este artículo no fue realmente novedoso porque algún ámbito sectorial ya lo preveía y podemos encontrar su antecedente más inmediato en el artículo 8 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto que regulaba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora¹⁴ (RPEPS), si bien su contenido difiere en algunos aspectos relevantes (*v. gr.*, no se establecían cortapisas a la posibilidad de recurrir y no se prefijaban porcentajes de rebaja).

b) Teniendo en cuenta que el régimen sancionador no es materia competencial propiamente dicha, sino un aspecto conexo o instrumental respecto de la materia sustantiva de que se trate¹⁵, es relevante lo apuntado al comienzo de este rótulo: el artículo 85 LPAC constituye legislación básica de manera que actúa como mínimo denominador común en todo el territorio nacional y respecto de la legislación sectorial¹⁶.

No obstante, en relación con algunas materias (de incuestionable trascendencia desde el punto de vista sancionador) la regulación de la LPAC actúa con carácter supletorio: así, actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería (DA 1.^a.2.c) LPAC).

Esta doble vertiente —competencial y sectorial— explica que el porcentaje de reducción previsto en el artículo 85 LPAC puede ser superior (nunca inferior) en las leyes reguladores de regímenes sancionadores. No faltan tampoco ejemplos de normas de fecha posterior a la LPAC que carecen de previsiones en este sentido y en los que habrá de aplicarse directamente la norma básica¹⁷.

c) La dicción del artículo conduce a entender que la aplicación de la reducción es automática en cuanto se verifican los presupuestos habilitantes. Por

¹⁴ En la medida en que haremos alguna referencia comparativa entre el actual artículo 85 LPAC y dicho artículo 8 RPEPS, lo reproduciremos a continuación. Así, con el título «Reconocimiento de responsabilidad o pago voluntario», establecía:

«1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, podrá implicar igualmente la terminación del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de interponer los recursos procedentes.

En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento».

¹⁵ Por todas, SSTC 37/2002, de 14 de febrero y 186/2016, de 3 de noviembre.

¹⁶ Sobre esta cuestión, RAMS RAMOS, L., «De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación de los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial», *Revista de Administración Pública*, n.º 218, enero-abril 2019, pp. 109 y ss.

¹⁷ Así, por ejemplo, la Ley 6/2019, de calidad agroalimentaria de Canarias.

ello es cuestionable que estemos ante una terminación convencional del procedimiento de las previstas en el artículo 86 LPAC ya que no hay transacción alguna, salvo que asumamos que aquella está implícita en la operativa del propio mecanismo.

Esta misma circunstancia puede poner en entredicho que nos hallemos ante una manifestación auténtica del principio de oportunidad, al menos en el modo en que algunos lo entienden en el seno del proceso penal.

En este sentido hay algún conflicto judicial en el que viene distinguirse la terminación convencional del artículo 86 LPAC de esta terminación del artículo 85 LPAC. Especialmente interesante es el resuelto por STSJ Castilla y León de 28 de octubre de 2019¹⁸, que anula el artículo 26 de la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Urbano del Ayuntamiento de Valladolid que contemplaba la terminación convencional de los procedimientos sancionadores, permitiendo la sustitución de la sanción por realización de trabajos para la comunidad en el seno de entidades sin ánimo de lucro y con fines sociales inscritas en el Registro municipal correspondiente. Tal sustitución no se permitía en el caso de infracciones muy graves o cuando el sancionado hubiera abonado ya la sanción con el descuento por pago anticipado. El Tribunal, como decíamos, anula este artículo por entender que carecía de la cobertura legal exigible de acuerdo con el artículo 25 CE (principio de legalidad sancionadora).

d) Este tipo de terminación sólo es posible cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o, si cabe sanción pecuniaria y otra no pecuniaria, la segunda resulta improcedente.

Según advertimos en otro estudio, no se entiende bien esta limitación por cuanto algunas sanciones no pecuniarias son también susceptibles de rebaja¹⁹. Si la razón de esta limitación radica en la aparente mayor facilidad en el manejo de las sanciones económicas, conviene no llamarse a engaño: por una parte, porque el modo en que suelen tipificarse las sanciones administrativas (con horquillas entre un mínimo y un máximo, cuando no con base en porcentajes sobre cuantías que deben determinarse en el procedimiento) dificulta conocer desde el inicio cuál es la cantidad por abonar anticipadamente. No olvidemos que las posibilidades que brinda el artículo 85 LPAC deben constar en el acuerdo de incoación del expediente que ha de notificarse al presunto responsable, como parte de su contenido mínimo [art. 64.2 d) LPAC].

Tampoco es fácilmente conciliable con el artículo 29.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que, en relación con el principio de proporcionalidad, establece que «*el establecimiento de sanciones*

¹⁸ STSJ Castilla y León (Sede Valladolid) (contencioso-administrativo, Sección 1.ª) n.º 1271/2019, de 28 de octubre de 2019; recurso n.º 500/2018.

¹⁹ BURZACO SAMPER, M., «Principio de oportunidad...», *op. cit.*, p. 94.

pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas», algo que con un procedimiento sancionador apenas iniciado es de difícil concreción.

e) A nuestro juicio, el aspecto más cuestionable es la incardinación de la previsión de rebaja en el principio de proporcionalidad. Quizás en este punto convenga separar los dos supuestos previstos en el artículo 85 LPAC:

- El reconocimiento de responsabilidad por parte del infractor es más fácilmente asumible como circunstancia atenuante, análoga al arrepentimiento espontáneo. Jugaría aquí de manera parecida a la del proceso penal.
- No ocurre lo mismo cuando la reducción obedece al solo hecho de abonar la sanción anticipadamente, que en nuestra opinión no comporta necesariamente la asunción de dicha responsabilidad.

Desde el momento en que la reducción se aplica automáticamente en el porcentaje previsto normativamente no hay acomodo alguno a las circunstancias concurrentes en la comisión de la infracción, base del principio de proporcionalidad: no en vano, el artículo 29.3 LRJSP exige la *«debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción»*. Así una misma infracción puede comportar consecuencias sancionadoras diferentes en función únicamente de si se abona o no antes de la resolución. Es más, en el escenario plurinormativo característico de nuestro país, la legislación sectorial autonómica puede prever, en relación con la misma materia, porcentajes de rebaja distinto, ¿hay que asumir con naturalidad que todas esas previsiones se ajustan al principio de proporcionalidad?

Téngase en cuenta, además, que el artículo 85 LPAC no ciñe la posible rebaja a determinadas infracciones en función de su gravedad, de suerte que cabe respecto de todo tipo de conductas y sean leves, graves o muy graves.

f) El artículo 85 LPAC ha sido objeto de críticas en relación con otros aspectos: así, en cuanto a la imprecisión sobre la necesidad de resolución expresa del procedimiento²⁰ o la falta de un porcentaje máximo de rebaja que actúe de límite²¹.

2. *Un ejemplo de auténtica terminación convencional del procedimiento sancionador: el artículo 52 LDC*

Interesa ahora poner de relieve el contraste entre la situación descrita en el apartado anterior y la terminación convencional del artículo 52 LDC, mecanis-

²⁰ Sobre esta cuestión, GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate», *REDA*, n.º 179/2016. BIB 2016/4486.

²¹ MARINA JALVO, B., *op. cit.*, p. 8.

mo en el que el papel del órgano sancionador es mucho más activo. Recordemos que, de acuerdo con este precepto:

«1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.

3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4».

Desde esta sustitución de las sanciones por ciertas obligaciones que resuelven los efectos sobre la competencia de prácticas y acuerdos prohibidos, Baño León considera que estamos ante «ascenso de la figura del contrato en el seno mismo de la potestad sancionadora»²².

Aunque después trataremos la conflictividad en torno a este precepto y su desarrollo reglamentario (art. 39 RD 261/2008), cumple destacar sus elementos más relevantes:

1) La propuesta para iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional es de los presuntos autores de las conductas prohibidas. El acuerdo para iniciar dicha terminación convencional corresponde a la Dirección de Investigación y se notificará a los interesados (indicando si queda suspendido el plazo máximo del procedimiento)

2) Es elemento clave la propuesta de compromisos por parte de los presuntos infractores ante la Dirección de Investigación en el plazo fijado en el acuerdo de iniciación (no será superior a tres meses). La propuesta se traslada al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

3) Las situaciones posibles son las que siguen:

- Si tales compromisos no se presentaran, se tienen por desistidos de la petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador.
- Si los compromisos se han presentado y la Dirección de Investigación considera que aquellos no resuelven adecuadamente los efectos adversos

²² BAÑO LEÓN, J. M., «Defensa de la competencia: terminación convencional del proceso sancionador sin imposición de sanciones», en VV.AA., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Pamplona, 2008. BIB 2008/3458.

sobre la competencia o no garantizan suficientemente el interés público, y los presuntos infractores no presentan nuevos compromisos, también se tienen por desistidos.

- Prosecución del procedimiento si se considera que tales compromisos cumplen con los fines pretendidos. En tal caso la propuesta se remite a los demás interesados para que puedan alegar lo que estimen por conveniente.

4) La Dirección de Investigación eleva al Consejo de la CNMC la propuesta de terminación convencional y en su caso, ésta se informa por la Comisión Europea (art. 11.4 Reglamento (CE) n.º 1/2003)

5) El Consejo de la CNMC resuelve en alguno de los siguientes sentidos:

- Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados. No olvidemos que estos son vinculantes y surten efectos una vez que se incorporen a la resolución que finaliza el procedimiento (ver apartado 6)

- Resolver que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público. En tal caso, puede concederse un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la CNMC nuevos compromisos que solucionen los problemas detectados. Transcurrido el plazo sin que se aporten nuevos compromisos se les tiene por desistidos y el Consejo de la CNMC instará a la Dirección de Competencia la continuación del procedimiento sancionador.

6) La resolución que pone fin al procedimiento mediante terminación convencional establecerá (contenido mínimo): a) La identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos; b) El ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos; c) El objeto de los compromisos y su alcance; d) El régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.

7) Caso de se hayan producido cambios sustanciales en cualquiera de los hechos en que se hubiera basado la resolución de terminación convencional, cuando se actúe contrariamente a los compromisos o cuando la resolución se hubiera basado en información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa facilitada por las partes, podrá abrirse un nuevo procedimiento sancionador²³.

²³ Este nuevo procedimiento sancionador se funda en la infracción de los artículos 1, 2 o 3 LDC o por infracción de los artículos 101 o 102 TFUE y es compatible con la incoación de otros procedimientos sancionadores por las infracciones establecidas en los artículos 62.4 c) o 62.3 c) LDC y con la imposición de multas coercitivas del artículo 67 LDC.

IV. Naturaleza de las manifestaciones del principio de oportunidad y sus consecuencias en el control jurisdiccional

Señalábamos en el epígrafe introductorio que la diversa naturaleza con la que se presentan estas manifestaciones del principio de oportunidad tiene consecuencias inevitables (y de primer orden) en el control judicial posterior. De ello nos ocuparemos a continuación.

1. *La discrecionalidad en la decisión sobre terminación convencional del artículo 52 LDC*

Descrito el procedimiento de terminación convencional previsto en la normativa de defensa de la competencia, surge una cuestión jurídica que protagoniza buena parte de los conflictos sobre el artículo 52 LDC, esto es: ¿la decisión sobre la terminación convencional del procedimiento es reglada o discrecional? La jurisprudencia subraya los cuatro requisitos que establece la LDC para la terminación convencional: a) que se solicite por los interesados; b) que verse sobre acuerdos y prácticas colusorias; c) que los compromisos a que se obligan las empresas restablezcan la competencia alterada y quede garantizado suficientemente el interés público; d) por último la solicitud debe presentarse antes de que la Dirección de Investigación de la CNMC eleve el informe propuesta de resolución al Consejo.

Si repasamos el procedimiento, advertimos que el juicio de idoneidad de los compromisos es un aspecto nuclear hasta el punto de que, en una suerte de bucle, aquellos se analizan hasta en dos momentos distintos: a) en primer lugar, por la Dirección de Investigación; b) después, por el Consejo de la CNMC. En ambos momentos, se dan renovadas oportunidades a los presuntos infractores para diseñar nuevos compromisos que resuelvan las tachas de los primeros.

En todo caso, la clave está en que los compromisos resuelvan adecuadamente los efectos negativos sobre la competencia o garanticen suficientemente el interés público. A nadie se le escapa la indeterminación de tales conceptos lo que, finalmente, deja un amplio margen de decisión al órgano actuante.

Casi sistemáticamente los recurrentes esgrimen el carácter reglado de la decisión sobre la terminación convencional, algo que también pertinazmente los tribunales se encargan de desmontar. En este sentido, se entiende que la iniciación o no del procedimiento de terminación convencional constituye una decisión discrecional respecto de la que el órgano competente tiene el margen que le atribuyen los conceptos jurídicos indeterminados que ha de sopesar. Así, la denegación puede venir dada por que los compromisos sean insuficientemente garantizadores de la competencia. Pero también cabe la misma consecuencia en aquellos casos en que, siendo tales compromisos idóneos, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación de procedimiento sancionador para

depurar las conductas infractoras (*u. gr.*, por la naturaleza y entidad de las infracciones, la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, el elevado número de afectados...).

La afirmación del carácter discrecional de esta decisión coloca en primera línea el principio de oportunidad con algunas consecuencias destacables²⁴:

- 1) El control jurisdiccional pondrá su foco en la motivación, algo que permite la fiscalización de la discrecionalidad en las tres direcciones conocidas: control de los elementos reglados (competencia y procedimiento); control de los hechos determinantes (centrado en la veracidad del supuesto de hecho habilitante); y, sobre todo, el control de la decisión de fondo con base en los principios generales del Derecho²⁵.
- 2) Frente a determinados argumentos esgrimidos en los procesos, no existe un derecho subjetivo de carácter procedimental que, enmarcado en el deber de buena administración²⁶, obligue al órgano administrativo a promover la terminación convencional por el simple hecho de solicitarla. De este modo, la presentación de la propuesta «únicamente obliga al órgano competente a su evaluación y a resolver sobre su viabilidad de forma razonada y motivada» (STS de 24 de septiembre de 2015).
- 3) Aceptando que la introducción de técnicas de terminación convencional favorece la comunitarización de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, también se incide en la existencia de límites que se concretan en la imposibilidad de que los acuerdos sean contrarios al ordenamiento jurídico, debiendo asimismo ajustarse a las reglas procedimentales legalmente establecidas y dirigirse al logro del interés general que constituye el fin de la potestad (art. 86.1 LPAC).

Así las cosas, ha de conjugarse «un adecuado equilibrio entre los principios de eficiencia en la persecución de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y el principio de seguridad jurídica, que delimita las facultades de la Dirección de Investigación para promover ese procedimiento alternativo de terminación del expediente sancionador» (STS de 5 de octubre de 2015).

²⁴ SSTs (Sala 3.ª, Sección 3.ª), de 24 de septiembre de 2015 (recurso n.º 725/2013); de 5 de octubre de 2015 (recurso n.º 3250/2012), de 16 de noviembre de 2018 (recurso n.º 2781/2016). SAN (Contencioso-administrativo, Sección 6.ª) de 4 de noviembre de 2020 (recurso n.º 198/2015).

²⁵ Siempre imprescindible, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

²⁶ Sobre el deber de buena administración en relación con los procedimientos, véase PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001; del mismo autor, «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *REDA*, n.º 175, 2016, pp. 57-84.

2. *Implicaciones del pronto pago en el posterior control jurisdiccional: las inquietantes discrepancias judiciales. El ejemplo de los conflictos sobre las sanciones durante el estado de alarma*

Es necesario punto de partida que el pago voluntario de las sanciones puede implicar la renuncia a la vía administrativa pero no a la judicial. Sin embargo, cumple ahora estudiar si tal circunstancia —el abono de la sanción— lleva aparejada alguna consecuencia o limitación en el posterior control judicial. Y ello en el bien entendido que, en muchas ocasiones, ese pago anticipado es el que frena el acceso a la jurisdicción no porque haya un obstáculo legal, pero sí decisiones personales adoptadas desde el pragmatismo²⁷. Con todo, no faltan recursos planteados por sujetos que optaron por el pago anticipado de la sanción y en tiempos de pandemia hemos tenido buenos y frecuentes ejemplos de ello.

Precisamente el escenario provocado por el Covid y el interminable estado de alarma han puesto de relieve de forma especialmente llamativa las discrepancias en los criterios de los juzgadores sobre el impacto que, sobre el control judicial, tiene la reducción de la sanción por el pago anticipado de la misma.

Dejando al margen el dislate del régimen sancionador durante el estado de alarma y su más que discutible ajuste a los principios del derecho sancionador²⁸, interesa en este punto centrarnos en la realidad conflictual que ha sido abundante y de indudable interés para lo que nos ocupa:

²⁷ Nos referimos a que el presunto responsable «echa cuentas» sobre el coste que implica el pago de la sanción con rebaja y el que puede suponer un proceso judicial, siempre de incierto resultado y en el que no siempre se imponen costas al vencido. Desde esta perspectiva, es perfectamente factible que el planteamiento sea más gravoso que el pago de la sanción, optándose por ésta última sin intención alguna de que dicho abono comporte un reconocimiento de responsabilidad.

²⁸ Sobre estas cuestiones: AMOEDO-SOUTO, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.ºs 86-87, 2020, pp. 66-77. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de la potestad normativa en tiempos de pandemia» y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «Derecho administrativo sancionador, estado de alarma y COVID-19», ambos trabajos en VV.AA., BLANQUER, D. (COORD.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2020, pp. 207-239 y 241-303, respectivamente. LÓPEZ DONAIRE, B., «Análisis de urgencia del régimen sancionador en caso de incumplimiento de las obligaciones y mandatos del estado de alarma en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo», *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 21 (extraordinario 2020), pp. 265-286. IZQUIERDO CARRASCO, M., «COVID-19 y sanciones de los municipios», en Blog, 24 de abril de 2020 <<https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/04/24/covid-19-y-accion-sancionadora-de-los-municipios/>>. CANO CAMPOS, T. «Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad», en Blog, 8 de mayo de 2020 <<https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/08/estado-de-alarma-sanciones-administrativas-y-desobediencia-a-la-autoridad/>>; del mismo autor, CANO CAMPOS, T. «¿Puede el Decreto de alarma establecer su propio régimen sancionador?», 11 de mayo de 2020. Disponible en: <<https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/11/puede-el-decreto-de-alarma-establecer-su-propio-regimen-sancionador/>>.

Es preciso aclarar previamente el escenario, siquiera sintéticamente: el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, no incorporó propiamente un régimen sancionador, siendo su única referencia en este punto la contenida en el artículo 20 RD 463/2020, conforme al cual: «El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las Leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 5 de junio». Esta remisión genérica a las leyes terminó reconduciéndose fundamentalmente a la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) que, en su artículo 36.6, tipifica como infracción grave la desobediencia o resistencia a la autoridad.

Por lo que ahora interesa, el artículo 54 LOPSC regula un procedimiento abreviado en el que destacan los siguientes aspectos: 1) notificado el acuerdo de incoación del procedimiento por infracciones graves o leves²⁹, el interesado dispone de quince días para realizar el pago voluntario con reducción de la sanción³⁰; 2) caso de verificarse dicho pago, se procede a la tramitación abreviada del procedimiento y se tiene por concluido el procedimiento con las consecuencias determinadas en el artículo 54.3 LOPSC:

- a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.
- b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.
- c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

Pues bien: cabe afirmar que, en la mayor parte de las sanciones impuestas durante el estado de alarma, los interesados han aprovechado esta «oferta coercitiva»³¹, antes de interponer el recurso contencioso-administrativo pertinente. El examen de los procesos judiciales revela una serie de aspectos que, a nuestro juicio, son inquietantes:

- a) Como antes señalábamos, cualquier desistimiento o renuncia anudada al pago de la sanción sólo puede afectar a la vía administrativa, nunca a la judicial,

²⁹ Quedan, como se ve, excluidas las muy graves, lo que se recalca asimismo en el artículo 54.2 LOPSC.

³⁰ El artículo 54.1 LOPSC presenta una suerte de disyuntiva entre la que el interesado puede optar en ese plazo de quince días desde el día siguiente a la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento: bien pagar voluntariamente con la consabida reducción de la sanción, bien proseguir el procedimiento formulando alegaciones y proponiendo o aportando prueba (en este último caso, se sigue el procedimiento ordinario).

³¹ La expresión es de CHAVES, J. R., «El principio de oportunidad en Derecho Administrativo: un virus peligroso», Blog *delajusticia.com*, 2018, p. 4. Disponible en: <<https://delajusticia.com/2018/10/15/el-principio-de-oportunidad-en-derecho-administrativo-un-virus-peligroso/>>.

so pena de vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El propio artículo 54.3 c) LOPSC redunda en esto mismo.

Sin embargo, la estrategia de defensa de la Abogacía del Estado en estos procesos ha sido fiel a un modelo que provoca cierta perplejidad³²: nos referimos a la constante alegación de inadmisibilidad del recurso por falta de agotamiento de la vía administrativa previa³³. Huelga comentar que esta alegación ha caído siempre en saco roto; otra solución habría supuesto llevar al ciudadano a un bucle kafkiano: el pago voluntario no sólo comporta la no-necesidad de dictar resolución expresa, sino que, además, implica la renuncia a formular recursos administrativos, y sean éstos potestativos (caso del recurso de reposición), como preceptivos (en el supuesto de recurso de alzada, siempre que se quiera acudir después a la vía judicial)

b) Con todo, las sentencias han revelado el diverso alcance atribuido al pago y, con él, el margen de maniobra del órgano judicial.

Fundándose en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, algunas sentencias entienden que se produce una suerte de disyuntiva

³² Aunque es una cuestión conexa, queremos llamar la atención sobre el difícil papel al que se ha visto obligada la Abogacía del Estado. El laconismo del RD 463/2020 y la absoluta despreocupación por establecer un régimen sancionador razonable, llevó desde el principio a discrepancias de calado sobre el alcance de dicho régimen y su aplicación. Pues bien: la Abogacía del Estado puso de manifiesto su parecer en la «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma». Disponible en: <<http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf>>. En dicha Consulta revelaba la postura que, después, sería mayoritaria en los pronunciamientos judiciales y que considera la improcedencia de subsumir las conductas infractoras en el tipo de desobediencia y resistencia a la autoridad.

Incomprensiblemente, la inmediatamente posterior «Comunicación a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción» (disponible en: <https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/Comunicacion_Ministro_a_Delegados_del_Gobierno_15042020_0.pdf>) vino a desautorizar tal interpretación imponiendo una práctica que traicionaba la jurisprudencia consolidada y la interpretación que hasta el momento había desplegado el propio Ministerio.

Consecuencia de todo ello, los Abogados del Estado en los procesos se vieron obligados a defender la postura que ellos mismos habían considerado en su Consulta improcedente y no ajustada a la legalidad.

³³ De acuerdo con el artículo 25.1 LJCA, «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». El agotamiento o fin de la vía administrativa remite, a su vez, a lo establecido en el artículo 114 LPAC. Sin entrar en el detalle de esta regulación, determinados actos y resoluciones administrativas, antes de poder ser recurridos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, deben ser objeto de recurso administrativo previo (más concretamente recurso de alzada: arts. 121 y 122 LPAC).

—pagar con rebaja o defenderse presentando alegaciones— que acarrea consecuencias importantes en el proceso. Estos pronunciamientos coligen que el pago anticipado de la sanción y el beneficio de la reducción del importe de la sanción impide discutir los elementos fácticos, ciñéndose así el debate a la motivación jurídica³⁴. Con base en que el pago supone el reconocimiento voluntario de la responsabilidad, la eventual discusión de los hechos se estima como una vulneración de la doctrina de los actos propios.

De este modo, la rebaja termina incidiendo en los derechos de defensa del recurrente porque la renuncia a proseguir el procedimiento alegando y proponiendo prueba termina volviéndose cual *boomerang*, impidiendo, además, que cualquier argumento de indefensión prospere. Con razón alguna sentencia califica el pago de «regalo envenenado»³⁵.

Sin embargo, otras sentencias, en un entendimiento a nuestro juicio más cabal del derecho a la tutela judicial efectiva, no admiten cortapisas a su labor de control considerando que en fase judicial pueden esgrimirse contra la sanción tanto elementos jurídicos, como fácticos. El mejor exponente de esta posición es la SJCA n.º 3 Valladolid 119/2020, de 17 de noviembre de 2020 (recurso n.º 75/2020), que muestra abiertamente su disenso respecto de otras resoluciones considerando que «las posibilidades impugnatorias del administrado se mantienen incólumes». Y se funda en las siguientes razones:

- a) En la LOPSC no hay precepto alguno que excluya el cuestionamiento de los hechos, siendo improcedente «realizar una interpretación restrictiva de las posibilidades impugnatorias en perjuicio del administrado y máxime si se trata de un procedimiento sancionador».
- b) Tampoco hay precepto alguno en la LOPSC que establezca que el abono de la sanción comporta la conformidad con los hechos, a diferencia de lo que ocurre en otras normas. En esta misma línea, ni siquiera la reparación de daños y perjuicios causados implica el reconocimiento voluntario de la responsabilidad (art. 90.4 LPAC³⁶).

³⁴ Se pronuncian en este sentido las siguientes sentencias: SJCA n.º 2 Pamplona 183/2020, de 24 de septiembre de 2020, recurso n.º 127/2020. SJCA n.º 1 Segovia de 13 de octubre de 2020, recurso n.º 89/2020. SJCA n.º 1 Vigo 201/2020, de 19 de octubre de 2020, recurso n.º 144/2020. SJCA n.º 1 Vigo 208/2020, de 27 de octubre de 2020, recurso n.º 160/2020. SJCA n.º 3 Oviedo 147/2020, de 9 de noviembre de 2020, recurso n.º 223/2020.

³⁵ SJCA n.º 1 Córdoba 126/2020, de 4 de noviembre de 2020, recurso n.º 147/2020.

³⁶ El artículo 90 LPAC regula las especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores y, en efecto, el apartado 4 de este precepto prevé que en los casos en que las conductas sancionadas hubieran provocado daños y perjuicios a las Administraciones y la cuantía de los mismo no se hubiera determinado en el expediente, esta se fijará en un procedimiento complementario. Dicho procedimiento es susceptible de terminación convencional «pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad».

- c) En otra legislación sectorial se permite la impugnación incluso cuando hay conformidad cuando se acredita error de hecho (por ejemplo, en materia tributaria).
- d) En atención al artículo 24 CE, la renuncia a las acciones debe ser expresa e inequívoca, sin que quepa entenderse implícita.
- e) Tampoco cabe apreciar desviación procesal por plantear las cuestiones que se estimen oportunas, como así deriva del artículo 56.1 LJCA: «En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales *podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración*».

En este mismo sentido, la SJCA n.º 1 Pontevedra 215/2020, de 24 de noviembre de 2020 (recurso n.º 210/2020) apunta que la imposibilidad de introducir cuestiones nuevas sólo alcanzaría a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y no, por tanto, a los procedimientos sancionadores cuya iniciación sólo se produce de oficio (art. 63.1 LPAC).

- f) A estos argumentos se suma el recogido en la SJCA n.º 2 Vigo 160/2020, de 9 de octubre de 2020 (recurso n.º 170/2020) para la que en modo alguno cabe hablar de conducta contraria a los actos propios, ya que ello implicaría una limitación inasumible del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y sin que quepa asimilarlo a la conformidad o reconocimiento de culpabilidad.

En este sentido, no podemos dejar en el tintero un aspecto a nuestro juicio importante: la idea de que la interposición del recurso supone una conducta contraria a los actos propios tiene más sentido en los casos en que se ha reconocido la responsabilidad. Así en el caso resuelto por STS (Sala 3.ª, Sección 3.ª) n.º 232/2021, de 18 de febrero (recurso n.º 2201/2020), en la que podemos leer:

«Ahora bien, una cosa es que en tales casos subsista la posibilidad de impugnar en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución sancionadora, y otra distinta que el sujeto que se haya visto beneficiado por la reducción de la sanción —por haber reconocido su responsabilidad en la infracción y haber renunciado a ejercitar acciones o recursos en vía administrativa contra la sanción— tenga que asumir, como contrapartida lógica, que se incremente la dificultad para impugnar con éxito en la vía judicial contencioso-administrativa la resolución sancionadora, porque esa será la consecuencia natural de haber reconocido voluntariamente su responsabilidad en aplicación de los principios de buena fe y de vinculación a los propios actos, que exigen a todos los sujetos que intervienen en el procedimiento la debida coherencia en sus comportamientos procesales. Esto es, aunque el sujeto renunciante pueda impugnar en vía jurisdiccional la resolución sancionadora, para que dicha impugnación pueda tener éxito tendrá

que proporcionar al juzgador una sólida explicación que justifique cumplidamente el motivo por el que, habiendo asumido primeramente su responsabilidad por la infracción cometida —que conlleva el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción, es decir, de su participación en los hechos tipificados y de su culpabilidad—, después, en vía judicial, sostiene la inexistencia de la infracción, negando la concurrencia de los mencionados elementos constitutivos de la infracción y evidenciando así un comportamiento procesal notoriamente contradictorio».

Cuestiones distintas a las apuntadas serían, por un lado, el valor probatorio que el juzgador atribuya al pago voluntario y que para la mencionada SJCA de Valladolid actuaría como «verdadero contrapeso legal al hecho que supone la falta de tramitación del procedimiento sancionador ordinario por causa del abono voluntario de la multa»; y, por otra parte, las eventuales consecuencias que tiene la interposición del recurso en la bonificación. Cano Campos entiende que, a falta de previsión legal en tal sentido, la Administración no puede reclamar posteriormente el abono de la rebaja si vence en vía contenciosa³⁷. No obstante, hay que notar que en algunos ámbitos la reducción de la sanción está condicionada al mantenimiento de la conformidad³⁸; y este mismo parece el criterio de la resolución judicial del juzgado vallisoletano que afirma:

«(...) si con posterioridad al pago de la multa reducida el interesado interpone el recurso contencioso-administrativo, resulta elemental que la Administración dispondrá de una acción destinada a reclamar el porcentaje no abonado, del mismo modo que el artículo 188 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, regula la posibilidad de beneficiarse de determinadas reducciones de las sanciones impuestas, a condición de no impugnar las mismas»³⁹.

V. Conclusiones

Si entendemos que el principio de oportunidad comporta algún tipo de transacción entre partes, es evidente que en las relaciones administrativas tal circunstancia es discutible. Las manifestaciones de las que cabría afirmar aquel principio presentan perfiles muy distintos y también diferente naturaleza:

a) Las técnicas que permiten una reducción de la sanción ya por reconocimiento de responsabilidad, ya por abono de la sanción antes de la terminación del procedimiento poseen un automatismo que viene a neutralizar el juego del principio. Y ello salvo que se entienda implícito en la propia previsión legal, esto

³⁷ CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador...», *op. cit.*, p. 63.

³⁸ Así en materia tributaria. Véase STC n.º 76/1990, de 26 de abril de 1990.

³⁹ A nuestro juicio este efecto no resulta tan elemental como relata la sentencia, entre otras razones porque no hay nada en la LPAC ni en la LOPSC que se aplicaba al caso, que así lo avale.

es, una suerte de aplicación del principio por decisión discrecional del legislador y abstracción hecha de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Precisamente esa aplicación sin matices de las reducciones de las sanciones hace difícil defender su incardinación en el principio de proporcionalidad, por más que siga afirmándose la misma.

b) Sin embargo, otras técnicas sí muestran más cabalmente el principio de oportunidad: así en los sistemas de clemencia que tampoco están libres de polémica por las razones apuntadas a lo largo de este trabajo y en las que no abundaremos. Con todo, la maniobrabilidad del órgano administrativo competente está siempre sometida a los límites legales, como no podía ser de otro modo. En este marco, la oportunidad suele derivar de la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados que plagan los presupuestos de algunas de estas técnicas y que suelen terminar remitiéndose a la necesaria ponderación de los intereses en presencia.

c) La intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa parte necesariamente de la interposición de un recurso, lo que implica, a la postre, que el principio de oportunidad encuentra mejor acomodo en vía administrativa que en vía judicial.

Sin entrar en disquisiciones sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que el campo de juego de este orden jurisdiccional depende en buena medida de la naturaleza de la actuación impugnada (reglada o discrecional).

d) Resultan preocupantes las discrepancias sobre la extensión del control judicial en relación con determinadas actuaciones, señaladamente los casos de reducción de sanciones por abono de las multas (y sin reconocimiento de la responsabilidad). Tales diferencias son de calado en cuanto afectan a los contornos mismos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

e) Las posibilidades de control judicial sobre las decisiones discrecionales que concretan el principio de oportunidad se sirven de los parámetros conocidos de fiscalización de la discrecionalidad administrativa. Cobra singular trascendencia la motivación de la resolución adoptada y cómo se concreta en ella tanto la concurrencia de los presupuestos que habilitan el ejercicio de la potestad y la ponderación de los intereses en juego.

VI. Bibliografía

ABOGACÍA DEL ESTADO. *Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma*. Disponible en: <<http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf>>.

- AMOEDO-SOUTO, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.ºs 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77.
- BAÑO LEÓN, J. M., «Defensa de la competencia: terminación convencional del proceso sancionador sin imposición de sanciones», en VV.AA., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Pamplona, 2008. BIB 2008/3458.
- BURZACO SAMPER, M., «El ejercicio de la potestad sancionadora durante la pandemia», en VV.AA., ALONSO TIMÓN, A. (coord.), *Visión Crítica de la gestión Covid-19 por la Administración*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, pp. 113-132.
- «La incidencia de la Constitución española en el Derecho administrativo sancionador: algunas paradojas y sus consecuencias», en VV.AA., ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y VIDAL PRADO, C. (coord.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Madrid: Francis Lefebvre, abril 2018, pp. 389-405.
- «Principio de oportunidad y derecho administrativo sancionador: análisis de algunas de sus implicaciones», en VV.AA., CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dir.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 85-108.
- CANO CAMPOS, T., «¿Puede el Decreto de alarma establecer su propio régimen sancionador?», en Blog «Seguridad pública, Derecho administrativo sancionador y derechos fundamentales», 11 de mayo de 2020 (<wordpress.com>).
- «Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad», en Blog «Seguridad pública, Derecho administrativo sancionador y derechos fundamentales», 8 de mayo de 2020, <<https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/08/estado-de-alarma-sanciones-administrativas-y-desobediencia-a-la-autoridad/>>.
- «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *Revista de Administración Pública*, n.º 201, septiembre-diciembre 2016, pp. 25-68.
- «Las sanciones en el estado de alarma», *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*. BIB 2021/82.
- CHAVES, J. R., «El principio de oportunidad en Derecho Administrativo: un virus peligroso», Blog *delajusticia.com*, 2018, p. 4. Disponible en: <<https://delajusticia.com/2018/10/15/el-principio-de-oportunidad-en-derecho-administrativo-un-virus-peligroso/>>.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
- GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 179/2016. BIB 2016/4486.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La denuncia administrativa. El régimen de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., «COVID-19 y sanciones de los municipios», en Blog «Seguridad pública, Derecho administrativo sancionador y derechos fundamentales», 24 de abril de 2020, <<https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/04/24/covid-19-y-accion-sancionadora-de-los-municipios/>>.
- LÓPEZ DONAIRE, B., «Análisis de urgencia del régimen sancionador en caso de incumplimiento de las obligaciones y mandatos del estado de alarma en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo», *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 21 (extraordinario 2020), pp. 265-286.

- MARINA JALVO, B., «La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 195/2018. BIB 2018/14046.
- MARTÍ MOYA, V., «Disclosure sobre programas de clemencia a la luz de la Sentencia de la English High Court de 4 de abril de 2012», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292/2014. BIB 2014/1486.
- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, 2016, pp. 57-84.
- RAMS RAMOS, L., «De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación de los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial», *Revista de Administración Pública*, n.º 218, 2019, pp. 101-150.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación», *Documentación Administrativa*, n.º 2, 2015, pp. 1-15.
- «Notas sobre el ejercicio de la potestad normativa en tiempos de pandemia», en VV.AA., BLANQUER, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 207-239.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «Derecho administrativo sancionador, estado de alarma y Covid-19», en VV.AA., BLANQUER, D. (coord.), *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 241-303.

Capítulo 2

Extrajudicial & Judicial Tech

Sonia Calaza López

Catedrática de Derecho procesal

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXTRAJUDICIAL TECH.—III. JUDICIAL TECH.—IV. UN ESCENARIO NUEVO: IA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La Justicia es, con la Sanidad y la Educación, uno de los valores más preciados de la sociedad. No se ha cumplido ni un siglo de la Guerra civil (1936-1939) y de la Dictadura (1939-1975) españolas, como antecedentes inmediatos del vigente sistema de Justicia¹ —susceptible de constante perfeccionamiento desde el advenimiento de la democracia hasta la actualidad²— y ya nos encontramos en un período de transformación digital exprés de nuestra Justicia analógica.

La proximidad geográfica y espacial a episodios bélicos de gran dimensión social, casi siempre acrecienta la preocupación del Legislador —de todas las disciplinas, también la procesal— por dejar normativamente cubiertos todos los frentes, sin que ningún nuevo enemigo —sea del bando que sea; incluso, llega-

¹ Vid. un estudio de la regulación procesal de urgencia, generada en plena pandemia, en CALAZA LÓPEZ, S., «La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus Covid-19», *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 29 de abril de 2020; «Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020; «Reactivación y dinamización de la Justicia en tiempo de crisis post-pandemia», *Diario La Ley*, n.º 9631, 2020; «Ejes esenciales de la Justicia post-Covid», *Diario La Ley*, n.º9737, 2020.

² SOLETO, H., ha destacado, a este respecto, que «para los países con democracias relativamente jóvenes, los esfuerzos normativos y administrativos se han centrado desde el último cuarto de siglo XX en construir los pilares de la sociedad democrática y garantizar cuestiones tan básicas como garantizar la independencia del Poder judicial, el acceso a la justicia y el respeto al proceso debido. Ya entrados en el siglo XXI la sociedad de los países avanzados exige a sus Estados y a su funcionariado que la Justicia no sea solo justa y transparente, sino que eleva sus exigencias de calidad. El ciudadano contemporáneo espera principalmente que la Justicia sea rápida, con un coste adecuado y de eficaz cumplimiento», en «Avances, tecnología y ADR en el sistema de Justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos», en *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 342 y 343.

do el caso, del propio poder democráticamente instituido— pueda filtrarse por alguna rendija de la Ley para atenuar los derechos y libertades tan dolorosamente contruidos en nuestro país: como suele decirse respecto de las grandes conquistas de la humanidad, tampoco en terreno procesal ha de darse «ni un solo paso atrás».

Ahora bien, la exigencia del más estricto cumplimiento de las Leyes enarboladas en los confines de unos episodios bélicos, nada tiene que ver con la «relajación normativa» de la democracia, en la que —ciertamente— se cometen atropellos, desde todos los frentes, de gran envergadura, pero nunca equiparables a la furia y desintegración social de la guerra. Y esto por lo que respecta al terreno físico y tangible de las personas: la puntual salvaguarda —la Justicia— de nuestras relaciones familiares, compraventas, hipotecas, contrataciones, gestiones públicas y privadas, cuando se encuentren amenazadas o fracturadas, resulta una necesidad de primer orden, en un sistema democrático, tan solo equiparable a la Sanidad y a la Educación. Ya no digamos al electrónico dónde una nueva vida —en paralelo— está legalmente por construir: desde siempre, la riqueza de la realidad cotidiana ha superado, con creces, las expectativas del Legislador, dedicado a regular lo ya acontecido; y no lo que todavía «estaba por descubrir».

Algo así sucede con la Justicia digital —que hace frente a una realidad virtual todavía más impactante, si cabe, que la realidad física—, pero con una diferencia esencial: la velocidad de la digitalización de la sociedad —en todas sus clases sociales gracias a la democratización tecnológica— es incuantificablemente mayor —al tiempo que mucho más compleja— que la analógica; y por tanto, la capacidad de cometer atropellos desconocidos, en la realidad virtual, es exponencialmente superior a la que cabe esperar de la física.

Si a todo lo anterior adicionamos que esta nueva vida digital en paralelo a la física parte, en su regulación, prácticamente de cero, nos encontramos con la realidad actual: un auténtico campo de minas digital proyectado sobre otro procesal que ha de pacificar las relaciones —tanto físicas como telemáticas— en un nuevo marco de Justicia sostenible que inicia, en tiempo de pandemia, un camino de digitalización, a la sombra de una cultura analógica: los nativos digitales tienen, apenas, diez o, a lo sumo, quince años de edad en este momento. En consecuencia, los profesionales dedicados a la Justicia somos, en su práctica totalidad, nativos analógicos adaptados a una nueva realidad en la red.

Esta nueva realidad tecnológica se ha intensificado, por lo demás, en el diario quehacer de todos los sectores de la población —tanto de la analógica como de la digital— durante la pandemia y ha acelerado un trayecto imparables hacia la inercial realización de la práctica totalidad de las actividades cotidianas —educativas, comerciales, relacionales, etc.—, en la red, con una multiplicación —y desplazamiento— de los más heterogéneos ilícitos e incumplimientos, desde un terreno físico, a otro electrónico.

La pandemia ha anticipado, en el tiempo, la digitalización que —con más prudencia en la calma— en todo caso estaba por llegar antes de esta impactante tempestad vírica. La vida digital ya ha llegado, pero como sucede con toda materia que llega abrupta e inesperadamente: se encuentra, en algunas de sus irregularidades, a la intemperie de la Ley y una primera regulación deviene urgente.

La primera disquisición que cabría acometer en estos tiempos —todavía de pandemia: se redactan estas líneas en abril de 2021— es la relativa a cuáles de las innovaciones electrónicas operadas, con cierta urgencia, en la Justicia, vienen para quedarse y cuales constituyen herramientas provisionales que pasarán sin pena ni gloria. Pero esto no es fácil de predecir *a priori* por una razón: si las herramientas procesales, adoptadas con visos de provisionalidad, funcionan a plena satisfacción de profesionales y justiciables, entonces se quedarán; *a sensu contrario*, si las herramientas procesales construidas con expectativa de mantenimiento, sin embargo, no resultan útiles, eficaces o, sobre todo seguras, entonces se revisarán.

En materia de digitalización no contamos con una experiencia previa que nos permita generar «zonas de confianza», previo acierto, pues las predicciones se efectúan sobre la base de la nada: no tenemos nutrientes —datos previos— que permitan —en una razonable expectativa— predecir el resultado —exitoso o malogrado— del funcionamiento de las nuevas herramientas tecnológicas que pretenden implementarse. De ahí que cualquier ensayo, por responsable, cauto y prudente que sea, pueda conducirnos al error, máxime en un incipiente momento en que los medios técnicos de nuestros Juzgados y Tribunales no se encuentran al alto —y garantista— nivel de «digitalización»³, que merece una Justicia de calidad.

La transformación digital de la Justicia precisa, en consecuencia, no sólo normas habilitantes —siempre en la base de una adecuada concienciación y formación de los profesionales que deban ponerla en marcha—, sino también de una rele-

³ CARDONA FERNÁNDEZ, A. M., señala, tristemente, que «a día de hoy muchas oficinas judiciales no disponen de todos los sistemas y medios necesarios para la digitalización de determinados actos; también se une a dicho hecho la problemática de la dependencia total a los funcionarios de auxilio judicial para los actos que precisen conexiones virtuales, su brutal sobrecarga y la insuficiencia dicho personal para dar respuesta al sistema telemático que se ha ido implantando y ampliando vertiginosamente sin que la Administración de Justicia se encontrase preparada. A dicho problema se une además aquellos derivados de los riesgos de fallo o caída del sistema telemático previo momento a la celebración de un pleito o vista tanto por parte del Juzgado como por parte de alguno de los participantes y que acarree la imposibilidad de su celebración y, por tanto, la suspensión y el consecuente aplazamiento e incluso la simulación de alguno de los participantes (como podría ser la parte procesal más desfavorecida en el procedimiento o como estrategia de alguna de las partes) la caída del sistema o su no funcionamiento para provocar la suspensión del juicio o vista», en «La celebración de juicios telemáticos. ¿Es la solución a la pandemia y al colapso judicial?», *Diario La Ley*, n.º 9786, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2021, Wolters Kluwer, p. 4.

vante inversión económica —sería el colmo la irresponsabilidad implementar una digitalización con equipos informáticos o dispositivos electrónicos de paupérrima calidad que pudieren interferir, desfavorablemente, en la convicción judicial—; así como de un entorno digital completamente confiable y seguro —en una plataforma de exclusivo dominio judicial dónde la identificación de los intervinientes y el contenido de lo intervenido no ofreciere la menor duda—.

En el dificultoso (por nunca antes explorado) —y sofocado (por su constante y agotadora fugacidad)— trayecto hacia la transformación digital de la Justicia ha de tomarse en consideración, finalmente, algo esencial: Y es que la nueva concepción de la Justicia civil —por la que apuesta la inminente Ley de eficiencia— no se integra solo por una Justicia contenciosa⁴ —dentro de la que cabe incorporar, a su vez, la propiamente contradictoria (Ley de Enjuiciamiento civil) y la voluntaria (Ley de Jurisdicción voluntaria)— sino también por una Justicia colaborativa, social, popular, terapéutica, amistosa, en definitiva, una Justicia extra-judicial.

La conjunción, dentro del amplio concepto de Justicia como «servicio público» de ambos tipos de modalidades de resolución de conflictos —una verdaderamente pública: la atribuida a nuestros Juzgadores, sin posibilidad alguna, como diríamos en Sanidad o Educación, de «irnos a la privada» y otra que pudiéramos configurar, de semipública: la atribuida a los ciudadanos con escaso o, incluso nulo, control judicial— nos obliga a afrontar este reto de la digitalización de la Justicia en su doble versión: tanto judicial (Judicial Tech), como extrajudicial (Extra-Judicial Tech). Y si estas dos modalidades, tanto la judicial como la extrajudicial, forman parte de la nueva concepción de la Justicia, parece razonable que bajo el amparo del Poder Judicial, deba potenciarse la tecnologización de ambos modos de realización de la Justicia, pues, en otro caso, los denominados hasta el momento, «mecanismos alternativos o complementarios», ahora rubricados «mecanismos adecuados», siempre —en todo caso— «de resolución de controversias», quedarían en «terreno de nadie» y al albur de una gestión profesional de toda suerte de Abogados, Mediadores, Notarios, Registradores y otros «Expertos independientes», sin mayor orientación, ni GPS procedimental que su «sentido común».

II. Extrajudicial Tech

La nueva concepción de la Justicia como «servicio público»⁵ impone a los justiciables del orden civil el tránsito obligado por una circunvalación hacia la

⁴ Vid. un estudio detallado en CALAZA LÓPEZ, S., *Confluencia de la Jurisdicción y desjudicialización*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.

⁵ El Prof. ASENCIO MELLADO, J. M., ofrece, en una aguda reflexión sobre esta nueva concepción de la Justicia, la siguiente disertación: «Preocupante es también la conversión de la Justicia en lo que, con cierta displicencia y sin medir los efectos de esta afirmación, la considera un ser-

respuesta judicial. Ante el surgimiento del conflicto, ya no cabe acudir, de forma directa y recta, al Juzgador, sino que ha de emprenderse un «itinerario negociador»⁶, a riesgo —ante el incumplimiento— nada menos que de inadmisión de la demanda, con la consiguiente denegación del relevante derecho a la tutela judicial efectiva, catalogado, por nuestros grandes juristas⁷, como el «derecho estrella del firmamento jurídico constitucional español».

Este trayecto negociador hasta ahora desconocido —salvo en materia de mediación y el arbitraje: únicas fórmulas extrajudiciales con cierta consolidación en nuestra Justicia civil— ha de emprenderse «a ciegas», en un terreno inexplorado, con un resultado incierto y en un marco desconocido.

Este nuevo mundo de la Justicia colaborativa se ve radicalmente reforzado, con la imposición de los denominados «medios adecuados de solución de controversias» (en adelante, MASC), por dos razones esenciales: la de potenciar, en primer lugar, la denominada «cultura de la paz» y la de descongestionar, en segundo lugar, nuestros saturados Juzgados y Tribunales.

Sin embargo, esta potenciación de la Justicia colaborativa se afronta desde la imposición y derivación a la buena praxis privada de los ciudadanos —asistidos, desde este incipiente momento, por sus Abogados—, sin arbitrar, en paralelo, como sería lo deseable, plataformas de acercamiento de los justiciables, proclives a lograr el ansiado entendimiento que consiga evitar el proceso y con ello, incrementar, todavía más, nuestra masiva litigiosidad coetánea y posterior a la pandemia.

Y aquí es dónde precisamente, las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICs) podrían cumplir un papel esencial, de acercamiento en línea de los justiciables, mediante la implementación de plataformas electrónicas —ya sea en la propia página web del Poder Judicial, accesible desde cualquier dispositivo electrónico o equipo informático— o, incluso, en nuevas Aplicaciones incorporadas a nuestros móviles o tabletas, dónde pudiesen los justiciables —en una estructura gratuita, sencilla y descentralizada— procurar el encuentro

vicio público. La Justicia va perdiendo progresivamente su carácter de Poder del Estado y se acerca en su estructura y controles a un órgano administrativo más, incluso jerárquico y regido por los principios de eficiencia y racionalidad del gasto», en «La Justicia como servicio público, no como poder», *Diario de Alicante*, 2021.

⁶ *Vid.* un elocuente estudio de PÉREZ DAUDÍ, V., quién, de forma visionaria, se anticipó al estudio de la regulación proyectada, en «Los ADR obligatorios y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Atelier, Barcelona, 2019.

⁷ DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., ha advertido lo siguiente: «Si existe un derecho estrella en el firmamento jurídico constitucional español actual, ese título le corresponde, sin discusión alguna al artículo 24, y, en especial, a su párrafo primero donde se dice, como es bien sabido, que todos tienen derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho y cambio social», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 5, 1987.

y cumplir, en caso de que el resultado fuere infructuoso, el presupuesto de procedibilidad que permita el acceso a la Justicia civil.

La inminente LMEP destina un Título propio —el III— a la denominada «transformación digital» de la Justicia contenciosa (Judicial Tech), frente a un escaso —e insuficiente precepto (el 5) ubicado en el Título I: «Medios adecuados de solución de controversias» (MASC)— dedicado a la que no podemos tildar, por la manifiesta insuficiencia normativa descrita, de «transformación digital de la Justicia colaborativa o descentralizada» (Extrajudicial Tech).

Este desequilibrio entre la apuesta por una Justicia contenciosa digital y una Justicia colaborativa analógica constituye ya, desde el mismo inicio de la LMEP, la clara brecha existente entre el templo de la concordia —al que se dedica un solo precepto— y el templo de la Justicia —al que se dedica todo un Título III: «Transformación digital»— muy a pesar de insistir el Legislador, en la obligatoriedad de agotar cualquier actividad negocial —extrajudicial—⁸ antes de intentar la propiamente judicial en este nuevo ecosistema de Justicia sostenible.

El único precepto que destina la inminente LMEP —concretamente el 5— a la transformación judicial de la Justicia colaborativa (Extrajudicial Tech), se orienta, sencillamente, a informar, primero, de algo obvio: el acuerdo podrá alcanzarse —en todas o algunas de las fases negociadoras— por vía telemática⁹; y a priorizar, después —en un *desiderátum*— la vía telemática frente a la física, para las reclamaciones de cantidad de ínfimo valor¹⁰.

La regulación legal de la transformación digital de los MASC, hay que admitirlo, es nula¹¹. Y esto no resulta coherente con el impulso que pretende

⁸ Vid. CALAZA LÓPEZ, S., «El proceso judicial como *ultima ratio*: de la alternatividad a la obligatoriedad de los “medios adecuados de solución de conflictos”», en *Un modelo de justicia para el siglo XXI: Justicia alternativa, Justicia negociada, Justicia informal*, ROCA MARTÍNEZ, J. M. (dir.), Tirant lo Blanch, 2021; «Una Justicia civil de diseño en la boutique del Derecho procesal», en *¿Cuarentena de la Administración de Justicia?*, PÉREZ DAUDÍ, V. (dir.), Atelier, Barcelona, 2021; «El realismo mágico de la nueva Justicia civil», *Revista de la Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*, n.º 2, Tirant lo Blanch, 2020.

⁹ El artículo 5.1 de la futura LMEP establece que «las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizado el respeto a las normas previstas en este título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación».

¹⁰ El artículo 5.2 de la futura LMEP establece que «cuando el objeto de controversia sea una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes».

¹¹ LOZANO GAGO, M. L., entiende, en este sentido, que «más que privatizar en parte la Justicia, servicio público esencial, implementando un sistema de mediación privada *extra*-procesal a cargo de abogados especializados en la misma —cuando lo ideal sería en todo caso desarrollar la previsión legal contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, completando por vía legislativa la atribución competencial a los Letrados de la Administración de Justicia de las funciones que tienen asignadas en materia de mediación y/o conciliación, estableciendo así un sistema público

ofrecerse a tales medios: ni los profesionales de la Justicia, ni mucho menos los propios ciudadanos podrán afrontar tales herramientas pacificadoras sin normas habilitantes que perfilen los mecanismos electrónicos extrajudiciales a los que se pueda acudir, ni las plataformas en línea dónde —con la debida confidencialidad, seguridad y autenticidad (tanto de los comunicantes como de lo comunicado)— se pueda tratar de llegar a acuerdos que eludan el proceso, en lugar de convertirse en un mero trámite burocrático —maquillaje jurídico— estandarizado para cumplir el nuevo «presupuesto de procedibilidad» que se exige para acceder al proceso.

La creación de estas plataformas informáticas, perfectamente acreditativas de «haberse intentado el acuerdo» en los albores del proceso civil que está por llegar debieran, pues, regularse y responder, al menos, a los siguientes diez hitos:

Primer hito: Gratuidad de la accesibilidad. Las plataformas de resolución extrajudicial de controversias han de crearse en sede digital y resultar accesibles, para la generalidad de la población —que comienza a estar altamente tecnologizada—, desde sus propios equipos informáticos o dispositivos electrónicos, sin perjuicio de su «puesta a disposición» gratuita, desde unidades creadas al efecto, en todos y cada uno de nuestros Juzgados y Tribunales, para aquellos ciudadanos que carezcan de una mínima alfabetización digital o de suficientes recursos económicos para disponer y utilizar estos medios técnicos¹²: en el primer caso serán asistidos por profesionales y en el segundo podrán utilizar los medios tecnológicos públicos. Pero ningún ciudadano debiera, como es lógico, verse privado de «intentar el acuerdo» por falta de pericia informática o por falta de medios técnicos. Si la Justicia colaborativa forma parte —como así se nos indica— de la Justicia como «servicio público», estos medios —humanos y técnicos— han de ponerse a disposición de los justiciables desde nuestros Juzgados y Tribunales.

Segundo hito: Gratuidad de las plataformas. Las plataformas digitales de resolución extrajudicial de controversias han de ser gratuitas para los ciudadanos, de forma que su creación, consolidación, mantenimiento y constante supervisión habrán de tener una partida presupuestaria propia, en este «servicio público» que es la Justicia y que, como hemos advertido, no tiene —en paralelo— una «versión

de mediación intraprosesal—, se defiende desde estas líneas que la solución ante el llamado “problema de la justicia” no es desplazar a los tribunales y privatizar la misma en parte (mediación privada remunerada), sino que la solución es más justicia, abrir los tribunales a la tecnología. En definitiva, más salas de justicia *on-line* —que también han dado en llamarse “salas virtuales”—, en *La aportación de pruebas en los juicios civiles telemáticos, Práctica de Tribunales*, n.º 147, Sección Estudios, 2020, Wolters Kluwer, p. 3.

¹² TEJEDOR BIELSA, J., destaca, a este respecto, que «la transformación digital, la implantación de una administración electrónica accesible constituye hoy garantía de igualdad de los ciudadanos en la relación con las administraciones públicas», «Transformación digital *blockchain* e inteligencia artificial en la Administración Pública», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 209/2020, p. 6.

privada» que neutralice los déficits de su única formulación pública: no podemos «irnos a la Justicia privada» cuando las colas de la pública se hagan insostenibles: hemos de esperar, en esa cola, hasta que nos toque el turno. De ahí que la agilización, la celeridad y la gratuidad sean —así me lo parece— un imperativo.

Tercer hito: Accesibilidad, sencillez e interacción. Información, transparencia y predicción. Las plataformas digitales de resolución extrajudicial de controversias han de ser accesibles, sencillas e intuitivas para los ciudadanos. En un momento de acercamiento de la Justicia al ciudadano, resulta imprescindible que éste sea capaz, por sí mismo, sin necesidad de demasiados apoyos, al menos en esta fase incipiente de resolución armoniosa del conflicto, de acceder, conocer, comprender e interpretar, tanto su propia controversia, salvo que fuere de gran complejidad jurídica, como el amparo legal al que asirse y las posibles soluciones negociadas. En este momento, cobran una relevancia capital los mecanismos de Justicia predictiva, aplicados a las soluciones negociadas, que permitan, tras una adecuada combinación entre los datos —debidamente contrastados: con trazabilidad, transparencia y anonimización—, elaborar estadísticas y formular respuestas apriorísticas de cada conflicto, pues al justiciable le resultará más sencillo adoptar acuerdos si se le proponen soluciones jurídicas, de contrastada justicia, conforme a conocidos patrones, tendencias e indicadores objetivos¹³.

Cuarto hito: Seguridad y garantismo. Las plataformas de resolución extrajudicial de controversias han de ser seguras y garantistas, tanto respecto de la identificación de los comunicantes como de la protección de lo comunicado. La seguridad de la identificación y de la comunicación es esencial porque debe cumplir, además de las consabidas normas tuitivas de la intimidad —en su doble versión, de protección de datos personales y entorno digital— un parámetro medular de la Justicia negociada: la confidencialidad.

La plataforma habrá de garantizar, por tanto, la más perfecta identificación de los comunicantes y el automático bloqueo de lo comunicado, que no podrá —en modo alguno— servir de mecanismo probatorio, cuando no se alcance el acuerdo, para el ulterior proceso, pues en tal caso estas fórmulas extrajudiciales podrían ensayarse, por los futuros justiciables especializados, con la única finalidad de recabar pruebas y no, como es lo razonable, de alcanzar acuerdos.

Las ofertas y contraofertas, manifestadas en la red, debieran impedir —para eludir cualquier tentación— el «copiado» en la propia plataforma, de forma que

¹³ Vid. RENATA, C., cuando explica que «la palabra “Jurimetría” no sólo identifica a la plataforma de analítica jurisprudencial predictiva de Wolters Kluwer (<www.jurimetria.es>), sino que se reconoce como una nueva categoría de soluciones, que gracias a la tecnología, van a servir de apoyo a los juristas en la toma de decisiones jurídicas, basada en patrones, tendencias e indicadores objetivos», en PEREA GONZÁLEZ, A., RETANA, C., CASTELLANO, P. S., PERALTA GUTIÉRREZ, A., NAVARRO SEGURA, E. y MOLINA GARCÍA, M. J., «Diálogos para el futuro judicial XXII. Jurimetría y Justicia predictiva», *Diario La Ley*, n.º 9837, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, 26 de Abril de 2021, Wolters Kluwer, p. 6.

las preguntas y respuestas vayan desapareciendo de la pantalla al compás de la itinerancia comunicativa.

El garantismo exigible a la plataforma habrá de venir, finalmente, garantizado por la implementación de mecanismos de IA que permitan detectar la naturaleza dispositiva —y ajena al orden público, interés general o, en su caso derechos e intereses de personas precisadas, por su vulnerabilidad, de protección reforzada¹⁴— así como las propuestas invasivas en derechos irrenunciables de los ciudadanos.

Quinto hito: Selección asistida, tras conocimiento y consentimiento informado del «medio más adecuado de solución» de cada específica controversia. Las plataformas de resolución extrajudicial de controversias han de insertar técnicas de Inteligencia artificial para auxiliar, primero, al ciudadano, en la elección de la fórmula más adecuada, de entre todas las posibles, de resolución de controversias que desee experimentar; segundo, el entendimiento de todas estas herramientas de solución de controversias —o al menos, las legalmente establecidas— y guiarle, después, a lo largo de toda la andadura de la referida modalidad extrajudicial seleccionada.

Los MASC, como se sabe, son dinámicos, flexibles y combinables, esto es, la libre elección de uno no excluye la de otro, ni de forma individualizada —podrán ensayarse dos a un mismo tiempo, y ello tanto en un momento inicial (mediación y conciliación), como sobrevenido (Med-Arb, Arb-Med)—, ni de forma complementaria —podrá implorarse, en plena mediación, la opinión por un experto independiente—. Todas estas pasarelas de la resolución extrajudicial de conflictos habrán de estar perfectamente integradas en la plataforma electrónica dónde se pretenda dar respuesta eficaz a los conflictos intersubjetivos de los ciudadanos que descongestionen nuestros Juzgados y Tribunales¹⁵.

Sexto hito: Propuestas tecnológicas de solución. Las plataformas de resolución de extrajudicial de controversias habrán de ser guiadas, en una primera fase de implementación, por técnicas de Inteligencia Artificial, para dar repuesta a asuntos sencillos, reiterativos y de escaso valor económico; así como por una com-

¹⁴ Vid. CALAZA LÓPEZ, S., «Inteligencias múltiples y Derecho procesal», en *Inteligencias múltiples y Derecho procesal*, en *Sociedad, Justicia y discapacidad*, LUACES GUTIÉRREZ, A. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2021.

¹⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., ha advertido, en este sentido, que «las plataformas ofrecen la posibilidad de establecer, de manera ágil y sencilla, puentes o pasarelas para derivar de una categoría a otra o incluso, como pasar de un procedimiento electrónico a otro presencial en cualquier de las fases en las que se encuentre el proceso. No obstante, para evitar complicaciones al poder inducir a error en el proceso elegido por las partes, y las consecuencias que implica, es absolutamente necesario que se informe correctamente del cambio de un procedimiento a otro y que se recoja la aceptación o consentimiento inequívoco de las partes respecto a cada uno de los procedimientos que se van a utilizar para la resolución de la controversia», en «Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 52/2020, p. 5.

binación mixta de Inteligencia Artificial y Humana para aquellos otros de mayor complejidad o cuantía: el umbral económico podría resultar coincidente con los 600 euros fijados por la LMEP para la preferencia de resolución extrajudicial electrónica.

La IA servirá, como se ha visto, para ofrecer, al inicio, una predicción de la respuesta, que permita a los ciudadanos en conflicto, decantarse por un MASC u otro, así como para definir el alcance de sus propuestas y contrapropuestas; y después, para proponer soluciones al caso concreto.

El propio programa debiera de ofrecer soluciones que, en tiempo real, pudieran adoptarse —total o parcialmente— o, en otro caso, rehusarse. Y esta misma plataforma —integrada por programas de Justicia predictiva— ilustrará —a los ciudadanos afectados por la controversia— de las posibilidades reales de ventilar su controversia en un determinado sentido conforme a un patrón judicial estandarizado: esto es, en casos similares, la respuesta suele ser la que se propone. La estandarización de la respuesta, frente a consultas similares y reiterativas, por mecanismos de IA puede minorar —y mucho— la litigiosidad masiva en el orden civil.

La propuesta de solución automatizada, estereotipada o estandarizada, mediante mecanismos de IA, en auténticos quioscos institucionales de resolución armoniosa de controversias es, seguramente, el reto de mayor magnitud al que se enfrenta la transformación digital de los MASC, pues supone —nada menos que— la robotización de la respuesta, si bien es cierto que no deja de ser una «propuesta» de acuerdo y no una «resolución impuesta» al problema suscitado.

Esta propuesta de solución negociada de controversias podría gestionarse, como apuntamos, en máquinas de IA, dónde se han combinado múltiples datos estadísticos, si bien, ha de advertirse, que estos nutrientes se enfrentan, al menos, a tres tipos de dificultades: primera, los posibles sesgos o errores —de los que, ha de admitirse, tampoco está exenta la inteligencia humana— cometidos —inconsciente o maliciosamente— al compás de su introducción, razón por la que la procedencia, transparencia y trazabilidad de estos datos habrán de estar, en todo caso, contrastadas; segunda, su rápida desactualización y consiguiente petrificación, si no son constantemente supervisados; y tercero, su imposible reinterpretación, creatividad e innovación jurídica ante las novedades, los recovecos, los matices y, en definitiva, la eclosión de circunstancias nuevas, no contempladas en el nutriente otorgado a la máquina, que podría «retroalimentar» propuestas injustas como consecuencia de la inadecuación de los datos con los que cuenta frente a la solución que propone.

Séptimo hito: Plazo. Las plataformas digitales de resolución extrajudicial de controversias han de someter a un plazo razonable la obtención del acuerdo. Y ello para acreditar que, respecto de unas determinadas personas, en relación con un concreto conflicto, no se llegó a ningún acuerdo, como consecuencia tanto de la aptitud inactiva —el futuro demandado nunca contestó, en ningún senti-

do, a la comunicación efectuada por el inminente demandante—; obstruccionista —uno de los futuros justiciables dio respuesta ambigua a las propuestas planteadas en sede electrónica, por el otro, con meros fines dilatorios—; o no conciliadora —los comunicantes, a pesar de un serio intento de negociación, no llegaron a alcanzar acuerdo alguno—.

Estas comunicaciones debieran efectuarse en un marco temporal muy breve: desde luego, así me lo parece, muy inferior a los tres meses reseñados por la proyectada Ley de eficiencia: cada día cuenta para la recuperación, en lo posible, de una economía mancillada por la crisis socio-sanitaria: tres meses son una eternidad para quién, por ejemplo, pretenda una modulación contractual vía *rebus sic stantibus* ante la evidente pérdida de conmutatividad prestacional como consecuencia de circunstancias tan desgraciadamente sobrevenidas e imprevisibles como las que nos impactaron con la pandemia¹⁶.

Octavo hito: Acumulación de pretensiones y pluralidad de partes. Las plataformas de resolución extrajudicial de controversias han de integrar en su seno, no sólo todas y cada una de las pretensiones formuladas —acumulación objetiva de peticiones— sino también a la pluralidad de afectados por dicho intento negociador: todos los posibles futuros demandantes y demandados para evitar toda suerte de focos de nueva litigiosidad.

Noveno hito: Interoperabilidad. Las plataformas de resolución extrajudicial de controversias debieran estar interconectadas con el Poder Judicial, al menos, al relevante efecto de permitir la adopción judicial, durante su desarrollo, de cuatro elementos nucleares del proceso: primero, la suspensión de la caducidad o la interrupción de la prescripción; segundo, la práctica de la prueba anticipada, cuando fuere necesaria por su posible irrepetibilidad posterior; tercero, la solicitud de diligencias preliminares; y cuarto, la adopción de medidas cautelares. Y es que la regulación aislada —y sin expresión de cual sea su adecuada formalización ante el Juez— de tan solo dos de estos tipos de postulados —de relevancia esencial para los justiciables: la suspensión de la caducidad y la interrupción de la prescripción, así como la adopción de medidas cautelares— resulta, a todas luces, insuficiente.

Décimo hito: Formalidad del resultado armonioso o infructuoso. Las plataformas digitales de resolución extrajudicial de controversias han de limitarse, al término, bien a emitir el informe con el acuerdo, para su posterior ejecución, bien el certificado acreditativo de que el acuerdo se ha intentado sin éxito. Y el informe con el acuerdo o con la inexistencia de acuerdo, en los términos en que se culminó, pero no respecto de su gestación —cubierta por la confidencialidad—, debe ser remitida, merced a esta misma «interoperabilidad», directa-

¹⁶ Vid. un estudio detallado en CALAZA LÓPEZ, S., «*Rebus sic stantibus*, extensión de efectos y cosa juzgada», La Ley, Madrid, 2021; «No hay pandemia que no remita: Hoja de ruta de la *Rebus sic stantibus*», *Actualidad civil*, n.º 1, 2021.

mente de la plataforma al Poder Judicial, que debiera encontrar este intento negociador, en un sencillo clic, sin necesidad de solicitarlo a los justiciables, estudiar todos los extremos del acuerdo, pedir —en su caso— la subsanación y, al término —de no resultarle suficiente— motivar la denegación de la demanda. Cuatro pasos en uno: el clic de la eficiencia.

Estos diez pasos serían los necesarios —al menos en un primer momento— para implementar una Justicia colaborativa realmente integrada en esta nueva concepción de la Justicia como servicio público¹⁷, en el que el templo de la concordia se erige en un lugar de paso preferente —y obligado— para el acceso a los Tribunales.

III. Judicial Tech

La transformación digital de la Justicia se encuentra todavía en un estado de implementación, ha de reconocerse, muy prematuro. Los ejes esenciales de dicha transformación han sido claramente distinguidos por nuestra joven doctrina procesal¹⁸: acceso, notificaciones, tramitación del procedimiento, prueba, decisión judicial y ejecución. De estos seis ejes, tan sólo los tres primeros han sido afrontados por nuestro Legislador en la inminente LMEP, que nada regula respecto de revolución digital de la prueba, de la decisión judicial y de la ejecución.

Las potencialidades de la nueva era son múltiples; la mayoría muy esperanzadoras, algunas encuentran acogida en todos los foros, incluso los más conservadores —las notificaciones y apoderamientos han de ser, ya nadie lo duda, si no exclusiva, sí al menos prioritariamente electrónicas—; la videoconferencia ha instaurado, en sede electrónica, los juicios y vistas presenciales en tiempos de pandemia: no resulta unánime, entre la doctrina, si debe ser una solución provisional o definitiva; el apoyo en nuevos mecanismos algorítmicos de predicción se está implementando, en un sistema —por el momento— mixto de Inteligencia Artificial (en adelante, IA) e Inteligencia Humana (IA); la robotización judicial, sin embargo, no parecen ofrecer, por el momento, suficientes garantías, pero llegará a medio plazo, al menos para los conflictos sencillos.

¹⁷ Vid. sobre esta nueva concepción de la Justicia colaborativa, LÓPEZ YAGÜES, V., «La inserción de la mediación en un sistema integrado de Justicia Civil para España y Europa. El modelo italiano como referente» en libro colectivo *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Santiago de Compostela, 2018; «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un sistema integrado de Justicia Civil», *Práctica de Tribunales. Revista Especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2019; «Dinamización de la Justicia penal: Conformidad, mediación, reparación», en *Justicia, reparación y reinserción*, MUINELO COBO, J. C. y CALAZA LÓPEZ, S. (dir.), Madrid, 2020.

¹⁸ Vid. este elocuente desplegable, en PÉREZ DAUDÍ, V., «La Justicia civil ante el reto de las TIC», *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 88.

La pandemia ha «acelerado» la digitalización de la Justicia y ha impulsado el reto de la transformación de nuestra Justicia física en otra —preferentemente— electrónica. Sin embargo, este reto se encuentra con algunas resistencias: la primera y esencial, la cobertura legal; la segunda, la dotación económica; y la tercera, la sede electrónica. Y todo ello en el entendido de la sobrada «ciber capacitación»¹⁹ —que convendría, en todo caso, mantener activa mediante periódicos cursos o programas de actualización— de todos los profesionales de la Justicia: Abogados, Procuradores, Magistrados, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, etc.

La evolución de la Justicia en materia digital no conlleva, sin embargo, el mero desplazamiento, de una sede física a otra electrónica, sino que supone una auténtica revolución y transformación en todos los órdenes: de ahí que resulte un lastre, por ejemplo en materia de prueba electrónica²⁰, tratar de encontrar en el elenco probatorio clásico —interrogatorio, documental, testifical, pericial— cual de cada mecanismo se adecúa más, en el caso concreto, a la evidencia digital con la que se trate, en el proceso concreto, de ilustrar al Juzgador²¹. Resulta evidente que esta materia —la prueba electrónica: auténtico corazón del proceso— como en muchas otras, que viabilizan su mantenimiento como restantes órganos vitales del mismo proceso, merezcan una regulación propia y deba afrontarse con carácter inmediato.

La íntegra digitalización de los procesos civiles precisa, para hacerse realidad, sin incurrir en una infección procesal generalizada, el cumplimiento de un trípode de requisitos, destacado por la doctrina²², que se encuentra en vías de

¹⁹ Vid. este elocuente concepto en DE LA GARZA, L. M., *Justicia electrónica y garantías constitucionales*, La Ley, Madrid, 2012.

²⁰ MAGRO SERVET, V., destaca, en este sentido, que «el inconveniente, o problema, que existe desde el punto de vista procesal es que no existe una regulación autónoma de la prueba digital en la LECrim hoy en día, y ni tan siquiera se prevé esta regulación en el anteproyecto de la LECrim, ni en el Anteproyecto de la ley de medidas de eficiencia procesal, por lo que sería necesario que, incluso este último, que tiene una *vacatio legis* de tres meses de entrada en vigor, introdujera en la parte de la reforma procesal penal que se recoge en la misma una regulación autónoma de la prueba digital que disciplinara cómo se propone y aporta al proceso penal la prueba digital desde la fase de investigación judicial hasta la proposición y práctica de cara al día del juicio oral», en «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario La Ley*, n.º 9824, Sección Doctrina, 7 de Abril de 2021, Wolters Kluwer.

²¹ Vid. CALAZA LÓPEZ, S., «Tres Verdades (material, formal, virtual) y una sola Realidad: La prueba electrónica», en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Estudio homenaje al Prof. Gimeno Sendra*, Madrid, Castillo de Luna, 2020

²² BANACLOCHE PALAO, J., ha señalado, en este sentido, que «para que sea posible la tramitación íntegra de un proceso judicial en remoto es necesario que concurren al menos tres elementos de naturaleza técnica: 1) un sistema eficaz y fiable de comunicaciones telemáticas; 2) un expediente judicial electrónico, que permita la consulta y manejo de todo lo obrante en autos; y 3) un sistema de interacción simultánea a través de videoconferencia o plataforma digital para la realización de los actos orales», en «La pandemia y su influencia en la impartición de Justicia: ¿Hacia un proceso desarrollado íntegramente *on line*?», *Pandemia y Derecho. Una visión multidisciplinar*, Laborum, Murcia, 2020, p. 350.

implementación, merced a su proyectada cobertura legal: primero, un sistema judicial confiable y seguro de comunicaciones escritas —que garantice la más perfecta identificación y apoderamiento de los justiciables, así como un íntegro almacenamiento de lo exactamente comunicado—; segundo, un expediente electrónico consolidado, con un mantenimiento técnico adecuado, que permita la consulta gratuita de los interesados en cualquier momento del procedimiento; y al fin, un sistema de judicial confiable y seguro de comunicaciones verbales, con la debida calidad, que permita la interacción durante las fases del proceso que deban sustentarse en los consolidados principios de oralidad, contradicción, concentración y publicidad.

La inminente LMEP destina un Título propio —el III— a la denominada «transformación digital» de la Justicia, pero en verdad los retos no son —en muchos casos— sino el refuerzo de medidas, instrumentos y herramientas tecnológicas ya existentes: como el apoderamiento *apud acta* en línea, las comunicaciones electrónicas o la videoconferencia, a los que vienen a adicionarse, otras como la creación de un Registro electrónico de apoderamientos, la de un Archivo electrónico de documentos y expedientes, que permita el acceso de las partes a un servicio de información sobre el estado de la tramitación del procedimiento y el imprescindible establecimiento de un Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad, donde se establecen las cinco dimensiones de la «seguridad electrónica»: autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y trazabilidad.

Las comunicaciones electrónicas cobrarán un gran impulso gracias a la creación del Tablón Edictal judicial único²³, mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas en el ámbito de la Administración de Justicia, que permitirá a los ciudadanos conocer, en tiempo real y de forma gratuita, todas las publicaciones edictales, convirtiendo en una «realidad» lo que, hasta el momento, era una mera «ficción de la comunicación», pues podrán establecerse, en los dispositivos electrónicos privados, alarmas que permitan conocer cuándo se ha incorporado, a este Tablón digital, una publicación que concierna al afectado, en lugar de creer —artificiosamente— que dicho potencial afectado visibilice, cada semana, los Tablones físicos de los Juzgados y Tribunales.

La inminente LMEP regula el denominado «Registro electrónico de apoderamientos judiciales» (art. 32 bis LEC), tras permitir, en el artículo 24 de la

²³ La Justicia encontraba un claro «ralentizador», además, en las comunicaciones edictales, que ha venido a solventarse, por fortuna, con la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Esta Ley crea, por fin, el Tablón Edictal Judicial Único, en el que serán publicadas electrónicamente por la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, las resoluciones y comunicaciones de todos los órdenes jurisdiccionales, a partir del 1 de junio de 2021 —para todos los procedimientos, tanto los pendientes como los inminentes—, poniendo fin a la gran dispersión existente de tablones de anuncios y boletines oficiales existente.

LEC que, el poder en que la parte otorgue su representación al procurador se pueda conferir en alguna de las siguientes formas: directamente, por comparecencia electrónica, a través de una sede judicial electrónica, en el registro electrónico de apoderamientos judiciales *apud acta*; o de forma clásica, ante Notario o por comparecencia personal ante el Letrado de la Administración de Justicia de cualquier oficina judicial. En todos estos casos, se procederá a la inscripción en el Registro electrónico de apoderamientos judiciales dependiente del Ministerio de Justicia.

Esta misma LMEP crea el «Archivo electrónico de documentos y expedientes» al establecer, en el artículo 29 de la LEC, que deberán almacenarse por medios electrónicos todos los expedientes y documentos asociados utilizados en las actuaciones judiciales, conforme a lo establecido en el Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad. Se creará un Archivo Judicial Digital Central, que se irá configurando con las transferencias de expedientes y documentos electrónicos aportados por los sistemas de gestión procesal cuando finalice su fase activa. Los documentos se conservarán preservando el contenido en el formato en que fueron transferidos, si bien podrán migrarse a otros formatos cuando los mismos puedan volverse obsoletos. Este archivo electrónico será accesible a través de la sede judicial electrónica por medio del procedimiento de acceso al archivo.

La proyectada LMEP crea, a su vez, un servicio electrónico de acceso restringido de la información sobre el estado de tramitación del procedimiento y establece en el artículo 41 que «se pondrá a disposición de las partes un servicio electrónico de acceso restringido donde éstas puedan consultar, previa identificación y autenticación, al menos la información sobre el estado de tramitación del procedimiento. La información sobre el estado de tramitación del procedimiento comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados».

La inminente LMEP incorpora un nuevo precepto en la LEC, el 137 bis, para la regulación de la realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia. Los profesionales, así como la partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la Oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo. Frente a dicha regla general, la propia LEC excepciona el siguiente supuesto: Cuando el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente²⁴ conforme a lo que se determine reglamentariamente.

²⁴ *Vid.* un interesante estudio sobre la identidad digital, en PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA MEXÍA, P., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. B., BRITO IZQUIERDO, N. y BUENO DE MATA, F., «Diálogos

La videoconferencia parece convertirse en la regla, frente a la excepcionalidad de la presencialidad. Esta reforma —de aparente neutralidad— ha sido objeto, sin embargo, de crítica entre la doctrina²⁵ porque, lejos de suponer un acercamiento del justiciable a la Administración de Justicia, en verdad viene, según algunos, a «deshumanizar» los procesos, que discurrirán, en muchos casos, de forma íntegramente electrónica.

Pero antes de entrar en ese eje de la «humanización de la Justicia» hemos de reconocer que el uso generalizado de la videoconferencia supone una menor inversión de tiempo y de dinero; así como una menor formalidad, a la par que un mayor dinamismo y celeridad, gracias a la descongestión del sistema²⁶. Sin embargo, en esta conexión digital del Juzgador con el justiciable, se pierde el elemento físico, el contacto visual directo, la cercanía o el calor propiamente humano. Y esto es radicalmente cierto: la intermediación electrónica, por mucho que se diga, todavía no tiene la misma calidad que la física, especialmente para los nativos analógicos. Sin perjuicio de esta evidencia —para un buen número de casos— resulta, sin embargo, evidente que la humanización de la Justicia —en otro buen número de ellos— va, precisamente, de la mano de la digitalización: son los supuestos de justiciables vulnerables²⁷ y dentro de este colectivo, muy especialmente, de las víctimas de violencia de género²⁸.

para el futuro judicial XVII. Identidad digital y proceso judicial», *Diario La Ley*, n.º 9777, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, 2021, Wolters Kluwer.

²⁵ BANACLOCHE PALAO, J., señala, en este punto, que «lo que no resulta tan aceptable es que la celebración telemática mediante el uso de la videoconferencia se convierta por defecto en la forma ordinaria de llevar a cabo las actuaciones judiciales orales. La nueva redacción del artículo 414.2 LEC, que permite celebrar la audiencia previa del juicio ordinario por la simple voluntad del juez, y su equivalente para el juicio suponen una reducción de las garantías procesales que solo podría estar justificada por la concurrencia de circunstancias excepcionales que impidan la presencia física de los intervinientes en la actuación procesal, lo que no se menciona en ningún momento en el precepto», en «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, n.º 9814, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2021, Wolters Kluwer, p. 11.

²⁶ En relación con las grandes ventajas de la videoconferencia, *vid.*, por todos, MAGRO SERVET, V., «Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. “Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus”», De la excepción a la regla general del artículo 19 RD 16/2020, de 28 de abril», *Diario La Ley*, 2020.

²⁷ *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «Justicia y vulnerabilidad», en *Debates jurídicos de actualidad*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2021.

²⁸ MAGRO SERVET, V., ha incidido en la conveniencia de tomar declaración, a las víctimas de violencia de género, conforme a pautas bien distintas a las del interrogatorio testifical clásico —pues no son, en sentido estricto, testigos—, siempre en primer lugar —esto es, antes de cualquier otra declaración— y, en lo que a este estudio concierne, también siempre a través de videoconferencia y no de forma presencial con los conocidos biombo de separación —física— del agresor, en su ponencia «El derecho de la víctima a sentir miedo en el proceso penal del siglo XXI», la «Jornada Internacional Jóvenes investigadores. Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos», PEREIRA PUIGVERT, S. (dir.), Universidad de Gerona, 2021.

La proyectada LMEP se hace eco de esta circunstancia al señalar que «cuando el declarante sea menor o persona sobre la que verse un procedimiento de modificación o ayudas a su capacidad, la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial o juzgado de paz. Las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento y protección, o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención conforme a lo que se determine reglamentariamente».

Sin perjuicio de esta curiosa humanización de la Justicia por la vía, precisamente, de su digitalización cuando afecta a personas vulnerables; lo cierto es que la aceptación de un proceso íntegramente digital, dónde la única interacción con el Juez sea mediada por la pantalla, ha sido objeto de posiciones tan diametralmente opuestas como las de quienes confían plenamente en la capacidad del Juez, de averiguación, de la única realidad de los hechos, merced a la visualización directa de gestos, posiciones, expresiones, aquejadas de cierto rubor²⁹ y quienes, sin embargo, creen que la debilidad de la memoria puede minorar —y mucho— la certeza a la que se aspira cuando se procura la convicción judicial³⁰.

²⁹ RICHARD GONZÁLEZ, M., estima que, desde su punto de vista, «el ser humano es lo que es y no podemos cambiar el modo en el que percibimos la realidad mediante nuestros sentidos que son los que fundamentan los medios de prueba previstos en la Ley. Esto es así sencillamente por una razón de fiabilidad y eficacia de cada uno de los distintos sentidos humanos. Pero claro esto es algo propio de los humanos, porque no tengan ninguna duda que en una improbable sociedad regida por perros inteligentes el catálogo de medios de prueba de su legislación procesal incluiría uno que tendría como base el olfato que en el caso de los perros es aproximadamente 300 veces más potente que el humano lo que les permite obtener información a partir de un determinado olor sin necesidad de emplear técnicas de ningún tipo. Sin embargo, en el mundo de los humanos precisamos básicamente ver y oír a abogados, partes, testigos y peritos en un acto oral público y contradictorio en el que podamos, precisamente, utilizar nuestros sentidos. Y no, no es lo mismo oír o ver a una persona en vivo y en directo que en una pantalla. Es precisamente esa base, yo diría que biológica es la que impide considerar seriamente la posibilidad de celebrar juicios virtuales», en «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», *Diario La Ley*, n.º 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2020, Wolters Kluwer, p. 16.

³⁰ NIEVA FENOLL, J., nos alerta, en este punto, de lo siguiente: «La primera conclusión de los psicólogos, bastante demoledora por cierto, es que la memoria humana es bastante mala. No solamente se olvida un ser humano con cierta facilidad y rapidez sobre hechos que un sujeto ha presenciado, sino que además genera falsos recuerdos sobre lo presenciado cuando se intenta rellenar la información que se ha olvidado. Se trata, además, de falsos recuerdos que el testigo da por ciertos incluso con vehemencia, pudiendo así confundir a los juzgadores», «La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)», *Diario La Ley*, n.º 9672, 2020, pp. 4 y 5.

IV. Un escenario nuevo: IA

La Justicia que conocemos hoy —abril de 2021— se parecerá muy poco a la que está por llegar³¹. Y ello no sólo porque se desenvuelva —como acabamos de ver— en un terreno exclusivamente electrónico, dónde todos los presupuestos clásicos de la Jurisdicción —y competencia—, de la Acción y del propio Proceso —con sus principios informadores— serán «reformulados»³², sino también por la llegada, en esta Cuarta Revolución Industrial (4RI), de la IA.

La saturación de nuestros Juzgados y Tribunales no se debe, fundamental o esencialmente, al ingente número de sofisticadas —y complejas— peticiones de gran valía —económica o afectiva— que, ante ellos, se suscitan; sino también a pretensiones irrisorias, pleitos masivos; incluso objetos litigiosos idénticos. Los Jueces y Magistrados combinan —y por tanto invierten una inestimable cantidad de tiempo y talento— en la resolución de asuntos heterogéneos —algunos de considerable dificultad técnica y gran relevancia jurídica o económica; otros, sin embargo, de escaso valor monetario o interés social³³, así como de marcado automatismo—; muchos de ellos podrían, no cabe duda, automatizarse, bien sea en su integridad, bien en algunas de sus fases procesales. Y es que la robótica, resulta evidente, no precisa descanso³⁴: pueden agilizar, economizar y dinamizar nuestra Justicia civil en el conocido «24×7» —esto es, las 24 horas del día durante los 7 días de la semana— sin degradar, en absoluto, siempre que se garan-

³¹ A propósito de las proyecciones futuras, *vid.* BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

³² *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «Los pilares estructurales de la Justicia civil a debate», en *Transformación del paradigma de Justicia tras la pandemia Covid-19*, ALISTE SANTOS, T. A. (dir.), Atelier, Barcelona, 2021.

³³ DE ANZIZU PIGEM, I., advierte que «estamos tratando un problema líquido con soluciones sólidas. No hay que modificar la ley procesal: hoy un monitorio puede tramitarse de manera digital de principio a fin; depende de los medios empleados en su tramitación. Las normas que regulan el proceso no deberían verse afectadas por un entorno cambiante y en el que cualquier decisión no puede ser definitiva. En esta realidad líquida lo que hay que adaptar son los medios de trabajo, la organización y la capacidad digital de las oficinas judiciales a través de una verdadera automatización de procesos que suponga un ahorro de cargas administrativas y permita a jueces y funcionarios de justicia dedicar más tiempo a realizar funciones con mayor valor añadido. El justiciable saldrá ganando si nuestra premisa es primar acceso, coste, tiempo, calidad del proceso judicial y economía de escala», en PEREA GONZÁLEZ, A., DÍAZ CAPPA, J., DE ANZIZU PIGEM, I., BENEYTO, K., PERALTA GUTIÉRREZ, A. y DÍAZ REVORIO, E., «Diálogos para el futuro judicial. VIII. Justicia Digital», *Diario La Ley*, n.º 9679, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, 2020, Wolters Kluwer, p. 4.

³⁴ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., MORO CORDERO, M. A., DAPENA GÓMEZ, M. y PASTOR BERMÚDEZ, A., señalan, a este respecto, que «un robot *software* no necesita descansar, puede realizar trabajo 24 horas al día, siete días por semana y realiza las acciones de forma precisa y predecible con un coste muy inferior al del salario de una persona. Esta combinación de productividad, precisión y bajo coste es una tormenta perfecta que se dirige hacia el mercado de trabajo y afectará necesariamente a sector público», «Hacia una nueva era de lo público tras el apocalipsis digital», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 1, Sección Innovación y e-Administración, 2021, p. 91, Wolters Kluwer, p. 11.

tice una ulterior revisión humana, nuestras más relevantes garantías procesales. Habrán de ser, eso sí, minuciosamente regulados.

El nuevo paradigma de la Justicia civil debiera, sustentarse en dos fases o períodos nucleares³⁵, consecuencia de la inserción obligatoria de los MASC como presupuesto de procedibilidad: la primera fase, el MASC digital —con la implementación, vía *apps* o programa informático— de todos y cada uno de estos medios de solución de controversias *on line*, con asistentes físicos o robots, a elección del justiciable; segunda fase, derivación —ante el resultado infructuoso— al proceso, que debiera digitalizarse en su integridad para aquellos supuestos de escaso valor económico (menos de 600 euros), antes de llegar al Juez.

Las posiciones más avanzadas llegan a considerar la posibilidad de resolución de conflictos —entendemos que para casos sencillos— directamente por exclusivos cauces de IA³⁶, sin intervención humana. Pero sin llegar tan extrema solución, reclamada por algún sector³⁷, resulta evidente que el trayecto híbrido, entre la IA y la IH, es el más razonable, en un momento —como el actual, de auténtico éxito y empoderamiento de la Justicia predictiva— en el que comienzan a implementarse sistemas automatizados de diagnóstico del conflicto, con exposición —primero— de las técnicas de analítica predictiva, merced a las cuales podrá determinarse, no sólo cuales sean las fórmulas más adecuadas de

³⁵ Vid. DELGADO MARTÍN, J., quien define la «prestación *online* de un servicio integral», como «un sistema integral de resolución del conflicto vía internet que cuenta con tres niveles básicos: evaluación *online*; facilitación *online*; y decisión por jueces *online*: 1. En el primer nivel (*evaluación online*) se ayuda al usuario que tenga un conflicto a evaluar el problema, es decir, clasificar sus dificultades y comprender tanto sus derechos como las opciones disponibles para ellos. Se trata, pues, de una forma de información y servicio de diagnóstico. Es posible aplicar inteligencia artificial a través de *chatbots* y elementos similares; 2. Si los problemas no se resuelven en el primer nivel, los usuarios pasan a una segunda etapa: la *facilitación online*, donde se recogen instrumentos de facilitación, e incluso puede estar prevista la participación de facilitadores capacitados y experimentados que trabajen *online*; 3. Si el conflicto no se soluciona por las partes en el nivel dos, se puede pasar al tercer nivel: la *resolución del conflicto por un juez online*, tras una tramitación también *online* sobre la base de documentos remitidos electrónicamente, y con un debate estructurado de argumentación *online*. También es posible aplicar inteligencia artificial para ayuda a la decisión del juez *online* (humano), o incluso para una decisión automatizada (permitiendo recurso ante un juez humano)», en «Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la Justicia», *Diario La Ley*, n.º 9781, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Febrero de 2021, Wolters Kluwer, p. 9; *vid.*, del mismo autor, *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la Justicia*, La Ley, 2020.

³⁶ La IA, según NIEVA FENOLL, J., «no es más que una compleja base de datos que relacionados entre ellos mediante algoritmos son capaces de ofrecer uno o varios resultados a través de un proceso equiparable a lo que los humanos entendemos como la toma de una decisión», *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Pons, Madrid, 2018, p. 20.

³⁷ ERCILLA GARCÍA, J., señala que «la posibilidad de crear Tribunales Virtuales se erige no sólo como una necesidad en tiempos de Pandemia y confinamiento, sino como una evolución lógica al objeto de adaptar los Tribunales a una sociedad “móvil” y “portable”, en la que impera la “inmediatez” la ausencia de “intermediarios” y la “descentralización”, en “Tribunales Virtuales y Procedimiento Online: Solución de contingencia ante Pandemias o Evolución necesaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2020, p. 16.

solución de esa concreta controversia, sino también la expectativa de éxito de cada una de ellas; como paso previo a la implementación, ya en el proceso, de toda suerte de métodos de localización instantánea de documentos, así como la fructífera búsqueda de legislación, doctrina y jurisprudencia en apoyo de la pretensión formulada, las probabilidades de obtención de la resolución favorable —en calculadoras predictivas—, la redacción digital de todo tipo de escritos —declinatoria, petición de diligencias preliminares y/o medidas cautelares, demanda, contestación, reconvencción— e, incluso, el acompañamiento tecnológico durante todo el procedimiento, de todas estas posibilidades —en creciente expectativa— que ofrecen las denominadas «machine learning» hasta el término del proceso, dónde, incluso, coadyuvan al éxito no sólo de la prevención —sistema VioGén³⁸—, de la evitación del juicio —sistema Veri-pol³⁹—; o, llegado el caso, de agilización del procedimiento, sino también de la mayor Justicia de la respuesta, como acontece —por ejemplo— con la calculadora 988⁴⁰. Fuera de nuestro país existen múltiples mecanismos de IA —*software* predictivo— que coadyuvan al éxito de la prevención y represión punitiva como sucede en EE.UU. con PRED-POL, una herramienta informática capaz de detectar, dentro de una ciudad, los denominados «puntos calientes» o zonas dónde, con cierta probabilidad, pueden desarrollarse, en un determinado momento, actuaciones delictivas; o con COMPAS, un *software* informático que ayuda a los Jueces a tomar la decisión del ingreso en un centro penitenciario o mantenimiento de la libertad en función de la probabilidad de reincidencia del investigado.

Estas «machine learning» incorporan una gran cantidad de datos (*big data*) y los combinan, de forma automatizada, con un entrenamiento tal que les permite generar predicciones muy aproximadas a la expectativa de una inminente

³⁸ El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, tiene, entre sus objetivos, precisamente, hacer predicción del riesgo y atendiendo al nivel de riesgo, realizar seguimiento y protección a las víctimas en todo el territorio nacional.

³⁹ El Sistema Veri-Pol consiste en una aplicación informática de la Policía Nacional que detecta las denuncias falsas interpuestas en casos de robos con violencia e intimidación o tirones. La herramienta, cuyo acceso se ha habilitado en todas las comisarías de España, identifica el delito basándose en el texto de la denuncia, por lo que no necesita ninguna información por parte del usuario, y es completamente automática. Se trata de la primera herramienta de este tipo en el mundo y diversos experimentos empíricos demuestran que tiene una precisión superior al 90%, mientras que policías expertos alcanzan una precisión del 75%. La puesta en marcha de VeriPol en la Policía Nacional tiene un doble objetivo, según se expone en las páginas propias del Ministerio del Interior —<<http://www.interior.gob.es/prensa/noticias>>—: Por un lado, tiene como misión desalentar a los ciudadanos de presentar denuncias falsas y, por lo tanto, prevenir la comisión de delitos. Por otro, pretende evitar el uso innecesario de recursos policiales, optimizando así el esfuerzo y el tiempo en otras tareas.

⁴⁰ GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., se refiere a esta aplicación «basada en algoritmos recientemente creada por el Ministerio de Justicia para apoyar a los órganos judiciales y fiscalías con la misión de evitar posibles errores en el cálculo en las acumulaciones de condenas», en «El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española», *Diario La Ley*, n.º 9731, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2020, Wolters Kluwer, p. 11.

realidad, cuya principal utilidad reside en facilitar, a los justiciables, una valiosa información de cara tomar decisiones esenciales antes de iniciar el proceso o en el curso del mismo.

Las principales objeciones de estas «machine learning», que ya han llegado a la cotidianeidad de la Justicia, reside en tres factores: primero, en que los datos —o algoritmos— anonimizados —para eludir cualquier infracción del derecho a la intimidad en su vertiente de protección de datos— e incorporados son siempre anteriores en el tiempo, de suerte que la predicción futura se ampara en datos cronológicamente pasados; segundo, y acaso más relevante, que esos datos —cuya entrada y salida corresponde, según los casos, a personas humanas o electrónicas, conforme a la nueva concepción de «persona electrónica» a la que asistimos⁴¹— pueden contener errores o sesgos, que discriminen a determinados sectores de nuestra sociedad (mujeres, enfermos, minorías raciales, etc.)⁴²; y, al fin, tercero, en que estos datos quedan inmóviles, fijos o cronificados si no son susceptibles de ser suplidos o ampliados por otros —con el debido dinamismo— en el marco de una Gobernanza de datos controlada. Los nutrientes de estas «machines learnings», su alimento, los datos que se introducen, es lo que pone en serio riesgo su resultado, pues si los datos son erróneos, por fuerza, la respuesta que arrojen —tras su combinación— también lo será.

La asunción de mecanismos de IA que vienen a sustituir, total o parcialmente, las decisiones de nuestros Juzgadores, no resulta sencilla: primero, por la falta de confianza en su absoluta fiabilidad ante una errónea manipulación de los datos; segundo, por la estigmatización de determinados colectivos que —irremediabilmente— resultan dañados tras la elaboración mecánica de estas predicciones; y tercero, por el vértigo que supone la pérdida de control humano en favor de una decisión automatizada para casos muy dispares que, acaso, precisen una atención individualizada y no estandarizada.

La realidad, lo hemos asumido siempre, es más rica, tanto en su evidencia gruesa como en sus matices, que la programación normativa previa —en lenguaje coloquial, muchas veces hemos asumido que: el Derecho va muy por detrás de los hechos—. De aceptarse esta premisa, hemos de reconocer que el Big Data tiene una capacidad ilimitada de almacenamiento de lo conocido; pero no de lo desconocido, resultando —por tanto— insuficiente todo alimento de

⁴¹ Vid. un detallado estudio de todas estas opciones, en PARDO GATO, J. R., quién señala lo siguiente: «para un aprendizaje mayor, que dotará a la máquina a su vez de un mejor funcionamiento, cobra importancia el volumen de datos e información con la que cuente, así como del algoritmo de que se trate, ya sean algoritmos supervisados por humanos [tanto para la entrada (inputs) como para la salida de datos (outputs)] o no supervisados (*deep learning*)», en «Desde la aprobación de la “Ley de internet” hasta los nuevos retos tecnológicos: Inteligencia artificial, *Machine learning*, *Chatbots*, *Bitcoin* y *Blockchain*, *Big Data*...», esta doctrina forma parte del libro *La ciberseguridad como deber deontológico del abogado*, 1.ª ed., *La Ley*, 5947/2019, p. 3.

⁴² Ha de advertirse, en todo caso, con KAHNEMAN, D., que esos errores y sesgos se encuentran también en la inteligencia humana, *vid. Pensar rápido y pensar despacio*, Debate, 2011.

pasado que no pueda integrar, en una imposible «adivinación», sino sólo —en el mejor de los casos— acertar a predecir lo que está por llegar, siempre —recuérdese— de una riqueza exponencialmente superior a lo acontecido.

Los distintos frentes abiertos —datos pasados, nutrientes sesgados, alimento desconocido—, ante la disruptiva aparición de estos mecanismos predictivos, pese a su proyección de futuro, es de tal envergadura que, en esta fase de inicial aceptación de sus virtualidades, tan sólo cabe hacer uso de ellos —por cierto, a la intemperie de la Ley— como apoyo para la toma de decisiones judiciales, pero no, salvo asuntos merecedores de respuestas automatizadas —siempre con ulterior control humano—⁴³, como es lógico, como sustitución de dicha decisión⁴⁴.

En un momento tan incipiente como este, el control humano constituye una garantía imprescindible, pues la experimentación en Justicia no debe consistir en admitir resultados erróneos al compás del aprendizaje. Y no cabe duda de que nuestro sistema procesal, aunque perfectible, es depurado, garantista y humano, en un amplio sentido de este término: impartido por humanos y canalizado para procurar el máximo acercamiento —y arropamiento— del justiciable.

La potencial implementación de una Jurisdicción telemática⁴⁵, a cargo de una persona electrónica (*chatbot*) —distinta a la física; distinta también a la jurídica—, comportaría, además de la metamorfosis procesal recién descrita; la creación, nada menos que de un nuevo hábitat o sistema procesal digital acorde a la eclosión de principios operantes, exclusivamente, en la sede informática; y conforme a reglas nuevas sobre Jurisdicción, competencia, plazos, adopción de medidas cautelares, procedimiento, prueba, sentencia, recursos e incluso, ejecución. Todavía no estamos preparados para emprender semejante empresa. Pero hemos

⁴³ Según HUERGO LORA, A., «la primera regla sería no sustituir la comprobación y acreditación de hechos por una predicción. Las Administraciones están sometidas a la legalidad, que programa su actuación, estableciendo, con mayor o menor precisión, cuál es el supuesto de hecho en el que pueden o deben actuar y también el contenido de la decisión que pueden adoptar. Por ejemplo, sólo se puede imponer una sanción cuando se haya constatado la comisión de una infracción. Pues bien, no podemos considerar acreditado el supuesto de hecho sólo porque haya una predicción algorítmica que nos diga que es muy verosímil que se produzca o se haya producido. Dicho de otro modo, las decisiones administrativas tienen que poder justificarse en el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa que las regule, no en los resultados de un algoritmo», *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Navarra, 2020.

⁴⁴ BORRAS ANDRÉS, N., señala, en este punto, que «será aplicable al proceso judicial, en calidad de sustituto de una decisión humana, cualquier mecanismo de inteligencia artificial cuando la decisión pueda adoptarse automáticamente en base al cumplimiento de unos determinados requisitos objetivamente comprobables y al logro de un umbral porcentual o estadístico objetivamente determinable», en «La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal», *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 34.

⁴⁵ *Vid.* un ilustrativo estudio en PÉREZ DAUDÍ, V., «El precedente judicial. la previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», obra en prensa facilitada por cortesía del autor, 2021.

de reconocer que la nueva «persona electrónica» (*chatbot*) —como en su día, la «persona jurídica»— es una ficción del Derecho que siempre tiene, tras el oportuno levantamiento del velo, una «persona física» detrás: la persona electrónica (*chatbot*) se limitará a cumplir, puntualmente, las órdenes de la persona física, respecto, no sólo de los datos nutrientes (hechos), sino de las normas, reglas y valores (Derecho) que se incorporen. De ahí que la responsabilidad deba recaer, con independencia de la ficción descrita, sobre la persona física que crea y mantiene el *chatbot*.

Además de todas estas brechas, ha de advertirse, finalmente, que si la andadura procedimental no ofrece graves dificultades de señalización —esto es, las garantías del proceso físico podrían desplazarse a otro electrónico— no sucede sin embargo lo mismo con la decisión: las decisiones judiciales automáticas, universales o estandarizadas, por muy justas que fueren, carecerían de una mínima motivación en la que sustentar el caso concreto. Y esta ausencia de exposición de la motivación en una ciencia —como la jurídica— en que no existen las respuestas unívocas, indiscutibles e irrefutables, unido a la dificultad de ejercer el derecho al recurso frente a la resolución inmotivada nos conduce a pensar que, a pesar de la fugacidad de la IA⁴⁶, todavía nos encontramos en un momento incipiente de robotización judicial.

V. Conclusiones

La transformación digital de la Justicia ha eclosionado, por fin, en nuestro sistema procesal: la timidez con que venía siendo implementada se ha visto acelerada por la pandemia y el Legislador ha iniciado el irretornable camino de la digitalización. Sin embargo, la transformación digital de la Justicia que viene —un ecosistema, recuérdese, de Justicia sostenible, racional, redistributiva e integrada por dos ejes: la colaborativa y la contenciosa— no se cohonesto con la incorporación, dentro de este «servicio público», de la consiguiente digitalización de los MASC, auténticos presupuestos de procedibilidad e inhibidores, caso de no acreditarse, del relevante derecho a la tutela judicial efectiva.

En este breve ensayo, que se destina a culminar un Proyecto de investigación I+D+I de Excelencia, titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y competitividad⁴⁷, he tratado de esbozar unas ideas iniciales sobre la

⁴⁶ De la que se hizo eco tiempo atrás, BONET NAVARRO, F., «La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 208, 2018.

⁴⁷ *Vid.* los estudios monográficos, fruto de este Proyecto, todos ellos dirigidos por CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C.: VV.AA., *Principio de oportunidad y transformación del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2019; VV.AA., *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020; VV.AA., *Principio de oportunidad*:

digitalización de la Justicia en las dos fases de obligado tránsito para la resolución judicial de todo conflicto civil dispositivo: la fase colaborativa —«el templo de la concordia»— y la fase contenciosa —«el templo de la Justicia»—.

Y es que si la Justicia ha de concebirse como un servicio público asentado en dos pilares estructurales: el primero, la Justicia colaborativa —con un forzoso intento de negociación a través de un MASC— y el segundo, la Justicia contradictoria —con un proceso de la JC o un expediente de la JV—; entonces resulta evidente que la Administración de Justicia, debidamente financiada, ha de dotar a los ciudadanos de plataformas y aplicaciones electrónicas dónde gestionar, de forma accesible, gratuita y sencilla, sus propios conflictos, en un entorno de digitalización negocial seguro, que ponga término a la controversia o la derive al Juzgador, quién ya tendrá cubiertos, a partir de la aprobación de la LMEP, al menos en cuánto a su regulación normativa, tres de los seis ejes esenciales de la completa digitalización del proceso judicial: acceso, notificaciones y tramitación del procedimiento. Quedan pendientes de regularse otros tres: prueba digital, automatización de la respuesta para procesos sencillos y ejecución electrónica.

Entre tanto, a modo de apoyo, y sin renunciar al control humano, damos la bienvenida a nuevas técnicas, métodos o herramientas digitales de IA que facilitarán, ¡y mucho!, las labores puramente mecánicas, entre otras, de selección de doctrina jurisprudencial y académica que avala la tesis recogida en una determinada pretensión, de previsión del promedio de tiempo que durará un determinado proceso; o incluso, probabilidad de éxito o fracaso en cada instancia, ante un determinado Juez o Tribunal.

VI. Bibliografía

- ASENCIO MELLADO, J. M., «La Justicia como servicio público, no como poder», *Diario de Alicante*, 27 de abril de 2021.
- BANACLOCHE PALAO, J., «La pandemia y su influencia en la impartición de Justicia: ¿Hacia un proceso desarrollado íntegramente *on line*?», *Pandemia y Derecho. Una visión multidisciplinar*, Laborum, Murcia, 2020.
- «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, n.º 9814, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Wolters Kluwer, 2021.
- BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BONET NAVARRO, F., «La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 208, 2018.

- BORRAS ANDRÉS, N., «La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal», en *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2019.
- CARDONA FERNÁNDEZ, A. M., «La celebración de juicios telemáticos. ¿Es la solución a la pandemia y al colapso judicial?», *Diario La Ley*, n.º 9786, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Wolters Kluwer, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S., «Tres Verdades (material, formal, virtual) y una sola Realidad: La prueba electrónica», en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Estudio homenaje al Prof. Gimeno Sendra*, Madrid, Castillo de Luna, 2020.
- *Confluencia de la Jurisdicción y desjudicialización*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.
- «El realismo mágico de la nueva Justicia civil», *Revista de la Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*, n.º 2, Tirant lo Blanch, 2020.
- «La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus Covid-19», *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- «Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- «Reactivación y dinamización de la Justicia en tiempo de crisis post-pandemia», *Diario La Ley*, n.º 9631, 2020.
- «Ejes esenciales de la Justicia post-Covid», *Diario La Ley*, n.º 9737, 2020.
- «Justicia y vulnerabilidad», en *Debates jurídicos de actualidad*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2021.
- «El proceso judicial como *ultima ratio*: de la alternatividad a la obligatoriedad de los “medios adecuados de solución de conflictos”», en *Un modelo de justicia para el siglo XXI: Justicia alternativa, Justicia negociada, Justicia informal*, ROCA MARTÍNEZ, J. M. (dir.), Tirant lo Blanch, 2021.
- «Una Justicia civil de diseño en la boutique del Derecho procesal», en *¿Cuarentena de la Administración de Justicia?*, PÉREZ DAUDÍ, V. (dir.), Atelier, Barcelona, 2021.
- «Retos de una Justicia adaptada a la fragilidad derivada de la pandemia», *Otrosí, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM)*, Madrid, 2021.
- «Inteligencias múltiples y Derecho procesal», en *Sociedad, Justicia y discapacidad*, dirigido por LUACES GUTIÉRREZ, A., Aranzadi, Navarra, 2021.
- «Los pilares estructurales de la Justicia civil a debate», en *Transformación del paradigma de Justicia tras la pandemia Covid-19*, dirigida por ALISTE SANTOS, T. A., Atelier, Barcelona, 2021.
- «*Rebus sic stantibus*, extensión de efectos y cosa juzgada», *La Ley*, Madrid, 2021.
- «No hay pandemia que no remita: Hoja de ruta de la *Rebus sic stantibus*», *Actualidad civil*, n.º 1, 2021.
- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., MORO CORDERO, M. A., DAPENA GÓMEZ, M. y PASTOR BERMÚDEZ, A., «Hacia una nueva era de lo público tras el apocalipsis digital», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 1, Sección Innovación y e-Administración, Wolters Kluwer, 2021, p. 91.
- DE LA GARZA, L. M., *Justicia electrónica y garantías constitucionales*, La Ley, Madrid, 2012.
- DELGADO MARTÍN, J., *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la Justicia*, La Ley, 2020.
- «Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la Justicia», *Diario La Ley*, n.º 9781, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Wolters Kluwer, 2021.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho y cambio social», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 5, 1987.

- ERCILLA GARCÍA, J., «Tribunales Virtuales y Procedimiento Online: Solución de contingencia ante Pandemias o Evolución necesaria», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2020.
- GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., «El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española», *Diario La Ley*, n.º 9731, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Wolters Kluwer, 2020.
- HUERGO LORA, A., *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Navarra, 2020.
- LÓPEZ YAGÜES, V., «La inserción de la mediación en un sistema integrado de Justicia Civil para España y Europa. El modelo italiano como referente», en libro colectivo *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Santiago de Compostela, 2018.
- «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un sistema integrado de Justicia Civil», *Práctica de Tribunales. Revista Especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2019.
- «Dinamización de la Justicia penal: Conformidad, mediación, reparación», en *Justicia, reparación y reinserción*, MUINELO COBO, J. C. y CALAZA LÓPEZ, S. (dir.), Madrid, 2020.
- KAHNEMAN, D., *Pensar rápido y pensar despacio*, Debate., 2011.
- MAGRO SERVET, V., «Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus. De la excepción a la regla general del artículo 19 RD 16/2020, de 28 de abril», *Diario La Ley*, 2020.
- «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario La Ley*, n.º 9824, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2021.
- LOZANO GAGO, M. L., «La aportación de pruebas en los juicios civiles telemáticos», *Práctica de Tribunales*, n.º 147, Sección Estudios, Wolters Kluwer, 2020.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Pons, Madrid, 2018.
- «La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)», *Diario La Ley*, n.º 9672, 2020.
- PARDO GATO, J. R., «Desde la aprobación de la “Ley de internet” hasta los nuevos retos tecnológicos: Inteligencia artificial, Machine learning, Chatbots, Bitcoin y Blockchain, Big Data...», esta doctrina forma parte del libro *La ciberseguridad como deber deontológico del abogado*, 1.ª ed., *La Ley*, 5947/2019.
- PEREA GONZÁLEZ, A., DÍAZ CAPPA, J., DE ANZIZU PIGEM, I., BENEYTO, K., PERALTA GUTIÉRREZ, A. y DÍAZ REVORIO, E., «Diálogos para el futuro judicial. VIII. Justicia Digital», *Diario La Ley*, n.º 9679, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, Wolters Kluwer, 2020.
- PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA MEXÍA, P., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. B., BRITO IZQUIERDO, N. y BUENO DE MATA, F., «Diálogos para el futuro judicial XVII. Identidad digital y proceso judicial», *Diario La Ley*, n.º 9777, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, Wolters Kluwer, 2021.
- PEREA GONZÁLEZ, A., RETANA, C., CASTELLANO, P. S., PERALTA GUTIÉRREZ, A., NAVARRO SEGURA, E. y MOLINA GARCÍA, M. J., «Diálogos para el futuro judicial XXII. Jurimetría y Justicia predictiva», *Diario La Ley*, n.º 9837, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, Wolters Kluwer, 2021.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Los ADR obligatorios y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Atelier, Barcelona, 2019.
- «La Justicia civil ante el reto de las TIC», *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2019.

- «El precedente judicial. la previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», obra en prensa facilitada por cortesía del autor.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», *Diario La Ley*, n.º 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Wolters Kluwer, 2020.
- SOLETO, H., «Avances, tecnología y ADR en el sistema de Justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos», en *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2019.
- TEJEDOR BIELSA, J., «Transformación digital *blockchain* e inteligencia artificial en la Administración Pública», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 209/2020.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 52/2020
- VV.AA., *Principio de oportunidad y transformación del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2019.
- *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020.
- *Principio de oportunidad: Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2020.
- *Justicia, reparación y reinserción*, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2020.

Capítulo 3

Heisenberg en el proceso contencioso-administrativo

Raúl C. Cancio Fernández

Letrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD.—1. CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—2. LA CONFORMIDAD TRIBUTARIA.—3. EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD ESCAPA DEL ORIGINARIO ÁMBITO FISCAL.—II. EL TANTO DE CULPA Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.—1. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE TRIBUTARIO A LA VÍA PENAL.—2. LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019 (RO 85/2018: ECLI:ES:TS: 2019:3146).—III. REFLEXIÓN FINAL.

Si tú me dices ven, lo dejo todo o, en caso que no aprecie los boleros, si la Profesora Calaza gira una invitación para participar en un trabajo colectivo, no puede rehusarse la oferta, por muy exótico que para el destinatario de la propuesta sea el tema sugerido. Y créanme, el principio —o criterio como defien- de la citada catedrática— de la oportunidad y su impacto en los principios procesales en el ámbito contencioso-administrativo, que es lo más cercano a la temática general de esta obra que él que esto escribe puede razonablemente asumir, es un escenario, cuando menos, infrecuentado.

Una circunstancia a la que, además, debe añadirse el hecho de que sobre esta poco transitada materia, la profesora Burzaco Samper, en el marco de este mismo cauce investigador que es el Proyecto I+D+I Excelencia «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», ya realizó una muy solvente aportación académica a la obra *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial* (Dykinson, 2020) con el capítulo titulado «Principio de oportunidad y derecho administrativo sancionador: análisis de algunas de sus implicaciones», por lo que, comprenderán, el margen de actuación es aún menor, pero no inexistente, a la que se une el interesantísimo primer capítulo de esta obra.

Por ello, les propongo abordar la cuestión de la oportunidad y la legalidad desde una doble perspectiva: jurisprudencial y tributaria, lo que además de permitirme sortear de alguna manera la excelencia de la autora que me ha precedido en el tratamiento de este ámbito, es una excusa perfecta para rendir

merecido y sentido homenaje a uno de los que con más rigor, brillantez y originalidad han enriquecido la doctrina administrativa (y necesariamente procesal) a lo largo de sus más de veinte años en la Sala Tercera del Tribunal Supremo: el siempre recordado y admirable magistrado don Nicolás Maurandi Guillén.

I. Legalidad y oportunidad

Comencemos por lo obvio: el principio de legalidad es un elemento axial de nuestra Constitución, cuyo artículo 103.1, supone, de un lado, la sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general, y de otro, la subordinación de los órganos que dictan disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho, garantizando la primacía de la ley, superioridad o jerarquía de la misma con respecto de cualquier otra clase de norma, lo que implica que toda actuación realizada por los poderes públicos ha de enmarcarse dentro de los límites que establecen las leyes y, en relación con las medidas punitivas, éstas han de encontrarse previstas y reguladas en una norma legal para que puedan ser aplicadas, configurándose además y consecuentemente, en arquitecra del procedimiento sancionador.

En este sentido, el principio de legalidad administrativa se recoge en el artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al prescribir que la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

La supeditación objetiva de la Administración Pública a los intereses generales es, por tanto, el eje sobre el que gravita su actuación, que, al constitucionalizarse, se convierte en baliza de cualquier actuación de la Administración que, por ese motivo, no goza de un grado de autonomía de la voluntad similar al que es propio de los sujetos de derecho privado, lo que le impide —por imperativo del art. 103.1 de la Constitución— apartarse del fin que le es propio.

En cualquier caso, que la Administración sea garante del predominio y consecución del interés general o público, no significa que dicha meta pueda alcanzarse por cualquier medio y a cualquier precio. Apartarse del recto entendimiento de tal concepto jurídico, puede hacer quebrar la estructura sobre la que se asienta la actuación de una Administración en un Estado de Derecho. En efecto, el artículo 103.1 de la Constitución impone explícitamente a la Administración que sirva al interés público, pero que lo haga con «objetividad» y con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Estos dos límites, junto con otros

no explícitamente citados en el precepto constitucional, aunque intrínsecamente unidos a ellos, garantizan la interdicción de la búsqueda del fin sin atender a los medios. La objetividad en el actuar de la Administración exigida en el tantas veces citado artículo 103 de la Constitución excluye la utilización de medios discriminatorios o justificados en razones meramente subjetivas. De igual manera, aunque con una formulación más amplia, esa prosecución del interés público sólo podrá materializarse dentro de la legalidad, es decir, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Pues bien, en este contexto adquieren una especial relevancia los principios de proporcionalidad y adopción de la medida menos restrictiva para el individuo, que podrían calificarse como verdaderos Principios Generales del Derecho, sin perjuicio de que en determinados ámbitos se encuentren positivizados, por ejemplo, en el de la ejecución de los actos administrativos, explícitamente recogidos en el artículo 97 y siguientes de la Ley 39/2015). La citada Ley 40/2015 recoge literalmente en su artículo 3.1 el contenido del artículo 103.1 de la Constitución, modificando exclusivamente la referencia a las Administraciones públicas en plural. A los citados principios, añade el precepto legal que las Administraciones deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima; en sus relaciones con otras Administraciones Públicas se regirán por el principio de cooperación y colaboración; en sus relaciones con los ciudadanos bajo los principios de transparencia y participación; y siempre actuando con criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

Por otra parte, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho enlaza con lo previsto en el artículo 106.1 de la Constitución, cuando se atribuye a los Tribunales (a los órganos jurisdiccionales competentes) el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Como ha señalado con profusión el Tribunal Constitucional, el artículo 103.1 en conexión con el artículo 106.1 de la Constitución impiden que puedan existir comportamientos de la Administración Pública —positivos o negativos— inmunes al control judicial.

En suma, el principio de legalidad fue concebido histórica y dogmáticamente como una exigencia de seguridad jurídica que permite al ciudadano prever el comportamiento de la Administración, actuando así como brida al poder, de manera que la libertad consista, verdadera y volterianamente, en depender tan sólo de lo previsto en las leyes.

1. Crisis del principio de legalidad

No obstante, tras la segunda posguerra mundial, se ha venido advirtiendo la presencia cada vez más acusada de un componente tecnocrático en las Administraciones Públicas, un fenómeno concomitante con el incremento de la intervención del Estado en la esfera social y económica, lo que supone que las

reglas de actuación de la Administración Pública no sean ya sólo normas generales y abstractas, sino también directrices que trazan objetivos concretos. Esta dualidad implica que el tipo de sujeción de la Administración a la norma en uno y otro caso sea radicalmente diverso, de modo que, mientras las normas generales y abstractas delimitan la competencia de cada órgano y el procedimiento a seguir para la adopción y ejecución de decisiones, la pauta de alcanzar un objetivo determinado supone, por el contrario, una autorización implícita para utilizar los medios que se consideren más eficaces para su consecución. Este escenario bifásico permite la presencia simultánea de dos criterios diferentes para evaluar la actuación administrativa: el tecnocrático de la eficacia y el burocrático weberiano, cuya coexistencia puede acarrear resultados insatisfactorios.

Añádase a esta circunstancia dos factores muy importantes; por un lado, el inaprehensible incremento de las materias reguladas jurídicamente y, por otro, el hecho de que ese incremento ha venido acompañado de una pérdida de precisión de las normas jurídicas, lo que Ingeborg Maus [Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen, en Gerhard Göhler (Hg.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen 1987, pp. 132-172] denominaba una «informalización» del Derecho.

En el ámbito concreto de la Administración, esta «informalización» se concretaría en la aparición, junto a las clásicas normas que delimitan competencias y establecen procedimientos a seguir, de otras que se limitan a fijar los objetivos que deben alcanzar determinadas instancias administrativas. Se mantiene, pues, la cobertura jurídica de la actuación estatal en general y administrativa en particular, pero el acervo normativo que configura ese abrigo pierde capacidad para predeterminar las decisiones concretas. Se trataría del paso de un derecho predominantemente formal a un derecho acentuadamente material o, si se prefiere, la transición de un derecho que se limitaba a configurar marcos formales de actuación, a otro que decide sustantivamente sobre una pluralidad de cuestiones cuya resolución se dejaba anteriormente a los mecanismos sociales. Balo esta mutación subyace un incremento de las facultades de decisión de los órganos encargados de aplicar o ejecutar las leyes, especialmente de ciertos órganos de la Administración, que ven ampliado su margen de maniobra. Incluso es frecuente encontrarse con que la actividad de un órgano se encuentra sometida a normas que le imponen fines incompatibles entre sí, por lo que debe realizarse cada caso una tarea de ponderación que incrementa su poder de decisión.

Así, so capa de argumentos metajurídicos del tenor «la sociedad actual no puede sostener una aplicación estricta del principio de legalidad», se apeló a la perentoria necesidad de reconocer márgenes de discrecionalidad, si bien sometida a justificación explícita y control externo a través de la motivación, y de carácter variable, atendiendo a circunstancias de presupuestos previstos legalmente, de tiempo (momento procesal).

Todo ello condujo a que en 1974 se formulara el *Absprache* (conformidad) en el ordenamiento procesal penal alemán, hito la incorporación del principio de oportunidad a las legislaciones continentales, recogiendo ese impulso nuestro ordenamiento en la década de los ochenta, merced a la inclusión de la negociación sobre la acusación y la determinación de la pena, cuando se atribuyó al Ministerio Fiscal la facultad de disposición sobre el ejercicio de la acción y el ulterior mantenimiento de la pretensión penal.

2. *La conformidad tributaria*

En el ámbito estrictamente administrativo, esa tendencia se manifestó de manera paradigmática con la reforma de la Ley General Tributaria (LGT) de 2003, que introdujo las actas con acuerdo, en el convencimiento de que la manera más eficaz de atajar el creciente alejamiento y el paralelo aumento de la conflictividad entre la Administración y el contribuyente era incorporando elementos de oportunidad en este sector, a través de dos mecanismos autocompositivos muy concretos: las actas de conformidad con acuerdo y las actas de conformidad con adhesión.

No obstante, repárese que mucho antes, el Tribunal Constitucional ya había avalado la germinal incorporación de criterios de oportunidad cuando en su STS 76/1990, de 26 de abril sostuvo que «aunque la Ley no lo diga, que, si se impugna la liquidación y la correspondiente multa, en cuya determinación se ha tenido en cuenta por la Administración la conformidad a la propuesta de liquidación de la deuda tributaria, deje entonces de operar ese criterio y su efecto de disminución de la cuantía. Mantener la conformidad es, pues, una facultad —no una obligación, ni siquiera un deber— para conservar el beneficio de su consideración como un elemento más en la graduación *in melius* de la cuantía de la sanción pecuniaria».

Junto a ellas, el pre-legislador tributario preveía también otras soluciones que coadyuvarían a evitar el litigio, pero que no respondían a una naturaleza convencional, como eran el pronunciamiento expreso de la Administración acerca de la interpretación razonable del sujeto pasivo y el informe expreso sobre la actuación o no de buena fe por parte del sujeto pasivo, así como abría la puerta a la posibilidad de llegar a un acuerdo tras la firma del acta en disconformidad, mediante la celebración de una entrevista en la que el Inspector-jefe reunía a ambas partes en aras de alcanzar un acuerdo transaccional.

Todo este panorama compositivo dentro del procedimiento de inspección quedó finalmente limitado, en la LGT, a la regulación de las dos primeras instituciones: las actas con acuerdo y las actas de conformidad. Partiendo de una común naturaleza autocompositiva, sus presupuestos de hecho difieren: mientras las actas con acuerdo tienen naturaleza bilateral, con efectos, en consecuencia, vinculantes para ambas partes (transacción), las actas de conformidad recogen un

acto unilateral emitido por el particular y que sólo le vincula a él (allanamiento). Cada figura está dirigida a asegurar la paz jurídica en supuestos diferentes. El acuerdo intenta evitar el conflicto a través de la fijación concordada de una cuestión fáctica o jurídica sobre la que recae una incertidumbre. Por su parte, en la conformidad, el hecho o la cuestión jurídica es unilateralmente establecido por la Inspección, ya sea porque no alberga ninguna duda sobre su determinación o porque, considerándola incierta, estima conveniente fijarla de forma unilateral; y el obligado tributario acata este establecimiento, sin influir en su contenido. El particular ni siquiera se pronuncia sobre la corrección o no de la fijación de la cuestión en el sentido que ha realizado la Administración; simplemente, se adhiere, a cambio de un beneficio externo a la cuestión fijada (reducción en la sanción).

3. *El criterio de oportunidad escapa del originario ámbito fiscal*

Y es que los espacios del derecho público donde el principio de legalidad se está debilitando se han multiplicado a partir de la gatera tributaria. Más allá del vasto y agostado campo de las potestades discrecionales, que daría para una monografía si no existieran decenas ya, son varios los catéteres procesales por los que la oportunidad se viene inoculando al sistema. Desde luego, la renuncia del derecho administrativo a reconocer la acción pública de manera general, más allá del ámbito urbanístico y ambiental, implica la insensata renuncia al control de infinidad de situaciones de ilegalidad puesto que quien las conoce no está legitimado para impugnarlas y aunque puede denunciarlo, se encuentra ante un callejón sin salida.

En segundo lugar, el principio de oportunidad legislativa tiene un efecto especialmente desalentador cuando se emplea para enmendar la jurisprudencia que la interpreta. Verbigracia, el proyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal que ha aprobado recientemente el Gobierno enmienda, al menos, cuatro criterios doctrinales del Tribunal Supremo en materia impositiva al introducir modificaciones en las actuaciones de los Tribunales Económicos Administrativos (TEA), en las suspensiones cautelares, en los pactos sucesorios y en la valoración de los inmuebles, todos ellos contrarios a la jurisprudencia del Alto Tribunal de los últimos años.

En tercer término, la conformidad tributaria que vimos más arriba se ha convertido en una verdadera conformidad administrativa plena de la mano del artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, que estimula la satisfacción preventiva de la sanción mediante el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, lo cual le granjeará la terminación del procedimiento, con reducciones de, al menos, el veinte por ciento sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. En otras palabras, la consolidación de

la irrelevancia de la aplicación de la norma como instrumento restitutivo del orden o retributivo punitivamente de la conducta infractora, que se supedita a la eficacia recaudatoria, a la economía procedimental y procesal o a la elusión de la incertidumbre litigiosa.

Una conformidad que, si bien no cierra las puertas al sancionado para recurrir en vía jurisdiccional, dejándole a éste la decisión de renunciar a la continuación del procedimiento, sí choca, por elemental coherencia con la doctrina de los actos propios, con la pretensión de cuestionar en vía contencioso-administrativa los hechos o la imputación. Y es que una cosa es que en tales casos subsista la posibilidad de combatir en vía contencioso-administrativa la resolución sancionadora, y otra muy diferente que el sujeto que se haya visto beneficiado por la reducción de la sanción —por haber reconocido su responsabilidad en la infracción y haber renunciado a ejercitar acciones o recursos en vía administrativa contra la sanción— tenga que asumir, inexorablemente, que se incrementa la dificultad para impugnar con éxito en la vía judicial contencioso-administrativa la resolución sancionadora, como servidumbre ineludible de haber reconocido voluntariamente su responsabilidad en aplicación de los principios de buena fe y de vinculación a los propios actos, que exigen a todos los sujetos que intervienen en el procedimiento la debida coherencia en sus comportamientos procesales.

En este sentido, la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2021 (RCA 2201/2020) confirma que ese pago bonificado no impide el derecho a recurrir, pero introduce una interesante precisión, a saber, que la renuncia o el desistimiento que se exigen en el referido precepto para poder beneficiarse de las reducciones en el importe de la sanción se proyectan única y exclusivamente sobre las acciones o recursos contra la sanción a ejercitar en la vía administrativa y no en la judicial.

En suma, aunque el sujeto renunciante pueda impugnar en vía jurisdiccional la resolución sancionadora, no faltaría más, para que dicha impugnación pueda tener éxito tendrá que proporcionar al juzgador una sólida explicación que justifique cumplidamente el motivo por el que, habiendo asumido originariamente su responsabilidad por la infracción cometida —que conlleva el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción, es decir, de su participación en los hechos tipificados y de su culpabilidad—, después, en vía judicial, sostenga la inexistencia de la infracción, negando la concurrencia de los mencionados elementos constitutivos de la infracción y evidenciando así un comportamiento procesal indiscutiblemente contradictorio.

Un relativismo procesal singularmente apreciable también en el ámbito los procesos selectivos. Los procedimientos, mecanismos y protocolos de propuesta, selección y cooptación de candidatos para cubrir las vacantes en los órganos judiciales de naturaleza supranacional y, en particular, aquel que contempla el rito para servir las vacantes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de

Estrasburgo (TEDH), ofrecen al procesalista (y al constitucionalista) una proteica perspectiva analítica desde el punto de vista de la complicada cohesión entre el denominado *soft law* y los derechos fundamentales que pueden verse afectados en esta clase de procedimientos selectivos.

El brocardo según el cual los tribunales solamente son buenos si sus jueces así lo son resulta aplicable, naturalmente, tanto a nivel nacional como internacional. Y, consecuentemente, las taras de un tribunal en el que alguno o algunos de sus miembros adolecen de la idoneidad necesaria, son asimismo predicables en uno y otro ámbito. En este sentido, es muy significativo advertir como R. Mackenzie, K. Malleson, P. Martin y P. Sands, en *Selecting International Judges. Principle, Process, and Politics* (Nueva York, 2010) detectaron en los procesos de nominación y de elección de los miembros de tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o la Corte Penal Internacional (CPI) los mismos tipos de vicios que tantas veces se reprochan a las altas magistraturas nacionales: el alto grado de politización, la falta de transparencia y la ausencia de estándares mínimos en relación con la calidad de los jueces seleccionados. En palabras de los propios autores:

«Pruebas de la politización se evidencian tanto en el proceso de nominación como también en el de elección. Para ambas cortes, las prácticas de nominación están fragmentadas, carecen de transparencia y son altamente variadas. En un extremo, hay unos pocos candidatos que han pasado por un proceso de consulta formal y transparente enfocado en el mérito; en el otro extremo, no es raro que algunas personas sean seleccionadas como resultado de consideraciones políticas expuestas abiertamente o incluso de nepotismo. Cualquiera sea la forma adoptada para el proceso de nominación, todos los candidatos nominados tienen que atravesar un proceso de elección altamente politizado» (p. 173).

El resultado de todo esto es que la cualificación de los candidatos, en el mejor de los casos, constituye un factor secundario, siendo entonces cuando entran en juego los elementos tantas veces invocados de *soft law* u oportunidad, como vectores lenitivos de ese necesario rigor.

Y es que tanto el origen como la configuración dogmática de este *soft law* o *weak law*, o como se le ha denominado en castellano, «derecho flexible», «pre-derecho», «derecho blando» o «en agraz», radica precisamente en el marco del Derecho internacional y, en particular, en el ámbito de las organizaciones internacionales —entre la cuales bien pueden incluirse a este tipo de tribunales supranacionales—, no en vano, el término fue acuñado por Arnold McNair, juez de la Corte Internacional de Justicia y, repárese en el detalle, primer presidente del TEDH, para dar respuesta a ese ámbito conceptual existente entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*.

En relación a los instrumentos que podemos calificar de *soft law* diremos que éstos varían en función del concepto que del mismo se tenga, resultando pacífico, no obstante, la existencia de tres grandes grupos en el ámbito internacional:

las recomendaciones dictadas bien por Organizaciones Internacionales, bien por actores no estatales, o bien por los propios Estados para orientar su comportamiento en determinados ámbitos, pudiendo añadirse una cuarta fuente respecto del ámbito comunitario: las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para los Estados que no son parte en los litigios.

Por lo que respecta a las funciones, puede señalarse, de un modo general, que la principal tarea de estos instrumentos es hacer más efectivo el *hard law* o derecho vinculante, que goce de mayor eficacia, al permitirle alcanzar sectores dónde éste no llega, completando su regulación, colmando sus lagunas, interpretándolo y sirviéndole de base para una construcción imperativa posterior. En el ámbito comunitario y desde sus orígenes, las decisiones sobre determinadas competencias cedidas a la Comunidad por parte de los Estados miembros exigían de la unanimidad para ser tomadas, tal y como es el caso, verbigracia, de la fiscalidad. El número de Estados miembros y su heterogeneidad ha supuesto severas dificultades para avanzar en dichos ámbitos, por ello, y con la finalidad de que la unanimidad no constituyera un obstáculo para la realización de los objetivos comunitarios, se han ido adoptándose normas integradas en el *soft law* comunitario, lo que ha permitido dinamizar y estandarizar este sector.

Pues bien, esta *lex imperfecta*, se manifiesta es todo su esplendor también en lo concerniente a los protocolos, directrices, líneas maestras y reglas que pautan este tipo de regímenes selectivos. Nótese en este sentido como los Estados Firmantes del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE número 243, de 10 de octubre de 1979) [CEDH], a la hora de proponer a sus candidatos para estas magistraturas, deberán atender, en primer lugar, a las disposiciones normativas estatutarias que regulan el tribunal en cuestión; en segundo término, al extraordinario acervo orientativo, sugestivo e indicativo tan propio del entorno *soft* que le acompaña, y todo ello además, sin perjuicio de la observancia que en todo momento ha de prestarse de los principios constitucionales durante la fase nacional del proceso selectivo.

Esta tormenta perfecta normativa a diferentes niveles ha tenido, como no podía ser de otra manera, su reflejo litigioso cada vez que por parte de nuestro gobierno ha debido proponerse una terna de candidatos al TEDH. Ya pasó en 2008 y acaeció igualmente en 2017. Entonces la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (STS de 27 de octubre de 2008, rec. 366/2007:ECLI:ES:TS:2008:6073) desestimó el recurso directo interpuesto por una asociación profesional de jueces (con voto particular) y hogaño, se ha estimado el recurso (STS de 31 de mayo de 2017, rec. 88/2017: ECLI:ES:TS:2017:2139, también con voto discrepante), igualmente deducido por otra asociación judicial contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se hacía pública la terna de aspirantes.

Por último, debe subrayarse que a la aplicación de este principio de oportunidad no han sido ni son ajenos los tribunales del orden contencioso-admini-

nistrativo. Es más, en el año 2015, la Audiencia Nacional calificaba como «paradigma de la actuación de la Administración» al principio de oportunidad administrativa, infringiendo del condicional «podrán» incluido en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, un universo de oportunidad en manos de la Administración.

Más recientemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha enfrentado al principio de oportunidad en el ámbito tributario dictando una sentencia trascendental en lo relativo al tratamiento del tanto de culpa, cuyos votos particulares no lo fueron menos, uno de ellos, firmado precisamente por don Nicolás Maurandi.

II. El tanto de culpa y el principio de oportunidad

1. *Remisión del expediente tributario a la vía penal*

En efecto, el artículo 197 bis del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en la redacción dada por el Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, establece, regulando las actuaciones a seguir en caso de existencia de delito contra la Hacienda Pública, que:

Cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que, si esa apreciación se produjera en el seno de un procedimiento inspector, se seguiría la tramitación prevista en el Título VI de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en los artículos correspondientes de este reglamento.

2. La apreciación de dichos indicios de delito contra la Hacienda Pública, podrá tener lugar en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción.

En estos casos, las propuestas de liquidación administrativa y de sanción que se hubieran formulado, quedarían sin efecto.

Asimismo, se suspenderá la ejecución de las liquidaciones y sanciones ya impuestas, sin perjuicio de lo indicado en el apartado siguiente.

3. De no haberse apreciado la existencia de delito por la jurisdicción competente o por el Ministerio Fiscal, la Administración tributaria iniciará o continuará, cuando proceda, las actuaciones o procedimientos correspondientes, de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados.

Las liquidaciones y sanciones administrativas que, en su caso, se dicten, así como aquellas liquidaciones y sanciones cuya ejecución proceda reanudar por haber quedado

previamente suspendidas, se sujetarán al régimen de revisión y recursos regulado en el Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, pero sin que puedan impugnarse los hechos considerados probados en la resolución judicial.

La reforma llevada a cabo por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, sobre la LGT, supuso un giro radical en lo concerniente a la remisión del expediente a la vía penal una vez que la Administración tributaria aprecia indicios de delito contra la Hacienda Pública. Si bien, con anterioridad (es decir, bajo la regulación contenida en los artículos 77.6 LGT/1963 y 180.1 LGT/2003, en su redacción original), estas situaciones implicaban la suspensión de las actuaciones tributarias y sancionadoras que estuvieran relacionadas con la posible existencia del delito fiscal denunciado, en tanto en cuanto la autoridad judicial decidiera lo procedente (ya fuera archivando la causa, condenando o absolviendo), el artículo 250.1 LGT invierte esta regla al establecer, como regla general y salvo en casos especiales (previstos en el art. 251 LGT), que cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pase el tanto de culpa (esto es, la denuncia o la querrela) a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, y con sujeción a las reglas que se establecen en los artículos 250 a 259 de la LGT.

Nótese, por tanto, que donde antes el mandato legal imponía a la Administración tributaria «parar» y «enviar» el expediente a la vía penal, la actual regulación «impone» (salvo en casos tasados) lo contrario, esto es, «liquidar» (ya que sólo quedarán suspendidos los procedimientos sancionadores tributarios). En definitiva, deja expedita la puerta a procedimientos tributarios (normalmente de origen inspector) «materialmente» sancionadores, que no tendrán como objeto exclusivo regularizar (es decir, determinar una cuota tributaria no declarada y/o ingresada) sino también, además, determinar una presunta «cuota defraudada».

Como queda dicho, sólo en casos excepcionales, previstos en el artículo 251 LGT, la Administración tributaria pasará el tanto de culpa a la vía penal sin dictar liquidación, a saber: (i) cuando la tramitación de la liquidación administrativa pueda ocasionar la prescripción del delito con arreglo a los plazos previstos en el artículo 131 del Código Penal; (ii) cuando de resultados de la investigación o comprobación, no pudiese determinarse con exactitud el importe de la liquidación o no hubiera sido posible atribuirla a un obligado tributario concreto; y (iii), finalmente, en aquellos supuestos en los que la liquidación administrativa pudiese perjudicar de cualquier forma la investigación o comprobación de la defraudación. En estos casos, junto al escrito de denuncia o de querrela presentado por la Administración Tributaria, se trasladará también el acuerdo motivado en el que se justifique la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de la decisión administrativa de no proceder a dictar liquidación, sin trámite de audiencia o alegaciones al obligado tributario. Con

la finalidad de tramitar estos expedientes, la LGT distingue entre dos tipos de liquidaciones. Por un lado, aquellas cuyos elementos de la obligación tributaria se encuentran vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública (art. 250.2 LGT) y aquellas otras que no se encuentran vinculadas con el posible comportamiento delictivo (art. 250, apartados 1 y 3 LGT, en relación con el art. 253.3 LGT).

Asimismo, y de nuevo aquí el criterio de oportunidad se expresa en toda su dimensión, no se tramitará denuncia o querrela siempre que el obligado tributario regularice voluntariamente su situación tributaria antes del inicio de cualquier actuación administrativa o procesal que tenga por objeto el comportamiento delictivo. Concretamente, el artículo 252 LGT, establece que la Administración Tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal siempre que conste que el obligado tributario ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

En cuanto a la tramitación de la liquidación cuyos elementos se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, el artículo 253 de la LGT contempla una serie de estadios procedimentales que se inician con la formalización de la propuesta de liquidación; la emisión de la liquidación administrativa, una vez verificado el cumplimiento del trámite de audiencia y examinadas las alegaciones presentadas por el obligado tributario y, finalmente, la activación del tanto de culpa a la autoridad judicial penal o al Ministerio Fiscal, que supondrá la interrupción de los plazos de prescripción para determinar la deuda tributaria e imponer sanción, conforme a lo previsto en los artículos 68.1 y 189.3 LGT.

Esta liquidación resultante del tanto de culpa cuenta con un régimen específico en cuanto a sus posibilidades de impugnación y de recaudación. Respecto a su impugnación, el artículo 254.1 LGT establece una serie de limitaciones puesto que contra la misma no procederá recurso o reclamación en vía administrativa, sin perjuicio del ajuste posterior que pudiera proceder conforme a lo dispuesto por el Juez penal en sentencia sobre la concreta determinación de la cuota defraudada. Asimismo, dicho precepto establece la irrelevancia de los defectos procedimentales en que se hubiese podido incurrir durante la tramitación administrativa a efectos de extinguir (total o parcialmente) la obligación tributaria vinculada al delito.

Con relación a la recaudación de esta liquidación, el artículo 255 LGT señala que la activación del tanto de culpa no paralizará las actuaciones administrativas dirigidas al cobro de la deuda tributaria liquidada, salvo que el Juez hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución. Una vez que conste admitida la denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, la Administración Tributaria procederá a notificar al obligado tributario el inicio del período voluntario de pago requiriéndole para que realice el ingreso de la deuda tributaria liquidada en los plazos a que se refiere el artículo 62.2 de la LGT. En caso de impago dentro del plazo conferido, se desarrollarán las actuaciones encaminadas a su recaudación por vía ejecutiva a través del procedimiento de apremio ordinario. Los actos del procedimiento de recaudación desarrollados para el cobro de la deuda tributaria liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo 250.2 de esta Ley, solo serán oponibles los motivos previstos en los artículos 167.3, 170.3 y 172.1 segundo párrafo de la LGT y su revisión se realizará conforme a lo dispuesto en el Título V de la LGT (art. 256 LGT).

Además, como mecanismo adicional de garantía para el cobro efectivo de la liquidación resultante del tanto de culpa, el artículo 258 LGT regula un supuesto específico de responsabilidad solidaria, posibilitando la derivación de responsabilidad a quienes hubieran sido causantes o hubiesen colaborado activamente en la realización de los actos que den lugar a dicha liquidación y se encuentren imputados en el proceso penal iniciado por el delito denunciado o hubieran sido condenados como consecuencia del citado proceso.

Asimismo, el artículo 81.8 LGT prevé la posibilidad de que la Administración tributaria pueda acordar la adopción de medidas cautelares para asegurar el cobro de la deuda tributaria resultante de la liquidación vinculada a los indicios de delito contra la Hacienda Pública. En concreto, las medidas cautelares podrán dirigirse contra cualquiera de los sujetos identificados en la denuncia o querrela como posibles responsables, directos o subsidiarios, del pago de las cuantías a las que se refiere el artículo 126 del Código Penal. Adoptada, en su caso, la medida cautelar por el órgano competente de la Administración Tributaria, se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento.

En cuanto a los efectos que la decisión de la autoridad judicial penal o del Ministerio Fiscal tiene sobre la liquidación administrativa vinculada con el posible delito contra la Hacienda Pública denunciado por la Administración tributaria, la LGT establece que dicha liquidación «se ajustará a lo que se determine finalmente en el proceso penal en relación con la existencia y la cuantía de la defraudación» (art. 257.1 LGT), consecuentemente, y a tenor de dicho mandato, la inadmisión de la denuncia o querrela determinará la retroacción de las actuaciones inspectoras al momento anterior a aquel en que se dictó la propuesta de liquidación vinculada a delito, procediendo en ese caso la formalización

del acta que corresponda, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en la LGT y su normativa de desarrollo.

Si se dicta sentencia condenatoria hay que diferenciar dos escenarios: que se determine una cuota defraudada idéntica a la liquidada en vía administrativa; en tal situación no será necesario modificar la liquidación inicialmente realizada, sin perjuicio de la liquidación de los intereses de demora y recargos que correspondan. O bien, que la cuantía defraudada difiera, en más o en menos, de la fijada en vía administrativa. Entonces subsistirá la liquidación inicial, aunque será rectificadora de acuerdo con el contenido de la sentencia para ajustarse a la cuantía fijada en el proceso penal como cuota defraudada. Dicha modificación, no afectará a la validez de las actuaciones recaudatorias realizadas, respecto de la cuantía confirmada en el proceso penal. El acuerdo de modificación se trasladará al Tribunal competente para la ejecución, al obligado al pago y a las demás partes personadas en el procedimiento penal. Por último, si la cuantía defraudada que se determinara en el proceso penal fuese inferior a la fijada en vía administrativa, serán de aplicación las normas generales establecidas al efecto en la normativa tributaria en relación con las devoluciones de ingresos y el reembolso del coste de las garantías [art. 257.2.a) LGT].

Puede, asimismo, que se dicte sentencia absolutoria por inexistencia de la obligación tributaria, en ese caso, la Administración tributaria procederá a la anulación de la liquidación administrativa resultante del tanto de culpa, siendo de aplicación las normas generales establecidas al efecto en la normativa tributaria en relación con las devoluciones de ingresos y el reembolso del coste de las garantías (art. 257.2.b) LGT).

Si se dictara sentencia absolutoria por un motivo diferente a la inexistencia de obligación tributaria, procederá la retroacción de las actuaciones inspectoras al momento anterior en el que se dictó la propuesta de liquidación vinculada a delito, teniendo en cuenta los hechos que el órgano judicial hubiese considerado probados, procediendo a la formalización del acta, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en esta Ley y su normativa de desarrollo. El procedimiento deberá finalizar en el período que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo al que se refiere el apartado 1 del artículo 150 de la LGT o en seis meses, si éste último fuera superior. El citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para la reanudación de las actuaciones. Se exigirán intereses de demora por la nueva liquidación que ponga fin al procedimiento. Esta liquidación se sujetará al régimen de revisión y recursos propios de toda liquidación tributaria regulado en el Título V de la LGT, pero no podrán impugnarse los hechos considerados probados en la sentencia judicial (art. 257.2.c) LGT).

2. *La sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019 (RO 85/2018; ECLI:ES:TS: 2019:3146)*

Dicho todo esto, la referida sentencia n.º 1246/2019, de 25 de septiembre, resolviendo un recurso de casación interpuesto por la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF), declaró la nulidad del apartado 2 del artículo 197 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGIT), al entender que el precepto considerado alberga, en una técnica normativa deficiente, dos supuestos de hecho: aquellos en los que, en el momento de apreciarse indicios de delito, se ha dictado la liquidación o se ha impuesto la sanción, en cuyo caso se suspenderá su ejecución; y los supuestos en que, en aquél momento, se hubiera dictado una propuesta de liquidación y sanción, en cuyo caso quedarán sin efecto.

Ya vimos anteriormente como el artículo 250.1. 1.º LGT preveía que cuando la Administración Tributaria, en el seno de los procedimientos de aplicación de tributos, aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, continuará la tramitación con arreglo a las normas generales, y se pasará tanto de culpa a la jurisdicción penal o se remitirá el expediente al Ministerio Fiscal.

La sentencia considera que el artículo 197 bis 2 RGIT no cuenta con habilitación legal y señala que nunca estuvo en la mente del legislador la potestad reconocida a la Administración por el precepto aludido. La potestad de dictar una liquidación de los elementos de la deuda tributaria vinculados al delito no ampara suficientemente la posibilidad de pasar tanto de culpa o remitir el expediente al Ministerio Fiscal en cualquier momento, incluso cuando se hubiere dictado la liquidación o se hubiese impuesto la sanción. La sentencia considera, además, que esta previsión «se opone de manera radical a los preceptos legales que disciplinan la forma en que debe conducirse la Administración Tributaria cuando aprecia que un contribuyente ha podido cometer un delito contra la Hacienda Pública» porque la Ley no prevé que se pase tanto de culpa o se remitan las actuaciones al Ministerio Fiscal después de haberse dictado liquidación y, mucho menos, tras haberse impuesto sanción.

Y es que los artículos 250 y 251 de la LGT impiden no sólo sancionar, sino incoar un procedimiento administrativo sancionador, e imponen el archivo del que se haya incoado cuando se haya pasado tanto de culpa o remitido las actuaciones al Ministerio Fiscal, lo que es completamente distinto a la suspensión de la liquidación o sanción impuesta que prevé el artículo 197 bis 2 del RD 1065/2007.

Añade la Sala otro argumento a la declaración de ilegalidad del precepto, consistente en que contraría el sistema de revisión de actos tributarios previsto

en el artículo 213 de la LGT, que impone que los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones tributarias podrán revisarse mediante los procedimientos especiales de revisión, el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas. En efecto, el sistema de revisión de actos previsto en los artículos 213 y ss. de la LGT impide que se modifiquen actos tributarios sobre los que haya recaído resolución económico-administrativa por procedimientos distintos de la nulidad radical, la rectificación de errores, el recurso extraordinario de revisión y el procedimiento de lesividad; y que se revisen aquellos actos cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme.

La sentencia entiende, además, que el precepto impugnado vulnera el principio de confianza legítima, derivación del esencial principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE, puesto que el obligado, tras haberse dictado una liquidación e incluso haberse impuesto una sanción, sólo podría eludir la vía penal si transcurriera el plazo de prescripción del delito. Finalmente se refiere la sentencia objeto de continua cita a la lesión del principio *ne bis in idem*, al amparar que un mismo comportamiento sea juzgado en sede penal después de haberlo sido en vía administrativa, con la sola salvedad de que la ejecución de la sanción quedará en suspenso.

Esta notable sentencia cuenta con dos proteicos votos particulares, de los que sólo el primero, suscrito por los Magistrados Maurandi y Toledano, discrepa de la declaración de ilegalidad del artículo 197 bis 2 del RD 1065/2007. Entiende este voto disidente que la liquidación previa a pasar el tanto de culpa por delito fiscal o remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal no sólo puede producirse en el ámbito de un procedimiento de gestión, comprobación o inspección en el que ya se adviertan los indicios de delito antes de dictarse la correspondiente liquidación, sino que también se pueden dar casos en que el conocimiento de los indicios de delito fiscal sean posteriores, bien porque no haya sido apreciado debidamente en el curso de las actuaciones, bien porque se conozca posteriormente con ocasión de otras actuaciones. A juicio de los magistrados discrepantes, la liquidación previa a pasar el tanto de culpa es obligatoria como regla general (salvo los supuestos ya vistos del artículo 251 LGT). Si el conocimiento de los indicios de delito fiscal se produce, en la mayoría de los casos, en los procedimientos de gestión e inspección, y se sostiene que aun teniendo conocimiento de los indicios de delito fiscal la Administración debe silenciar tales elementos y no comunicarlos a la Jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal por el hecho de haber existido una previa liquidación, se convierte a la previa liquidación tributaria en un óbice a la perseguibilidad del delito fiscal, enfatizando que, de acuerdo con nuestro sistema penal, en lo que se refiere a la persecución de los delitos públicos, se rige por el principio de legalidad y no por el de oportunidad.

En cuanto a la vulneración del principio *ne bis in idem* invocado por la sentencia, el voto particular trae a colación la doctrina constitucional sentada en las SSTC 334/2005, de 20 de enero y 2/2003, de 19 de febrero, sosteniendo que no cabría una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando la pena pueda absorber a la infracción administrativa. De acuerdo con esta doctrina, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, si en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, no concurriría la tara de la desproporción sancionadora. Con arreglo a ella, concluye el voto particular que corresponderá a la jurisdicción penal adoptar las medidas y pronunciamientos para evitar, en tales casos, la vulneración del principio *non bis in idem*.

Se reproduce a continuación, por su interés, la coda que se introduce en el voto discordante:

«12. *Una puntualización final.*

Ciertamente debe evitarse la posibilidad de que la Administración tributaria decida libremente el momento de pasar el tanto de culpa al juez penal o la remisión al Ministerio Fiscal; pues eso puede conllevar una aplicación de hecho del principio de oportunidad, y hasta la selección arbitraria de los contribuyentes cuya persecución penal se insta a través de la deducción del tanto de culpa al juez o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal.

Asimismo debe conjurarse la gravísima irregularidad que significaría que los órganos tributarios advirtieran a los contribuyentes de la comunicación de indicios al juez penal y al Ministerio Fiscal, sin efectuar dicha comunicación, al único fin de torcer su voluntad en los procedimientos tributarios.

Mas lo anterior serán prácticas jurídicamente patológicas o incorrectas que no deben impedir la persecución penal mediante la observancia de las reglas generales aplicables que antes han sido expuestas.

La evitación de esas prácticas, claramente reprobables, como habrá de conseguirse será exigiendo a la Administración tributaria que justifique la concreta fecha en la que tuvo noticia del delito y consigne la expresa declaración que no hubo la clase de advertencia que ha sido indicada.

Todo ello para que el Juez penal o el Ministerio Fiscal depuren e insten la responsabilidad que pueda incumbir a los órganos administrativos por su dilación o pasividad en la comunicación de los indicios delictivos, o por las presiones que pudiesen haber sido efectuadas al abrigo de esa dilación o pasividad».

III. Reflexión final

Muchos de los malentendidos surgidos en este debate se hubiesen probablemente evitado si se hubiera tenido presente la multivocidad procesal del prin-

cipio de oportunidad. Nada tiene que ver la oportunidad procesal en modelos como el norteamericano, donde el ejercicio de la acción penal se confía a la discrecionalidad del *prosecutor*, siendo casi ilimitada, con lo que se conoce como «oportunidad reglada» —aberrante tautología en opinión del también añorado Profesor Gimeno Sendra— en los que tras el reconocimiento formal del principio de legalidad se introducen atenuaciones más o menos amplias, que en rigor, debieran referirse al ejercicio de la acción, pero que se extienden a la negociación o mediación que posibilita a la conformidad. De hecho, y como bien anota la Profesora Armenta-Deu [«Principio de legalidad vs. principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en *Principios y garantías procesales*, PICÓ y JUNOY, J. (dirs.), Bosch, 2013] el mayor o menor grado de realización de la exigencia que comporta el ejercicio de la acción en todo caso o su atemperación esta mediado por decisiones y omisiones concretas del legislador, una determinada política de la justicia o los recursos destinados a hacerla efectiva.

En un marco regido por el principio de legalidad, desde luego que caben algunas fórmulas de exclusión motivada de la rigurosa aplicación de la ley, en presencia de circunstancias objetivas y subjetivas convenientemente predeterminadas. Ahora bien, expandir su ámbito de aplicación a supuestos de manera ilimitada, incorporando el uso de la discrecionalidad con ligereza supone, no ya un riesgo cierto para el principio elemental de seguridad jurídica y previsibilidad normativa, sino una verdadera alteración del marco sistémico procesal que, necesariamente, afecta a instituciones y prácticas jurídicas fuertemente arraigadas en nuestra koiné procesal, donde la certidumbre se ha configurado tradicionalmente como elemento estructural de nuestro ordenamiento jurídico. Y ciertamente esa *weltanschauung* procesal acarrea problemas de articulación, porque no hay disciplina técnica o intelectual que se asemeje más al experimento de Schrödinger que el Derecho y, más específicamente, su aplicación por los tribunales de justicia. Si recuerdan el experimento concebido en 1935 por el físico vienés, mientras la caja permanecía cerrada, y la partícula de la que dependía la activación de la trampa mortal permanecía no develada, el gato que había en su interior, estaba vivo y muerto a la vez, extremo que se simplificaba al abrirse la caja y activarse la partícula felicidad, momento en el que el minino estaría vivo o muerto, de manera excluyente.

En escenarios litigiosos, y partiendo de una premisa fáctica incontrovertida y pacífica, la pretensión del recurrente, demandante o denunciante y la oposición de la contraparte, intrínsecamente contradictorias, co-existen de forma simultánea, «siendo» ambas al mismo tiempo, en tanto en cuanto la firmeza de la sentencia no disuelva esa (in)coherencia interna procesal.

Del mismo modo, y en el concreto ámbito de la admisión casacional contencioso-administrativa, nos encontramos en un escenario epistemológico, en el que no se analiza tanto el ser como el fenómeno, de manera que, a diferencia de lo que acaecía con el régimen casacional anterior, claramente determinista,

en este nuevo paradigma casacional cuántico, la incertidumbre del justiciable que ya no puede prever la decisión del Tribunal Supremo con respecto a su pretensión casacional, al estar ahora presente el principio de oportunidad encarnado en el sintagma del interés casacional objetivo, es consustancial a un régimen en el que los recursos preparados, puede decirse que adoptan una escala subatómica y, consecuentemente, su mera observación por el Tribunal, a la luz no sólo de los factores previstos en la Ley —arts. 88.2. y 3 LJCA— sino del contexto jurídico-social y los antecedentes de la Sala, provoca una alteración sustancial en su naturaleza que le hace incierto en su prosperabilidad.

Y es que la complejidad parece primero desafiar nuestro conocimiento y, de algún modo, producirle una regresión. Antes, un asunto cuyo umbral cuantitativo superara los 600.000 euros, ameritaba indefectiblemente su admisión en vía casacional. Sencillo y simple. Cada vez que hay una irrupción de anfractuosidad precisamente bajo la forma de incertidumbre, de aleatoriedad, se produce una resistencia notable. La hubo con las tesis de Werner Heisenberg, que los clásicos calificaban de retorno a la barbarie, considerando una aberración situarse en la indeterminación cuando desde hacía dos siglos todas las victorias de la ciencia habían sido las del determinismo. Ha sido necesario el éxito operacional de la física cuántica para que, finalmente, se comprenda que la nueva indeterminación constituía también un progreso en el conocimiento de la misma determinación.

En fin, nos recordaba recientemente el Profesor Vicente Gimeno que oportunidad no equivale a arbitrariedad; que aquella no se opone al principio de legalidad, sino que lo complementa y, finalmente, que en modo alguno debe identificarse con desjudicialización. Pues con el vigente recurso de casación contencioso pasa y pasará lo mismo. Los reproches sobre el el progresivo deterioro de los medios de impugnación de sentencias en el ámbito del Derecho Administrativo y Tributario y, por consiguiente, la erosión de la tutela efectiva de situaciones subjetivas en vía de recurso como consecuencia de la tendencia a la objetivación del recurso, con el acreditado efecto de que infracciones graves de la legalidad —sustantiva o procesal— en sentencias de instancia queden sin un remedio efectivo, simplemente porque el problema jurídico de fondo no presenta novedad alguna habiendo sido ya perfectamente tratado por la jurisprudencia o la incertidumbre del justiciable acerca de cuándo es advertible la presencia o no de intereses casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, son servidumbres que todo sistema de admisión discrecional de asuntos ante el Tribunal Supremo debe soportar, legitimándose ante la opinión pública, en general, y ante la comunidad jurídica, en particular, por sus resultados y no tanto por sus inocultables incertidumbres. Si la Sala casacional es capaz, como lo está siendo, de dictar un número aprehensible de resoluciones de excelencia, ponderadamente deliberadas, redactadas con esmero, en plazos razonables y sobre asuntos de verdadera relevancia e interés, el sistema se legitimará pese a sus inconvenientes, que aunque algunos no deben ser tenidos a humo de pajas, como son la inquietante desprotección subjetiva de los derechos de los recurrentes o

la recalcitrante quiebra de la igualdad de armas procesales entre administración y administrados, deben ser gestionados en un sistema casacional tan incierto como infinitamente más ecuánime que el anterior.

Y es que el Derecho, como el más y mejor acabado mecanismo autocompositivo diseñado por el ser humano, es muy anterior a cientificismo de la Ilustración, que garantizaba que cualquier problema era susceptible de resolución aplicando el razonamiento lógico en un número finito de pasos. El Derecho, como la física cuántica, se radica, por el contrario, en el terreno que Lewis Carroll situaba al otro lado del espejo, donde rige una lógica y una vinculación causa-efecto sensiblemente diferente. Alicia contemplaba el mundo de los adultos no como la «realidad», sino como una inversión de aquella al amparo de dos términos absolutamente definitorios en el idioma inglés: el *common sense* victoriano y su opuesto, el *nonsense*, como respuesta al convencionalismo arbitrario de unas reglas que, a los ojos de Alicia, carecían de sentido.

No busquen Justicia en el maravilloso país de la casación contenciosa, en todo caso, una necesariamente incierta, motivada y uniforme aplicación de la Ley, cada vez más persuadida por el *Opportunitätsprinzip*.

Capítulo 4

El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: acusación popular y justicia restaurativa

Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho procesal
Santiago de Compostela

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD VERSUS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.—II. ACCIÓN POPULAR: 1. *Origen y concepto*. 2. *Tratamiento de la acción popular en el Anteproyecto*: A) Límites a su ejercicio. B) Límites subjetivos. C) Límites objetivos. D) Control judicial.—III. JUSTICIA RESTAURATIVA. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: 1. *Modelos de justicia*. 2. *Origen y concepto de la Justicia restaurativa*. 3. *La justicia restaurativa en el Anteproyecto*: A) Principios por los que se rige. B) Fases en las que cabe. C) Procedimiento de justicia restaurativa: a) Desarrollo del procedimiento. b) Ámbito objetivo de aplicación. c) Efectos de los acuerdos adoptados en fase de juicio oral y ejecución.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. Principio de legalidad versus principio de oportunidad

El Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011 aprobó un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, resultado del esfuerzo de un Grupo de Trabajo constituido en el Ministerio de Justicia en mayo de 2010. Posteriormente el Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 acordó la creación de una Comisión Institucional a la que le dio el encargo de elaborar un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. De ahí nació una Propuesta de Código Procesal Penal en 2013. Fruto de ella se insertaron contenidos desgajados en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Actualmente, hay un nuevo texto, el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 aprobó otro Anteproyecto. Con él serán tratados temas que los anteriores también regularon. Entre todos nos ceñiremos a dos, la acción popular y la justicia restaurativa.

Hemos de partir para ello de que el código recoge como uno de los principios generales del proceso, el principio de legalidad procesal, según el cual:

«Los jueces y tribunales y quienes ante ellos intervengan están obligados a actuar con arreglo a lo dispuesto en esta ley, según los requisitos, formas y plazos que ésta establece para la realización de los actos procesales.

Su incumplimiento determinará la nulidad de dichos actos en los casos y en los términos legalmente previstos» —art. 1—.

Además, a continuación, en el artículo 89 rubricado «Principio de legalidad», exige con respecto al Ministerio Fiscal que:

«1. El Ministerio Fiscal, ante la fundada sospecha de la comisión de un delito público, está obligado a: a) iniciar y practicar por sí o mediante las oportunas órdenes e instrucciones a la Policía Judicial la investigación destinada a esclarecer el hecho y averiguar quiénes son sus responsables, sin incurrir en ningún caso en dilaciones indebidas; b) adoptar o interesar del juez la adopción de las medidas cautelares que procedan; c) deducir y sostener la acusación en el juicio oral; d) ejercitar la acción civil a favor de las víctimas del delito en los casos previstos en esta ley; e) velar por la efectiva ejecución de las sentencias, promoviendo, en caso de condena, las actuaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las penas y la satisfacción de las responsabilidades civiles.

2. De modo especial corresponde al Ministerio Fiscal la función de velar por los derechos de las víctimas, y en particular actuar en defensa de los intereses de los menores y de las personas con discapacidad.

3. También corresponde al Ministerio Fiscal la función de velar por el respeto a los derechos fundamentales de todas las partes del proceso y por la independencia y competencia de los órganos judiciales».

Resulta hoy claro que el principio acusatorio exige el ejercicio y sostenimiento de la acción por un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral¹.

De manera tal que, en el proceso penal el principio acusatorio ha de ser entendido en el sentido de que no hay proceso sin acusación, y el de contradicción, traducido en que no hay condena sin proceso, de modo tal que «*la acusación nos lleva al proceso, y el proceso nos lleva a la condena o absolución*»².

El órgano a quien se le atribuye la acusación es el Ministerio Fiscal y se rige, como también se prevé en el Anteproyecto, por el principio de legalidad. Éste hunde sus raíces, por un lado, en el positivismo legalista del movimiento codificador del siglo XIX, como, por otro, en las doctrinas retribucionistas de la pena. De forma tal que, la ley es la que proporciona al Ministerio Público parámetros seguros para el ejercicio de la acción penal.

¹ SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral», en *Estudios de derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 776 y 777.

² VIADA LÓPEZ-PUIGGERVER, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, RDP, n.º 2, 1959, p. 433.

Si bien ello es así, cabe actualmente plantearse la introducción del principio de oportunidad en nuestro proceso, sin que quepa oponer que el principio de legalidad, de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, viene exigido por la Constitución, de preceptos tales como el 9.3, el 25.1 y el 124, así como del 24 y 117.1, pues semejante afirmación merece matizaciones.

En primer lugar, parece evidente que tanto la legalidad que garantiza el artículo 9.3 CE como el artículo 25.1 se vinculan con el principio de legalidad penal, pero no se refieren al ejercicio de la acción penal, cuya obligatoriedad tiene rango legal, aunque no viene obligado por la Constitución. En segundo lugar, la referencia al artículo 124 del texto constitucional, donde se regula el Ministerio Fiscal, no puede acogerse del modo en que viene formulado, no solo porque la norma fundamental inmediatamente después de ordenar que el Fiscal promueva la acción de la justicia en defensa de la legalidad añade «*y del interés público tutelado por la ley*», de modo que ese interés ya no es exactamente la ley o, al menos, no aparece explícita y directamente en la ley porque, si así fuera, el inciso holgaría; pero es que, además, el Ministerio fiscal, que sin duda ha de ser guardián de la ley, debe atender la satisfacción de otros intereses, como el interés social al que también menciona el artículo 124, de modo que una lectura completa del precepto constitucional conduce a atribuir al Ministerio algo más y algo distinto del mero ejercicio del principio de legalidad. Por otra parte, se sostiene que la sujeción del Fiscal a la Ley no puede ser ni menor ni de otro género que la del Juez, y que el ejercicio obligatorio de la acción penal es algo connatural al principio de legalidad, pero en estas consideraciones se pierde de vista que el sometimiento del Juez a la ley, más allá de la interpretación de las normas, es una característica esencial del mismo y un correlato de su independencia, pero no cabe referirse en los mismos términos al MF, pues precisamente la Constitución, ni ordena que esté sometido únicamente al imperio de la ley ni proclama su independencia, sino, al contrario, que está sometido al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica³.

Pues bien, en cualquier caso, el principio de legalidad es el que rige por lo general en nuestro actual proceso penal, donde se exige al Ministerio Fiscal que promueva su iniciación y que presente la acusación siempre que considere que existen motivos para ello (arts. 100 y 105 LECr). Por consiguiente, la Ley Procesal no puede dejar, en principio, margen alguno a la apreciación de las circunstancias específicas de cada caso, que sean ajenas a las establecidas en la Ley Penal sustantiva o en la Ley Procesal para eludir esa actuación.

A este respecto, cabe recordar como en nuestra LECr el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal se sujeta inicialmente al principio de legalidad, a diferencia de otros países de nuestro entorno en los que se plantea la imposibilidad de perseguir todas las conductas tipificadas conforme a la estricta aplicación de

³ MORENO CATENA, V., El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma, *Cuadernos de Derecho Judicial. Sistemas penales europeos*, número 4, 2002, pp. 46 y 47.

aquel principio. Y qué duda cabe que siendo esto así debería conjugarse en nuestro país el debido juego entre el principio de oportunidad y el de legalidad, por varias razones⁴:

- Razones de interés social o utilidad pública en las que se baraje, por un lado, la falta de interés público en la persecución del delito, por su escasa lesión social; por otro, se estimule la pronta reparación de la víctima, y por último, se eviten los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad. Esto nos permitirá sin duda introducir mecanismos de justicia reparadora como la mediación.
- Contribuir decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- Constituir el único instrumento que permite tratar diferenciadamente los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En todo caso, junto a estos argumentos cabe, como pone de manifiesto Conde Pumpido⁵, dar dos más que pertenecen al área de los principios y de la praxis. Desde el primer punto de vista, se trata de reconocer que en el proceso penal, al lado de espacios de conflicto, deben existir espacios de consenso. Mientras la criminalidad más grave es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida de su autor, debe conducir a soluciones de consenso, que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su infracción, no es propiamente un delincuente. En tales casos la búsqueda de la pacificación del proceso a través del consenso es un imperativo ético jurídico y el mantener en este terreno a ultranza el principio de legalidad es con frecuencia convertir un proceso público, como el penal, en instrumento de intereses puramente privados.

Desde el otro punto de vista, el de la praxis, el verdadero argumento se asienta en que solo el principio de oportunidad —siempre reglado, siempre bajo la definición y el control de la ley— permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, eligiendo la persecución de aquellos en los que existe un verdadero interés social de punición y excluyendo las bagatelas penales, esto es, los hechos con un mínimo interés social y en los que la pena

⁴ ARMENTA DEU, T., La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal, *Revista del Poder Judicial*, número 58, 2000, p. 278.

⁵ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso, *Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, vol. 6, 1989, p. 24.

carece de significación. Situaciones análogas, que debieran dar lugar a prescindir de la regla de la legalidad pura, serán todas aquellas en que el castigo del hecho típico se revelase como causante de males e injusticias mayores que los que provocaría su impunidad, ora por tratarse de residuos de una legislación obsoleta y no asumidos, ya como reprochables por la sociedad, ora porque el propio interés de la víctima aconseje evitar la publicidad del enjuiciamiento, ora porque las condiciones del hecho y su autor aconsejen sustituir la pena por otro tipo de sanción o medida jurídica más adecuada.

Es por ello que, en el Anteproyecto, en su artículo 90, se refiere al principio de oportunidad:

«1. El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley.

2. La apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al Ministerio Fiscal.

El control judicial de los elementos reglados, que permiten el ejercicio de esta facultad discrecional, se realizará en los términos y en la forma previstos en esta ley».

El que el legislador abogue por la introducción de la oportunidad no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia Ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites⁶.

En este sentido se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992, indicando que el principio de legalidad concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; sin embargo, la legalidad *«no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público deberá 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 social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una pena u otro tipo de circunstancia o compensaciones*

⁶ Algunos autores han llegado a considerar esta oportunidad reglada como una manifestación singular del principio de legalidad, así RUIZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Jornadas sobre la Justicia penal en España*, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3.ª ponencia, *Revista del Poder Judicial*, número especial II, p. 68, quien entiende que cuando la ley concede cierto arbitrio al Fiscal o al Juez, no se está, al hacer uso de ese arbitrio, en el terreno de la oportunidad, sino haciendo uso de los que la ley dispone. En tales casos, la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa.

hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial».

Este tipo de oportunidad es la existente en legislaciones como la alemana⁷, belga, noruega, portuguesa⁸, irlandesa, danesa, luxemburguesa, polaca, la de algunos cantones suizos y la francesa, las que prevén ya en supuestos concretos, ya para ciertos delitos, o ciertos delincuentes, ya para los delitos menores *in genere*, la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Público, sea absteniéndose sin más de la acusación, sea suspendiendo ésta bajo ciertas condiciones o medidas, cuyo cumplimiento se impone al acusado, en una anticipación de lo que sería la condena condicional o el régimen de *probation*. De hecho, este modo de actuar fue recomendado en la Reunión de Helsinki en 1986⁹:

«3.a. El Ministerio público o “prosecutor” debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.

3.b. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.

3.c. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción.

3.d. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.

3.e. Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.

⁷ En la legislación alemana existe un mecanismo de control de la decisión del Ministerio Público, así, en un sistema en el que el Fiscal tiene el monopolio de la acción penal y domina el proceso que el Juez no puede iniciar de oficio, la refección de la acusación de aquél sustrae el hecho a toda posibilidad de enjuiciamiento, aunque éste fuera procedente. Sin embargo, el ofendido o perjudicado, que ha acudido al Fiscal para que éste inicie la persecución, podrá ver satisfecha su pretensión, si es desconocida indebidamente por el Fiscal, cuando, tras haberle sido notificada la decisión de no tomar en cuenta la instancia o cerrar la investigación sin pedir la iniciación del proceso formal, puede acudir al superior del Fiscal y si tampoco es atendida su pretensión, iniciar el llamado procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. En este proceso se obligará al Ministerio Fiscal a interponer la querrela, salvo que se estime que no existen suficientes bases para afirmar el indicio de un delito, o cuando existiendo esas bases, se trata de uno de los supuestos en que la ley autoriza al Fiscal a prescindir de la persecución.

⁸ En Portugal también existe un control de la decisión del Fiscal a través de tres vías: En primer lugar, en el plazo de 30 días a partir del acuerdo de archivo, el superior jerárquico del Ministerio Público puede ordenar que sea formalizada acusación, salvo que el asistente (acusador particular) hubiera requerido la apertura de instrucción. En segundo lugar, el acuerdo del Juez se hace necesario tanto para el archivo de las diligencias de investigación por tratarse de delito al que el Tribunal puede dispensar o suspender la pena, como para el supuesto en que el Fiscal decida la suspensión provisional de la acusación. Por último, existe un control social que se produce a través de la facultad del asistente (acusador particular) de requerir la apertura de una instrucción judicial en los casos en que el Ministerio Fiscal no haya deducido acusación.

⁹ NON-PROSECUTION IN EUROPE (*proceeding of the European Seminar*), en Publicaciones del Helsinki Institute for Crime Prevention, n.º 9, 1986.

3.f. *Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o de alcohol debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia».*

Desde luego, resulta conveniente que se introduzca la oportunidad reglada para ocasiones en que por razones de intrascendencia social y eficacia práctica quepa no ejercitar la acción penal; así como en aquellos otros casos en los que resultará conveniente para la mejor reinserción social del acusado cabría también anticipar los supuestos de suspensión de condena, practicándose la suspensión de la acusación bajo condición de que el sujeto asumiera determinadas reglas de conducta, que de ser incumplidas provocarían una reanudación de la acusación.

En este sentido, la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre, prevé que la facultad de aplicar el principio de oportunidad en la persecución de los hechos delictivos ha de estar prevista en la ley y adoptada cuando existan indicios suficientes de culpabilidad y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias de la misma, la personalidad del infractor, los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños. Al tiempo previene que el archivo puede ser incondicionado o sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado.

En todo caso, y en conexión con lo anterior, parece claro que en la medida que el órgano de investigación sea el Fiscal, resulta más eficaz la efectiva implantación del principio de oportunidad.

Desde luego, los modelos pueden ser múltiples y, según el que se adopte, los efectos sobre el principio de oportunidad son diversos. Así cabe el modelo italiano, en el que el Fiscal es independiente, rigiendo la obligatoriedad de la acción penal, y precisándose la intervención del *Giudice per le indagini preliminari* para adoptar medidas que afecten derechos fundamentales, controlar los tiempos de las investigaciones preliminares y del mismo ejercicio de la acción penal, así como decidir sobre los resultados de las investigaciones preliminares del Fiscal o la imputación¹⁰. El alemán configura una fiscalía dependiente del Ministro de Justicia del Land correspondiente, aunque ejercita facultades discrecionales sobre la acción penal en delitos castigados con penas de hasta un año¹¹. Por su parte, en Portugal, la investigación la lleva el Fiscal, pero el Juez de instrucción controla después la investigación llevada a cabo por el Fiscal, pudiendo completar aquella si así lo estima necesario y otro acusador lo solicita. Además, el mismo Juez intervendrá en la adopción de toda medida que afecte derechos fundamentales, estando sometido en todo caso el Fiscal al principio de legalidad¹². En este

¹⁰ ARMANDO SPATARO, «Italia», en *Sistemas de proceso penal en Europa*, Colex, 1999, p. 231.

¹¹ ARMENTA DEU, «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España», *PPU*, 1991, Barcelona, pp. 74 a 138.

¹² ORLANDO VIEGAS, M. A., ATIDE DAS NEVES, J. A. R. y MOURANZ LOPES, J., «El sistema judicial portugués: realitas y críticas», en *Informe Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya*, 1998, pp. 635 y ss.

tipo de proceso penal, se distingue claramente entre la investigación del Fiscal, de carácter obligatorio y dirigida a fundamentar la decisión de formular o no acusación, y la instrucción que, por imperativo Constitucional, ha de ser judicial, teniendo carácter facultativo, a petición del acusador o del acusado, y con la finalidad de decidir someter o no la causa a enjuiciamiento, esto es, de autorizar o negar judicialmente que continúe adelante la acusación formulada.

En cualquier caso, la introducción del principio de oportunidad en nuestro proceso penal, no casa del todo bien con lo regulado para la intervención de la víctima en el proceso de acuerdo a la Ley del Estatuto de la Víctima. En efecto, se le ofrecen derechos que no están en la línea que parece querer nuestro legislador de introducir el principio de oportunidad en el proceso penal. Así se posibilita recurrir la resolución de sobreseimiento sin que hubiere sido necesario para ello personarse anteriormente en el proceso —arts. 636 y 779 LECr—.

Pero no conforme con ello el legislador, prevé también la posibilidad de participación de la víctima en las medidas de ejecución de la pena. Se permite que impugne resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilite información que puedan entender relevante para los jueces y tribunales a fin de que estos resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicite la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

Así pues, le serán notificadas si así lo solicitaran:

1. El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de un delito de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, o de trata de seres humanos.

2. El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 CP, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a los que nos referimos en el apartado anterior o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

3. El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trata de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 CP o de alguno de los delitos a que se refiere el apartado primero, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de 5 años de prisión. Se

trata de los delitos de homicidio, aborto del artículo 144 CP, lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo y de trata de seres humanos.

Recordemos que en el preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, se indica que el Estado conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, así como facilitar información que pueda ser relevante para que los jueces y tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

Además, indica que el Estatuto se justifica por la necesidad de trasponer al ordenamiento español la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo¹³. Sin embargo, nuestra ley ha ido más allá de lo previsto en estos instrumentos, en cuanto en ello se impone que se notifique a la víctima determinadas resoluciones, si lo solicita, y sin embargo, el legislador español regula el derecho de la víctima a participar en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad interponiendo recursos contra las decisiones judiciales que afecten al modo de cumplimiento de dichas penas.

Esto provoca una interferencia en el monopolio estatal en el ejercicio del *ius puniedi* y en perjuicio de la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas privativas de libertad del artículo 25 CE, al permitir que en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad se legitimen a más sujetos que el Ministerio Fiscal y el propio penado.

Todos estos derechos reconocidos en la Ley del Estatuto de la Víctima resultan incluso más amplios que los previstos en la Sección 2.^a «Derechos de las víctimas» del Anteproyecto. En sus artículos 104 y 105, se regula el derecho a recibir información, el que no se extiende a la posibilidad de plantear recursos contra las decisiones adoptadas a lo largo del proceso judicial, lo que casa bien con la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal.

¹³ En este sentido el artículo 6.5 prevé que «los Estados miembros garantizarán que se brinde a las víctimas la oportunidad de que se les notifique, sin retrasos innecesarios, el hecho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten haya sido puesta en libertad o se haya fugado. Además, los Estados miembros velarán por que se informe a las víctimas de cualquier medida pertinente tomada para su protección en caso de puesta en libertad o la fuga del infractor».

II. Acción popular

1. Origen y concepto

En esta línea de introducir el principio de oportunidad en el proceso penal, se hace necesario, sino impedir el ejercicio de la acción popular, sí limitarlo. Partimos de que el legislador de la LECr de 1882, se proclama inspirado en los ordenamientos europeos más avanzados, sin atreverse a ir más allá de las instituciones que ya habían sido probadas en otros países, salvo en contadas ocasiones, como es el caso de la acusación popular.

El sistema penal anterior al siglo XIX era, como el de todos los países europeos continentales, un sistema inquisitivo en el que el Juez asumía también el papel de acusador. No era necesaria, pues, una acusación ajena al propio Juez, pero ello no fue obstáculo para la subsistencia de acusaciones por ciudadanos particulares, pues siempre existió la posibilidad de que el procedimiento penal empezará por medio de querrela.

La acción popular surge así en nuestro ordenamiento jurídico en el campo del proceso penal y para la persecución de ciertos tipos delictivos que se consideraban más altamente reprochables, o de más amplia repercusión social. En esta consideración, la Constitución de 1812 reconoce la acción popular para la persecución de los delitos cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones: el soborno, el cohecho y la prevaricación —art. 255—.

En el «Trienio Liberal» (1820-1823), el Decreto de 22 de octubre de 1820 preveía en su artículo 32 que «*los delitos de subversión y sedición producirán acción popular y cualquier español tendrá derecho para denunciar a la autoridad competente los impresos que juzgue subversivos o sediciosos*». Posteriormente se contuvo en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, pasando a incorporarse a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, generalizándose para todos los delitos públicos¹⁴.

En la actualidad, se reconoce el ejercicio de la acción popular en el artículo 125 CE «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular», desarrollándose su contenido en los artículos 101 LECr «*la acción penal es pública; todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley*», y 270 «*todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejerciendo la acción popular establecida en el art. 101 de esta ley*».

Así introducida en el proceso penal, la acción popular se entiende como un derecho cívico y activo, que se ejercita en forma de querrela, mediante el cual todos los sujetos de derecho, con la capacidad de actuación procesal necesaria y

¹⁴ Nunca esta ley utiliza la expresión acusador popular. Pese a que la figura venga del artículo 2 de la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal (la de 1872). Este aparece en el panorama legislativo con mucha posterioridad. Principalmente a partir de su utilización por el artículo 125 CP.

que no resulten directamente ofendidos por el delito, pueden suscitar la incoación del proceso penal y comparecer en él como partes acusadoras en orden a ejercitar la acusación pública¹⁵.

En efecto, el artículo 101 LECrim establece que la acción penal es pública, y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así, consecuentemente, el ejercicio de la acusación en los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio al Ministerio Fiscal, al contrario, con carácter general, se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar, sin perjuicio de las limitaciones que se previenen en distintos preceptos, la acción popular. El propio artículo 125 CE determina que los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el artículo 19 LOPJ precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim, el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además, debe constituir fianza de la clase y cuantía que el Juez determine para responder de las resultas del juicio. Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art. 105 LECrim), como defensor de la legalidad (arts. 124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga prevista una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280, ambos LECrim (STS 10.7.95).

El fundamento de la acusación popular se ha hallado en que, significando el delito la puesta en peligro de los bienes sociales tutelados por el Estado, cualquiera de sus miembros puede pedir al órgano jurisdiccional que cumpla su función, esto es, que restablezca la paz social. De forma tal que se está, de modo

¹⁵ GIMENO SENDRA, V., «La acusación popular», *Revista del Poder Judicial*, n.º 31, 1993, p. 3. Este autor en su definición de la acción popular incluye el término «fundamental», diciendo que se trata de un derecho fundamental. Sin embargo, y a pesar de que el Tribunal Supremo en su sentencia 702/2003, así lo afirmó, consideró que la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el artículo 53.2 CE, gozan de la protección especial del recurso de amparo. En consecuencia, el derecho del artículo 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejercita el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la Constitución le acuerda como tales, especialmente el del artículo 24.1 CE. En este sentido se manifiesta la STS de 17 de diciembre de 2007.

indirecto, controlando el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, impidiendo así que su ejercicio se lleve a cabo en régimen de monopolio¹⁶.

2. *Tratamiento de la acción popular en el Anteproyecto*

A) *Límites a su ejercicio*

En el Anteproyecto se regula la acción popular, a pesar de ser uno de los elementos que pueden servir en ocasiones para sobrecargar el funcionamiento de la Administración de Justicia. Ello es debido a que resulta posible que en la parte acusadora se hallen tres personas distintas, el Fiscal, el acusador particular y el popular.

Además, su existencia perjudica la introducción de mecanismos de justicia reparadora. Tengamos en cuenta que a través de estos se busca la consecución de acuerdos entre víctima y victimario, que permitirían la terminación anticipada del proceso, siempre y cuando el Ministerio Fiscal aceptara dicho acuerdo como consecuencia del principio de oportunidad en el proceso. Pues bien, con este panorama, la intervención de la acusación popular podría impedir la terminación del proceso por acuerdo entre víctima y victimario, siendo éste aceptado por el Ministerio Fiscal si aquél decide presentar la acusación y seguir con el procedimiento.

Sin embargo, el legislador ha decidido insertarlo en el texto buscando, por un lado, procurar que el ejercicio de la acción popular sirva de contrapeso frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que puede ser controvertida y, por otro, prevenir que esta acción tendente a la imposición de la pena se utilice para la consecución de intereses ajenos a los fines del proceso. Es por ello que el legislador trata de arbitrar un sistema en el que, ni se erradique la figura de la acción popular, ni se le de un amplio protagonismo en cualquiera que fuere el hecho delictivo y ejercitada por cualquier sujeto. Para ello establece tres clases de condicionamientos:

¹⁶ Al respecto se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007:

«La Sala discrepa del fundamento jurídico atribuido a la acción popular por el auto recurrido, compartida también por los recurrentes, en tanto ambos entienden que la razón de ser de la acción popular sería la “desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal”. En realidad, es a partir de este preconcepto hermenéutico que los recurrentes niegan la competencia del legislador para dictar una norma que limite la apertura del juicio oral en la forma establecida por el art. 782.1 LECr. La Sala entiende, por el contrario, que la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico y que la Constitución ha puesto en manos del Ministerio Fiscal en el art. 124 una misión que, por sí misma, es expresiva de la confianza institucional depositada en él. El fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penals».

B) *Límites subjetivos*

En primer lugar, los límites subjetivos, esto es, las personas que cabe que sostengan la pretensión punitiva como acusaciones populares. En este marco, prevé el artículo 120 del Anteproyecto que son los ciudadanos españoles que no sean ofendidos o perjudicados por el delito, los que pueden ejercitar la acción penal mediante querrela. Pero también podrán los ciudadanos de cualquier Estado miembros de la Unión Europea que tengan su residencia en España.

Se excluyen expresamente los que no gocen de la plenitud de derechos civiles, así como los que hayan sido condenados en sentencia firme por delito, salvo que se tratare de delito leve. A estos efectos, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Pero también se excluyen para el ejercicio de la acción penal, los miembros de las carreras judicial o fiscal, así como las personas jurídicas públicas¹⁷ por cuanto no cabe que se conviertan en una especie de Ministerio Fiscal paralelo o alternativo, siendo su deber, si en el ejercicio de sus competencias, tiene noticia de un delito, ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Se dejan fuera asimismo a los partidos políticos y los sindicatos por su peculiar inserción en el orden constitucional como organizaciones de relevancia pública y por el especial riesgo de instrumentalización del proceso que dimana de su intervención activa en el debate público.

Se termina diciendo que los tribunales rechazarán las pretensiones tendentes a la personación en fraude de ley de quienes tengan prohibido el ejercicio de la acción popular.

C) *Límites objetivos*

En segundo lugar, los límites objetivos referidos a los concretos tipos delictivos en los que puede ser utilizada o, dicho de otro modo, a la delimitación precisa de los concretos procesos previstos en la ley a que alude el artículo 125 CE. Es por ello que, tomando como guía la propuesta de Código procesal penal de 2013, se establece un elenco de delitos que parecen idóneos para que los ciudadanos puedan defender una visión de la legalidad penal alternativa a la del

¹⁷ El artículo 121.2 del Anteproyecto se refiere expresamente y en particular a:

«a) El Gobierno y la Administración General del Estado; b) los gobiernos de las comunidades autónomas y los de las entidades locales y sus respectivas Administraciones; c) el Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas; d) el Tribunal Constitucional, Consejo General y los demás órganos de gobierno del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo; e) los organismos y entidades que, conforme a la Ley del Sector Público, integran el sector público institucional».

Ministerio Fiscal (protección de intereses difusos¹⁸ o delitos de corrupción política).

En efecto se enumeran los delitos en los que cabe el ejercicio de la acción popular, así:

- a) Delitos contra el mercado y los consumidores de los artículos 281 a 285 ter del Código Penal siempre que, de acuerdo con el artículo 287.2 del mismo texto legal, afecten a los intereses generales.
- b) Delitos de financiación ilegal de partidos políticos del Título XIII bis del Código Penal.
- c) Delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente de los artículos 319 a 323, 325 a 330 y 332 del Código Penal.
- d) Delitos de cohecho de los artículos 419 a 427 bis del Código Penal.
- e) Delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 a 430 del Código Penal.
- f) Delitos de malversación de caudales públicos de los artículos 432 a 435 del Código Penal.
- g) Delitos de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal.
- h) Delitos de rebelión de los artículos 472 a 484 del Código Penal.
- i) Delitos de odio y discriminación de los artículos 510 a 512 del Código Penal.

¹⁸ Marco decisivo es el medioambiente, pues al ser objeto de disfrute colectivo, encuentra tutela normativa, constituyendo un bien jurídico protegido cuya defensa es responsabilidad pública de los poderes administrativos, además de poder exigirse responsabilidad a la Administración.

En efecto, se trata casi de un bien jurídico comunitario, de los denominados «intereses difusos», pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica, en mayor o menor medida, a toda una colectividad.

Normalmente, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, son las asociaciones ecologistas quienes pretenden constituirse en parte en el proceso, a través del ejercicio de la acción popular, y ello es factible en cuanto se reconoce esa posibilidad a todo aquel que no sea el ofendido por el delito, pudiendo en este supuesto accionar en el proceso penal. La única exigencia que prevé la LECr es la de que quien ejercite la acción popular sea un ciudadano, pues dicho ejercicio se configura como un derecho cívico ligado a la personalidad de las personas físicas, por lo que su reconocimiento a las personas jurídicas resulta en principio superfluo puesto que los sujetos que las representan siempre pueden ejercerlas por sí mismos. Sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia (SSTC 34/1994, de 31 de enero; 50/1998, de 2 de marzo; 79/1999, de 26 de abril, entre otras). Se estima que el término ciudadano no se puede limitar a las personas físicas, ya que las jurídicas también son titulares de derechos e intereses legítimos para cuya tutela puede postularse ante los jueces y tribunales también el artículo 53, cuando prevé que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2.º ante los tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

- j) Delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578 del Código Penal.
- k) Delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los artículos 607 a 614 bis.

Como ya advirtió el Tribunal Constitucional¹⁹, en el caso de la acción popular se actúa en defensa de un interés común o general, pero también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos supuestos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Por ello, la acción popular puede asumir un importante papel en la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal. Importante papel que no puede ser menospreciado porque coyunturalmente y con ocasión del debate político se haya utilizado a veces la acción penal popular espuriamente y, por otra parte, es evidente que nuestra Constitución la consagra (art. 125), como un medio de participación en la Administración de Justicia.

Al respecto manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2010, en la que manifiesta que:

«El Auto objeto de la casación es el dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de enero de 2009. La Sala ha tenido una integración de Magistrados ciertamente compleja dadas las recusaciones planteadas y admitidas. En el Auto recurrido se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones “por falta de acusación legítima para el ejercicio de la acción penal”, en referencia a que el juicio oral fue instado solamente por las acusaciones populares personadas en la causa. En este segundo fundamento abordamos el núcleo de la disensión planteada por las acusaciones populares recurrentes. La Asociación social y cultural Foro de Ermua opone tres motivos, en tanto que la otra acusación recurrente, Dignidad y Justicia, opone un único motivo. En las impugnaciones, que serán analizadas conjuntamente, denuncian la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración del art. 125 de la Constitución, de los arts. 782 de la Ley procesal, y en todos alzan su queja casacional contra el sobreseimiento acordado al no considerar que la acusación popular, actuando en soledad, tenga capacidad para abrir el juicio oral con su intervención procesal. La cuestión objeto de la censura es ampliamente tratada en el Auto recurrido, en los escritos de formalización y en los de impugnación del Ministerio Fiscal y las defensas de los imputados. En todos ellos se relacionan y se realizan interpretaciones, en ocasiones interesadas por la posición que respectivamente ocupan en el proceso, de las dos Sentencias de esta Sala que han interpretado el art. 782 de la Ley de enjuiciamiento criminal en su redacción dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre, SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril, que abordan la posibilidad de accionar en solitario la acción

¹⁹ SSTC 62/1983, 147/1985, 37/1993 y 40/1994.

popular en el procedimiento abreviado. Anticipamos que la oposición planteada será estimada con reiteración de cuanto hemos declarado en nuestra jurisprudencia, concretamente en las Sentencias anteriormente referenciadas, que contienen la doctrina de esta Sala sobre la interpretación del art. 782 de la Ley procesal penal. Con relación al supuesto objeto de la impugnación de las acusaciones populares, constatamos la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTS 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio Fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008). La motivación de esta doctrina se encuentra ampliamente desarrollada en las Sentencias antedichas y los recurrentes no interesan su modificación, sino que, por el contrario, instan la aplicación de esa doctrina y, en el sentido que resulta de esa doctrina, la casación y anulación del Auto recurrido. El Auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007, sin mención alguna a la STS 54/2008, que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008, en que “satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva”. Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral. Los motivos, consecuentemente, se admiten para reiterar la doctrina jurisprudencial expresada en las SSTS 1045/2007 y 54/2008, cuyo contenido doctrinal se reproduce como fundamento de la estimación de la pretensión revisora».

Finalmente, el prelegislador sigue la doctrina del Tribunal Supremo con respecto a la imposibilidad de continuar con el juicio oral cuando sólo intervinga la acusación popular. Recordemos a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007, manifestando que es perfectamente plausible que cuando el órgano que

«tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley así como el propio perjudicado por los hechos, consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del artículo 124.1 CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado».

La doctrina que inspira la sentencia 1045/2007, centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva.

Con posterioridad a esta resolución, el Tribunal Supremo en sentencia 687/2008, de 8 de abril, vuelve a pronunciarse al respecto, matizándola si cabe. Manifiesta que esa doctrina sólo pretende dar respuesta al supuesto de hecho que la motiva, esto es, la constatación de una duplicada voluntad de archivo expresada, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular. De modo tal que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales supuestos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esta conclusión se obtiene, dice el Tribunal Supremo, no ya del contenido literal del artículo 782.1 LECr, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal. Lo contrario sería otorgar la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en ese mismo proceso, hecho inevitable

cuando se trate de la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales. Tratándose por tanto de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.

A este respecto se prevé en el artículo 622 del anteproyecto como uno de los motivos de sobreseimiento:

«3. En los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, cuando ni el Ministerio fiscal ni la víctima ejerciten la acción penal, el Juez de la Audiencia Preliminar dispondrá en todo caso el sobreseimiento, aunque existan actuaciones populares personadas que hayan presentado escrito de acusación».

Todo ello se entiende sin perjuicio de la extensión del escrito de acusación de actor popular a los delitos conexos.

En todo caso, y de manera clara se prevé que el contenido de la acción popular queda limitado al ejercicio de la acusación penal sin que pueda abarcar, en ningún caso, el ejercicio de la acción civil derivada de los hechos delictivos.

Así pues, en el Anteproyecto se ha limitado el ejercicio de la acción popular a través de toda una serie de medidas procesales y materiales, a saber:

1. Al estar previsto en el artículo 125 CE, se les otorga a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, lo que permite hacernos dudar sobre si el poder judicial puede negar a un ciudadano su ejercicio o limitarlo a través de obstáculos que impidan el acceso efectivo del ciudadano al proceso penal, y por lo tanto, si cabe reaccionar mediante la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, conveniente es que se limite a través de una nueva configuración legal. En efecto, en el artículo 125, al prever la acción popular, se añade que el ejercicio de la misma será *«... en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine»*. Se trata, por consiguiente, de que ese derecho constitucional siempre, y a veces fundamental, es de configuración legal, y desde esta añadida naturaleza en España se ha excluido la acción popular del proceso penal militar y del proceso penal de menores.

Pero, el que se trate de un derecho de configuración legal no puede suponer que el legislador goce de libertad absoluta a la hora de su regulación. De entrada, la acción popular no puede ser suprimida y no puede ser regulada de tal modo que se desvirtúe.

2. Se prevé la posibilidad de que el actor popular pueda acudir a otros procedimientos especialmente previstos para intentar constreñir al Ministerio Fiscal al cumplimiento del principio de legalidad, pues sólo se le excluye como única acusación en los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos

individuales. Así, el archivo de las actuaciones y la no continuación del procedimiento, cuando únicamente haya sido instado éste por el acusador popular, puede tener sentido, sin embargo, no debería caber en aquellos supuestos en los que sea imprescindible la defensa de la legalidad por aquel, a la vista de la concreta burocratización del Ministerio Fiscal. Por ello en el Anteproyecto se han enumerado aquellos delitos en los que la sociedad pueda requerir la intervención de la justicia por comprometer el patrimonio social colectivo, esto es, en aquellos supuestos en que las personas que ejercitan la acción popular son portadoras de intereses difusos, así los sindicatos para la persecución del delito social, las asociaciones de derechos humanos para la de delito de tortura, las ecologistas o de consumidores para la de delitos ecológicos o contra la salud pública...; o bien por presuponerse un escaso interés en la persecución por parte del Poder Ejecutivo, como en los delitos de cohecho, prevaricación y demás delitos de funcionarios.

En consecuencia, habría de tenerse en cuenta para dar intervención al acusador popular, cual sea el bien jurídico protegido por el delito perseguido, si se trata de un bien jurídico individual, particular o privado, o de un bien jurídico colectivo o supraindividual, indisponible, de evidente naturaleza pública²⁰. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de abril de 1993,

«en el caso concreto estudiado se ha sacrificado efectivamente un bien jurídico, no de persona individual, pero sí de sociedades concretas, como la que ha ejercitado la acción popular, y de la sociedad en general, por el valor ecológico que supone la conservación de las especies particularmente protegidas. Nos hallamos, pues, ante un bien en el que la colectividad humana se halla interesada. La responsabilidad civil era perfectamente postulante por cualquiera de los ejércitos de la acción penal».

Así como está prevista la reforma, en el sentido de no acabar con la asistencia de la acción popular, sino de limitar su actuación²¹, ya se manifestaron en mayo de 2001 los Partidos Socialista y Popular en el Pacto de Estado para la Justicia, «modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular», a abordar en la elaboración de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁰ Vid. SSTS 643/2005; 774/2005; 1505/2005; 827/2005; 925/2005.

²¹ En este sentido manifiesta ARMENTA DEU, T., «La acción popular en la reforma de la justicia penal», prólogo a la obra de OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Madrid, 2003, p. 11, que este mecanismo constitucional en algunas ocasiones ha suplido con éxito la inactividad acusatoria de la Fiscalía, también es verdad que las consecuencias de su ejercicio imprudente o torticero, proporcionan un sólido argumento para reclamar tanto el establecimiento de garantías precisas para hacer frente a aquellos abusos, como la necesidad de una regulación legal que delimite su ámbito de aplicación.

D) *Control judicial*

En cualquier caso, el ejercicio de la acción popular no deja de plantear ciertas dudas, en cuanto colocar en la misma posición procesal al acusador-ciudadano y al acusador-oficial, de modo tal que la ley permite la apertura del juicio oral por la sola petición de la acción popular. Esto, desde luego, es ciertamente peligroso, de hecho, el problema más importante en el ejercicio abusivo de la acción popular se advierte no exactamente con la iniciación del proceso penal, sino con la apertura del juicio oral. Resulta cierto que el conocimiento público de la apertura de un proceso penal contra una persona, o su citación como imputado, suponen efectivamente una grave repercusión en la vida social y familiar de una persona que debe gozar de la presunción de inocencia. Sin embargo, la «pena de banquillo», el sometimiento como acusado a un juicio oral, es sin duda lo que representa una real anticipación de la condena, si no una forma más cruel de pena, pues si la sentencia al final del juicio llega a ser absolutoria resultaría imposible borrar las secuelas que el juicio ha producido en el acusado.

Por ello es muy importante la instauración de la garantía de un juicio de acusación²², de modo que la apertura del juicio oral solicitada por todas o alguna de las partes acusadoras pueda ser rechazada por el órgano jurisdiccional, impidiendo su celebración. Lo cierto es que tal y como está prevista en la actualidad, la fase intermedia tiene deficiencias, por un lado, la debilidad del control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral, de tal modo que adolecemos de un verdadero juicio sobre la acusación; por otro, en ella se recupera la totalidad de la instrucción.

En este contexto, se prevé en el Anteproyecto el control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto. De hecho, quienes pretendan ejercitar la acción popular deben actuar en virtud de un vínculo concreto, relevante y suficiente con el interés público tutelado en el proceso penal correspondiente.

No debemos de olvidar, sin embargo, que con respecto a la posibilidad de controlar el favorecimiento de intereses extraños a los propios que genera el proceso penal, resulta un hecho constatable empíricamente que en la generalidad de las causas penales no existe ejercicio de la acción popular. Cuando alguna persona, grupo o ente se constituye como parte en un proceso penal sin ser el ofendido por el delito, es porque detrás del tema de fondo, es decir, de la responsabilidad criminal que proceda, hay otro tipo de caracteres o connotaciones, bien sociales, o bien políticas, de notable importancia. Y de hecho, así se pone

²² En este sentido señala GÓMEZ ORGANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1951, p. 230, que en aquellos sistemas procesales que no conozcan juicio alguno sobre la acusación, es evidente que la acción popular debe estar rodeada de cautelas, pues de otro modo, el derecho de acción, en manos del particular, se convertiría en una mera facultad como la de demandar en el proceso civil. En Inglaterra, la acción popular está contrapeada por un juicio de acusación.

de manifiesto en el supuesto que resuelve la polémica sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007, se trata del caso Botín, en el que el Fiscal y el perjudicado, que era la Administración Pública, piden el sobreseimiento libre, siendo las acusaciones populares, Iniciativa per Catalunya Verds y la asociación para la Defensa de Inversores y Clientes, quienes defendían a la Hacienda Pública, que maneja dinero público, no cabe sino entender que es un caso de afectación colectiva, y por tanto de interés social.

Deben, así pues, al tiempo de personarse, hacer veraz al juez que el ejercicio de la acción popular se basa en su único fundamento constitucional legítimo: la participación en la Administración de Justicia para alcanzar fines de interés general. Para ello deberán acreditar ante él la relación o vínculo personal, social o profesional con el interés público que motiva su intervención en el procedimiento, así como la relevancia y suficiencia de dicho vínculo.

En efecto, es cierto que con el ejercicio de la acción popular se trata de ofrecer al ciudadano la posibilidad de participar en la Administración de Justicia, de manera que ha de hacerse efectivo su derecho por el Estado, e impedir que el Tribunal proceda de oficio en la función acusadora. Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 54/1991, *«la esencia el principio acusatorio consiste, en condicionar la apertura del juicio oral a la petición de alguno de los acusadores personados en la causa, a fin de impedir que el Tribunal proceda de oficio en la función acusadora»*. Y lo dejó igualmente claro el legislador en el párrafo XXVI de la Exposición de Motivos de nuestra LECr, según el cual *«para mantener al tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa el nuevo Código, ha creído el que suscribe que únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular, si lo hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates, siguiendo en esto al Código de instrucción criminal austríaco, que es acaso, de los actualmente vigentes en la Europa continental, el que ha desarrollado con más lógica y extensión el sistema acusatorio»*. Pero, siendo cierto que se pretenden evitar acusaciones de oficio por el Tribunal, ello no obsta a que éste controle el modo en que se ejercita la acción popular, evitando que se lleven a cabo de modo sorpresivo o con carencia de fundamento. A este respecto ya se pronunció el Tribunal Supremo en su auto de 14 de noviembre de 1996, manifestando que al conllevar la citación como imputado importantes cargas o efectos negativos, pudiendo incluso llegar a hablarse de un efecto estigmatizador de la imputación judicial, se hace necesario que el tribunal lleve a cabo el control de la fundamentación de la acción penal que provoca dicha imputación, esto es, se impone un ejercicio responsable de semejante función, a través del análisis riguroso de la fundamentación de la imputación, despreciando atribuciones delictivas imprecisas y carentes de la mínima solidez.

A efectos de permitir este control, se dispone en el Anteproyecto que la personación de la acusación popular se realice siempre ante la autoridad judicial,

exigiéndose querrela²³ como único acto de personación de la acusación popular, la que podrá presentarse en cualquier momento anterior al dictado del decreto de conclusión de la investigación sin que quepa retrotraer por este motivo el curso de las actuaciones. De hecho, regula el artículo 120 del anteproyecto que «1. Los ciudadanos españoles que no sean ofendidos o perjudicados por el delito pueden ejercitar la acción penal mediante querrela en los casos y con arreglo a las prescripciones establecidas en esta Ley». Es la única previsión sobre la querrela, a salvo del procedimiento por delito privado, pues para la iniciación del procedimiento de investigación sólo cabe que el Ministerio Fiscal disponga la incoación del procedimiento de investigación, cuando tenga noticia de la comisión de una infracción penal en virtud de denuncia, como consecuencia de una investigación de la policía y de oficio —art. 525 del anteproyecto—.

En este sentido, ya se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de noviembre de 2005

«es cierto que el instituto de la acción popular ha sido objeto de abuso y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Pero esto es algo ajeno objetivamente al mismo y que no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico. Siendo éste un aspecto que debe quedar a la apreciación prudencial expresa que en cada caso deberá hacer el tribunal de quien dependa la decisión».

También el tiempo de personación es distinto, más limitado, que el previsto para la acusación particular. Esta última podrán personarse en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación, sin que tal circunstancia justifique por sí misma la retroacción de las actuaciones —art. 116—, mientras la personación del actor popular podrá ser en cualquier momento anterior al dictado del decreto de conclusión de la investigación, sin que tampoco quepa retrotraer las actuaciones —art. 124.1—.

Ejercida la acción popular y admitida, se prevé la asistencia siempre de abogado, y si son varias las personas las que pretenden intervenir como acusaciones populares, podrán hacerlo bajo representaciones y asistidos de distintas defensas. Sin embargo, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la autoridad judicial competente en

²³ Artículo 124. Tiempo y forma para personarse como acusación popular.

2. La querrela habrá de formularse por escrito ante el juez competente y será suscrita por abogado. 3. En la querrela se expresará: a) El procedimiento en el que se pretende ejercitar la acción penal. b) El nombre, apellidos y domicilio del querellante. c) El nombre, apellidos y domicilio del querellado, si fueran conocidos y, en su defecto, cualquier otra circunstancia que permita identificarle. d) La relación circunstanciada de los hechos punibles, tal y como se estima que se han producido, expresando las circunstancias que pongan de manifiesto su verosimilitud. e) El cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley para ejercer la acción penal, acompañando los documentos que lo justifiquen. f) La petición de que se admita la querrela, teniendo al querellante por parte. g) La firma del querellante y del abogado.

cada fase del proceso, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y sean asistidos de la misma o varias defensas.

En cualquier caso, admitida la personación, el órgano jurisdiccional competente podrá, en cada fase del proceso, a instancia del Ministerio Fiscal o de la defensa, excluir a la acusación popular del procedimiento, si se hubieren producido hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la ausencia de los requisitos a los que hemos hecho referencia.

Por último, se prevé que el ejercicio de la acción popular pueda ser condicionado por el Tribunal a la prestación de caución, que deberá ser proporcionada a los medios económicos del querellante, a la naturaleza del delito, y a los perjuicios y costas que pudieran derivarse del procedimiento, aunque se encuentre ya en tramitación. Pero en todo caso la caución habrá de exigirse cuando el fiscal no ejerza la acusación.

Se permite que la caución se constituya en cualquiera de las formas previstas en la LEC.

III. Justicia restaurativa. Principio de oportunidad

1. Modelos de justicia

El proceso penal ha de cumplir varias funciones, por un lado, garantizar los derechos del ciudadano sometido a investigación; investigar el delito de modo eficaz y diligente, evitando dilaciones innecesarias; enjuiciar el objeto del proceso en un plazo razonable y con las máximas garantías de conocimiento, transparencia, objetividad, imparcialidad y contradicción; así como, de modo destacado, una función social en el tratamiento de la delincuencia, de forma tal que la ley penal ha de integrarse en el tratamiento global de la delincuencia y ha de hacerse compatible con la prevención de las acciones y omisiones definidas como delito, con la satisfacción de las víctimas y con el restablecimiento más completo posible del orden jurídico perturbado por la infracción penal.

Hasta ahora en España únicamente a través del proceso judicial se han podido resolver los conflictos, pero en la actualidad, se ha revelado insuficiente para todos los que se le presentan. Además, con el paso del tiempo crece la convicción de fracaso del sistema penal ortodoxo, en cuanto a que las penas reduzcan la criminalidad. Es por ello, que se ha abierto paso a otras ideas que han dado lugar a una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre cuál sea la función del sistema penal, y los modos de afrontar las situaciones creadas por los delitos. Por ello, se hace necesario acudir a otros mecanismos alternativos al proceso que sirvan para la solución de los conflictos jurídicos.

En efecto, aunque el Poder Judicial tenga el monopolio del enjuiciamiento y fallo de los conflictos, resulta obvio que no es el único modo de resolverlos, hay otros que sirven también para actuar la tutela jurídica, pues junto a los modelos en los que existe una posición protagonista de los órganos del Estado en la resolución de los conflictos, tiene perfecta cabida en el Estado de Derecho, un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función del Estado, y en concreto del Poder Judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano.

Si avanzamos en el modelo de justicia clásico, observaremos como se trata, primero, desde la práctica, después desde la legislación, de que no tenga lugar el juicio penal sobre el fondo de la acusación, ejemplo de ello es el proceso de aceptación por decreto. Esto explica que se hayan desarrollado tres clases de justicia. Por un lado, la justicia alternativa, la cual provoca la excepción más clara al principio de legalidad penal al comienzo del proceso penal. El modelo clásico es el alemán con iniciativa del Ministerio Fiscal y con un principio de oportunidad reglado ante delitos de bagatela o de importancia insignificante y ausencia de interés en la persecución.

Por otro lado, cabe destacar la justicia negociada, la que representa el desarrollo más espectacular en la evitación del juicio una vez iniciado el proceso penal. Un reflejo de ella es la conformidad española.

Por último, la justicia restaurativa, considerada como una tercera vía, en cuanto se halla entre el modelo de justicia retributiva y el de justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. Recordemos a este respecto, que la justicia retributiva pone el acento sobre el crimen y su castigo. Por su parte, la justicia rehabilitadora se concentra en la recuperación y la reintegración del delincuente.

Frente a ellas, la justicia restaurativa se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional. Con ella se aspira a que la víctima obtenga una reparación y a reducir su sufrimiento. En cuanto al victimario, procura la asunción de responsabilidades y su resocialización. En último lugar, pretende igualmente favorecer que la sociedad intervenga en la experiencia restaurativa para lograr una mayor interiorización de las causas y para optimizar la prevención del delito²⁴.

A ella es a la que se refiere el legislador en el Anteproyecto, sin mencionar en ningún momento a su máximo exponente, el procedimiento de mediación, suponemos que para dejar abierta la posibilidad a otras posibles fórmulas.

²⁴ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», en BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 53 a 62.

Las experiencias restaurativas, presididas bajo un prisma de informalidad congénito —máxime frente a las rígidas estructuras procesales del modelo de Justicia tradicional—, exigen fundamentalmente la concurrencia de tres axiomas: la asunción de responsabilidades y resocialización del victimario; la reparación de la víctima; y finalmente, la participación de la sociedad en las prácticas restaurativas para optimizar el análisis de las causas y para mejorar la prevención del delito. Del mismo modo, se hacen necesarias notas definitorias tales como la ordenación del diálogo, la vocación de encontrar una solución al conflicto y el absoluto protagonismo de las partes tanto en la expresión de necesidades y sentimientos, como en la asunción de compromisos, etc.²⁵

Es por esto que entre los parámetros antedichos cabe situar multitud de posibilidades que van más allá de la mediación. En este sentido cabe citar entre otras, las «*Community board*», que implican a la comunidad en la resolución del conflicto desde su inicio para evitar, en la medida de lo posible, que se desarrollen comportamientos violentos, que acaben desembocando en un proceso judicial²⁶. Igualmente destacables son

«... las denominadas conferencias de familia (Family Conferences), que incluyen a familiares o personas de apoyo de los infractores y de las víctimas, y en las que además tienden a participar policía o agentes de la libertad condicional o trabajadores sociales, y, por último (...) Los conocidos círculos (Circles), en los que además de participar la víctima y el infractor están abiertos a cualquier persona representativa de la comunidad que tenga un interés en involucrarse en el asunto. Todos ellos se aplican como herramientas para la consecución de un fin último, la pacificación de la sociedad y la restauración del daño causado a la víctima y la comunidad».

Ya se hizo referencia a la justicia restaurativa en la Ley 4/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima confundiendo su esencia. Recordemos como en su Exposición de Motivos dice:

«... supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio».

En este marco, prevé el artículo 3 que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación

²⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en BACA, E., ECHEBURÚA, E. y TAMARIT, J. M., *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 439 a 454.

²⁶ PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La mediación en el sistema penal*, Universidad Complutense de Madrid, 2011, pp. 92 a 94.

activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identificación del infractor y del resultado del proceso.

Este mismo derecho se reconoce en el artículo 5, como derecho desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir información sobre los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.

Desde ese momento la víctima podrá acceder a servicios de justicia restaurativa, con una única finalidad, la de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, dada la desigualdad moral que existen entre víctima e infractor. Definida así la Justicia Restaurativa se orillan los beneficios que se puedan deparar para la persona infractora y poco tiene que ver con la concepción de la misma.

2. Origen y concepto de la Justicia restaurativa

El origen contemporáneo de la misma puede situarse en 1974, cuando se dictó en Ontario, Canadá, la primera sentencia auspiciada bajo los principios de la Justicia Restaurativa. En esta ocasión, el juez canadiense promovió el encuentro entre dos jóvenes acusados de vandalismo y las víctimas de sus delitos, con la finalidad de contribuir a la reparación del daño ocasionado. El éxito de esta experiencia, propició la implementación del primer programa estructurado para la reconciliación entre víctimas y delincuentes en Kitchener, conocido como «*Victim Offender Mediation*». A esta iniciativa, se fueron sumando otras en el Estado de Canadá, hasta que en 1978 se lanzó el primer programa en los Estados Unidos, en Elkhart (Indiana). Desde ese momento, los programas se han diseminado de manera exponencial por los Estados Unidos y Europa.

Pero no se debe perder de vista lo indicado por Freire Pérez²⁷, cuando señala que no se puede vincular el nacimiento de la Justicia Restaurativa a las corrientes críticas del Derecho penal en exclusiva, sino que hay que otorgarle el correspondiente protagonismo a la eclosión, en la segunda mitad del siglo xx, de nuevas corrientes que incorporan a la víctima a la teoría del delito y a la política criminal, dando nacimiento a la victimodogmática y a la victimología. Con ella mudó de manera drástica la filosofía de la justicia penal. Se planteó

²⁷ FREIRE PÉREZ, R. M., «Reparación y conciliación. El Derecho penal y los intereses de víctimas e imputados», en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOS, P., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 91 y 92.

la relación Estado–delincuente–víctima e, incluso, se acometió la propia reformulación de los objetivos del sistema penal²⁸.

Con estas corrientes se viene exigiendo la introducción de la mediación en el proceso penal. Así en la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se imponen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

El término justicia restaurativa, impulsado en el Congreso Internacional de Criminología celebrado en Budapest en 1993, ha continuado ganando importancia en los sucesivos Congresos Internacionales de Victimología de Adelaide en 1997, Ámsterdam 1997 o Montreal en 2000.

Tres son los principios fundamentales que diferencian a esta nueva concepción de justicia de la tradicional. En primer lugar, el proceso, entendido como un legítimo proceso comunicacional en el que convergen en un mismo espacio, la expresión directa y genuina de las necesidades y emociones emanadas del delito en la víctima y la consciencia, en el victimario, de las repercusiones del daño ocasionado. En segundo lugar, la presencia de las partes implicadas como ingrediente indispensable para el proceso restaurador. Y, en último término, el acuerdo, que repara simbólicamente o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada²⁹.

Todo ello nos conduce a afirmar que es posible extender la resolución de los conflictos a otras figuras alternativas. Con ello no se trata de obviar la vía jurisdiccional en los conflictos penales, todo lo contrario, sino que se pretenden incorporar vías complementarias y coetáneas. Por tanto, las soluciones reparatorias no tienen por qué significar una alternativa al proceso ni a la judicialización del conflicto concretado en un delito, sino más bien un mecanismo que, en el marco del proceso penal, debe operar en el contexto de un proceso abierto, claro está, regido por el principio de oportunidad, y sirviendo como medio para alcanzar los fines de dicho proceso.

3. *La justicia restaurativa en el Anteproyecto*

A) *Principios por los que se rige*

En este marco, se prevé en el Anteproyecto, como instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena, cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención, y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima, la institución

²⁸ LANDROVE, G., *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 17 y ss.

²⁹ LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la justicia restauradora», en Pérez Álvarez, F. (ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 443-444.

de la justicia restaurativa. Para ello regula en el artículo 104, relativo a los derechos de la víctima a recibir información, el que tienen a que dicha información incluya los servicios de justicia restaurativa disponibles.

Se trata de dejar claro que no supone una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*, ni de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que se les puede atribuir en los supuestos de delito privado.

En este marco es al Ministerio Fiscal al que se le atribuye, en línea con la Recomendación CM/ReGrc (2018), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la facultad de apreciar la concurrencia de un supuesto que permita acudir, por sus características específicas, a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida, pudiendo condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas.

Puede de esta forma el Ministerio fiscal, como director de la investigación³⁰, impulsar la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la dimisión o ausencia del interés del Estado en el castigo, a través de la justicia restaurativa y con el consentimiento de los afectados.

Es presupuesto ineludible el consentimiento de los afectados en tanto en cuanto el artículo 181 prevé como principios de la justicia restaurativa los de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

En concreto el principio de voluntariedad es el que exige ese consentimiento, debiendo las partes antes de emitirlo ser informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento de justicia restaurativa y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo. Además, este principio no sólo implica que nadie puede ser obligado a someterse a este procedimiento, sino que, en cualquier momento, podrán revocar el consentimiento y apartarse del mismo.

Si las partes se negaren a someterse al mismo, o una vez iniciado decidieran abandonarlo, no supondría consecuencia alguna en el proceso penal. No obstante, existen ordenamientos que prevén la obligatoriedad en procedimientos restaurativos como la mediación: así en Florida u otros Estados de EE.UU. Sin embargo, lo más frecuente es que la norma general sea la voluntariedad, sin perjuicio de que pueda ser establecida la obligatoriedad de una entrevista informativa previa, con el objeto de asegurar que la opción que realizan los ciudadanos por rechazar o aceptar un proceso de mediación es plenamente consciente, aceptada y no mediatizada por prejuicios propios o de terceras personas.

³⁰ Según el artículo 87.2 del Anteproyecto «Corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción pública penal contra quienes deban responder criminalmente de ellos».

La oficialidad en cuanto principio vertebrador, hace que sea el Ministerio Fiscal quien, según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, pueda, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, no teniendo conocimiento de su desarrollo hasta que éste haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación si fuere el caso.

Habiendo decidido el Ministerio Fiscal remitir a las partes a este procedimiento, deberá emitir un decreto que se remitirá a los servicios de justicia restaurativa, fijando un plazo máximo para su desarrollo, que no podrá exceder de tres meses.

Si las partes no consintieran, se pondrá de forma inmediata esta circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien habrá de continuar con la tramitación del procedimiento penal.

Otro principio fundamental es el de confidencialidad en lo relativo a la información que se obtenga del procedimiento, en cuanto lo obtenido en él no podrá utilizarse posteriormente por ninguna de las partes afectadas, salvo que expresamente lo hubieren acordado.

La confidencialidad también se exige del equipo de justicia restaurativa, quien en sus informes o actas de reparación no podrán revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa.

B) *Fases en las que cabe*

En cuanto al procedimiento de justicia restaurativa cabe destacar que se podrá llevar a cabo en cualquier fase del proceso penal, incluida la ejecución, a fin de que tanto la víctima como el victimario, voluntariamente y a través de un proceso confidencial, participen activamente en la resolución o transformación de su conflicto, el que les ha llevado al proceso penal, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales y sociales de ambas partes, contando para ello con la participación de los terceros neutrales.

El sometimiento de la causa al proceso de mediación no debe suponer en sí mismo la suspensión del proceso penal, y ello sobre todo en la fase de investigación en la que deberían continuar practicándose las diligencias de investigación ya acordadas y aquellas que se consideren necesarias para el esclarecimiento del delito. Y así se prevé en el Anteproyecto, siendo que, en la fase de investigación, su inicio no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación del delito. No podría ser de otra forma, pues la paralización de las actuaciones podría suponer la pérdida de fuentes de prueba fundamentales para la satisfactoria terminación del proceso.

En cualquier caso, en la fase de investigación se corre el riesgo de, por no contarse con más elementos que la denuncia, las declaraciones y los informes periciales, que, concluida la intervención restaurativa, con o sin acuerdo, el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, lo que hará que todo el proceso haya sido infructuoso, si no hay acusación particular personada, o personada ésta, también lo solicitare.

Además, en el Anteproyecto el sometimiento a justicia restaurativa interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal en el proceso penal por delitos leves.

También cabe en la fase de juicio oral, en cuyo caso el Tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten. En este caso el procedimiento se desarrollará de acuerdo a lo previsto en el artículo 182 para la fase de investigación. Se prevé además como potestad del órgano jurisdiccional que pueda acordar la suspensión del juicio oral.

En la fase de ejecución habrá de ser el juez quien de oficio o a instancia de parte, y previa audiencia del Fiscal, acuerde que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa, en atención a las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima.

C) *Procedimiento de justicia restaurativa*

a) Desarrollo del procedimiento

En el Anteproyecto se regula el procedimiento de justicia restaurativa en sede de la fase de investigación. No obstante, será el mismo en el marco del juicio oral y ejecución de sentencia, pues en estas sedes se remite al procedimiento regulado en las diligencias de investigación.

Así bien, el comienzo de la fase de investigación se prevé a través del decreto que dictará el Fiscal cuando, de oficio o en virtud de denuncia o atestado, llegue a su conocimiento la noticia de la comisión de una infracción penal, a excepción de que el delito sea sólo perseguible mediante querrela privada. En ese momento también podrá acordar en la misma forma: a. la iniciación del procedimiento de investigación urgente o a la incoación de procedimiento por delitos leves; b. el archivo por razones de oportunidad; c. o la remisión al proceso de justicia restaurativa cuando inicialmente pueda apreciarse la concurrencia de sus presupuestos —art. 553 anteproyecto—.

Durante el desarrollo del mismo, el equipo de justicia restaurativa podrá solicitar al Fiscal la información que precise sobre el contenido del procedimiento de investigación durante el desarrollo de las sesiones.

Concluido el procedimiento, los servicios de justicia restaurativa emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado. El documento que incorpore el acta de reparación, se habrá de firmar por las partes y por sus representantes legales, si los hubiera, entregándose una copia a cada una de ellas.

Así pues, resultado de esta actuación podrá ser, en unos casos, la falta de composición y la continuación del procedimiento penal en curso con todas sus consecuencias y, en otros, la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada. En este último supuesto en el que las partes hubieren llegado a acuerdos, el Fiscal, valorando los acuerdos a los que las partes hubieren llegado, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento puede pues, por un lado, decretar el archivo por oportunidad de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y 176 del Anteproyecto, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes.

No se prevé si esta resolución puede ser recurrida por la víctima, pero todo parece apuntar a que así será. Tengamos en cuenta que en la Ley del Estatuto de la Víctima se ofrecen derechos a la víctima que no están en la línea de introducir el principio de oportunidad en el proceso penal, pues se posibilita recurrir la resolución de sobreseimiento sin que hubiere sido necesario para ello personarse anteriormente en el proceso —arts. 636 y 779 LECr—. Considero que no se ha de atribuir dicha facultad a la víctima, llegando con la obligación de notificar el decreto de archivo.

También, como hemos referido, se puede dictar una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada, debiendo contener el acta de reparación.

En un supuesto u otro, el artículo 183.3 último párrafo del Anteproyecto prevé que las víctimas serán siempre oídas aún cuando no se hubieran personado. Lo que me parece una previsión acertada, implica que se corrija el articulado relativo a justicia restaurativa, pues en todo él se hace referencia a la intervención de las partes, pudiendo intervenir la víctima sin ser parte. Es por ello que se ha de modificar, cambiando el término partes por víctima y victimario u ofensor, a modo de como les denomina en el artículo 182.1 del mismo.

b) Ámbito objetivo de aplicación

Una de las cuestiones que se resuelve clave es la relativa a cuál es el ámbito objetivo de aplicación de la justicia restaurativa. Las posturas hasta ahora han sido diversas, existiendo quienes consideran que se debe limitar su aplicación a

los delitos menos graves³¹. Esta ha sido la postura adoptada por el legislador en el Anteproyecto. Otros han estimado que, a *sensu contrario*, se debe excluir de la mayoría de los delitos leves. Por último, hay otra postura que considero más adecuada, y es la relativa a considerar que habrá que estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes para ver si es posible o no el desarrollo del procedimiento restaurador. De manera que la derivación no debe responder exclusivamente a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a tipos penales³², sino que debe tomar en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de las víctimas que sean personas físicas³³, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Tengamos en cuenta que la gravedad del hecho, según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente, de forma tal que no tienen por qué estar todos los delitos graves excluidos, ni deben incluirse todos los delitos leves, porque no todos son idóneos para este procedimiento.

³¹ En las Conclusiones del Curso «La Mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2.^a Parte del curso sobre Alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales», Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Cursos de Formación continua 2006, 1, 2 y 3 de octubre, 2007, se estima respecto a las faltas, que la mediación puede ser de aplicación en todas menos en las recogidas en el Título III, faltas contra los intereses generales (arts. 629 a 632 CP) y las recogidas en el Título IV, De las faltas contra el orden público (arts. 633 a 637 CP). No obstante, cuando se trata de lugares pequeños donde lo que está en juego puede ser un conflicto, normalmente enquistado, entre policías locales o guardias civiles que sienten cuestionada su autoridad frente a tonterías irrelevantes de los jóvenes y que al final desencadena que acudan al juzgado con mucha frecuencia. Sería interesante valorar la posibilidad de mediación para faltas de presunta desobediencia del 634.

³² Opino, como lo hace ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Fundación Alternativas, 2007, p. 83, que la identificación respecto a en qué delitos sería de aplicación la regla de exclusión de la punibilidad por el cumplimiento del acuerdo restaurativo resulta esencial y, desde luego, no debería hacerse atendiendo a exclusivos criterios cuantitativos. Por ejemplo, un robo mediante el procedimiento de tirón que no haya venido acompañado de frases o expresiones intimidatorias y que, además, el valor de lo sustraído sea de escasa cuantía, aun cuando la pena in abstracto podría ser de cinco años de prisión, no parece que concurrieran muchas razones para poder aplicar la cláusula de exclusión si el acusado y la víctima por la mediación llegan a un acuerdo restaurativo razonable.

³³ Tomando en consideración a las víctimas, puede surgir alguna duda respecto a, por un lado, los delitos de riesgo o de peligro abstracto, como por ejemplo los delitos contra la ordenación del territorio en que la perjudicada es el Estado, o los delitos contra la salud pública en que lo es un colectivo amplio de personas. En este último supuesto en que no existe víctima concreta resulta un tanto complicado llevar a cabo la mediación, si no es seleccionando alguna persona que haya sufrido como víctima en algún hecho delictivo semejante. Esto es, será necesario identificar una víctima que represente el daño que causa el hecho, por medio de colectivos o asociaciones de familiares o de redes de asistencia a adictos. Tampoco está clara la mediación cuando la víctima es persona jurídica, porque la definición de víctima contenida en la Decisión Marco así lo exige, aunque en última instancia se podrá llevar a cabo la mediación con su representante.

Así bien, estimo que han de barajarse varios criterios, por un lado y claramente, los subjetivos, esto es, las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían el procedimiento restaurador, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se hallen; y además la significación subjetiva del hecho, al margen de su calificación jurídico-penal. Por otro, a lo anterior habrá de unirse, si se trata de un hecho flagrante o en el que existen claros indicios de criminalidad. Para lo último valorar positivamente los supuestos en que nos hallamos ante relaciones enconadas entre partes, en su caso con múltiples denuncias repetidas o cruzadas, en injurias y calumnias, violencia doméstica y género, y hurtos contra las personas físicas³⁴.

A este respecto, la apreciación de cuál sea el hecho delictivo concreto que ha de derivarse, se debería dejar, en primer lugar, en manos del Ministerio Público o del Juzgador, según en la fase en que nos halleemos, y a continuación, remitidas las partes a mediación, será el equipo quien tome la última decisión.

Pues bien, como ya hemos mencionado, no ha sido esto lo decidido en el Anteproyecto. En los artículos 175 y 176 se regula el ámbito objetivo del procedimiento de justicia restaurativa, por cuanto se prevé que el fiscal podrá decretar el archivo total o parcial de la investigación para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, siempre que la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena. Aun cuando no cabrá el ejercicio de esta facultad en determinados supuestos, a saber: en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación; el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta; la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón del delito de uno de los supuestos de oportunidad previstos; o la víctima sea menor de trece años.

Además, se excluye expresamente en los delitos de violencia de género y en los relacionados con la corrupción. Los primeros ya se hallaban expresamente excluidos por el artículo 44.5 LO 1/2004. Asimismo, se excluían del marco de la justicia restaurativa en la Ley del Estatuto de la Víctima. Desde luego el legislador debería replantearse esta prohibición pues hay un amplio elenco de víctimas especialmente vulnerables, como los menores y los discapacitados, las víctimas de violencia doméstica o las víctimas de trata, y otras más con las que sí se puede llevar a cabo técnicas de justicia restaurativa y, especialmente, la mediación, por no estar vedada esta posibilidad, mientras que en violencia de gé-

³⁴ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA y ROMERA ANTÓN, C., «Los servicios de mediación de Bilbao y Barakaldo. Experiencias de Justicia restaurativa», *Simposio sobre Tribunales y mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones, 18-19 de junio de 2009*, pp. 199 y 200, nos exponen los criterios que se tienen en cuenta para la remisión a mediación en el País Vasco.

nero parece darnos a entender que la mujer que lo sufre está en peores condiciones para decir que un menor o un incapaz.

Junto al archivo, cabe la suspensión en los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena, y no nos encontremos en uno de los supuestos referidos para el archivo. En estos casos prevé el artículo 176 que el Fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por la persona encausada de una o varias de las siguientes obligaciones o reglas de conducta:

- a) Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.
- b) Dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente.
- c) Entregar al Estado a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.
- d) No acudir a determinados lugares.
- e) No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos.
- f) No ausentarse del lugar donde resida.
- g) Comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.
- h) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- i) Someterse a tratamiento de deshabitación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.
- j) Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Para que se puede resolver la suspensión del procedimiento es preciso que la persona investigada haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles. El reconocimiento habrá de ser en el curso de la declaración de la persona investigada, en cuyo caso el Fiscal, tras recibirle declaración, la hará comparecer, asistida de su abogado, ante el Juez de Garantías, para que la reitere en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba; además

ha debido comprometerse expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto. Por otro lado, la persona ofendida o perjudicada ha debido mostrar su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada.

En el mismo sentido se manifestó el legislador en el artículo 15 de la Ley del Estatuto de la Víctima, donde se requiere un reconocimiento por parte del victimario de los hechos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal, lo que equivale a la asunción de los elementos fácticos básicos a los que alude el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se imponen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la que exige como condición mínima, el reconocimiento por el infractor de *«los elementos fácticos básicos del hecho»*.

Tal y como se prevé la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia.

Desde luego, se ha de tratar de evitar que los derechos y garantías se hallen afectados una vez iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado, no haya acuerdo.

En todos estos supuestos, las víctimas serán siempre oídas aún cuando no se hubieran personado y la sentencia de conformidad habrá de incluir los términos del acta de reparación.

c) Efectos de los acuerdos adoptados en fase de juicio oral y ejecución

Si el acuerdo obtenido en el seno de un procedimiento de justicia restaurativa, se hubiere alcanzado en la fase de juicio oral, las conclusiones definitivas y la sentencia habrán de incluir la atenuante de reparación. Con esta previsión se sigue en el Anteproyecto la práctica que se viene llevando a cabo con la experiencia piloto del CGPJ, de forma tal que si se produce con anterioridad a la sentencia, normalmente ha redundado en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima prevista en el artículo 21.5 CP³⁵, siendo el juez

³⁵ Respecto a apreciar la atenuante, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 249/2014, de 14 de marzo,

«La mediación por sí misma no constituye un atenuante, aunque a través de ella se puede llegar a la conciliación, a la reparación y a otras fórmulas de satisfacción simbólicas que en su caso podrían tener repercusión penal. La mediación es la herramienta para alcanzar unos fines. Es un medio y no un fin. Y dentro de esta perspectiva, la reparación no sólo engloba las indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil, sino que el contenido de la justicia restaurativa, nos invita a redescubrir que la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico, una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido. Por tanto, es la reparación

quien valorará la intensidad de la misma, como simple o muy cualificada, para lo que habrá de tomar en consideración el desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurren en el caso.

A este respecto, a fin de que pueda apreciarse la atenuante del artículo 21.5 CP, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la reparación sea real y efectiva, pues en caso contrario, aún habiendo sometimiento de las partes al procedimiento reparador y acuerdo, no cabrá que el tribunal la aplique. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2006, al manifestar que:

«El primero de los tres motivos que articula el recurrente lo canaliza a través del art. 849-2 LECrim, denunciando error de hecho, al no haber hecho constar la sentencia en el factum su participación junto con la víctima en un “programa voluntario de mediación penal” arbitrado por la Subdirección General de Medios Abiertos y Medidas Penales Alternativas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1. La denuncia casacional viene documentalmente apoyada en el Informe obrante a los fol. 185 a 189 en el que la citada Subdirección General hace constar “el Sr. Narciso manifiesta su arrepentimiento por las lesiones causadas al Sr. Matías, que, en ningún momento tuvo la intención de hacerle ningún mal, y además le pide disculpas. El Sr. Matías acepta estas disculpas. Ambas partes, con la firma de este acuerdo, dan por finalizado el conflicto. El Sr. Matías se da por reparado después de este proceso de mediación”.

La inclusión de este dato, aunque de forma expresa no lo manifieste el censurante, tiene por objeto incorporar al relato histórico sentencial la base fáctica necesaria para la estimación de la atenuante de reparación del daño, sobre cuyo extremo versa el contenido del motivo siguiente. En el correlativo ordinal se denuncia, a través del art. 849-1.º LECrim, la inaplicación del art. 21-5.º CP en relación al núm. 6, circunstancia análoga de reparación del daño.

1. No le falta razón al recurrente en lo concerniente a que en momento procesal oportuno formuló petición expresa para que el tribunal sentenciador apreciara la atenuante referida, como consta en el apartado 4.3 del escrito de calificación provisional, elevado a definitivo en el acto del juicio oral. En dicho trámite se introdujo una modificación, aceptada por el tribunal, pero referida al apartado 4.1, según se desprende del escrito complementario presentado en el acto de la vista, lo que hacía que quedase inalterada la pretensión de estimación de la atenuante analógica de reparación del daño.

La Audiencia, ni en los antecedentes de hecho de la sentencia en el apartado de la calificación de la defensa, ni en el cuerpo de la misma, ni mucho menos en el fallo sentencial, se pronuncia sobre tal extremo. Así las cosas, es visto que estamos ante un

la que genera la atenuante y no el procedimiento en sí de la mediación que puede resultar fallido. Porque cabe reparación sin previa mediación; y mediación sin reparación».

claro supuesto de incongruencia omisiva (art. 851-3 LECrim), acogible en casación, pero con posibilidad de ser salvada la omisión con un pronunciamiento de fondo de esta Sala de casación, habida cuenta que el recurrente aduce, precisamente en este motivo, otro por infracción de Ley en el que plantea la aplicación de tal atenuante.

2. *La sentencia refleja en el fundamento jurídico séptimo la afirmación según la cual “todo responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si bien no procede en este caso por no reclamar la víctima y existir además una conciliación expresa entre la misma y el procesado, dentro del sistema arbitrado por la Administración para la solución amistosa de los conflictos”.*

En el tenor literal del informe confirma la voluntad reparadora del autor del delito dándose la víctima por satisfecha con la finalización de este programa reparador, que dio lugar a la firma de los acuerdos plasmados a los folios 188 y 189.

El problema es si tal situación es susceptible de tenerse en cuenta como base fáctica de una atenuante de reparación del daño, aunque sea analógica.

3. *El Ministerio Fiscal, con certeras argumentaciones resume los criterios que esta Sala viene manteniendo. Señalemos los siguientes:*

a) *Esta circunstancia, de naturaleza predominantemente objetiva, responde a una política criminal orientada a la protección de la víctima y requiere para su estimación dos elementos:*

1. *El primero de carácter cronológico, en cuanto la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la fecha de la celebración del juicio.*

2. *El segundo, de naturaleza material, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral. En cualquier caso, deberán quedar excluidos los factores de índole subjetiva propios del arrepentimiento.*

b) *Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta “personal del culpable”. Ello hace que se excluyan:*

1. *Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio.*

2. *Supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado.*

3. *Conductas impuestas por la Administración.*

4. *Simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.*

c) *La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, de manera que no es posible reconocer la consecuencia atenuatoria a acciones aparentes o a reparaciones reducidas pese a tener los medios adecuados. Debería, por tanto, excluirse la atenuación en la consignación de pequeñas cantidades.*

A pesar de todo no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de

un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima.

d) Una reparación real y verdadera no implica que en todos los casos deba ser total, cuando el autor haya realizado un esfuerzo reparador auténtico, pues también forma parte de la atenuación la disminución de los efectos perjudiciales del delito, por lo que las reparaciones parciales significativas contribuyen a disminuir tales efectos, todo ello sin perjuicio de la intensidad atenuatoria que el tribunal estime procedente otorgar a la circunstancia.

4. De cuanto llevamos dicho la mera participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación. El perjudicado desde un principio renunció a toda clase de indemnizaciones, así que tanto da que no exista daño a reparar o el existente sea renunciado, ya que en ninguno de ambos casos se ofrece la posibilidad de reparar y realmente, en este caso, no se ha reparado nada.

La renuncia del perjudicado por razones familiares (se hallaba casado con la sobrina del acusado) no se produjo por efecto de la reconciliación, sino a causa de la generosidad de la víctima y no de las disculpas extrajudiciales.

En definitiva, sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación. El motivo se desestima».

En definitiva, para el infractor el procedimiento reparador con acuerdo podrá suponer la aplicación de circunstancias atenuantes, y en su caso, de ser la pena privativa de libertad, facilitar la evitación del ingreso en prisión, favoreciendo así el reconocimiento del beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena o de su sustitución por pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

En los procedimientos por delito privado el acuerdo o avenencia entre las partes logrado en el sistema de justicia restaurativa es causa de extinción de la responsabilidad criminal.

Ya en fase de ejecución podrán también las partes llegar a acuerdos a través del procedimiento de justicia restaurativa, pero directamente no parece producir efecto alguno el resultado satisfactorio de aquél, pues en todo el Capítulo III «*la justicia restaurativa*», no se hace referencia alguna a él. Todo ello a diferencia de lo que se protocoliza actualmente en las experiencias piloto, teniéndose en cuenta a fin de conceder suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto. En efecto, el procedimiento restaurativo en fase de ejecución podrá ser valorado, si el victimario no se halla cumpliendo una pena privativa de libertad, y aplicársele la suspensión ordinaria o condicionada a tratamiento; pero si se halla en prisión, se le podrá aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, por aplicación del artículo 88 CP. Pero además, también puede ser tomada en consideración para la clasificación inicial en régimen abierto; concesión de permisos penitenciarios;

exclusión del período de seguridad; concesión de la libertad condicional, siempre que la intervención en el proceso reparador será considerado como un signo de buena conducta; y aplicación de la libertad condicional anticipada del artículo 91.2 CP.

Recordemos a estos efectos que la LO 1/15, de reforma del Código Penal, afectó a los beneficios penitenciarios de la suspensión y de la sustitución de las penas con la finalidad de reforzar la confianza en el principio resocializador, por un lado, flexibilizando los requisitos que se exigían hasta ahora para su concesión y revocación; y, por otro, introduciendo mecanismos que simplifican su tramitación, unificando los dos sistemas de sustitución y suspensión en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad. De este modo, la pena suspendida podrá quedar condicionada, entre otras razones, al cumplimiento del acuerdo que las partes hayan alcanzado en virtud del procedimiento de mediación, siempre que el delito o los antecedentes carezcan de relevancia a efectos de la peligrosidad del delincuente, valorándose por tanto las circunstancias del delito, personales, familiares y sociales, la conducta posterior al hecho, en particular, su esfuerzo para reparar el daño causado, y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas.

En este sentido se redacta el artículo 80 CP, apartado 3, segundo párrafo: *«En estos caos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida primera del artículo 84...»*.

Reconociéndose asimismo validez y eficacia al acuerdo alcanzado en mediación, para el caso de revocación de la suspensión de la pena y consiguiente orden de ejecución, al recoger en el apartado 3 del artículo 86: *«en el caso de revocación de la suspensión los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos»*.

Y por último, no cabe obviar que respecto a la concesión de los beneficios de la libertad condicional, se hace alusión, entre otros requisitos a *«la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas»*.

Lo que sí se prevé por el contrario en el artículo 896 del anteproyecto, es que si la persona condena y la víctima manifiestan su voluntad de someter la ejecución a un procedimiento de justicia restaurativa, concluido el procedimiento y emitido el informe sobre el resultado de la actividad realizada, acompañando el acta de reparación, se habrá de convocar a las partes a una audiencia, y será en ella donde se las oirá sobre la aplicación de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, el fraccionamiento de la multa, la ejecución de las responsabilidades pecuniarias o cualquier otra cuestión relativa a la ejecución que deba resolverse en el acto.

Donde parece concretar algo más es en el capítulo relativo a la suspensión de la ejecución de la condena. En el artículo 924 se prevé que el Tribunal habrá

de resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y, en su caso, la modalidad de suspensión, plazo de esta, obligaciones, deberes y medidas que han de ser observados por la persona condenada, compromiso de pago y demás cuestiones que se hayan suscitado en el curso de la audiencia. Pues bien, al fijar las condiciones de la suspensión, se le impone tener en cuenta el acuerdo alcanzado por las partes en el proceso de justicia restaurativa y, en su caso, lo habrá de homologar al establecer las obligaciones, deberes, prestaciones y medidas que haya de cumplir la persona condenada.

IV. Bibliografía

- ALONSO SALGADO, C., «Una dificultad más en el camino: la eventual afectación de derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal», *Criminología y justicia*, n.º 4, 2012.
- «De los “círculos” a las “conferencias”, aproximación a las posibilidades de la justicia restaurativa en el sistema de justicia penal», *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, n.º 2, 2014.
- «Una lectura restaurativa de la fase de investigación del proceso penal de menores: especial referencia a la mediación penal», *Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela*, vol. 25, n.º 1, 2016.
- *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA y ROMERA ANTÓN, C., «Los servicios de mediación de Bilbao y Barakaldo. Experiencias de Justicia restaurativa», *Simposio sobre Tribunales y mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, 18-19 de junio de 2009.
- ARMANDO SPATARO, «Italia», en *Sistemas de proceso penal en Europa*, Colex, 1999.
- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.
- «La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 58, 2000.
- «La acción popular en la reforma de la justicia penal», prólogo a la obra de OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Madrid, 2003.
- BELTRÁN MONTOLIU, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», en BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género: una solución o un problema», en el libro colectivo *Mediación un método de ? Conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010.
- «Mediación en el ámbito familiar», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Valencia, 2011.
- «Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2013.
- «Mediación con víctimas especialmente vulnerables», *Revista Iuris. Actualidad y práctica del Derecho*, n.º 215, 2014.
- «El procedimiento de Mediación en el marco del proceso penal», en *Reflexiones Sobre el Nuevo Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 2015.

- «Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas», en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- «ADR y justicia restaurativa: la mediación», en *El proceso penal en ebullición*, Atelier, 2017.
- *El procedimiento de mediación en asuntos civiles, mercantiles y penales en España*, Prolibros ediciones, Valparaíso, Chile, 2017.
- «La mediación penal a examen», en *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2019.
- «Estado de la mediación penal en España», *Revista Iuris tantum*, vol. 33, n.º 29, 2020.
- CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso», *Revista del Poder Judicial*, n.º especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6, 1989.
- FREIRE PÉREZ, R.M., «Reparación y conciliación. El Derecho penal y los intereses de víctimas e imputados», en SÁEZ VALCÁRCCEL, R. y ORTUÑO MUÑOS, P., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, CGPJ, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V., «La acusación popular», *Revista del Poder Judicial*, n.º 31, 1993.
- GÓMEZ ORGANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1951.
- LANDROVE, G., *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la justicia restauradora», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- MORENO CATENA, V., «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», *Cuadernos de Derecho Judicial. Sistemas penales europeos*, n.º 4, 2002.
- NON-PROSECUTION IN EUROPE (*proceeding of the European Seminar*), en *Publicaciones del Helsinki Institute for Crime Prevention*, n.º 9, 1986.
- MATINS AFONSO, O. V., ATIDE DAS NEVES, J. A. R. y MOURANZ LOPES, J., «El sistema judicial portugués: realitas y críticas», en *Informe Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya*, 1998.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Fundación alternativas, 2007.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La mediación en el sistema penal*, Universidad Complutense de Madrid, 2011.
- RUIZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Jornadas sobre la Justicia penal en España*, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3.ª ponencia, *Revista del Poder Judicial*, número especial II.
- SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral*, en *Estudios de derecho Procesal*, Barcelona, 1969.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en BACA, E., ECHEBURÚA, E. y TAMARIT, J. M., *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- VIADA LÓPEZ-PUIGGERVER, «Correlación entre la acusación y la sentencia», *RDP*, n.º 2, 1959.

Capítulo 5

El principio de oportunidad: experiencias en el proceso penal español

José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal de Sala

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. IDEAS GENERALES.—II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL JUICIO POR DELITOS LEVES.—III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES: 1. *Ideas generales*. 2. *El desistimiento*. 3. *Mediación y reparación*. 4. *Otras vías desjudicializadoras*.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. Ideas generales

De minimis non curat praetor. De los asuntos insignificantes no se ocupa el pretor. Cicerón aplicaba la máxima a cuestiones teológicas: *minora di neglegunt* (los dioses desatienden las cosas menores). Se ha considerado que la base filosófica del principio de oportunidad hunde sus raíces en el pensamiento de Bentham¹.

Para Gimeno Sendra puede definirse el principio de oportunidad como «la facultad que el ordenamiento procesal confiere al M.F para, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la

¹ El fundamento del mismo podemos encontrarlo en las palabras de Bentham: «II. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exlude some greater evil. III. It is plain, therefore, that in the following cases punishment ought not to be inflicted. 1. Where it is groundless: where there is no mischief for it to prevent, the act not being mischievous upon the whole. 2. Where it must be inefficacious: where it cannot act so as to prevent the mischief. 3. Where it is unprofitable, or too expensive: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented. 4. Where it is needless: where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it: that is, at a cheaper rate». BENTHAM, J., «The Principles of Morals and Legislation: Full and Fine 1781 Edition (Illustrated)», versión Kindle.

norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos»².

De forma sintética, la Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa lo define como la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado³.

Ya la Instrucción FGE 6/1992, de 22 de septiembre, *sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril de medidas urgentes de reforma procesal* declaraba «imprescindible considerar nuevas instituciones introducidas en países de nuestro entorno cultural. Sin embargo, todas ellas parten de la atribución de la investigación al Fiscal —contemplada tímidamente en nuestra legislación— a quien se confían amplias facultades de disposición del objeto del proceso, permitiendo suspenderlo o truncarlo mediante el llamado “principio de oportunidad” y el acuerdo entre la acusación y la defensa con el consentimiento del acusado, que permite, mediante la imposición de una pena reducida, llegar al reconocimiento de su culpabilidad».

Para contextualizar este principio debe partirse de que el proceso penal es costoso en términos personales y materiales. La Justicia es un bien escaso y debe ser gestionada dentro de unos mínimos de eficiencia, racionalidad y orden⁴.

El principio de legalidad es el opuesto al de oportunidad e impone, ante la concurrencia de indicios de la comisión de un delito perseguible de oficio, que el proceso penal se inicie ineludiblemente y —en la medida de lo posible, si se hace acopio probatorio suficiente— que llegue a término con el dictado de la sentencia⁵. Este principio también se ha denominado de oficialidad, en cuanto

² GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el M.F.», *Diario La Ley*, n.º 8746, Sección Doctrina, 2016, Ref. D-168, La Ley.

³ Esta Recomendación aconseja, en aras a las facultades que le corresponden al Ministerio Fiscal, que se puedan transigir las infracciones penales, especialmente cuando se trate de infracciones menores, y la introducción del principio de oportunidad, fundamentado en la igualdad de todos ante la Ley y en la individualización de la Justicia Penal.

⁴ En este sentido se ha escrito que «en el momento actual, nadie duda de la necesidad de utilizar de forma racional los escasos recursos judiciales disponibles, y con ello la necesidad de reducir las dilaciones del proceso provocadas por el excesivo volumen de asuntos en espera de ser enjuiciados por los Tribunales. Parece inevitable que la consecuencia del imparable aumento de ilícitos penales y la dificultad por parte del Estado de adjudicar a la Administración de Justicia mayores recursos, tanto humanos como materiales, sea el colapso de sus vías ordinarias y, por tanto, se generen graves fallos en su operatividad y eficacia. Parece razonable, pues, que el legislador adopte medidas que permitan el uso de los escasos recursos judiciales para asuntos mucho más graves y complejos». CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en *La reforma del proceso penal*, 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2011.

⁵ Aun reconociendo las dificultades de una fórmula general en este ámbito, puede señalarse que sólo es procedente ejercer la acción penal cuando del análisis de lo actuado pueda objetivamente afirmarse una perspectiva/probabilidad realista de condena respecto de cada imputado en relación con cada uno de los títulos de imputación. Por tanto, los Fiscales deben evaluar los ele-

que supone que conocida la *notitia criminis* por cualquier medio, el Juez de Instrucción está obligado a incoar el procedimiento y el Fiscal está obligado a promover la acción de la justicia, impidiendo tanto el desistimiento como la renuncia. Como principio opuesto, el de oportunidad supondría dar la posibilidad de que los órganos públicos a los que se atribuye la obligación de perseguir el delito, den por finalizado anticipadamente el proceso o incluso no lleguen a incoarlo, cuando concurren determinados requisitos.

En nuestro proceso penal rige el principio de legalidad, como claramente se deduce de la vigencia de los artículos 100, 105 y 271 LECrim, que imponen al Fiscal la obligación de ejercitar las acciones penales derivadas del delito y de los artículos 642 a 644 LECrim, que regulan las causas tasadas de sobreseimiento (como supuestos de terminación anticipada del procedimiento, esto es, sin sentencia)⁶.

El principio de legalidad obliga a los órganos estatales (Juzgado de Instrucción, Ministerio Fiscal) a impetrar e impulsar de oficio el procedimiento. Este principio se opondría al principio dispositivo, vigente en el proceso civil⁷ prohibiendo la posibilidad de que el proceso penal quede en suspenso a petición de las partes⁸.

El principio de oportunidad ha tenido tradicionalmente en España una operatividad muy restringida. Se ha considerado una manifestación del mismo la facultad del Fiscal de querellarse o denunciar, en los delitos de agresiones, abusos o acosos sexuales, ponderando los legítimos intereses en presencia

mentos de descargo concurrentes y cómo éstos pueden afectar a las perspectivas de condena. Cuando en este análisis se llegue a la conclusión de que no es probable que la causa termine con sentencia condenatoria, no procederá ejercer la acción penal, aunque la causa se siga por delitos graves. Utilizando la terminología de la LECrim, sólo deberá promoverse la acción penal cuando resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa y haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas (*vid.*, a contrario, art. 641 LECrim). *Vid.* DE LA ROSA CORTINA, J. M., en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, VV.AA., Dykinson, 2015, p. 175

⁶ Gimeno Sendra considera igualmente una manifestación del principio de oportunidad la previsión del artículo 284.2 LECrim conforme al que «no obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo [...]». GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el M.E.», *Diario La Ley*, n.º 8746, Sección Doctrina, 2016, Ref. D-168, La Ley.

⁷ Para Badenas Carpio «el principio dispositivo permite que las partes contendientes tengan pleno control no sólo sobre su derecho sustantivo, sino también sobre los derechos procesales que de él se derivan en el juicio». BADENAS CARPIO, J. M., *Actualidad Civil*, 2001, XXXIII.

El artículo 19.1 de la LEC 2000 dispone que «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero».

⁸ El artículo 19.4 LEC establece que «asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordado, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días».

(art. 191.1 CP). También suelen considerarse en cierta forma, manifestaciones del principio de oportunidad la habilitación del Fiscal para negociar conformidades entre acusación y defensa (al modo del *plea bargaining* anglosajón) con la consiguiente posibilidad de finalización del proceso por conformidad (arts. 655, 784 y 787 LECrim y art. 50 LOTJ), la conformidad premiada del artículo 801 LECrim y el proceso por aceptación de decreto (art. 803 LECrim)⁹.

Igualmente se suelen considerar manifestaciones de este principio la necesidad de denuncia en delitos semipúblicos y querrela en delitos privados¹⁰, así como en ambos casos, las posibilidades de perdón del ofendido¹¹.

Podría también considerarse como expresión de la oportunidad los efectos que se otorga a la regularización con Hacienda (art. 305.4 CP) o con la Seguridad Social (art. 307.3 CP).

Del mismo modo, el artículo 171.3 CP faculta al Fiscal para dejar de perseguir delitos: ante el delito de amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados¹².

⁹ Para GIMENO SENDRA, «El principio...», *op. cit.*, «no deben desconocer los Fiscales el poder de disposición sobre la pretensión penal que ostentan como consecuencia de la doctrina que, sobre el principio acusatorio, ha venido destilando el TS, la cual les faculta a obtener conformidades regidas por el principio de oportunidad, siempre y cuando obedezcan a los únicos intereses constitucionalmente protegidos por el artículo 124.1 CE, cuales son un mejor y mayor protección del ius puniendi del Estado, la pronta reparación de la víctima y la reinserción del acusado».

¹⁰ Los delitos privados (calumnias, injurias), requieren querrela de la persona ofendida (*vid.* art. 215 CP). Los delitos semipúblicos requieren para su persecución denuncia del ofendido. Recordemos que exigen denuncia previa los delitos del artículo 161.2 CP (reproducción asistida sin consentimiento de la mujer), 191 (agresiones acosos y abusos sexuales) 201 (revelación de secretos) 228 (abandono de familia e impago de pensiones) 267 (imprudencia con resultado daños) 287 (delitos relativos al mercado y a los consumidores).

Numerosos delitos leves exigen denuncia para su persecución (ver pie de página 40).

¹¹ El apartado 5.º del artículo 130 del Código Penal establece el perdón como causa de la extinción de la responsabilidad criminal, «cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla».

En relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y ss.) se establece en el apartado 3 del artículo 201 que «el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130».

El perdón se prevé igualmente para los delitos de injurias y calumnias.

¹² Para RODRÍGUEZ GARCÍA y CONTRERAS ALFARO «esta posibilidad de disposición de la acción penal pública no requiere de la autorización del Tribunal, y [...] viene establecida sobre la base de un concepto jurídico indeterminado de naturaleza político criminal, cual es facilitar el castigo del delito de amenazas». RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFARO, L., «Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportu-

En todo caso, si bien son instituciones con algunos puntos en común, no son propiamente manifestaciones puras del principio de oportunidad.

En el proceso español no solamente rige el principio de legalidad, imponiendo la actuación de la acusación oficial del Fiscal¹³, sino que además se reconoce la acción popular¹⁴, reconocimiento que obstaculiza la posibilidad de implementar criterios de oportunidad¹⁵. Por otro lado, el artículo 259 LECrim establece la obligación de denunciar los delitos públicos bajo pena de multa, e incluso en los supuestos más graves la omisión de denuncia (art. 450 CP) y la omisión del deber de perseguir delitos (art. 407 CP) puede ser constitutiva de delito.

En relación a las diligencias de investigación del Fiscal, expresamente la conclusión 27.^a de la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación* declara que *no procederá desde luego el archivo por razones de oportunidad, principio éste no admitido en nuestro vigente sistema procesal*.

Frente a este principio de oficialidad, la utilización del principio de oportunidad se fundamenta en razones de utilidad pública o interés social, pudiendo basarse teóricamente en alguna de las siguientes causas¹⁶: a) escasa lesión social producida y correlativa falta de interés de la persecución pública; b) estímulo a la pronta reparación a la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; d) obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación e) obtener la reinserción social de presuntos terroristas y una mejor información acerca de las bandas armadas.

tunidad como instrumento de política criminal», *Diario La Ley*, n.º 6255, Sección Doctrina, 2005, Ref. D-117, La Ley.

¹³ El artículo 773.1 párrafo primero LECrim obliga al Fiscal a constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. El Fiscal, salvo en los delitos privados, es parte por ministerio de la Ley, sin que le sea exigible acto alguno de personación para que pueda intervenir en la instrucción instando la práctica de diligencias. El artículo 3.5 EOMF dispone a estos efectos que es función del Ministerio Fiscal intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos

¹⁴ Esto supone que cualquier ciudadano cuando se trate de perseguir delitos públicos, puede personarse en el proceso penal ejercitando la acción penal junto al Ministerio Fiscal, o incluso aunque éste no la ejercite.

¹⁵ En este sentido RODRÍGUEZ GARCÍA y CONTRERAS ALFARO, *op. cit.*, apuntan que «en tanto exista la posibilidad de que cualquier ciudadano ejercite la acción penal, sea o no ofendido por el delito, las eventuales facultades de disposición de la misma en manos del Ministerio Público tendrían que contar siempre con la anuencia del acusador particular y popular —si están personados—, lo que *a priori* no resulta demasiado funcional si lo que se pretende es fortalecer los poderes del acusador público y la rapidez de su actuación».

¹⁶ *Vid.* GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal*, Tomo II, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, 1989.

Dentro del principio de oportunidad, como una subespecie, la doctrina denomina principio de oportunidad reglado al principio que permite renunciar a la persecución de los delitos, pero estableciendo una regulación de los requisitos que deben concurrir para poder hacer uso de la facultad¹⁷. La doctrina defiende esa necesidad de someter la oportunidad a criterios que aporten seguridad y preserven la igualdad ante la Ley¹⁸.

Igualmente se considera una manifestación del principio de oportunidad la aplicación de la mediación¹⁹ y de las denominadas soluciones extrajudiciales²⁰

¹⁷ En el Derecho Procesal alemán se establece una minuciosa regulación del principio de oportunidad reglado: concretamente en los párrafos 153 y ss. de la StPO, se regulan los casos en que el Fiscal puede, normalmente con la aprobación del Tribunal, prescindir de la persecución de determinados delitos leves, o de aquellos que se considere inconveniente perseguir: a) En casos absolutamente irrelevantes, de mínima culpabilidad del autor e insignificancia del hecho; b) En casos relativamente irrelevantes, cuando carezca de importancia la consecuencia jurídica a imponer al lado de la ya impuesta; c) En caso de hechos cometidos en el extranjero o por extranjeros, en los que el interés público sea mínimo; d) En caso de delitos leves, sustituyéndose la pena por condiciones y mandatos; e) Cuando se den los motivos políticos a que hace referencia el párrafo 153d StPO; f) Cuando se dé el arrepentimiento activo; g) En caso de coacción o chantaje, bajo los presupuestos del párrafo 154c StPO; h) En caso de cuestión prejudicial civil o administrativa; i) Cuando a causa de falsa sospecha o injurias ya existiera un proceso penal o administrativo disciplinario pendiente; y j) Tratándose de delitos de acción privada, rige el principio de oportunidad también, porque depende de la discrecionalidad de la Fiscalía la persecución de esos delitos o no (v. párrafos 376 y 377 StPO). GÓMEZ COLOMER, J. L., «Soluciones alternativas al proceso penal. Reformas ante el fracaso de la Justicia. Curso formación continuada de Fiscales “Garantías del imputado”», 2002.

¹⁸ Para Moreno Catena «para que el principio de oportunidad tenga cabida en un sistema de justicia burocratizada, como son el continental y el latinoamericano, se necesita con todo un marco preciso —la llamada oportunidad reglada— dentro de la cual se puedan desenvolver los funcionarios del Ministerio Fiscal y los funcionarios judiciales, de modo que el legislador establezca con una referencia normativa suficientemente clara el ámbito y los presupuestos para la aplicación de la oportunidad». MORENO CATENA, V., «El principio de oportunidad en España», La Plata, Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal, Colegio de Abogados de La Plata. p. 106

¹⁹ Para Del Río «se trata de crear un espacio de diálogo guiado, en el cual las partes pueden tratar el hecho delictivo y sus consecuencias. De esta forma, la mediación adquiere un papel decisivo, en cuanto es un mecanismo que busca respuestas positivas al conflicto, que forma parte de una concepción más humana de la Justicia penal y aporta nuevas respuestas a la demanda social de una justicia más útil para todos, menos retributiva y más cercana al ciudadano». RÍO FERNÁNDEZ, L. del, «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *Diario La Ley*, n.º 6520, Sección Doctrina, 2006, Ref. D-165, La Ley.

²⁰ Estudiando las soluciones extrajudiciales en Derecho comparado, CUADRADO SALINAS, *op. cit.*, concluye con que «el criterio que aparece en todos los ordenamientos mencionados es que la medida de sobreseimiento por razones de oportunidad se aplica ante hechos penales con responsabilidad penal débil y cuyo bien protegido se considera de menor relevancia, es decir, ante hechos subsumibles en la denominada “criminalidad bagatela”. En todos estos casos el Fiscal podrá ofrecer al imputado el archivo de la acusación bajo condición de realizar alguna actividad que podrá consistir en la realización de trabajos para la comunidad, la devolución del objeto hurtado u otra de similares características. Cuando la finalidad del archivo sea la rehabilitación del infractor por delitos cometidos a causa o por razón de la dependencia de sustancias estupefacientes, las condiciones deberán incluir las de tomar parte en programas de desintoxicación. En otros casos, como

como vías para poner fin anticipadamente al proceso. Estas dos instituciones fueron promovidas en el plano teórico por Nils Christie, que defendía la búsqueda no de «castigos alternativos» sino de «alternativas a los castigos»²¹. Generalmente se considera a la mediación no como sustitutiva del proceso penal, sino como complementaria, propiciando una menor penalidad, mientras que las soluciones extrajudiciales sí operarían como auténtica alternativa, evitando una condena formal.

Naciones Unidas han propiciado la introducción del principio de oportunidad reglado en el proceso penal, a través de dos instrumentos: la Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Reglas de Tokio)²² y las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los Fiscales en el ámbito penal²³.

La Recomendación (99)19 sobre mediación penal dentro del proceso penal de 15 de septiembre de 1999, en el punto IV.10 y 11, establece que *antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus Derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión, ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión a aceptar el proceso de mediación.*

La Unión Europea apuesta decididamente por el impulso de la mediación en el proceso penal. La Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa a la víctima en el proceso penal, estableció en su artículo 10 que *los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. Y añade que velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.* Para la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la mediación es «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consenti-

por ejemplo, las infracciones de circulación cometidas bajo la ingesta de bebidas alcohólicas, podrán incluir las de tomar parte en cursos de educación vial, o la retirada del carnet de conducir».

²¹ En sus propias palabras *look for alternatives to punishment, not only alternative punishments.*

²² En su artículo 5.1 dispone que «cuando sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, fiscalía u otros organismos que se ocupen de los asuntos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde la retirada de la acusación o las actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia, el Fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de libertad, según corresponda».

²³ El artículo 18 establece que los Fiscales deberán tener la posibilidad «de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de asuntos que pasan a la vía judicial, no solamente para aliviar la carga excesiva de los Tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión».

miento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con ayuda de un tercero imparcial». Esta Directiva se refiere a la necesidad de los Estados de ofrecer lo que denomina servicios de justicia reparadora en relación con las víctimas en general (art. 12). Así, indica que los Estados Miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

En relación específica con la mediación en el proceso de adultos actualmente, a pesar de su reconocimiento en de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* (en adelante, EVD), se da la situación paradójica de que falta un desarrollo normativo mínimo²⁴. No obstante, y pese a la insuficiencia normativa, la mediación puede tener operatividad *de lege data*²⁵.

El artículo 157 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 regulaba los principios de la mediación con algo más de detalle²⁶.

También la Propuesta de Código Procesal Penal de 2012²⁷ ensayó —con escaso éxito— una regulación de la mediación²⁸.

²⁴ En este sentido, Etxeberria Gurídi considera que «esta situación de incertidumbre jurídica resulta inexplicable considerando que ya se ha transpuesto la Directiva 2012/29/UE sobre tutela de las víctimas (Ley 4/2015) y que se han hecho públicas dos propuestas de reforma integral del proceso penal español en las que se abordaban tales cuestiones». *Vid.* ETXEBERRÍA GURIDI, J., «Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre», *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n.º 1, 2019, p. 33-72.

²⁵ Desde el punto de vista institucional, mediante la utilización de las oficinas de ayuda a las víctimas que previene la Ley 35/1995 (art. 16). Para dotar de efectos a los acuerdos derivados de la mediación puede utilizarse, en los delitos que lo admiten, el perdón del ofendido; la aplicación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del CP; a la suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80 y ss. CP); la concesión de la libertad condicional y las normas para el ejercicio de la gracia de indulto permiten valorar el parecer de los perjudicados por el delito (art. 25 Ley de 18 de julio de 1870). *Vid.* DEL RÍO, *op. cit.*

²⁶ «1. La mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad. 2. Las partes que se sometan a mediación, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo. 3. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a mediación, pudiendo, en cualquier momento, apartarse de la misma. La negativa de las partes a someterse a mediación, o el abandono de la mediación ya iniciada, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal. 4. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del proceso de mediación. El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo de la mediación hasta que ésta haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación».

²⁷ Texto elaborado por la comisión de expertos creada por acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de marzo de 2012 y presidida por el Magistrado del TS y ex Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado Manuel Marchena Gómez.

²⁸ En los artículos 157 y siguientes PCPP se introduce también la mediación, si bien en unos términos muy genéricos que suscitan dudas en torno tanto a la eficacia como en cuanto al ámbito y a las consecuencias. Tampoco queda claro la composición y el procedimiento de los equipos de mediación. No queda claro tampoco el ámbito objetivo de la mediación penal.

Durbán Sicilia considera como ámbito idóneo de la mediación 1) Desde el punto de vista objetivo, para los delitos contra el patrimonio (hurto, robo, estafa, apropiación indebida, robo y hurto de uso de vehículos a motor, daños, etc.). Sin embargo, está desaconsejada en los delitos y faltas contra el orden público (atentado, resistencia, desobediencia y falta de respeto a la autoridad), dado el bien jurídico en liza y la aparente desigualdad de partes. 2) En atención a los sujetos, suele ser fructífera en los conflictos surgidos en el seno de relaciones que, por una u otra razón, previsiblemente perdurarán. En estos casos, el mero ejercicio del *ius puniendi* no suele solucionar nada desde la perspectiva de las partes. A menudo, lo que éstas anhelan es algo más tangible, más práctico. Buscan la reconducción del conflicto subyacente, al objeto de que los hechos no se repitan y la relación futura sea, en la medida de lo posible, más llevadera. Especialmente interesante resulta la mediación, por este motivo, en los delitos de abandono de familia y en las faltas por incumplimiento de régimen de visitas, dada su potencialidad restauradora del necesario diálogo entre los implicados. 3) Desde el punto de vista temporal, la mediación se puede llevar a efecto tanto en la fase de instrucción como en la de enjuiciamiento y, llegado el caso, en la de ejecución²⁹.

Aunque por algún sector doctrinal se ha cuestionado la compatibilidad de la mediación con el principio de presunción de inocencia, una regulación adecuada puede neutralizar los riesgos potenciales³⁰. La (insuficiente) regulación contenida en el artículo 15.2 EVD parte del inexcusable respeto en el proceso de mediación a la presunción de inocencia: «los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función».

No parece que existan obstáculos constitucionales para incorporar a nuestro proceso penal el principio de oportunidad reglado y en especial, la mediación y las soluciones extrajudiciales³¹.

²⁹ DURBÁN SICILIA, L., «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La Ley Penal*, n.º 73, Sección Estudios, 2010, Wolters Kluwer, *La Ley*, 5943/2010.

³⁰ En este sentido se ha mantenido que «la presunción de inocencia se salvaguarda, asimismo, preservando la confidencialidad de lo debatido en las sesiones, puesto que en el acuerdo no se debe exigir que conste el reconocimiento de los hechos, sólo los acuerdos de reparación, a lo que se suma la prohibición de testificar del mediador, apoyada en el secreto profesional, tal y como resultaba previsto en el Anteproyecto de LECrim 2011». GARCÍA-HERRERA, A., «Justicia restaurativa: breve reflexión sobre su integración en el marco del proceso penal en España», *Diario La Ley*, n.º 8654, Sección Doctrina, 2015, Ref. D-445, La Ley.

³¹ En este sentido, para Ortiz Úrculo «es la Ley y no la Constitución la que está llamada a modular la intensidad del ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, la que puede dar mayor o menor entrada en el proceso penal al principio de oportunidad, siempre que respete las garan-

En realidad, en nuestro Derecho, las únicas manifestaciones claras del principio de oportunidad se dan en el proceso de menores (disposiciones contenidas en los arts. 18, 19 y 27.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *de responsabilidad penal de los menores*, en adelante LORPM) teniendo una específica fundamentación por la peculiar naturaleza del Derecho Penal Juvenil y partiendo de que en todo caso se trata de un principio de oportunidad reglado.

A estas previsiones para el proceso penal de menores se han unido las introducidas en 2015 para el juicio por delitos leves.

Los sucesivos textos presentados para instaurar un nuevo proceso penal en España han incorporado el principio de oportunidad. Tanto el artículo 58 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 como los artículos 90 y 91 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2012 lo regulaban³² en relación con los delitos leves.

También el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 incorpora este principio (arts. 90³³ y 174 a 185).

En Derecho Comparado va igualmente asentándose la utilización de la oportunidad en el proceso penal³⁴.

Un punto recurrente, al analizarse las posibilidades del principio de oportunidad en el proceso penal es el de la necesidad de cohonestarlos con los intereses de las víctimas, teniendo presente que el desistimiento puede suponer una lesión para sus derechos. En este punto es necesario tener en cuenta la Rec 19 (2000) del Comité de Ministros del Consejo de Europa *acerca del papel del Ministerio Fiscal en el Sistema de Justicia Penal*. El punto 33 de este instrumento

tías constitucionales». ORTIZ ÚRCULO, J. C., «El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites», Centro de Estudios Jurídicos, <www.c.e.j.justicia.es, 2004>.

³² En el artículo 91 PCPP se prevé la posibilidad de sobreseimiento «cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias». La amplitud es ciertamente notable.

³³ 1. El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley.

2. La apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al Ministerio Fiscal.

El control judicial de los elementos reglados, que permiten el ejercicio de esta facultad discrecional, se realizará en los términos y en la forma previstos en esta ley.

³⁴ Valga el ejemplo del proceso penal chileno, que en su Código Procesal Penal de 2000 lo incorpora en su artículo 170 y que habilita al Ministerio Público que «podrá no iniciar la persecución penal o abandonar una ya iniciada... cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público». Como expresa Arévalo Cunich «el fundamento de esta regla se encuentra en la idea legislativa de descriminalizar los denominados delitos de bagatela, evitando poner en movimiento la actividad persecutoria frente a ilícitos de poca monta... con todo, la ley se encarga de regular un posible uso abusivo de esta facultad por parte del Ministerio Público con una reglamentación que salvaguarda los derechos de las víctimas». ARÉVALO CUNICH, J., *La instrucción penal: ¿Juez inquisitivo o Juez de garantías? Papel del Fiscal*, Fundación Wolters Kluwer, 2014, p. 98.

dispone que «el Ministerio Fiscal deberá tener en cuenta la opinión y preocupaciones de las víctimas cuando sus intereses personales hayan sido lesionados y procurar que las víctimas sean informadas de sus derechos y de la evolución de las actuaciones, o facilitar esta información». El punto 34 de la Recomendación por su parte establece la posibilidad de impugnación por las partes interesadas, en especial por las víctimas de la decisión adoptada por el Ministerio Fiscal de no iniciar actuaciones: «tal impugnación se podrá llevar a cabo, en su caso después del control jerárquico, ya en el contexto de un control jurisdiccional, ya autorizando a las partes para que promuevan ellas mismas las actuaciones».

Parece claro que la discrecionalidad que se otorgue al Fiscal en ejercicio del principio de oportunidad debiera cohererarse con el establecimiento de mecanismos que eviten la arbitrariedad³⁵.

Con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma de Código Penal) se puso de manifiesto por la doctrina la imperiosa necesidad de dar entrada de una forma decidida al principio de oportunidad en relación con los programas de *compliance* para evitar complejos y costosos procesos judiciales³⁶. La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del artículo 31 bis tras la reforma operada por LO 1/2015, otorga mucha más operatividad al principio de oportunidad en relación con personas jurídicas que acrediten, en palabras de la Circular 1/2016, de 22 de enero, *sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, «una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura».

En las presentes líneas analizaremos cómo se ha implementado este principio en los dos ámbitos en los que *de lege data* se ha previsto en nuestro ordenamien-

³⁵ En este sentido RODRÍGUEZ GARCÍA y CONTRERAS ALFARO, *op. cit.*, han considerado que «las facultades de oportunidad no pueden quedar exclusivamente encomendadas al prudente arbitrio del Ministerio Público: los demás intervinientes en el proceso deben contar con las herramientas necesarias para someter el ejercicio de estas facultades al control del órgano jurisdiccional y el ordenamiento jurídico tiene que contemplar los mecanismos necesarios para hacer efectiva la responsabilidad de los órganos de persecución por la utilización manifiestamente errónea o torcida de las referidas facultades».

³⁶ En este sentido se ha mantenido que «para potenciar la efectividad de los programas de *compliance*, sería conveniente la apuesta por el principio de oportunidad, en la que el fiscal —partiendo de la base de un inaplazable cambio en el modelo de instrucción actual—, en función de una serie de criterios, previamente establecidos, decida sobre el enjuiciamiento penal de la persona jurídica. Asimismo, también debería contemplarse la posibilidad de que pueda ofrecer un *Deferred Prosecution Agreement* o acuerdo de sobreseimiento sometido a condición; esto es, un acuerdo por el que la empresa, para evitar ser finalmente enjuiciada, se compromete, dentro de un plazo fijado, a cumplir con la pena de multa, reparar el daño e indemnizar a los perjudicados, etc.». GIMENO BEVIÁ, J., «La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de *compliance* en el proceso penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, n.º 8437, Sección Tribuna, 2014, Año XXXV, Ref. D-413, La Ley.

to su aplicación: el procedimiento por delitos leves y el proceso penal de menores.

II. El principio de oportunidad en el juicio por delitos leves

La reforma penal —y procesal— operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, suprimió el Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las «Faltas y sus penas», trataba en cuatro títulos separados de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público.

La supresión formal del Libro de las faltas no supuso la desaparición de la totalidad de las conductas tipificadas como tales. Antes bien, un importante número de faltas se mantuvo bajo la nueva denominación de «delitos leves». El Código Penal pasó a integrar dos Libros, estableciendo una división tripartita de las infracciones penales (delitos graves, menos graves y leves). La teórica supresión de las faltas, reclamada reiteradamente por la Fiscalía General del Estado, derivó pues, en su reaparición como delitos leves y generó, además, importantes problemas interpretativos.

El nuevo procedimiento para el juicio sobre delitos leves regulado en el Libro VI LECrim mantuvo la estructura básica del antiguo juicio de faltas, introduciendo como principal novedad un principio de oportunidad reglada.

En palabras de la Circular 1/2015, de 19 de junio, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015* «la innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento —y sólo en él— del principio procesal de oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número tipos penales de naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas».

La reforma de 2015 supone apoderar al Fiscal como órgano público de la acusación, para solicitar el archivo a la vista de la escasa trascendencia de los hechos.

El principio se regula en el artículo 962.1 LECrim. Recibido el atestado el Juez debe resolver sobre la incoación del juicio y a continuación, conforme al artículo 963.1.1.^a LECrim acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) *El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y*

b) *no exista un interés público relevante en la persecución del hecho».*

En tal caso, el Juez comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados por la Policía en los términos del artículo 963.1 LECrim.

Desde el punto de vista procesal, la inserción del incidente para evaluar si procede o no apreciar criterios de oportunidad en los juicios de señalamiento inmediato se ha efectuado de una forma —por calificarla de forma suave— poco cuidadosa: se señala juicio y se cita a las partes para acabar desconvocado el juicio e informando a las partes (seguramente estupefactas) de que no va a haber juicio³⁷.

Desde el punto de vista material, como expone la Circular 1/2015 «el modelo de oportunidad por el que opta la reforma procesal se ciñe claramente a los denominados «delitos bagatela», en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho «[...] La Ley resulta sumamente restrictiva, pues los delitos leves constituyen por su propia naturaleza la porción de infracciones penales menos relevantes de las comprendidas en la Parte Especial del Código, por lo que exigir del Fiscal que discrimine dentro de la categoría las conductas de menos trascendencia reduce el juego del principio de oportunidad a mínimos. El tenor literal de la norma no puede ser más expresivo cuando exige que se trate de delitos “de muy escasa gravedad”, intensificando con el superlativo el carácter excepcional que nuestro ordenamiento concede a la renuncia del *ius puniendi*».

³⁷ En el mismo sentido se ha escrito que «la regulación procesal contenida en el artículo 962 en cuanto al trámite a seguir no deja de ser un tanto ilógica, pues parece que tiene poco sentido que el Juez haya de pronunciarse sobre un posible sobreseimiento con previo traslado al Fiscal en el marco de un procedimiento de enjuiciamiento rápido, cuando ya se encuentran citadas todas las partes ante el Juzgado, ya que pueden producirse serias disfunciones y situaciones de descoordinación o falta de adaptación a los ritmos de actuación que exige el enjuiciamiento rápido de delitos leves, lo que no sucederá en el supuesto de los delitos leves a enjuiciar conforme al artículo 964, donde las citaciones las realizará el Juzgado y por tanto podrá realizar el traslado previo al Fiscal en caso de ser necesario». BETRÁN PARDO, A. I., «Del principio de oportunidad en el proceso por delitos leves», *Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP* (<www.ficp.es>), n.º 2015-3.

Se trata de un principio de oportunidad reglada, pues el Fiscal debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y de un principio de oportunidad puro, pues el archivo no se subordina al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta. En el mismo sentido se pronuncia la Circular 1/2015.

Desde la doctrina y con perspectiva victimológica se alzaron voces defendiendo la tesis de que no debía aplicarse el principio de oportunidad en supuestos en los que el ofendido hubiera presentado denuncia³⁸.

La Circular 1/2015, teniendo presente la necesidad de cohonestar el principio de oportunidad con los postulados de la victimología asumió esta pauta, al declarar que «en los delitos leves públicos patrimoniales y en los que por afectar a bienes jurídicos personales tienen una o varias víctimas individualizadas, se seguirán las siguientes pautas generales...el archivo por razones de oportunidad sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria»³⁹.

Otra cuestión que se planteó fue la de si el principio de oportunidad podía aplicarse tanto a delitos leves privados como a los semipúblicos y públicos.

³⁸ Así, para BETRÁN PARDO, *op. cit.*, «a falta de que se impartan las correspondientes instrucciones desde la Fiscalía General del Estado, parece que la intervención del Fiscal no será necesaria en ninguna fase del procedimiento cuando se trate de delitos perseguibles únicamente a instancia de parte. Pero parece también que si fuera necesaria, nunca podría en estos casos hacer uso del principio de oportunidad, pues uno de sus requisitos de aplicación según el texto legal para el caso de los delitos patrimoniales es la inexistencia de denuncia por parte del ofendido, no resultando lógico que en el resto de delitos leves no patrimoniales la existencia de denuncia no se constituyera en un obstáculo para interesar el cierre del proceso».

³⁹ Para la Circular «la denuncia de la víctima y la pendencia de un daño indemnizable no compensado, sin ser impedimentos absolutos para el ejercicio del principio de oportunidad, pues la Ley no establece prohibiciones explícitas, constituyen elementos que en principio han de disuadir de su ejercicio, pues la configuración que la reforma penal da a la oportunidad reglada como excepción al principio de oficialidad de la acción penal *ex* artículo 105.1 LECrim, trata de conjurar el riesgo de que el archivo anticipado del procedimiento redunde en menoscabo de legítimas expectativas de tutela que puedan albergar los particulares afectados [...] Tampoco hemos de perder de vista, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que el EVD ha reconocido a la víctima un extenso derecho de participación activa en el proceso penal (art. 3.1 EVD), que una crisis anticipada del procedimiento desencadenada por la acusación pública podría frustrar. Resulta esencial por ello que el Ministerio Fiscal antes de evacuar su informe disponga de los elementos de juicio necesarios para evaluar la opinión de la víctima, los cuales deben extraerse del propio atestado, pues el procedimiento para delitos leves no tiene prevista fase de instrucción judicial. [...] La valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, lógicamente, en aquellos casos en que ésta resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público».

En el artículo 969.2 LECrim se establece que el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado.

La Circular 1/2015, sobre la base de este precepto consideró que «en los delitos semipúblicos [...] el Fiscal no emitirá informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad en los casos en los que conforme a los criterios de la presente Circular, esté dispensado de acudir a juicio oral»⁴⁰.

Puede considerarse delito leve privado el delito leve de injurias graves producidas sin publicidad (art. 209 CP). En tanto exige para su persecución querrela del ofendido o su representante legal (art. 215.1 CP), y en cuanto el Fiscal no está legitimado para ejercitar la acción penal tampoco podrá renunciarla. Como dispone la Circular 1/2015 estos delitos de injurias se tramitarán «por el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, pero sin posibilidad del ejercicio del principio de oportunidad, pues sólo el ofendido está en condiciones de disponer de la acción penal».

En lo que toca a los delitos leves públicos, puede decirse que es el ámbito propio para el ejercicio del principio de oportunidad. La Circular 1/2015 da interesantes pautas para ponderar la aplicación o no de la oportunidad, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

La aplicación del principio debe ser más restrictiva:

- Cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad
- Cuando se ha consumado el delito y especialmente si se han generado daños indemnizables no satisfechos.
- Cuando concurra una necesidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado.

La aplicación del principio debe ser más amplia:

- 1) En supuestos de edad juvenil del autor (entre los 18 y 21 años).
- 2) En supuestos de carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza.

⁴⁰ Pueden considerarse delitos leves semipúblicos: los delitos leves de amenazas y coacciones fuera del ámbito doméstico de los artículos 171.7 y 172.3 CP; los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 párrafo primero CP); el homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP) y las lesiones graves de los artículos 149 y 150 CP causadas por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP; los delitos leves de lesiones y de maltrato (art. 147.2 y 3 CP) y las injurias y vejaciones injustas contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP (art. 173.4 CP).

- 3) En supuestos de arrepentimiento activo o disposición a reparar el mal causado⁴¹.

Por tanto, tras la primera decisión del Juez de Instrucción de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve (que presupone una valoración *prima facie* de tipicidad de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su competencia para enjuiciarlos), debe tomar una segunda decisión, relativa al sobreseimiento de la causa (si el Ministerio Fiscal lo propone) o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral.

Una de las dificultades para aplicar el principio de oportunidad es el de la ausencia de datos para ponderar su procedencia en un procedimiento en el que en principio no hay fase de instrucción. Entendemos que como mínimo habrá de disponerse del atestado y de la hoja histórico penal como elemento de ponderación esencial⁴².

En nuestra opinión, ni el Juez puede aplicar el principio de oportunidad sin que lo interese el Fiscal, ni aquel ha de aplicarlo automáticamente ante una petición de éste. No obstante, si el Juez lo aplica de oficio y el Fiscal al ser notificado está conforme no parece procedente la interposición de recursos al no concurrir gravamen⁴³.

En el n.º 8 del artículo 22 CP se señala que, a efectos de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, no se tendrán en cuenta los antecedentes que correspondan a delitos leves. Se mantiene el régimen de las faltas. Sin embargo, la concurrencia de antecedentes penales será especialmente tras-

⁴¹ Expresamente establece el artículo 963.1.1.ª LECrim que: «En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado».

⁴² En este sentido se ha escrito que «se permite al juez sobreseer *ad limine* las actuaciones cuando el hecho denunciado posea escasa entidad e interés público (art. 963.1.1.º LECrim), lo cual invita a pensar que previamente el Juez debería haber desarrollado una mínima actividad instructora para llegar a dicha conclusión [...] siendo en muchas ocasiones actos necesarios para la efectiva celebración del juicio, debe reforzarse la capacidad del Juez para practicarlos. Por tanto, el Juez de Instrucción no debe limitarse a señalar el juicio y citar a las partes y testigos, sino que debe practicar todas aquellas actuaciones que considere oportunas, excluyendo aquellas cuya práctica, además de entorpecer la tramitación del juicio, pueda comprometer su imparcialidad objetiva». SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «La actividad instructora en el juicio de faltas y en los delitos leves», *La Ley Penal*, n.º 114, Sección Estudios, 2015, La Ley.

⁴³ Aunque referidas a los recursos civiles, son perfectamente trasladables a los penales las consideraciones de la Circular 1/2020, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil: «la legitimación para cualquier clase de recurso contra resoluciones judiciales, entre ellos el de casación, se funda en la existencia de un gravamen o perjuicio causado a la parte recurrente por la resolución que se impugna (SSTS n.º 382/2016, de 19 de mayo y 88/2013, de 26 de abril). El gravamen que legitima al Fiscal para recurrir será precisamente el perjuicio que la resolución atacada pueda haber irrogado a los intereses que en cada proceso le están encomendados».

cedente a efectos de la ponderación sobre si procede o no aplicar el principio de oportunidad⁴⁴. La Circular 1/2015 lo tiene especialmente presente.

Es también cuestión debatido si el principio de oportunidad es una institución estrictamente procesal o si tiene un contenido material. La cuestión no es teórica, pues decantarse por una u otra opción tiene implicaciones claras a la hora de aplicar el principio de retroactividad de las normas más favorables. Coincidimos de nuevo en este punto con las conclusiones de la Circular 1/2015: «el órgano de la acusación pública renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en los supuestos taxativamente determinados en la ley, lo que constituye una forma de descriminalización de la conducta por vía acusatoria que trasciende las formas del procedimiento para enlazar con la teoría de la pena y los principios de la política criminal». Ello lleva a la Circular a decantarse por la aplicación retroactiva de este instituto.

III. El principio de oportunidad en el proceso penal de menores

1. Ideas generales

El principio de legalidad se ve claramente desdibujado en el proceso penal de menores, en el que la necesidad de impulsar el principio de oportunidad ha sido resaltada de forma unánime por los textos internacionales sobre la materia⁴⁵. En todas las legislaciones avanzadas se da gran importancia a las ideas básicas de diversión (derivación) y descriminalización⁴⁶ con los que se

⁴⁴ En esta línea se ha escrito que «debe destacarse que, a efectos de apreciar la agravante de reincidencia, los antecedentes por delito leve no se tendrán en cuenta (art. 22.8.ª), lo que no significa que tales antecedentes no surtan ningún efecto, pues las notas de condena por delito leve operan: a) Como elemento negativo para el ejercicio del principio de oportunidad por parte del fiscal (art. 963.1.1.ª LECrim). b) Como elemento valorativo para suspender una pena privativa de libertad (art. 82.1), aunque un antecedente por delito leve no desvirtúe el requisito de ser delincente primario exigido para conceder la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad (art. 82.2.1.ª). c) Como elemento para revocar la suspensión de la ejecución de una pena cuando la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya no pueda ser mantenida a la vista del delito cometido (art. 86.1, a); como elemento para integrar los delitos agravados de hurto (art. 235.1.7.º), estafa, administración desleal, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 250.1.8.º)». JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M., «Los delitos leves, su número, caracteres y enjuiciamiento», *La Ley Penal*, n.º 117, 2015, La Ley.

⁴⁵ En este sentido, *vid.* artículo 40.3.b) de la Convención de Derechos del Niño; puntos 6 y 11 de las Reglas de Beijing; apartado II de la Recomendación n.º 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa; artículo 5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990 y Directrices de Riad (resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, Asamblea General NN.UU.).

⁴⁶ «Bajo el término de “diversión” se agrupan en la actualidad diferentes tendencias y estrategias de política-criminal orientadas fundamentalmente a prescindir de la continuación de la persecución penal iniciada después de que una infracción penal ha sido oficialmente constatada. Se trata de acometer el control social de la criminalidad fuera de las instancias judiciales, de des-

pretende, en la medida de lo posible, que el proceso contra el menor solamente nazca o continúe cuando no sean factibles otras soluciones para encauzar el conflicto⁴⁷.

En Estados Unidos, en 1967, la Comisión sobre Fortalecimiento de la Ley y de la Administración de Justicia organizó un plan basado en políticas de derivación y desinstitucionalización fundamentado en la teoría del etiquetaje, teoría que advertía de los efectos contraproducentes que la intervención judicial formalizada generaba. En el Estado de New Hampshire, en 1994 se incluyeron programas de diversión tales como restitución, servicios comunitarios, asesoramiento familiar, grupos de abuso de sustancias, grupos de discusión (*challenge courses*) y formación sobre resolución de conflictos. La finalidad de estos programas era la de rebajar el número de jóvenes entrando en el sistema judicial mediante el incremento de la disponibilidad de programas comunitarios de diversión⁴⁸.

Las ventajas que este tratamiento reporta han sido resaltadas con acierto en base a «su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter de menor represión» por lo que «la hace ideal para la justicia de menores»⁴⁹.

Otro de los objetivos de la aplicación del principio de oportunidad sería el de «sacar» a un amplio número de infractores de escasa entidad del proceso

viar determinadas formas de criminalidad de los procedimientos formales y efectuar un control social sobre ellas de modo más informal a través de programas alternativos». SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Actualidad Penal*, n.º 33, 2000.

⁴⁷ En Canadá, la *Young Offenders Act* establece en su artículo 4 la posibilidad de utilización de medidas alternativas (*alternative measures*). Estos programas están restringido a delitos relativamente menos graves y a delincuentes primarios. En Puerto Rico, la Ley de Menores n.º 88, de 9 de julio de 1986, (LM) regula estos mecanismos en su artículo 21, exigiendo en todo caso un acuerdo entre el Procurador, el menor, sus padres o encargados y la agencia u organismo a que se referirá el menor, y que medie la autorización del Tribunal. La ley austríaca de Justicia Juvenil de 1988 apuesta decididamente por la diversión, tanto la pura y simple (no intervención) como de la acompañada de instrucciones y condicionantes o con nombramiento de un oficial de libertad vigilada.

⁴⁸ Como programa de diversión en EE.UU. puede citarse la denominada *teen court* (Tribunales adolescentes), que se ha aplicado en doce estados, incluyendo Texas, Arizona, Indiana y Nevada. Se aplica para delitos menores cometidos por infractores no reincidentes. En el distrito de Los Ángeles estos menores son remitidos a un Tribunal de iguales sustituyendo al proceso judicial formal. Estos Tribunales integrados por estudiantes de instituto determinan si el acusado es culpable o inocente y la medida a aplicar (formas variadas de servicios comunitarios e indemnización adaptado al delito concreto). Si el período de diversión de seis meses se completa de forma satisfactoria, el infractor no tendrá antecedentes y se incorporará al Tribunal adolescente para desempeñar en otra ocasión la función de jurado LOUGHRAN, E. J. y GUARINO-GHEZZI, S., «Balancing Juvenile Justice», *Transaction Publishers*, New Jersey, 1996, p. 59.

⁴⁹ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., *op. cit.*

penal juvenil⁵⁰, con el fin de reservar éste para los casos de mayor gravedad (ya objetiva, por la entidad de los hechos, ya subjetivas, por las necesidades y carencias detectadas en el infractor).

La LO 4/1992, de 5 de junio, precedente inmediato de la LORPM ya introdujo este principio de desjudicialización⁵¹, que fue plenamente asumido por la LORPM, permitiendo en su manifestación más radical no incoar un procedimiento pese a concurrir los requisitos legales para ello (art. 18 LORPM) o poner fin anticipadamente a un proceso ya iniciado, pese a concurrir indicios de criminalidad y existir pruebas de la autoría (arts. 19, 27.4 LORPM).

No obstante, del análisis conjunto de los artículos 18, 19 y 27 LORPM, puede llegarse a la conclusión de que el principio de legalidad sigue teniendo operatividad en el proceso de menores: cuando al menor se le imputa la comisión de un delito grave no cabrá poner fin anticipadamente al proceso, sino que éste deberá desarrollarse y culminar en una sentencia⁵². También como manifestación del principio de legalidad cabe señalar que el procedimiento se incoa y se impulsa de oficio⁵³.

El fundamento último de la utilización preferente del principio de oportunidad en Derecho Penal Juvenil deriva de la propia esencia del mismo: en tanto en cuanto no se persigue la retribución por el delito sino la educación-resocialización, cuando ésta no es necesaria o puede conseguirse por otras vías o no puede conseguirse a través de las medidas, lo aconsejable en principio será no hacer uso de éstas⁵⁴. No se está, en el proceso de menores, ejecutando el *ius*

⁵⁰ Se han glosado desde otra perspectiva estos programas de diversión: «The idea was to refer (young offenders) for counselling, mediation or other measures short of the formal court process. The concept is interesting, since it implies that there is an inherently destructive aspect to the juvenile court» MILLER, J. G., *Last one over the wall (The Massachusetts experiment in closing reform schools*, Ohio State University Press, 1991.

⁵¹ Establecía que «atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones» (art. 15.1.6.ª).

⁵² Efectivamente estos mecanismos quedan reservados para la pequeña y mediana delincuencia. Y así «permiten armonizar adecuadamente las necesidades de prevención especial, representada por una apuesta por fórmulas de mediación y compromiso del menor infractor en su inserción social, y, las de prevención general, indeclinables ante delitos de mayor entidad, que aconsejan la exigencia de responsabilidad con todas las formalidades y garantías del proceso penal, como última fase para la eficacia de la previsión legal contenida en la norma». TORRES FERNÁNDEZ, M.ª E., *La Ley*, n.º 25, 2002.

⁵³ Y ello, como defiende Dolz Lago, pese a no preverse expresamente a diferencia de lo que ocurría con el artículo 15.1 de la LO 4/92, a la vista de la supletoriedad de la LECrim. DOLZ LAGO, M. J., *La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero)*, Ediciones RGD, Valencia 2000. En el mismo sentido se pronuncia la Circular FGE 1/2000 y LANDROVE DÍAZ, G., en *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

⁵⁴ En defensa de estas posibilidades se ha afirmado recientemente que «con frecuencia, las intervenciones de la Justicia penal, sobre todo las sanciones de privación de libertad, obstaculizan más bien que favorecen la integración social» DÜNKEL, F., en «Reacciones en los campos de la

puniendi estatal, que por su propia naturaleza exige —en principio— un tratamiento igualitario frente a todos, sino que lo que se persigue es la reeducación del menor infractor, por lo que el sistema pivota, no sobre la imperatividad del castigo sino sobre la recuperación del menor. La doctrina ha valorado positivamente la introducción de estos mecanismos alternativos a la justicia penal formalizada, para los casos de menor gravedad⁵⁵.

Los programas denominados de diversión (o derivación) han tenido en Derecho Penal Juvenil un objetivo esencial de evitar someter a un enjuiciamiento formal, con la carga estigmatizante que el procedimiento judicial lleva ínsito, en supuestos de infracciones menores y casos de «primer delito». Uno de los objetivos de la diversión o reparación extrajudicial sería la de suprimir un amplio número de infractores de escasa entidad del proceso penal juvenil, con el fin de reservar éste para los casos de mayor gravedad.

El principio tiene su campo fundamental de aplicación en delitos bagatela o en aquellos delitos de escasa gravedad, calificados como delitos eminentemente juveniles, que constituyen infracciones normales de carácter episódico que desaparecen espontáneamente, ya que con la creciente edad y madurez, la mayoría de los niños y jóvenes dejan de delinquir sin que una intervención oficial sea necesaria⁵⁶.

El principio de oportunidad, definitivamente asentado en la jurisdicción de menores, permite desjudicializar un gran número de expedientes. Las cifras son elocuentes: «las diligencias preliminares que el Fiscal archiva por desistimiento del artículo 18 LORPM (una de las modalidades de dicho principio) oscilan entre el 10-11%, a nivel nacional, durante la última década. Y de los expedientes, las cifras de los sobreseídos, acudiendo a las facultades de los artículos 19 y 27.4

administración de Justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea», *Estudios de Derecho Judicial*, 2002. FABIA MIR da interesantes claves para comprender por qué debe dotársele a la oportunidad de operatividad en Derecho Penal de Menores: «las motivaciones que llevan a los adolescentes y a los jóvenes a delinquir son, en ocasiones, muy diferentes a las de los adultos. El menor, muchas veces, tiene comportamientos que no son aceptables o tolerables socialmente, pero en los mismos no concurre un especial ánimo malicioso, sino que más bien son producto de la irreflexión (recordemos que estamos ante un ser en evolución, en permanente aprendizaje, cuya limitada experiencia vital no le permite conocer aún todo lo que está permitido o todo lo que está prohibido) o de ese tan particular espíritu lúdico que caracteriza a la etapas previas a la madurez». «Las Especialidades de Procedimiento de Menores con Relación a los Principios del Proceso Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 5/92, pp. 499 a 510.

⁵⁵ Para CHAMPION y MAYS «diversion programs were designed to remove first offenders and relatively minor offenders from the formal adjudication process as quickly as possible to avoid the stigmatising effects of delinquency proceedings». CHAMPION, DEAN, J. y LARRY MAYS, G., *Transferring juveniles to criminal courts. Trends and implications for criminal justice*, Praeger publishers, USA, 1991, p. 45.

⁵⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas», Colex, 2003, p. 262.

LORPM, se sitúan entre el 20-24% aproximadamente»⁵⁷. Bujosa Vadell habla de huida del proceso⁵⁸.

2. *El desistimiento*

El artículo 18 LORPM regula la manifestación más radical del principio de oportunidad al permitir al Fiscal la no incoación de procedimiento pese a haber tenido conocimiento de la existencia de hechos constitutivos de infracción penal verosímiles y con personas identificadas. Este desistimiento, habilita al Fiscal para, *ab initio*, abortar —pues literalmente va a impedir su nacimiento— el procedimiento.

Es un principio de oportunidad reglado porque va a ser sometido a condiciones estrictas, y así se reserva para supuestos: 1) que constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación, o faltas (tras la reforma del CP de 2015 la mención debe entenderse referida a los delitos leves). Por tanto, quedarán excluidos los delitos graves (concurra o no violencia o intimidación) y los delitos menos graves⁵⁹ (cuando concurra violencia o intimidación); los delitos leves podrán ser archivados aun cuando concurra violencia o intimidación; 2) que se trate de menores que no hayan cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. No exige la LORPM que exista una sentencia condenatoria firme anterior, por lo que creemos que este requisito deberá interpretarse de forma flexible. Debe tenerse presente que el desistimiento es una decisión reglada discrecional —que no arbitraria— por lo que por su propia naturaleza si bien la decisión de aplicar el desistimiento debe motivarse, no es necesario motivar su no utilización. Nada obsta a que el Fiscal pueda valorar a la hora de decantarse por el no desistimiento, la existencia de denuncias por hechos anteriores aunque aún no hayan dado lugar a pronunciamientos condenatorios. Por las mismas razones, en nuestra opinión podrán también valorar anteriores hechos delictivos aunque se refieran a hechos prescritos⁶⁰. En sentido positivo, tratándose de hechos prescritos, si el Fiscal estima en interés del menor utilizar el desistimiento, su concurrencia no será obstáculo para que pueda decidirse en tal sentido.

⁵⁷ GARCÍA INGELMO, F. M., «El principio de oportunidad y sus manifestaciones en la LORPM (arts. 18, 19 y 27.4). Problemas prácticos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado», *La Ley*, 11900/2020.

⁵⁸ BUJOSA VADELL, L. M., «Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores», *Justicia: revista de derecho procesal*, 2008, pp. 59-101.

⁵⁹ Son delitos menos graves aquellos castigados con pena menos grave de hasta tres años (arts. 13 y 33-3, del C. Penal).

⁶⁰ En este sentido, ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., en «El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia-CEJAJ. En sentido contrario, para DOLZ LAGO, *op. cit.*, «La indefinición jurídica del párrafo 2.º del artículo 18 “hechos de la misma naturaleza”... por garantía jurídica, debería reconducirse al contenido y límites de la reincidencia».

Conforme a la Circular 9/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* «... la norma en este punto debe ser interpretada con prudencia y a partir de la consideración de que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios. De ese modo, la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, revisite carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales».

En Estados Unidos la aplicación del principio de oportunidad en su modalidad de desistimiento adquiere una significación más radical al apoderar incluso a la Policía su aplicación (*informal alternatives*)⁶¹.

El Fiscal, en esta fase ha sido calificado de verdadero *dominus procedendi*⁶² en tanto destinatario de la denuncia y en cuanto decide sobre su archivo sin posibilidad de recurso⁶³.

El desistimiento no supone que no puedan existir otras consecuencias jurídicas derivadas de la comisión del hecho por el menor infractor, y así el Ministerio Fiscal «dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley». La remisión al artículo 3 supone en definitiva la puesta en conocimiento de la entidad pública de los hechos a fin de que por ésta se valore la situación y promueva las medidas de protección adecuadas a las circunstancias⁶⁴. Entendemos que, pese a los términos aparentemente imperativos de la LORPM, esta remisión de testimonio solamente debe darse en los supuestos en los que de lo actuado existan indicios para pensar que el menor pueda encontrarse en una situación de desamparo o riesgo que precise medidas de protección. Si no hay al menos situación de riesgo la Administración no debe actuar⁶⁵.

⁶¹ KRISBERG, B. y AUSTIN, J. F., *Reinventing juvenile justice*, Sage Publications, California, 1993.

⁶² LORCA NAVARRETE, A. M.^a, en *El proceso español del menor*, Dykinson, 1993.

⁶³ Por este motivo se dice que «el Fiscal de menores es plenamente soberano en esta fase del proceso penal de menores». CUELLO CONTRERAS, J., «El nuevo Derecho Penal de menores», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2000. Asimismo, GIMENO SENDRA, *op. cit.*, mantiene que el decreto de archivo «goza de todos los efectos de la cosa juzgada, sin perjuicio de que pueda el perjudicado ejercitar la acción civil en el declarativo correspondiente o suscitar la responsabilidad disciplinaria e incluso penal del Ministerio Fiscal».

⁶⁴ Así se ha escrito que «cuando se observen carencias relevantes en el entorno familiar y social del menor el desistimiento no podrá consistir en un mero abandono del menor a su propia suerte. Se habrá de procurar, por el contrario, la debida protección social del mismo, remitiéndolo... a las instituciones competentes». GONZÁLEZ CAMPO, E. «Práctica del proceso penal. Volumen segundo», VV.AA., Thomsom Civitas, 2003, p. 642.

⁶⁵ En este mismo sentido, el Informe del Consejo Fiscal de 28 de diciembre de 2005 sobre el Anteproyecto de 7 de octubre de 2005, considera que Podría aprovecharse esta ocasión de reforma del artículo 18, sin embargo, para añadir al inciso en el que se dispone que el Ministerio Fiscal «dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley» la mención a que dicho traslado habrá de darse solamente «cuando proceda en atención a las circunstancias concurrentes...». En efecto, la remisión al artículo 3

Sin duda, cohonestar el desistimiento con los derechos de la víctima resulta, cuando menos, complicado⁶⁶.

Conforme a la Circular 9/2011 «la idea de un elenco o catálogo de delitos apropiados para el uso de estas facultades parece contraria a la razón de ser del principio de oportunidad en el Sistema de Justicia Juvenil, cuyas intervenciones se deciden no sólo en función del delito o falta cometido, sino también de las circunstancias del menor infractor. De esta forma, el Fiscal instructor puede moverse libremente dentro de los límites reglados de los artículos 18 y 19 de la LORPM».

La Circular 9/2011 establece las pautas que deben tenerse en cuenta para decidir sobre la aplicación del desistimiento:

1) «Como pauta general, la infracción adecuada al desistimiento será un hecho aislado que, por su propia naturaleza, no denote la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, de riesgo social y de repetición de esa infracción penal u otras más graves, sino que responda más bien a una conducta antisocial puntual, propia de la adolescencia».

2) «Uno de esos factores es el tiempo transcurrido desde que el hecho se hubiese cometido. Una intervención tardía muchas veces puede ser desaconsejable, tal como se desprende del artículo 27.4 LORPM [...] la circunstancia de haber alcanzado la mayoría de edad el encartado será relevante a la hora de

supone en definitiva la puesta en conocimiento de la entidad pública de los hechos a fin de que por ésta se valore la situación y promueva las medidas de protección adecuadas a las circunstancias. Pero pese a los términos aparentemente imperativos de la LORPM, esta remisión de testimonio solamente tiene sentido en los supuestos en los que de lo actuado se desprendan indicios de que el menor pueda encontrarse en una situación de riesgo que precise medidas en tal sentido...El mero hecho de incurrir en una conducta ilícita —piénsese sobre todo en los supuestos más leves sin reincidencia para los que precisamente está previsto el art. 18— no es indiciario de una situación de riesgo, y sin indicios de riesgo o desamparo, la entidad pública de protección de menores carece en realidad de presupuesto habilitante para intervenir en relación con el menor...Esta misma observación es extensiva a la actual redacción del artículo 3 LORPM. La burocrática remisión automática de lo actuado a la entidad pública de protección de menores en los supuestos de los artículos 18 y 3 LORPM genera un estéril trasiego de papel sin efecto útil alguno, entre la Fiscalía y las sobresaturadas Entidades Públicas.

La Circular 1/2000 también considera que «no toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite de la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO 1/1996 citados en el artículo 3 de la Ley».

En el mismo sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derecho Penal de Menores*, Bosch, 1.^a ed., 2001, que considera que «da la sensación que el legislador no quiere dejar sin algún tipo de intervención los casos en los que el Ministerio Fiscal... decide no incoar expediente a un menor que ha cometido una infracción penal, sin tener en cuenta que la consecuencia que establece impide que el menor esté asistido de los derechos y garantías de que goza en el procedimiento penal y puede ser más gravosa para él».

⁶⁶ En este sentido se ha mantenido por GARCÍA INGELMO, *op. cit.*, que «aunque deba notificarse a la víctima el decreto acordando el desistimiento, no cabe recurso contra el mismo, pues ni es posible la personación, ni tampoco que recurra la víctima no personada, no siendo aplicables aquí las previsiones de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, de 28 de abril».

decantarse por la aplicación del desistimiento y evitar la aplicación extemporánea a un mayor de edad de medidas, soluciones y recursos concebidos para menores».

3) «El haber satisfecho las responsabilidades civiles a favor de la víctima o del perjudicado, o haberle procurado debida satisfacción —si el perjuicio no fuera pecuniario— es un elemento a valorar positivamente de cara al desistimiento».

3. *Mediación y reparación*

Las soluciones extrajudiciales se enmarcan en la denominada justicia restaurativa. Siguiendo el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa (2006) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, un proceso restaurativo «es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador»⁶⁷.

La Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶⁸, reiterando anteriores pronunciamientos internacionales, en su punto III.7 dispone que *debe continuar la expansión del abanico de alternativas disponibles al enjuiciamiento formal. Deberían estas alternativas formar parte de un procedimiento regular, debiendo respetar el principio de proporcionalidad, reflejar el superior interés de los menores y, en principio, aplicarse solo en casos en los que se acepte libremente la responsabilidad*.

Estas sugerencias tienen su plasmación en el artículo 19 LORPM, que faculta al Ministerio Fiscal para desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los

⁶⁷ Para Montesdeoca «los procesos de justicia restaurativa, como complementos del sistema penal, permiten a la víctima, a los ofensores y los miembros afectados de la comunidad, participar de forma más eficaz en la respuesta al delito. El proceso en el que participan las partes es una poderosa forma de abordar, no solo los aspectos materiales y lesiones físicas causadas por el crimen, sino también otros daños de índole social y psicológico». MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Contribuciones de la justicia restaurativa a la reparación del daño y a la satisfacción de necesidades de las víctimas de delitos», *La Ley*, 2389/2021. Para este autor «acudir a la aplicación de las técnicas restaurativas en el proceso penal es una excelente opción, no solo en las propias víctimas, sino también en los ofensores, desarrollando actitudes de empatía y originando la disminución de estímulos criminógenos con el siguiente efecto en la inhibición de conductas criminales futuras y, también por ello, en la reducción de las posibilidades de reincidencia. Para ello, es preciso partir de dos elementos necesarios: el primero, la participación responsable del ofensor, y el segundo, la voluntariedad y libertad de las partes a participar. Sin ello, el proceso estará abocado al fracaso».

⁶⁸ Rec (2003)20 *concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice*.

hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe⁶⁹.

La doctrina ha señalado igualmente cómo la reparación puede servir para alcanzar los fines de prevención general y especial inherentes al Derecho Penal⁷⁰.

La Exposición de Motivos de la LORPM explica cómo la reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa.

Caben tres modalidades de soluciones extrajudiciales, conforme al apartado segundo del artículo 19 LORPM:

1) La conciliación (mediación), que concurre cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas⁷¹. Se

⁶⁹ Se ha destacado de la mediación que «la comunicación e interacción víctima-ofensor es un elemento educativo y de resocialización del infractor a quien se le invita a responsabilizarse de sus actos y no a negarlos y desprenderse de las consecuencias de los mismos, al tiempo que... tiene efectos terapéuticos para la víctima, terminando con algunos de sus miedos o efectos psicológicos del delito, situaciones de inseguridad etc.». FERREIRO BAAMONDE, X., «La víctima en el proceso penal», *La Ley*, 2005, p. 481.

⁷⁰ Para VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, «la reparación sirve al establecimiento de la paz jurídica también a través de los fines de prevención general y especial. Prevención general positiva, orientada a la restauración de la paz jurídica, en cuanto que es capaz de proporcionar a la comunidad un efecto de confianza y un efecto de satisfacción. Prevención especial, en cuanto que la vía de reparación conduce de forma consecuyente y desde un principio a la integración social del culpable, al reconocer su culpabilidad, el dolor causado a las víctimas y su voluntariedad en reparar el daño. Según esto, la reparación se adapta sin fisuras a un Derecho Penal basado en la compensación de culpabilidad y orientado en la determinación preventiva de consecuencias jurídicas, constituyendo una vía penal para el restablecimiento de la paz jurídica».

Para BUENO DE MATA «los métodos autocompositivos intrajudiciales como la mediación constituyen una nueva vía de aplicación del principio de oportunidad que puede ser aplicada en estos casos y que a su vez hacen que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. De esta forma alcanzaremos una nueva vía para la adopción de medidas de oportunidad, como el sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima previsto en el artículo 19 de la LORPM, que perfectamente podrían encajar como medidas intrajudiciales semejantes a la mediación penal». BUENO DE MATA, E., «Reflexiones críticas acerca de las medidas de oportunidad en el proceso de menores: especial referencia a la mediación penal», *La Ley*, 4148/2020.

⁷¹ Se ha llegado a asignar al Fiscal una nueva función: la de mediador, consistente en contribuir a la obtención de la rápida solución, tanto del conflicto social existente entre el Estado y el imputado, cuanto el intersubjetivo que enfrenta al ofensor con su víctima. *Vid.* GIMENO SENDRA, V., «El proceso penal de menores», *La Ley*, año XXII, n.º 5386.

ha destacado el relevante papel que puede tener la mediación en el proceso penal de menores, por las propias características de estos⁷².

2) La reparación, que consiste en el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

En cuanto a las diferencias entre conciliación y reparación, como se ha puesto de manifiesto «si la conciliación busca la satisfacción psicológica de la víctima, la reparación tiende más bien a la consecución de una satisfacción material»⁷³.

3) La actividad educativa, consistente en que el menor se comprometa a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El supuesto regulado en el artículo 19 LORPM presupone ya un expediente incoado, en el que no se ha estimado adecuado el ejercicio del principio de oportunidad del artículo 18. En estos casos además, se va a exigir al menor infractor una postura activa socializadora, ya a través de la conciliación, ya a través de la reparación ya a través de la realización de una tarea⁷⁴.

Para que pueda optarse por este cauce desjudicializador debe concurrir una *conditio sine quae non*: que se traten de hechos subsumibles en delitos menos graves o leves. Además deberá valorarse *la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión*

⁷² Para VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 291, «la mediación es una forma de reparación de gran importancia sobre todo, a juicio de Berian Manteca en los casos en que tanto el infractor como la víctima son menores, ya que es muy educativo para ambos. Admiten los hechos, se responsabilizan de ellos y piden perdón. Por ello, este sistema de reparación da muy buen resultado entre adolescentes. La víctima acaba totalmente satisfecha, viendo reparado su derecho. Pone de relieve García Pablos que los estudios e investigaciones sobre jóvenes y menores demuestran la particular afflictividad del reencuentro autor-víctima y la comprobación directa, personal e inmediata por el infractor del daño causado. La fragilidad cognitiva que padecen jóvenes y menores en sus técnicas de atribución y justificación explica, por ejemplo, lo gravoso que resulta al joven o menor un cara a cara con su víctima y pedir perdón, después de constatar el mal efectivamente ocasionado a aquella. Sus rudimentarios mecanismos de autojustificación se desmoronan al darse de bruces con la realidad quedando desprotegidos frente al complejo de culpa». VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, 2003.

⁷³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva multidisciplinar*, Atelier, 2007, p. 89.

⁷⁴ En cuanto al nacimiento de esta vía desjudicializadora se ha dicho que se trata «de una nueva ideología, para la mayoría inspirada en las palabras de Nils Christie, en 1972 en Inglaterra, expresadas ya en la famosa frase que los jueces y abogados se han convertido en “ladrones de conflictos” y que hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto. Para él los “propietarios” del conflicto han de ser los únicos capacitados en resolverlo. Algo parecido a como los psicoanalistas expresarían la crisis, es decir como la única forma de crecer». GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado*, Menores privados de libertad, Escuela Judicial-CGPJ.

de los hechos⁷⁵. Por tanto, aunque es un elemento específico y cualificado de valoración, la concurrencia de violencia o intimidación no impide *per se* la utilización de estas soluciones extrajudiciales⁷⁶.

A estos efectos, por delitos menos graves y leves habrá de entenderse los que conforme a los artículos 13 y 33 CP merecen tal calificación⁷⁷.

En este caso no es el Fiscal quien archiva, sino que en su caso lo realizará el Juez previa petición de aquel. Debe entenderse (*vid.* art. 19.5) que desde el momento en que se asume el compromiso de reparación o realización de actividad educativa hasta el momento en que tales compromisos se llevan a efecto, el expediente debe quedar en suspenso. Una vez constatado el cumplimiento (o la falta de cumplimiento por causas ajenas a la voluntad del menor) o el incumplimiento, el expediente se reapertura bien para pedir al Juez el archivo, bien para continuar la tramitación ordinaria del expediente⁷⁸.

Aunque no hay una previsión expresa, nada impide que sea el menor infractor a través de su Letrado quien proponga esta alternativa de derivación⁷⁹.

La LORPM equipara, a los efectos de poder acordar el archivo, el que se haya producido la conciliación o se hayan cumplido los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado al supuesto de que la conciliación o reparación *no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor*. Es decir, lo importante para la Ley es el plano subjetivo (la concurrencia de una plena disponibilidad del menor hacia la reparación, con la consiguiente responsabilización por la infracción cometida), mucho más decisivo que el plano objetivo (por ello, aunque no lleguen a ejecutarse los contenidos por causas no imputables al menor, la reparación pueda desplegar su eficacia desjudicializadora)⁸⁰.

⁷⁵ Para ESQUIVIAS JARAMILLO, *op. cit.*, la condición de aplicabilidad del artículo 19 es idéntica a la del artículo 18. Sin embargo, no compartimos esta postura, pues aunque el artículo 19 también exige que se trate de delitos menos graves, no exige como el 18 que en todo caso no concorra violencia o intimidación sin perjuicio de que deba atenderse de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves. En el mismo sentido propugnado se pronuncia GARCÍA INGELMO, quien mantiene que «se amplía un tanto el elenco de infracciones que pueden sobrepasarse de esta forma en relación al anterior artículo 18, puesto que podrían tener cabida, a modo de ejemplo, los robos violentos del artículo 242-3 del Código Penal, o los delitos contra la integridad física que no sean reveladores de una especial peligrosidad». En «El Fiscal y el principio de oportunidad en la LO 5/2000», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia-CEJAJ.

⁷⁶ En el mismo sentido, Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado.

⁷⁷ Tras la reforma operada en el CP por LO 15/2003 el ámbito de los delitos menos graves se expande pues ahora son tales los que tienen señalada pena no superior a cinco años de prisión.

⁷⁸ DOLZ LAGO, *op. cit.*, habla de que «el Fiscal mantendrá abierto el expediente mientras se realiza la conciliación, la reparación o la actividad educativa. Una vez finalizada... dará por concluido el expediente y solicitará el sobreseimiento y archivo al Juez».

⁷⁹ En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ y LUACES GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁰ En el mismo sentido, Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado. También SANZ HERMIDA, Á. M.^a, *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, p. 225.

El Equipo Técnico⁸¹ adquiere gran relieve en las funciones de mediación y reparación, pues a este órgano se encomienda la realización de las funciones de mediación, la vigilancia de la efectiva realización de los compromisos asumidos y el informe sobre el grado de cumplimiento de los mismos, informe que será determinante para que el Fiscal decida la conclusión del expediente y la petición de archivo o la continuación.

Se permite también acudir a esta vía desjudicializadora cuando el menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe. Esta tercera modalidad se separa del concepto de conciliación o mediación y parece asemejarse en su contenido a la medida prevista en la letra k) del artículo 7 (realización de tareas socio educativas)⁸².

En todo caso, la reparación extrajudicial como medio de terminar el proceso no se configura como una salida obligatoria, sino que solamente tiene lugar cuando la evaluación de todas las circunstancias concurrentes lleva a la conclusión de que es una respuesta procedente (*vid.* SAP Navarra, sec. 3.^a, n.º 155/2002, de 21 de octubre)⁸³.

Algunos autores subrayan la necesidad de asistencia letrada al menor imputado antes de que se someta a las reparaciones o conciliaciones⁸⁴.

⁸¹ Equipo multidisciplinar integrado por psicólogo, pedagogo y trabajador social que asesora permanentemente al Fiscal y al Juez de Menores.

⁸² Para ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, «esta actividad educativa es diferente de la reparación a la víctima y se desarrollará en labores de colaboración o asistencia social, de forma similar a las prestaciones en beneficio de la comunidad, aunque el término “actividad educativa” plantea la duda de si es más amplio que las prestaciones en beneficio de la comunidad previstas en el artículo 7.1.j) LORPM y podría comprender también la obligación del menor de acudir a un centro social o educativo (art. 7.1.f) o la realización de tareas socio-educativas (art. 7.1.k)».

⁸³ «La reparación del daño causado y la conciliación entre la víctima y el menor no son medidas obligatorias, sino que han de aplicarse cuando concurren los requisitos previstos legalmente, es decir, “cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón”, requiriéndose en la reparación “algo más”, a saber, “el menor ejecuta el compromiso adquirido con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado...” (...) 2.º Es el Equipo Técnico el que interviene como mediador para que tenga lugar la conciliación, valorando si concurren los requisitos necesarios. Cuando éstos no se dan, que es lo acaecido en el caso enjuiciado conforme declararon los representantes del Equipo Técnico durante el juicio, aludiendo a que “no se daban las bases adecuadas de los criterios educativos correspondientes”, la mediación no es obligatoria... 3.º Debe resaltarse que el Equipo Técnico en su informe pone de manifiesto el progresivo deterioro del menor en todas las áreas, lo que justifica no sólo la improcedencia de la conciliación por falta de arrepentimiento sino la medida impuesta en la sentencia». Pte.: Vila Duplá, Aurelio.

⁸⁴ Se ha mantenido que «con el fin de... preservar el derecho de defensa ha de garantizarse la espontaneidad o libertad de la declaración de voluntad del inculpado, quien no puede ser sometido a género de presión alguno para que preste su reconocimiento en los hechos, el cual debiera ser ratificado por su Abogado. En cualquier otro caso se violaría el artículo 6 CEDH (derecho de acceso a un Tribunal) con respecto al cual el TEDH ha tenido ocasión de declarar que dicho precepto no se infringe en los sistemas de transacción, siempre y cuando el consentimiento del imputado se haya prestado libremente y sin coacción alguna (SSTEDH de 21 de fe-

El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* ha introducido una regulación específica sobre el para modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.

En cuanto a qué tipo de supuestos son propicios para estas soluciones extrajudiciales, son interesantes las pautas que aporta la Circular 9/2011: «... puede encontrarse a menudo la vía natural de solución de ciertas manifestaciones delictivas que son reflejo de problemas sociales como el acoso escolar (25), o de fenómenos como la utilización de Internet y las nuevas tecnologías para la comisión o difusión de delitos. [...] En los frecuentes casos de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor careciendo del permiso o licencia correspondientes (art. 384, párrafo segundo CP), cabe el desistimiento en caso de inexistencia de antecedentes, procurando transmitir al menor el reproche que su conducta merece; pero cabe también incoar un expediente instando al propio tiempo del Equipo Técnico que evalúe al menor proponiendo como solución extrajudicial, conforme al artículo 19, la realización, como actividad educativa, de un curso de seguridad vial [...] Por ello debe potenciarse aún más la utilización de estas soluciones extrajudiciales, promoviendo la creación de los recursos correspondientes en aquellos lugares en que no existieran. [...] como pauta general, en todos los casos, antes de acordar la desjudicialización deberá atenderse a la propia finalidad de esta opción, diseñada para ofrecer respuesta puntual a infracciones, igualmente puntuales, cometidas por menores. Este tipo de respuesta no sería la adecuada cuando las circunstancias concurrentes en los hechos o la situación del menor demanden medidas de intervención global sobre el mismo».

En principio ha de contarse con la conformidad de la víctima o perjudicado, incluso cuando la actividad a desarrollar lo sea en beneficio de la comunidad⁸⁵.

Como acertadamente recoge la Circular 9/2011 «también han de pesar en la reflexión consideraciones victimológicas. Cuando se trate de hechos con víctima individualizable, como regla general, es conveniente recibirle declaración para ponderar debidamente la decisión que ha de adoptarse. Los perjuicios, patrimoniales o no, irrogados por la infracción, serán un factor digno de consideración a la hora de decantarse o no por el desistimiento. Es cierto que ni el artículo 18, ni tampoco el artículo 19, relativo a las soluciones extrajudiciales, aluden en ningún momento a la satisfacción de las responsabilidades civiles como elemento condicionante para el ejercicio de esas potestades por el Fiscal. [...] Pero no cabe duda que el haber satisfecho las responsabilidades civiles a favor de la víctima o del perjudicado, o ha-

brero de 1975 asunto Golder y 27 de febrero de 1980 asunto Deweer)». DÍAZ MARTÍNEZ y LUACES GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁵ AAP Madrid, secc. 4.ª, n.º 58/2002, de 24 de julio (Pte. Benito López, Alejandro M.ª): «el que entre las posibilidades de reparación se prevea el desarrollo de acciones en beneficio de la comunidad, no supone el que pueda prescindirse de la anuencia de la víctima o del perjudicado, al constituir ésta la primera condición para que exista la reparación».

berle procurado debida satisfacción —si el perjuicio no fuera pecuniario— es un elemento a valorar positivamente de cara al desistimiento».

No obstante, si la víctima se opone sin motivo justificado a la solución extrajudicial propuesta, esta podrá llevarse a cabo y en este sentido, la Circular 9/2011 establece que «si se detectase riesgo de que el proceso del artículo 19 pudiese frustrarse a consecuencia de posturas irrazonables de los perjudicados, o porque éstos vinculasen su aceptación a que se satisfagan pretensiones económicas desmedidas, cabrá la posibilidad de interesar el sobreseimiento en beneficio del menor que abre el artículo 19.4 (... cuando una u otros —conciliación y reparación— no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor)».

El párrafo sexto del artículo 19 introduce requisitos adicionales para los supuestos de víctimas menores de edad «en los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores».

Resulta curioso comprobar cómo la Ley otorga mayor capacidad para obrar al menor infractor que a la menor víctima⁸⁶.

La doble intervención de representante y juez cuando la víctima es menor de edad carece de justificación, pues no debe olvidarse que la acción de responsabilidad civil no ha de verse vinculada por este acuerdo que solo afecta a las consecuencias educativo sancionadoras de los hechos, consecuencias que quedan fuera del ámbito de disposición de las víctimas (menores o no) y de sus representantes⁸⁷.

Si en estos casos de víctimas menores o incapaces el Juez no da su aprobación, pese a que tanto el menor, como el representante legal como el Fiscal aceptan el compromiso alcanzado, el expediente deberá continuar su tramitación no pudiendo archivarse en base al artículo 19, sin perjuicio de que en su caso pudiera proponerse el archivo por la vía del artículo 27.4.

Los AAP Madrid, secc. 4.ª n.º 31/2002, de 10 de mayo y n.º 58/2002 de 24 de julio⁸⁸ analizan las consecuencias que derivan de la ausencia de anuencia de

⁸⁶ Vid. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.ª R., «Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de 12 de enero», *Boletín Aranzadi Penal*, n.º 9/2003, Aranzadi, 2003. Como ha mantenido SANZ HERMIDA, *op. cit.*, p. 225, «por lo que se refiere a los requisitos de capacidad, el menor goza en este ámbito de capacidad procesal, por lo que, como se establece además expresamente en la Ley, podrá realizar por sí mismo la conciliación o, en su caso, asumir el compromiso de reparación, aunque... debidamente asistido por un Letrado que le asesore».

⁸⁷ En el mismo sentido, PANTOJA GARCÍA, F., en *El Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Tomo VII, año 1997.

⁸⁸ Ambos con ponencia de Alejandro M.ª Benito López.

la víctima en la reparación extrajudicial, admitiendo la posibilidad de subsanación, requiriendo a la víctima su consentimiento con la reparación ya efectuada y la aprobación judicial en el caso de que todavía la misma fuera menor de edad. Estas resoluciones también se plantean el supuesto de si la víctima no estuviera de acuerdo, no se concediese en su caso la autorización judicial, o pretendiese una reparación diferente, para el caso del menor imputado que ya hubiera cumplido con los actos de reparación en beneficio de la comunidad que le fueron fijados por el equipo técnico, concluyendo con que no siendo imputable al menor el defecto, cuando el mismo hubiera cumplido íntegra y satisfactoriamente la actividad en beneficio de la comunidad, no cabría la posibilidad de imponérsele ningún tipo de medida, por ser ello contrario al principio *non bis in idem*, que impide que una persona pueda ser sancionada dos veces por un mismo hecho, acordando en consecuencia el sobreseimiento y archivo del expediente.

Aunque la aplicación de las soluciones extrajudiciales del artículo 19 no exige una declaración formal de asunción de responsabilidad por los hechos, implícitamente es evidente que la aceptación de la reparación por parte del menor implica el reconocimiento de su participación en los hechos. Se ha puesto de manifiesto que «el menor, de alguna forma, se declara culpable, y... el fiscal podrá continuar la tramitación de un expediente en el que el menor ya se ha reconocido culpable»⁸⁹. En nuestra opinión, en caso de incumplimiento de la reparación, si continúa la tramitación del expediente, nunca podrá, esa inicial aceptación de la reparación, valorarse como prueba de cargo.

La jurisprudencia menor confirma esta tesis; en ningún caso cabe otorgar al acta de reparación los efectos de fijación de los hechos que se atribuyen a la conformidad regulada en los artículos 655 y 791.3 LECrim (*vid.* SAP Madrid secc. 4.ª n.º 133/2003, de 26 de noviembre)⁹⁰.

⁸⁹ PILES GIMENO, C., «Situación actual de la legislación de menores. Estudio de la LORPM», *Estudios Jurídicos Secretarías Judiciales*, VII-2001, Ministerio de Justicia-CEJAJ., p. 26.

⁹⁰ «... Se trata de una medida alternativa prevista en la LORPM que, sin necesidad de un acto formal de enjuiciamiento, hace realidad la finalidad reeducadora que anima el texto legal de la responsabilidad penal de los menores... De que el menor asuma en el Acta de Reparación la responsabilidad en los hechos y desee reparar el daño no puede deducirse más que un reconocimiento genérico de los mismos, cuyo reproche asume; sin que suponga, lo que se pretende en el recurso, que los actos de reparación equivalgan a un allanamiento y desvirtúen la versión de los hechos mantenida por los menores en el acto de celebración de la vista... A diferencia de la conformidad regulada en los artículos 655, 688 y ss., y 791.3 LECrim, actual 787, los hechos, antes de su aceptación, no han sido descritos, ni ha existido acusación, ni escrito de conformidad formalizado por la defensa o firmado conjuntamente por el menor, su representante legal, su defensa y el Ministerio Fiscal; conformidad que el actual artículo 787.4 LECRIM exige se verifique, previa información por el Secretario de sus consecuencias...» (Ponente: de Prada Bengoa, María del Pilar).

En nuestro entorno las cifras de expedientes a los que se da salida a través de las soluciones extrajudiciales son extraordinariamente altas⁹¹.

Los porcentajes de utilización de esta manifestación del principio de oportunidad en España oscilan entre el 10 y el 11 por ciento: 11,72% en 2010; 9,76% en 2011; 10,25% en 2012; 10,52% en 2013; 11,35% en 2014 y 11,45% en 2015; 11,13% en 2016; 11,92% en 2017; 11,59% en 2018 y 10,49% en 2019⁹².

La Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes* desaconseja explícitamente las soluciones extrajudiciales para los casos de violencia contra los ascendientes, permitiendo solo su aplicación con carácter excepcional.

4. Otras vías desjudicializadoras

El artículo 27.4 incorpora otras vías de desjudicialización que tampoco encajan en el concepto de reparación:

1) Conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados.

2) Conveniencia de no continuar la tramitación del expediente por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

En ambos casos también se requerirá que concurren los requisitos previstos en el artículo 19.1, por lo que los delitos graves automáticamente quedan fuera de la posibilidad de ser desjudicializados, opción ésta bajo la que se trasluce la siempre presente tensión entre la retribución y la prevención general y los ideales de un Derecho Penal juvenil inspirado exclusivamente en el interés del menor.

Las amplias posibilidades de sobreseer el procedimiento deben tener como contrapeso la necesidad de motivar las propuestas y resoluciones y la obligatoriedad de notificar a los perjudicados (art. 270 LOPJ)⁹³.

⁹¹ Expone SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ «en algunos países de nuestro entorno jurídico —en particular en Alemania, Suecia y los Países Bajos— la gran mayoría de los casos siguen esta vía extrajudicial. En particular en Alemania las cifras superan en todos los *Länder* el 60%, llegando a alcanzar en algunos niveles superiores al 80 y al 90%». SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva multidisciplinar*, Atelier, 2007, p. 92.

⁹² Estadísticas de la Fiscalía General del Estado.

⁹³ SAP Pontevedra, sec. 1.ª, n.º 89/2002, de 18 de noviembre, pte.: Almenar Belenguer, Manuel EDJ 2002/70173 «el Juez de Menores puede, valorando los requisitos y las circunstancias que se expresan en los artículos 27.4 y 19.1 LO 5/00, decretar el sobreseimiento del expediente al amparo del artículo 30, es decir, en el trámite previo a la apertura de la audiencia. Pero lo que no puede es acordar la celebración de la audiencia (lo que supone, implícitamente, rechazar las

El Dictamen 4/2013 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al artículo 27.4 de la LORPM considera que esta posibilidad desjudicializadora debe utilizarse restrictivamente en tanto esta habilita la conclusión del expediente sin que el menor reciba una respuesta a su conducta en forma de medida correctora, extrajudicial o judicial.

El porcentaje de archivos en los últimos años conforme al artículo 27.4 LORPM arroja las siguientes cifras: 6'19% de causas archivadas en 2015; 5'16% en 2016; 4'80% en 2017; 4'65% en 2018 y 3'45% en 2019.

A diferencia del desistimiento radical del artículo 18, el previsto en los artículos 19 y 27.4 no exige como requisito que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, aunque la concurrencia de tal circunstancia lógicamente habrá de sopesarse especialmente antes de decidir utilizar esta vía de escape al procedimiento formalizado.

En su objetivo de dar la máxima operatividad a la conciliación, se prevé la misma incluso en la fase de ejecución. El artículo 51.3 LORPM dispone que «la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor».

IV. Bibliografía

- ARÉVALO CUNICH, J., *La instrucción penal: ¿Juez inquisitivo o Juez de garantías? Papel del Fiscal*, Fundación Wolters Kluwer, 2014.
- BÁDENAS CARPIO, J. M., *Actualidad Civil*, 2001, XXXIII.
- BENTHAM, J., «The Principles of Morals and Legislation: Full and Fine 1781 Edition (Illustrated)», versión Kindle.
- BETRÁN PARDO, A. I., «Del principio de oportunidad en el proceso por delitos leves», *Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP* (<www.ficp.es>), n.º 2015-3.
- BUENO DE MATA, E., «Reflexiones críticas acerca de las medidas de oportunidad en el proceso de menores: especial referencia a la mediación penal», *La Ley*, 4148/2020.
- BUJOSA VADELL, L. M., «Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores», *Justicia: revista de derecho procesal*, 2008

demás posibilidades previstas en el art. 30), y, practicadas las pruebas, decretar la no continuación del expediente. Una vez celebrada la audiencia, el procedimiento debe concluir por sentencia que absolverá o condenará al infractor, pero no es dable el acuerdo de no continuación, primero, por razones procesales, y, segundo, por los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica».

- CHAMPION, D. J. y LARRY MAYS, G., *Transferring juveniles to criminal courts. Trends and implications for criminal justice*, Praeger publishers, USA, 1991
- CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en *La reforma del proceso penal*, 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2011.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho Penal de menores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., en VV.AA., *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, 2015.
- DOLZ LAGO, M. J., *La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero)*, Ediciones RGD, Valencia, 2000.
- DÜNKEL, F., *Reacciones en los campos de la administración de Justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea*, Estudios de Derecho Judicial, 2002.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., «El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia-CEJAJ.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J., «Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre», *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n.º 1, 2019, p. 33-72.
- FABIA MIR, «Las Especialidades de Procedimiento de Menores con Relación a los Principios del Proceso Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 5/92, pp. 499 a 510.
- FERREIRO BAAMONDE, X., «La víctima en el proceso penal», La Ley, 2005.
- GARCÍA-HERRERA, A., «Justicia restaurativa: breve reflexión sobre su integración en el marco del proceso penal en España», *Diario La Ley*, n.º 8654, Sección Doctrina, 26 de Noviembre de 2015, Ref. D-445, La Ley.
- GARCÍA INGELMO, F. M., «El Fiscal y el principio de oportunidad en la LO 5/2000», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia-CEJAJ.
- «El principio de oportunidad y sus manifestaciones en la LORPM (arts. 18, 19 y 27.4). Problemas prácticos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado», *La Ley*, 11900/2020.
- GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., «La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado», *Menores privados de libertad*, Escuela Judicial-CGPJ.
- GIMENO BEVIÁ, J., «La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, n.º 8437, Sección Tribuna, 9 de diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-413, La Ley.
- GIMENO SENDRA, V., «El proceso penal de menores», *La Ley*, año XXII, número 5386.
- «El principio de oportunidad y el M.F.», *Diario La Ley*, n.º 8746, Sección Doctrina, 21 de abril de 2016, Ref. D-168, La Ley.
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal*, Tomo II, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 1989.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «Soluciones alternativas al proceso penal. Reformas ante el fracaso de la Justicia. Curso formación continuada de Fiscales “Garantías del imputado”», 2002.
- GONZÁLEZ CAMPO, E., «Práctica del proceso penal. Volumen segundo», en VV.AA., Thomsom Civitas, 2003.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.^a R., «Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de 12 de enero», *Boletín Aranzadi Penal*, n.º 9/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M., «Los delitos leves, su número, caracteres y enjuiciamiento», *La Ley Penal*, n.º 117, 2015, La Ley.
- KRISBERG, B. y AUSTIN, J. F., *Reinventing juvenile justice*, Sage Publications, California, 1993.
- LANDROVE DÍAZ, G., «Derecho Penal de Menores», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a, *El proceso español del menor*, Dykinson, 1993.
- LOUGHRAN, E. J. y GUARINO-GHEZZI, S., *Balancing Juvenile Justice*, Transaction Publishers, New Jersey, 1996.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Contribuciones de la justicia restaurativa a la reparación del daño y a la satisfacción de necesidades de las víctimas de delitos», *La Ley*, 2389/2021.
- MORENO CATENA, V., «El principio de oportunidad en España», La Plata, Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal, Colegio de Abogados de La Plata.
- ORDUÑA NAVARRO, B., «Los delitos leves tras la reforma introducida en el Código Penal por LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 8631, Sección Tribuna, 23 de octubre de 2015, Ref. D-391, La Ley.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derecho Penal de Menores*, Bosch, 1.^a ed., 2001.
- ORTIZ ÚRCULO, J. C., «El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites», Centro de Estudios Jurídicos, 2004, <www.c.e.j.justicia.es>.
- PANTOJA GARCÍA, F., «El Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Tomo VII, año 1997.
- PILES GIMENO, C., «Situación actual de la legislación de menores. Estudio de la LOR-PM», *Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales*, VII-2001, Ministerio de Justicia-CEJAJ.
- RÍO FERNÁNDEZ, L. del, «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *Diario La Ley*, n.º 6520, Sección Doctrina, 6 de julio de 2006, Ref. D-165, La Ley.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Actualidad Penal*, n.º 33, 2000.
- en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva multidisciplinar*, Atelier, 2007.
- en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva multidisciplinar*, Atelier, 2007.
- SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «La actividad instructora en el juicio de faltas y en los delitos leves», *La Ley Penal*, n.º 114, Sección Estudios, 2015, La Ley.
- SANZ HERMIDA, Á. M.^a, *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E., *La Ley*, n.º 25, 2002.
- *La Ley*, n.º 25, 2002.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, 2003.

Capítulo 6

¿Por qué no se conforman los culpables?

Pedro Díaz Torrejón

Fiscal de delitos económicos de la Fiscalía de Área de Getafe-Leganés

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPIOS QUE APOYAN LA NECESIDAD DE LA CONFORMIDAD: 1. Número total de asuntos penales en España: delitos en masa. 2. Porcentaje de conformidad: muy lejos del sistema americano. 3. Límites a la conformidad: excluye el sumario ordinario. 4. El Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, no nos pagan más por acusar, ni existe productividad por sentencias condenatorias, ni incentivos por conformidades. 5. Ámbito de la negociación: la pena. Quien hace jugosa una conformidad es el legislador con su marco normativo, pero no es imperativa. 6. En ocasiones negar la conformidad es conducirnos al juicio del absurdo. 7. La posibilidad de que tras un juicio con todas las garantías, se dicte una sentencia absolutoria es real: existe una expectativa razonable de absolución. 8. Para el dictado de una sentencia condenatoria concurren más de una «garantía de seguridad».—III. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

El debate a favor y en contra de la conformidad, resulta en la actualidad de gran viveza e interés, pues son varios los autores que han reflexionado acerca de los peligros de una «*Mcdonalización*» del proceso penal, por un excesivo acercamiento de nuestro sistema al americano, en el que la conformidad parece haber hecho desaparecer el tradicional modelo del juicio oral en el que debe practicarse la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y publicidad.

Así autores como Lascuraín Sánchez y Gascón Inchausti¹, alertan de que la conformidad abre la puerta a situaciones no siempre fáciles de explicar. De un lado, que la pena que se imponga a un sujeto sea inferior a la que realmente merece y a la que sería socialmente conveniente, o que dejen de perseguirse determinadas conductas a cambio de conseguir la conformidad respecto de otras: en definitiva, que el criminal obtenga «ventajas», algo que, según hemos señalado, obedece a la lógica de la negociación cuando se mira desde la perspectiva del acusado y de la fiscalía, pero que puede chocar a la sociedad.

¹ «¿Por qué se conforman los inocentes?», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2018.

La atribución de plena eficacia —si se dan ciertas condiciones— a la conformidad del acusado también da cabida a la situación inversa a la insuficiencia de pena: que se conforme con la acusación una persona que es inocente, o que merecería un castigo inferior al que se le acabará imponiendo, o cuya pena concreta resulta parcialmente innecesaria a los fines de prevención pretendidos. Según los autores, este escenario es en el que les parece que la legitimidad del sistema de conformidad desde el punto de vista constitucional se podría venir especialmente abajo.

Entiendo que, siendo conscientes del peligro de llegar a ese modelo, no debemos huir de soluciones anticipadas del proceso como la conformidad, siempre que sigan existiendo garantías que aseguren la legalidad y el control judicial.

Por ello, en el presente trabajo, se partirá de dibujar, a partir de datos estadísticos extraídos de la última memoria de la FGE (2020), la realidad del proceso penal español, que tiene la difícil tarea de permitir que por él circulen más de 2 millones de procedimientos nuevos al año (2.116.741 en 2019). Serán los datos también los que nos indiquen que la conformidad, aunque muy extendida en España, queda lejos de lo que ocurre en EE.UU. (un 48% frente a un 95%), es decir, está presente, pero no como única ni principal alternativa, pues sigue siendo el dictado de una sentencia tras la celebración del juicio, la principal forma de terminación del proceso.

En este sentido resulta muy gráfica la anécdota relatada por Moreno Verdejo² en relación con el modo de proceder en grandes causas. Relata que en una conferencia ofrecida por un fiscal estadounidense en la FGE acerca del caso *Madoff*, aparecía en la pantalla antes del inicio de la exposición la leyenda *KISS*. El Fiscal aclaró que eran las siglas de *Keep it simple, stupid*, especie de *slogan* que esgrimen los fiscales de EE.UU., encargados de las grandes causas económicas, como regla no escrita de actuación a la que conviene ajustar su estrategia si no quieren morir por dispersión en la investigación o, después, ahogar en un mar de líos al jurado. Ello implica capacidad para orillar hechos cuando los que están acreditados bastan para una condena suficiente, o incluso orillar la indagación de otros responsables si el principal decide asumir entera la responsabilidad de los hechos y poder así alcanzar una conformidad.

Enfrentándose en consecuencia tesis a favor y en contra de la conformidad, en el presente trabajo vamos a tratar de defender que el procedimiento penal contemple soluciones anticipadas del proceso que, siempre respetando las garantías del acusado y su derecho de defensa, permitan dar rápida respuesta a la *notitia criminis* y adelgazar los mastodónticos números de procedimientos a los que la administración de justicia debe dar eficaz respuesta.

Así, se resaltaré que no carecemos de límites a la conformidad, sino que está reservada para penas no superiores a 6 años, de forma que queda vedada para el

² «La conformidad», en MORENO VERDEJO, J., *El juicio oral en el proceso penal*, 3.^a ed., Comares.

procedimiento ordinario y solo admitida en el procedimiento abreviado. Ello sin perjuicio de la conformidad encubierta, la cual quizás sí que debería ser más controlada, pues, de alguna manera, supone la toma de un atajo para saltarse un límite legal.

Se reivindicará la figura del Fiscal como garante de la legalidad, no vinculado imperativamente a formular acusación o a fomentar o incentivar una conformidad, pudiendo discrepar del juez de instrucción al no considerar que los hechos sean constitutivos de delito.

Debe recordarse que quien fomenta la conformidad y hace atractiva la misma es el legislador, premiando la misma si se produce en determinadas circunstancias, quizás buscando reducir asuntos de menor entidad y de previsible resultado final. Negar en ellos la posibilidad del reconocimiento de hechos es conducir al juicio del absurdo, en el que prácticamente no hay objeto, por evidente.

La conformidad siempre será voluntaria, pues la tasa de sentencias absolutorias permite pensar que es más que posible defender con éxito una tesis exculpatoria ante un tribunal penal en España, por lo que no debe existir ningún miedo a no conformarse.

En el ordenamiento jurídico español, existen varias garantías que, acumuladas todas ellas, permiten garantizar la institución de la conformidad. Será la suma de todas ellas lo que asegure un eficaz funcionamiento del sistema. Siendo prioritaria la actuación de los jueces en ella, primero, el juez de instrucción, como órgano que observa o aprecia indicios racionales de delito en el investigado y así lo plasma en una resolución. Y, en segundo lugar, el órgano sentenciador como órgano de control de la sentencia basada en la conformidad libre y voluntaria del acusado.

Así con todo ello, podemos dar respuesta a la cuestión que nos planteamos: ¿por qué no se conforman en España los culpables? Porque pueden hacerlo, porque confían en el sistema y en su eventual absolución y porque ninguna consecuencia negativa para ellos tiene el no prestar la conformidad, de ahí que los culpables no se conformen, y eso que en el año 2019, la conformidad con la posición del Ministerio Fiscal en la totalidad de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal (condenatorias y absolutorias), fue del 70% (igual que en 2017 y 2018, el 68% en el 2016 y el 68% en el 2015). En las dictadas por las Audiencias Provinciales el porcentaje de conformidad con la posición del Fiscal fue del 70% (el 71% en 2018, el 66% en 2017, el 68% en el 2016 y 2015), manteniéndose estable el porcentaje de los últimos tres años.

En definitiva, vamos a tratar de defender en estas líneas las ventajas de la conformidad, instrumento indispensable para evitar el colapso de Juzgados y Tribunales. En este sentido, es muy descriptiva la comparativa³ entre el asunto

³ La realiza el Fiscal Miguel Ros Martínez en su documento Propuestas para agilizar la justicia, de 10 de abril de 2020, presentado a la Ejecutiva de la Asociación de Fiscales.

de la estafa piramidal de Bernard Madoff que tardó 6 meses en obtener una sentencia penal desde el día de su detención (se le detuvo en diciembre de 2008, se le condenó en junio de 2009) y el asunto de la estafa piramidal de Fórum Filatélico que precisó de más de 12 años para que se dictara una sentencia en primera instancia. Es cierto que a día de hoy en el asunto Madoff el Departamento de Justicia americano y los fideicomisarios nombrados siguen, con notable éxito (han recuperado aproximadamente el 75% del dinero estafado), con su labor de recuperar el dinero estafado por el acusado (detenido en diciembre de 2008 y condenado a 150 años de prisión en junio de 2009), pero en el caso español, la sentencia de primera instancia es de julio de 2018 (incoación en 2006) y la que resuelve el recurso de casación es de marzo de 2020 (la condena penal más grave es de 11 años y 10 meses). Todo ello con un enorme esfuerzo procesal al que se añade, lo que es más inquietante, que la responsabilidad civil se va a determinar en ejecución de sentencia más de 14 años después de que se incoara el asunto.

II. Principios que apoyan la necesidad de la conformidad

Podemos enumerar una serie de principios que nos conduce a defender a la conformidad como herramienta útil y si cabe necesaria del proceso penal español, destacamos entre otros los siguientes:

1. *Número total de asuntos penales en España: delitos en masa*

El legislador español es generoso a la hora de tipificar conductas penales, y así podemos ver que acciones que hasta hace no mucho no pasaban de ser ilícitos administrativos, en la actualidad tienen el rango de delito, por ejemplo, la conducción sin carnet, o el superar determinados límites de velocidad en carretera. Ello, sin duda, provoca que las estadísticas de delitos cometidos en nuestro país sean muy elevadas, así por ejemplo, en el año 2018 se dictaron 89.264 sentencias condenatorias por delitos contra la seguridad vial en España. La mayoría de ellas fueron dictadas en diligencias urgentes, siendo mínimos los trámites procesales y, en consecuencia, el desgaste para la administración de justicia. ¿Podemos imaginar que esas casi 90.000 sentencias se hubieran obtenido tras la tramitación en su totalidad de un proceso con todas sus fases (instrucción, intermedia, juicio oral y recursos)? ¿De qué forma afectaría al resto de causas en tramitación? ¿Sería viable alcanzar tal número de sentencias firmes sin un procedimiento tan ágil?

Para entender los beneficios de la conformidad, es necesario manejar cifras globales de procedimientos, así podemos observar que los procedimientos nacidos o incoados en el año 2019, se fueron por encima de los 2 millones de asuntos penales:

Procedimientos incoados año 2019	
Diligencias previas	1.571.860
Diligencias urgentes	203.434
Juicios por delitos leves	338.204
Sumarios incoados directamente	2.652
Jurados incoados directamente	591
Total	2.116.741

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, en el año 2019, la cifra total de diligencias previas incoadas es levemente superior a la de 2018, no constituyendo, no obstante, una variación de la que puedan extraerse conclusiones derivadas de la evolución del dato.

En el año 2017 se consolidó el descenso en la incoación que ya se apreció en el año 2016. Así entre 2016 (primer año completo en el que estuvieron en vigor las reformas procesales) y 2015 el descenso en la incoación fue de un 56%. Entre 2017 y 2016 se constató un descenso superior al 12%. Las causas fueron, inequívocamente, la reforma de la LECrim sobre el nuevo régimen de remisión de atestados sin autor por la policía a los juzgados y la despenalización de algunas conductas que hasta el 1 de julio de 2015 eran constitutivas de faltas.

	Previas	Urgentes	Faltas	Delitos leves	Sumarios	Jurados
2019	1.571.860	203.434	338.204	2.652	591	417
2018	1.570.255	195.527	348.907	2.866	475	378
2017	1.590.492	180.639	361.071	2.242	417	391

En el año 2019 los juzgados incoaron 1.571.860 diligencias previas. Este volumen forma el grueso de procedimientos que conforman los asuntos que cada año integran el marco de actuación de la justicia penal junto con los juicios por delitos leves y las diligencias urgentes. Completan esa cifra los sumarios y procedimientos ante el Tribunal del Jurado (en adelante, jurados) incoados directamente.

En consecuencia, nos encontramos con un volumen de asuntos en masa a los que el intento de dar una respuesta artesanal, única y detallada será materialmente imposible sin alternativas como la conformidad. Es decir, si a más de dos millones de asuntos se les pretende seguir un camino ordinario hasta sentencia firme, con sus fases procesales incluida la fase de recursos, es posible que no exista sistema penal que soporte ese peso, de forma que el colapso sea prácticamente inevitable, y el resultado es que los asuntos quedarán bloqueados como los coches en un atasco en una gran ciudad.

2. *Porcentaje de conformidad: muy lejos del sistema americano*

Uno de los argumentos que se suele utilizar para cuestionar la institución de la conformidad, es el uso quizás abusivo que de ella se hace en sistemas como el americano, en el que más del 95% de los procesos penales finaliza con la asunción de culpabilidad por el acusado, lo que casi elimina el juicio oral tal y como lo conocemos de forma tradicional.

No obstante, si acudimos a las cifras de la Memoria de la FGE de 2019 observamos que en España esos números son muy inferiores, pues solo ocurre en el 48% del total de las sentencias dictadas, menos de la mitad. Así, del total de sentencias condenatorias que constan dictadas por los Juzgados de lo Penal (113.234), 71.909 sentencias lo fueron por conformidad del acusado con la petición del Ministerio Fiscal (el 63%).

En las Audiencias Provinciales se dictaron un total de 7.814, de las cuales 4.282 (el 55%) lo fueron por conformidad del acusado y su defensa con la posición del Fiscal.

Esto supone que, del total de sentencias condenatorias dictadas en los juzgados de lo penal y audiencias provinciales, el 63% de las mismas se dictan por conformidad del acusado con la posición del Fiscal, lo que representa aproximadamente el 48% respecto del total de las sentencias.

En consecuencia, no parece justa la crítica al sistema español pues las cifras sobre conformidad nada tienen que ver con las del americano, en nuestro sistema, muchos años después de regular la conformidad y con una cultura muy asentada sobre los beneficios de la misma, sigue prevaleciendo la finalización del proceso por sentencia tras la tramitación de todas las fases procesales, lo que no ocurre, ni de lejos, en el sistema americano.

3. *Límites a la conformidad: excluye el sumario ordinario*

En nuestro ordenamiento jurídico, conviene precisar, que la conformidad no es ilimitada, pues solo entrará en juego solo cuando la pena solicitada no exceda de 6 años, no teniendo margen en el sumario ordinario, más allá de las denominadas conformidades encubiertas, en la que se hace «el teatrillo» de la confesión del encausado y la práctica «de algo» de prueba, y que se deberían ser objeto de mayor control, tanto dentro de la propia Fiscalía como del Tribunal sentenciador.

De esta forma, se elimina al menos «en abstracto» los posibles vicios o defectos que la conformidad pueda tener en los asuntos más graves, castigados con pena superior a 6 años, aunque esta previsión no coincide con la que el código penal marca para el delito grave (cinco años).

En definitiva, en España la ley no permite conformar todos los asuntos y excluye los de mayor gravedad, aunque no faltan quienes opinan que la regulación de la conformidad debería excluir toda clase de límites, como así hace el Anteproyecto de reforma de la LECr de 2020.

4. *El Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, no nos pagan más por acusar, ni existe productividad por sentencias condenatorias, ni incentivos por conformidades*

En ningún caso podemos admitir la posibilidad de sentencias dictadas contra un inocente. En España, no existe estudio alguno que avale la posibilidad de que un inocente pueda conformarse. El Ministerio Fiscal no puede ni debe recoger en su escrito hechos que no sean veraces ni respondan a los indicios que obran en las actuaciones. La conformidad se prestará libremente y siempre asesorado por su letrado, existiendo siempre la posibilidad de no prestar la conformidad, lo que avala el dato de que más de la mitad de las sentencias se dicten «sin la conformidad» del acusado.

Esta actuación del Fiscal, marcada por la legalidad, se ve reflejada en la diferencia entre el número de incoaciones y el de calificaciones, que ponen de manifiesto las diferencias de criterio entre el Juez de Instrucción y el Fiscal, reflejo de una de las características del modelo procesal español. El promedio nacional de procedimientos abreviados que no culminaron en calificación en 2019 fue del 15% (en 2018 el 17% y el 18% en 2017). Esta es una de las manifestaciones negativas de nuestro actual sistema procesal frente a aquellos en los que el fiscal instruye, instaurados en la mayor parte de los países europeos e iberoamericanos.

5. *Ámbito de la negociación: la pena. Quien hace jugosa una conformidad es el legislador con su marco normativo, pero no es imperativa*

Aunque, en puridad, la negociación entre acusación y defensa puede extenderse a cualquier extremo de los incluidos en el escrito de acusación, lo normal, y que ocurre «de facto» es negociar la conclusión quinta relativa a la pena a imponer, siempre dentro de los límites legales marcados en el código penal para el delito de que se trate. Y es preciso recordar, que quién hace interesante la conformidad, es el propio legislador, desde el momento que «premia» la misma en Diligencias Urgentes.

Donde cobra especial sentido la conformidad es en el ámbito del juicio rápido, de hecho, en el año 2019, del total de las diligencias urgentes calificadas el 72% finalizan en sentencia de conformidad ante los Juzgados de Instrucción.

¿Por qué hace esto el legislador? Entiendo que ante la impopularidad de «adelgazar» el código penal, y la realidad de un sistema que debe tramitar más

de 2 millones de procedimientos al año, la alternativa es intentar acortar los plazos del procedimiento. Así el legislador no se plantea degradar, por ejemplo, la conducción sin licencia a mero ilícito administrativo, sino por el contrario lo que hace es continuar introduciendo nuevas conductas en el código penal, de esta forma, la alternativa que le queda es la de potenciar las soluciones anticipadas del proceso, a saber, conformidad, oportunidad y justicia restaurativa.

6. *En ocasiones negar la conformidad es conducirnos al juicio del absurdo*

Por ejemplo, celebrar un juicio por conducir sin carnet contra un acusado que no tiene carnet, o un juicio por alcoholemia a un acusado que doblaba la tasa de alcoholemia. ¿Qué deberíamos hacer en esos supuestos? ¿Practicar la prueba, interrogar al acusado, escuchar a los agentes actuantes?

Puedo afirmar (porque así lo he vivido) que sé lo que es celebrar un juicio por conducción sin licencia contra alguien que no tenía licencia y sin embargo, no quiere conformarse, es más recurre la sentencia hasta alcanzar firmeza, pues distintas razones personales le puede mover a ello, así, estar opositando y no querer antecedentes penales de momento, tener otras condenas suspendidas y no desear una hipotética revocación del beneficio de la pena acordado, etc.

En definitiva, el acusado juega con los tiempos de la condena que sabe no ya previsible, sino segura. ¿Por qué lo hace? Porque puede y le conviene. No está obligado a conformarse, y ello pese a que con la continuación del procedimiento hasta sentencia firme, al único al que se le causan perjuicios es al Estado y a la Administración de Justicia, supone una inversión de recursos en un asunto en el que prácticamente no existe contienda ni hecho litigioso, más allá de «ganar tiempo» por ciertos intereses personales.

7. *La posibilidad de que tras un juicio con todas las garantías, se dicte una sentencia absolutoria es real: existe una expectativa razonable de absolución*

En el año 2018, la conformidad con la posición del Ministerio Fiscal en la totalidad de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal (condenatorias y absolutorias) fue del 70% (igual que en 2018 y 2017; el 68% en 2016). En las dictadas por las audiencias provinciales el porcentaje de conformidad con la posición del fiscal fue del 70% (el 71% en 2018; el 66% en 2017; el 68% en 2016), manteniéndose estable el porcentaje de los últimos tres años, de donde se deduce que existe una «expectativa razonable de absolución».

Los datos indican que el acusado que crea en su inocencia no tiene por qué conformarse con lo que sabe que no ha hecho, pues la estadística demuestra que la absolución tras juicio no será una rara excepción sino que ocurre en un buen

número de ocasiones. No existe una certeza de condena que lleve a una obligatoria conformidad, tres de cada 10 asuntos terminarán sin recoger la petición del Fiscal, lo que hará que el acusado pueda defender con fe su inocencia.

8. *Para el dictado de una sentencia condenatoria concurren más de una «garantía de seguridad»*

Será necesario la existencia de un atestado en el que el cuerpo policial recoge la existencia de indicios respecto de una persona, el dictado de un auto de incoación del procedimiento, auto de imputación formal por concurrir indicios suficientes de la comisión del delito, escrito de acusación del fiscal, conformidad del acusado asistido por su abogado y control de la conformidad por el juez, que chequea que la misma es acorde con la legalidad y que la conformidad se presta de forma libre y voluntaria. En más de una ocasión, tras alcanzar una conformidad con el letrado (que es el interlocutor con el Ministerio Fiscal), me he visto obligado a celebrar, pues al informar el juez al acusado de la conformidad y dar lectura al escrito de acusación, se ha cuestionado algún extremo del mismo, considerando el juzgador que no existe una aceptación que permita el dictado de una sentencia de conformidad. Es necesario un adecuado control de la legalidad y de la «libre voluntad» con la que el acusado asume los hechos y presta su conformidad, desterrando cualquier atisbo de presión o duda sobre el origen de su consentimiento.

III. Conclusión

Hemos tratado de dibujar cual es la realidad del orden jurisdiccional penal en España, aportando datos que nos permitan conocer de qué realidad estamos hablando. No parece que los datos no permitan intuir que la Administración de Justicia tiene ante sí una ingente labor para dar salida al número de asuntos que tienen entrada, lo que sitúa a los instrumentos que permiten la finalización del proceso antes de sentencia tras la conclusión de todas las fases procesales, como vía indispensable para evitar el colapso del sistema.

Dicho eso, los datos también transmiten que no todo es conformidad, que ésta siendo importante no es la principal vía de solución de conflictos, pues aún sus cifras no son mayores que las del proceso tradicional hasta sentencia, y que si existe la conformidad y es la opción elegida por el acusado, es porque puede, quiere y le es más beneficiosa. Es así. Ojalá siga siendo así.

Capítulo 7

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

Juan Ignacio Fuster-Fabra Toapanta

José Carlos Velasco Sánchez

Abogados. Socios de Fuster-Fabra Abogados

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. UNA APROXIMACIÓN CONTEXTUAL.—II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020.—III. EL MINISTERIO FISCAL EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020.—IV. LA MEDIACIÓN PENAL.—V. LOS «AFORAMIENTOS» Y LOS ¿«INDULTOS»?.—VI. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. UNIFICACIÓN GENERAL O SINGULARIDAD.

I. Introducción. Una aproximación contextual

En España, el principio de legalidad ha imperado de manera prácticamente general en el procedimiento penal durante las últimas décadas, a diferencia de lo que sucede en los demás países integrantes del derecho comunitario, cuya tendencia unitaria europea hacia el principio de oportunidad resulta latente a la luz de la Recomendación del Comité del Consejo de Europa sobre la simplificación de la Justicia Penal de 1987.

Es indudable la primacía del principio de legalidad procesal. Como se ha señalado previamente, el proceso penal en nuestro país está inspirado en el principio de legalidad, en virtud del cual «*de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable*»¹, garantizando así el principio de igualdad ante la ley y reforzando la confianza en la administración de justicia. De tal forma, el Ministerio Fiscal debe ejercer todas las actuaciones que considere oportunas independientemente de la existencia de acusación particular. De cierta forma, se genera así una sobrecarga de la administración de justicia, que conlleva la dilación indebida en los procedimientos.

Asimismo, a pesar de que se haya aceptado desde hace años que la introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema judicial no vulnera el

¹ Artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente.

principio de legalidad, las manifestaciones del principio de oportunidad a falta de ser sutiles e imperceptibles, terminan por ser anecdóticas. No obstante, las trabas puestas a este principio van desapareciendo paulatinamente, encontrando su fuerza en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020, que ratifica y profundiza el Anteproyecto de 2011 y Proyecto de Código Procesal Penal de 2013.

II. El principio de oportunidad a la luz del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal es una reforma necesaria y esperada en nuestro sistema procesal penal. Al igual que es necesario actualizar el Código Penal para dar respuesta a las nuevas formas de comisión de hechos delictivos, es de la misma forma importante actualizar el procedimiento mediante el cual dichos delitos se enjuician.

En este Anteproyecto se ha pretendido una armonización de los principios de legalidad y de oportunidad sin llegar a mermar ninguno de ellos; se sustituye por ello, en algunos preceptos, el principio de legalidad por el de oportunidad en la persecución penal, atribuyendo la discrecionalidad al Ministerio Fiscal, mediante unos criterios legalmente previstos a aplicar en función de las circunstancias de cada proceso en particular. Este principio de oportunidad se ha venido defendiendo históricamente no solo en España por necesidades de política criminal, que persiguen la utilidad pública o el interés social. De esta forma, el Ministerio Fiscal tendrá la potestad de adoptar una determinada postura basándose tanto en consideraciones jurídicas como extrajurídicas y políticas, siempre en el marco de unos requisitos procesales revisables. Esta atribución de discrecionalidad ofrece mayores ventajas al interés público que mantener una aplicación sistemática y automática del principio de legalidad.

En el marco del principio de oportunidad debe de ser entendida la institución de la justicia retributiva, que supone la abstención, con la conformidad de los afectados, de una solución reparadora de los intereses particulares ante la falta de interés en la sanción ligada a un interés de utilidad social, o por las circunstancias del proceso en concreto. El Ministerio Fiscal, vista la concurrencia de las características específicas de un supuesto y tras la adecuada satisfacción de la víctima, podrá archivar por oportunidad o imponer una pena reducida, obteniendo así una solución reparadora de los intereses particulares ante la disminución o falta del interés del Estado en la pena.

Es por ello que no resulta sorprendente la entrada del principio de oportunidad en el proceso, siendo este un principio que inspira gran parte de los sistemas jurídicos de otros países de la Unión Europea y una tendencia a la que se ha ido orientando nuestro propio proceso penal.

Existe una divergencia doctrinal sobre el momento en el cual este anteproyecto se está tramitando: encontramos la postura de quien cuestiona su adecuación temporal en tiempos de pandemia, y quien ve en la crisis sanitaria un motivo de más para impulsar esta reforma, visto el auge de figuras procesales poco empleadas como la conformidad previa al juicio oral y la mediación penal.

III. El Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020

La mayor novedad introducida en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal es la asignación al Ministerio Fiscal de la instrucción de los procedimientos penales, desapareciendo de esta forma el juez instructor. Asimismo, se instituye la posibilidad de terminar el proceso penal por razón de oportunidad, que unido a la ampliación del marco normativo referente a la conformidad y a la regulación de la mediación penal, conlleva un considerable aumento de la labor y del poder de disposición del Ministerio Fiscal en lo respectivo a la pretensión penal.

De esta forma, se dota al Ministerio Fiscal de diferentes funciones, siendo la principal su papel director de la instrucción e investigación del proceso. El fiscal desarrolla la investigación en la dirección que estime oportuna sin el sometimiento a la tutela del juez, a quien se le encomienda la labor del Juez de Garantías en la adopción de medidas restrictivas de derechos. Esta medida dota a la fase de instrucción de una celeridad necesaria, al limitarse a determinar la concurrencia de presupuestos de apertura de juicio oral sin tener que agotar las diligencias de investigación como venía haciendo el juez de instrucción, y la imparcialidad del juez, que ya no será conocedor de la instrucción, que quedará relegado a un papel pasivo garante de derechos y libertades. En esta misma línea, el juez de audiencia preliminar decidirá sobre la apertura de juicio oral.

En lo referente al ejercicio de la acción y mantenimiento de la pretensión penal, la reforma opta por introducir mecanismos alternativos al de su ejercicio incondicionado. Por tanto, encontramos regulada la terminación del proceso por conformidad, que supone la toma de una solución consensuada por el Ministerio Fiscal y las defensas antes del enjuiciamiento por parte del juez.

Asimismo, se regula la posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad, donde se establecen cuatro previsiones: el archivo por razones de oportunidad², la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad³, el archivo reservado para preservar la investigación de una organización

² Artículo 175. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³ Artículo 176. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

criminal⁴ y el archivo por colaboración activa contra una organización criminal⁵. El archivo por oportunidad está estrechamente vinculado con el principio de oportunidad, mediante el cual el fiscal podrá archivar total o parcialmente la investigación en los delitos de hasta dos años, con la concurrencia de determinadas condiciones y con exclusión de algunos supuestos contemplados.

De esta manera, el Anteproyecto trata de acabar con la realidad vista en la práctica en la que el principio de proporcionalidad es aplicado sistemáticamente mediante otras figuras procesales tales como la conformidad. No obstante, es preciso señalar que en la conformidad existe una pena, mientras que en los preceptos que regulan el archivo del procedimiento, se lleva a cabo de forma previa a la formulación de la acusación. Así mismo, a pesar de que la decisión del fiscal está sujeta a control judicial, sigue siendo una decisión discrecional puesto que, a tenor del artículo 180 del Anteproyecto, el juez de garantías tan solo controla los elementos reglados en los artículos 176, 178 y 179, dentro de los límites en los que opera el principio de oportunidad.

IV. La mediación penal

La mediación penal es una realidad en nuestra sociedad, a pesar de no estar regulada, encontramos que es una práctica más que habitual en nuestros juzgados y tribunales. Ante la ausencia de una regulación legal, los tribunales se han visto obligados a regirse por auténticos usos judiciales, habiendo una auténtica creación del derecho⁶.

La historia ha demostrado que la sociedad va siempre un paso por delante del sistema judicial, es más rápida y evoluciona constantemente, a diferencia de los sistemas judiciales que por lo general son lentos y reacios a los cambios, que al final acaban por aceptar. Por lo tanto la pregunta realmente no sería si la mediación debe regularse, sino más bien ¿cuándo se va a regular la mediación penal? y ¿cuánto va a tardar la justicia penal española en adaptarse a un sistema de justicia restaurativa que lleva décadas en auge?

Lo cierto es que este modelo de mediación no es algo nuevo, que lleve poco tiempo encima de la mesa, países como Canadá, que implementó en 1974 el programa «*Victim Offender Mediation*» (OVM), o Estados Unidos, fueron los primeros en poner este modelo en marcha. Es esencial recalcar que diferentes autores como pueden ser Christie⁷ o Zehr⁸ han tomado posición en este de-

⁴ Artículo 178. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵ Artículo 179. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶ CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO, J. C., *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson SL, Madrid 2020, p. 237.

⁷ CHRISTIE: *Conflicts as property*, 1976.

⁸ ZEHR, *Retributive Justice, Restorative Justice, New Perspectives on Crime and Justice*, 1985.

bate apoyando de manera tajante la implantación de este tipo de sistema de resolución de conflictos. En nuestro país la mediación penal ya ha hecho apariciones legislativas, así por ejemplo, parece regulada en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Parte de la doctrina explica fiel y acertadamente que este sistema lo que proporciona es una mayor implicación tanto de la víctima como del investigado, ya que no solo hay un conflicto entre el Estado y el investigado, sino que también hay un conflicto intersubjetivo entre el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito. Se ha acusado, y con acierto desde nuestro punto de vista, de la apropiación del conflicto penal por parte del Estado, dejando al margen por completo a la víctima, e incluso al —antiguamente llamado— imputado⁹. Se ha llegado al punto en el que parece que el único conflicto es del estado con el investigado, cuando el conflicto inicial y el verdadero, el que hay que reparar es el conflicto que surge entre víctima y victimario, y es que «el conflicto antes que del Estado es de la víctima y del victimario»¹⁰.

Lo que es evidente es que un sistema como el de mediación penal sería el complemento perfecto a nuestro sistema de justicia que tiene como último fin la resocialización y la reinserción del que comete el delito en la sociedad¹¹. Es nuestra norma suprema, la constitución de 1978 la que en su artículo 25.2 proclama abiertamente este objetivo. La mediación permitiría la reparación del daño y la concienciación del autor de que los hechos cometidos están fuera de la sociedad y fuera del ordenamiento jurídico, llevando término ese objetivo primordial que se marca la vigente constitución española.

Con ello no se pretende de ninguna manera la sustitución completa del sistema que hoy en día rige nuestro sistema penal, simplemente es un complemento que entendemos necesario e imprescindible para atribuir una agilidad y una celeridad a conflictos que hoy por hoy están colapsando el sistema, y que están desesperando a la ciudadanía que buscan soluciones rápidas y ágiles. El modelo que presenta el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se incluye un sistema de mediación penal, es una evidente respuesta a estas necesidades.

En definitiva, debería sin lugar a dudas regularse la mediación, al ser una solución a muchos de los problemas de los que ha venido adoleciendo nuestro sistema de justicia durante mucho tiempo, como es la revictimización, la reincidencia y por tanto la falta de reinserción, y sobre todo y lo que es más importante, la lentitud y la falta de soluciones verdaderamente reparadoras.

⁹ TRUJILLO, J., *Mediation: Will it work in Spain too?*, Universidad de Lovaina, Bélgica, Faculty of Law, Master in European Criminology, 2000.

¹⁰ GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 356.

¹¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, M.^a A., «La mediación penal y el nuevo modelo de Justicia Restaurativa», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 5, 2017, pp. 1-26.

Sin lugar a dudas, entendemos que esta posibilidad de acudir a la mediación penal debe estar sujeta a condiciones y presupuestos estrictos y claros que den seguridad jurídica a todas las partes implicadas. Aquí es donde entraría el *ius puniendi* del Estado, que muchos contrarios a la mediación tanto reclaman. Se argumenta que con la aparición de la mediación penal el papel del estado y su ejercicio del *ius puniendi* desaparece por completo, pero es que esto no es así. Es el Estado quien pondría las condiciones para poder optar a una mediación penal. No se consagra en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como un derecho de la víctima, ni mucho menos del imputado. Es una facultad que se le otorga al Ministerio Fiscal a través del principio de oportunidad que podrá decidir cuándo procede la mediación y si se cumplen las condiciones estipuladas. Sin embargo, el hecho de que se cumplan las condiciones no supone la automática apertura de un proceso de mediación, por eso decimos que no es un derecho que se otorgue, simplemente es una herramienta que se da al sistema judicial para la resolución de conflictos.

Entrando más al detalle, lo que debe de ser una condición *sine qua non* para la posibilidad de la apertura de un proceso de mediación es el reconocimiento de los hechos que debe de hacer el acusado y el consentimiento de la víctima. Es imprescindible además porque este reconocimiento de los hechos también forma parte de la reparación del daño, la jurisprudencia ha consolidado una interpretación, ciertamente de carácter extensivo, favorable a la no limitación de la efectividad de la atenuante de reparación del daño a los casos de damnificación económica o evaluación dineraria, sino también a otros en que el proceder del inculcado propende al reconocimiento de su actuación antijurídica.

En segundo lugar es importante hacer una distinción entre los distintos tipos de delitos. En el caso de delitos leves o con penas menores a 2 años de prisión debe haber una incidencia mínima en el interés protegido, además de una mínima culpabilidad del acusado¹².

En el caso de delitos más graves, con penas de hasta 5 años, el Ministerio Fiscal deberá observar que no ha habido ningún tipo de violencia ni intimidación en los hechos que han provocado el conflicto. Además no debe ser una persona que tenga antecedentes penales que impliquen que realmente la opción de la mediación no es la más adecuada para él. Es decir, que se haya probado que la resocialización de dicha persona es cuanto menos complicada y que por tanto es necesaria la intervención de un órgano judicial. Finalmente el Anteproyecto de ley ya mencionado excluye la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste una mediación penal en casos de violencia de género y de corrupción.

Es importante establecer una especie de período de prueba para el acusado, paralizando durante este tiempo el plazo de prescripción de la acción penal. En el caso de que transcurra ese período de prueba, y que se hayan cumplido todos

¹² Artículo 175. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2020.

los compromisos acordados en el acuerdo de mediación, entonces se podrá proceder al sobreseimiento de la causa, con efectos de cosa juzgada. En el caso de no superar ese período de prueba sin delinquir, el Ministerio Fiscal pedirá la reapertura del procedimiento automáticamente.

Estos son solo ejemplos de algunas condiciones que pueden imponerse por parte del Estado para poder iniciar un proceso de mediación penal, y que son la más pura expresión de su ejercicio del *ius puniendi*.

V. Los «aforamientos» y los ¿«indultos»?

Desde hace unos años ha surgido en España un debate intenso sobre la figura jurídica de los aforamientos y los indultos. Los continuos casos de corrupción de personas y cargos que dirigen nuestras instituciones y la utilización de una figura como el indulto como moneda de cambio electoral han ocupado un espacio importante en todos los ámbitos sociales, tanto en los foros intelectuales y de debate mediáticos, como en los hogares de clase trabajadora, con escasa vinculación política.

Ha quedado claro que es una preocupación más de la ciudadanía, preocupación lógica desde este punto de vista. Es una excepción, que ya no está justificada, al principio de igualdad consagrado en nuestra norma suprema como es la Constitución de 1978.

El aforamiento consiste en un privilegio por el que, ante el enjuiciamiento penal de determinados sujetos, debido al cargo que ostentan, se atribuye la competencia objetiva para conocer del asunto, de manera excepcional, a un tribunal superior y no al órgano jurisdiccional que, en circunstancias ordinarias, resultaría competente objetiva y territorialmente¹³.

Hay debates doctrinales sobre el origen de una figura como la de los aforamientos, mientras algunos autores la sitúan en el parlamento medieval, parlamento que en principio no respondía o no representaba a la soberanía nacional¹⁴. En protección de ese parlamento y frente a los posibles ataques de la monarquía, con la que solía haber un continuo enfrentamiento, en el ejercicio de sus funciones, se empezó a moldear esta prerrogativa. Otros autores, y esta es la corriente más significativa sitúan el nacimiento de esta, actual, excepción al principio de igualdad, en la revolución francesa, donde mediante dos decretos en 1789 y 1790 donde solo permitía el arresto de los miembros de la Asamblea

¹³ GÓMEZ COLOMER, J. L. y ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2009, p. 133.

¹⁴ GARCÍA LÓPEZ, E., *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1989, p. 26.

Nacional por la comisión de delitos flagrantes, y que requería, para su procesamiento, un pronunciamiento favorable de la misma¹⁵.

Está claro por tanto que es una figura totalmente anacrónica. En primer lugar porque el fin para el que fue creado no es algo que tenga sentido en nuestra sociedad. La constitución de 1978 establece en su artículo 1.3 que «*La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria*», y por tanto el papel de la monarquía española ha sido reducido enormemente, y su posible injerencia en la actividad política del país es cada vez menor, por lo que no hay un peligro real de persecución por parte de la monarquía, a las instituciones parlamentarias.

En segundo lugar, si analizamos el derecho comparado de nuestros vecinos europeos, observamos cómo esta figura está muy delimitada y es excepcionalísima. Es decir, tomando a Portugal como primer ejemplo observamos como según el artículo 130 de su Constitución de 1976 solo está aforado el Presidente de la República, y sólo si el asunto por el que es enjuiciado tiene vinculación con el cargo. Lo mismo ocurre en Italia, donde el aforamiento está restringido solo al Presidente de la República, al igual que en Francia¹⁶. En España sin embargo, «*en total, hay unos 2.000 según la estimación hecha por el entonces Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, de acuerdo al “Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales”, redactado en el año 2.009 por los catedráticos Juan Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar; actualmente serán entre 2.300 y 2.500, sin que haya un estudio actual o, al menos, lo desconozco. Hay otros 15.000 más si incluimos a Jueces y Fiscales (poco más de 8000), los 7.600 Jueces de paz (lo que ninguna razón de ser tiene) y 235.000 más, contando con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (esto es, Policías y Guardias Civiles), aunque éstos sólo tienen un aforamiento parcial o de índole menor*»¹⁷.

Es evidente, por los datos citados que el número de aforados en España es totalmente desorbitado y que está fuera de lo común, rareza que no tiene ningún tipo de justificación y que convierte una prerrogativa que se suponía reservada para la protección de figuras importantes en nuestro ejecutivo, en una figura que prácticamente ampara a toda persona que trabaje en el sector público y cuyo puesto pueda tener algo que ver con la actividad política de nuestro país.

En tercer lugar, sí ya supone una excepción al principio de igualdad en nuestros países vecinos, donde el número de aforados es muy reducido y está

¹⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, A., «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Estudios de derecho parlamentario, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º extraordinario, 1986, p. 200.

¹⁶ RODRÍGUEZ RIVERA, P., «El aforamiento en el ordenamiento procesal español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 44, 2018, p. 15-18.

¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, R., «A propósito del nombramiento de los Vocales de procedencia judicial del Consejo General del Poder Judicial», *Diario La Ley*, n.º 9769, Sección Tribuna, 2021, Wolters Kluwer.

delimitado por unas condiciones muy estrictas, la aplicación del aforamiento a tal cantidad de personas y cargos en nuestro país no es ya una excepción, sino que es una violación al principio de igualdad consagrado en nuestra constitución. Restringe a *los ciudadanos de a pie el derecho* a un proceso de doble instancia, que ha sido reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1984, la jurisprudencia española ha establecido que dicho derecho se encuentra incluido en el artículo 24.2 CE. El contenido del derecho a la doble instancia penal es *«la posibilidad de que las resoluciones judiciales por las que se declare la culpabilidad de un sujeto por la comisión de un delito puedan ser objeto de revisión por parte de un órgano jurisdiccional superior»*¹⁸. Esto no es un problema cuando la resolución recurrida ha sido dictada por un órgano jurisdiccional inferior, ya que siempre existen posibilidades de revisión en otra instancia. Sin embargo, cuando el órgano que dicta la resolución en primera instancia, no tiene superior jerárquico, como ocurre en el Tribunal Supremo, que es quien juzga a los mencionados en el artículo 55 bis y 57.1 LOPJ, *«la operatividad del derecho a la doble instancia penal es inexistente»*¹⁹. En definitiva, es una prerrogativa aplicada de manera indiscriminada que restringe un derecho fundamental, como es el derecho a la doble instancia, y que viola el principio de igualdad consagrado en nuestra constitución.

En cuanto a los indultos, hemos de decir que es una prerrogativa que tiene el ejecutivo, y que antes ostentaba la monarquía, que supone la injerencia del poder ejecutivo en las competencias del poder judicial, al tener la *«gracia»* y otorgar la libertad a una persona condenada penalmente.

Como primer problema de esta figura encontramos la utilización política que se ha hecho de ella, ya que ha sido la moneda de cambio para alcanzar acuerdos políticos y de gobierno después de las recientes elecciones tanto autonómicas como nacionales que hemos vivido en nuestro país.

Es por ello que estamos ante una auténtica injerencia del poder ejecutivo en las competencias del poder judicial, que es quien ha de, según los artículos 117.2 CE Y 2.1 LOPJ *«juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»*²⁰. Para la condena de una persona ha habido todo un proceso lleno de garantías y dos instancias, debe de haber una sentencia motivada y con contenido y criterios jurídicos que expliquen las razones de la culpabilidad del condenado. Sin embargo, no se

¹⁸ RODRÍGUEZ RIVERA, P., *op. cit.*, p. 38.

¹⁹ RODRÍGUEZ RIVERA, P., *op. cit.*, p. 38.

²⁰ Por todos, MAGRO SERVET, V., «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», *La Ley Penal*, n.º 103, 2013, p. 1, y MESTRE DELGADO, E., «Gracia y justicia (1)», *Diario La Ley*, n.º 8147, 2013, p. 2.

entiende como una decisión como la expuesta, pueda ser dejada sin efecto por un decreto sin ningún tipo de motivación²¹.

Este tipo de intromisiones lo que causan es una inseguridad jurídica flagrante al no saber realmente quien puede optar a un indulto o bajo qué condiciones realmente se puede optar a un indulto. Es acto de plena y máxima discrecionalidad, y que al no venir motivado puede dar lugar a casos de arbitrariedad o de injusticia, por lo que lo mínimo es la imposición de la motivación de tal decisión. Algo que ha sido apoyado por la jurisprudencia de manera continua, así se manifiesta, por ejemplo en la Sentencia de la misma Sala de 24 de febrero de 1999, al establecer que: «*el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario e injusto; en la discrecionalidad los motivos no son controlables pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si una resolución es fruto de la discrecionalidad razonable*».

Así pues, hay que recalcar que la figura del indulto, igual que la del aforamiento, es una figura que se utiliza en exceso en nuestro país. La concesión de indultos está muy por encima de la media de los países europeos²², y no se ha analizado realmente el impacto que puede tener en la sociedad, y en las víctimas de los delitos cometidos por las personas indultadas, la concesión de su libertad. Todo esto ya ha creado el «*nacimiento de una desconfianza por parte de la sociedad sobre el funcionamiento y el fin de las instituciones democráticas*»²³.

Lo que queda claro, y así lo reconoce la totalidad de la doctrina, es que la institución del indulto ha quedado completamente obsoleta, que es una figura verdaderamente polémica, continuamente cuestionada en cuanto por su finalidad, como por su concesión discrecional²⁴.

En cuanto a la revisión de estas figuras. Hay que valorar firmemente que tanto la figura del aforamiento como la del indulto deben de ser eliminadas de nuestro ordenamiento jurídico o en su caso muy reformadas y tasadas. Son figuras obsoletas y que ya no persiguen ningún tipo de fin, consiguiendo solo un creciente malestar en la sociedad y una continua desconfianza en el sistema jurídico que nos ampara. En el caso de querer mantener la figura del aforamiento, es necesario simplificar su legislación, y restringir la aplicación de la figura solo y exclusivamente al jefe del estado y al presidente del gobierno, además de que solo podrán acogerse a tal figura siempre y cuando el asunto venga relacio-

²¹ MORILLAS, L., *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson 2017, Madrid, p. 347.

²² <<http://www.civio.es/2016/02/actualizamos-el-indultómetro-2015>>.

²³ MORILLAS, L., *op. cit.*, p. 351.

²⁴ AGUADO RENEDEO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid, 2001, pp. 70 ss. y GARCÍA MAHAMUT, R. y LÓPEZ AGUILAR, J. F., *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

nado o vinculado con las funciones que le han sido atribuidas por el cargo que ostenta, como pasa en todos los países europeos. Finalmente, es importante crear una segunda instancia para aquellos casos de aforamiento en los que la primera instancia sea el Tribunal Supremo, ya que si no seguiríamos violando el derecho consagrado a una doble instancia penal.

VI. Principio de oportunidad. Unificación general o singularidad

En nuestro país existen distintos órdenes jurisdiccionales, y si es así es precisamente porque cada uno protege unos intereses y unos bienes jurídicos distintos, con sus especialidades, y con su distinta importancia. Así, hoy en día tenemos jueces y profesionales especializados en distintas jurisdicciones que garantizan el máximo respeto y la máxima justicia en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de tener una única jurisdicción general, tendríamos profesionales que sabrían *«poco de muchas cosas pero mucho de nada»*.

Lo mismo ocurre con el principio de oportunidad. Este debe proteger, velar y afectar dependiendo de los intereses que se protejan. Cada jurisdicción debe de tener un principio de oportunidad y un proceso de mediación distinto que cubra sus necesidades y que sea claro y específico para que cubra los intereses protegidos.

En el caso de tener un principio de oportunidad unificado, estaríamos ante una regulación generalista y simplista, poco concreta, al tener que abarcar demasiados intereses y derechos de índoles totalmente distintas. Esta elaboración simplista no podría evitar por tanto la transacción de ciertos elementos, en el ámbito penal por ejemplo, que deben ser totalmente intransaccionables. Es decir, por ejemplo, la jurisdicción civil se rige por el principio de justicia rogada, mientras que en el ámbito penal es todo lo contrario, salvo contadas excepciones. Aplicar el principio de justicia rogada en el ámbito penal implicaría la privatización del *ius puniendi*, y convertir todo tipo de delitos en delitos privados, que exigen una denuncia del afectado. Esta idea es completamente irrisoria y no tendría ningún tipo de precedente.

Es por ello que se necesita por tanto un principio de oportunidad especializado para cada uno de los órdenes jurisdiccionales, que cubra los intereses que protege cada jurisdicción con todas las especialidades que pudieran concurrir. La especialización del principio de oportunidad implicaría además, una especialización de los profesionales que trabajan en dicho proceso, permitiendo una mayor comprensión del conflicto y mejor tratamiento del caso concreto.

Todo ello lo que va a permitir es tener una legislación mucho más concreta y clara para cada uno de los casos, evitando una legislación general abstracta, que sólo crearía confusión e inseguridad jurídica a la ciudadanía.

En definitiva, la reforma del proceso penal llevada a cabo por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal responde indudablemente a la necesidad de armonizar el Derecho español con el europeo en una unificación del derecho comunitario, dando de esta forma cumplimiento a las obligaciones internacionales de España.

La necesidad imperante de actualizar el proceso penal español es un hecho, y esta reforma lleva a cabo importantes avances que dan respuesta a funciones sociales. No obstante, es cuestionable la resolución de los problemas estructurales preexistentes. En efecto, es necesario un proceso penal ágil, sin dilaciones indebidas, que permita dar una respuesta efectiva y eficaz a las modalidades delictivas que van surgiendo, y aunque parte de la solución que encamina la reforma es una nueva organización y función de los órganos judiciales, queda todavía la correspondiente modificación de otras normativas que impidan el nacimiento de nuevas problemáticas, como podría suponer la creciente discrecionalidad del Ministerio Fiscal en sus nuevos cometidos procesales.

Capítulo 8

La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

Marta Gisbert Pomata

Profesora Propia Agregada de Derecho Procesal
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS DISTINTAS CONFORMIDADES EN LOS DIFERENTES PROCESOS PENALES: 1. *La conformidad en el proceso ordinario por delitos graves*. 2. *La conformidad en el procedimiento abreviado*. 3. *La conformidad en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*. 4. *La conformidad en el proceso por aceptación de decreto*. 5. *La conformidad en el procedimiento ante el tribunal del jurado*.—III. LA CONFORMIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020: 1. *Regulación*. 2. *Aspectos generales y requisitos*: A) Eliminación del límite penológico. B) Consentimiento libre y pleno conocimiento de sus consecuencias. C) Pluralidad de encausados. D) Conformidad sobre la responsabilidad civil. E) Competencia. F) Plazo preclusivo. 3. *Procedimiento*: A) Solicitud. B) Control judicial de la Conformidad. C) Comparecencia, ratificación y homologación. D) Sentencia e impugnación.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La llamada conformidad del acusado en el proceso penal es una institución de naturaleza compleja¹, en virtud de la cual la parte pasiva, es decir, tanto el

¹ Como nos recuerda la STS n.º 422/2017, de 13 de junio (en igual sentido la n.º 971/2010 de 12 noviembre. RJ 2010\9001 y 482/2012 de 5 junio. RJ 2012\8618, entre otras), la STS de 17 de junio de 1991 (RJ 1991, 4728), ya consideró la conformidad una «institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal. La conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación, pero sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y el de indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso. Otras opiniones entienden que la debatida figura pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que sí pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; si bien la conformidad supone que el hecho sea “aceptado” como existente, ello no implica que se trate de una verdadera confesión y por tanto, de una

acusado como su letrado, aceptan con ciertos límites la pena solicitada por la acusación, o la más grave de las solicitadas si hubiera varios acusadores, procediéndose a dictar sentencia inmediatamente, al hacerse innecesaria la vista². El Tribunal Supremo ha venido interpretando la conformidad como una forma de terminación anormal del proceso, reconociendo un cierto carácter de disponibilidad del objeto del proceso, que se ha visto ampliado al admitirse en el proceso penal la posibilidad de negociación entre acusación y defensa, evitando la celebración del juicio oral³.

actividad probatoria como sería el interrogatorio del acusado. También se ha dicho que la conformidad no es un acto de prueba, sino un medio para poner fin al proceso, es decir una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público, y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de estos últimos y, finalmente, se ha sostenido que la conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión, porque lo contrario pugnaría con el artículo 24.2 CE que recoge el derecho a no confesarse culpable, y se considera que la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal, Entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes —dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal— y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral».

² S. de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de octubre de 2019 (RJ 2020\52182): «La conformidad es la representación del principio de oportunidad en el proceso penal, contemplado desde el punto de vista no de la acusación sino del de la Defensa, tendente a favorecer una solución autocompositiva».

Véase, GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, n.º 8.746, 2016. GÓMEZ-COLOMER, J. L., «La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España», *Dans Revue internationale de droit pénal*, 2012/1-2, vol. 83, pp. 15 a 41.

S. de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de octubre de 2019 (RJ 2020\52182): «La conformidad es la representación del principio de oportunidad en el proceso penal, contemplado desde el punto de vista no de la acusación sino del de la Defensa, tendente a favorecer una solución autocompositiva».

³ STS n.º 463/1999 de 22 marzo. RJ 1999\1602. También, en la Sentencia de 8 de marzo de 1995 (RA 1912) señaló que la conformidad encierra un acto de declaración de voluntad de poner fin a un proceso ya iniciado. No se trata de una confesión ni de una actividad probatoria, como sería el interrogatorio del acusado. La aceptación no corresponde siempre a la verdad histórica, pero supone una declaración de voluntad que en primer y decisivo término obtura «*ea ipsa*» la posibilidad de que la acusación produzca una prueba de signo incriminatorio o de cargo y por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquélla, que es en definitiva el sustrato esencial sobre el que descansa, como reaccional que es, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, en consecuencia, no cabe alegar en casación tal vulneración cuando fue el acusado mismo quien impidió tal producción de prueba. ALCALA-ZAMORA, N, lo llamaba el «proceso penal truncado», entendía la conformidad se «trata de una modalidad de allanamiento y no de confesión. El titular renuncia a los actos posteriores del juicio en el que aquél habría de manifestarse», en «El Juicio penal truncado del derecho hispano-cubano», en *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 411 y ss.

Evidentemente el sistema de justicia penal tiene una naturaleza preferentemente pública y por ello la conformidad no es más que el reconocimiento de una cierta capacidad de disposición en favor de las personas concernidas, que no puede lesionar los derechos del imputado respecto de los que ni siquiera él puede disponer, ni tampoco puede rebasar los límites dentro de los que está admitida la posibilidad de la conformidad⁴.

Como expone Calaza López⁵, «la lentitud, carestía, rigidez e ineficacia de nuestro vigente sistema procesal penal han impulsado a un buen número de Jueces, Magistrados, Fiscales, Procesalistas y, en general, Penalistas, a pronunciarse, recientemente, en torno a la urgente necesidad de adoptar medidas alternativas al proceso convencional que procuren una agilización de la Justicia penal, sin merma de garantías procesales, todas ellas, de algún modo, relacionadas, con el denominado “principio de oportunidad”, así, entre otras, las relativa a la “negociación del conflicto penal”, mediante la potenciación de la conformidad y de la mediación».

En nuestro ordenamiento procesal penal aparecen distintas manifestaciones de la conformidad, sujetas a determinados requisitos y límites, según el proceso en el que se presenten⁶. Su regulación básica se encuentra en los artículos 655 y 688 LECrm, en el marco del proceso ordinario por delitos graves y, a esa inicial normativa, se han ido superponiendo otros preceptos que disciplinan la conformidad, con sus propias características no siempre coincidentes, y que han ido introduciéndose, sucesivamente, por Leyes modificativas. La LO 7/1988 creó el procedimiento abreviado, la LO 5/1995 el Tribunal de Jurado y la Ley 38/2002 y la LO 8/2002, ambas de 24 de octubre, introducen una nueva modalidad de conformidad para los denominados «juicios rápidos»⁷. Y ya en 2015, mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se configura el Procedimiento para la Aceptación de Decreto.

⁴ STS n.º 938/2008 de 3 diciembre. RJ 2009\172. Si bien, como dice la STS 327/2020, de 18 de junio, «modelo de justicia consensuada —cuyo formato no escapa a las críticas de quienes consideran que la sentencia condenatoria debería ser, siempre y en todo caso, el desenlace de un proceso de apreciación probatoria por el Juez—».

⁵ CALAZA LÓPEZ, S., «Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal (1)», *La Ley Penal*, n.º 103, Sección Artículos, 2013.

⁶ GIMENO SENDRA lo calificó acertadamente de «caos procedimental» en su *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 2015, p. 959.

⁷ Fue objeto de una nueva modificación por la Disposición Final primera, LO 15/2003 de 25 de noviembre, con la nueva redacción de los artículos 801, 787.6 y 7, y 795.1.2 LECrim, que ha supuesto una auténtica modificación por vía indirecta del Código Penal al permitir, a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial, la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al artículo 801 el rango de Ley Orgánica del que carecía en el inicial Proyecto de Ley, en cuanto además confiere, la competencia al Juez de Instrucción de guardia.

La institución de la conformidad ya ha despegado claramente en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica diaria de los Tribunales⁸. Su fundamento se ha dicho que radica en asegurar la celeridad procesal a niveles mínimos para la sociedad y en la búsqueda del consenso como un imperativo ético-jurídico que puede venir apoyado por dos parámetros constitucionales⁹:

- 1.º Que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, artículo 10.1.
- 2.º Que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, artículo 25.2 CE, y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral.

Se trata de un acto de disposición de las partes que vienen a plasmarse en una especie de convenio, aun sobrevenido, que vincula al Juez o Tribunal en doble sentido, «*vinculatio criminis*» y «*vinculatio poena*», siempre que concurra la garantía de que coincida en esa conformidad del acusado y su Defensor¹⁰. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 4 octubre 1989, entre otras, ya dejó claro que era suficiente la conformidad para la enervación de la presunción de inocencia¹¹.

Por tanto, se constata que el proceso completado por el principio de oportunidad introduce importantes ventajas en el sistema político-criminal. La acusación pública asiste a la imposibilidad práctica de perseguir con eficacia todos los delitos, por lo que el ejercicio del principio de oportunidad le permitirá concentrar su actividad en aquellos que constituyan su prioridad, o respecto a los que tenga mayores posibilidades de éxito. El ofendido o perjudicado, constituido en acusación particular, tendrá además un específico interés en obtener una pronta resolución del asunto, logrando la reparación civil del daño y, en ocasiones, evitando someter a la víctima al trauma del enjuiciamiento. Por último, el acusado centra su interés en una disminución de la intensidad punitiva, bien por un efectivo acortamiento de la pena, bien por el otorgamiento de ventajas relativas a su ejecución. No es ajeno el acusado, en ocasiones también,

⁸ Véase, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 56/2019. BIB 2019\9313.

⁹ STS 971/2010 de 12 noviembre. RJ 2010\9001. En la STS de 1 de diciembre de 1992 se señala que la *ratio legis* de las normas que tratan de la conformidad «se encuentra en el principio de oportunidad y de economía procesal, con la finalidad de evitar la fase costosa y dilatoria del juicio oral»; y la de 17 de julio de 1992 pone de relieve que la *ratio legis* de la norma, al emplear la frase estricta conformidad, obedece a un principio de oportunidad y de política criminal.

¹⁰ Tribunal Supremo en sus Sentencias de 1 marzo 1988 (RJ 1988\1511) y 19 julio 1989 (RJ 1989\6265).

¹¹ En el mismo sentido, STS de 19 de julio de 1996.

a un interés por obtener una rápida conclusión del proceso, lo que le permitirá sumar la pena a otras en fase de ejecución. Incluso el Tribunal tiene interés en la rápida y eficaz resolución del proceso, con economía de medios de la que está ciertamente necesitado¹².

Veamos la regulación de la conformidad en los distintos procesos y los principales problemas que ha planteado¹³.

II. Las distintas conformidades en los diferentes procesos penales

1. *La conformidad en el proceso ordinario por delitos graves*

En el procedimiento ordinario por delitos graves la conformidad puede tener lugar en dos momentos procesales:

- en el momento de la calificación provisional por parte de la defensa (art. 655 LECrim),
- y en el juicio oral, al comienzo del interrogatorio del procesado (art. 688.2 LECrim)¹⁴.

Según el artículo 655 LECrim, si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional (o de seis meses y un día a seis años)¹⁵, al evacuar

¹² VIGIL LEVI, J., «La institución de la conformidad en el proceso penal español», *Julgar*, 2014, p. 6. FAIRÉN GUILLÉN, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado)», *Comunicación al IV Congreso mejicano de Derecho Procesal* (Cuernavaca, abril de 1969), *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 22, Fasc/Mes 2, 1969, p. 247: «En cuanto a su motivación, se dice que mediante la “conformidad” el acusado se desembarca definitivamente del proceso, incomodo; efectivamente, para él —amenazador de mayores males—; que descongestiona a los Tribunales de trabajo; que es “la aceptación de un mal menor” mediante el que puede aprovecharse incluso un error cometido por la acusación al calificar. Así es, y todo esto responde a un sistema acusatorio llevado a sus más altos extremos, hasta el punto de que ha llegado a decirse que constituye un atentado contra el mismo si se le considera desde el ángulo visual del o de los acusadores».

¹³ Se deja fuera de este capítulo la conformidad en el proceso de menores y la conformidad en los procesos por delitos leves.

¹⁴ Según la STS de 7 de febrero de 1994, la conformidad en el procedimiento ordinario prestada fuera de los dos momentos procesales previstos en la ley no produce los efectos de la «Verdadera conformidad». De acuerdo con la STS de 13 de marzo de 1995, la conformidad, tanto en el ordinario, como en el abreviado, no puede ser prestada tras la celebración del juicio oral. También, la STS de 4 de noviembre de 1996, señala que no podrá ser estimada la conformidad prestada tras el trámite de las calificaciones definitivas, o que sólo se permite en el Tribunal del Jurado. Véase, asimismo, la STS de 28 de febrero de 1996 (RA 1331) respecto a los momentos en que puede ser prestada la conformidad en el proceso ordinario. También, GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales*, con GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. y CONDE-PUMPIDO TOURONTOMO, C., Bosch, 2000, tomo 5, p. 101: «la ubicación de la conformidad antes del juicio oral se funda en el deseo del acusado de evitar la publicidad del juicio oral».

¹⁵ Conforme a lo manifestado por el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, 938/2008, de 3 de diciembre (RJ 2009/172) y 88/2011, de 11 de febrero (RJ 2011(1943)).

la representación del procesado el traslado de calificación, podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado y con la pena que se le pida; es además necesario que el letrado defensor exprese que no conceptúa necesaria la continuación del juicio y que lo ratifique el procesado, en cuyo caso el tribunal dictará sentencia según la calificación mutuamente aceptada¹⁶.

Al comienzo de las sesiones del juicio oral, si la causa fuese por delito para cuyo castigo se solicite la imposición de pena correccional, preguntará el presidente a cada uno de los procesados si se confiesa reo del delito y responsable civilmente (art. 688.2 LECrim). Si el procesado o procesados contestasen afirmativamente, el presidente preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral, y si contestase negativamente, el tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655 (art. 694 LECrim)¹⁷.

Teniendo en cuenta el límite máximo de los seis años de prisión, la conformidad en la práctica ha desaparecido del procedimiento ordinario, ya que éste está reservado para el enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años, de manera que solo cabrá la conformidad en el caso de la petición de la acusación no supere los seis años de prisión como

¹⁶ ALCALÀ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 61, sostiene la prosecución del proceso en casos de divergencia entre el acusado y su abogado que ofrecería mayores garantías a la obtención de un fallo justo. Llega a proponer que se convoquen de forma simultánea al acusado y al abogado, en presencia del Tribunal, para evitar la divergencia, nombrándose otros dos abogados para dictaminar al respecto. Según GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ed. Ejea, 1961, p. 179, la independencia del abogado defensor estriba en el derecho y en el deber de contribuir a la comprobación de la verdad; sin embargo, añade que esta actuación ha de verificarse únicamente con la tendencia de probar la inocencia o la penalidad atenuada del procesado, pues la institución de la defensa arraiga en la calidad del procesado como parte, y por eso no se impone al defensor el deber de la imparcialidad. Por su parte, MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed. Civitas, 1982, p. 44, parte del presupuesto de que el derecho a la defensa en general y la asistencia de un defensor es un derecho constitucional que se incluye dentro de los derechos humanos inalienables. Por esto, la autonomía del imputado, como titular de tales derechos, deberá prevalecer frente a la autonomía del defensor, cuando exista entre ellos un conflicto.

¹⁷ Como expone la STS n.º 211/2012 de 21 marzo, este sistema es «de doble garantía», pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados —en la hipótesis contemplada en el art. 655— o confesión de acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio —arts. 688 y ss. LECrim—.

Según GIMENO SENDRA, V., en «La nueva regulación de la conformidad (ley orgánica 7/1988)», *La Ley*, n.º 3, 1990, p. 980, la disconformidad del abogado o del acusado implica la continuación del juicio oral, debiendo, en caso de no ratificación de la conformidad del abogado por el acusado, obligar al Juez a reemplazar al abogado por otro del turno de oficio, ya que el originario queda moralmente descalificado para seguir asumiendo la defensa. Asimismo, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, Bosch, 1997, p. 120: «ante la no confirmación por el acusado, el abogado debe ser reemplazado, pues queda moralmente descalificado para seguir la defensa del cliente».

consecuencia de la rebaja de grado de la pena prevista en el Código Penal por tratarse de un delito en grado de tentativa, por tratarse de cómplices o encubridores y no autores, o por concurrencia de circunstancias modificativas privilegiadas o eximentes incompletas¹⁸.

El principal problema que ha presentado la conformidad en este proceso ha sido la conformidad fingida «contra legem»¹⁹. En la STS 808/2016, de 27 de octubre, el conflicto quedaba concretado en determinar si se encontraba ante una sentencia de conformidad, dictada fuera de los límites legales, o ante una sentencia de naturaleza común que se ha pronunciado tras la celebración de un juicio oral ordinario en el que se ha practicado, al menos, un mínimo de prueba de cargo. Y concluía que:

«... la cuestión no ofrece duda alguna. La sentencia dictada es una sentencia de conformidad, aunque se pretenda revestir de una cobertura diferente, utilizando una práctica “contra legem” para dotar de apariencia legal a una conformidad encubierta:

En primer lugar, la sentencia no contiene el menor razonamiento sobre la prueba de cargo que sostiene la resolución condenatoria, más allá de una expresión que pone de manifiesto el tratamiento del debate con la perspectiva de la conformidad: la presunción de inocencia, afirma la sentencia, se ha desvirtuado en virtud de la “plena confesión del acusado, con la aquiescencia de su Letrado defensor”. Es claro que el interrogatorio del acusado, cuando se realiza como prueba en el acto del juicio oral, no va seguido de ningún tipo de manifestación de su letrado defensor mostrando su “aquiescencia”, por lo que en realidad no nos encontramos ante prueba alguna que forme parte de la celebración del juicio, como sostiene el Ministerio Público, sino ante la diligencia prevenida para la conformidad del acusado en el artículo 655 de la Lecrim, que se ratifica seguidamente por el Letrado, expresando su criterio sobre la innecesariedad de continuar el juicio.

Tras esta diligencia de conformidad del acusado, con aquiescencia del letrado, ya no se celebró prueba, limitándose los trámites a la adhesión del Letrado de la Defensa a la calificación definitiva del Ministerio Fiscal, y a la ratificación por el acusado, “en el trámite de última palabra”, de la conformidad prestada, según consta en el segundo antecedente de hecho de la sentencia. El trámite, en consecuencia, es el propio de una conformidad.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la calificación jurídica, la sentencia se limita a reiterar la calificación del Ministerio Público, expresando literalmente “calificaciones éstas que en definitivas han sido sostenidas

¹⁸ Según VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, 1984, p. 123, cuando se trata de un delito de los que necesariamente dejan «cuerpo», cuya existencia en el sumario no se haya podido hacer constar, a pesar de la conformidad del procesado o procesados y de sus defensores, debe seguir el juicio.

¹⁹ Similar al que ya resolvió en la Sentencia 291/2016, de 7 de abril.

por el Ministerio Fiscal y concordadas por la Defensa”, sin otra argumentación, y sin efectuar consideración alguna sobre otras cuestiones jurídicas relevantes planteadas por la defensa en su calificación inicial y reiteradas en el presente recurso, como la alegación de prescripción dado el tiempo transcurrido desde los hechos, ocurridos supuestamente en 1996, la supuesta atenuante de “cuasi prescripción”, etc. La fundamentación, en consecuencia, tanto en el plano fáctico como jurídico, es la proposita de una conformidad.

(...) En consecuencia es claro que nos encontramos ante una sentencia de conformidad, que podríamos calificar de conformidad “encubierta” por la confesión del reo, previamente concertada, practicada en un aparente juicio oral. Sentencia de conformidad dictada “contra legem” en un supuesto no permitido por la ley, por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad, lo que determina la nulidad de la sentencia y del juicio por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías²⁰.

Por tanto, no se trata de imponer un debate contradictorio cuando las partes renuncian expresamente a él, sino de cumplir con lo dispuesto con el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que impide un juicio de conformidad en este tipo de procesos en donde se soliciten importantes penas, pues el Derecho Penal no es un ordenamiento que se encuentre sometido a la autonomía de la voluntad de las partes, ni a la renuncia de sus requisitos, ni a la aceptación de penas por encima de cualquier otra consideración. El Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente que «la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, lo que significa que tal afirmación impide que por el juego de la aceptación de hechos tengan que declararse como probados relatos históricos que no se han apoyado en las pruebas que sean concluyentes para su establecimiento y fijación»²¹. Y así lo dispone el artículo 406 LECrim, en tanto proclama que la confesión del procesado no dispensará 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, añadiendo que con este objeto, el Juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho.

²⁰ En este sentido, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 36, 2020, pp. 275-293, <<https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.275>>: «... cuando la pena supera los seis años de prisión ha generado la rechazable técnica de las llamadas “conformidades encubiertas”, esto es, cuando la conformidad no es formal, sino oficiosa, de manera que se celebra el juicio, pero el fiscal anuncia modificación de sus conclusiones con reducción de la pena según lo pactado y todas partes renuncian a la prueba, excepto la confesión del acusado, práctica que ha merecido en repetidas ocasiones el rechazo del TS, así en sentencias 291/2016, de 7 de abril y 808/2016, de 27 de octubre».

²¹ A modo de ejemplo, STS n.º 260/2006, de 9 de marzo (RJ 2006/920).

Por tanto, a día de hoy, la regulación legal impide un juicio de conformidad con petición de penas muy superiores a los seis años de prisión. Ahora bien, como dice la *STS 291/2016, de 7 de abril*, *puede ser razonable defender que la limitación punitiva establecida por la Ley para las sentencias de conformidad pueda ser elevada o suprimida en una reforma futura*. Lo cierto es que tanto el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, como el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, suprimieron esta limitación. Igualmente, el de 2020 como más adelante trataremos. Pero ésta es una decisión que corresponde al legislador, pudiendo ir acompañada y compensada por mayores garantías proporcionales a la mayor gravedad de las penas que pudieran ser impuestas por esta vía²².

En la mencionada Sentencia 291/2016, se nos dice que «el principio de legalidad procesal no puede ser soslayado, máxime en una materia que puede fácilmente generar indefensión. La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales».

Ahora bien, a pesar de lo dicho, no por ello se debe excluir, con carácter general, la práctica de aligerar la celebración de la prueba cuando el reconocimiento de los hechos por parte del acusado haga aconsejable evitar la sobrecarga del juicio con prueba redundante o innecesaria. Pero en todo caso debe recordarse que no puede confundirse una declaración detallada y minuciosa sobre los hechos, propia de la prueba de interrogatorio del acusado practicada en el juicio oral, con la mera conformidad del acusado respecto de la acusación formulada que, tal y como está diseñada en nuestro proceso, se limita a supuestos de delitos de menor entidad, sin que pueda proyectarse su regulación y efectos a acusaciones graves en perjuicio del derecho de defensa. Aunque lo cierto es que «la conformidad del acusado supone que el hecho es “aceptado” como existente y no implica que se trate de una confesión y, por tanto, de una actividad probatoria, como sería el interrogatorio del acusado²³. Con independencia de que tal “aceptación” no corresponde siempre y en todo caso a la verdad histórica, lo cierto es que supone una declaración de voluntad que en primer y decisivo término, obtura “ea ipsa” la posibilidad de que la acusación

²² Por ejemplo, en el Anteproyecto de 2011 se excluían las limitaciones de las sentencias de conformidad por razón de la pena, pero se establecía que en caso de pena superior a cinco años el Juez de Conformidad había de verificar también la concurrencia de indicios racionales de criminalidad junto al propio reconocimiento del hecho.

²³ Entre otras, SSTS 326/95 de 8 de marzo (RJ 1995, 1912), 122/97 de 4 de febrero (RJ 1997, 696) y 260/2006, de 9 de marzo (RJ 2006/920).

produzca prueba de signo incriminatorio o de cargo, y por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella —que no ha podido producirse por imperativo legal, dada la conformidad— que es en definitiva el sustrato esencial sobre el que descansa, como reaccional que es, el derecho fundamental a la presunción de inocencia»²⁴.

2. *La conformidad en el procedimiento abreviado*

La entrada en el proceso penal del procedimiento abreviado, por LO 7/1988, de 28 de diciembre, cambió el marco jurídico de la conformidad al pasar a ser el eje central de la misma la negociación entre acusación y defensa²⁵. Las conformidades se alcanzan tras un cambio de la acusación (Ministerio Fiscal, generalmente, por no haberse personado la acusación particular²⁶), en sus peticiones iniciales, cambio que responde a una negociación previa entre las partes de naturaleza extraprocesal. Así se expone en la STS n.º 938/2008, de 3 diciembre: «En efecto, como es práctica usual en el foro y es dato de experiencia, la conformidad, en un determinado relato incriminatorio y en las consecuencias penales y civiles derivadas de él, no surge de forma espontánea, sino que es el fruto de una expresa negociación entre el Ministerio Fiscal y otros acusadores que puedan existir con la defensa. En aras a conseguir tal conformidad, es normal que acusadores y acusados, dentro del respeto al principio de legalidad, traten de acercar posiciones, rebajando las acusaciones sus peticiones, ya en relación a la calificación jurídica, concurrencia de agravantes o admisión de atenuantes con evidente incidencia en la pena a solicitar»²⁷.

La STS n.º 1904/2002 de 14 noviembre (RJ 2003\163) explica con claridad que las negociaciones que preceden a la conformidad carecen de valor procesal: «... *estos acuerdos carecen de efectos para el Tribunal hasta que, en su caso, se manifiestan ante él con todas las garantías. Y aún entonces, con las limitaciones establecidas en la ley.*

²⁴ STS 8 de marzo de 1995.

²⁵ Para BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1994 p. 274, esta posibilidad de conformidad revela la intencionalidad de introducir en el ordenamiento jurídico, aunque de forma tímida, la institución anglosajona de la *plea bargaining*, que la Fiscalía General de Estado en la Circular n.º 1/1989 quiere articular como principio de consenso, debido a los elementos de negociación, previos a la presentación del escrito de acusación.

²⁶ El 1 de abril de 2009, se firmó un protocolo de actuación entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía con el objetivo de potenciar las conformidades previas al juicio oral: «Protocolo de Actuación para Juicios de Conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española», que generó la Instrucción 2/2009, de 22 junio, de la Fiscalía General del Estado.

²⁷ En este mismo sentido, STS n.º 463/1999, de 22 de marzo: la conformidad es «una forma de terminación anormal del proceso, reconociendo un cierto carácter de disponibilidad del objeto del proceso que se ha visto ampliado al admitirse en el proceso penal la posibilidad de *negociación* entre acusación y defensa, evitando la celebración del juicio oral».

Hasta ese momento se trata de relaciones extraprocesales, debiendo atenerse acusación y defensa a sus manifestaciones y actuaciones en el proceso y no a lo que haya podido ocurrir fuera de él»²⁸.

Actualmente, en el régimen legal de la conformidad en el procedimiento abreviado se prevén varias modalidades. Así tenemos la conformidad en fase de diligencias previas del artículo 779.1.5.º; con el escrito de acusación regulado en el artículo 784.3; conformidad en el acto de la vista o juicio oral, que regula el artículo 787.1, además de la conformidad en los procedimientos de enjuiciamiento rápido del artículo 801²⁹.

a) En fase de diligencias previas, el artículo 779.1.5.º LECrim prevé que el juez de instrucción pueda adoptar la resolución de transformar el procedimiento abreviado en diligencias urgentes de juicio rápido, conforme a los artículos 800 y 801, para lo que se requiere que, tras haber reconocido los hechos el investigado, asistido de su abogado y a presencia judicial, hubiere mostrado además su conformidad con el escrito de acusación formulado por las partes acusadoras, y que se trate de delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, multa de cualquier cuantía o pena de otra naturaleza de duración no superior a diez años. En este caso el procedimiento termina con sentencia dictada por el juez de instrucción, en trámite de conformidad, y con la rebaja de un tercio de las penas solicitadas.

b) En la fase intermedia, en la elaboración del escrito de la defensa, el artículo 784.3 recoge la posibilidad de que manifieste su conformidad con la

²⁸ Continúa la Sentencia explicando como el acusado, a pesar de las negociaciones extraprocesales, ante el Juez se declaró inocente: «En segundo lugar, es evidente o, al menos así se desprende del planteamiento del recurrente, que éste conocía los términos del acuerdo con el Ministerio Fiscal y que, por lo tanto, sabía al iniciarse el juicio oral que la reducción de la pena que en ese momento solicitaba la acusación pública se debía al reconocimiento de los hechos por su parte, por lo que es igualmente evidente que, al negar su intervención al ser interrogado, era consciente de que estaba incumpliendo lo pactado, de manera que tampoco podía esperar lógicamente el cumplimiento por la otra parte ni alegar indefensión si se producía una vuelta a la pena inicialmente solicitada.

En tercer lugar, el derecho a defenderse por sí mismo que reconoce a todo acusado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3.d) y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 6.3.c), tiene como manifestaciones en nuestro proceso penal, no sólo el derecho a la última palabra, sino también el de no declarar o el de hacerlo, en el juicio oral y en las diligencias anteriores al mismo, en el sentido y con la extensión que el acusado considere conveniente, sin que pueda ser coaccionado en forma alguna en uno u otro sentido. Cuando el acusado, consciente de que incumplía el acuerdo alcanzado por su defensa, declara negando cualquier participación en el delito del que se le acusa, está optando por una vía de defensa perfectamente legítima, aunque ponga de relieve cierta deslealtad con los términos del acuerdo en el que poco antes había consentido, por lo que no puede aceptarse ahora la alegación referida a que con esa conducta se ha producido una situación de indefensión. Por esas mismas razones no resultaba procedente que, vista la decisión del acusado, el Presidente del Tribunal realizara advertencia alguna acerca de las posibles consecuencias».

²⁹ S. de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de octubre de 2019 (RJ 2020\52182).

acusación formulada, o con la que contenga pena de mayor gravedad si fueren varias las formuladas, siendo necesario que el escrito lo firme también el acusado. Esta conformidad podrá ser también prestada, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, con un nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado y su defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1

c) Y en la fase de juicio oral, al inicio de las sesiones y antes de la práctica de las pruebas, se permite la conformidad del acusado (art. 787). Si bien, no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior y requiere la presencia del acusado, quedando excluidos de la conformidad los juicios celebrados en ausencia de éste porque El Juez o Tribunal lo habrá oído, en todo caso, acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias, y que la pena no exceda de los seis años de prisión.

Esta última, la que se alcanza al comienzo de las sesiones del juicio oral, es la conformidad más frecuente y que tiene más éxito en nuestros tribunales, sin tener en cuenta las que se alcanzan en los juicios rápidos³⁰.

Ahora bien, como expone la STS n.º 280/2020 de 4 junio (RJ 2020\1629): «La conformidad como institución procesal con un régimen legal específico, se produce ante la confluencia de unos estrictos requisitos. Sin ellos ni hay conformidad ni son de aplicación las normas que la disciplinan. Otra cosa es que en la praxis se hayan abierto paso fórmulas que alivian la carga probatoria del juicio oral basadas en compromisos previos entre las partes que se concretan en aceptación de los hechos, renuncia a pruebas, y modificación de conclusiones para rebajar las penas que, no constituyendo conformidad en sentido legal, permiten un desarrollo más ágil del proceso. Su desenlace será una sentencia que de ninguna forma es de conformidad, en sentido técnico, pero que puede prescindir ante la aceptación de los hechos, y coincidencia en la calificación jurídica y penalidad de una motivación elaborada remitiéndose a esa confesión y allanamiento frente a las peticiones del Fiscal y ajustar su penalidad por virtud de las exigencias del principio acusatorio a la concreta efectuada por la acusación y normalmente pactada extraoficialmente con las defensas. Pero eso es una praxis; no exigencia legal: en esos casos el Tribunal no pierde sus facultades (a diferencia con las sentencias de estricta conformidad) y no está obligado ni a ajustarse a la penalidad pedida de consumo (no podrá incrementarla, pero sí reducirla), ni a atenerse a la calificación jurídica, y ni siquiera a traspasar a la sentencia la condena o las concretas peticiones de pena o de responsabilidad civil. Cosa distinta es que eso sea ordinariamente lo procedente. Pero a diferencia de las sentencias de conformidad, en esos supuestos el juez o Tribunal pue-

³⁰ DEL MORAL GARCÍA, A., «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 1, 2008, p. 13.

de considerar no probada la acción, o rebajar la penalidad o apreciar de oficio una prescripción, por ejemplo».

Lo que está claro es que, en la conformidad alcanzada al inicio del juicio oral, se pierde el efecto beneficioso de economía procesal propio de esta institución, al tener que llegar hasta la fase de juicio en la tramitación y, por tanto, haberse desarrollado íntegramente todas las anteriores: la instrucción, la fase intermedia y la preparación del juicio oral, con citación de acusados, testigos y peritos, que incluso llegan a comparecer ante el órgano de enjuiciamiento³¹. Por ello, la Instrucción 2/2009 de la FGE, señala como objetivo a conseguir «que el juicio oral previamente conformado se señale prescindiendo en principio de la citación de los testigos y peritos, y de todas aquellas otras actuaciones cuyo objeto sea preparar la práctica de la prueba (...); descargar al órgano judicial de una laboriosa y a veces complicada tarea, y sobre todo evitar a los ciudadanos afectados por el delito y a los profesionales colaboradores con la administración de justicia el inútil desplazamiento y la frustrante pérdida de tiempo que hoy por hoy suponen las conformidades al inicio del juicio»³².

Esta circunstancia no le es ajena al legislador, el «Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia» que se está tramitando, incorpora, modificando lo dispuesto en los artículos 785, 786, 787 y 802, una audiencia a la que se citará únicamente al Ministerio Fiscal y a las partes, así como a los acusados. «Esta audiencia tendrá por finalidad no solo la admisión de pruebas, sino también una posible conformidad, sin que sea precisa la citación de todos los testigos y peritos, así como la depuración de aquellas cuestiones que pudieran suponer la suspensión de la celebración del juicio oral y un nuevo señalamiento o la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales.... Se clarifica el contenido del artículo 786 de la Ley

³¹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», cit.

³² La propuesta n.º 14 de «Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la administración de justicia tras la pandemia de coronavirus Covid-19» de la Fiscalía General del Estado, se anima a los órganos de enjuiciamiento, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, a intensificar las jornadas de señalamientos en los que, con exclusiva citación del encausado y de la defensa, se concentraran juicios a los solos efectos de posibles conformidades. Como expone MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., en «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», cit.: «Se trata de una medida que ya viene siendo utilizada con éxito por muchos juzgados de lo penal y audiencias provinciales y que conlleva los beneficios de evitar la comparecencia en juicio de la víctima, y con ello la segunda victimización, así como de los testigos y peritos, y rebajar la tarea de los juzgados de proceder a su citación. Es una medida fácil de aplicar, que, si bien no evita la fase intermedia y solo suprime parte de la preparación del juicio oral, sí conlleva claros beneficios frente a la conformidad alcanzada en el acto de juicio oral. En contra de este tipo de señalamientos se argumenta que si es el juez o tribunal el que indica cuáles son los juicios susceptibles de ser conformados ya está prejuzgando la causa. Entendemos que este argumento no tiene fuerza suficiente para hacer decaer esta práctica, pero, en cualquier caso, una forma de solventarlo sería que fuera el fiscal el que indicara qué causas son merecedoras de este tipo de señalamientos».

de Enjuiciamiento Criminal, resolviendo las discrepancias interpretativas existentes en la jurisprudencia»³³.

Continuando con su tramitación, la conformidad alcanzada debe ser controlada por el órgano judicial conforme al artículo 787. 3 y 4 LECrim con el fin de que no se vulneren principios básicos del proceso penal como el de legalidad y derechos constitucionales a los cuales renuncia el acusado³⁴. Decía la STS 167/2008, 14 de abril (RJ 2008, 1728), «es entendible que la LECrim arbitre un cuadro jurídico llamado a servir de garantía para la comprobación de la concurrencia de los presupuestos que legitiman la adhesión del acusado a la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal. También lo es que la propia ley fije un expediente de desvinculación del órgano decisorio respecto de aquellas conformidades que considere incorrectas o que afecten a medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad criminal».

Conforme al artículo 787.2, dos son los aspectos que debe controlar el órgano judicial para considerar conforme a derecho el acuerdo alcanzado entre las partes³⁵:

- Que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación.
- Y que la conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias por el acusado.

De este precepto deriva que el juez puede controlar la calificación de los hechos y la procedencia de la pena, pero no los hechos aceptados por las partes, ya que no se ha practicado ninguna prueba y carece de elementos de juicio para valorarlos. Se trata de un control jurisdiccional bastante técnico, dado que el órgano enjuiciador queda vinculado a la valoración fáctica que se derive de la

³³ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Se añade, además, «Para facilitar la conformidad tanto en el procedimiento abreviado cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial como en el procedimiento ordinario, se suprime el límite penológico de seis años, sin necesidad de celebrar el juicio oral, por lo que se modifica lo dispuesto en los artículos 655, 688 y 787».

³⁴ Véase, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, n.º 35, 2016, p. 167-194, file:///C:/Users/mgisbert/Downloads/97-Texto%20del%20art%C3%ADculo-308-1-10-20200420%20(5).pdf

³⁵ En la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, se nos dice que «recuerda la Ley que el órgano enjuiciador no debe descuidar por razón del acuerdo alcanzado su preferente vinculación a la Ley y que en el ejercicio de su indeclinable función jurisdiccional y del interés público inmanente al proceso penal debe supervisar en todo caso tanto la adecuación de la calificación jurídica a los hechos propuestos, como la necesaria correlación entre calificación jurídica y pena solicitada, sin perjuicio del inmediato y directo control que ha de ejercer sobre la libertad y espontaneidad con que el acusado manifiesta su voluntad».

conformidad³⁶. Respecto a la pena, su control ha de limitarse a si es procedente, lo que implica el control de su legalidad, quedando fuera del control judicial el ámbito discrecional de la penalidad en el que se materializa su individualización, como más adelante reseñamos.

Y en cuanto al acusado, dicha conformidad, como dice la Sentencia de 1 de marzo de 1988 (RJ 1988/1511), resumiendo la doctrina del TS, «para que surta sus efectos, ha de ser necesariamente “absoluta”, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de cosa alguna; “personalísima”, o dimanante de los propios acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario; “voluntaria”, esto es, consciente y libre; “formal”, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables; “vinculante”, tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales una vez formuladas, han de pasar tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada e incluso para las Audiencias, salvo en los casos antes expresados»³⁷.

Por tanto, siguiendo la STS de 24 enero 2011 (RJ 2011\909), el Juez o Tribunal ante el que se acuerda la conformidad ha de cerciorarse de que el inculpado ha prestado su consentimiento libremente y que ha sido informado de las consecuencias de la conformidad acordada, pues sin conocimiento suficiente de dichas consecuencias no podría decirse que haya existido un consentimiento bastante para que el acuerdo conseguido pueda producir los efectos previstos por la norma³⁸. En este sentido, el artículo 787.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Letrado de la Administración de Justicia la misión de informar al acusado de las consecuencias de la conformidad antes de que ésta sea prestada.

Sobre la información que debe darse al acusado la doctrina jurisprudencial incide en la necesidad y la importancia de esta exigencia; señalando que para que sea eficaz la voluntad del acusado, además de haberse formado y haber sido emitida libremente, es preciso que vaya precedida de una información que el

³⁶ LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2008), *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, p. 95.

³⁷ En el mismo sentido, entre otras, STS n.º 211/2012 de 21 marzo. En la STS de 27 de diciembre de 1999 (RA 927), se relata como en el acto del juicio oral, el Ministerio Público presentó otro escrito de calificación, el cual fue aceptado por el abogado, guardando silencio al respecto el acusado. El Tribunal Supremo dio por válida la conformidad porque la anuencia del acusado fue tácita. La decisión señala que el acusado debería de haber manifestado su disconformidad en el acto.

³⁸ Según AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso, la conformidad en el proceso penal español*, Ed. Cedes, 1998, pp. 81 y 82, no es válida la conformidad cuando el acusado carece de alguna capacidad de juicio y de discernimiento, incluso trayendo, en este sentido, una decisión de la Audiencia Provincial de Albacete y otra de la Audiencia Provincial de Valencia. Asimismo, GIMENO SENDRA, V., *Procesos penales...*, cit., tomo 5, pp. 61 y 62, sobre la capacidad del enfermo mental para conformarse.

Tribunal debe proporcionarle sobre las consecuencias legales de su conformidad, de manera que para que no continúe la tramitación del procedimiento y el Tribunal dice Sentencia, es preciso que el Letrado de la Administración de Justicia informe al acusado de las consecuencias de su conformidad y el Tribunal compruebe que ésta ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias, en el bien entendido que, como señala la Sentencia del TS de 12 de marzo de 2009 (RJ 2009\2646) no se trata de que la información tenga por objeto las consecuencias de la condena en todo el ámbito administrativo o en relación con todo proyecto que el acusado pueda tener. Pero tampoco ha de ceñirse la información a las consecuencias estrictamente penales (por ejemplo, la condena por el delito imputado; la imposición de las penas aceptadas; el cumplimiento de éstas o su suspensión)³⁹.

En caso de que el Juez o Tribunal considerase incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificase su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio (art. 787.3 LECrim)⁴⁰.

En consecuencia, es entendible para el Tribunal Supremo que la LECrim arbitre un cuadro jurídico llamado a servir de garantía para la comprobación de la concurrencia de los presupuestos que legitiman la adhesión del acusado a la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal⁴¹. También lo es que la propia ley fije un expediente de desvinculación del órgano decisorio respecto de aquellas conformidades que considere incorrectas o que afecten a medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad criminal. El sentido de tales mecanismos procesales de fiscalización es perfectamente congruente con la necesidad de poner límites a una condena penal que no encuentra otra forma de legitimación que el allanamiento del acusado a la petición de pena que contra él se formula... De ahí que el esquema jurídico de la conformidad en el pro-

³⁹ La STS n.º 327/2020 de 18 junio (RJ 2020\3056), entiende que para prosperare la impugnación de una sentencia de conformidad, por ejemplo, «sería indispensable la fundada alegación de un error provocado por la ocultación de datos que haya podido condicionar el aquietamiento con la acusación del Fiscal».

⁴⁰ La STS 188/2015, de 9 de abril (RJ 2015, 1515), recuerda la necesidad de proceder como señala este precepto para respetar uno de los principios que integran las garantías constitucionales del proceso penal, como es el de contradicción: «... si la Sala considera incorrecta la calificación formulada, no puede aceptar sin más la conformidad entre las partes, prescindiendo de la celebración del juicio, y modificar posteriormente dicha calificación en la sentencia, inaudita parte, sino que debe trasladar su discrepancia a la acusación para que esta pueda modificar su escrito de casación en términos tales que la calificación sea correcta. Y, en otro caso, deber ordenar la continuación del juicio».

⁴¹ STS 327/2020, de 18 de junio.

cedimiento abreviado incorpore, además, una vía de impugnación de la sentencia en aquellas ocasiones en las que la aceptación de la pena fuera el resultado de un error del imputado o el fruto del desconocimiento de las consecuencias que de esa adhesión podrían derivarse⁴².

Por otro lado, por imperativo del artículo 697 LECrim, en sede de proceso ordinario, la adhesión al acta acusatoria del Ministerio Fiscal debe provenir de todos y cada uno de los acusados. En él puede leerse que «... cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 694 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio». El párrafo segundo del mismo precepto impone la continuación del juicio «... si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio». Esta misma idea se reitera, para el ámbito del procedimiento abreviado, en el artículo 787.2 de la LECrim, cuyo primer inciso pone de manifiesto que la procedencia de la sentencia de conformidad sólo se justifica «... a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes».

Como dice la STS. 88/2011 de 11 febrero, reiterando lo manifestado por la STS 971/1998, 27 de julio⁴³, «... una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito: el artículo 691 exige que, si los procesados fueren varios, se pregunte a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido, de modo que únicamente podrá el Tribunal dictar sentencia de conformidad en los términos expresados en el artículo 655 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, no considerando los defensores necesaria la continuación del juicio (art. 697, párrafo primero, LECrim). Pero si cualquiera de ellos no se confiesa reo del delito que se le haya imputado —o su defensa considera necesaria la continuación— se procederá a la celebración del juicio (art. 673, párrafo segundo, y 696 LECrim). Que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas, es un contrasentido evitado con la exigencia de la unanimidad de los acusados al conformarse con la calificación, y la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos. Tal hipótesis conducirá a una determinación de los hechos probados, no en razón de esa especie de disponibilidad “sui generis” del objeto procesal,

⁴² STS n.º 88/2011, de 11 de febrero (RJ 2011/1943).

⁴³ En igual sentido, SSTS 1014/2005, de 9 de septiembre (RJ 2005, 6856) 260/2006, de 9 de marzo (RJ 2006, 920); 88/2011, de 11 de febrero (RJ 2011, 1943); 73/2017, de 13 de febrero o 422/2017, de 13 de junio (RJ 2017, 2846), entre otras.

presente en cierto modo en la figura de la conformidad, sino sobre la base de la subsiguiente actividad probatoria desarrollada en el juicio oral con observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad»⁴⁴.

De modo que una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resultará irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que, en tal caso, habrá de ser para todos los acusados, incluso para los que expresaron la conformidad, el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno; y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás, diluyéndose aquéllas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en conciencia por el Tribunal de instancia (art. 741 LECrim).

También la STS de 11 febrero de 2011 (RJ 2011\1943) entiende que «la solución ofrecida por este precedente es acorde con el significado mismo de la conformidad, entendida ésta como fórmula jurídica puesta al servicio del principio de consenso en el ámbito del proceso penal. La unanimidad entre los acusados constituye una exigencia que algún tratadista clásico justificó ante la necesidad de preservar la continencia de la causa, evitando la posibilidad de sentencias contradictorias. Incluso, desde una perspectiva inspirada en el más absoluto pragmatismo, carece de sentido que el desenlace de la conformidad, en aquellos casos en los que no está compartida por todos los imputados, implique la continuación del juicio para los no conformes, eludiendo los beneficiosos efectos que el legislador asocia a la evitación del juicio oral. En definitiva, la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados».

Siguiendo a Sanz Castillo⁴⁵, «solo existen dos supuestos en los que la ley, de forma expresa, no exige que la conformidad sea de todos los acusados. El primero de estos supuestos se refiere a la conformidad de la persona jurídica acusada. En este caso, el artículo 787.8 LECrim prevé que esta conformidad “podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos”. La segunda excepción afecta a los procedimientos en los que existen acusados declarados en rebeldía, permitiendo en estos casos el artículo 842 LECrim que continúe el juicio respecto a los demás acusados (con el resultado que fuera

⁴⁴ El fundamento radica en la necesidad de no quebrar el principio de continencia de la causa y evitar el riesgo de pronunciamientos contradictorios. En ese criterio abundan las SSTS 1014/2005, de 9 de septiembre (RJ 2005, 6856); 260/2006, de 9 de marzo (RJ 2006, 920); 88/2011, de 11 febrero (RJ 2011, 1943); 73/2017, de 13 de febrero y 422/2017, de 13 de junio (RJ 2017, 2846).

⁴⁵ SANZ CASTILLO, S., «La conformidad parcial no evita el juicio en el proceso penal: ¿se basará la sentencia en la prueba o en el acuerdo?», en *Actualidad Jurídica*, 1578-956X, n.º 50, 2018, p. 117-123.

entre ellos, por qué no, una posible sentencia de conformidad) y que se suspenda para los ausentes».

Sentado lo anterior, conviene precisar que la práctica forense demuestra que no son extraños los supuestos en los que el acusado que interesó la conformidad, posteriormente frustrada por la decisión de los demás acusados, ratifica, en el juicio, su participación en los hechos, así como la del resto de partícipes, por cuanto que dicha colaboración es susceptible de generar una modificación parcial de las conclusiones acusatorias definitivas por aplicación de la atenuante analógica de confesión prevista en el artículo 21.7.^a 11, en relación con el artículo 21.4.^a46. Por tal razón, parece que, si bien es cierto que la Administración de Justicia secunda la prohibición de la conformidad parcial subjetiva, no lo es menos que consiente sucedáneos de la misma en tanto contempla ventajas para quien reitera su anterior declaración⁴⁷.

En este sentido, la STS n.º 280/2020 de 4 junio (RJ 2020\1629), expone que «otra cosa es que en ocasiones ante prácticas no totalmente ajustadas a esas pautas legales esta Sala convalide la decisión al no observarse ni indefensión ni quiebra de alguna garantía (*vid.* STS 91/2019, de 19 de febrero (RJ 2019, 600)). De hecho, en algunos precedentes la conformidad alcanzada por una parte de los acusados no se deja sin efecto, ni se ordena repetir el juicio para ellos». La STS 784/2012, de 5 de octubre (RJ 2012, 9853) contempla que la conformidad de varios de los acusados al inicio de la vista oral del juicio no genera por sí indefensión para los restantes, ni en el ámbito probatorio, ni en el penal sustantivo. Se trataba de conformidades parciales en que los conformes no abandonaron el juicio oral, pudiendo ser preguntados por las restantes defensas. No era una conformidad. Se trató de la celebración de un juicio con parte de los acusados que se conformaban, lo que es muy distinto.

La STC 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011, 126), por su parte, rechazó que una conformidad parcial generara por sí indefensión trasladando la cuestión suscitada al ámbito propio de la presunción de inocencia: sería un problema de valoración como prueba de las declaraciones de coimputados⁴⁸. Item más, añá-

⁴⁶ LOZANO EIROA, M., «Conformidad y pluralidad de acusados», *Revista de Derecho UNED*, 2012, n.º 10, p. 352.

⁴⁷ MOLINA GIMENO, F. J., «La imposibilidad de conformidad parcial ante la concurrencia de acusados y pluralidad de delitos objeto de acusación», *Diario La Ley*, Año XXXI, n.º 7336, 2010, p. 8.

⁴⁸ La Sentencia n.º 229/2014, de 25 de marzo (RJ 2014, 2034) (reiterado por la Sentencia n.º 287/2020 de 4 junio. RJ 2020\1634) señala que «el hecho de que se deriven beneficios penológicos de la delación ha de ser tornado en consideración, pero no necesariamente puede llevar a negar valor probatorio a su declaración. Este dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarlos, y, pese a ello, se revelan como convincentes y capaces de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Solo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena

de la STS n.º 280/2020, «si nos situásemos hipotéticamente en una sentencia de estricta conformidad, para lo cual hubiera sido necesario que se dividiese la causa, formando una pieza separada para los acusados conformes, se finalizaría con una sentencia de conformidad (que les condenaría al total de las indemnización, sin perjuicio de que otros posibles responsables penales pudieran ser posteriormente también condenados con otras cuotas). Habría luego otra sentencia para los no conformes tras el desarrollo del juicio oral (obviamente sin presencia de los acusados ya conformados y sentenciados). También en ese caso el Tribunal mantendría el control pudiendo rechazar la conformidad como establece el art. 787.2».

En relación con las personas jurídicas, la Ley 37/2011 introdujo un nuevo apartado 8 en el artículo 787 LECrim que parte de la aplicación de los requisitos generales de la conformidad, pero que también pretendió dar respuesta a algunas de las dudas que suscitaba la aplicación de dicho régimen legal a las mismas: «Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos»⁴⁹.

De este apartado se extrae que esta conformidad podrá realizarse con independencia de la postura que adopten los demás acusados en el proceso, sin

no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (autos 1/1989, de 13 de enero y 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente, el TS ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (SSTS 29.10.90 (RJ 1990, 8236), 28.5.91, 11.9.92 (RJ 1992, 7119), 25.3.94 (RJ 1994, 2594), 23.6.98 (RJ 1998, 5593), 3.3.2000 (RJ 2000, 1112)). La decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto *Corneils v. Holanda* abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el Fiscal y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio. (FJ 1)».

⁴⁹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La persona jurídica en el proceso penal. un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 29, 2013: «la primera peculiaridad que va a caracterizar la conformidad de la persona jurídica y es que nos vamos a encontrar con una conformidad que va a consistir en el reconocimiento de hechos que no le son propios sino ajenos. Por tanto, y a diferencia de lo que acontece con la conformidad de las personas físicas, en la que se reconoce una responsabilidad por hechos personales, en la conformidad de la persona jurídica, la conformidad se sustenta en el reconocimiento de una responsabilidad por hechos ajenos o por delitos cometidos por determinadas personas físicas, como pueden ser administradores, representantes o empleados. No obstante, que duda cabe, que estos hechos han de haber sido cometidos en tales circunstancias que impliquen la extensión de la culpa a la persona jurídica en cuestión».

vincular su contenido al juicio que se celebre en relación con éstos⁵⁰. Esta aseveración se adapta a un sistema de imputación de personas jurídicas basado en la desvinculación del tratamiento procesal de sus responsabilidades penales respecto de las que se reclaman a las personas físicas⁵¹.

3. *La conformidad en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*

En el marco de este procedimiento⁵², el artículo 801 LECrim regula la conformidad⁵³ de forma más detallada que en otros procesos, así como los efectos y límites de la misma⁵⁴ y la incorporación de un instrumento nuevo de agilización y simplificación del proceso mediante la atribución, a la conformidad producida en determinadas circunstancias legalmente determinadas, de un efecto reductor de la pena consensuada en un tercio de su extensión. Puede apreciarse cómo se le confiere a la conformidad un mayor valor, contemplándose nuevas posibilidades para su operatividad y privilegiándose su prestación en un momento temprano. Dice como sigue:

⁵⁰ Véase APARICIO DÍAZ, L., «El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal», *Diario La Ley*, n.º 7759, 2011. También, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 113, 2015.

⁵¹ ZARZALEJOS NIETO, J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, BANACLOCHE PALAO, J., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La Ley*, 2011, p. 280.

⁵² Creado por Ley 38/2002, de 24 de febrero, de reforma parcial de la LECrim y Ley Orgánica 8/2002, de idéntica fecha que la anterior,

⁵³ GIMENO SENDRA, J.V., «La conformidad “premiada” de los juicios rápidos», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 5, 2004, pp. 5-14: «La Ley Orgánica 8/2002 introdujo una conformidad más en la ya frondosa selva de conformidades de nuestro proceso penal (2 en el sumario ordinario, otras 2 con la variante “negocial” del artículo 787.2 en el procedimiento abreviado y 2 ordinarias más una nueva en conclusiones en el procedimiento ante el Jurado —art. 50 LOTJ—), que, por ésta y otras muchas más causas, está exigiendo la reforma total de nuestra LECrim». En las SSTS 752/2014, de 11 de noviembre (RJ 2014, 5695) y 422/2017, de 13 de junio (RJ 2017, 2846) señalan que la reforma de la LECrim supuso una auténtica modificación por vía indirecta del Código Penal, al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al artículo 801 LECrim el rango de ley orgánica del que carecía el original proyecto legislativo.

⁵⁴ Auto de la Aud. Prov. de Navarra n.º 19/2018, de 5 febrero (ARP 2018\245): «Conviene tener presente la ampliación de las facultades de control del Juez de guardia, del Juez de lo Penal o de la Audiencia Provincial respecto de la regulación anterior. Así, bajo el imperio del derogado artículo 793.3 LECrim (vigente desde el 1 de marzo de 1989 hasta el 27 de abril de 2003) tales facultades eran más restrictivas como se desprende de su tenor literal...La nueva y vigente regulación ha ampliado, en consecuencia, el control de legalidad de las conformidades pues solo se halla vinculado a los hechos objeto de acusación que no puede alterar, pero en orden a su calificación jurídica o pena imponible puede actuar no solo, lo que ciertamente será el supuesto más frecuente, a favor del reo, sino también en contra del mismo».

«Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación⁵⁵.

2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años⁵⁶.

3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3.ª del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

⁵⁵ El último apartado de este artículo 801 dispone que: «Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores».

⁵⁶ Nótese la diferente cuantificación de la pena máxima requerida en abstracto con respecto al régimen de la conformidad en el Procedimiento abreviado (6 años, art. 787 LeCrim), así como la circunstancia de proceder a la suma de las penas si fueran varias para alcanzar ese máximo, cosa que tampoco sucede en el Procedimiento abreviado, Ordinario, o el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Véase GÓMEZ ANGULO, J., «La conformidad en los juicios rápidos», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 31, Wolters Kluwer, 2006, pp. 27 y ss.

La 44.ª propuesta dentro de «Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la administración de justicia tras la pandemia de coronavirus Covid-19» de la Fiscalía General del Estado propone la ampliación del ámbito de la conformidad en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos modificándose el artículo 801 LECrim. La propuesta pasa por extender la conformidad privilegiada de este procedimiento a peticiones de penas superiores a 3 años, ampliando este límite hasta los 5 años de prisión. Con ello se lograría la ampliación de los supuestos de soluciones consensuadas y facilitaría que la tarea investigadora se concentrara en aquellos asuntos que verdaderamente lo requieran.

Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1.^a del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Letrado de la Administración de Justicia seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución».

De entre los requisitos que deben darse en esta conformidad, destaca el del tiempo procesal en que debe realizarse. El acusado debe manifestar su conformidad en el momento mismo en que recibe traslado de la calificación del Fiscal (art. 800.2 LECrim). La conformidad sustituye a la presentación de escrito de calificación provisional de la defensa. Ahora bien, aunque la especialidad principal de la conformidad en el juicio rápido es la conformidad beneficiada del este artículo 801, es posible que transcurrido el momento procesal en que ésta puede obtenerse y perdida ya la oportunidad de un beneficio de rebaja en la pena como el propuesto en el citado precepto, sin embargo, las partes lleguen en la tramitación ulterior del juicio rápido a una conformidad ordinaria y no beneficiada, al igual que sucede en los restantes procedimientos, que determinaría la sentencia de conformidad del Juez de lo Penal. Esa conformidad puede producirse bien en los escritos de acusación provisional (art. 784.3) o bien en el inicio del juicio oral (art. 787). Se evita así, efectivamente, el señalamiento de juicio y la citación de las partes, de modo que, si la defensa formula una calificación contradictoria, o solicita del Juez de Instrucción plazo para evacuar su calificación, pierde el derecho a beneficiarse de la reducción de condena, aun cuando pueda articularse después una solución consensuada por el trámite común de los artículos 784.3 y 787 LECrim⁵⁷.

Cuando se otorga al Fiscal un plazo de cuarenta y ocho horas para evacuar por escrito su calificación, bien porque se ha personado acusación particular (art. 800.4 LECrim), bien porque se ha elevado la causa al superior jerárquico para que supla la inactividad del Fiscal encargado del asunto (art. 800.5 LECrim), el acusado también debe manifestar su conformidad de manera inmediata al

⁵⁷ Véase IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., «La conformidad en el nuevo sistema de juicios rápidos», en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales n.º 21/2003 parte Comentario. Aranzadi, 2004.

traslado de los escritos de calificación si quiere beneficiarse de la reducción de condena del artículo 801 LECrim⁵⁸.

Como expone la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 7 de abril, sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado⁵⁹, «la delimitación temporal de la conformidad especial revela que uno de los fundamentos del beneficio de la reducción de pena radica precisamente en la temprana manifestación por el imputado de su voluntad de conformarse y de su disposición a simplificar el proceso; la conformidad manifestada fuera de los momentos procesales descritos producirá los efectos prevenidos en el artículo 787 LECrim, pero no se beneficia de la reducción de condena».

En cuanto al control judicial de la conformidad, el Juez de Instrucción, conforme a lo establecido en el artículo 787 LECrim, deberá constatar que el acuerdo suscrito recoja el contenido acusatorio, y que la aceptación del imputado haya sido absoluta, expresa, personalísima y voluntaria, así como haber sido informado de las consecuencias de la conformidad. Igualmente, ha de constar de forma expresa el consentimiento del Abogado defensor a todos los términos de la conformidad (requisito exigido en los arts. 694 y 787.4 LECrim). Conforme expone la STS n.º 188/2015 de 9 abril (RJ 2015\1515): «La conformidad dirigida a evitar la celebración del juicio oral debe dar lugar a una sentencia acorde con el escrito de calificación, salvo que el Tribunal entienda que no es procedente la calificación de los hechos mutuamente aceptados, en cuyo caso ha de acudir necesariamente a un trámite previo de adaptación de la calificación acusatoria a la tesis estimada correcta por el Tribunal sentenciador, y si dicha adaptación no se produce, necesariamente ha de celebrarse el juicio, no pudiendo el Tribunal de instancia modificar la calificación mutuamente aceptada, sin celebración del juicio»⁶⁰.

⁵⁸ En el procedimiento abreviado es posible articular esta modalidad especial de conformidad durante la tramitación de las diligencias previas, antes de su transformación en abreviado. Si en esta fase el imputado asistido de su Abogado reconoce los hechos a presencia judicial y los mismos se encuadran en los límites del artículo 801, el Juez de Instrucción incoa diligencias urgentes para enjuiciamiento rápido a fin de formalizar en el seno de las mismas la conformidad beneficiada con reducción de pena (art. 779.1.5.ª LECrim). Sin embargo, una vez emprendida la fase intermedia mediante la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 789.1.4.ª LECrim) debe darse por precluida la posibilidad de aplicar el régimen especial de conformidad, sin perjuicio de la aplicación —en su caso— de la modalidad ordinaria de conformidad prevista en los artículos 784.3 y 787 LECrim si la solución consensuada se lograra con posterioridad.

⁵⁹ Véase también la Instrucción 2/2009 de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española ya citado.

⁶⁰ Auto de la Aud. Prov. de Navarra n.º 19/2018, de 5 febrero (ARP 2018\245): «De otra parte, lo novedoso de la regulación radica en el pormenorizado desarrollo que el artículo 787 LECrim realiza de las facultades de homologación judicial de la conformidad concertada por las partes, recogiendo en gran medida aportaciones jurisprudenciales producidas bajo la vigencia de la anterior regulación. Recuerda la Ley que el órgano enjuiciador no debe descuidar por razón

Es necesaria además la conformidad de todas las defensas si fueran varias, y es posible formalizar el acuerdo de conformidad en el acta que levante el Letrado de la Administración de justicia de la vista o comparecencia, incluyendo todos los condicionantes de la aceptación conjunta de los hechos, calificación y penas solicitadas, que nuevamente no podrán superar en su conjunto el límite legal prescrito (dos años de prisión con reducción de un tercio).

Una vez testimoniado y homologado por el Juez instructor el acuerdo de conformidad, éste se adjuntará a los autos del procedimiento, siendo lo más normal que la sentencia sea dictada oralmente, y documentándose conforme al artículo 789 LECrim⁶¹.

4. *La conformidad en el proceso por aceptación de decreto*

Se le conoce también como el «proceso monitorio penal» y se regula en los artículos 803 bis a) a bis i)⁶². En este proceso podemos decir que la conformidad es consustancial al mismo por cuanto tiene la peculiaridad de que, si no se logra el acuerdo, la causa se transformará en otro tipo de proceso. Para que pueda incoarse este proceso es necesario que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con el artículo 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos y ciclomotores.

Aquí el protagonismo lo ostenta el Ministerio Fiscal. En este proceso, el Fiscal puede remitir al Juzgado de Instrucción un decreto de imposición de pena, para su autorización y notificación al investigado, traslado que puede efectuarse

del acuerdo alcanzado su preferente vinculación a la Ley y que en el ejercicio de su indeclinable función jurisdiccional y del interés público inmanente al proceso penal debe supervisar en todo caso tanto la adecuación de la calificación jurídica a los hechos propuestos, como la necesaria correlación entre calificación jurídica y pena solicitada, sin perjuicio del inmediato y directo control que ha de ejercer sobre la libertad y espontaneidad con que el acusado manifiesta su voluntad».

⁶¹ Véase GARCÍA MOSQUERA, M., «Juicios rápidos y conformidad. La posible vulneración de los derechos fundamentales», *Revista Penal*, n.º 40, 2017, pp. 97-110, analiza los problemas que plantea la aplicación práctica de las condenas por conformidad en los juicios rápidos en España desde la óptica de los derechos fundamentales del proceso penal.

⁶² El proceso por aceptación de decreto se introdujo en nuestro ordenamiento por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Sobre este proceso puede consultarse, entre otros, ASENSIO MELLADO, J. M., *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 o del mismo autor, «Breve aproximación al proceso penal monitorio», *Revista universitaria de Derecho Procesal*, n.º 2, 1989. MUERZA ESPARZA, J., «VI. El proceso por aceptación de decreto», en MUERZA ESPARZA, J. (ed.), *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015. CASTILLEJO MANZANARES, R., «Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de Decreto», *Diario La Ley*, n.º 8544, 2015.

«en cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la Fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado», siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 803 bis.a LECrim). De ser aceptado por el investigado devendrá en resolución judicial firme, en caso contrario, el ministerio fiscal no se encontrará vinculado por el contenido de su decreto y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.

Por tanto, se trata de un procedimiento penal monitorio que permite la conversión de una propuesta sancionadora efectuada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos previstos en la Ley y el encausado preste su conformidad, con preceptiva asistencia letrada. Como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, el objetivo de la reforma es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda. Asimismo, responde a la posibilidad de culminar la fase de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal con una elevación de las actuaciones al juzgado de instrucción que implique no ya la puesta en conocimiento del hecho sino, de hecho, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente. Su efectiva aplicación implicará así una reducción significativa de las instrucciones y ulteriores juicios orales, lo que redundará en beneficio del acortamiento de la denominada «fase intermedia» de los procedimientos.

Como expone Mateos Rodríguez-Arias, «se trata de una modalidad de muy escasa aplicación frente al exitoso juicio rápido, entre otras razones porque al acusado le resultará más conveniente acogerse a la conformidad del artículo 801LECrim que está premiada con una reducción de un tercio de la pena»⁶³.

5. La conformidad en el procedimiento ante el tribunal del jurado

El procedimiento ante el tribunal del jurado se creó por Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo. La conformidad está expresamente regulada en el artículo 50⁶⁴,

⁶³ «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 36, 2020, p. 275-293.

La propuesta 52 de la «Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la administración de justicia tras la pandemia de coronavirus covid-19» de la Fiscalía General del Estado, dedicada a la «Ampliación del ámbito objetivo del procedimiento por aceptación por decreto del artículo 803 bis LECrim», expone que actualmente se trata de un procedimiento de aplicación muy limitada debido al estrecho ámbito objetivo por la gravedad y extensión de la pena. La propuesta pasa por extender su aplicación a los mismos supuestos que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, con la ventaja de que no requiere comparecencia judicial, evitando así trámites innecesarios y adelantando aún más la conformidad.

⁶⁴ Según MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, junto con MORAL GARCÍA, A., y ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Comares, 1999, p. 401, se aplica a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado las demás formas de conformidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por fuerza del artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

precepto que recoge una especial modalidad de conformidad que, a diferencia de las restantes, no evita el juicio sino únicamente el veredicto del Jurado una vez celebrado aquél⁶⁵. Es decir, la conformidad se produce en el momento de las conclusiones definitivas, ya practicada ante el jurado toda la prueba del juicio y ello implica la disolución del jurado por la existencia de conformidad y la redacción de la sentencia directamente por el Magistrado.

Ahora bien, como señala Tomé García en la práctica viene admitiéndose la formalización de esa conformidad en el momento previo a la constitución del Jurado, en todos aquellos supuestos en los que las partes de acusación y defensa coinciden en el alcance de la eventual condena, si dicha conformidad se hace presente al Magistrado-Presidente desde el momento inicial de la personación de las partes en sede de Audiencia Provincial⁶⁶.

La conformidad del artículo 50 produce, no ya sobre la continuación del juicio, al que normalmente dará término, salvo que la conformidad no se extienda a la responsabilidad civil, en cuyo caso el juicio continuará (art. 655, párrafo último, LECrm.) ante el Magistrado-Presidente para dilucidar esta cuestión ajena a la función propia de los jurados (arts. 4, párrafo segundo, y 68 LOTJ), sino sobre la composición misma del Tribunal que queda así reducido, tras la disolución del Jurado, al Magistrado-Presidente, en lo que constituye la consecuencia más característica o específica de la conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Este efecto peculiar del instituto de la conformidad presupone, obviamente, que el Tribunal haya sido constituido y que la misma se produzca durante la celebración del juicio oral, bien sea en el trámite de las conclusiones definitivas (art. 48 LOTJ), bien sea al inicio de las sesiones y dentro de la fase de alegaciones previas que contempla el artículo 45 de la LOTJ, en relación con lo dispuesto en los artículos 688, párrafo segundo, y 793.3 de la LECrim, teniendo en cuenta que el desarrollo del juicio habrá de acomodarse a lo prevenido en los artículos 680 y ss. de la LECrm. (art. 42.1 LOTJ)⁶⁷.

Asimismo, la STS de 4 de noviembre de 1996 (RA 8044), señala que la conformidad, tras la producción de prueba o el trámite de las calificaciones definitivas solo se permite en el Tribunal del Jurado.

⁶⁵ Véase DE DIEGO DíEZ, L. A., «La conformidad en la Ley del Tribunal del Jurado», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 1996, pp. 1304-1309. Y MARCHENA GÓMEZ, M., «El Fiscal y la ley del jurado», en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 318 y 319.

⁶⁶ TOMÉ GARCÍA, J. A., «Artículo 50: Disolución del jurado por conformidad de las partes», en *Comentarios a la Ley del Jurado*, DE LA OLIVA SANTOS, A. (coord.), Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 493: «... no hubiera estado de más que el legislador hubiera previsto expresamente que, en estos casos, el Juez de Instrucción, prestada la conformidad en los escritos de calificación ante él presentados, remitiera la causa al Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado para que éste, sin necesidad de que se constituya el Jurado, y previa audiencia de las partes, procediera sin más a dictar la sentencia que corresponda según la calificación mutuamente aceptada». Véase también, CHOZAS ALONSO, J. M., «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado», *La Ley Penal*, n.º 104, 2014, p. 5.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de noviembre de 1998.

Esta aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo que no se oponga a los preceptos de la Ley del Tribunal del Jurado (art. 24.2 LOTJ), es la que hace que la conformidad haya de regirse por las normas generales de aquella Ley en todo lo no previsto expresamente por el artículo 50 de la LOTJ. En consecuencia, nada impide que la conformidad pueda producirse y surtir sus efectos propios antes de la celebración del juicio y de la constitución del Jurado, en el tiempo que media entre la contestación de la defensa a la calificación acusatoria, en la fase de conclusiones provisionales, y el comienzo de aquél, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 655 de la LECrim, debiendo el Magistrado-Presidente dictar, sin más trámite, la sentencia de conformidad que corresponda, dentro de los límites que marca el citado artículo 50 y con las salvedades contempladas en los apartados 2 y 3 de este precepto, que a continuación expondremos. En este caso, la existencia de conformidad no puede provocar la disolución del Jurado puesto que no está constituido, pero sí impide su constitución y la consiguiente celebración del juicio, al no ser ya necesaria la emisión de un veredicto⁶⁸.

En cuanto a los requisitos de la conformidad, el artículo 50.1 establece que la pena de la calificación más grave «no exceda de 6 años de privación de libertad, sola o conjuntamente, con las de multa y privación de derechos». La conformidad ha de serlo «con el escrito de calificación definitiva que solicite pena mayor, o con el que presentasen en el acto, suscrito por todas».

Respecto a los límites, no pueden incluirse en la conformidad «otros hechos que los objeto del juicio» o sea, los comprendidos en el auto de hechos justiciables (art. 37, a, b y c). Tampoco puede incluirse, siguiendo con el artículo 50.1, «calificaciones más graves que la incluida en las conclusiones provisionales».

En los apartados 2 y 3 del artículo 50 se regula el control de la conformidad por el Magistrado-Presidente, pues la conformidad del acusado no vincula siempre al órgano decisor que, en determinados casos, puede rechazarla y ordenar la continuación del juicio.

⁶⁸ S. Aud. Prov. de Cantabria n.º 3/2006 de 23 enero (JUR 2006\135298): «Aunque la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no prevé la posibilidad de la conformidad del acusado con los hechos y pena objeto de la acusación más que en el limitado trámite previsto en el artículo 50 LTJ, es decir, después de celebrado el juicio ante el Jurado, no existe en la norma ningún precepto que prohíba que dicha conformidad se produzca con anterioridad, y siendo la Ley de Enjuiciamiento Criminal supletoria según prevé el artículo 24.2 LTJ, nada impide que las partes acusadoras y las defensas de los acusados, con la obligada anuencia de éstos, manifiesten su conformidad con los hechos y penas objeto de la acusación una vez conocida ésta y antes de las fases reguladas en las Secciones Tercera y Cuarta del Capítulo III de la Ley Orgánica de Tribunal del Jurado.

Es lógico, y se alinea en los postulados del principio de economía procesal, que si existe conformidad desde el primer momento con los hechos y pena objeto de acusación por parte de los acusados, devenga innecesario tanto la realización de actos procesales por el Magistrado presidente del tribunal (auto de hechos justiciables) como la constitución del Jurado y la práctica de toda la prueba».

Estos casos son:

— Cuando entiende el Magistrado-Presidente «que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o no lo fue por el acusado» (art. 50-2).

— Cuando el Magistrado-Presidente entiende que «los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito».

Este supuesto se refiere a casos de «atipicidad penal», el hecho justiciable no es delito. Como el Magistrado-Presidente al redactar el auto de hechos justiciables ha de determinar el delito o delitos que dichos hechos constituyan, este supuesto solo se dará si, en la práctica de la prueba en el juicio oral, resulta que alguno de los elementos esenciales constitutivos del tipo penal no han sido probados. Problema de valoración de la prueba que correspondería al Jurado⁶⁹.

— Cuando el Magistrado-Presidente entiende que de los hechos aceptados por las partes «pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación» (art. 50,3, inciso segundo).

En este caso, como en los anteriores, el Magistrado-Presidente rechaza la conformidad y ordena la continuación del juicio ante el Jurado, pues se trata de cuestiones de valoración de la prueba de cargo practicada.

En los supuestos del artículo 50.3 hay dos particularidades: antes de resolver sobre la continuación del juicio, el Magistrado-Presidente oír a las partes «previa audiencia de las mismas» y el Magistrado-Presidente «someterá a aquel (el Jurado) por escrito el objeto del veredicto».

Esta regulación de la conformidad, en este avanzado trámite procesal, ha sido valorada negativamente por parte de la doctrina porque frustra la principal función de esta figura, que es la de evitar la celebración de juicios orales innecesarios⁷⁰. Además, por otro lado, en relación al control del Magistrado-Presidente, regulado en el apartado 2 del artículo 50, se considera que: en primer lugar, la decisión del Magistrado-Presidente, ordenando seguir el juicio, supone una pérdida de imparcialidad y se está avalando un desenlace absolutorio del que, de forma indefectible, se encaminará el Jurado, y en segundo lugar, porque si el

⁶⁹ MATEOS RODRÍGUEZ-Arias, A., en «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», cit, p. 183: «supone una importante especialidad respecto al procedimiento abreviado y al juicio rápido, ya que permite al magistrado-presidente controlar los hechos aceptados por las partes, especialidad que se justifica en que en este procedimiento, al contrario que los otros, cuando se alcanza la conformidad y se disuelve el jurado ya se ha practicado la prueba, por lo que el magistrado-presidente sí tiene elementos de juicio que le permiten valorar el acuerdo alcanzado desde el punto de vista de los hechos».

⁷⁰ Véase Sentencia n.º 200/2012 de 20 marzo (RJ 2012\4535). También, DE DIEGO DíEZ, L. A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 550; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal* (con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Colex, 1999 p. 598; y MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la ley del jurado*, MONTERO AROCA, J. (coord.), Aranzadi, 1999, pp. 720 y 721.

Magistrado-Presidente estima que concurren motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, deberá preverse la posibilidad de, sin más trámite, disolver el Jurado y dictar sentencia absolutoria y lo propio puede decirse de la prevención del artículo 50.3, dado que el Magistrado-Presidente deberá incluir en las preguntas del veredicto el «objeto nuevo», esto es los «hechos» sustentadores de «no ser delito» o de «exención o preceptiva atenuación», no son alegados por las partes, sino que ha de introducirlos el Magistrado-Presidente de oficio, tal vez sin aceptación de las partes que deben ser «oídas», lo que en alguna medida, puede ser una quiebra de su obligación imparcialidad⁷¹.

No obstante, el Tribunal Supremo (STS 482/2012, de 5 de junio. RJ 2012, 8618) ha matizado que la excepción del artículo 50.3 LOTJ no permite que la no aceptación de la conformidad y la no disolución del jurado se justifique por el magistrado-presidente en la eventual evaluación diferente que podría hacer el jurado tras la prueba practicada, pues, «... en definitiva, no se trababa de efectuar una valoración subjetiva de los hechos, un juicio probabilístico de la prueba para rechazar la conformidad, sino de determinar si existían motivos para estimar, en este caso, que el hecho descrito en el escrito de conformidad no había sido perpetrado (...) y si de esos hechos aceptados no resultaba la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación».

III. La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020⁷² piensa, con rotundidad, en el principio de oportunidad como mecanismo para agilizar el proceso penal, buscando que pase a tener una importancia mayor de la que actualmente tiene por la fortaleza del principio de legalidad⁷³. Con ello no hace sino ratificar y profundizar la apuesta por este principio que ya se con-

⁷¹ STS n.º 482/2012 de 5 junio (RJ 2012\8618).

⁷² Recordemos que, en caso de aprobarse, el Anteproyecto recoge que la Ley tendría una «vacatio legis» de 6 años (Disposición Final octava). Si a la «vacatio» le añadimos el previsible tiempo de tramitación, que no sería, en el mejor de los casos, inferior a dos años, resulta que los temas que plantea, que son muchos, se remiten, para ser realidad, a un futuro lejano y, por lo mismo, impredecible. Sin olvidar que la Legislatura ya está algo avanzada, y si llega a su término sin haber aprobado la nueva Ley se producirá la caducidad del Proyecto. Si bien, nos sirve de pretexto para reflexionar sobre problemas y cambios a los que deberá hacer frente, tarde o temprano, nuestro sistema penal español.

⁷³ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2016: «el principio de la oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de Derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras

tenía en el Anteproyecto de 2011 y el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013⁷⁴.

Debemos destacar, de entre las numerosas novedades que recoge el Anteproyecto de 2020, a los efectos del tema aquí tratado: la simplificación del número de procedimientos penales actualmente vigentes, la desaparición de los Jueces de Instrucción al otorgarse la investigación de los hechos delictivos al Ministerio Fiscal, la posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad, la ampliación del marco normativo de la conformidad, y la regulación de la mediación penal. Todo ello conllevará un considerable aumento del poder de disposición del Ministerio Fiscal sobre la pretensión penal, como ya venía «anunciándose» en las reformas procesales más recientes⁷⁵.

Esta importante apuesta por el principio de oportunidad y, en concreto, por la conformidad no es unánime. Aunque se trata de un principio ya muy implantado en el proceso penal, por lo menos en la práctica, aún provoca dudas en la medida que puede afectar al principio de igualdad y a la presunción de inocencia⁷⁶. Existe recelos hacia esta figura desde que se fue abriendo camino en nuestro ordenamiento hasta nuestros días con la actual regulación. El propio Tribunal Supremo en Sentencia reciente n.º 327/2020 de 18 junio (RJ 2020\3056), se expresa en estos términos: «Es lógico, pues, el *recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio del consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialogal del proceso penal, y la necesidad de que el reproche penal sea el resultado de una apreciación probatoria verificada por un órgano jurisdiccional que ha de valorar los elementos de cargo y descargo ofrecidos por las partes*».

que hoy día el principio de la legalidad tiene que ceder ante un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material».

⁷⁴ CHOZAS ALONSO, J. M., en «Otro avance de la “justicia penal negociada”: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (1)», *Diario La Ley*, n.º 8129, 2013, p. 3, en relación con el Proyecto de 2013 comentaba: «Por otra parte, se amplía exponencialmente el ámbito de actuación de la conformidad, que superaría con creces a otros modelos de Derecho comparado, especialmente el italiano, que ha sido hasta ahora el más afín al español, asimilándonos más bien al sistema norteamericano».

⁷⁵ Véase MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 56/2019.

⁷⁶ CALAZA LÓPEZ, S., «Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal (1)», en *La Ley Penal*, n.º 103, cit.: «La transacción penal suscita, por lo demás, serios reparos, y ello no solo porque lo convenido, acordado o transigido no siempre coincide, como es obvio, con lo más ajustado a Derecho, sino, sobre todo, porque la negociación puede ser susceptible, en ciertos casos, de flagrantes injusticias, de las que se ha hecho eco nuestra doctrina, como podrían serlo, entre otras, la condena de quien, no siendo culpable, decide confesarse como tal, a cambio de una compensación económica, para ocultar al verdadero culpable». Véase también, VAZQUEZ SOTELO, J. L. (2004), «Reflexiones sobre el principio de oportunidad en el moderno proceso penal», La Plata, Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal, Colegio de Abogados de La Plata.

En la doctrina podemos encontrar diversidad de opiniones porque, en definitiva, se trata de una renuncia por parte del acusado al ejercicio de sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a no confesarse culpable y a un proceso con todas las garantías⁷⁷.

Lo que es indiscutible es que, actualmente, el porcentaje de conformidades en el ámbito penal es elevado. En el año 2019 se dictaron, del total de sentencias dictadas en los juzgados de lo penal (154.974) hubo un total de 75.655 sentencias de conformidad, lo que representa un 48'8%. Sin embargo, con los datos de los que se dispone no es posible determinar el momento procesal en el que se alcanzó la conformidad, aunque con carácter general suele tener lugar poco antes del inicio del juicio oral⁷⁸. Y 102.974 sentencias de conformidad se dictaron por los Juzgados de Instrucción, en el ámbito de las diligencias urgentes, respecto de un total de 203.513 diligencias urgentes incoadas⁷⁹. Por tanto, casi el 50% de las sentencias dictadas fueron de condena por conformidad.

⁷⁷ Para profundizar sobre esta idea, *vid.* CÓRDOBA RODA, J., «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, n.º 7898, 2012. O DEL MORAL GARCÍA, A., «La conformidad en el Proceso Penal (reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», en *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 1, 2008. GÓMEZ COLOMER, J. L., en *OTROSI.net* del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, <<https://www.otrosi.net/analisis/los-retos-afrentar-una-nueva-ley-enjuiciamiento-criminal-espana>>, entiende que «la nueva LECrim debería fijar con claridad meridiana qué delitos son negociables y qué delitos no, bien por el sistema de designación concreta, bien por la cantidad de pena fijada en abstracto por el Código Penal. Es perfectamente comprensible que, estando la Justicia colapsada y careciendo el Estado de recursos para más medios humanos y materiales, se busquen soluciones alternativas que atajen o minimicen esa crisis sin atentar contra el sistema destruyéndolo. Si los pocos jueces existentes, en esta línea, no pueden celebrar todos los juicios orales de todos los procesos incoados porque son muchos, mejor, se dice, prescindamos de la legalidad penal y resolvamos todo antes de llegar a juicio. Pero no es la solución correcta mientras el principio de legalidad penal se interprete como se debe interpretar. Esta decisión implicaría eliminar casi todos los trámites del proceso en primera instancia, reducir al mínimo la participación de las partes, excluir absolutamente la participación de terceros, y suprimir la segunda instancia y la casación. Pero si nos fijamos bien, el cambio es mucho más profundo, porque en esos tres casos, alternativas a la persecución penal, negociaciones sobre la declaración de culpabilidad y Justicia transaccional, la copia del modelo anglosajón significa darle la vuelta a principios sólidos e inquebrantables de nuestro Derecho Penal sustantivo (el principio de legalidad), la pérdida de valores de los fines del proceso penal que no sean alcanzar una condena sin juicio siempre que se pueda, la renuncia a la aplicación de principios del proceso que parecían logros democráticos de primera línea en favor de la protección de la dignidad del acusado (presunción de inocencia, derecho a la prueba, juicio oral y público), la vuelta de la confesión como única prueba penal y además determinante, y, finalmente, la privatización sin máscaras de nuestra Justicia Penal».

⁷⁸ Véase bloque 4.1 del anexo «fichas medidas plan de choque CGPJ de 16 de junio de 2020», <<file:///C:/Users/mgisbert/Downloads/Anexo%20fichas%20medidas%20plan%20de%20choque%20del%20CGPJ.pdf>>.

⁷⁹ <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>>.

1. *Regulación*

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, la conformidad en el proceso penal se regula en el Capítulo I («La terminación por conformidad», artículos 164 a 173) del Título IV dedicado a «Las formas especiales de terminación del procedimiento penal»⁸⁰. De la variedad de regulaciones que tenemos en la actualidad, que ya han sido tratadas, se pasa a una única forma de conformidad, cualquiera que sea el proceso que se esté tramitando⁸¹. Si bien, quedan fuera de esta regulación las conformidades ante el Tribunal del Jurado, como se extrae del punto XIV de la Exposición de Motivos del anteproyecto: «No parece, sin embargo, apropiado incluir esta sencilla pieza procedimental en la regulación general del proceso penal sin que se tome, previamente, una decisión firme y segura acerca del modelo de jurado y sobre su concreto ámbito competencial, cuestiones estas que, dada la disparidad radical de las propuestas realizadas en 2011 y 2013, requieren un debate específico y monográfico». Por tanto, cuando se trate de delitos atribuidos al mismo, la eventual conformidad quedará sujeta a la regulación contenida en el artículo 50 LO 5/95 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

Además de esta regulación específica, a lo largo del articulado del Anteproyecto encontramos las siguientes referencias a la conformidad:

- Artículo 23.2, en cuando a la doble instancia penal, excluyendo con carácter general la revisión de la sentencia dictada tras la conformidad, con remisión por el artículo 726.3 a lo previsto en el artículo 173.
- Artículo 72.3, en cuanto a las medidas de apoyo de la persona encausada con discapacidad, atendidas las circunstancias, se podrán excluir la conformidad.
- Artículo 80. 5.º: exclusión de la conformidad en los supuestos en los que sea procedente la imposición de una medida de seguridad.

⁸⁰ Este Título IV recoge, además, la terminación por razones de oportunidad, distinguiendo entre el archivo por oportunidad, reservado a los supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de prisión, con límites reglados de ejercicio que impiden que se proyecte sobre materias inadecuadas como la corrupción pública o privada o sobre supuestos incompatibles con su finalidad institucional como los supuestos de utilización de violencia e intimidación o los casos cometidos sobre víctimas menores de 13 años; y el archivo con condición en los casos de delitos castigados con penas de hasta 5 años de prisión, siempre que se cumplan los requisitos y límites fijados, e incluye la exigencia adicional de contar con el consentimiento de la víctima y con el compromiso expreso del encausado de cumplir determinadas reglas de conducta que tienen fundamentalmente a la reparación de los perjuicios causado.

⁸¹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», cit.: «lo primero que llama la atención y debe ser motivo de aplauso es la reducción del número de formas de conformidad con que puede finalizar el procedimiento, ya que frente a las ocho previstas en la vigente LECrim pasamos a una sola modalidad».

- Artículo 85: reglas especiales para la conformidad en el supuesto de persona jurídica encausada.
- Artículo 183: en el ámbito de la justicia restaurativa, en tanto que el Ministerio Fiscal podrá promover la fórmula consensuada de terminación del procedimiento en atención a los acuerdos de las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento.
- Artículo 322: en la fase de instrucción, la confesión de la persona investigada, salvo que se formule solicitud de que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con lo establecido en esta ley, no dispensará de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación en él de la persona investigada.
- Artículo 773, en sede de procedimientos urgentes, al admitirla como forma de terminación tanto para el enjuiciamiento rápido como para el inmediato.

Pasamos a exponer los aspectos generales, requisitos y procedimiento de la conformidad en el Anteproyecto. Como veremos, el legislador va a ir dando respuesta normativa a algunos de los problemas que venía presentando la conformidad en sus distintas modalidades y que hemos reseñado en los apartados anteriores.

2. Aspectos generales y requisitos

A) Eliminación del límite penológico

Lo primero que debe reseñarse, en cuanto a los aspectos generales de la conformidad que regula este Anteproyecto, es que desaparece el sistema actual de limitación de la conformidad en función del criterio de la gravedad de la pena. El artículo 164, simplemente nos dice que «el proceso penal podrá concluir si la persona encausada y su defensa aceptan expresamente los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones. La conformidad de todas las partes sobre estos extremos podrá dar lugar a una sentencia condenatoria con los requisitos y a través del procedimiento previsto en este Capítulo I del Título IV», que posteriormente trataremos.

Por tanto, la conformidad se extiende a cualquier delito con independencia de la pena con la que estuviera castigado por la Ley (a excepción de los que son competencia del Tribunal del Jurado). No existe por tanto limitación penológica, entendiéndose, por tanto, que abarca también a los delitos leves⁸². Con

⁸² No cabe conformidad para la imposición de medidas de seguridad, conforme al artículo 80.5.ª del Anteproyecto.

ello, se busca evitar la conformidad fingida «contra legem» o «encubierta» que viene produciéndose en la actualidad y que ya hemos expuesto anteriormente⁸³.

B) *Consentimiento libre y pleno conocimiento de sus consecuencias*

El artículo 165 determina que la conformidad se funda en el «consentimiento libremente prestado por la persona encausada con pleno conocimiento de sus consecuencias. No será posible la conformidad cuando, por razón de enfermedad, coacción, amenaza o por cualquier otra circunstancia semejante, la persona encausada no se halle en condiciones de prestar un consentimiento válido». Por tanto, sólo podrán prestar una válida conformidad los sujetos con plena capacidad procesal, como ha sido siempre.

El artículo 166, obliga al defensor de la persona encausada a informar detalladamente a su cliente de todos los acuerdos que ofrezca o que le sean ofrecidos por las acusaciones, de las razones por las que, en su caso, aconseja su aceptación y de las consecuencias que de ella puedan derivarse. Cuando la pena acordada con las acusaciones sea superior a cinco años de prisión, el letrado facilitará por escrito a su cliente la información sobre el acuerdo alcanzado.

C) *Pluralidad de encausados*

En cuanto a los procesos con pluralidad de personas encausadas, el artículo 167 exige que la conformidad sea prestada por todos los coacusados si son personas físicas y así se evitan los problemas que se plantean en la actualidad, que hemos analizado anteriormente, cuando la negativa al acuerdo por uno de los acusados, frente a la admisión de las imputaciones por los demás, sirva para justificar y fundamentar la distinta entidad de las penas impuestas a unos y otros⁸⁴. Ahora bien, el Anteproyecto introduce una matización: siempre que todos ellos estuvieran encausados por un mismo hecho o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin merma del derecho de defensa.

El artículo 167.1 dice: «Solo será posible la conformidad cuando se refiera a todas las personas encausadas por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa».

⁸³ CHOZAS ALONSO, J. M., en «Otro avance de la “justicia penal negociada”: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (1)», cit., p. 3: «En efecto, la conformidad pasaría de ser utilizada en la actualidad tan sólo para delitos castigados con una pena de hasta seis años de prisión, a una aplicación para cualquier tipo de delito o falta, con independencia de la pena que le corresponda, en cualquier tipo de procedimiento, ya sea el imputado persona física o jurídica; siendo admisible aunque sean varios los encausados, y no todos se conformaren».

⁸⁴ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», cit.

En cambio, si se trata de personas jurídicas, «podrá, no obstante, dictarse sentencia de conformidad para quienes presten su consentimiento cuando solo queden fuera del acuerdo» dichas personas jurídicas encausadas.

En este último caso, la valoración de las declaraciones testificales que se realicen en el juicio oral por las personas físicas que hayan sido condenadas mediante sentencia de conformidad se realizará conforme a la regla establecida para la declaración de los coacusados en el artículo 693.3 a) de esta ley⁸⁵.

Puesto en relación con el artículo 85.1 del Anteproyecto, vemos que la persona designada para representar a la entidad encausada podrá prestar la conformidad siempre que cuente con poder especial otorgado por la persona jurídica la persona requiere poder especial para conformarse⁸⁶.

Como expone Magro Servet⁸⁷, cabe la conformidad de la persona física con independencia de la posición que adopte el representante de la persona jurídica, aunque sorprende la literalidad del artículo 167, ya que da a entender que si el directivo o empleado se conforman, pero no el representante de la persona jurídica es posible llevar a cabo el trámite del artículo 170 y ss, pero no al revés cuando quien se quiera conformar sea el representante de la persona jurídica y no el directivo o empleado, aunque entendemos que ello debe ponerse en relación con el artículo 85.2 b) que sí permite esa conformidad aislada de la persona jurídica. Así, el artículo 85.2 b) viene a admitir que la conformidad podrá prestarla la persona jurídica independientemente de la posición que adopten las demás personas encausadas y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre respecto de estas, con lo que es posible la conformidad del representante de la persona jurídica de forma independiente del directivo o empleado, lo que es lógico.

⁸⁵ Artículo 693. 3. La sentencia será siempre absolutoria cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en: a) la declaración de coacusados, b) la declaración de testigos de referencia o c) la mera identificación visual. Cada uno de estos medios de prueba solo podrá servir de fundamento a la condena cuando además concurren otros que racionalmente corroboren la información que aquellos proporcionan.

⁸⁶ Artículo 85. Conformidad. «1. La persona especialmente designada para representar a la entidad encausada podrá prestar la conformidad siempre que cuente con poder especial otorgado por la persona jurídica. 2. La conformidad se prestará conforme al procedimiento establecido en esta ley con las siguientes salvedades: a) comprobada por el tribunal la existencia de poder especial, la conformidad se entenderá prestada sin que sea preciso ningún acto de ratificación; b) la conformidad podrá prestarla la persona jurídica independientemente de la posición que adopten las demás personas encausadas y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre respecto de estas».

⁸⁷ En ¿Qué dice el anteproyecto de la LECRIM sobre las personas jurídicas y compliance?, *Diario La Ley*, 2020, <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/12/18/que-dice-el-anteproyecto-de-la-lecrim-sobre-las-personas-juridicas-y-compliance>>.

D) *Conformidad sobre la responsabilidad civil*

El artículo 168 dedicado a la «Conformidad sobre la responsabilidad civil», recoge que «Cuando la conformidad se extienda a los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil, el juez procederá a incluirlos en la sentencia. No existiendo acuerdo sobre las cuestiones civiles, se entenderá reservada la acción de esta naturaleza, que podrá hacerse valer ante la jurisdicción correspondiente».

El Tribunal Supremo ya venía entendiendo que la conformidad, a que se puede llegar entre acusación y defensa, no vincula al Juez o Tribunal en materia de responsabilidad civil⁸⁸: «La conformidad de los acusados, manifestada en el acto del juicio, no obligaba al Tribunal “a quo” a dictar un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles ajustado a lo pedido por el Fiscal, ya que según jurisprudencia de esta Sala⁸⁹, las Audiencias, en tales supuestos de conformidad no pueden imponer pena más grave que la mutuamente aceptada, aunque sí absolver o imponer pena inferior a la convenida, y lógicamente también pueden revisar las peticiones sobre responsabilidades civiles, cuando de los hechos declarados probados en virtud de la conformidad, y por aplicación de las normas del CP, no cabe deducir las consecuencias indemnizatorias interesadas por la Acusación».

E) *Competencia*

Una de las principales novedades de este Anteproyecto es la creación de los Tribunales de Instancia. Y conforme al artículo 169, la competencia para conocer de las conformidades correspondería a la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido. Para el ejercicio de esta función, se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de la Conformidad.

Hay quien considera que otorgar la competencia para el control judicial del acuerdo a un órgano distinto del de enjuiciamiento evitará la actitud de jueces y tribunales de beneficiar los acuerdos como mejor forma de terminar el proceso penal⁹⁰. Para Ortega Calderón⁹¹, una de las novedades más relevantes de este Anteproyecto es la desvinculación competencial respecto del órgano de enjuiciamiento, como garantía de imparcialidad (objetiva), distinguiéndose entre el juez de la conformidad y el de enjuiciamiento.

⁸⁸ STS n.º450/2002, de 4 junio.

⁸⁹ SS. 3 de julio y 7 de noviembre de 1990.

⁹⁰ Véase FERRÉ OLIVE, J. C., «El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-06, pp. 1-30, 2018, <<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>>.

⁹¹ En «La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I)», *ElDerecho.com*, 22 de diciembre de 2020.

Esta norma se entiende sin perjuicio de la competencia para la conformidad que corresponde al juez de guardia en el marco de las modalidades de enjuiciamiento urgente, tanto rápido como inmediato⁹².

Ahora bien, la competencia del Juez de la Conformidad no se extiende a la ejecución de la sentencia dictada, que corresponderá al órgano competente para el enjuiciamiento del hecho de acuerdo con las reglas generales determinadas en esta ley (art. 169. 2).

F) *Plazo preclusivo*

Conforme al artículo 171, no cabrá la conformidad transcurridos veinte días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral. Transcurrido este plazo, el tribunal resolverá de acuerdo con la prueba practicada en el acto del juicio sin que la confesión de la persona acusada o la adhesión de la defensa a la pretensión de la acusación pueda producir los efectos de la conformidad ni aplicar el beneficio del artículo 170.5 de esta ley («el fiscal podrá solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la prevista legalmente»).

Magro Servet⁹³ considera que «no está prohibido que la conformidad, aunque no quiera llamársele así, se alcance el día del juicio y que no exista problema alguno en que algunos se quieran conformar en el juicio cuando no lo hicieron antes y otros no, pero siempre que se cumplan los criterios seguidos al efecto por las sentencias del Tribunal Supremo 280/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 3789/2018 (*La Ley*, 52280/2020) y 287/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 3261/2018 (*La Ley*, 52292/2020)».

3. *Procedimiento*

A) *Solicitud*

El Ministerio Fiscal y las demás partes podrán presentar ante el letrado de la Administración de Justicia un escrito conjunto, solicitando que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con su contenido⁹⁴ (art. 170.1). En estos

⁹² Conforme al artículo 774.1 del Anteproyecto, «en caso de conformidad, el Juez de Guardia actuará como Juez de la conformidad».

⁹³ En «¿Qué dice el anteproyecto de la LECRIM sobre las personas jurídicas y compliance?», *Diario La Ley*, 2020, cit.

⁹⁴ ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I)», *ElDerecho.com*, 22 de diciembre de 2020: «Puede afirmarse que opera como un incidente procesal respecto del que, en todo caso, no se predica un efecto suspensivo respecto de los autos principales».

supuestos el fiscal podrá solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la prevista legalmente (art. 170.5)⁹⁵.

Estamos, claramente, con este incremento de la reducción penológica, si bien no con carácter imperativo («podrá»), ante un incentivo a la conformidad. Ortega Calderón⁹⁶ entiende que «anticipa el texto la ampliación del ámbito de reducción de la pena por debajo del mínimo legal a los supuestos de conformidad, al margen de las denominadas diligencias urgentes, ya iniciales ya sobrevenidas ex artículo 779.1.5.º LEcrim, e incluso de forma más generosa pues de la reducción de un tercio (imperativa) pasa a la reducción de un grado (a propuesta facultativa del Ministerio Fiscal). El instituto de la conformidad caminaría de la mano de la reducción de la pena y aún podría afirmarse que construirá el principal estímulo para el encausado, en tanto que no sólo podrá lograr una rápida solución a la responsabilidad penal contraída, sino que a través del modelo consensuado se beneficiará de una reducción de la pena, incluso hasta la mitad del mínimo legal previsto para el delito de que se trate»⁹⁷.

Como ya venimos exponiendo en estas páginas, y siguiendo la STS n.º 579/2012 de 28 junio (RJ 2013\2297):

⁹⁵ ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I)», cit.: Es «el artículo 70.1 segundo del Código Penal el que nos ofrece la forma de proceder a su cálculo: partir de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y reducir a ésta la mitad de su cuantía, siendo el resultado el límite mínimo hasta el que podrá rebajarse la pena. Es el incentivo penológico asumido por el Anteproyecto, sin duda alguna más intenso que la rebaja de un tercio sólo admisible hasta la fecha para la conformidad con sentencia en Instrucción del enjuiciamiento rápido. Se sustituye por tanto el sistema de rebaja del tercio sobre la pena consensuada por el sistema de pena consensuada que puede quedar ya rebajada hasta un grado».

⁹⁶ ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I)», *EIDerecho.com*, 22 de diciembre de 2020, cit.

⁹⁷ En la entrevista realizada por Sonia Calaza López, a Fernando de la Fuente Honrubia, incluida en el Especial «Principio de oportunidad: Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia», recientemente publicado por Wolters Kluwer (De la Fuente fue galardonado en 2013 con el Premio a la Calidad de la Justicia por un proyecto para la agilización de la Justicia y es coordinador de esta obra), a la pregunta: La conformidad premiada fue objeto de reproche social en el momento de su instauración, pero lo cierto es que su dinamismo fue tan extraordinario, que al poco tiempo de su andadura propició el aplauso incluso de sus propios detractores. Habida cuenta de su virtualidad ¿la haría extensible a otros procesos?, contestó: «La conformidad en los juicios rápidos ha sido muy eficaz para conseguir valorar el reconocimiento de los hechos por el investigado y por tanto su comportamiento post delictivo. No obstante, no siempre se adapta al principio de presunción de inocencia, y en determinadas circunstancias debería analizarse si un investigado se conforma porque reconoce los hechos, o se conforma porque ante la tesis de una condena más grave, prefiere quedarse con “el mal menor”. Opino que la conformidad ha de tener una repercusión positiva en todos los procesos penales. Si se configura sólo como una forma de tener una justicia “rápida y eficaz” quizás no tenga sentido extenderla en exceso, pero, si se configura, además, como el reconocimiento del comportamiento post delictivo, que incluso fomente la mediación y alternativas a la resolución futura de conflictos, indudablemente su virtualidad y efectos son mucho más positivos», <<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/10/19/la-aplicacion-de-la-ley-exige-flexibilidad-para-la-consecucion-de-los-fines-perseguidos>>.

«El instituto de la conformidad penal, está teniendo una creciente relevancia en el sistema de justicia penal como se acredita en el procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos —arts. 795 y siguientes LECriminal—, en la que se establece un novedoso sistema de conformidad “premieral” que se traduce en la rebaja *ex lege* de un tercio de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal. Este precedente legislativo tiene el valor de acreditar que la conformidad del imputado no es indiferente para el sistema de justicia penal, antes, al contrario, le hace merecedor de un premio traducido en una rebaja de la pena, y ello por dos razones:

a) La aceptación de los hechos y la asunción de la responsabilidad contraída constituye un ejercicio de autocritica por lo realizado, y supone un buen pronóstico para la vida futura del concernido. Este reconocimiento del daño causado refuerza, consolida y legitima al propio sistema de justicia penal en la medida que la aceptación de la pena por el hecho cometido supone una manifestación relevante de la aceptación de la Ley penal consolidando los procesos de convicción social sobre el respeto a la misma.

b) La conformidad tiene otra consecuencia, al descargar al sistema de la encuesta judicial con todas las investigaciones necesarias, y ello, qué duda cabe supone un efecto positivo para el sistema, que incluso tiene su traducción en una reducción de costes. Por lo tanto, la conformidad no es algo neutro o indiferente, y por ello merece una respuesta penal que la tenga en cuenta».

Continúa el artículo 170. 2 que el escrito estará firmado por el fiscal, por los letrados de las acusaciones, por la persona encausada y por su defensor y, en su caso, por los actores civiles y terceros responsables civiles y tendrá el contenido previsto en el apartado 1 del artículo 605 (hechos, calificación jurídica, grado de participación, circunstancias modificativas y pena o penas solicitadas, incluidas las peticiones en concepto de responsabilidad civil), en su caso, extendiéndose a lo señalado en el apartado 2 del mismo precepto cuando el acuerdo alcance a los pronunciamientos civiles⁹⁸.

⁹⁸ El mencionado artículo 605, apartado 1 y 2, recoge la «Calificación provisional de las acusaciones» y dice:

«La calificación provisional se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas:

1.^a Los hechos punibles que resultan de la investigación. En ningún caso podrán incluirse hechos que no hayan sido comunicados a la persona investigada en la comparecencia de los artículos 557 y 561 de esta ley.

2.^a La calificación legal de esos hechos, determinando la infracción penal que constituyen.

3.^a La participación que en ellos haya tenido la persona acusada.

4.^a La existencia de circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.

5.^a Las penas, principales y accesorias, que proceda imponer en caso de que la persona acusada resulte condenada. Sobre cada uno de estos particulares podrán presentarse conclusiones alternativas.

Y el artículo 170.4, determina que «Cuando las partes estén conformes con la aplicación del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, lo señalarán expresamente en el escrito».

B) *Control judicial de la Conformidad*

Registrado el escrito, el artículo 172.1 y 2 establecen que el letrado de la Administración de Justicia lo turnará al Juez de la Conformidad que corresponda, que comprobará la legalidad de los términos de la solicitud y velará por la debida reparación de la víctima.

Si la calificación jurídica o la pena solicitada no se ajustan a la legalidad o no se encuentran suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima, el Juez de la Conformidad rechazará sin más trámites la solicitud formulada.

En este supuesto, el escrito suscrito por la persona encausada no supondrá el reconocimiento de los hechos consignados en el mismo, ni podrá incluirse en el expediente para el juicio oral.

En definitiva, si el Tribunal comprueba que hay acuerdo entre las partes, y no procede una sentencia absolutoria o una pena de menor gravedad a la solicitada, debe valorar la admisibilidad de la solicitud sobre la base del material que conste en autos hasta ese momento, que puede conducir a una sentencia de conformidad. Así pues, se reconoce al Tribunal la posibilidad de rechazar el acuerdo si: a) dicho acto no contiene una correcta calificación de los hechos admitidos y/o la determinación de la pena es errónea; b) el Juez o Tribunal albergara dudas sobre si el encausado ha prestado libremente su conformidad, si bien deberá esperar a la comparecencia que se celebrará a continuación para valorar este extremo; c) por ser contraria al interés de la justicia, en los casos en que no constara la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquél, o cuando alguna de las partes no conformes alegare razones en contra de la conformidad por no corresponderse los hechos con la realidad de lo acontecido. En todos estos supuestos, el órgano jurisdiccional entendemos, porque nada dice el articulado, que debe dictar una resolución motivada (auto) por el que rechaza la propuesta de conformidad y se ordena la continuación del procedimiento que corresponda⁹⁹.

2. La calificación provisional incluirá, en su caso, las responsabilidades civiles derivadas de los hechos punibles y las consecuencias accesorias.

En particular, concretará la cuantía de la indemnización o las bases para determinarla, así como las personas civilmente responsables expresando el carácter principal o subsidiario de dicha responsabilidad y el hecho en virtud del cual se haya contraído.

También se hará mención a los demás aspectos relativos a la entrega y destino de las cosas y los efectos intervenidos, así como a la imposición de las costas procesales».

⁹⁹ CHOZAS ALONSO, J. M., «Otro avance de la “justicia penal negociada”: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (1)», cit., p. 5.

Nada se dice sobre la posibilidad de recurrir este auto denegatorio y si acudimos al artículo 718, se dice que «sólo podrá interponerse recurso de reforma contra autos en los casos expresamente establecidos por la presente Ley». Y en el caso de apelación contra auto, el artículo 722 únicamente lo permite contra los autos de sobreseimiento y contra los que declaren que la prueba ha sido obtenida con violación de los derechos fundamentales, excluyéndola del procedimiento. También en determinados supuestos de autos dictados para la ejecución de la sentencia.

C) *Comparecencia, ratificación y homologación*

Cuando el juez entienda, conforme al artículo 172, 3 y 4, que no existe obstáculo para la aprobación de la conformidad, convocará a la persona encausada, acompañada de su defensor, a una comparecencia para que ratifique personalmente los términos del acuerdo. En esta comparecencia el juez verificará que la persona encausada se encuentra suficientemente informada sobre las consecuencias de la conformidad y que presta consentimiento libremente y sin coacción.

Si la pena aceptada es superior a cinco años de prisión, el juez oirá a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos¹⁰⁰.

Cuando el juez entienda que existe obstáculo para la aprobación del acuerdo o cuando el investigado no ratifique a presencia judicial la conformidad en los estrictos términos en que se haya formulado, se devolverá la causa al fiscal, que continuará su tramitación.

Entendemos que, también aquí, debería el Juez dictar una resolución motivada (auto) denegando la conformidad solicitada y, nuevamente, nada se dice sobre la posibilidad de recurrir la decisión.

¹⁰⁰ En las «Observaciones de la asociación de mujeres juezas de España al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», <<http://www.mujeresjuezas.es/wp-content/uploads/2021/02/OBSERVACIONES-AMJE-APLO-LECRIM-DEFINITIVO.pdf>>, sobre el artículo 172, apartado primero, entienden que «sólo se contempla la posibilidad de dar audiencia a la víctima del delito cuando la pena aceptada en la conformidad sea superior a los 5 años de duración, lo cual es absolutamente extraordinario». Valoramos positivamente que se atribuya al/la Juez/a de la conformidad la obligación de velar por la debida reparación de la víctima en el momento de resolver sobre la homologación de las conformidades, pero consideramos que esta tutela sólo puede lograrse de manera real y efectiva si con carácter previo el/la Juez/a de la Conformidad ha escuchado a la víctima acerca de cuál es la reparación que considera adecuada teniendo en cuenta el daño generado por la comisión del delito y sus propias y particulares necesidades. Por ello, sugerimos que en el apartado primero de este precepto se adicione un inciso final con la siguiente redacción: «... y velará por la debida reparación de la víctima, tras darle audiencia a este sólo efecto».

D) *Sentencia e impugnación*

Homologado el acuerdo conforme a lo establecido, dispone el artículo 173 que el juez dictará sentencia de estricta conformidad. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la misma.

Hubiera sido deseable que se detallaran más las razones para recurrir sentencias de conformidad. Actualmente, la doctrina del TS, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad¹⁰¹, por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres¹⁰²:

- 1) El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario.
- 2) El principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla «pacta sunt servanda»; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.
- 3) Las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Ahora bien, esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes.

Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley (pena superior al límite del art. 787.1), cuando se alegue que no se han respetado las exigencias

¹⁰¹ Véase, SSTS. 9 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3614), de 19 de julio de 1996 (RJ 1996, 6070), de 27 de abril de 1999, de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8940), de 10 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2965) o de 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\9001), entre otras.

¹⁰² Entre otras, SSTS. de 2 de enero de 2001 (RJ 2001, 453) y de 6 de abril de 2001 (RJ 2001, 9937).

procesales establecidas (por ejemplo la «doble garantía» o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad, o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad¹⁰³, que debe imperar como garantía constitucional que impide imponer sanciones que se ajusten a las previsiones del hecho sancionado¹⁰⁴.

Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada¹⁰⁵, teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada¹⁰⁶.

IV. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso, la conformidad en el proceso penal español*, Cedes, 1998.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- APARICIO DÍAZ, L., «El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal», *Diario La Ley*, n.º 7759, 2011.
- ASENCIO MELLADO, J. M., *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1994.
- CALAZA LÓPEZ, S., «Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal (1)», *La Ley Penal*, n.º 103, Sección Artículos, 2013.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de Decreto», *Diario la Ley*, n.º 8544, 2015.
- CHOZAS ALONSO, J. M., «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado», *La Ley Penal*, n.º 104, 2014.
- «Otro avance de la “justicia penal negociada”: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (1)», *Diario La Ley*, n.º 8129, 2013.
- CÓRDOBA RODA, J., «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, n.º 7898, 2012.

¹⁰³ Sentencia 17 de abril de 1993 (RJ 1993, 3311).

¹⁰⁴ Sentencia de 13 de julio de 2009 (RJ 2009, 4491).

¹⁰⁵ Sentencias 4 de diciembre 1990 (RJ 1990, 9404), 17 de junio y 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6653), 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2502).

¹⁰⁶ Sentencias de 27 de abril de 1999 (RJ 1999, 3326) y 6 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1116), entre otras.

- DEL MORAL GARCÍA, A., «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 1, 2008.
- DE DIEGO DíEZ, L. A., «La conformidad en la Ley del Tribunal del Jurado», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 1996, pp. 1304-1309.
- *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, 1997.
- FAIRÉN GUILLÉN, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado)», Comunicación al IV Congreso mejicano de Derecho Procesal (Cuernavaca, abril de 1969), *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 22, fasc./mes 2, 1969, p. 247.
- FERRÉ OLIVE, J. C., «El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-06, 2018, pp. 1-30, <<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>>.
- GARCÍA MOSQUERA, M., «Juicios rápidos y conformidad. La posible vulneración de los derechos fundamentales», *Revista penal*, n.º 40, 2017, pp. 97-110.
- GIMENO SENDRA, V., *Los procesos pénales*, con GARBERÍ LLOBREGAT, J. y CONDE- PUMPIDO TOURONTOMO, C., tomo 5, Bosch, 2000.
- GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, n.º 8.746, 2016.
- «La nueva regulación de la conformidad (ley orgánica 7/1988)», *La Ley*, n.º 3, 1990.
- «La conformidad «premiada» de los juicios rápidos», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 5, 2004, pp. 5-14.
- *Derecho Procesal Penal* (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Colex, 1999 p. 598; y MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la ley del jurado*, MONTERO AROCA, J. (coord.), Aranzadi, 1999.
- GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ejea, 1961.
- GÓMEZ-COLOMER, J. L., «La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España», *Dans Revue internationale de droit pénal*, 2012/1-2, vol. 83, pp. 15 a 41.
- «Los retos que debe afrontar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España», en *OTROSI.net* del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, <<https://www.otrosi.net/analisis/los-retos-afrontar-una-nueva-ley-enjuiciamiento-criminal-espana>>.
- GÓMEZ ANGULO, J., «La conformidad en los juicios rápidos», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 31, Wolters Kluwer, 2006.
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., «La conformidad en el nuevo sistema de juicios rápidos», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 21/2003, parte Comentario, Aranzadi, 2004.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.
- LOZANO EIROA, M., «Conformidad y pluralidad de acusados», *Revista de Derecho UNED*, 2012, n.º 10.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La persona jurídica en el proceso penal. un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 29 2013.
- MAGRO SERVET, V., «¿Qué dice el anteproyecto de la LECRIM sobre las personas jurídicas y compliance?», *Diario La Ley*, 2020, <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/12/18/que-dice-el-anteproyecto-de-la-lecrim-sobre-las-personas-juridicas-y-compliance>>.

- MARCHENA GÓMEZ, M., «El Fiscal y la ley del jurado», en *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 56/2019, BIB 2019\9313.
- «Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad De Extremadura, n.º 36, 2020, pp. 275-293, <<https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.275>>.
- «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, n.º 35, 2016, pp. 167-194.
- MOLINA GIMENO, F. J., «La imposibilidad de conformidad parcial ante la concurrencia de acusados y pluralidad de delitos objeto de acusación», en *Diario La Ley*, Año XXXI, n.º 7336, 2010.
- MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, 1982.
- MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, junto con MORAL GARCÍA, A. y ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Comares, 1999.
- MUERZA ESPARZA, J. «VI. El proceso por aceptación de decreto», en MUERZA ESPARZA, J. (ed.), *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., en «La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I)», *ElDerecho.com*, 22 de diciembre de 2020.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, Bosch, 1997.
- «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 113, 2015.
- SANZ CASTILLO, S., «La conformidad parcial no evita el juicio en el proceso penal: ¿se basará la sentencia en la prueba o en el acuerdo?», en *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, n.º 50, 2018, pp. 117-123.
- TOME GARCÍA, J. A., «Artículo 50: Disolución del jurado por conformidad de las partes» en *Comentarios a la Ley del Jurado*, DE LA OLIVA SANTOS, A. (coord.), edit. Universitaria Ramón Areces, 2004.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, 1984.
- VIGIL LEVI, J., «La institución de la conformidad en el proceso penal español», *Julgar*, 2014, p. 6.
- ZARZALEJOS NIETO, J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, BANACLOCHE PALAO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., La Ley, 2011.

Capítulo 9

Principio de oportunidad y violencia de género

Mercedes Llorente Sánchez-Arjona

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. SOBRE LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A NUESTRO PROCESO PENAL.—III. LA CONFORMIDAD EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.—IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.—V. LA MEDIACIÓN PENAL Y SU PROHIBICIÓN EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: 1. *Marco legal de la prohibición de acudir a la mediación.* 2. *El controvertido debate sobre la posibilidad de mediar en violencia de género.* 3. *Reflexiones de política criminal y propuestas de lege ferenda.*—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Consideraciones preliminares

Corren aires de cambio para el proceso penal o, al menos, eso queremos creer los que llevamos años esperando la ansiada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y no por renegar de este excelente texto legal que supuso, en su día, una conquista verdaderamente encomiable, sino por la necesidad, ya imperiosa, de contar con un proceso penal moderno, que regule las más avanzadas técnicas de investigación, armonice nuestro modelo procesal con el paradigma contemporáneo que rige en los países de nuestro entorno, refuerce los derechos de las víctimas e incorpore de forma reglada el principio de oportunidad. A este espíritu responde el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020.

El presente capítulo pretende ser una reflexión sobre el principio de oportunidad y su posible aplicación a los procesos en los que se conocen delitos de violencia de género. Es un tema este en absoluto pacífico, objeto de discusión por la Doctrina, que se encuentra dividida en torno a la conveniencia o no de acudir a la mediación en determinados escenarios y que presenta, conforme a la legislación actual, marcados tintes de incoherencia con la posibilidad que abre el legislador de acudir al instituto de la conformidad.

La crisis de la justicia retributiva en la sociedad actual, caracterizada por su rigidez y fruto de las ideas de una época que se identificaba con una concepción

absoluta de la pena, se reflejan en nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas teorías absolutas no caben en nuestro marco constitucional, ya que, conforme a lo que se dispone en el artículo 25.2 de nuestra Constitución, las penas han de estar orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, asumiendo que la pena no ha de ser una venganza, sino que ha de responder necesariamente a un fin¹. Pero además de perseguir la resocialización del victimario, se ha de poner el foco de atención, al mismo nivel, en la reparación de la víctima, la gran olvidada del proceso penal. Reparación de la víctima y reinserción social del encausado son ejes vertebradores sobre los que ha de girar el proceso penal actual.

El nuevo modelo procesal penal requiere, por tanto, de la introducción limitada del principio de oportunidad que no ha de ser confundido con arbitrariedad, «sino como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad»². La oportunidad tiene, por tanto, una clara manifestación en el instituto de la conformidad, como atenuación de la respuesta punitiva al caso concreto, así como en la institución de la justicia restaurativa vinculada a la noción de reparación y a la interacción entre víctimas y victimarios. Se impone otra mirada de la Justicia más diversa que no identifique el proceso como un modelo meramente retributivo, de castigo o venganza social, sino que se abra a ser un instrumento de reparación a la víctima, de restauración del orden social y de rehabilitación del delincuente³.

II. Sobre la necesaria incorporación del principio de oportunidad a nuestro proceso penal

El principio de oportunidad se conceptúa como la facultad que el ordenamiento concede al Ministerio Fiscal, a pesar de la sospecha de comisión de un delito, para que abandone el ejercicio de la acción penal, o solicite de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad, fundamentándose su ejercicio «en un interés constitucionalmente protegido». Estos intereses aparecen reflejados en el artículo 124.1 de la Constitución cuando faculta al Ministerio Fiscal a «promover la acción de la justicia» no solo en defensa de la legalidad, sino también «de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado

¹ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad: cuestiones generales», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUÍNELO COBO, J. C. (dirs.), Dykinson, Madrid, 2020, p. 63.

² Exposición de Motivos, punto XXV *Mecanismos alternativos a la acción penal. Principio de oportunidad*, Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, <www.mjusticia.gob.es>

³ BARONA VILAR, S., «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y la securitización», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 58 y ss.

por ley». Y es precisamente «por derechos de los ciudadanos» que hay que englobar en el proceso penal tanto el derecho a una pronta reparación de la víctima, como el derecho del victimario a su reinserción social, así como a obtener una pena proporcionada a su culpabilidad.

Por tanto, este principio no ha de identificarse con arbitrariedad, ni hay que confrontarlo con el principio de legalidad, sino que más bien es un complemento del mismo, ya que son razones de política criminal las que permiten rebajar la pena, siempre y cuando se cumpla el presupuesto fáctico de la norma penal habilitante⁴. Aciertan quienes sostienen que la oportunidad ha de presentarse como un auténtico criterio excepcional, al que ha de apelarse en el estricto marco de la Ley, por corresponder el *ius puniedi* al Estado y no a la exclusiva voluntad de los particulares afectados en el conflicto⁵. De este modo, el principio de oportunidad actuará siempre dentro del ámbito de la ley, por lo que hablamos de una «oportunidad reglada»; denominación esta última que ha sido calificada como una tautología⁶ ya que la aplicación de la oportunidad conlleva necesariamente el cumplimiento de la legalidad.

Partiendo tanto del fundamento constitucional de este principio, como de su carácter reglado, el proceso penal del siglo XXI está evolucionando hacia un modelo restaurativo y resocializador que huye de la rigidez de la justicia retributiva, siendo en este contexto donde la consolidación de la oportunidad deviene imprescindible por la misma flexibilidad que le caracteriza⁷. Ahora bien, ha de quedar claro que el principio de oportunidad no puede operar al margen de la ley ni del caso concreto ya que su ejercicio por parte del Ministerio Fiscal, Jueces y Magistrados⁸ o, en su caso, por particulares, ha de operar siempre dentro del marco legal. Por tanto, la oportunidad no se refiere, en exclusiva, a que el Ministerio Fiscal tenga el poder de disposición sobre la acción y el mantenimiento de la pretensión, sino que su ámbito de aplicación ha de extenderse a conferir a los órganos judiciales la posibilidad de suspensión o sustitución de la pena por medidas alternativas a la privación de libertad, o de acudir a instituciones tales como la mediación o la conformidad, entre alguna de sus manifestaciones.

⁴ GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y la mediación penal», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, cit., p. 244.

⁵ CALAZA LÓPEZ, S., «La mediación penal: de las bambalinas a la escena», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, cit., p. 114.

⁶ GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y la mediación penal», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, cit., p. 244.

⁷ CALAZA LÓPEZ, S., «La mediación penal: de las bambalinas a la escena», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, cit., p. 115.

⁸ A favor de la concesión a Jueces y Magistrados del principio de oportunidad, *vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «El principio de oportunidad penal», en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 259, y ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, p. 208.

Conformidad y mediación son manifestaciones del principio de oportunidad, pero, en los delitos por violencia de género se da la paradoja de que el legislador permite la posibilidad de conformarse, mientras que la mediación, está expresamente prohibida en virtud de lo que se establece en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁹. Si, como tratamos de demostrar, la conformidad se aleja del espíritu reparador a la víctima que parece ha de inspirar el nuevo modelo procesal penal, y la mediación, como manifestación de la justicia restaurativa, pone el foco de atención en el daño causado a la víctima y en su posible reparación, hace conveniente el reflexionar sobre la conveniencia de esta prohibición.

III. La conformidad en los supuestos de violencia de género

El instituto de la conformidad se viene identificando como el acuerdo alcanzado entre acusado y Ministerio Fiscal con beneficios para ambos que se traducen en la imposición de una pena más leve para el acusado y en una sentencia de condena sin necesidad de invertir tiempo y dedicación para el Ministerio Fiscal. Pero conformidad y reparación «son dos nociones aisladas que rara vez confluyen»¹⁰, jugando la víctima en numerosas ocasiones un papel insignificante aun cuando esté personada como acusación.

En los procesos en los que se conocen delitos de violencia de género, si el investigado reconoce los hechos durante la instrucción, la Ley Integral admite la conformidad haciendo competente a los Juzgados de Violencia sobre la mujer en una decisión, sin duda, no exenta de polémica. De este modo, se permite que acusador y acusado, con autorización del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, puedan llegar a un acuerdo sobre los hechos o sobre la pena, conforme a lo que se dispone en los artículos 655 y 688 a 700 de la LECr para el proceso ordinario por delitos graves, de los artículos 779.1.5.^a, 781 y 787 de la LECr para el proceso penal abreviado, de los artículos 800 y 801 de la LECr para el proceso de enjuiciamiento rápido de determinados delitos o del artículo 50 para el proceso ante el Tribunal del Jurado.

Si los hechos fueran constitutivos de delito castigado con una pena que se incluya dentro de los límites que se prevén en el artículo 801 de la LECr, se mandará convocar a Ministerio Fiscal y partes acusadoras a fin de que manifies-

⁹ BOE n.º 313, de 29 de diciembre de 2004. Esta norma entró en vigor a los treinta días de la fecha de su publicación, el 28 de enero 2005, a excepción del Título IV referido a la «Tutela Penal» y el Título V referido a la «Tutela Judicial», que entró en vigor a los seis meses, el día 29 de junio de 2005.

¹⁰ *Vid.* sobre el papel de la víctima en las conformidades, AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 292 y ss.

ten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado (art. 779.1.5 LECr). Por consiguiente, en el caso de delitos con pena de prisión no superior a tres años, el reconocimiento de los hechos ante la presencia del Juez de Instrucción de Guardia exige que convoque al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la «conformidad del acusado», iniciándose diligencias urgentes de acuerdo a los artículos 800 y 801 de la LECr¹¹. La finalidad del artículo 779.1.5.^a no es otra que la obtención de una sentencia inmediata de conformidad que obvie la fase de instrucción al partir del propio reconocimiento de los hechos como un acto unilateral y personalísimo, así como de la solicitud de apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal y las partes personadas a raíz de dicho reconocimiento. Esta modalidad de conformidad de carácter «premieral», al implicar una reducción de un tercio de la pena prevista en el tipo penal aplicable a los hechos, requiere para su viabilidad que el acusado se conforme con la pretensión ejercida por la parte acusatoria ante el Juez de Guardia, que dictará sentencia de conformidad posteriormente ejecutada por el juez competente para conocer.

Sentado que procede la conformidad, siempre que, conforme al artículo 787.1 LECr, la pena no exceda de seis años, y analizada la peculiaridad que presenta en los juicios rápidos, merece la pena reflexionar sobre la oportunidad de esta decisión legislativa, o, mejor dicho, sobre la incongruencia de la misma teniendo en cuenta la prohibición de acudir a mediación en estos tipos delictivos. Uno de los argumentos esgrimidos por los detractores de la mediación en violencia de género parte del desequilibrio entre víctima y victimario que incide directamente en el principio de igualdad de partes, pilar básico de toda mediación. Y es aquí donde se produce una manifiesta contradicción, ya que estar de acuerdo la víctima con la conformidad, mediando un acto de violencia de género, implica mostrar su asentimiento a un acuerdo que, esgrimiendo los mismos argumentos que se utilizan para justificar la prohibición de la mediación, puede no expresar una «voluntad libre, y por tanto sería nulo, porque sería imposible demostrar que no ha sido logrado a la fuerza, o si se prefiere, sería imposible demostrar que se ha llegado a un acuerdo libre entre ambas partes»¹². El que la Ley Integral otorgue a los Jueces de Violencia sobre la Mujer la posibilidad de dictar sentencias de conformidad, pero prohíba, en todo caso, la posibilidad de acudir a la mediación en asuntos como podrían ser, por ejemplo, unas amenazas o coacciones se nos antoja una contradicción difícilmente justificable.

Una vez más el legislador entre la encrucijada de lograr una mayor celeridad en el proceso u otorgar una efectiva tutela a los derechos e intereses de la víctima, se decanta por lo primero. Así, la figura de la víctima queda fuera del marco de la conformidad y ello porque en el desarrollo de la negociación se requiere de la presencia del Ministerio Fiscal y del Letrado de la defensa, pero

¹¹ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 243.

¹² GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, cit., p. 207.

no de la víctima, salvo que el Fiscal haga uso de la Instrucción 8/2005, de 26 de julio¹³, conforme a la cual se «procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aun cuando no estén personados en la causa... siempre que sea posible y se juzgue necesario». De este modo, solo en el supuesto que la víctima se haya personado como acusación particular y solicite una pena superior a la pedida por el Ministerio Fiscal, podrá participar en la negociación de las condiciones y alcance de la conformidad. Nos encontramos con la paradoja de que a la víctima de violencia de género no se le da la oportunidad de acceder a los mecanismos de la justicia restaurativa, en los cuales pueden ser escuchadas, pero puede verse afectada por una conformidad que agrave el tan temido efecto victimizador del proceso. Es por ello, que resulta imperativo una profunda reforma que abra nuevas fórmulas al acuerdo sobre el que se sostiene la conformidad dándole voz a la víctima y reconociendo su derecho a ser reparada que puede pasar por vincular a la conformidad mecanismos de justicia restaurativa y, concretamente, a la mediación¹⁴.

IV. Aproximación al concepto de justicia restaurativa

El castigo, como respuesta al delito, es la práctica común en la mayor parte de las sociedades¹⁵. Frente a esta justicia retributiva, que se centra en la violación de la norma jurídica, la justicia restaurativa pone el foco de atención en la vulneración de las relaciones entre las personas y en el daño causado, lo cual entraña una profunda revisión sobre el sistema penal vigente. Implica, por tanto, un auténtico cambio de paradigma que parte del fracaso del modelo actual y de la imperiosa necesidad de dar un giro a la relación entre la víctima y el Estado¹⁶. El delito pasa a ser entendido como un conflicto humano que provoca la ruptura de expectativas sociales compartidas, derivando a una lectura relacional del fenómeno criminal que trasciende la lógica del castigo y busca, simultáneamente, la responsabilidad del autor, la reparación de la víctima y la reintegración del victimario¹⁷. Por ello, en lugar de compensar un daño con otro daño en

¹³ Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal. Referencia: FIS-I-2005-00008.

¹⁴ LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la justicia penal: conformidad, mediación y reparación», en *Justicia, reparación y reinserción*, CALAZA LÓPEZ, S., MUINEL COBO, J. C. (coords.), Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020, pp. 154 y 158. *Vid.*, así mismo, CALAZA LÓPEZ, S., «Esperando el Código Procesal Penal de la Democracia», en *Justicia, reparación y reinserción*, cit., pp. 40-41.

¹⁵ JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., *Breve análisis de la justicia restaurativa*, Revista de Ciencias Jurídicas, n.º 136, 2015, p. 164.

¹⁶ ARMENTA DEU, T., «La víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H. y CARRASCOSA, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 393.

¹⁷ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «Justicia retributiva y justicia restaurativa (reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo*,

forma de pena, la filosofía que le inspira se basa en compensar el perjuicio producido con acciones posteriores positivas tanto para la víctima como para el victimario.

La crisis del sistema de corte punitivo ha traído, como una de sus consecuencias, el surgimiento de modelos alternativos de justicia que se integran en un movimiento más amplio que se conoce como *Comprehensive Law*, entre los que se incluyen la justicia restaurativa junto con la justicia terapéutica y la justicia procedimental¹⁸. Nota común a todos ellos es el promover una intervención del sistema judicial que tome como referencia las necesidades de las víctimas y los victimarios. Así, mientras la justicia terapéutica centra su atención en las implicaciones que la aplicación de la ley tiene en las partes, la justicia procedimental pone el acento en la manera en que se imparte justicia, mientras que, finalmente, la justicia restaurativa dirige el foco de atención a la reparación del daño causado a la víctima¹⁹. Conforman una filosofía penal en el seno de un movimiento social amplio que propugna un modelo de justicia «alternativo a la justicia retributiva»²⁰, que establece y favorece mecanismos a través de una respuesta constructiva orientada a la responsabilización y a la reparación, propiciando una respuesta que tanto víctima, como infractor y personas directamente afectadas puedan percibir como justa²¹.

De este modo, la justicia restaurativa permite dar amparo a necesidades que la justicia retributiva no alcanza, situando a la víctima y a la comunidad en una posición protagonista que le es negada en el sistema de justicia convencional,

Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, p. Para HOWARD ZHER, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, ed. traducida por Good Books, 2007, p. 45, la justicia restaurativa se define como un proceso dirigido a involucrar a todos los que tengan interés en la ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones que se derivan de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible. Por su parte, JOHNSTON, G. y VAN NESS, «The meaning of restorative justice», en *Handbook of Restorative Justice*, p. 5, concibe la justicia restaurativa como un movimiento social global de gran diversidad, cuyo «principal objetivo es transformar la forma en que las sociedades contemporáneas contemplan y responden al delito y a otras formas de comportamiento inadecuado»; para BRAITHWAITE, J., «Delito, vergüenza y reintegración», *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 42, 3, 2000, p. 15, justicia restaurativa significa restaurar a las víctimas, restaurar a los ofensores y a las comunidades.

¹⁸ TAMARIT, J., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicación práctica*, TAMARIT, J. (coord.), Comares, Granada, 2012, p. 17.

¹⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. y PORRES GARCÍA, I., «La visibilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico», en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Cuadernos penales José María Lidón, n.º 9, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, p. 21.

²⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 6.

²¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., *El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, pp. 139-160.

que tiene como actores principales al Estado y al victimario²². La justicia restaurativa ha de analizarse desde la perspectiva de lo que puede aportar a los intereses de los tres actores que operan en todo proceso restaurativo, víctimas, victimarios y comunidad, pasando este último a convertirse en un actor fundamental del proceso restaurativo por cuanto nos encontramos con procesos de naturaleza pública en las que se pretende la restauración de las relaciones sociales dañadas por el ilícito criminal. La participación en la resolución del conflicto de la comunidad puede materializarse dando entrada a los trabajos voluntarios a la comunidad como contenido posible de los acuerdos de reparación.

De este modo, se trabaja para que la víctima logre la reparación o el resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, así como la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria. Por lo que respecta al victimario, se persigue su responsabilización por la conducta infractora, conseguir la reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, y una aptitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal. A estos beneficios que obtienen víctima y victimario hay que añadir otro no menos importante cual es que la sociedad en general recobre la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto²³.

La justicia restaurativa es un movimiento surgido principalmente en Estados Unidos y en Canadá en la década de los años setenta del siglo xx²⁴ como una nueva manera de concebir a la justicia penal que involucra a las personas directamente afectadas en la comisión del delito con objeto de reparar el daño causado a los sujetos y a las relaciones más que castigar a los delincuentes²⁵. Surge como reacción a la invisibilidad de la víctima a lo largo de siglos y constituye una oportunidad para la desvictimización, al reconocer el sufrimiento del otro, la asunción de responsabilidades y la disposición a la reintegración en la comunidad²⁶. Con ello se conforma una nueva filosofía penal que da cobertura a un

²² TAMARIT SUMALLA, J., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente», en *Justicia para la convivencia...*, cit., p. 72.

²³ CASTILLEJO MANZANARES, R., «Estado de la mediación penal en España», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 49, 2019.

²⁴ Entre los antecedentes de la justicia restaurativa suele reconocerse la crítica de CHRISTIE, N., *Conflicts as property*, *British Journal of Criminology*, 1977, que acusa al sistema penal de haber expropiado a los ciudadanos la propiedad de sus conflictos; Barnett, Randy E., *Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice*, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1977; ZERH, H., fue quien acuñó la expresión justicia restaurativa, ha publicado diversos trabajos, entre los que destacan, «Restorative Justice: The Concept», 1997, *Changing Lenses—A New Focus for Crime and Justice*, 1990, o «Victim Offender Reconciliation: An Incarceration Substitute?», *Federal Probation*, 1982.

²⁵ McCOLD, P. y WACHTEL, T., «En busca de un paradigma: Una teoría sobre la justicia restaurativa», en *Justicia restaurativa: acercamientos teóricos y prácticos*, Gossesstra, Conamaj, Costa Rica, p. 62.

²⁶ TAMARIT SUMALLA, J., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente», en *Justicia para la convivencia...*, cit., p. 72.

conjunto de prácticas como el *conferencing*²⁷, los *circles*²⁸, los *victim impact panels*, o el más conocido en nuestro ordenamiento, la mediación, amén de las comisiones de la verdad o la reconciliación en el marco de la justicia transicional.

Definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la «sanación» de la víctima, del infractor y de la comunidad, y representa la otra cara de las corrientes político-criminales que siguen asentadas en el paradigma de la justicia punitiva. Frente a los que defienden que las víctimas quieren solo y, ante todo, el castigo del infractor en forma de pena como único medio de reparación, se abre paso un nuevo modelo de justicia penal que da entrada a las necesidades de la víctima concreta, sin menoscabar las finalidades clásicas del derecho penal²⁹. Introducir mecanismos de justicia restaurativa trae como lógica consecuencia el replanteamiento de los fines del modelo penal instaurado, al dar entrada a nuevas formas de reparación, así como a una nueva cultura alejada de la puramente punitiva.

Con esto no ha de entenderse que la justicia restaurativa implique descriminalización ni despenalización. Llegados a este punto, conviene no olvidar que el Derecho Penal ha de garantizar una libre y segura convivencia social y que las teorías de la pena determinan las vías por las que se puede lograr este objetivo, bien a través de la prevención especial, influyendo en los propios delinquentes, bien a través de la prevención general, afectado a todos los miembros de la comunidad. Incluir la reparación voluntaria en el sistema de sanciones vincula ambos efectos con la satisfacción de los intereses de la víctima. Para esta nueva corriente político criminal la reconciliación y reparación del daño puede ser útil para todos los fines de la pena, llegando a concebirse como una tercera vía del sistema sancionador junto con la pena y las medidas de corrección³⁰.

²⁷ El *conferencing*, originario de Nueva Zelanda, se ha extendido a países como Bélgica, Noruega, Irlanda o Hungría. Es una práctica de justicia restaurativa que pretende implicar a cuantas personas se han visto afectadas por el delito en el proceso de toma de decisión. La principal diferencia con la mediación es que requiere de la participación de otras personas además de la víctima y el ofensor.

²⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La reparación de la víctima de violencia de género» en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 753-763, presenta los círculos restaurativos como una herramienta de prevención y represión de la violencia de género que se estructura en tres partes diferenciadas: 1. Pre-círculos, que intenta analizar las circunstancias del caso concreto; 2. Círculos, en la que se llevan a cabo las reuniones con todos los integrantes tratándose diversos temas y 3. Post-círculos, en la que el facilitador observa el grado de cumplimiento de los acuerdos.

²⁹ ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X., «Justicia restaurativa y fines del Derecho Penal», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso*, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P. (coord.), Ed. Reus, 2011, pp. 49 y ss.

³⁰ ROXIN, C., *Pena y reparación*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 52, 1999, p. 13, señala que «la importancia de esta sanción para el Derecho Penal descansa en el principio de subsidiariedad, es decir, en el principio de que la pena, como la medida política socialmente más severa, sólo debe aplicarse cuando el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios

Estamos asistiendo a una evolución del sistema penal globalmente considerado, ya que, conjuntamente con los postulados preventivos que se han ido consolidando a lo largo del siglo xx, han comenzado a emerger, de forma gradual y expansiva, algunas prácticas restaurativas que se han ido adentrando en la mayor parte de los países y sistemas jurídicos, afianzándose en numerosas manifestaciones que ya resultan incuestionables. Por consiguiente, la prevención, la justicia restaurativa y la resocialización permiten hablar de un nuevo modelo penal y procesal penal para cuya consecución se acude al proceso, así como a la mediación y otros métodos restaurativos complementarios del mismo³¹. Esta transformación del modelo procesal penal³², vinculado al fenómeno de la globalización, ha supuesto, tal como se ha manifestado, la incorporación de manifestaciones del principio de oportunidad que han favorecido instituciones como la conformidad, e incentivado salidas o terminaciones del proceso que han implicado un nuevo paradigma en la justicia penal³³.

La inadecuación del modelo penal retributivo a las nuevas exigencias derivadas de una realidad social cada vez más dinámica, el excesivo formalismo y rigor del proceso penal o el olvido que, tradicionalmente, ha experimentado la figura de la víctima, han motivado la necesidad de buscar otros medios que propicien una justicia penal más ágil y eficiente para funcionar como complemento, en determinados supuestos, al proceso penal. Sentar las bases de un nuevo modelo de justicia penal que se adecue a la nueva realidad social, económica, cultural, tecnológica y criminal del siglo xxi, requiere de posicionamientos concretos sobre la incorporación de otras opciones para la resolución de conflictos penales a través de mecanismos de justicia restaurativa³⁴. La desjudicialización, la participación directa de agresor y víctima, fomentando el empoderamiento de ésta última como parte activa en la resolución del conflicto, pretendiendo ofrecerle una reparación, no solamente económica, sino también de las «heridas personales y sociales provocadas por el delito»³⁵, definen los elementos que singularizan a la justicia restaurativa.

menos graves. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sucedido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho Penal».

³¹ BARONA VILAR, S., «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y la securitización», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, cit., p. 58.

³² En esta línea, SOLETO MUÑOZ, H., «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2017. De igual forma, BARONA VILAR, S., *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

³³ *Id.*, sobre este particular, CALAZA LÓPEZ, S., MUINELO COBO, J. C., *Justicia, reparación y reinserción*, cit.

³⁴ MARTÍN DIZ, F., «Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un desafío en el sistema de justicia penal», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, cit., p. 430.

³⁵ RÍOS MARTÍN, J. C., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 31-32,

La justicia restaurativa ha pasado a conformar una filosofía penal en el seno de un movimiento social más amplio que propugna un modelo diferente de justicia «alternativo a la justicia retributiva»³⁶. Pero conviene no olvidar que la justicia restaurativa tiene un ámbito de aplicación que viene delimitado por el principio de voluntariedad, ambas partes deben tener una actitud proactiva que favorezca el entendimiento y el deseo de consenso, circunstancia que no concurre en todos los escenarios. Además, uno de los argumentos esgrimidos con más fuerza por los detractores de este tipo de justicia parte del peligro que supondría una eventual privatización del ilícito penal que, aparte de no satisfacer los fines irrenunciables de todo sistema penal, podría hacer peligrar la prevención general de los comportamientos delictivos³⁷. A pesar de estos argumentos contrarios a implantar un sistema de justicia restaurativa en el marco penal, lo cierto es que los ordenamientos de la Europa Continental están dando entrada en mayor o menor medida a manifestaciones del principio de oportunidad cuya institución más representativa es la conformidad, como admisión formal de la culpabilidad del acusado, derivada del *plea bargaining* estadounidense³⁸. Y es que el fenómeno de la justicia restaurativa es ya una realidad a nivel mundial incardinado dentro del movimiento de empoderamiento de las víctimas, por lo que lo más sensato es velar por una correcta inserción y regulación del mismo en nuestro panorama procesal penal.

Este cambio que implica la justicia restaurativa en el papel que asume la víctima, a la hora de resolver el conflicto penal en la que ha sido protagonista, plantea el interrogante sobre si es este el modelo de protección adecuado cuando nos encontramos con víctimas especialmente vulnerables, sobre todo, en lo que atiene a garantizar la igualdad y voluntariedad de las mismas en toda su plenitud.

define la justicia restaurativa como el «método de resolver los conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de heridas personales y sociales provocadas por el delito».

³⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, 2012, p. 6.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J., «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de los actos de reparación», *Revista del Poder Judicial*, n.º 45, 1997, pp. 183 y ss.

³⁸ JIMENO BULNES, M., «El proceso penal en los sistemas del Common Law y Civil Law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia*, 2013, pp. 292 y ss.

V. La mediación penal y su prohibición en los supuestos de violencia de género

1. Marco legal de la prohibición de acudir a la mediación

Tradicionalmente, la víctima ha sido la gran olvidada del proceso penal viéndose relegada en sus necesidades en pro de los intereses generales del Estado, actuando como un mero testigo de la propia reparación del daño que se le ha infringido³⁹. El interés por la figura de la víctima emergió con fuerza en la década de los años cincuenta del siglo pasado, dando origen a una nueva disciplina, la Victimología, que aparece como uno de los pilares fundamentales en la eclosión de la justicia restaurativa. Desde esta perspectiva, la víctima pasa a tomar parte activa en la resolución de su propio conflicto⁴⁰.

Como ya se ha comentado con anterioridad, las reformas legislativas para atajar este fenómeno de la violencia de género se han venido caracterizando por su carácter sancionador, primando el castigo al infractor sobre la satisfacción de los intereses y necesidades de las víctimas. Pero conviene no olvidar que cuando una mujer es víctima de este tipo de violencia se le infringe un daño moral, físico y familiar que resulta difícil dimensionar en términos estrictamente jurídicos, por lo que resulta imprescindible abordarlo desde una perspectiva multidisciplinar que pueda ofrecer una solución lo más global posible. En este sentido, el proceso penal no crea espacios en los que las víctimas puedan poner de manifiesto sus puntos de vista y sus sentimientos, dejándose de lado una cuestión tan importante como la reparación del impacto emocional experimentado por el hecho injusto, o la recuperación del sentimiento de seguridad perdido tras la comisión del delito. A ello ha de sumarse que, lamentablemente, las medidas penales adoptadas pueden, en ocasiones, producir en el agresor un sentimiento de mayor animadversión y venganza hacia la víctima y hacia el propio sistema. No es infrecuente que el agresor consiga burlar las medidas preventivas o represivas que se le imponen, volviendo a repetir episodios de violencia que, desgraciadamente, pueden acabar con fatales resultados⁴¹.

Pero ¿Qué esperan las víctimas de violencia de género cuando acuden al proceso penal? Estudios empíricos ponen de manifiesto que las víctimas no están tan interesadas en la punición del delincuente, como en una asistencia y reparación por el delito cometido, en un reconocimiento del daño y en un

³⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», *Revista de Mediación*, año 4, n.º 7, mayo 2011, p. 40.

⁴⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., «Estado de la mediación penal en España», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 49, 2019.

⁴¹ CARRÉTERO MORALES, E., «La utilidad de los ODR en los casos de violencia de género», en *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Dykinson, 2015, p. 160.

esfuerzo por repararlo⁴². Todas estas finalidades contribuyen a que las víctimas adquieran un mayor empoderamiento, por lo que todas las actuaciones que contribuyan a lograr esta finalidad y a reforzar la seguridad de las víctimas deben acogerse como actuaciones prioritarias. En este sentido, se nos plantean dos cuestiones: la primera de ellas, se centra en la conveniencia de potenciar los programas de rehabilitación para el victimario, ya que no podemos perder de vista que la violencia de género es producto de una estructura patriarcal y es un problema fuertemente educacional; la segunda, es si está verdaderamente justificada la absoluta prohibición de la mediación en la violencia de género en todos los supuestos.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, prohíbe en su artículo 44.5 de forma absoluta utilizar la mediación en temas de violencia de género, modificando el artículo 87 ter apartado 5 de la LOPJ al establecer que en todos los casos de violencia de género está vedada la mediación, sin ninguna distinción que matice esta exclusión⁴³. El motivo de esta prohibición se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la Ley cuando argumenta que «la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado», reforzándose la exclusividad de la jurisdicción para la resolución de este tipo de controversias al cerrar la puerta a otras posibles formas alternativas. Sobre este particular, resulta, como poco, llamativo que el legislador prohíba la mediación penal cuando tal posibilidad no estaba ni tan siquiera regulada, en un deseo de dejar clara una postura, de cara a futuras regulaciones, de blindar la posibilidad de mediar en asuntos de género. Además, y en base a la ubicación normativa de esta prohibición de mediar, cierto sector doctrinal ha interpretado que únicamente queda prohibida en la fase de instrucción, competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no extendiéndose a la apertura del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal. Otros autores, en cambio, entienden que esta prohibición es absoluta en cualquier instancia procesal, ya que la situación de desigualdad se mantiene a lo largo de la tramitación procedimental⁴⁴. De igual forma, no faltan quienes apuntaron que la prohibición de mediar solo afectaría a las normas de carácter civil, pero no a los de naturaleza penal⁴⁵.

Años después se aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* que en su artículo 2.2 a) excluye expresamente la mediación

⁴² GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009, p. 14.

⁴³ Para GUARDIOLA LAGO, M. J., *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*, cit., p. 18, este precepto supuso la paralización de los procesos de mediación que se estaban llevando a cabo, por ejemplo, en Cataluña.

⁴⁴ CUCARELLA-GALIANA, L. A., «Violencia de género y justicia», en *Violencia de género y justicia*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Santiago de Compostela, 2013, pp. 442 y ss.

⁴⁵ RODRÍGUEZ LAÍNZ, J. L., «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 7557, pp. 5-8.

penal de su ámbito de aplicación junto con la laboral y con las Administraciones Públicas. Por su parte, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del Delito*, reconoce por primera vez en su artículo 15 en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de aplicar mecanismos de justicia restaurativa en el proceso penal de adultos, salvo en aquellos casos en los que estén prohibidos por la ley para el delito cometido. De igual forma, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género ratifica esta prohibición⁴⁶, contemplando, entres sus medidas, la de «reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género» (núm. 116).

Esta prohibición de acudir a la mediación en los supuestos de violencia de género se repite tanto por las Naciones Unidas, como por la normativa internacional. En concreto, el Manual de legislación de la ONU sobre la violencia contra la mujer⁴⁷ recomienda prohibir la mediación en estos casos, mientras que la *Declaración de Naciones Unidas sobre estrategias de lucha contra la violencia doméstica* de 1997 limitaba el uso de la mediación en este campo delictivo por el desequilibrio de poder de las partes. Por su parte, el Convenio de Estambul dispone en su artículo 48.1 que se han de adoptar las medidas necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia que se incluyan en el ámbito de aplicación del Convenio⁴⁸. No obstante, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, esta prohibición, conforme a lo que se establece en su Informe Explicativo, únicamente se refiere a los supuestos en los que las leyes pudieran imponer el carácter obligatorio de acudir a mediación, ya que con esta imposición se quebrantaría uno de sus principios inspiradores, la voluntariedad⁴⁹. El Convenio no prohíbe su empleo cuan-

⁴⁶ El Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, incluye medidas en todos los ámbitos y fue el resultado de intensas negociaciones parlamentarias en los grupos de trabajo constituidos en la subcomisión parlamentaria en el Congreso de los Diputados y en la Comisión de Igualdad del Senado. Tras un año de comparencias y negociaciones, en septiembre de 2017 se aprobó, sin ningún voto en contra, el Informe de la Subcomisión parlamentaria para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género en el Congreso de los Diputados, y la Ponencia del Senado, siendo el primer Pacto de Estado consensuado por los grupos parlamentarios desde el año 2015.

⁴⁷ Cfr., <www.unwomen.org>.

⁴⁸ No obstante, el concepto de justicia restaurativa se va abriendo paso en la agenda europea. Destacan, en este sentido, la Recomendación R(83)7, la Recomendación (85)11, y sobre todo, la Recomendación R(99)19 de 15 de septiembre de 1999, que hace referencia a la conveniencia de la introducción de la mediación en las legislaciones de los Estados miembros, reconociendo los beneficios que se pueden derivar para las víctimas tales como el obtener una reparación moral por el delito cometido o el pedir explicaciones al victimario. De igual forma, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, establece el deber de los Estados miembros de introducir la mediación en los procesos penales «para las infracciones que, a su juicio, se presten a este tipo de medida».

⁴⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal», en *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pp. 127-160.

do la intervención sea voluntaria para las partes, sino que, precisamente, lo que se limita es a prohibir que estas formas de resolución de conflictos se impongan contra la voluntad de la víctima. A estas prohibiciones expresas hay que unir la referencia que hace la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo*, a evitar desequilibrios de poder.

No obstante, esta prohibición legal no ha conseguido unanimidad doctrinal y práctica en torno a su acierto. Cada vez son más voces que manifiestan su discrepancia con una prohibición absoluta y sin fisuras equiparando todos los supuestos de violencia de género y dejando a la víctima sin capacidad de decisión en todos los escenarios.

2. *El controvertido debate sobre la posibilidad de mediar en violencia de género*

La prohibición de la mediar en violencia de género ha dividido a la Doctrina, división que se ha acentuado tras la posibilidad que se abre por el ya reseñado artículo 15 del Estatuto de la Víctima del Delito de acudir a mecanismos de justicia restaurativa. Ciertamente, el panorama actual invita a la reflexión, al plantear serias dudas sobre lo acertado de la respuesta penal, sobre todo si se tiene en cuenta la insatisfacción de los resultados alcanzados y la resistencia de muchas víctimas a colaborar con el sistema penal. Se impone, por tanto, un replanteamiento del papel jugado por el Derecho Penal en la resolución de estos conflictos⁵⁰.

La mediación penal se puede conceptualizar como el método de resolución de conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y a el restablecimiento de la paz social a través del diálogo y el encuentro personal entre los afectados, con los objetivos de procurar la responsabilización de la persona infractora y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima⁵¹. Esta mediación hunde sus raíces en uno de los pilares de la moderna victimología: la justicia reparadora donde el tratamiento y atención a la persona de la víctima se realiza hasta erigirse en uno de los objetivos principales para el pleno restablecimiento del orden jurídico vulnerado por la comisión de la infracción criminal⁵².

A través de la mediación penal se pretende dar respuesta a un conflicto a tres bandas; así, en primer lugar, se garantiza el interés del Estado en reprimir la

⁵⁰ SÁEZ RODRÍGUEZ, M. C., «Marco general de la mediación en supuestos de violencia de género», en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 371.

⁵¹ RÍOS MARTÍN, J. y OLALDE ALTAREJOS, A., «Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad», *Revista de Mediación*, n.º 8, 2011, pp. 10-19.

⁵² CARMONA RUANO, M., «Propuestas internacionales de reforma del proceso penal», *Revista Poder Judicial*, n.º especial XIX, Madrid, 2006.

infracción criminal cometida; en segundo lugar, se da respuesta al conflicto concreto surgido con motivo de la comisión de la infracción criminal, a través del reconocimiento del hecho por parte del agresor y de la garantía del resarcimiento moral, y, en su caso, patrimonial de la víctima, y, finalmente, se puede dar respuesta al conflicto subyacente que hay detrás de la comisión de la concreta infracción criminal⁵³.

Llegados a este punto, interesa poner de manifiesto, con objeto de dilucidar el alcance de esta prohibición, que al limitarse el concepto de violencia de género al marco de las relaciones afectivas, no se acogen bajo el paraguas de la Ley de Protección Integral otras manifestaciones de este tipo de violencia, como puede ser la cometida en el ámbito laboral, o aquellas que excedan del plano familiar y en las que, paradójicamente, si se puede acudir a los servicios de la justicia restaurativa al exceder del marco del ámbito familiar⁵⁴.

Así las cosas, la discusión acerca de la idoneidad de implantar la mediación en violencia de género está cobrando cada día más fuerza en la Doctrina. La crítica más compartida por los autores detractores de esta posibilidad parte de que el principio de igualdad es un criterio informador de todo proceso de mediación⁵⁵. Por ello, teniendo en cuenta la situación de desigualdad entre víctima y agresor que caracteriza este tipo de relaciones, dominadas por la sumisión y la violencia prolongada en el tiempo, se desecha la posibilidad de mediar al considerar que no existe el equilibrio y la equidad necesaria entre los mediados. Sentada esta premisa, los eventuales acuerdos que se lograsen serían, en realidad, fruto de la voluntad unilateral del agresor que seguiría teniendo sometida a la víctima⁵⁶. La necesidad de que la víctima parta de una libertad y voluntad plena para tomar sus propias decisiones, que no han de verse afectadas por ningún tipo de temor o dependencia emocional, afectiva o económica deviene, en este ámbito, más crucial si cabe.

No obstante, surge el interrogante de si todos los supuestos que se tipifican actualmente como violencia de género se corresponden verdaderamente con el patrón de dominio y superioridad propio de una estructura patriarcal que pretende erradicarse o, si nos podemos encontrar con conflictos entre hombre y

⁵³ BRAGE CENDAN, S., «La violencia machista: análisis del conflicto», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 31.

⁵⁴ Esta incongruencia fue puesta de manifiesto por CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en los supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8882, 2016, p. 9, cuando apunta que no existe razón alguna para que el legislador prohíba la mediación penal con parejas o exparejas, y no la prohíba en los casos que exceden del marco familiar.

⁵⁵ Este principio se recoge en el artículo 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE n.º 162 de 7 de julio de 2012.

⁵⁶ En este sentido, DEL POZO PÉREZ, M., «Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004», *La Ley*, n.º 98/99, 2012, p. 7; FUENTES SORIANO, O., «Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género», en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 273.

mujer, de carácter puntual, que se sitúen más allá de su género y que no encuentren su fundamento en una situación de desigualdad de poder ¿es este escenario verdaderamente violencia de género? Si la igualdad entre el hombre y la mujer está garantizada uno de los principales obstáculos a la posibilidad de mediar queda superado, pero si la mujer ha denunciado y se pone en marcha el proceso penal esta puerta se cierra definitivamente con la regulación actual. La definición de violencia de género que contempla la LO 1/2004 contempla delitos de muy diversa índole y de gravedad muy diferente a los que se les aplica la misma prohibición negando la posibilidad de acceder a una opción dialogada en supuestos muy diversos⁵⁷. Se ha destacado, en este sentido, la paradoja de que en nuestro país resulte posible llevar a cabo encuentros restaurativos entre víctimas y presos de ETA y no resulte posible ofrecer la posibilidad de mediar en violencia de género⁵⁸. Pero esta prohibición de mediar no se extiende al resto de casos de violencia en el ámbito doméstico como puede ser la perpetrada entre hermanos, hijos a padres o a la inversa o la ejercida sobre el varón.

Otro de los argumentos más destacados entre los que se oponen a la implantación de la mediación en violencia de género es la posible transgresión del principio de legalidad al dar prioridad a la solución voluntariamente acordada por las partes frente a la sanción penal⁵⁹, se permitiría que un acuerdo entre dos personas de carácter privado pueda convertirse en una sustitución de los poderes del Estado. Asimismo, se esgrime que la introducción de procedimientos de la justicia restaurativa, podrían contribuir a minimizar los logros que se han alcanzado en materia de violencia de género. Se transmitiría a la sociedad un mensaje de laxitud que convertiría este tipo de violencia nuevamente en un asunto privado, haciendo que estas manifestaciones fueran intrascendentes⁶⁰. Para esta corriente, la violencia de género ha pasado de ser una cuestión propia de la intimidad del hogar a convertirse en una materia de Derecho Público, por lo que el retorno de la resolución de dichas cuestiones a la esfera privada supondría la pérdida del simbolismo alcanzado al haberse conseguido una respuesta institucional frente a este problema.

Derivado de la desigualdad entre los mediados, se extrae otro argumento en contra de la mediación penal para este tipo de casos. Algunos autores, apuntan

⁵⁷ VALL RIUS, A., «Justicia restaurativa y violencia de género», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas...*, cit., pp. 717-719.

⁵⁸ VARONA, G., *Who Sets the Limits in Restorative Justice and Why?*, p. 555.

⁵⁹ RENEDO ARENAL, M. A., «¿Mediación penal en violencia de género? No gracias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre de 2014, pp. 180 y 181. Para MARTÍN DÍZ, F., *La mediación sistema complementario a la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010, el principio de legalidad se erige como tope al avance de la mediación en nuestro sistema procesal penal.

⁶⁰ FUENTES SORIANO, O., «Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género», cit., p. 225; RENEDO ARENAL, M. A., «¿Mediación penal en violencia de género? No gracias», cit., p. 184; VILLACAMPA, C., «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 103-106.

que la mediación puede suponer un riesgo para la integridad física de la víctima, ya que, podrían producirse episodios de violencia durante la sesión de mediación o en momentos posteriores a esta, Algunas voces críticas, también señalan que la mediación puede contribuir al círculo de la violencia, favoreciendo la empatía de la víctima hacia su agresor o potenciado la etapa de luna de miel, lo que provocaría en la mujer conductas tendentes al sacrificio con el objetivo de salvar la relación. Finalmente, se han esgrimido argumentos como la pérdida de derechos y garantías para el imputado, o inconvenientes de naturaleza económica al tenerse que disponer de medios personales y materiales para hacer frente a la infraestructura administrativa que exigiría un servicio institucionalizado de mediación⁶¹.

Por su parte, la Doctrina partidaria de aplicar la mediación a este tipo de procesos parte de la rigidez del proceso penal, así como del efecto intimidatorio que provoca en las víctimas que puede suponer un riesgo de victimización secundaria. Ciertamente, los procesos penales seguidos por delitos de violencia de género suelen suponer una experiencia bastante traumática para la propia víctima que ha de hacer frente no sólo a las consecuencias del delito sufrido, sino además a las que se derivan del propio proceso, siendo frecuente en la práctica que las mujeres incluso se nieguen a prestar declaración ante el temor y la desprotección que sienten por parte del sistema de justicia. En el marco de un proceso penal se hace evidente la violencia institucional que se ejerce sobre el sufrimiento de las víctimas ante la falta de escucha y apoyo por parte de las instituciones que conforman el sistema penal. Se trata de una segunda victimización después de haber soportado el daño injusto del delito.

Partiendo de la experiencia en Derecho comparado, se esgrime como en otros países se han llevado a cabo procedimientos de mediación en violencia de género, tales como EEUU, Canadá, Austria, Finlandia, Dinamarca, Holanda, Grecia o Gran Bretaña, alcanzándose grandes resultados con su utilización, además de rebajar los índices de reincidencia en este tipo de delitos⁶². Centrándonos en el Derecho europeo, el primer país en admitir la mediación en violencia de género fue Austria en el año 2000 tras haber procedido a modificar su Código Procesal Penal. El siguiente país fue Finlandia promulgando en el año 2006 una ley específica de mediación en casos penales y al año siguiente Grecia introduce la posibilidad de mediar en supuestos de violencia de género o Dinamarca que en el año 2010 aprueba una ley que regulaba la mediación com-

⁶¹ RENEDO ARENAL, M.A., «¿Mediación penal en violencia de género? No gracias», cit., pp. 191 y ss; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», *La Ley Penal*, n.º 112, 2015, p. 4.

⁶² ÁLVAREZ SUÁREZ, L., «La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español», *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, vol. 5, n.º 2, 2019, p. 1094. *Vid.* GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009, pp. 21-23, donde analiza la introducción de la mediación en países como EE.UU. o Canadá.

plementaria a los procedimientos penales a los tribunales. Por su parte, ordenamientos como el italiano, el portugués o el francés han incorporado la mediación penal a su sistema de justicia mediante leyes específicas⁶³. En lo que hace a Gran Bretaña hay que esperar al 2013 que introduce la posibilidad de derivar los casos a mediación cuando las partes estén de acuerdo. Nuestro legislador opta, no obstante, por impedir el acceso a la mediación por lo que cabe interpretar si esta prohibición ha de extenderse a todos los demás sistemas de Justicia Restaurativa que no se citan como objeto expreso de la prohibición. Esta opción legislativa sitúa a nuestro país en una posición que «comienza a ser normativamente singular»⁶⁴ si se toma como referencia a otros países de nuestro entorno jurídico que, de forma paulatina, han ido admitiendo mecanismos de justicia restaurativa en supuestos de violencia de género.

La diversa casuística que puede confluir en este tipo de violencia da pie a abrir la posibilidad de diversificar el tipo de respuestas que actualmente se están ofreciendo para hacerle frente. No es lo mismo un episodio puntual que años de vejaciones y sufrimiento, como en todo, también en estos delitos confluyen actos de distinto grado y consideración, y es que no todos los actos susceptibles de tipificarse como violencia de género son producto de una situación de desequilibrio de poder que hace prevalecer una relación de tipo patriarcal, ni en todos los supuestos las víctimas se hallan en una situación de dependencia emocional. De igual forma, no en todos los escenarios la capacidad de decidir de la mujer se halla igualmente afectada, y es que no todas las víctimas son vulnerables e incapaces de defender sus intereses ni todas están preparadas para defenderse y actuar delante de su agresor⁶⁵.

Partir de una absoluta prohibición implica desconocer las circunstancias concretas de cada situación y de cada persona; la posibilidad de aplicar la mediación penal cuando sea posible permite dar una respuesta personalizada y adaptada a las necesidades y circunstancias concretas de sus protagonistas⁶⁶, respetuosa con la plena libertad de víctima y victimario a la hora de tomar decisiones y opciones para las que tienen plena capacidad y voluntad suficiente. El reconocimiento de esta evidente diversidad debe venir acompañada de la colaboración de expertos en la valoración de la plena capacidad cognitiva, volitiva y decisoria de las víctimas que garanticen su participación en la mediación libres de toda coacción o dependencia emocional o psicológica. Si se parte de una

⁶³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La prohibición de la mediación en los supuestos de violencia de género: una apuesta por la flexibilidad aplicable a ciertos contextos de violencia», <www.sociologijuridica.unizar.es>.

⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal», *Política criminal*, vol. 15, n.º 29, 2020, p. 49.

⁶⁵ GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009.

⁶⁶ VALL RIUS, A., «Justicia restaurativa y violencia de género», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas...*, cit., p. 710.

situación en la que está limitada, coartada o anulada la voluntad y capacidad de decisión de la víctima, la mediación no será el instrumento adecuado al faltar la voluntad informada y consciente careciendo la víctima de la capacidad necesaria para defender sus intereses y necesidades⁶⁷.

3. Reflexiones de política criminal y propuestas de lege ferenda

En lo que hace al argumento que esgrime la falta de igualdad existente entre la víctima y el victimario, parte de la Doctrina puntualiza que no todos los fenómenos de violencia de género son iguales o se han dado en las mismas situaciones en cuanto a espacio, tiempo o severidad, ni en todas las ocasiones en que se comete este tipo de delitos prima una situación de desigualdad producto de la dominación del hombre sobre la mujer. Ciertamente, no todos los actos de violencia de género presentan el mismo grado de severidad y no en todos los casos encontramos a una mujer con secuelas devastadoras que le impida tomar decisiones por sí misma. Existen supuestos en los que el maltrato es ocasional y es precisamente aquí donde pudiera resultar beneficioso acudir a la mediación penal favoreciendo el empoderamiento de la mujer que podría recuperar su posición de igualdad con respecto a su agresor, al reconocerse por este el desvalor de su acción⁶⁸. La casuística es variada abarcando desde delitos leves, tanto por la escasa lesión al bien jurídico, como por su carácter puntual, hasta delitos que acontecen en una situación sistemática de dominación machista, pasando por todas las posibles situaciones intermedias.

Por ello, al no ser todos los actos de violencia iguales, aún cuando se encuadren en el marco de violencia de género, resulta fundamental abordar el tratamiento del conflicto de forma diversa. Esta diversidad plantea dudas acerca de la conveniencia de una prohibición indiscriminada y hace aconsejable estudiar mecanismos que posibiliten una mayor aproximación a las circunstancias particulares y a la gravedad de cada situación ampliando el abanico de respuestas posibles, entre las cuales la justicia restaurativa podría ser una opción más⁶⁹. Así, desde las propias filas del feminismo, integrado en lo que se conoce como feminismo de tercera ola, se destaca la posibilidad de alcanzar rendimientos positivos en los casos en los que los programas se diseñen atendiendo a la idiosincrasia de cada caso. Al permitirse un encuentro dialogado se permite a la víctima explicar su historia sobre la violencia sufrida, dando satisfacción a una de las demandas más habituales para este tipo de víctimas que es la de ser es-

⁶⁷ VALL RIUS, A., «Justicia restaurativa y violencia de género», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas...*, cit., p. 723.

⁶⁸ BORGES BLÁZQUEZ, R., «La prohibición de la mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?», *Diario La Ley*, n.º 9100, 2017, p. 4.

⁶⁹ VALL RIUS, A., «Justicia restaurativa y violencia de género», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas...*, cit., p. 726.

cuchadas⁷⁰, ayudando a reconducir sentimientos como la ansiedad o el miedo y favoreciendo la recuperación de la autoestima.

La ley parte de la presunción de la mayor debilidad y vulnerabilidad de la mujer frente al hombre, tratándola como un ser desvalido, con una especie de paternalismo judicial que le impide participar en el proceso y en la toma de decisiones, al considerar que todo ataque del hombre hacia la mujer presupone una intencionalidad de someterla. Merece la pena reflexionar sobre si el tratamiento de este tipo de violencia ha de pasar por diferenciar aquellos supuestos de violencia habitual que colocan a la víctima en una posición de debilidad que impiden una negociación en condiciones de igualdad, de aquellos otros hechos ilícitos con carácter puntual⁷¹. Desde esta perspectiva, la mediación podría tener cabida en algunos supuestos, concediendo a la mujer la posibilidad de hacer frente a la situación de violencia al permitirle participar de forma más activa en la solución de su conflicto personal⁷², evidentemente, siempre bajo control tanto del órgano jurisdiccional como del Ministerio Fiscal y con valoración de cada supuesto concreto. Por el contrario, si la mujer mantiene un vínculo de dependencia emocional respecto del agresor o teme represalias, entonces carecerá de la capacidad suficiente para adoptar las decisiones que libremente le convengan y la opción restaurativa no resultará lo más recomendable. Resulta transcendental el papel del mediador de cara a verificar la plena capacidad y autonomía de voluntad que hagan o no aconsejable acudir a este método de justicia restaurativa.

Evitar una prohibición generalizada de acceder a la justicia restaurativa por los motivos anteriormente esgrimidos resulta plenamente defendible, como también lo es la necesidad de contar con la actuación conjunta de los distintos operadores jurídicos conocedores de la idiosincrasia del caso particular. En este sentido, la valoración del propio Juez y del Fiscal que conocen las peculiaridades del expediente, así como de peritos en psicología o psiquiatría, resto de personal técnico y los propios mediadores resulta crucial. Con todo ello, no queremos decir que el agresor no deba ser penalizado por su conducta, sino que la resocialización del autor, junto con la recuperación de la víctima, tienen que convertirse en los fines principales del proceso penal futuro, tratando de evitar que el victimario vuelva a repetir estos actos con ellas, con sus hijos o con otras futuras víctimas.

⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal», cit., p. 57.

⁷¹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La necesaria reforma de la protección a la víctima de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 9730, 2020.

⁷² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La mediación en los procesos de violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 378.

VI. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, L., «La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español», *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, vol. 5, n.º 2, 2019.
- ARANGÜENA FANEGO, C., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal», en *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011.
- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- ARMENTA DEU, T., «La víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H. y CARRASCOSA, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad: cuestiones generales», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), Dykinson, Madrid, 2020, p. 63.
- BARONA VILAR, S., *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y la securitización», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BRAGE CENDAN, S., «La violencia machista: análisis del conflicto», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012.
- BORGES BLÁZQUEZ, R., «La prohibición de la mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?», *Diario La Ley*, n.º 9100, 2017.
- BRAITHWAITE, J., «Delito, vergüenza y reintegración», *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 42, 3, 2000.
- CALAZA LÓPEZ, S., «El principio de oportunidad penal», en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Universidad de Santiago de Compostela, 2014.
- «La mediación penal: de las bambalinas a la escena», en *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), Dykinson, Madrid, 2020.
- «Esperando el Código Procesal Penal de la Democracia», en *Justicia, reparación y reinserción*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (coords.), Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020.
- CARMONA RUANO, M., «Propuestas internacionales de reforma del proceso penal», *Revista Poder Judicial*, n.º especial XIX, Madrid, 2006.
- CARRETERO MORALES, E., «La utilidad de los ODR en los casos de violencia de género», en *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Dykinson, 2015.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en los supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8882, 2016.
- «Estado de la mediación penal en España», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 49, 2019.

- CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», *Revista de Mediación*, año 4, n.º 7, 2011.
- CUCARELLA-GALIANA, L. A., «Violencia de género y justicia», en *Violencia de género y justicia*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Santiago de Compostela, 2013.
- DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DEL POZO PÉREZ, M., «Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004», *La Ley*, n.º 98/99, 2012.
- ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X., «Justicia restaurativa y fines del Derecho Penal», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso*, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ ALVÁREZ, M. P. (coord.), Ed. Reus, 2011.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La mediación en los procesos de violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 378.
- FUENTES SORIANO, O., «Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género», en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009.
- HOWARD ZHER, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, ed. traducida por Good Books, 2007.
- JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., «Breve análisis de la justicia restaurativa», *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 136, 2015.
- JIMENO BULNES, M., *El proceso penal en los sistemas del Common Law y Civil Law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI*, Justicia, 2013.
- LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la justicia penal: conformidad, mediación y reparación», en *Justicia, reparación y reinserción*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (coords.), Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La necesaria reforma de la protección a la víctima de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 9730, 2020.
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación sistema complementario a la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.
- MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2019.
- RENEDO ARENAL, M. A., «¿Mediación penal en violencia de género? No gracias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre de 2014.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- RÍOS MARTÍN, J. y OLALDE ALTAREJOS, A., «Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad», *Revista de Mediación*, n.º 8, 2011.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 7557.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «Justicia retributiva y justicia restaurativa (reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.
- ROXIN, C., «Pena y reparación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 52, 1999.

- SÁEZ RODRÍGUEZ, M. C., «Marco general de la mediación en supuestos de violencia de género», en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), Universidad de Santiago de Compostela, 2014.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», *La Ley Penal*, n.º 112, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de los actos de reparación», *Revista del Poder Judicial*, n.º 45, 1997.
- SOLETO MUÑOZ, H., «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2017.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. y PORRES GARCÍA, I., «La visibilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico», en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Cuadernos penales José María Lidón, n.º 9, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicación práctica*, TAMARIT, J. (coord.), Comares, Granada, 2012.
- VALL RIUS, A., «Justicia restaurativa y violencia de género», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VILLACAMPA, C., «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal», *Política criminal*, Vol. 15, n.º 29, 2020.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La reparación de la víctima de violencia de género», en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Capítulo 10

A un paso de la eclosión de la oportunidad en el proceso penal

Verónica López Yagües

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO. SU LEGITIMACIÓN: 1. *El principio de legalidad rector y límite en el ejercicio de ius puniendi estatal*. 2. *El proceso como instrumento de autolimitación del Estado en la aplicación del Derecho Penal*.—II. EL PROCESO QUE ACOGE EL SISTEMA ACUSATORIO MIXTO VIGENTE EN ESPAÑA. PRINCIPIOS RECTORES.—III. LA INCORPORACIÓN DE LA OPORTUNIDAD COMO EJE DE LA PROFUNDA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE JUSTICIA PENAL EN ESPAÑA.—IV. UNA MIRADA A LA TRIPLE PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ALECRIM DE 2020: 1. *Mecanismos alternativos a la acción penal*. 2. *Principio de oportunidad y conformidad*. 3. *Principio de oportunidad y Justicia restaurativa*.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. El poder punitivo del estado. Su legitimación

No por asumida es menos real o pasa inadvertida la contradicción que encierra considerar el Derecho Penal como el instrumento más poderoso con el que cuenta el Estado para hacer frente a la violencia y lesión de bienes e intereses jurídicos del máximo valor¹ y, al propio tiempo, aceptar que el mismo *ius puniendi* estatal se sirve de la violencia para la persecución y castigo del delito. Esta —la violencia— es, en realidad, nota consustancial a todo sistema de control social, si bien, a diferencia de otros, el derecho penal formaliza y regula ese control, que viene ejercido con arreglo a un conjunto de normas arbitradas a ese solo efecto². Desde esta perspectiva, su aplicación se revela como fórmula necesaria y legítima de cara a la prevención y represión, en su caso, todo hecho delictivo, potestad esta última que el Estado asume en exclusiva³.

¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Madrid, 1995, p. 33.

² MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015, pp. 32 y 33.

³ La titularidad del *ius puniendi* corresponde exclusivamente al Estado, que lo ejercita materialmente a través de la Jurisdicción (art. 24 y 117 CE) MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2019, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal, Derecho Procesal III*, Valencia, 2021, p. 30.

De estas consideraciones se infiere, además, que el Derecho Penal se ajusta y queda al servicio de los fines constitucionales cuya consecución tiene confiada el Estado, en cuya virtud se legitima⁴. Esto último explica —señalan García Arán y Muñoz Conde⁵— que los Estados totalitarios que ignoran derechos y libertades básicas, engendren un derecho penal de ese carácter —represivo y perpetuador del Sistema— mientras que el derecho penal que, en cambio, cobra vida en los Estados democráticos tiene como eje la tutela de esos derechos y libertades fundamentales y, en definitiva, se asienta sobre el respeto de la dignidad, la libertad e igualdad de las personas⁶.

En cualquier caso, junto a esa primera de carácter extrínseco, el *ius puniendi* estatal encuentra intrínseca legitimación en una suma de principios que, de un lado, informan y, de otro, operan como límite a su actuación, en la medida en que impiden a su titular la invasión no justificada de la esfera de derechos del ciudadano y, en particular, la restricción de su libertad. Son, en definitiva, principios de autolimitación del Estado en su función represiva que, en el plano material —y, en un ejercicio de apretada síntesis— se concretan en el principio de intervención mínima y el principio de legalidad penal y, en el plano procesal, en la suma de los que acoge el modelo acusatorio, formal o mixto⁷, en el que se inserta la vigente LECrim y que voces autorizadas en la doctrina, entienden ya superado⁸, principios, estos últimos, derivados de la concepción del delito como fenómeno de naturaleza pública que, como bien señala Asencio Mellado, aun cuando han de ser asumidos e interpretados evitando toda idea de privatizar la Justicia penal, no excluyen la aplicación de fórmulas derivadas del principio de oportunidad, «dado que éstas, bien entendidas, no comportan privatización alguna del delito ni del proceso penal»⁹.

Desde la amplia perspectiva que ofrece la distinción entre principios que acotan el ejercicio del *ius puniendi* en el plano material y los que lo hacen en el plano procesal, conviene una breve aproximación a los de mayor entidad que operan en un marco y otro, con la intención, no solo de realizar alguna precisión terminológica, que también, sino, fundamentalmente, la de poner de manifiesto su contenido y alcance —como es de prever— no coincidentes en ese doble plano. A esa circunstancia se suma cierta confusión fruto de la pretendida y, a nuestro juicio, inapropiada traslación, no del principio mismo —por imposible,

⁴ ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 7.^a ed., Valencia, 2015, pp. 32 y 33.

⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, op. cit., p. 33.

⁶ CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2020, p. 58.

⁷ Resumen magníficamente sus notas caracterizadoras, ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2020, p. 25 y ss., y asimismo en *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 2019, p. 137 y ss; GÓMEZ COLOMER, J. L., «Proceso Penal», op. cit., p. 40 y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 48 a 52.

⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal*, op. cit., p. 40.

⁹ ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., 2015, p. 29.

dada su distinta raíz o fundamento, a pesar de su idéntica denominación— sino de las exigencias que comporta su aplicación, del marco del proceso civil —en el que son originariamente configurados— al proceso penal, en el que no encuentran perfecto encaje, lo que genera, no solo estas dudas conceptuales y terminológicas, que convendría clarificar, sino consecuencias de otro orden en las que pretende profundizarse, no sin antes —se insiste— haber delimitado los diferentes conceptos que se manejan.

Sin ánimo de dinamitar los existentes o sentar nuevos conceptos, sirvan las próximas líneas para hacer breve apunte de las notas que, bajo nuestra concepción, definen estos principios y, en particular, las que configuran y son propias del principio de oportunidad al que, en la actualidad tímidamente, pero, de futuro, llamado a regir con vocación de generalidad en el proceso penal al que da forma el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal hecho público al finalizar el año 2020 si, obviamente, llega a fructificar en la esperada Ley procesal penal del nuevo siglo.

1. *El principio de legalidad rector y límite en el ejercicio de ius puniendi estatal*

Lugar central, entre los que pergeñan el Derecho penal, ocupa el principio de mínima intervención, un principio que se traduce o comporta la exigencia de su aplicación como *ultima ratio*, de suerte que la imposición de la pena o penas que conlleve se reserve a los supuestos en los que devengan inevitables para la tutela del bien jurídico cuya protección tiene confiada el Estado y, asimismo, en la necesidad de que sólo venga aplicado en situaciones de grave lesión a los que se entiendan bienes jurídicos de la mayor relevancia¹⁰.

Lo sorprendente es que, lejos de ser así, desde las últimas décadas del siglo xx, la omnipresencia del Derecho Penal es pauta predominante en el contexto internacional, con inevitables implicaciones de orden procesal.

En efecto, aunque con intensidad desigual, se asiste a una preocupante expansión de la norma penal, que tiene como reflejo el incremento de los tipos delictivos y endurecimiento de las penas. El principio de subsidiaridad penal, en palabras de Ferrajoli¹¹, «ha muerto» y su espacio ha sido ocupado por una dinámica opuesta que remite a la alarmante priorización de la pena como respuesta jurídica.

¹⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., «cuando la afectación de los bienes consiste en una vulneración muy grave de la norma, la sanción (a imponer) es máxima (...) y las reglas destinadas a la protección de los bienes y derechos “más importantes”, incluidos los valores que una democracia reconoce como tales, principalmente el derecho a la libertad, tanto del individuo como de la comunidad», forman ese sector del Ordenamiento jurídico llamado Derecho Penal. *Vid. Proceso penal, op. cit.*, pp. 29 y 30.

¹¹ FERRAJOLI, L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, p. 19.

Por su parte, el principio de legalidad penal —o, si se prefiere, de «intervención legalizada»— legitima la aplicación del *ius puniendi* estatal, en la medida en que sujeta su aplicación a límites que excluyen el exceso y la arbitrariedad por parte de quien lo ejerce. Es, pues, principio que comporta, como exigencia, la necesidad de que tanto la configuración del tipo penal concreto, cuanto la imposición de la sanción que corresponda a su comisión, queden sometidas al imperio de la Ley. En definitiva, el delito y su consecuencia deben ser previstos y regulados, de forma clara y completa, en una ley previa y accesible al conocimiento del ciudadano que, de ese modo, puede ajustar a esta su conducta y, en otro caso, asumir las consecuencias derivadas de su incumplimiento¹².

De lo anterior se infiere que, junto a la fundamentación política, el principio presenta un claro fundamento de carácter jurídico, que magníficamente expresa el brocardo latino *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*¹³, cuyo reflejo se contiene en el artículo 25 del Texto Constitucional de 1978. Y es, en efecto, el de legalidad el único de los principios penales que expresamente consagra el Texto Constitucional al señalar, en el apartado 1 del artículo 25 citado *supra* que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento». En perfecta consonancia con lo dispuesto en este precepto, prevé el artículo 1.1 CP que «no será castigada (como delito) ninguna acción u omisión que no esté prevista por ley anterior a su perpetración» para, en el artículo 10 del mismo texto, definir como delitos las «acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley», a lo que ha de sumarse lo dispuesto por el artículo 2.1 CP, a cuyo tenor, «no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración».

De lo expresado en estos preceptos puede colegirse que la existencia de una ley previa a los hechos susceptibles de sanción se impone como exigencia inescindible del consabido principio de legalidad¹⁴, exigencia que se traduce en la nota de «irretroactividad», esto es, la imposibilidad de su aplicación a hechos anteriores a la entrada en vigor de la norma. De igual modo se infiere que los límites o términos de la ley penal no pueden ser desbordados por el intérprete y/o por el juzgador en su aplicación, lo que impide llevar la consecuencia o sanción que la concreta norma penal dispone a un supuesto de hecho distinto del que prevé, a partir de una interpretación analógica de su dictado. La prohibición de la analogía en materia penal es clara manifestación del principio de

¹² FEUERBACH, P. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, § 24 (p. 20).

¹³ Su equivalente, en el Derecho alemán —*Bestimmtheitsgrundsatz*— magníficamente analizado, entre otros, por HASSEMER, W. *et. al.*, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, § 1, 14; HECKER, B. *et. al.*, *Strafgesetzbuch*, München, 2019, § 1, 19; KÜHL, K. *et. al.*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2018, § 1, 2.

¹⁴ MIR PUIG, S., y CORCOY BIDASOLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2015, p. 41; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

legalidad penal en virtud del cual, se insiste, encuentra legitimación el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Asimismo, concibe el Tribunal Constitucional español como manifestaciones del principio de legalidad —el Tribunal Supremo, en cambio, los considera exigencias inherentes al valor de Justicia— los principios de proporcionalidad y de *non bis in idem*, como rectores y límite en el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. El riesgo de alejarnos del objeto de este estudio, impide adentrarse en el análisis de su contenido y alcance, si bien, no está de más señalar que, a pesar de formal reconocimiento, tampoco este amplio principio de legalidad, ni los que puedan entenderse derivados o son su manifestación por contener una o varias de las exigencias en las que se descompone, puede afirmarse que rijan de forma absoluta y plena, a juzgar por las burlas, más o menos sutiles, a las que en las últimas décadas vienen sometidos en algunos Ordenamientos Jurídicos que se precian de respetar esta y el resto de garantías exigibles en materia penal.

2. *El proceso como instrumento de autolimitación del Estado en la aplicación del Derecho Penal*

Si la infracción de la norma y la reacción a esa infracción son dos de los elementos comunes a toda forma de control social y, particularmente, a la que representa la activación del derecho penal, el tercero de los elementos que encierra la fórmula es el procedimiento a través del cual se constata y declara la existencia de esa infracción y viene impuesta la sanción que a ésta corresponda. Expresado en otros términos, mientras el derecho penal acoge un conjunto de normas que ligan a ciertas conductas una consecuencia jurídica, el derecho procesal penal viene a señalar el modo en que el Estado determina la legítima aplicación de esa consecuencia, en forma de pena o sanción.

Esto último, nos coloca ante el proceso como medio o instrumento necesario de aplicación del derecho penal y ante una suerte de «principio a no ser penado sin proceso judicial». La legitimidad del monopolio estatal en el ejercicio de ese poder punitivo no puede ser sino resultado de un proceso cuyas reglas se justifiquen a la luz de la Constitución, en definitiva, que reúne la amplia suma de garantías que lo definen como «justo» y, en cuya ausencia —por ser consustanciales a este— difícilmente podrá siquiera hablarse de proceso¹⁵.

Solo en esas condiciones, se aleja el riesgo de hacer del proceso penal mero instrumento represor, con el que calmar los ánimos sociales de venganza, para

¹⁵ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2018, p. 75; MONTERO AROCA, M., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2019, p. 34.

convertirlo en marco de garantías en el que puede tener lugar la realización de la Justicia Penal¹⁶.

Como en líneas anteriores se hacía notar, la naturaleza pública del delito o, si se prefiere, del conflicto penal que entraña su comisión determina la titularidad estatal del *ius puniendi* y la indisponibilidad de la pretensión penal, bases sobre la que se sostiene el sistema de enjuiciamiento penal, se configura el proceso y condicionan sus fines.

El proceso sirve, pues, a la aplicación del Derecho penal en una sociedad dada y regida por principios políticos y económicos determinados. De ahí que no falte razón a las voces que sostienen que, si se pretende hacer de este un instrumento eficaz de solución de conflictos, que sirva a sus fines, «ha de adecuarse a los postulados vigentes en la sociedad y caminar acompasado a los mismos»¹⁷ y, de esos factores políticos, económicos o sociales, dependen sus principios rectores.

En consecuencia con lo anterior, es claro que el fenómeno de desestabilización de los principios que pergeñan el derecho penal surgido en las últimas décadas del siglo xx había de incidir en la configuración del proceso penal y lo hizo de forma intensa, hasta el punto de provocar lo que bien puede calificarse de convulsión en el ámbito de la Justicia penal¹⁸. Su rápido crecimiento aceleró, incluso, la necesidad de acometer grandes reformas en la mayor parte de los Códigos Procesales Penales iberoamericanos que abandonaban el modelo inquisitivo hasta entonces vigente para abrazar un modelo de corte acusatorio, no único, dada la heterogeneidad de los modelos nacidos¹⁹ y que, en ocasiones, ocultan rasgos propios del modelo anterior que, a la postre, acaban por aflorar.

Esa fuerza expansiva del derecho penal requería, en fin, de ajustes en el plano procesal con los que adecuar el modelo a las necesidades surgidas por razón de esa intensificación o endurecimiento del poder punitivo, necesidades, entre otras, impuestas por el incremento en el número y complejidad de las causas penales, la mayor dificultad en la investigación y prueba del hecho delictivo que, de nuevo como necesidad, exigía la articulación de nuevas fórmulas o instrumentos al servicio de una mayor eficacia. Con ese propósito, el incremento de la celeridad y eficacia en la respuesta judicial a la comisión del delito, en los distintos Ordenamientos Jurídicos se han operado reformas de entidad desigual, algunas, incluso, aparentemente menores, pero de un calado tal que han acabado por transformar veladamente el propio Sistema de enjuiciamiento penal.

¹⁶ ASENCIO MELLADO, J. M.^a *et. al.*, *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 2019, p. 173.

¹⁷ *Ibidem*, p. 173.

¹⁸ ARMENTA DEU, T., *El proceso penal y su importancia en la sociedad de nuestro tiempo*, p. 2.

¹⁹ ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal es Europa y América*, Barcelona, 2012, p. 25 y, asimismo, en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 2007, pp. 27 y 28. En esta línea, NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2012, p. 2 y 3.

En cualquier caso, antes que sobredimensionar la crítica a esa inevitable consecuencia, conviene tener presente que, como advierte Armenta Deu, no existen modelos procesales perfectos, ni «que salvaguarden la ortodoxia de ningún sistema», es más, a su juicio, ninguno de los que acogen los Códigos Procesales de nueva generación vigentes «satisfaría, a día de hoy, las exigencias del debido proceso».

Tampoco parece que la mayor o menor bondad de estos heterogéneos modelos deba plantearse en términos de disyuntiva respecto de los que se incardinan o conservan rasgos propios del modelo inquisitivo, siempre que en todos ellos vengan neutralizados ciertos riesgos —como el que representa la quiebra de la división de poderes o la aludida privatización de la Justicia penal— y se alcance un equilibrio entre dos fuerzas en permanente tensión, de un lado, la que impulsa la consecución de una eficaz persecución y castigo del delito y, de otro, el pleno respeto de las garantías que configuran un proceso justo²⁰.

II. El proceso que acoge el sistema acusatorio mixto vigente en España. Principios rectores

En coherencia con las que se reconocen como notas propias del Sistema acusatorio formal o mixto en el que se inserta, el proceso penal español viene configurado en su estructura y está regido por una suma de principios derivados de la concepción del delito como fenómeno de naturaleza pública. Ello explica su imposible equiparación, a nivel de principios, con el proceso civil por más que puedan detectarse zonas grises entre uno y otro e, incluso, la que acertadamente califica González Navarro²¹ de irrupción, en el proceso penal, de principios propios del enjuiciamiento civil, y a la inversa. El efecto de este fenómeno, en el primer caso, no es otro que el avance de cierta tendencia a la privatización del proceso penal que conviene contener.

En efecto, de cara a la determinación de los principios que rigen el proceso penal, como bien señala Asencio, el carácter público del delito es premisa de la que partir y determina el carácter eminentemente público de la acción penal —excepción hecha de lo dispuesto en relación con el enjuiciamiento de delitos

²⁰ Es GÓMEZ COLOMER quien advierte de la existencia de teorías que abogan por salvar la dicotomía inquisitivo-acusatorio y hacer apuesta por la construcción de modelos alternativos que clarifiquen el papel del Estado en la persecución del delito y, como reto, la armonización del proceso penal, con el objeto, en definitiva, de dar forma a un sistema de Enjuiciamiento Criminal propio de un Estado de Derecho sustancialmente coincidente, cualquiera que sea el Estado democrático en el que ha de regir. *Vid. Proceso Penal, op. cit.*, p. 48.

²¹ *Vid.* «Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal», en *Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad como informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUÍNELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020, pp. 279 y 296.

considerados privados²²— cuyo ejercicio, aunque no en régimen de monopolio, viene confiado al órgano fiscal. Trasunto de lo anterior es la vigencia del principio de oficialidad que, en esencia, resuelve la cuestión relativa a quién ha de dar inicio al proceso y a quién corresponde, en su caso, formular la acusación. A este primero se suman el principio de legalidad —en la actualidad, teñido con ciertas notas de oportunidad— que impone las condiciones y límites a los que viene sujeto el ejercicio de la acción penal, y el amplio principio acusatorio, que viene a señalar el modo en que han de cohonestarse las labores de instrucción y enjuiciamiento del asunto, en cuya configuración podrían englobarse los anteriores, dada la estrecha vinculación de las materias sobre las que se extiende su ámbito.

En tanto principio vertebrador, el acusatorio se asienta sobre la doble base que representa, de un lado, la concepción del delito como fenómeno de naturaleza pública y, de otro, el desdoblamiento de las funciones de acusación, y de conocimiento y fallo del asunto, atribuidas a dos órganos públicos diferenciados, a saber, el representante del Ministerio Fiscal, al que corresponde la de acusar, y el órgano judicial que asume la función de enjuiciar y fallar el asunto, con el claro objeto de preservar su imparcialidad. De igual modo, determina la posición que en el proceso ocupan las partes y su relación con el objeto procesal²³.

Como se avanzaba, la acción penal es eminentemente pública²⁴ y pertenece al Estado, que la ejercita a través del Ministerio Fiscal a quien, en consecuencia, corresponde dar inicio a la fase de investigación y formular, cuando proceda, acusación²⁵. Ello implica que no pueda el órgano judicial hacerlo, ni directa ni indirectamente, excediendo los límites de la pretensión formulada o, en último término y de acuerdo con una asentada y pacífica doctrina jurisprudencial²⁶, resolviendo la condena si vienen retirada la acusación o el órgano fiscal y resto de acusaciones —en caso de acompañar al primero— interesan la absolución del encausado.

²² *Vid.* artículo 215 CP en relación con los delitos de injuria o calumnia, artículos 804 a 815 LECrim que contiene la regulación del proceso a seguir de cara a su enjuiciamiento.

²³ ASENSIO MELLADO, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 181.

²⁴ Carácter o naturaleza que subraya la propia LECrim en su artículo 101 al señalar que «la acción penal es pública (...) y todos los españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley».

²⁵ El órgano judicial no puede, pues, formular acusación, ni directa, ni indirectamente, excediendo los límites de la pretensión penal planteada por el órgano fiscal o condenando si este retira la acusación o interesada la absolución del sujeto inicialmente acusado.

²⁶ Expresión máxima de la harto consolidada Jurisprudencia objeto aquí de crítica, es la solución que acoge la STS 367/2012, de 3 de mayo, a cuyo tenor, «toda condena requiere como presupuesto el mantenimiento de una acusación. Un pronunciamiento condenatorio, sin que se haya sostenido en el trámite de conclusiones definitivas la pretensión acusatoria, significaría atribuir al tribunal la función de acusar, lo que no es compatible con los postulados del actual sistema procesal penal, que parte de la incompatibilidad orgánica y funcional entre la persecución y el enjuiciamiento, entre la actividad acusatoria y la actuación decisoria (...)».

A pesar de lo arraigado de esta solución Jurisprudencial —y no menor la convicción al respecto en el plano doctrinal²⁷— es difícil resistirse a traer a estas páginas la síntesis del análisis y valoración crítica del efecto que provoca la mal llamada «retirada de la acusación» llevada a cabo por González Navarro²⁸ y las fundadas conclusiones que avanza, que invitan a un replanteamiento de la cuestión, con la mirada puesta en la que puede ser cercana reforma de la LECrim. Suya es la convicción de que, bien entendido, el principio acusatorio no impone como exigencia que el «abandono» del ejercicio de la acción deba llevar irremediablemente al juzgador al dictado de una sentencia absolutoria. Según expone, el fundamento de esa solución no reside en este principio —salvo que se desborde su ámbito²⁹— sino antes, en los principios de necesidad y legalidad, y en el carácter indisponible del *ius puniendi* estatal³⁰, en cuya virtud —siempre de acuerdo con el razonamiento trabado por la autora— aunque la solución que generalmente proceda sea la absolución, no se impone en todo caso ni ha de ser decidida por el juzgador sino tras la debida valoración de la prueba lo que, en definitiva —señala— «no es otra cosa que permitir al órgano judicial el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, con carácter exclusivo, le confiere el artículo 117.3 CE»³¹.

De nuevo en coherencia con la naturaleza pública de la acción, la persecución del delito corresponde al Estado. Es este, a través del órgano fiscal, el que ha de dar inicio al proceso o, si se prefiere, proceder a la apertura de la instrucción y, más tarde, en su caso, a formular acusación. El carácter no disponible de la acción permite, sin embargo, que la acción penal sea ejercitada por el acusador particular —condición en la que interviene el ofendido y/o perjudicado por el delito— el acusador popular —condición que puede integrar un sujeto no perjudicado u ofendido por el delito— y el denominado acusador privado, único que la ejerce en asuntos seguidos por delitos de esta naturaleza.

La vigencia del principio acusatorio —y, en particular, el de legalidad que acoge— impone la necesidad de ejercitar la acción penal ante la existencia de

²⁷ En este sentido se pronuncian, entre otros, ASECIO MELLADO, J. M., *Introducción al proceso penal*, op. cit., p. 182 y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso penal*, op. cit., p. 40.

²⁸ Vid. «La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica», *La Ley Penal*, 2019, n.º 137, pp. 3 y 4.

²⁹ La atribución de un alcance excesivo al principio acusatorio es el error en el que, a juicio de GONZÁLEZ NAVARRO, incurre la Jurisprudencia al señalar que este exige, «no sólo que el juicio oral se abra a instancia de parte, sino, además, que hasta el fin del proceso la acusación sea sostenida por alguien distinto del órgano de enjuiciamiento» (véase la STS 367/2012, de 3 de mayo, citada *supra*). Sobre el desmedido alcance del principio acusatorio, véase, de la misma autora, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Barcelona, 2004, pp. 85 y ss.

³⁰ Llevado a sus justos términos, el principio acusatorio viene a significar que «sin acusación, no hay proceso», pero, como bien señala MONTERO AROCA, ello no ha de llevarse al extremo de entender «que no pueda existir condena sin acusación». Vid. «La garantía procesal penal y el principio acusatorio», *La Ley*, n.º 1, 1994, p. 980.

³¹ Vid. «La retirada ...», op. cit., p. 5.

un hecho o hechos constitutivos de delito, con la excepción que representa hacer uso de criterios de oportunidad reglada, legalmente previstos. Sobre esto último, *in extenso*, se volverá luego.

La división del proceso en dos fases diferenciadas, a la que se hacía referencia *supra*, es la segunda de las grandes manifestaciones del principio acusatorio. En el presente, la dirección de la fase de instrucción corresponde al órgano judicial, si bien, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 —en adelante, ALECrím— prevé confiarla al Ministerio Fiscal, un trascendental cambio en el modelo cuya vigencia, en el mejor de los escenarios —si por este se entiende la promulgación de una nueva Ley— viene sujeta a una amplia *vacatio*.

Además, el consabido carácter público del delito determina la ausencia del principio dispositivo —en cualquiera de sus manifestaciones— traducida en la falta de disponibilidad de la pretensión penal. En el proceso penal no caben, pues, el allanamiento, el desistimiento o la renuncia de la pretensión penal³² y del mismo modo habría de excluirse el desarrollo de toda fórmula o método de solución de conflictos alternativo o complementario del proceso que confiera o pretenda conferir a las partes una facultad de disposición de la pretensión de la que, obviamente, carecen.

Esta falta de disposición de la pretensión obliga a entender la congruencia de la sentencia con la pretensión deducida, de forma distinta al modo en que se impone en el proceso civil, habida cuenta del diverso fundamento de este deber en un marco y otro, de ahí que, en el penal, con mayor rigor deba hablarse de «relativa vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes»³³. Esta última se traduce, de un lado, en la imposibilidad para el órgano judicial de introducir en su resolución hechos esenciales que no hayan sido objeto de acusación y, de otro, la de variar el título de condena si ello implica una modificación del bien jurídico protegido, por lo que ello comporta de sustancial alteración de la pretensión. En otro caso, puede variar la calificación y, en coherencia con esta otra, imponer pena distinta a la solicitada por la acusación³⁴.

En cualquier caso, no falta razón a quienes —como Gómez Colomer³⁵— afirman que la plasmación de estos principios en la LECrím de 1882, a pesar de sus múltiples reformas, dan forma a un modelo de proceso penal ciertamente agotado. Es más, en los últimos tiempos se asiste, entre otras, a la paradoja de ver en el proceso civil constreñirse el principio dispositivo, mientras en el penal —cierto es que desde posiciones extremas— censurado el principio de legalidad, a reem-

³² ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, 2015, *op. cit.*, p. 31; GONZÁLEZ NAVARRO, A., «La retirada ...», *op. cit.*, p. 3.

³³ *Vid. Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 183.

³⁴ Sobre el particular, *in extenso*, véase ASENCIO MELLADO, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 183 y, del mismo autor, su estudio relativo al objeto del proceso penal, *Derecho Procesal penal*, AA.VV., Valencia, 2021, pp. 113 y 116 y ss.

³⁵ *Vid. «Proceso Penal ...»*, *op. cit.*, p. 48.

plazar por una amplia oportunidad cuando, ni la estricta legalidad ni una oportunidad sin límites son probablemente una fórmula idónea³⁶. La oportunidad, bien entendida, no se opone a la legalidad y tiene cabida en un proceso adecuado al Estado Constitucional de Derecho, del que es claro límite. La legalidad impone y asegura esa sujeción en el ejercicio del *ius puniendi* y no es incompatible con criterios de oportunidad reglada que permiten la aplicación de la ley al servicio de fines constitucionales que van más allá del solo retributivo asignado a la pena.

En palabras, magníficas, de Asencio Mellado, «oportunidad, sí, pero con las cautelas y límites necesarios. Legalidad absoluta, no, pero sí regla de un proceso que es de carácter público. Transitar hacia un proceso privado, es retroceder»³⁷.

III. La incorporación de la oportunidad como eje de la profunda transformación del modelo de justicia penal en España

Tras largos años de espera, y la incasable crítica de la doctrina hacia el actual modelo, a nadie escapa que la LECrim sometida, de nuevo y quizás definitivamente, a la profunda reforma que precisa, acoge un proceso penal sujeto a estructuras caducas y regido por principios poco o nada acordes ya con las exigencias que impone un eficaz y eficiente enjuiciamiento de la criminalidad actual, un proceso anclado —al menos, en el plano formal— en un aparentemente inflexible principio de legalidad³⁸, incompatible con las necesidades que imponen tanto las clásicas, cuanto, y especialmente, las nuevas categorías delictivas. En ello reside una de las claves de la grave crisis que arrastra el enjuiciamiento criminal en España, que hace imperiosa la necesidad, no solo de solventar las deficiencias que padece el proceso, como instrumento, sino de operar un profundo cambio en el Sistema de Justicia Penal en España.

En la construcción de ese nuevo modelo, a nuestro juicio, la incorporación de criterios de oportunidad³⁹ constituye una de sus bases⁴⁰, una incorporación

³⁶ ASENCIO MELLADO, J. M., en su prólogo a la obra *Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad como informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020, p. 15.

³⁷ *Ibidem*, p. 17.

³⁸ En este sentido, y del todo clarificadoras, son las palabras empleadas por Gómez Orbaneja para señalar que, «respecto a la acción penal, rige el principio de legalidad, según el cual el MF está obligado a ejercitarla por todo hecho con caracteres de delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia». *Vid. Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

³⁹ En este punto se coincide plenamente en la opinión con CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en *La Reforma del Proceso Penal*, ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dir.), Madrid, 2011, p. 364 y 365, y DOIG DÍAZ, Y., «Justicia negociada», en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, Valencia, 2017, p. 525.

⁴⁰ Véase, ampliamente, LÓPEZ YAGÜES, V., «Principio de oportunidad y enjuiciamiento de los delitos leves», en *Principio de oportunidad: Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2020.

no tímida⁴¹ ni dispersa, sino generalizada, con el alcance que, desde la coherencia del modelo, resulte adecuado para hacer del nuevo proceso un método o fórmula, no única, pero sí eficaz y eficiente para dar respuesta al complejo conflicto que nace de la comisión del delito; y ello, sin perder de vista que la economía procesal en la que se traduce su juego —mediante la evitación, en su caso, del proceso mismo— no puede comportar la disminución del cuadro de derechos y garantías procesales constitucionalmente consagradas.

Conscientes de la *contraditio in terminis* que encierra esta denominación⁴², en la línea propuesta por el ALECRim de 2020, abogamos por la incorporación de una oportunidad «reglada» o «con criterios» como fórmula efectiva de cara a la consecución de un proceso penal, además de justo y con todas las garantías, apto para satisfacer los fines a los que viene ordenado que, sabido es, lejos de agotarse en la sola persecución y castigo del delito, se extienden a la protección del sujeto imputado, la tutela de la víctima y su derecho a ser reparada del daño que el delito causa, y a la reeducación del delincuente, fines, estos otros que, lamentablemente, suelen verse frustrados.

La necesidad de acotar este estudio a los márgenes convenidos impide un amplio análisis de la suma de ventajas y/o inconvenientes que comporta la articulación de este principio, pero no el hacer breve apunte de unas y otros con el fin de justificar la conveniencia e idoneidad —si no, auténtica necesidad— de su incorporación, no incondicional o desmedida, sino en los términos y con el alcance que luego se expone. A tal efecto, resulta clarificador servirse de una doble distinción, de mayor calado que la simplemente terminológica, en la medida en que atañe al concepto mismo de «oportunidad» incorporado al principio, en su contraste con el que resulta comúnmente admitido considerar su par dialéctico, el principio de legalidad, cuando, en rigor, no es tal⁴³.

En el plano doctrinal, en efecto, tradicionalmente se ha sostenido el carácter antitético de ambos principios⁴⁴ o, si se prefiere, la consideración del de oportunidad como principio opuesto al de legalidad que, en la acepción que lo

⁴¹ Sobre el particular, *in extenso*, MARTÍN PASTOR, J., «La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español», en *El proceso penal. Cuestiones Fundamentales*, Valencia, 2017, pp. 50 y 52.

⁴² De esta opinión, MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Navarra, 2008, p. 313 y MUINELO, J. C., «Principios vertebradores del proceso judicial postmoderno», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020, p. 28.

⁴³ ARMENTA DEU, T., «Principio de legalidad ...», *op. cit.*, p. 106.

⁴⁴ A la dialéctica, en el Derecho alemán, entre el «Opportunitätsprinzip» y el «Legalitätsprinzip» y el distinto modo en que son concebidos en Alemania y España se refiere BECKEMPEKER, K., «El principio de oportunidad en el derecho penal económico alemán», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020, pp. 74 y 75.

vincula con el concepto retribucionista de la pena⁴⁵, impone como exigencia que todo hecho delictivo deba ser perseguido y, en su caso, castigado⁴⁶, sin aparente excepción⁴⁷. En las dos últimas décadas, sin embargo, se ha abierto paso la consideración de ser esta una dialéctica carente de su valor originario o absoluto y claramente superada⁴⁸.

En plena coincidencia con la opinión, al respecto, de Asencio Mellado⁴⁹, somos de la convicción acerca de que legalidad y oportunidad no han de entenderse principios contrapuestos. Es más, antes que poner el foco en su confrontación, de cara a resolver la cuestión relativa al modo en que el órgano responsable de la acusación ha de hacer uso de la potestad que se le confiere, la disyuntiva a plantear es, por su utilidad, la relativa a la posible configuración de esta potestad como reglada o discrecional⁵⁰. En el primer caso, el órgano fiscal viene obligado a ejercitar la acción penal siempre que los hechos reúnan caracteres de delito, en definitiva, ante toda acción o conducta penalmente ilícita. Si, en cambio, al órgano fiscal viene atribuida potestad discrecional o, si se prefiere, su actuación queda sujeta a un juicio de conveniencia, aun acotado y con poco margen de apreciación —como es el que deja la necesaria atención a criterios como la falta de interés público en la persecución del delito o, si concurre, la posible satisfacción de ese interés mediante una solución distinta a la imposición de la pena o consecuencia jurídica legalmente prevista— es claro que opera la oportunidad.

En cualquier caso, a los efectos de delimitar el concepto de «oportunidad» o, de ser considerado tal, el que se entiende como «principio de oportunidad» que aquí se maneja, sirvan las palabras de Gimeno Sendra que lo identifican con «la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado»⁵¹.

La concepción, en estos términos, del principio se asemeja a la que, bajo la denominación de «principio de oportunidad reglada» —*Oportunitätsprinzip*— es único rector en materia penal en Alemania —no así un principio de oportuni-

⁴⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «El juicio por delitos leves: en especial, el principio de oportunidad (Análisis de la Circular FGE 1/2015)», p. 7.

⁴⁶ En parecidos términos se expresa el artículo 100 de LECrim que consagra este principio, como rector, del actual proceso penal español.

⁴⁷ El derecho alemán, regula en el § 152 apartado 2 de la StPO, el denominado *Legalitätsprinzip*, que impone al Estado la obligación de ejercitar la acción penal ante la existencia de un hecho que revista caracteres de delito. En relación con este precepto, véase, DIEMER, H., *Karlsruher Kommentar zur StPO*, München, 2019, § 152; PETERS, S., *Münchener Kommentar zur StPO*, München, 2016, § 152, 26.

⁴⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 10.ª ed., Madrid, 2016, p. 406.

⁴⁹ Véase su prólogo a la obra, *Postmodernidad y proceso europeo...*, *op. cit. supra*, p. 14.

⁵⁰ De esta opinión, MARTÍN PASTOR, J., «La tímida introducción de la potestad ...», *op. cit.*

⁵¹ *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.* y, asimismo, en «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *La Ley*, n.º 2115, pp. 1 y 2.

dad discrecional o libre, sólo existente en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* o Derecho administrativo sancionador— que la doctrina⁵² define como la facultad atribuida al Fiscal de no iniciar la persecución de un delito o abandonar el procedimiento ya iniciado, esto es, instar su sobreseimiento —bajo condición, según lo previsto en el § 153 a StPO—, en ciertos supuestos legalmente determinados.

Desde esta óptica, el de oportunidad es principio —si así se concibe⁵³— que incorpora la discrecionalidad, más o menos intensa, en el ejercicio de la acción y, a favor de su incorporación se alzan voces que, como principal argumento, aducen el innegable beneficio que comporta la no iniciación del proceso o la finalización, con sentencia o sin ella, del ya iniciado, de cara a la satisfacción de los fines de reparación de la víctima y resocialización del delincuente —que, se insiste, sumados al de realización del *ius puniendi* y protección del imputado, ha de lograr el proceso— y, fundamentalmente, en favor de la conducción del esfuerzo en la persecución del delito hacia las más graves formas de criminalidad.

En el extremo opuesto se sitúan voces críticas⁵⁴ a la incorporación de este principio que ponen el acento en la que consideran esencial desventaja, cual es, ser puerta de entrada a la temida «arbitrariedad»⁵⁵ que, en todo caso —siempre a juicio de este sector doctrinal— comporta impunidad, en clara contravención del fin de prevención general asociado a la pena⁵⁶. Nótese que la vigencia, en el proceso, de un principio de oportunidad «puro» permite el ejercicio, de forma absolutamente discrecional, de la acción penal dirigida a depurar la responsabilidad penal y, en su caso, civil que nace del delito. Otorga, pues, al responsable de la acusación una potestad abiertamente discrecional en la determinación y, en consecuencia, criba de los hechos penalmente ilícitos que han de ser perseguidos⁵⁷.

⁵² BECKEMPER, K., «El principio de oportunidad ...», *op. cit.*, pp. 77 y 78.

⁵³ No lo hacen MUINELO COBO, J. C., «Principios vertebradores ...», *op. cit.*, pp. 23 y 24 y CALAZA LÓPEZ, S., por las razones que, con su acreditado ingenio, exponen en los estudios de su autoría titulados, «Es realmente un principio la oportunidad?», *Actualidad Jurídica*, n.º 842, 2012 y «Las paradojas del mal llamado principio de oportunidad en el proceso penal», *La Ley Penal*, n.º 103, 2013, y asimismo en «La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal», *Rev. Doctrinal Aranzadi*, n.º 5, 2012.

⁵⁴ Montero Aroca, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, p. 79.

Abierto rechazo a la incorporación del principio mostraba RUIZ VADILLO al asegurar «no (ver) en la transformación que se pretende nada positivo y sí graves, gravísimos inconvenientes». *Vid.* «El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989*, p. 399.

⁵⁵ Riesgo éste del que ya advertía PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, p. 378.

⁵⁶ ARMENTA DEU, «Principio de legalidad...», *op. cit.*, p. 108. Crítico con el principio se muestra, en particular, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Valencia, 2019, p. 37.

⁵⁷ Entre los clásicos, críticos con este principio y su presencia en el marco del proceso penal, fueron GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales del Proceso*, Buenos Aires, 1961, tomo II, p. 119 y, en

Más allá de la opinión que merezca esta consideración, lo cierto es que tales consecuencias o efectos resultan predicables —cosa distinta es su alcance— de modelos o sistemas que acogen fórmulas de discrecionalidad pura por parte del acusador público, esto es, basados en una voluntad soberana del responsable del ejercicio del *ius puniendi*, carente de cortapisas, no así de aquellos que incorporan fórmulas consideradas mixtas —en la medida en que corrigen o excepcionan alguno de esos rasgos consustanciales o puros— en los que el principio opera en atención a la concurrencia de ciertos requisitos legalmente establecidos y se orienta a la satisfacción de fines también normativamente previstos⁵⁸.

En cualquier caso, parece claro que el debate, de todo punto necesario⁵⁹, en torno a esta cuestión de envergadura ha de girar en torno a un doble eje o realidad, la actual vigencia en España de un modelo procesal social y económicamente insostenible —como evidencia el alarmante número de asuntos de nuevo ingreso en el orden jurisdiccional penal, su pendencia y la insatisfacción generalizada que provoca en la ciudadanía— y, de otro, la probable necesidad de servirse de instituciones que atiendan a «razones de oportunidad», si bien, no exclusivamente al servicio de intereses estatales, con descuido o ignorancia del resto de bienes o intereses a los que el proceso ha de servir, vinculados con la protección de los derechos y garantías que hacen del proceso el marco en el que puede tener lugar la efectiva realización de la Justicia penal.

Lo cierto es que, sin perder de vista lo anterior, no son pocas las voces en la doctrina que, en la línea de Gössel⁶⁰, sostienen que la «oportunidad» es una exigencia impuesta por la realidad, una realidad —la del momento actual— marcada por la insuficiencia o inadecuación de los recursos y medios de los que se dispone para hacer frente a la ingente suma de ilícitos penales que se cometen y que la inflexibilidad del principio de legalidad obliga en todo caso a perseguir y, si procede, castigar. Con arreglo a esa idea, la imposibilidad material de actuar el *ius puniendi* frente a toda conducta delictiva, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, podría aducirse como razón suficiente *per se* para justificar y valorar positivamente la instauración de procesos o instituciones informa-

la doctrina española, GÓMEZ ORBANEJA, E. (CON HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1972, p. 55 y SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 761.

⁵⁸ Con apoyo en estas razones, partidario de la introducción de un principio de oportunidad reglada en el Sistema de Justicia Penal español se mostró GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *La Ley*, n.º 2115, 2016 y, recientemente, en la que fue su última obra, *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Madrid, 2020, pp. 38 y ss.

⁵⁹ Opinión de ARMENTA DEU, que anuncia desde el título dado a su estudio, «Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria», *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M.ª Victoria Berzosa Francos*, PICÓ I JUNOY (dir.), Barcelona, 2013, p. 454.

⁶⁰ GÖSSEL, K. H., «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán», *Rev. Justicia*, 1985, IV, p. 882, citado por ASENCIO MELLADO, J. M.ª, «El proceso...», *op. cit.*, p. 27.

das por este principio, asumiendo como inevitables los inconvenientes que, junto a indudables ventajas, conlleva⁶¹.

El elevado número de asuntos que congestionan la vía judicial penal y, como consecuencia de ello, la extraordinaria dilación que inevitablemente padece la tramitación del proceso, junto a su carestía y formalismo excesivo frente a lo limitado de los recursos materiales y personales de los que se dispone, son síntomas de la patología que presenta; de ahí lo inaplazable de arbitrar soluciones que, en atención a razones de «oportunidad», sirvan, en el peor de los casos, para paliar tales males y, en el mejor, para superar el crítico estado que presenta, mediante la adopción de medidas tanto de carácter sustantivo cuanto de índole procesal, estas segundas dirigidas —se insiste— decisivas en la transformación del modelo de Enjuiciamiento Criminal vigente en España⁶².

Aun a riesgo, pues, de ser tachados de apostar o valernos de argumentos exclusivamente economicistas —cuando bien distinta es la óptica desde la que, creemos, han de ponderarse las ventajas de la introducción del principio de oportunidad en el sistema de Justicia Penal— no puede volverse la vista a la realidad que refleja la estadística judicial de este país en relación con el extraordinario número de asuntos abocados a ser jurisdiccionalmente resueltos. Son cifras ciertamente escalofrantes, cuyo descenso, a corto y medio plazo, resulta una necesidad inaplazable. En definitiva, la descongestión de la vía judicial penal es, aunque no el único, uno de los fines cuya consecución justifica la activación del principio de oportunidad.

Con todo, y aun cuando se sostenga que la rigurosa aplicación del principio de legalidad resulta, en la coyuntura actual, un mandato de imposible realización y que, por éste y otros motivos de mayor calado, los caducos postulados sobre los que se asienta precisan ser revisados, no puede aceptarse sin reservas la entrada del principio de oportunidad en el marco del proceso penal⁶³. Aceleración

⁶¹ Sin afirmar que deba producirse una inversión estatal proporcionada a la gravedad basada en motivos de eficacia, considera ASENCIO MELLADO «innegable que (...) ciertas modalidades de delito puedan ser resueltas sin un gasto adicional si es necesario». *Vid. El proceso por aceptación de decreto*, Valencia, 2018, p. 28.

⁶² Con este propósito, el legislador se ha servido de la articulación de tres importantes reformas del articulado de la LECrim, a saber, la operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre y las llevadas a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 noviembre, de Código Penal, citada *supra*, y la LO 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y son estas dos últimas normas, las que han dado al principio de oportunidad, con lo que ello implica de constricción o repliegue del principio de legalidad, en un ámbito delictual concreto, cual es, el que representa la comisión de los llamados delitos leves, tanto a partir de la posibilidad de acordar el sobreseimiento de la causa por razones de oportunidad, cuanto, a través de la articulación de una suerte de proceso monitorio penal.

⁶³ De oportunidad, no como propósito, sino realidad en el marco legal, habla PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2020, p. 35 y ss.

del proceso y ahorro de costes, como acertadamente señala Asencio Mellado⁶⁴, siendo valores atendibles, no han de sobrevalorarse hasta el punto de justificar la afección a derechos y garantías llamadas a proteger la posición más débil del proceso, la que ocupa el imputado, ni la que corresponde a la víctima. La evitación del proceso o, si se prefiere, la economía procesal en que se traduce tanto para el Estado como para el inculpado, son valores que en absoluto pueden traducirse en disminución de los derechos y garantías que configuran el proceso «justo» constitucionalmente consagrado.

En esta tensión se ha movido el legislador procesal en los veinte últimos años, consciente de las ventajas que al Estado y sujetos de Derecho puede reportar la incorporación del principio de oportunidad, en este primer tiempo, en un ámbito delincuencial concreto, el que representa la comisión de los llamados delitos leves, cuales son, mitigar —si no evitar— los efectos crimi-nógenos que genera el proceso y agilizar su tramitación o, si se prefiere, evitar dilaciones excesivas y su traducción en falta de efectividad de la respuesta judicial, junto al nada desdeñable objetivo de evitar su carestía⁶⁵; una incorporación tenue, pero progresiva que, inevitablemente, se ha traducido en un importante repliegue del estricto principio de legalidad⁶⁶, tradicionalmente considerado como una de las piedras angulares del Sistema procesal penal español⁶⁷.

No es por ello abrupta ni, en consecuencia, podría calificarse de irrupción la entrada del principio de oportunidad en la LECrim proyectada, cuya Exposición de Motivos presenta como mecanismo alternativo al ejercicio incondicional de la acción penal⁶⁸. Anuncia, así, la decidida opción por su introducción, no de forma amplia o generalizada, sino limitada o, en la letra del Anteproyecto, con sujeción a «márgenes legales claramente definidos y acotados» que invita a no confundir el principio o, mejor, su contenido, con la simple de discrecionalidad técnica —conferida al Fiscal— en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal, sino, entender este como la «plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad».

⁶⁴ ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso por aceptación...», *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ BECKEMPEKER, K., «El principio de oportunidad ...», *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ ARMENTA DEU, T., «Principio de legalidad frente a principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en *Estudios de Proceso Penal*, Barcelona, 2014, p. 108.

⁶⁷ MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 522.

⁶⁸ *Vid.* Apartado XXV, de la EM del citado ALECrím de 2020.

IV. Una mirada a la triple proyección del principio de oportunidad desde la perspectiva de la Exposición de Motivos del ALECrim de 2020

Son tres los apartados que la valiosa Exposición de Motivos de la LECrim proyectada dedica a expresar las razones que justifican la, según su tenor, limitada incorporación del principio de oportunidad que propone, apartados que se corresponden con los, también tres, ámbitos o instituciones sobre las que opera y proyecta sus efectos, a saber, el XXV, que intitula y en el que se refiere a los que concibe como «mecanismos alternativos a la acción penal», el XXVI, en el que, acertadamente, vincula la oportunidad a la institución de la conformidad, y el XXVII que, como no podría ser de otro modo, asocia el principio a la Justicia Restaurativa a la que, definitivamente, parece hacerse hueco.

1. *Mecanismos alternativos a la acción penal*

Bajo el sugerente título indicado *supra*, dedica el apartado XXV de la EM del Anteproyecto sus líneas a poner de manifiesto los aspectos más significativos de la regulación que *ex novo* incorpora, junto al propósito que guía la articulación de los que concibe como «mecanismos alternativos al (ejercicio) de la acción penal».

Conforme expresamente señala, de cara a la determinación de los supuestos en los que, limitadamente, opera el principio de oportunidad que incorpora, el prelegislador ha puesto la mirada en la regulación que de este o semejante principio contienen el Código procesal penal portugués y la Ordenanza procesal alemana a la que nos referíamos *supra*, dando forma a dos modalidades de oportunidad —según afirma— sujetas a límites más severos que los que las acotan en esos otro Ordenamientos cercanos, y sometidos a estricto control judicial.

La intención, abiertamente declarada, a la que obedece la precisión, en el articulado de la norma, del doble supuesto de oportunidad regulado puede expresarse gráficamente con la idea de «poner blanco sobre negro» en lo que atañe a esta institución. La expresa previsión de «los casos en que puede acudir-se a esta solución alternativa, los requisitos necesarios para ello y los límites legales que en ningún caso pueden franquearse y que están sujetos a control judicial» tiene por objeto poner fin a la que reconoce haber sido una sistemática aplicación de distintas soluciones de oportunidad bajo la cobertura de figuras afines, alejadas de su finalidad, que desea erradicar.

La norma proyectada acoge, en fin, un doble supuesto en el que, por razón de oportunidad, la causa puede ser archivada o sobreseída.

De un lado, regula la figura del «archivo por oportunidad» que reserva a los supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de

prisión⁶⁹, con exclusión de ciertos ilícitos y, en particular, la corrupción pública o privada —por lo inadecuado, a estos efectos, de la materia— y los cometidas con violencia o intimidación —por su incompatibilidad con la finalidad perseguida con la institución— o contra víctimas menores de trece años, sin mayor justificación.

De otro lado, y dentro de un margen de penalidad no superior a los cinco años de privación de libertad, articula el designado como «archivo o sobreseimiento bajo condición»⁷⁰, en atención a la concurrencia de ciertos requisitos y con sujeción a ciertos límites previstos que la propia norma señala. En este supuesto, conforme hace intuir su denominación, el cierre o archivo de la causa queda bajo la suspensiva condición de que el encausado cumpla determinadas prestaciones u observe las reglas de conducta que se determinen, tendentes a la reparación del daño causado por la comisión del delito, y siempre que medie consentimiento —a ese efecto— de la víctima del delito.

Aspecto significativo de la nueva regulación que no puede sino valorarse positivamente es la expresa consignación en el texto los elementos reglados de esta potestad, como se avanzaba, sujetos a estricto control judicial, lo cual, no excluye la reserva al Fiscal —se insiste, dentro del concreto marco reglado— de un «espacio de valoración discrecional» en su actuación, que, en todo caso, habrá de ser acorde con las instrucciones generales de política criminal recibidas de la Fiscalía General del Estado, con el claro objeto de asegurar «que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación» y, de este modo, preservar —especialmente en estos supuestos de renuncia estatal a la exigencia de pena— la igualdad en la aplicación de la ley penal⁷¹.

2. Principio de oportunidad y conformidad

La segunda de las manifestaciones del principio de oportunidad⁷² que acoge el Texto del Anteproyecto de Ley tiene lugar en sede de conformidad, sobre la que se opera una importante transformación.

⁶⁹ Semejante posibilidad se abre en el derecho alemán en relación con ilícitos penales —los llamados *Vergehen*— sancionados con pena mínima de un año. (§ 12 StGB).

⁷⁰ En relación con el sobreseimiento bajo condición, prevista en el § 153.^a, véase DIEMER, H., *Karlsruher Kommentar zur StPO*, München, 2019, § 153.^a, 18; PETERS, S., *Münchener Kommentar zur StPO Band 2*, München, 2016, § 153a, 68.

⁷¹ *Vid.* Apartado XXV, *in fine*.

⁷² En el plano doctrinal, la conformidad es concebida como expresión del principio de oportunidad, en tanto fórmula tendente a poner fin al proceso, por voluntad del acusado, a partir de la aceptación por éste del hecho o hechos objeto de imputación, su calificación jurídica y la pena que, en su virtud, solicita imponer la acusación, así como de la asunción de la responsabilidad civil que obliga a reparar el daño causado por el delito. En rigor, constituye un acto unilateral de disposición de la pretensión, por el que la defensa acepta la pena más elevada de las interesadas por la acusación, evita la celebración del juicio oral y pone fin anticipadamente al proceso con el dictado de una sentencia condenatoria, ajustada a los términos de la conformidad prestada y que, una vez deviene firme, goza de la eficacia de cosa juzgada. ASENCIO MELLADO, J. M.,

Reflejo de los efectos de su proyección sobre esta institución es la posible atenuación de la respuesta punitiva, en ciertos supuestos en los que no viene excluida la necesidad de pena, resultado de la potestad conferida al Fiscal de ofrecer al acusado una rebaja de la pena en el marco de una solución consensuada.

La nueva regulación dada a esta materia —según se hace saber desde la propia EM del ALECRim— tiene por objeto, el que bien puede calificarse de reto consistente en modificar el régimen al que, en la letra de la vigente LECrim, viene sujeta, abiertamente ignorado en la práctica, en la que ha que han cobrado vida las conocidas como «conformidades encubiertas» cuyo desarrollo, falto de garantías, se propone erradicar.

Como es sabido, la actual regulación gira en torno a la gravedad del delito objeto de enjuiciamiento al establecer un margen de penalidad por encima del cual la conformidad no puede operar, una exigencia que —no duda en reconocer— no ha tenido reflejo en la práctica. La reforma elimina ese tope de penalidad permitiendo al acusado acogerse a la conformidad, en supuestos en los que la pena aparejada al delito objeto de imputación es superior a la admitida por la vigente LECrim, si bien, sujeta a un estricto control judicial dirigido a constatar la existencia de racionales indicios de criminalidad, más allá de la simple confesión del encausado.

Estudios anteriores a este⁷³ nos han permitido evidenciar, no solo la inidónea configuración de la conformidad actual, sino el tremendo desajuste entre la letra de la ley y la fórmula en la que ha quedado convertida en la práctica, cercana a un mero instrumento al servicio de la celeridad en la respuesta judicial. La deriva adquirida, en los últimos años, hacia una suerte de negociación binaria, incluso, su conversión en un pacto precipitado instantes antes del inicio del juicio⁷⁴ venía provocando importantes disfunciones, puestas de manifiesto incansablemente por la doctrina. Su traducción en una suerte de regateo entre acusación y defensa en los pasillos del juzgado cuando no en la propia Sala de vistas, y no propiamente ante el Tribunal, pero sí en su presencia, en ocasiones, sin el celo necesario que impida al órgano judicial tomar conocimiento de la negociación y su resultado, es buena muestra de ello, una práctica que pervive a pesar del intento de su eliminación mediante la articulación de la fórmula⁷⁵

Derecho Procesal Penal, 2015, *op. cit.*, p. 271; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 78 y ss; GÓMEZ COLOMER, J. L. *et. al.*, «Proceso Penal ...», *op. cit.*, p. 405; LÓPEZ YAGÜES, V. *et. al.*, *Derecho Procesal*, *op. cit.*, pp. 390 y ss; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 407.

⁷³ *Vid.* LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la Justicia Penal: conformidad, mediación, reparación», en AA.VV., CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (coords.), *Justicia, reparación y reinserción*, Madrid, 2020, pp. 139 a 162 y, asimismo, en «Delito y daño. Cauces para una efectiva reparación», en *Derecho Procesal y Daños. Realidades y retos de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Valencia, 2021.

⁷⁴ DOIG DÍAZ, Y., «Reflexiones acerca de la Justicia Negociada en el futuro proceso penal español», en *La reforma del proceso penal*, ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO (dir.), Madrid, 2011, p. 407.

⁷⁵ Fórmula, en esencia, consistente en dar forma al denominado «convenio de conformidad» en los diez días anteriores a la celebración de la vista del juicio, resultado del acuerdo entre acu-

contenida en el denominado «Protocolo de actuación para juicios de conformidad» fruto del acuerdo de la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, del año 2009.

Igualmente preocupante es que, en buen número de supuestos —confiemos en que los menos— lejos de lo que debe, sea el propio órgano jurisdiccional el que, sirviéndose de su condición, alienta a las partes a alcanzar el acuerdo e, incluso, lo propone con lo que ello implica de clara amenaza, si no efectiva lesión, a la esencial garantía de imparcialidad del juzgador⁷⁶.

A la lista de indebidas prácticas, carentes de respaldo legal pero que han gozado, no solo del refrendo, sino, en ocasiones, del impulso jurisprudencial, se suma la de mayor gravedad, si cabe, resultado de hacer elástico, hasta el punto de rebasar, el ámbito de aplicación de este instituto —que tiene como límite máximo los 3 años de pena de prisión, en el seno de los juicios rápidos (art. 801 LECrim) y 6 en los demás supuestos— que posibilita el que tenga lugar esa suerte de «conformidad encubierta» censurada en la EM del ALECRim. De igual modo, preocupa la no sujeción a criterio o límite alguno del quantum de beneficio penológico que, en la actual regulación, tiene como contrapartida para el acusado, acogerse a la conformidad.

En efecto, excepción hecha de lo dispuesto en relación con la conformidad «premiada» prevista en el artículo 801, nada dispone la LECrim a este respecto, algo, por otra parte, coherente —que no lógico— con el silencio legal acerca de la, ineludible rebaja de la penalidad que viene anudada a la conformidad, esto último, ante lo ingenuo o el absurdo de pretender que el acusado acepte la condena sin obtener ventaja alguna distinta a la evitación del juicio. Inevitablemente, pues, en la práctica, este beneficio es el resultado de un juego de oferta y demanda, quedando la primera sujeta a la discrecionalidad del fiscal, dentro del margen que representa la penalidad que corresponda al delito objeto de calificación, pero, un amplio margen de apreciación de las circunstancias que cualifican el tipo o modifican la responsabilidad de su autor y permiten hacer máxima, sin rebasar aquél mínimo, la rebaja de la pena.

En definitiva, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de conformidad del artículo 801 LECrim, en los que la propia norma impone la rebaja

sación y defensa, con la inexcusable voluntad del acusado y firma con la que muestran su aceptación el resto de las acusaciones. *Vid.* Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la FGE y el CGAE, disponible en <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-institucionales/Convenios/Protocolo-de-actuacion-para-juicios-de-conformidad-suscrito-entre-la-Fiscalia-General-del-Estado-y-el-Consejo-General-de-la-Abogacia-espanola>> (fecha de la consulta, mayo de 2021).

⁷⁶ De «activismo judicial» en favor de las conformidades, califica AGUILERA MORALES este proceder, frente al que muestra su frontal rechazo. *Vid.* «Conformidad y reparación», en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO MUÑOZ y CARRASCOSA DE MIGUEL (dirs.), Madrid, 2019, pp. 295 y 296.

automática de un tercio de la pena a imponer, en el resto de supuestos el beneficio penológico que oferte el Fiscal o resulte de la negociación, resultará mayor o menor, en función de la sola discreción de este órgano, lo que aboca a una desigual aplicación de la norma penal, absolutamente rechazable y, en ocasiones, a «excesos» en la rebaja posibilitados por una forzada calificación jurídica de los hechos, previamente desdibujados⁷⁷ y no parece que supeditados al efectivo cumplimiento por el beneficiado, de compromiso alguno en relación, *v. gr.*, con la reparación del daño ocasionado por consecuencia de la comisión del delito.

Entendemos, por ello, muy positiva la sujeción a límite de esta facultad en el Texto del ALECrím, según el cual, «el fiscal tiene un margen de reducción de pena en el acuerdo de conformidad» pudiendo solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la legalmente prevista.

En lo que atañe al control de regularidad de la conformidad prestada, el papel que, *de facto*, asume el juzgador coincide, en la práctica, con el que parece querer atribuirle el legislador en la letra del vigente artículo 787 LECrím. Receptor de la conformidad que se presta, el órgano judicial ha de ser garante de la perfecta legalidad de la solución consensuada, sin embargo, su labor se ha reducido en la práctica a un laxo control de su regularidad. Es cierto que la norma le impone, y el juzgador no descuida la exigencia de verificar la voluntad del acusado en acogerse a la conformidad y el efectivo conocimiento, por su parte, de las consecuencias que comporta, si bien, resulta necesario ampliar y fortalecer esta labor de control confiada al juzgador sobre los términos de la conformidad alcanzada.

La línea seguida por el ALECrím parece ser bien distinta. La norma, no sólo es rigurosa en la determinación de prevenciones o cautelas tendentes a verificar la plena voluntad y autodeterminación del encausado que pretende acogerse a una conformidad⁷⁸, al exigir que a este se ofrezca amplia información acerca de la negociación y acuerdo o acuerdos alcanzados y de los efectos que la conformidad comporta⁷⁹, sino en la exigencia de control de lega-

⁷⁷ A juicio de CHOZAS ALONSO, «lo más importante para el legislador actual no es que el sistema procesal sea justo y acorde con la legalidad penal, sino que sea más ágil y más barato, aunque sea a costa de expulsar la verdadera actividad probatoria del proceso». *Vid.* «La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de Derecho comparado», *La Ley*, n.º 104, 2013, p. 21.

⁷⁸ Véase lo dispuesto en el artículo 165 del texto proyectado, a cuyo tenor, «la conformidad se funda en el consentimiento libremente prestado por la persona encausada con pleno conocimiento de sus consecuencias» y, según lo previsto en el apartado 2, no podrá tener lugar «cuando, por razón de enfermedad, coacción, amenaza o por cualquier otra circunstancia semejante, la persona encausada no se halle en condiciones de prestar un consentimiento válido».

⁷⁹ También el defensor, según lo previsto en el artículo 166 ALECrím, ha de «informar detalladamente a su cliente de todos los acuerdos que ofrezca o que le sean ofrecidos por las acusaciones, de las razones por las que, en su caso, aconseja su aceptación y de las consecuencias que

lidad impuesta al jugador⁸⁰. Según dispone el artículo 172 proyectado, el Juez de la conformidad ha de «controlar la legalidad de los términos de la solicitud y velará por la debida reparación de la víctima» de suerte que, «si la calificación jurídica o la pena solicitada no se ajustan a la legalidad o no se encuentran suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima (...) la rechazará sin más trámites»⁸¹.

Con esta previsión, el prelegislador sienta las bases de la solución al que, a nuestro juicio, constituye, si no el principal, uno de los grandes defectos que padece la actual regulación, que incide —de forma nefasta— en la consecución del fin de reparación a la víctima al que, como con reiteración se ha expresado ya, ha de servir el proceso.

En efecto, en estudios precedentes⁸² tuvimos ocasión de examinar las razones del innegable fracaso, en sede de conformidad, de la tutela que merece y ha de otorgarse al derecho de la víctima a ser reparada. Conforme en estos se hacía notar, el papel que esta asume en el desarrollo de la conformidad resulta absolutamente residual⁸³. La víctima es silenciada en el texto de la vigente LECrim y excluida en la *praxis*⁸⁴, tanto de la negociación del acuerdo que facilita la conformidad, cuanto, en el momento en que se formaliza ante el Tribunal. Y, en cualquier caso, poco o ningún valor parece otorgarse al resarcimien-

de ella puedan derivarse» y, si la pena acordada es superior a cinco años de privación de libertad, necesariamente por escrito.

⁸⁰ En este punto, interesa anotar que el referido control no corresponde en el nuevo modelo al órgano responsable del enjuiciamiento. Con esta medida —señala la EM— «quiere prevenir(se) que las conformidades se estimulen indebidamente desde el propio órgano enjuiciador con la finalidad de evitar la celebración del plenario» y, en consecuencia, arbitra un procedimiento en el que «la solución consensuada es negociada por el fiscal y las defensas y es formalizada después en un documento que el investigado o acusado habrá de ratificar ante un juez que no es el que está llamado a enjuiciar el asunto».

⁸¹ Nótese que el precepto incluye la exigencia —harto demandada por parte de la doctrina— de que el juzgador ponga en evidencia la suficiencia de la tutela conferida a la víctima.

⁸² Vid. LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la Justicia Penal...», *op. cit.*, pp. 139 a 162..

⁸³ Como hacen saber SOLETO y GRANÉ, el papel que juega la víctima en el desarrollo de las conformidades, esté o no personada, es claramente residual, incluso, puede decirse que insignificante, habida cuenta de que su presencia siquiera condiciona, haciendo crecer o disminuir, el número de conformidades que se celebran. Vid. *La reparación económica a la víctima del delito*, Madrid, 2019, p. 49.

⁸⁴ En efecto, la víctima queda al margen de la conformidad, no sólo en el plano legal, sino, materialmente, en el de la realidad de la práctica, toda vez que, quizás por ser vista como potencial elemento distorsionador capaz de frustrar el acuerdo, el acto en el que se resuelve y, antes, la negociación que precede a su formalización, concita o atañe exclusivamente al Fiscal y a la defensa. Solo su personación, en calidad de acusación particular, si solicita la imposición de pena superior a la que pide el acusador público, es partícipe en la negociación de las condiciones y alcance de la conformidad, si no es que permanece al margen haciendo explícita la aceptación del pacto alcanzado por el Fiscal, a través de su firma en el escrito de acusación que recoge *ex novo* los términos del acuerdo. Vid. LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la Justicia Penal», *op. cit.*, pp. 154 a 156.

to a la víctima⁸⁵, cuya incidencia en las conformidades, es ciertamente escasa⁸⁶, a pesar de que la Instrucción 2/2009 de la FGE, concibe como tarea esencial de los Fiscales su protección «en el marco de la relación consensuada del procedimiento». De ahí la propuesta de *lege ferenda*, entonces formulada, de abrir nuevos cauces al acuerdo sobre el que se sostiene la conformidad, en el que ha de darse voz a la víctima y/o perjudicado por el delito.

La razón por la que personalmente se aboga por vincular a la conformidad mecanismos de Justicia restaurativa, reside, de un lado, en la firme convicción de ser la mediación fórmula que permite identificar los intereses y necesidades de las partes —víctima e infractor— y, de este modo, procurar su satisfacción de manera más directa y apropiada, al tiempo que de forma equilibrada y justa; de otro lado, en la sorprendente, y no por ello menos real, constatación de la ineficacia del tradicional sistema procesal y, en particular, de la institución de la conformidad, para la efectiva reparación de la víctima⁸⁷.

La reformulación de este instituto es labor en la que ha puesto serio empeño el prelegislador procesal que, bajo el significativo título, «tutela de la víctima en casos de conformidad» señala terminantemente en el artículo 172.2 ALECrim citado *supra* que, en caso de no encontrar suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima, el Juez (...) rechazará sin más trámites la solicitud (de Conformidad) formulada, un precepto que, de cristalizar en la nueva LECrim, puede acabar con esta pesada lacra de ineficacia que arrastra la conformidad penal en España⁸⁸, esto último, si la reorientación de esta institución en favor de la víctima, y dentro de una estrategia más amplia de revisión acerca de la función que ha de cumplir el proceso penal, se da definitivamente entrada al Sistema, a instrumentos o fórmulas de Justicia Restaurativa⁸⁹, a las que da per-

⁸⁵ Resulta, por ello, alentador conocer que, en la idea del legislador está, precisamente, dar forma a un nuevo régimen de la conformidad penal en el que está presente, aunque de forma algo tibia, la víctima del delito. *Vid.* artículo 145 del texto proyectado. regula la «tutela de la víctima en caso de conformidad» confiada al juzgador al señalar que «el juez que haya de homologarla, ha de velar por la tutela de los derechos de las víctimas, rechazando la conformidad si estos no se ven suficientemente garantizados». Lo incierto es, por el momento, la calidad exigida a esa protección, esto es, el nivel de suficiencia o idoneidad que se requiere y cuáles son los criterios a observar o parámetros a los que habrá de ajustar el juzgador dicha ponderación.

⁸⁶ *Vid.* AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», *op. cit.*, pp. 295 y 298.

⁸⁷ SOLETO, H., y GRANÉ, A., «La reparación económica...», *op. cit.*, p. 52 y, asimismo, en SOLETO MUÑOZ, H., «Justicia restaurativa para mejor reparación de la víctima», en SOLETO, H. y CARRASCOSA, A. M.^a (dirs.), *Justicia Restaurativa: una Justicia para las víctimas*, Madrid, 2019, pp. 493 y 494.

⁸⁸ AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», *op. cit.*, p. 292; SOLETO, H. y GRANÉ, A., «La reparación...», *op. cit.*, p. 50.

⁸⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia Restaurativa. Concepto, principios, investigación y marco teórico», *La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012, pp. 3 y 4. En la misma línea, BARONA VILAR, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso hacia la resocialización y la Justicia restaurativa», *Rev. Derecho Penal*, n.º 26, 2009, p. 11; CASTILLEJO MANZANARES, R., «Justicia Restaurativa, mediación penal y víctimas», *La víctima del*

fecta acogida el ámbito de oportunidad limitada o reglada a incorporar a esa puede que futura norma procesal penal de nuevo cuño.

3. *Principio de oportunidad y Justicia restaurativa*

Como al inicio de estas páginas se hacía notar, la innegable naturaleza pública del delito determina la configuración del proceso penal y el contenido o alcance de sus principios rectores, principios que —en palabras de Asencio Mellado, recuérdense— han de asumirse e interpretarse, en todo caso, evitando toda idea de privatización del proceso penal⁹⁰; algo cierto que no cierra el paso a la aplicación de instrumentos o fórmulas basadas en criterios de oportunidad⁹¹.

Esta consideración encuentra reflejo en el apartado XXVI de la EM del ALECRim, en la que el legislador de la reforma se adelanta a expresar que las fórmulas de Justicia Restaurativa a incorporar al Sistema de Justicia Penal, abierta manifestación de oportunidad, no son ni han de traducirse en una suerte de «renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*», sino instrumento al servicio de la decisión —que, en consecuencia, solo a este corresponde adoptar— de dar al conflicto penal una solución distinta a la imposición de la consecuencia jurídica que el CP anuda a la comisión del delito. Esta solución —y he aquí el criterio de oportunidad por el que hace apuesta el ALECRim— ha de fundarse en la no necesidad de la pena a los fines públicos de prevención y en la posibilidad abre de resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.

A lo largo de estas páginas se ha insistido en la necesidad de arbitrar nuevas soluciones que mejoren la respuesta del Sistema Procesal a la criminalidad propia del siglo XXI, esto es, dar forma a un mejor del modelo de Justicia Penal, un reto cuya consecución —a nuestro juicio— pasa por la incorporación al mismo de herramientas restaurativas. El legislador ha de orientar sus esfuerzos hacia la creación de vías alternativas al proceso que, en atención a criterios de oportunidad, eviten su inicio o permitan una terminación anticipada del ya iniciado, merced al acuerdo restaurativo logrado a través de la mediación u otras intervenciones de carácter restaurativo⁹².

delito y las últimas reformas procesales penales, DE HOYOS SANCHO (coord.), Cizur Menor, 2017, pp. 275 y ss.

⁹⁰ Del riesgo que ello comporta da cuenta, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, 2020, pp. 403 y 404.

⁹¹ Éstas, «bien entendidas —señala ASENCIO MELLADO— no comportan privatización alguna del delito ni del proceso penal». *Vid. Derecho Procesal Penal, op. cit.*, p. 29.

⁹² Este es el sentido de la declaración contenida en la EM del ALECRim al presentar la Justicia Restaurativa como «complemento específico del principio de oportunidad (véase el apartado XXVI).

Esta poderosa afirmación se sostiene sobre la sólida base que ofrece una doble convicción. De un lado, la que envuelve la idea de que la Justicia Restaurativa promueve, *de facto*, la eficacia de la reparación a la víctima; reparación que, no cabe duda, trasciende de la económica para, si no absoluta —por imposible, quizás— lograr la que pueda entenderse integral, que no es otra —se insiste— que la que magníficamente define Guilis⁹³, en su estudio con CELS, en alusión a aquella que permita a la víctima «recuperar la disponibilidad de su existencia sin terror, sin arbitrariedades, sin impunidad».

El desarrollo de un procedimiento de mediación permite, en efecto, reconocer el interés legítimo de la víctima en ser escuchada respecto de la respuesta que considera más oportuna a su victimización y, en definitiva, más adecuada y satisfactoria, para una efectiva reparación del daño material y/o moral que el delito causa. Favorece, así, una efectiva reparación, no limitada a los aspectos materiales o económicos, sino la que alcanza a su dimensión moral⁹⁴, tal y como proclama la EM de la Ley 4/2015, de Estatuto de la Víctima del delito —EVD, en adelante—.

Sin dejar de lado, pues, la de carácter económico, es cierto que contribuye a una reparación integral de la víctima, *u. gr.*, a partir de la recuperación del sentimiento de seguridad, la superación de problemas asociados a la victimización secundaria, liberada, así de la carga psicológica que pueda suponer o *de facto* le suponga el desarrollo del proceso, o a través de otras posibles fórmulas tendentes a evitar reconducir el resarcimiento del daño a parámetros exclusivamente económicos⁹⁵.

Resulta inaplazable, pues, que el nuevo legislador reoriente y canalice sus esfuerzos hacia la creación de instrumentos complementarios al proceso con los que lograr la consecución de los fines que este, a solas, en buen número —el mayor, quizás— no logra satisfacer; instrumentos o vías que, en atención a cri-

⁹³ GUILIS, G. y EQUIPO DE SALUD MENTAL CELS, «El concepto de reparación simbólica», Documento de trabajo. Centro de Estudios Legales y sociales, Argentina, 2001, p. 15, disponible en <www.cels.org.ar/common/documentos/concepto_reparacion_simbolica.doc> (fecha de consulta, 2 de noviembre de 2020).

⁹⁴ MARTÍN DIZ, F., «Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un nuevo desafío en el Sistema de Justicia penal», en *Justicia restaurativa: una Justicia para las víctimas*, SOLETO, H. y CARRASCOSA, A. M.^a (dir.), Madrid, 2019, p. 445.

⁹⁵ Ventajas que, de acuerdo con el Manual de Programas de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas (2006), el desarrollo de un procedimiento de mediación puede ofrecer a la víctima son, tanto la posibilidad de «recibir restitución y reparación» cuanto «participar directamente en la resolución de la situación y el establecimiento de las condiciones de la ofensa, la obtención de respuestas a sus preguntas sobre el crimen y su agresor, expresarse sobre el impacto que les ha producido la ofensa, recibir una disculpa, restaurar, cuando ello sea apropiado, una relación con el ofensor, conseguir cerrar una etapa», disponible en <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf> (fecha de consulta, 2 noviembre 2020).

terios de oportunidad reglada⁹⁶, posibiliten, desde la evitación del inicio del proceso a su terminación anticipada, si procede —y he aquí lo fundamental— en virtud de la existencia de un acuerdo restaurativo, gestado por el infractor y la víctima, y avalado por el Estado a través de sus órganos fiscal y judicial, alcanzado a través de fórmulas como la que representa la mediación, previamente dotada de una amplia y perfecta regulación⁹⁷, en definitiva, un acuerdo «reparador» que se traduzca en claro beneficio, no solo para la víctima, sino también para el victimario y el propio Estado, como titular del *ius puniendi*, que ha de guiarse en su aplicación por el principio de intervención mínima.

La participación en el desarrollo de procedimientos de Justicia Restaurativa, qué duda cabe, «alienta el sentido de responsabilidad de los infractores y ofrece a éstos oportunidad de compensar, reparar (...) lo que puede favorecer su reintegración, la comprensión mutua y el desistimiento del crimen. Diálogo, perdón, rehabilitación, compensación, composición justa del conflicto, cohesión social, disminución de la victimización, inserción social del agresor, mayor componente humano», son términos con los que identificar los beneficios que aporta la Justicia Restaurativa⁹⁸ «sin que por ello se resienta la seguridad jurídica y la prevención general del Derecho Penal».

V. A modo de conclusión

Durante décadas ha sido patente la necesidad de acometer una profunda reforma del proceso penal en España, pero lo cierto es que las extraordinarias circunstancias acaecidas en el país y el contexto internacional, han contribuido al deterioro de una Justicia penal aquejada de deficiencias y problemas que urgía ya superar, entre los que singular preocupación despierta la lentitud en la tramitación y resolución de los asuntos y, en consecuencia, la saturación —por no hablar de colapso— de esta vía judicial⁹⁹. Ello, sumado a la falta de ajuste del modelo a las necesidades que impone el enjuiciamiento de la actual criminalidad, ha agudizado la necesidad de dar forma a un nuevo modelo de proceso acorde con la moderna sociedad del siglo XXI que, según hace saber la propia Exposición

⁹⁶ De esta opinión, GONZÁLEZ CANO, M.^a I., *Mediación Penal. Hacia un modelo ADR integrado en el sistema procesal penal*, Valencia, 2016, p. 131. En esta línea, in extenso, véase GIMENO SENDRA, V., con DIAZ MARTÍNEZ, M., *Manual de Mediación Penal*, Madrid, 2019, p. 23.

⁹⁷ CALAZA LÓPEZ, S., «La mediación penal de las bambalinas a la escena», en *Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad como informador del proceso judicial*, AA.VV., Madrid, 2020, p. 123; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Presente y futuro de la mediación penal», en *Justicia, reparación, reinserción*, CALAZA, S. y MUINEL, J. C. (dir.), Madrid, 2020, pp. 266 y 288.

⁹⁸ RÍOS MARTÍN, J. C. et. al., *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, 2016, p. 29.

⁹⁹ *Vid. infra*, información recabada a partir de los datos estadísticos registrados por la Memoria Anual del CGPJ del período comprendido entre el ejercicio 2015 y 2018, último año del que obran datos.

de Motivos del ALECrIm (Apartado XXV), requiere la «limitada incorporación del principio de oportunidad». Es tiempo, pues, de abordar grandes retos y el legislador procesal de la reforma tiene ante sí el de extraordinario alcance consistente en dar vida a nuevo modelo de Justicia Penal que no prescinda del acuerdo, garante de los derechos de los sujetos implicados y como propone Ríos Martín, «basado en el diálogo, la reparación del daño y la nivelación de las asimetrías sociales para —en efecto— procurar propiamente Justicia»¹⁰⁰.

VI. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, SOLETO MUÑOZ y CARRASCOSA DE MIGUEL (dir.), Madrid, 2019.
- ARMENTA DEU, T., «Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria», *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M.ª Victoria Berzosa Franco*, PICÓ I JUNOY (dir.), Barcelona, 2013.
- *El proceso penal y su importancia en la sociedad de nuestro tiempo*, p. 2.
- *Sistemas procesales penales. La justicia penal es Europa y América*, Barcelona, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J. M. et al., *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 2019.
- *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 7.ª ed., Valencia, 2015.
- *El proceso por aceptación de decreto*, Valencia, 2018, p. 28.
- et al., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2020.
- prólogo a la obra *Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad como informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020.
- BARONA VILAR, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso hacia la resocialización y la Justicia restaurativa», *Rev. Derecho Penal*, n.º 26, 2009.
- BECKEMPEKER, K., «El principio de oportunidad en el derecho penal económico alemán», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020.
- CALAZA LÓPEZ, S., «¿Es realmente un principio la oportunidad?», *Actualidad Jurídica*, n.º 842, 2012.
- «Las paradojas del mal llamado principio de oportunidad en el proceso penal», *La Ley Penal*, 2013, n.º 103.
- «La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal», *Rev. Doctrinal Arzadi*, 2012, n.º 5.
- et al., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2020.
- «La mediación penal de las bambalinas a la escena», en *Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad como informador del proceso judicial*, AA.VV., Madrid, 2020.
- CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en *La Reforma del Proceso Penal*, ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dir.), Madrid, 2011.

¹⁰⁰ RÍOS MARTÍN, J. C., *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, Madrid, 2018.

- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Justicia Restaurativa, mediación penal y víctimas», *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, DE HOYOS SANCHO (coord.), Cizur Menor, 2017.
- CHOZAS ALONSO, J. M., «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de Derecho comparado», *La Ley*, n.º 104, 2013.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., con GIMENO SENDRA, V., *Manual de Mediación Penal*, Madrid, 2019.
- DIEMER, H., *Karlsruher Kommentar zur StPO*, München, 2019, § 152.
- DOIG DÍAZ, Y., «Reflexiones acerca de la Justicia Negociada en el futuro proceso penal español», en *La reforma del proceso pena*, ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO (dirs.), Madrid, 2011.
- «Justicia negociada», en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, Valencia, 2017.
- FEUERBACH, P. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, § 24.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Madrid, 1995.
- *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, p. 19.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2018.
- «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *La Ley*, n.º 2115, 2016.
- *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Madrid, 2020.
- *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2018.
- con DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Manual de Mediación Penal*, Madrid, 2018.
- GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales del Proceso*, Buenos Aires, 1961, tomo II.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal, Derecho Procesal III*, Valencia, 2021
- GÓMEZ ORBANEJA, E., con HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1972.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «El juicio por delitos leves: en especial, el principio de oportunidad», *Análisis de la Circular FGE*, 1/2015.
- GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal», en *Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad como informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), Madrid, 2020.
- GÖSSEL, K. H., «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán», *Rev. Justicia*, 1985, IV.
- GONZÁLEZ CANO, M.ª I., *Mediación Penal. Hacia un modelo ADR integrado en el sistema procesal penal*, Valencia, 2016.
- GULLIS, G., y EQUIPO DE SALUD MENTAL CELS, *El concepto de reparación simbólica*, Documento de trabajo. Centro de Estudios Legales y sociales, Argentina, 2001, disponible en <www.cels.org.ar/common/documentos/concepto_reparacion_simbolica.doc>.
- HASSEMER, W. et. al., *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, § 1, 14.
- HECKER, B. et. al., *Strafgesetzbuch*, München, 2019, § 1, 19.
- KÜHL, K. et. al., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2018, § 1, 2.
- LÓPEZ YAGÜES, V., «Principio de oportunidad y enjuiciamiento de los delitos leves», en *Principio de oportunidad: Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2020.
- «Dinamización de la Justicia Penal: conformidad, mediación, reparación», en AA. VV., CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (coords.), *Justicia, reparación y reinserción*, Madrid, 2020.
- «Delito y daño. Cauces para una efectiva reparación», en *Derecho Procesal y Daños. Realidades y retos de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Valencia, 2021.

- MARTÍN DIZ, F., «Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un nuevo desafío en el Sistema de Justicia penal», en *Justicia restaurativa: una Justicia para las víctimas*, SOLETO, H. y CARRASCOSA, A. M.^a (dir.), Madrid, 2019.
- MARTÍN PASTOR, J., «La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español», en *El proceso penal. Cuestiones Fundamentales*, Valencia, 2017.
- MONTERO AROCA, J., «La garantía procesal penal y el principio acusatorio», *La Ley*, n.º 1, 1994.
- *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Navarra, 2008.
- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997.
- *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Valencia, 2029.
- MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2019.
- MUINELO, J. C., «Principios vertebradores del proceso judicial postmoderno», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dir.), Madrid, 2020.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015.
- MIR PUIG, S., y CORCOY BIDASOLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2015.
- NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2012.
- *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Valencia, 2019.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2020.
- PETERS, S., *Münchener Kommentar zur StPO*, München, 2016, § 152, 26.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 10.^a ed., Madrid, 2016.
- RIOS MARTÍN, J. C. et. al., *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, 2016, p. 29.
- *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, 2020.
- «Presente y futuro de la mediación penal», en *Justicia, reparación, reinserción*, CALAZA, S. y MUINELO, J. C. (dirs.), Madrid, 2020.
- RUIZ VADILLO, E., «El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 399.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.
- SOLETO, H., y GRANÉ, A., *La reparación económica de la víctima*, Madrid, 2019.
- SOLETO MUÑOZ, H., «Justicia restaurativa para mejor reparación de la víctima», en *Justicia Restaurativa: una Justicia para las víctimas*, AA.VV., Madrid, 2019.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia Restaurativa. Concepto, principios, investigación y marco teórico», *La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012.

Capítulo 11

La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia¹

Ana Isabel Luaces Gutiérrez

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Al Profesor Vicente Gimeno Sendra, *in memoriam*

SUMARIO: I. EFICIENCIA, EFICACIA Y SIMPLIFICACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL: UNA NECESIDAD INAPLAZABLE.—II. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA.—III. LA CONFORMIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA. 1. *Consideraciones generales*. 2. *La nueva regulación de la conformidad en el Anteproyecto*.

I. Eficiencia, eficacia y simplificación en la justicia penal: una necesidad inaplazable

En materia de justicia penal, la necesidad de arbitrar medidas que nos permitan alcanzar un grado óptimo de simplificación, eficiencia² y eficacia en la sustanciación de los procesos y, en especial, en el proceso penal, sin que ello suponga una merma de las garantías, se ha convertido en el objetivo primordial de las políticas públicas de los últimos tiempos³.

A lo largo de todos estos años, los Gobiernos de uno u otro signo, han planteado propuestas de reforma, que si bien han contado con un amplio res-

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I de Excelencia, titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y competitividad, con REF DER 2017-87114-P, del que son investigadores principales la Profesora Sonia Calaza López, Catedrática de Derecho Procesal de la UNED y el Profesor José Carlos Muínelo Cobo, Profesor Titular de Filosofía Jurídica de la UNED.

² Sobre la eficiencia, véase, SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «Eficiencia y Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, tomo 49 (I), 1996.

³ FUENTES SORIANO, O.(coord.), *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

paldo no han llegado a materializarse hasta el momento en un nuevo Código Procesal Penal propio del siglo XXI.

Basta hacer un recorrido en el tiempo por la política legislativa española de reformas parciales en materia de justicia penal, para comprobar que, si bien es cierto, que algunas de estas reformas han supuesto un paso importante para adaptar nuestra legislación procesal penal a las demandas de nuestra sociedad, no lo es menos, que también han generado una cierta inseguridad jurídica por la multiplicidad y heterogeneidad de las materias tratadas⁴.

De conformidad con lo anterior, se ha intentado materializar en las sucesivas e innumerables reformas parciales de nuestra Ley procesal penal, el esfuerzo del legislador por dotar de una mayor eficiencia y eficacia al proceso penal, sin embargo, todavía queda camino por recorrer, para lograr la ansiada reforma global de la justicia penal.

A efectos meramente ilustrativos y para una mejor comprensión del estado actual de la cuestión objeto de este trabajo, podemos poner el punto de partida, en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001, que fijaba entre sus objetivos que «la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Todo ello, para cumplir de manera satisfactoria su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles»⁵. Asimismo, se dijo en aquél entonces, que la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal era una actuación imprescindible para finalizar el proceso de modernización de nuestras leyes procesales.

En consonancia con lo anterior, podemos continuar con la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior, que obedecía fundamentalmente a la necesidad de introducir un instrumento ágil para dar una respuesta inmediata a determinados delitos que, con ser de fácil enjuiciamiento, venían dilatándose excesivamente en su sustanciación lo que provocaba, entre otros efectos indeseables, reiteración delictiva, generando una impresión de aparente impunidad y consecuente indefensión en la ciudadanía ante este tipo de delitos⁶.

⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas, 2012, pp., 69 a 72.

⁵ Véase, ARNALDO ALCUBILLA, E. e IGLESIAS MACHADO, S. (coords.), *Pacto de Estado para la reforma de la justicia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

⁶ Vid. GIMENO SENDRA, V., «Filosofía y principios de los juicios rápidos», en *Diario La Ley*, n.º 5667, 2002, pp. 1557 a 1562.

A continuación de estas leyes, aparecieron otras de importante calado pero que también llevaron a reformas parciales, en este sentido, podemos señalar la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega⁷, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional, que instauró la videoconferencia⁸, la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que instaura las intervenciones corporales y potencia los juicios rápidos, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que contempla, aunque no desarrolla procesalmente, la segunda instancia penal.

En el año 2004, es de destacar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con reformas encaminadas a fortalecer el marco penal y procesal vigente, para asegurar una protección integral desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género⁹.

Llegado el año 2009, debemos mencionar, dos leyes, a saber, La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, reformas cuyo objetivo se centraba en el derecho de los ciudadanos a un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales, siendo uno de los medios esenciales para conseguirlo la implantación en España de la nueva Oficina judicial, necesaria para la racionalización y optimización de los recursos que se destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia.

En el año 2010, se promulga la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, en la que se regulan cuestiones procesales relativas al régimen de competencias de los Tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral, conformidad y la rebeldía.

En el año 2011, transcurridos diez años desde el Pacto de Estado para la Justicia, se aprobó en el Consejo de Ministro de 22 de julio, el Anteproyecto de

⁷ Vid. CALAZA LÓPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Iustel, Madrid, 2005.

⁸ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Comentarios a la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de prisión provisional», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 3, 2004.

⁹ Sobre la justicia especializada en violencia de género, véase mi artículo, «Justicia especializada en violencia de género en España», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIV, n.º 2, 2011, pp. 205 a 223.

Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰, fruto de las tareas realizadas por una Comisión técnica creada en el Ministerio de Justicia en mayo de 2010. El reto de la reforma era crear un modelo de justicia penal técnicamente solvente, cuyos pilares se asientan, de un lado, en nuestra mejor tradición reformista, y de otro, en los principios garantes recogidos en nuestra Constitución, siendo la conjunción de ambos, para el texto de 2011 «la base más firme para asentar un sistema verdaderamente garantista en beneficio de todos los ciudadanos».

La prematura finalización de la legislatura¹¹ impidió el envío del texto a las Cortes Generales y que pudiera ser sometido a debate parlamentario, pero este Anteproyecto constituyó un camino hacia la actualización y modernización de la justicia penal en España. Fue un claro ejemplo normativo, que demostró que la reforma estructural del proceso penal era una realidad técnicamente viable, aunque muchos hasta el momento habían mantenido una postura contraria, al tiempo que facilitó que el debate público sobre la reforma desembocase en un análisis y estudio más profundo de las concretas propuestas de regulación recogidas en el mismo.

En este año, también hay que mencionar la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que contiene modificaciones que afectan a aspectos puntuales del proceso, en aras de garantizar una mayor y pronta satisfacción de las pretensiones que las partes someten a los Tribunales. En este mismo año, es preciso hacer referencia a la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que en su artículo 4 consagra el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a los expedientes judiciales electrónicos y a obtener las copias pertinentes¹².

El Anteproyecto de 2011 posibilitó, asimismo, que una vez que se celebraron las elecciones generales, el Gobierno de otro signo político que salió de las urnas, avanzase en el camino conjunto hacia una imprescindible reforma del proceso penal. Poco después, el 2 de marzo de 2012 encomendó a una Comisión la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fruto de estos trabajos resultó una propuesta de Código Procesal Penal que, si bien, presentaba algunas diferencias técnicas con el Anteproyecto de 2011, mantenía en esencia los principios rectores del mismo y que el Gobierno sometió a consideración pública.

En dicha propuesta la Comisión aconsejaba, siguiendo la línea marcada por los países de nuestro entorno, la sustitución de la figura del Juez Instruc-

¹⁰ Vid. GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Colección Derecho Penal y Procesal Penal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 53 a 64.

¹¹ Véase, Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE, n.º 232, de 27 de septiembre, de 2011, pp. 101835 a 101836).

¹² Vid. GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, op. cit., pp. 25 a 27.

tor por un Fiscal director de la investigación¹³, con un Juez de garantías que, desde la neutralidad, protegiera de forma efectiva los derechos constitucionales de las partes. La propuesta de Código Procesal Penal no llegó a plasmarse en un texto prelegislativo, pues se sostenía que algunas de las reformas contenidas en el mismo precisaban de mayor reflexión y debate y, así transcurrió la mayor parte de la legislatura con la propuesta sobre la mesa, como base de una discusión que se mantendría abierta, mientras se tramitaban Proyectos de Ley de modificación parcial de la LECrim en relación con el Código Penal, y distintas directivas europeas sobre la interpretación y traducción (2010/64/UE, de 20 de octubre), sobre el derecho a la información en los procesos penales (2012/13/UE, de 22 de mayo), y sobre los derechos de las víctimas (2012/29/UE), y que tuvieron como resultado, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal¹⁴, la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la LECrim y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales y la Ley 4/2015, de 5 de octubre, del Estatuto de la Víctima del Delito¹⁵.

Sin tiempo ya para la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal por el Parlamento, se dejó la sustitución de la LECrim para el futuro, sin embargo, se introducen reformas parciales en nuestro sistema de justicia penal, de gran relevancia que venían, en buena medida, exigidos por los compromisos internacionales adquiridos por España (UE, CEDH y PIDCP). Dichos cambios fueron incorporados por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y por la LO 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Dichas normas llevan a cabo una transformación importante del sistema, que presenta carácter estructural y afecta principalmente, a las técnicas de investigación tecnológica, a determinados aspectos como la fijación de plazos máximos para la instrucción, la posición de las partes —investigados y víctimas—, la segunda instancia, el recurso de casación y la revisión, la posi-

¹³ Al respecto, véase, GIMENO SENDRA, V. (dir.), *El Ministerio Fiscal Director de la Instrucción*, Iustel-Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

¹⁴ En su Disposición Final Segunda, entre sus modificaciones, introduce el nuevo juicio sobre delitos leves, que sustituye al juicio de faltas. Sobre el juicio sobre delitos leves, véase, LÓPEZ YAGÜES, V., «Principio de oportunidad y enjuiciamiento de los delitos leves», en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso penal europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 315 a 339.

¹⁵ Sobre el Estatuto de la víctima del Delito, véase, mi artículo, «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril: Especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2016, pp. 139 a 173.

bilidad de restitución de la situación patrimonial previa al delito mediante una moderna regulación procesal del decomiso¹⁶.

Estas reformas reconocen su carácter transitorio y la firme voluntad de avanzar hacia un cambio global en nuestro sistema de justicia penal. Representativo de dicho cambio, tomando como referentes el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, y la circunstancia excepcional de pandemia por el COVID 19, son el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 2020 y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020¹⁷.

II. El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

El Consejo de Ministros del 15 de diciembre de 2020, aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante APLMEP), impulsado por el Ministerio de Justicia¹⁸.

El Anteproyecto constituye un nuevo instrumento integrado en la nueva arquitectura jurídica dentro del Plan de Justicia 2030¹⁹, enmarcado y conectado

¹⁶ Para mayor comprensión de la reforma, véase, MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

¹⁷ Respecto a la regulación de la conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, véase, «La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (III): Aspectos procesales», en <<https://elderecho.com/wp-content/uploads/2021/01/La-conformidad-en-el-Anteproyecto-de-reforma-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-TERCERA-PARTE-ASPECTOS-PROCESALES.pdf>>.

¹⁸ Es interesante consultar, la Memoria del Análisis de Impacto del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Ministerio de Justicia. Secretaría de Estado de Justicia.

¹⁹ Según señaló el Ministro de Justicia en su comparecencia en la Comisión de Justicia de 17 de febrero de 2020, «este plan tiene como objetivos consolidar los derechos y garantías de los ciudadanos, promover una mayor eficiencia del servicio público y garantizar el acceso a la Justicia en todo el territorio. El Plan comprende un programa de medidas ambicioso con un horizonte temporal de 10 años para transformar el sistema de justicia en un auténtico servicio público. El Plan Justicia 2030, aspira a desterrar la lógica del incrementalismo como único eje de las políticas de Justicia», para incidir en una mayor eficiencia, articulando instrumentos de cooperación y coordinación entre instituciones y eliminando solapamientos. El Plan Justicia 2030 está vertebrado en tres ejes estratégicos: 1) Acceso a la Justicia. Consolidación de garantías y derechos; 2) Promover la eficiencia operativa del servicio público de la Justicia; 3) La transformación digital, incrementando la cohesión y coordinación territorial. En este Plan se enmarcan, reformas importantes en materia de derechos y garantías como es el texto de la futura Ley Orgánica del Derecho de Defensa, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el fortalecimiento en la atención a las víctimas de los delitos, especialmente, a las mujeres víctimas de violencia de género, en el marco del Pacto de Estado contra la Violencia de Género y del Convenio de Estambul, así como la tramitación de la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia de género o abusos sexuales, aumentando el plazo de prescripción de estos delitos.

con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation²⁰. Además, el Anteproyecto pretende dar respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19²¹. El APLMEP tiene una *vacatio legis* de tres meses.

El texto consta de una Exposición de Motivos, tres Títulos conformados por veinte artículos, diez Disposiciones adicionales, tres Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y siete Disposiciones finales.

Para alcanzar los objetivos propuestos, el APLMEP introduce una serie de novedades legislativas a través de tres Títulos, mediante los cuales se agrupan las reformas en función de su naturaleza, de la siguiente manera:

Título I. Medios adecuados de solución de controversia (MACS).

El Título I del Anteproyecto está dedicado a los llamados medios adecuados de solución de controversias (MASC), una medida que, más allá de la coyuntura de ralentización inicial y previsible incremento posterior de la litigiosidad, como consecuencia de la pandemia por el Covid-19 y la declaración del estado de alarma, se considera imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible.

El objetivo de los MASC es recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales²².

Para ello, es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos²³. Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado.

²⁰ Hace referencia al fondo de Recuperación que aprobó el Consejo Europeo, el pasado 21 de julio de 2020. El objetivo del Fondo de Recuperación es ayudar a los Estados miembro, para una mejor recuperación de la crisis del COVID-19. Véase, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Preguntas y Respuestas, en *Plena Inclusión España*, Madrid, 2020.

²¹ *Vid.* Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Para una mejor comprensión de la proyección del contenido de la Ley, deben tenerse en cuenta la Guía del CGPJ de buenas prácticas para la prevención de contagios por COVID-19 en las sedes judiciales (actualizada el 8/10/2020), el Protocolo del CGPJ de actuación para la reactivación de la actividad judicial y salud profesional y la Guía del CGPJ para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas. Se trata de instrumentos normativos que recogen medidas organizativas y tecnológicas (Capítulo tercero Ley 3/2020) aplicables a la Jurisdicción penal en todo el territorio nacional hasta, al menos, el 20 de junio de 2021 (Disposición Transitoria Segunda Ley 3/2020).

²² *Vid.* HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», Ponencia pronunciada en el Webinar sobre El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, organizado por la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 27 de enero de 2021.

²³ ORDUÑO MUÑOZ, «La abogacía y la mediación: apuntes críticos al Anteproyecto de Ley de Impulso», en *La Ley, Mediación y arbitraje*, n.º 1, 2020, p. 1.

El APLMEP regula la implantación de los MASC en los asuntos civiles y mercantiles, sin perjuicio de que en el futuro puedan extenderse a otros ámbitos. Para potenciar de manera decidida su utilización, se ha establecido que habrá de acompañarse a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la vía judicial como *requisito de procedibilidad*, sin perjuicio de las correspondientes excepciones (en materia de derechos fundamentales, la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Título VII del Código Civil, relativo a las relaciones paterno-filiales, etc...) ²⁴.

Los MASC que podrán utilizar las partes, se establecen en un catálogo amplio que favorece la libre elección de los mismos. En ese sentido se contempla: la actividad negocial, la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión del experto independiente, la mediación, así como cualesquiera otros procedimientos previstos en la legislación especial (particularmente en materia de consumo).

Una de las grandes novedades es que la validez que tendrá el acuerdo alcanzado a través del MASC es exactamente el mismo que si es resuelto por un Juez. El acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto. Para que tenga valor de título ejecutivo, el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública o bien homologado judicialmente cuando proceda ²⁵.

Título II. La Reforma de las leyes procesales.

El Título II del Anteproyecto, lo conforma la reforma de las leyes procesales, una iniciativa que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales. Con ella se garantizan los altos estándares de calidad, se optimizan los recursos existentes, se agilizan los procesos de forma eficiente y eficaz, y se refuerza la seguridad jurídica.

Conviene, analizar de forma sucinta, las reformas introducidas en los distintos órdenes jurisdiccionales:

²⁴ Sobre la constitucionalidad de la obligatoriedad de los MASC, véase, PÉREZ DAUDÍ, V., «La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva», *In Dret*, 2/2019, p. 26. A favor de la constitucionalidad de los MASC, resulta interesante, a la conclusión que llegan recientemente diferentes operadores jurídicos (Magistrados, Abogados, Letrados de la Administración de Justicia y Mediadores), en respuesta a la pregunta ¿Cómo encaja la exigibilidad de los MASC en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 y la doctrina del Tribunal Constitucional?, en «Diálogos para el futuro judicial XIX: Medios Adecuados de Solución de Controversias», *Diario La Ley*, n.º 9788, 2021. En el mismo sentido, BARONA VILLAR, S., «Psicoanálisis de los ADR: restos en la sociedad global del siglo XXI», en *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 1, 2020, p. 8; MAGRO SERVET, V., «La ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus», en *Diario La Ley*, n.º 9614, 2020, p. 15.

²⁵ Respecto a los MASC, véase, PICÓ JUNOY, J., «MASCs y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», en *Diario La Ley*, n.º 9801, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2021, pp. 1 y ss.

a) Orden jurisdiccional penal.

Se modifica la LECrim solo en cuestiones puntuales que permitan ordenar los procedimientos existentes, para fomentar su agilización, hasta se elabore y entre en vigor una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que diseñe un procedimiento penal del siglo XXI, que ya está en trámite de Anteproyecto.

Entre las reformas, podemos señalar las siguientes:

Se da una nueva redacción al 776 de la LECrim, con la finalidad de evitar reiteración de trámites y las consiguientes citaciones y desplazamientos de los ofendidos y perjudicados por el delito a los solos efectos de realizarles el ofrecimiento de acciones, así como también se establece la posibilidad de realizarlo por el medio más rápido posible, dando cabida, incluso, a los medios del artículo 162 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, cuando se trate de personas obligadas a su utilización o que hubieran optado por estos. La nueva regulación se efectúa sin merma alguna en los derechos que asisten a las víctimas, puesto que el artículo 109 de la LECrim remite a una completa información de derechos, a saber, los que están reconocidos en el Estatuto de la Víctima del Delito. Asimismo, se notificará por el Letrado de la Administración de Justicia al ofendido y perjudicado por el delito el órgano judicial y el número de procedimiento correspondiente, únicamente, en aquellos casos en los que la Policía Judicial, previamente, les hubiera informado de los derechos que les asisten.

En este orden jurisdiccional, la reforma más notoria, es la llevada a cabo en los artículos 785, 786, 787 y 802, con la regulación de una audiencia a la que se citará únicamente al Ministerio Fiscal, a las partes y a los acusados, sin necesidad de citar a testigos y peritos. La finalidad de ésta será la admisión de pruebas, una posible conformidad, la depuración de cuestiones que pudieran desembocar en la suspensión de la celebración del juicio oral o la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales, sin necesidad de esperar a su resolución en sentencia tras la celebración del juicio oral.

Se clarifica lo dispuesto en el artículo 786 de la LECrim, resolviendo con esta modificación, las discrepancias interpretativas existentes en la jurisprudencia.

Para facilitar la conformidad tanto en el procedimiento abrevado cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial como en el procedimiento ordinario, se suprime el límite penológico de seis años, sin necesidad de celebrar el juicio oral, por lo que se modifican los artículos 655, 688 y 787.

Por último, se introduce en la LECrim un artículo 988 bis con la finalidad de ordenar la ejecución penal, ya que una de las principales dificultades de esta fase procesal se encuentra en la ausencia casi total de previsión legal. Con este precepto no se pretende alcanzar una regulación completa de la ejecución penal, pero si se intenta evitar la existente dispersión de trámites y resoluciones, poniendo el énfasis en un solo momento inicial, de tal forma que, desde ese primer

momento, la ejecución quede encauzada a la espera del cumplimiento de las penas y demás pronunciamiento de la sentencia.

b) Orden jurisdiccional civil²⁶.

Entre otras medidas, se van a potenciar las sentencias orales²⁷, en determinados procedimientos como medida de agilización que puede usar el juez, de manera voluntaria, en atención a las concretas circunstancias del proceso.

Del mismo modo, se amplía el ámbito del juicio verbal, más rápido y ágil que el juicio ordinario y sin pérdida de garantías y se modifica en lo necesario su regulación. Se eleva su cuantía y se introducen nuevos procedimientos que podrán tramitarse por sus reglas²⁸.

Por otro lado, se introduce el procedimiento testigo²⁹ y la extensión de efectos³⁰ para una gestión ágil y eficaz de la litigación en masa en materia de condiciones generales de la contratación, regulándose unos requisitos muy medidos que habrán de concurrir para la posible utilización de ambas técnicas.

Finalmente, se modifica de manera muy relevante el recurso de casación civil, dándole después de 20 años desde la entrada en vigor de la Ley de Enjui-

²⁶ Sobre las reformas en el proceso civil, véase, BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», en *Diario La Ley*, n.º 9814, Sección Plan de choque de la Justicia/Tribuna, 2021, pp. 1 y ss.

²⁷ En este sentido, se introduce la posibilidad de que, en el ámbito del juicio verbal, los Jueces puedan dictar sentencias, si bien queda a discreción del Juez en función de las circunstancias particulares del caso concreto.

²⁸ En este sentido, Se incrementan las materias que, con independencia de su cuantía, se tramitan por los cauces del juicio verbal, entre ellas, las acciones individuales relativas a las condiciones generales de la contratación. Igualmente, se eleva de 6.000 a 15.000 euros la cuantía de los pleitos que, por esta razón, se tramitan por las normas del juicio verbal.

²⁹ Este procedimiento se introduce también en los órdenes social y contencioso-administrativo. Mediante el cual se pretende articular una vía que permita dar respuesta a procedimientos que son prácticamente iguales entre sí, sin necesidad de tramitar cada uno de ellos de manera separada. Para ello, el Anteproyecto prevé que, cuando ante un Juez o Tribunal haya pendientes una pluralidad de procesos en los que exista idéntico objeto y la parte demandada sea la misma, se tramite uno de ellos con carácter preferente, suspendiendo el curso de los demás procedimientos hasta que se dicte sentencia en el primero. Una vez recaiga sentencia y ésta sea firme, se notificará a las partes de los procedimientos suspendidos a fin de que los demandantes puedan interesar la extensión de sus efectos, o bien desistan de la demanda.

³⁰ La idea es que, a través de esta vía, futuros demandantes puedan beneficiarse de las sentencias firmes recaídas en procedimientos anteriores, sin necesidad de que se tramite uno nuevo. Así, se prevé que la solicitud de extensión de efectos se pueda dirigir al órgano judicial que hubiera dictado la resolución cuyos efectos se pretende que se extiendan, en el plazo de un año, desde la notificación de la misma a quienes fueron parte en dicho procedimiento, solicitud de la cual se dará traslado a la parte condenada que podrá formular alegaciones, tras lo cual el Juez o Tribunal dictará Auto estimando o desestimando la extensión de efectos solicitada.

ciamiento Civil el tratamiento que reclama su naturaleza de recurso extraordinario³¹.

c) Orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con el objeto, en línea con el general del Anteproyecto, de introducir las medidas de agilización procesal necesarias para ofrecer a Juzgados y Tribunales de este orden los instrumentos procesales óptimos para facilitar y hacer más ágil tanto la tramitación de los pleitos como su resolución, sin merma de las garantías del justiciable³².

d) Orden jurisdiccional social.

Se producen modificaciones en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Las mismas se centran principalmente, en incentivar la oralidad de las sentencias, con la finalidad de agilizar no solo el dictado sino también la notificación y declaración de firmeza de las mismas. Asimismo, se regula la implantación de los procedimientos testigo y la extensión de efectos, comunes a los que se introducen en el orden civil y contencioso-administrativo.

³¹ La reforma pretende, de un lado, simplificar la concepción del recurso, mediante la previsión de un único recurso de casación que no depende del tipo o cuantía del proceso y que se centra en el interés casacional de la interpretación de las normas, tanto sustantivas como procesales. Por otro lado, se pretende fortalecer el interés casacional como cauce único de acceso al recurso, pero simplificando su definición. En este sentido, se establece que podría existir interés casacional sustantivo o procesal, cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia, cuando se resuelva una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia de estos Tribunales o por existencia de pronunciamiento contradictorios de las Audiencias Provinciales. En consecuencia, estaríamos ante la desaparición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso en interés de ley, dejándose sin contenido los Capítulos IV y VI del Título IV de la LEC (arts. 468 a 476 y 490 a 493).

³² Las reformas más importantes que introduce el Anteproyecto en esta jurisdicción, se pueden sintetizar en las siguientes: a) Tras la declaración de la falta de competencia o de jurisdicción en la tramitación de un recurso, se prevé que la primera comparecencia que efectúe la parte recurrente ante el orden jurisdiccional competente, no quede limitada exclusivamente a la presentación de un escrito de personación, como esta regulado actualmente, sino que ahora quedaría articulada como un trámite para formular la oportuna demanda ante ese orden jurisdiccional; b) En aras de alcanzar una mayor agilidad en la tramitación del procedimiento y de conseguir la efectiva transformación digital de las Administraciones, se introduce la obligación de que la remisión del expediente administrativo por parte de la Administración a los órganos judiciales, se realice por medios electrónicos; c) En el ámbito del procedimiento abreviado, se introduce la posibilidad de que el Juez pueda, si así lo estima procedente atendidas las circunstancias del caso, dictar sentencia oral; c) Se prevé el acortamiento de los plazos de algunos trámites intermedios en la tramitación del recurso de casación. Se produce, por ejemplo, en el plazo de personación ante el Tribunal Supremo, que pasa de 30 a quince días. Sin embargo, no se modifican los plazos previstos para formular los escritos de preparación del recurso y los de interposición y oposición, ya que se entiende, que su duración actual está ajustada a su relevancia y elevada complejidad técnica.

Título III. Reformas procesales para la transformación digital.

El último eje clave es el que se refiere a la transformación digital³³. Este avance evitará desplazamientos a las sedes judiciales, reduciendo los costes económicos, ambientales y territoriales. Y permitirá que toda la tramitación sea mucho más ágil.

Se introduce la regulación de los sistemas de identificación y autenticación para adaptar nuestra legislación a la europea y se generaliza la celebración de vistas y declaraciones por videoconferencia³⁴. Del mismo modo, se impulsará un Registro electrónico de apoderamientos *apud acta*, que permitirá el otorgamiento telemático.

En resumen, todas estas medidas mejoran la Administración de Justicia, respondiendo a las recomendaciones de la Unión Europea, que las fija como un elemento en la valoración de la calidad para los sistemas de Justicia. Del mismo modo, sitúa el Servicio Público de Justicia de España dentro de los estándares de calidad y eficacia europeos e internacionales, constatándolo en el Marcador de Justicia Europeo (EU Justice Scoreboard) de 2022³⁵.

³³ Según proclama la propia Exposición de Motivos, «Para dar respuesta a la contradicción existente entre la obligatoriedad de relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia que tienen las personas jurídicas y la previsión establecida en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, de que, en todo caso, la primera comunicación con las partes aún no personadas deba hacerse por remisión al domicilio de los litigantes, se han introducido modificaciones en los artículos que establecían esta última obligación. De esta forma se da cabida a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y se facilita la notificación a las personas jurídicas y otras entidades en la Dirección Electrónica Habilitada, lo que permitirá reducir enormemente los tiempos de espera en los emplazamientos. El ahorro de tiempo en el emplazamiento a través de exhortos y el hecho de poder remitir por vía electrónica de forma auditada, verificada e integra la documentación del procedimiento, supondrá la forma más segura, rápida y eficaz de emplazar a las partes...». La reforma trata de dar respuesta a la jurisprudencia establecida, entre otras, en la STC 47/2019, de abril y posteriores, que parece puede ser aplicable a los demás órdenes jurisdiccionales.

³⁴ *Vid.* MAGRO SERVET, V., «Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del coronavirus», en *Diario La Ley*, n.º 9696, 2020, pp. 1 y ss.

³⁵ La Comisión Europea publica el Cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2020, que ofrece un análisis comparativo de la eficiencia, la calidad y la independencia de los sistemas judiciales de todos los Estados miembros de la UE. El cuadro de indicadores del año 2020 muestra una mejora continua de la eficiencia de los sistemas judiciales en un gran número de Estados miembros. Véase, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cuadro de indicadores de justicia de la UE 2020, en Comisión Europea. COM (2020) 306 final, Bruselas, 10 de julio de 2020.

III. La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

1. Consideraciones generales

Como hemos analizado al comienzo de este trabajo, la eficiencia, eficacia y simplificación en la solución de los conflictos, sin que con ello se merme la tutela judicial efectiva, es una de las cuestiones sobre las que está trabajando el Ministerio de Justicia para intentar reducir la carga de asuntos pendientes de resolver, y que los que se judicializan tengan una mayor agilidad en la solución que se da a los mismos. Todo ello bajo una máxima, a saber, que no tenga por qué llegarse siempre hasta el final con la celebración de un juicio oral, donde las partes tengan que enfrentarse.

En este contexto, en el orden penal, es preciso destacar la reforma que se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos que regulan la conformidad³⁶, apostando por potenciar la misma³⁷, con la finalidad de evitar el incremento del número de juicios orales que se celebran en los órganos judiciales del orden penal y, de este modo, agilizar la justicia penal que es la más saturada que existe en la actualidad en nuestro Estado de derecho³⁸.

Ante una mayor litigiosidad en el orden penal, el Anteproyecto aporta nuevas soluciones para evitar, que todos los casos lleguen a juicio, apostando en el orden penal, como veremos a lo largo del trabajo, por una conformidad anticipada. La nueva regulación se asienta sobre la celebración preceptiva de una comparecencia previa y preliminar obligatoria antes del señalamiento del día del juicio.

La propia Exposición de Motivos³⁹, expone las razones acerca de la necesidad de establecer el trámite obligatorio de una comparecencia previa donde se va a poder alcanzar un acuerdo. Apunta en este sentido que:

«Se modifica también lo dispuesto en los artículos 785, 786, 787 y 802, regulándose una audiencia a la que se citará únicamente al Ministerio Fiscal y a las partes, así como a los acusados. Esta audiencia tendrá por finalidad no solo la admisión de pruebas, sino también una posible conformidad, sin que sea precisa la citación

³⁶ Sobre la conformidad en sentido amplio, véase, MIRA ROS, M.^a C., *Régimen actual de la conformidad*, Constitución y Leyes, 1998.

³⁷ Esa potenciación de la conformidad también la podemos encontrar en la *Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la administración de justicia tras la pandemia de coronavirus covid-19*, de 24 de abril de 2020, p. 3. Puede consultarse en <www.fiscal.es>.

³⁸ Basta comprobar los datos judiciales del año 2019, en los órdenes civil y penal, para comprobar esto: a) En el orden civil entraron 2.384.147 asuntos y fueron resueltos 2.245.773; b) En el orden penal, entraron 3.213.114 asuntos y fueron resueltos 3.211.832. El número total de asuntos ingresados es de 6.279.302, con lo que el resto, cerca de 700.000 asuntos, pertenecen a los órdenes social, contencioso-administrativo, militar y las Salas especiales del TS.

³⁹ *Id.* Exposición de Motivos, pp., 8 y 9.

de todos los testigos y peritos, así como la depuración de aquellas cuestiones que pudieran suponer la suspensión de la celebración del juicio oral y un nuevo señalamiento o la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales, sin necesidad de esperar a su resolución en sentencia tras la celebración del juicio oral».

2. La nueva regulación de la conformidad en el Anteproyecto

Los aspectos más destacados de la nueva regulación de la conformidad contenidos en el texto se pueden sintetizar en los siguientes apartados:

A) Modificación del artículo 655 LECrim relativo al proceso ordinario.

La nueva redacción dada al artículo 655, suprime la referencia a la pena de carácter correccional pedida por las partes acusadoras, y se añade un párrafo para el caso de que la pena pactada sea superior a cinco años de prisión, quedando el precepto redactado de la siguiente manera:

«Al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación de las partes acusadoras, podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida, expresándose además por la asistencia letrada⁴⁰ si, esto, no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio. Cuando la pena pactada sea superior a cinco años de prisión, se acompañará a la calificación una justificación de la existencia de indicios racionales de criminalidad distintos al mero reconocimiento de hechos por parte de la persona investigada.

Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.

También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.

Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discurso de los puntos relativos a dicha responsabilidad».

B) Modificación del artículo 688 LECrim.

En la nueva redacción que se da al precepto, se sustituye el término Secretario Judicial por el de Letrado de la Administración de Justicia y se suprime la referencia a la pena de carácter correccional, quedando redactado el precepto de la siguiente manera:

⁴⁰ La actual redacción dada por el Anteproyecto modifica el término «Letrado defensor» por el de asistencia letrada.

«En el día señalado para dar principio a las sesiones, el Letrado de la Administración de Justicia velará por que se encuentren en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieren recogido, y el Presidente en el momento oportuno, declarará abierta la sesión.

Preguntará el Presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios».

C) Posibilidad de alcanzar una conformidad con la acusación con pena superior a seis años.

El nuevo artículo 785.4 LECrim dispone que:

«4. En la misma comparecencia, las partes podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentará en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior.

El Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la pena manifestada por la defensa y el acusado, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes. Cuando la pena pactada sea superior a cinco años de prisión, se acompañará a la solicitud una justificación de la existencia de indicios racionales de criminalidad distintos al mero reconocimiento de los hechos por parte de la persona investigada».

Como puede observarse, frente al límite actual previsto en el artículo 787 LECrim de la pena que no exceda de seis años de prisión para conformarse, la redacción actual del precepto dispone que la conformidad no tiene límite penalógico en cuanto a las opciones para alcanzarla, pero matiza que si fuera superior a cinco años de prisión se debe aportar por la acusación una justificación de la existencia de indicios racionales de criminalidad distintos al mero reconocimiento de los hechos por parte de la persona investigada⁴¹.

D) Citación a la comparecencia de las víctimas y perjudicados.

El artículo 785.4, en su párrafo segundo, en la nueva redacción dada por el Anteproyecto, dispone que:

«El Ministerio Fiscal oírá previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que hubiera sido posible y se estima necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando la gravedad o trascendencia, del hecho o la intensidad o la cuantía sean es-

⁴¹ Vid. MAGRO SERVET, V., «Ante la nueva conformidad penal en el texto de la Ley de medidas de eficiencia procesal», en *Diario La Ley*, n.º 9799, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2021, pp. 1 y ss.

pecialmente significativos, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad».

En efecto, como se desprende del precepto se citará a esa comparecencia a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, por cuanto la conformidad no puede efectuarse al margen de la víctima, ni contra la misma, si no se pactan también las condiciones del pago de las responsabilidades civiles, pues a responsabilidad civil no puede quedarse fuera del pacto, y la víctima o perjudicado deben quedar resarcidos de los daños y perjuicios de todo tipo que hayan podido sufrir, ya que la conformidad con una pena que no supere los dos años de prisión respecto de la que se puede instar la suspensión de la ejecución de la pena, debe quedar sujeta a que se aseguren las responsabilidades civiles de la víctima o perjudicado⁴².

Conviene hacer énfasis también, cuando el precepto alude a que la víctima esté en situación de especial vulnerabilidad, lo que abre la posibilidad de aplicación de toda la normativa dictada respecto de este concepto tan amplio, y que parece que permite incluir afectación económica, discapacidad, o cualquier otra situación en virtud de la cual el delito la haya convertido en más vulnerable, o que antes ya lo fuera y se pudiera haber agravado por su condición de sujeto pasivo del delito⁴³.

E) Conformidad en cuanto a la calificación de los hechos y pena conformada: Su posibilidad de fiscalización por el Juez.

El apartado 5 del artículo 785, en la redacción dada por el APLMEP, dispone que:

«5. Si, a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de sí su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias».

Y añade en sus apartados 6 y 7, lo siguiente:

«6. En el caso de que el Juez o Tribunal considere incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el

⁴² Debemos tener en cuenta, lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 80 del CP, que establece entre las condiciones necesarias para acordar la ejecución de la pena, el que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia firme, conforme a lo establecido en el artículo 127.

⁴³ Véase, MAGRO SERVET, V., «Ante la nueva conformidad penal en el texto de la Ley de medidas de eficiencia procesal», *op. cit.*, pp. 1 y ss.

acusado preste de nuevo su conformidad podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.

7. *Una vez que la defensa del acusado manifieste su conformidad, el Juez o Presidente del Tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio».*

Con la regulación dispuesta en los números 5, 6 y 7, lo que se pretende es evitar que el acusado acepte una conformidad que no está debidamente planteada y que en base a la misma se ejecute una pena cuando el Juez detecta errores en la calificación de los hechos y en la pena que se haya pactado. De ello se deriva, claro está, que el Juez solo dictará sentencia de conformidad si entiende que la calificación y la pena es correcta, por ello, no le vincula si puede ser perjudicial para el acusado conforme. Además, se establece también, la posibilidad de interrogar al acusado sobre si acepta los hechos, la calificación jurídica y la pena de una manera libre y no impuesta.

F) Medidas protectoras de los artículos 101 y siguientes del CP: Posibilidad de su no aceptación por el Juez.

Este aspecto se contempla en el apartado 8 del artículo 785 LECrim, en la redacción dada en el texto, al disponer que:

«8. No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal».

Podemos pensar, que estamos ante casos en que se haya podido pactar alguna eximente incompleta del artículo 104 CP, en relación con las causas de responsabilidad del artículo 20 CP y que el Juez estime que no son apropiadas las medidas de los artículos 101 a 103 CP⁴⁴.

G) Oralidad y firmeza de la sentencia.

El artículo 785.9, apartado primero, del APLMEP dispone que:

«9. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789 sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión de la pena impuesta. También resolverá el juez sobre los aplazamientos de las responsabilidades pecuniarias y se realizarán, en cuanto fuera posible, los requerimientos y liquidaciones de condena de las penas impuestas en la sentencia».

⁴⁴ Vid. MAGRO SERVET, V., «Ante la nueva conformidad penal en el texto de la Ley de medidas de eficiencia procesal», *op. cit.*, pp. 1 y ss.

En aras de agilizar el dictado de la sentencia y su firmeza en los supuestos de conformidad, la misma se dictará oralmente aunque más tarde se documentará, así como el Juez preguntará a las partes si expresan su deseo de no recurrirla, lo que permite al Juez agilizar y descargar de trabajo a la oficina judicial, pues la sentencia ya ha sido dictada oralmente a los efectos de su firmeza, aunque se lleve a un momento posterior su notificación formal mediante el dictado del auto de firmeza.

También se prevé, el adelantamiento en la ejecutoria penal, pues en ese mismo acto se puede resolver lo concerniente a la suspensión de la ejecución de la pena, en donde debemos recordar hay que incidir en lo dispuesto en el artículo 80.2. 3.º CP, para asegurar el pago de las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios derivados del delito.

H) Supuestos de conformidad parcial.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 785.9, párrafo segundo, para el caso de que la conformidad se hubiera alcanzado solo por alguno o algunos de los acusados, se dictará sentencia respecto de ellos, continuándose el procedimiento en relación con el resto de los acusados.

La novedad del texto, por otra parte, tan esperada, es la de permitir la posibilidad de la conformidad parcial en los juicios que tengan varios acusados⁴⁵, ya que carecía de sentido, que si algunas de las asistencias letradas habían llegado a un pacto de conformidad con la fiscalía, no pudieran conformarse porque las asistencias letradas de otros coimputados no quisieran aceptar esa conformidad respecto de ellos y quisieran la celebración del juicio oral. La negativa a la emisión de la conformidad parcial estaba mermando los derechos de defensa de algunos acusados en procesos con cierta complejidad⁴⁶.

Ahora bien, el texto no resuelve el problema respecto a qué debe hacerse con los conformados, respecto de los que ya se ha dictado sentencia de conformidad y si los mismos pueden ser citados como testigos para poder ser interrogados por las defensas de los que no se han conformado, teniendo la obligación de declarar⁴⁷.

I. Recurribilidad de la sentencia.

Por regla general las sentencias de conformidad son irrecurribles. Solo existe una excepción que permite recurrir la sentencia de conformidad, y se limita esta opción a los casos en que se detecte una irregularidad formal derivada de

⁴⁵ LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados*, Ed. Civitas, 2013, pp. 124 a 144.

⁴⁶ En relación, con la conformidad parcial, ya se ha pronunciado la Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal, entre otras, en las SSTs 280/2020 y 287/2020, de 4 de junio.

⁴⁷ Para un estudio más amplio de esta doctrina jurisprudencial, véase, MAGRO SERVET, V., «Criterios jurisprudenciales de actualidad acerca de la conformidad parcial de algunos acusados en el juicio oral», en *Diario La Ley*, n.º 9690, Sección Doctrina, 2020.

un error en la calificación jurídica o en la pena aceptada. Así, el apartado 10 del artículo 785 LECrim, según la redacción dada por el APLMEP, dispone que:

«10. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada».

J. Conformidad de las personas jurídicas.

A la conformidad de las personas jurídicas hace referencia el número 11 de artículo 785 LECrim, a cuyo tenor:

«10. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos».

Como puede observarse, en esa comparecencia podrá conformarse el representante de la persona jurídica acusada, aunque no lo quiera llevar a cabo el directivo o empleado que haya delinquido y en virtud de lo cual se haya llevado al proceso penal a la persona jurídica⁴⁸.

El párrafo segundo, del precepto anteriormente citado, alude a la posibilidad de aportar prueba en ese momento procesal, con la siguiente redacción:

«Podrán igualmente proponer la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos. Y asimismo podrá proponerse la práctica de otras pruebas de que las partes no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular el escrito de conclusiones provisionales»⁴⁹.

⁴⁸ Conforme al artículo 31 bis CP, si en estos casos, la persona jurídica no tenía un adecuado programa de cumplimiento, tendría la opción de que antes de la celebración del juicio oral pudiera poner en marcha y acreditarlo debidamente, planteando ante el fiscal en esa comparecencia la conformidad, pudiendo plantear la aplicación de la atenuante del artículo 31 quarter, según el cual:

«Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

⁴⁹ Sobre esta posibilidad, ver, MAGRO SERVET, V., en «Ante la nueva conformidad penal en el texto de la Ley de medidas de eficiencia procesal», *op. cit.*, para el autor, «Esta opción de aportar y proponer pruebas en el acto se debe admitir respecto a esta pericial *ex novo* que no se propuso en el escrito de calificación provisional, porque al ir dirigida a obtener la conformidad y estar directamente relacionado con ella es preciso admitir esta prueba. Porque no se trata de que no tuviera conocimiento antes de su existencia, sino que la postura procesal de la parte no podía ser la de reclamar que disponía de *compliance* cuando no era así, siendo después de este escrito de calificación, posiblemente, donde la persona jurídica pudiera haber dado el paso delante de abordar la implementación de *compliance* en la empresa. Ello nos lleva a que se entienda viable que se pueda aportar esta prueba pericial de un experto en *compliance* que haya acudido a la empresa y

K. Señalamiento para la celebración del juicio si no hay conformidad.

El artículo 786.1 LECrim, dispone que:

«1. Si no hubiera conformidad de las partes, una vez que el Juez o Tribunal hubiera resuelto de forma oral conforme al apartado primero del artículo anterior, en el mismo acto el Letrado de la Administración de Justicia establecerá el día y la hora en que deban comenzar las sesiones del juicio oral, con sujeción a lo establecido en el artículo 182 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las partes, sus letrados y el Ministerio Fiscal deberán manifestar la coincidencia con otros señalamientos u otros motivos que pudieran impedir la celebración de juicio en la fecha señalada».

Una vez que se ha celebrado la comparecencia, conforme a la regulación contenida en el artículo 785 LECrim, y sin que se haya alcanzado la conformidad, será en ese momento cuando se señale la fecha para la celebración del juicio, por lo que se deduce, que la comparecencia que se regula en el Anteproyecto, se constituye como una forma de evitar el juicio oral, con una solución consensuada de la responsabilidad penal del acusado a través del acuerdo llevado a cabo con la acusación, pero respetando siempre los derechos de las víctimas y los perjudicados.

pueda exponer el carácter adecuado de este programa de cumplimiento que en la medida en la que sea mejor permitirá modular la pena a imponer y la rebaja que la fiscalía pueda reclamar si tras examinar al perito en la comparecencia le plantea a la defensa de la persona jurídica una modificación de la calificación provisional para alcanzar una conformidad».

Capítulo 12

Particularidades de la conformidad premiada en la LECrim

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿CUÁLES SON LOS PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE, PUES, ESTA CONFORMIDAD PREMIADA?.—III. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 315/2021 DE 15 DE ABRIL. INAPLICACIÓN DE LA REBAJA DEL TERCIO DE LA PENA A LA FIJACIÓN DE LA CUOTA DIARIA DE LA MULTA.

I. Introducción

Tratamos en las presentes líneas sobre una forma y fórmula de conformidad que tiene un absoluto privilegio y premio, de ahí su denominación, con respecto a que el acusado que quiere acabar cuanto antes con las consecuencias sancionadoras del ilícito penal que acabaría de cometer. Y ello, sin embargo, supone una ventaja que el legislador pone en las manos del acusado, pero por una sola vez, sin que la renuncia a la aceptación de la responsabilidad penal en ese momento inicial del juicio rápido y la asunción de la recogida de ese beneficio privilegiado pueda ponerle el acusado una *segunda oportunidad* de acogerse a esa ventaja de obtener un beneficio en la rebaja en el tercio de la pena, ya que una vez vencida la oportunidad que con carácter preclusivo ofrece el legislador, la conformidad ya no se dirigirá por la vía del artículo 801.2 LECrim, sino por la vía de la conformidad con la más grave de las acusaciones. Y ahí ya el *partido se juega de otra manera* en virtud de lo cual, el abogado de la defensa tendrá que intentar pactar con el Fiscal y las acusaciones una pena mínima dentro del marco penal fijado para el delito que se ha cometido, pero con la posibilidad de la aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, pero ya sin la posibilidad de rebajar el tercio de la pena.

No existe, con ello, para el acusado una *segunda oportunidad* de acogerse a esa ventaja de obtener un beneficio en la rebaja en el tercio de la pena, con respecto a lo que corresponda con relación a los hechos cometidos y las posibles

circunstancias atenuantes, o eximentes incompletas, que la defensa pueda alegar y reclamar de las acusaciones para una minoración de la pena.

Se trata en este caso, en consecuencia, de una *única oportunidad*, y no de una *oportunidad progresiva* que pueda conocerse y utilizarse por segunda vez, una vez vencido el momento preclusivo del juicio rápido cuando no interviene acusación particular y el acusado tiene la opción de conseguir una pena que no se correspondía en principio por los hechos que ha cometido.

Sobre la naturaleza de la conformidad señala González Cuellar que: «Constituye una manifestación del fenómeno de la justicia penal consensuada o negociada, en el que se enmarcan diversas instituciones procesales de los ordenamientos de nuestro entorno jurídico occidental, mediante los cuales, o bien se trata de fomentar la imposición de sanciones concertadas en sentencias dictadas sin juicio oral (*guilty plea* en Inglaterra y EE.UU., *plea bargaining* en EE.UU., *patteggiamento* en Italia), o bien se renuncia a la aplicación de sanciones con la condición de la realización de determinadas prestaciones (sobreseimiento por razones de oportunidad reglada, en Alemania e Italia)».

Como fundamento de la conformidad se aducen diferentes argumentos, tales como la conveniencia de conseguir la aceptación de la sanción por el infractor, el aseguramiento de la restitución o reparación a la víctima, el ahorro de medios humanos y materiales de la Administración de Justicia y la posibilidad para el acusado de evitar la «pena de banquillo». Todos ellos resultan razonables y deben ser tenidos en consideración en la regulación y aplicación de la conformidad, tareas en las cuales tampoco puede perderse de vista la necesidad de conjurar los riesgos que una defectuosa normativa, o una irreflexiva práctica forense, pueden suponer para el derecho de defensa y el derecho a la igualdad del acusado, el derecho a la tutela de la víctima o los intereses de la justicia.

Y sobre la específica del juicio rápido, señala, así, Doig Díaz¹ que «la alternativa que brinda el artículo 801 LECrim para el juicio rápido y que extiende el artículo 779.1.5.^a LECrim al procedimiento abreviado resulta muy atractiva, al tratarse de la única conformidad que incorpora una reducción de un tercio de la pena solicitada por la acusación y la eventual posibilidad de suspender la ejecución de la pena».

Así las cosas, la conformidad premiada del artículo 801 LECrim supone una tremenda ventaja para el acusado por uno de los delitos que pueden tramitarse por la vía del juicio rápido y que cumplan los requisitos recogidos en el artículo 785.1 LECrim, a saber:

1.^a *Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente-*

¹ «La conformidad “premiada” en los Juicios Rápidos», por DOIG DÍAZ, Y., *La Ley*, 2701/2004.

te que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

2.^a Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

b) Delitos de hurto.

c) Delitos de robo.

d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.

e) Delitos contra la seguridad del tráfico.

f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.

g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.

h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

3.^a Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

El juicio rápido arrancó en un protocolo que personalmente coordiné en la Audiencia Provincial de Alicante en una experiencia piloto que fue remitida en su momento al Ministerio de Justicia y que dio extraordinarios frutos, lo que desembocó en la circunstancia de que el Ministerio promoviera una reforma que dio lugar a la LO 8/2002 y la 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

Supone esta fórmula una auténtica «oportunidad» para el acusado para pactar una rebaja considerable de la pena en el tercio respecto de la que pida el Ministerio Fiscal que es una verdadera opción de «acabar ya» con lo que podría suponer un procedimiento penal que no sabrá el acusado a dónde le llevará. Así, si éste cometió un delito que no revistiera gravedad puede el Estado darle la «oportunidad», y nunca mejor dicho, de recibir una pena reducida, de recibirla ya, y de iniciar la ejecución de inmediato, así como de evitar una negativa publicidad de un juicio, que siempre debe considerarse en personas a las que puede no interesar que esté abierta una causa penal contra ellos.

La «justicia rápida» es buena para el acusado que sabe y es consciente de que «se ha equivocado», pero que debe asumir la pena como respuesta del Estado de

derecho con respecto a la comisión del ilícito penal. Y donde más se aplica es, sobre todo, en delitos contra la seguridad del tráfico que no requieran de diligencias que llevar a cabo, porque la regla básica es que en ese atestado policial que se remite al juzgado «ya está todo» y permite al fiscal formular acusación.

Esta vía funciona con gran eficacia, sobre todo en el trámite de los delitos contra la seguridad vial, ya que son muchos los casos de alcoholemias, exceso de velocidad delictivo, desobediencia a agentes de la autoridad, o conducciones temerarias, que pueden concluir con un juicio rápido con reducción de la pena en un tercio, o casos de violencia de género del artículo 153 CP o en los casos de amenazas y coacciones (171 y 172 CP), en cuyo caso la conformidad permitirá imponer penas muy reducidas.

No obstante, frente a las indudables ventajas del juicio rápido no faltan autores como Sánchez Linde² que señalan que:

«En ocasiones llegar a una conformidad en este contexto puede no ser beneficioso para el acusado. En primer lugar y por la inmediatez de las actuaciones, tal vez el Abogado defensor dispone de poco tiempo para valorar la situación, los hechos del supuesto delito, y las posibles estrategias de defensa. De este modo, pudiera suceder que solamente por conseguir la reducción de la pena, pudiera perderse la posibilidad de una absolución o una condena aún inferior a la reducida; o lo que es peor, que el acusado esté dispuesto a admitir actos que no ha cometido.

Sabiendo además que en la práctica existe una gran saturación de casos en numerosos de los Juzgados de Instrucción —o mixtos— españoles, frecuentemente los funcionarios del Juzgado entregarán directamente el atestado policial al Abogado, que se verá obligado a examinarlo y cohesionarlo en poco tiempo con la declaración de su defendido».

II. ¿Cuáles son los presupuestos para que opere, pues, esta conformidad premiada?

A) No hay acusación particular. El fiscal presenta acusación.

Señala el artículo 800.2 LECrim que:

*2. Abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. **El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta***

² «La conformidad bonificada en los juicios rápidos en el sistema penal español», por Sánchez Linde, M., <<https://derechopenalonline.com/>>.

oralmente, procediendo entonces el Secretario del Juzgado de Guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral.

Con ello, una vez conocida la acusación que formula el Fiscal el acusado podrá aceptar la conformidad con la rebaja en el tercio de la pena.

1. La presentación del escrito de defensa y/o petición de plazo para hacerlo inhabilita acudir a la rebaja del tercio de la pena.

Continúa señalando el apartado 2.º del artículo 800 LECrim que:

Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto el Secretario judicial a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

Señala a este respecto Gimeno Sendra³ que «si la defensa ejercitara su derecho a la concesión de un plazo no superior de cinco días para presentar su escrito (art. 800.2.II), ya no podrá realizarse esta conformidad premiada, pues el indicado precepto se refiere a un escrito de defensa contradictorio, que habrá de ser presentado ante el Juez de lo Penal, quien podrá aceptar la conformidad contemplada en el artículo 787, pero no la del 801, que, como se ha reiterado, es una conformidad con sustanciales rebajas de pena, la cual tan sólo puede transcurrir ante el Juez de Instrucción, en el proceso abreviado o, ante el Juez de Guardia, en los juicios rápidos».

2. El día señalado para el juicio rápido podrá haber conformidad con la más grave de las acusaciones, pero no de la rebaja en el tercio de la pena.

Continúa el artículo 800.3 señalando que:

3. El Secretario del Juzgado de Guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a tal fin en los órganos judiciales enjuiciadores y ajustándose a lo prevenido en el artículo 785.2 de la presente Ley. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, de los señalamientos de juicios orales que realicen los Juzgados de guardia ante los Juzgados de lo Penal.

También se acordará la práctica de las citaciones propuestas por el Ministerio Fiscal, llevando a cabo en el acto el Secretario judicial las que sean posibles, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

³ «La conformidad “premiada” de los juicios rápidos», por GIMENO SENDRA, V., *La Ley*, 769/2004.

3. Diferencias entre si hay acusación particular y si no la hay.

La ley no estuvo en este punto muy «fina» cuando se refirió a la circunstancia de que hubiera, o no, acusación particular en la guardia, a la hora de aplicar la conformidad premiada. Parece de una primera lectura que solo cabría la misma en la rebaja del tercio si no haya acusación particular. Pero esta no puede ser en ningún caso la respuesta a este problema.

B) *Si no hay acusación particular* es el supuesto clásico en el que el artículo 800.2 LECrim se refiere al mismo. Así:

2. Abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Además de ello, añade Doig Díaz una circunstancia que puede darse, y que se desglosa en dos, a saber:

La posibilidad de que el Ministerio Fiscal no presente en el acto su escrito de acusación.

En ese supuesto, el Juez de Guardia se ve obligado a suspender la comparecencia y requerir al superior jerárquico que deduzca la acusación en el plazo de dos días (art. 800.5).

Tras dicho plazo, el Juez de Guardia reanudará la comparecencia y la defensa mantendrá la posibilidad de manifestar su conformidad con la acusación escrita. Si, por el contrario, el escrito de acusación no se presenta en el plazo de dos días, el Juez dictará auto de sobreseimiento libre en cumplimiento de la obligación legal contenida en el último apartado del artículo 800.5 LECrim.

Cuando el escrito de acusación es susceptible de ser presentado en el plazo de dos días, se plantean *dos interrogantes que no encuentran una respuesta expresa en la ley*:

1. En primer lugar, cuál será la manera de articular el traslado a los acusados de los escritos de acusación, a efectos de manifestar la conformidad; y,
2. En segundo lugar, *qué hacer si el Juez de Instrucción no se encuentra de Guardia.*

1. En cuanto al traslado de la acusación, ésta debe realizarse de modo que permita al acusado prestar su conformidad ante el Juzgado de Guardia con objeto de beneficiarse de la rebaja de la pena prevista en el artículo 801. Cabe por tanto que se cite al acusado a una comparecencia posterior para efectuar en ella el traslado y que decida si se conforma con la acusación, o bien cabe un traslado con emplazamiento para comparecer ante el Juzgado de Guardia y mostrarse conforme con la acusación o para presentar el escrito de defensa ante el Juzgado de lo Penal. Otra de las fórmulas de garantizar la presencia del imputado

tado en la comparecencia, sin duda extrema pero practicada en algunos Juzgados, es que se disponga su detención judicial, que no podrá —como establece el art. 497— superar las 72 horas.

2. La segunda interrogante sin respuesta expresa en la ley es la posibilidad de que el Juez de Instrucción no se encuentre de Guardia. En dicho supuesto será preciso poner el artículo 800.5 en relación con el artículo 801 LECrim, e interpretarlos de forma flexible, de modo que si el legislador desea que la conformidad premiada se preste durante el Servicio de Guardia, ha de contemplarse como una excepción que el Fiscal no formule la acusación en el acto.

En ese caso, el Juez de Guardia reanudará la comparecencia al día siguiente en su Juzgado con el objeto de abordar la conformidad. En cualquier caso, habida cuenta del beneficio de reducción de pena que la Ley anuda a la conformidad prestada ante el Juzgado de Guardia, carecería de sentido que el acusado se viese privado de la posibilidad de obtener ese beneficio precisamente como consecuencia de una actuación del Fiscal —no formular su acusación de inmediato— que la Ley contempla como irregular.

Si la ley consideró la posibilidad de que el Fiscal no formulara la acusación en el plazo indicado, también debía prever un plazo adicional para la formulación del escrito de defensa. Y así lo establece el artículo 800.2 LECrim al contemplar la posibilidad de que el acusado solicite la concesión de un plazo para la presentación del escrito de defensa. En este escenario, el Juez fijará prudencialmente el plazo de presentación dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación. Como bien advierte Gimeno Sendra, en este caso, ya no podrá celebrarse la conformidad premiada, pues el indicado precepto se refiere a un escrito de defensa contradictorio, que habrá de ser presentado ante el Juez de lo Penal, quien podrá aceptar la conformidad contemplada en el artículo 787, pero no la del artículo 801, que entraña una sustancial rebaja de la pena.

C) *Hay acusación particular* en la jornada de guardia.

Señala el apartado 4.º del artículo 800 LECrim que:

4. Si se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de guardia, éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2.

La remisión al apartado 2 debe dar a entender que cabe la conformidad por rebaja en el tercio de la pena, aunque podría entenderse que ello lo impide el artículo 801 LECrim que refiere que se aplica el artículo 801 LECrim cuando no hay acusación particular, pero nótese que no es posible entender que la circunstancia de que exista acusación particular debe impedir que el acusado no

pueda conformarse con la rebaja en el tercio de la pena. Lo que ocurrirá es que la defensa podrá conformarse con la más grave de las acusaciones y sobre ello se construiría la rebaja en el tercio de la pena. No puede existir una indefensión tal que se derive que la existencia de acusación merme un derecho del acusado. Lo que concurrirá es que la defensa debería conformarse con la acusación particular si su acusación fuera superior a la del Fiscal, pero no puede tener efectos impositivos, aunque la redacción del artículo 801 LECrim da lugar a confusión, pero cuando el artículo 800.4 se remite al apartado 2.º del artículo 800, éste remite, a su vez, «al artículo siguiente» y es en el apartado 2.º del artículo 801 LECrim cuando se da vía libre al juego de la rebaja en el tercio de la pena.

Este es el criterio de la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado cuando señala que:

«Cuando se otorga al Fiscal un plazo de cuarenta y ocho horas para evacuar por escrito su calificación bien porque se ha personado acusación particular (art. 800.4 LECrim), bien porque se ha elevado la causa al superior jerárquico para que supla la inactividad del Fiscal encargado del asunto (art. 800.5 LECrim), el acusado también debe manifestar su conformidad de manera inmediata al traslado de los escritos de calificación si quiere beneficiarse de la reducción de condena del art. 801 LECrim».

También recordemos con respecto a la existencia de acusación particular que el artículo 801.5 LECrim señala que:

5. Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores.

Así es, como señala Gimeno Sendra «en tal supuesto, el artículo 800.4 se remite a su apartado segundo, que autoriza a la defensa a prestar su conformidad a la petición de pena más alta de ambas acusaciones o, como señala, el artículo 801.5 “con la más grave de las acusaciones”».

Pero ello no debe impedir el juego remisorio del artículo 800.4 (cuando hay acusación particular) al apartado 2.º del artículo 800 y de éste al artículo 801.2 LECrim que es donde se permite la rebaja en el tercio de la pena, en este caso, «con la más grave de las acusaciones».

Como ya hemos expuesto, este es el criterio claro de la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado en cuanto afirma que «La ausencia de acusación particular, requisito que parece exigirse del tenor literal del artículo 801.1.1.º, no constituye una genuina condición de la aplicación del beneficio. Como se encarga de precisar el párrafo 4 del artículo 801 LECrim, si hubiere acusador particular en

la causa el acusado podrá —en su escrito de defensa— prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores. Hay que entender que *en este supuesto también se aplica el efecto reductor de la condena, si concurren el resto de las condiciones legales previstas para ello*».

Las razones de esta confusión en relación a la concurrencia, o no, de la acusación particular y si se puede aplicar la conformidad premiada en los casos en los que hay acusación particular la da González Cuellar al recordar que: «Pese a la redacción del párrafo primero del artículo 801.1.1.º que no se haya constituido acusación particular no es requisito alguno, pues posteriormente el apartado cuarto del mismo precepto prevé expresamente la aplicación del régimen de la conformidad privilegiada en proceso en el que participe acusador particular. En realidad, la referencia a la acusación particular contenida en el artículo 801.1.1.º es la *consecuencia, técnicamente deplorable, de no haberse depurado la redacción de la norma después de que prosperara en el Senado la enmienda que propició que la conformidad privilegiada pueda tener lugar en procesos en los que se haya mostrado parte la acusación particular*».

Añade Doig Díaz que «La presencia de la acusación no supondrá, en todo caso, un obstáculo para la conformidad. Debe recordarse que el régimen de la conformidad beneficiada trae una ventaja sustancial para la acusación particular, cual es la posibilidad de una pronta reparación. En segundo lugar, su intervención tampoco afectará, en todo caso, a la celeridad puesto que la norma establece un límite máximo de dos días para que las partes acusadoras evacuen su escrito acusatorio, y dicho plazo no tendrá que agotarse necesariamente (37). Y, por último, no debe pasar inadvertido que negar a la acusación particular la posibilidad de participar en la conformidad constituye una vulneración de su derecho a la tutela *judicial efectiva, en su vertiente del derecho de libre acceso al proceso*».

5. Requisitos para la conformidad premiada del artículo 801 LECrim.

Los recoge el artículo 801 LECrim, a cuyo tenor:

1. *Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:*

1.º *Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.*

2.º *Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.*

3.º *Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.*

Esta opción es importante porque permite el acusado concluir ya con el problema y rebajarle la pena en un tercio. Ciertamente y verdad es que el acusado podría conformarse más tarde en el juicio, o cuando exista acusación particular, pero ahí se aplicaría la vía del artículo 787 LECrim, a cuyo tenor:

*1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a **dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior.** Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.*

El límite en la conformidad en general es que la pena no puede exceder de seis años de prisión, pero en la «premiada» es menor. Tres años como pena en abstracto. Y dos años de prisión una vez reducida en el tercio.

Así, en cuanto al ámbito de las penas a aplicar los límites son los siguientes:

1. Que los hechos hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.
2. Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

El objetivo es que pueda pactarse la suspensión de la ejecución de la pena y respecto a la acusación la clave está en cuál sea la acusación, pero referido a delito castigado con pena de hasta tres años de prisión.

Señala Doig Díaz que: «con el fin de determinar el ámbito objetivo de la conformidad premiada se tendrá en cuenta la pena en abstracto del delito, con independencia de la que pudiera ser solicitada por la acusación en atención a las circunstancias concurrentes».

Nótese que conforme señala la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado:

«La gravedad abstracta del delito: la acusación debe referirse a hechos delictivos que tengan asignada en la Ley una pena de prisión no superior a los tres años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o pena de distinta naturaleza de duración no superior a diez años; en ningún caso se beneficia de la reducción de pena el delito que exceda estos límites, aunque luego, mediante la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena —en función del grado de desarrollo delictivo, forma de participación,

conurrencia de eximentes incompletas o circunstancias de atenuación muy cualificadas o privilegiadas, error vencible de prohibición, etc.— se venga a fijar la pena en una extensión no superior a los indicados límites.

La previsión legal circunscribe esta modalidad especial de conformidad a delitos castigados con pena de prisión de naturaleza menos grave [art. 33.3 a) CP] y a cualesquiera otros delitos comprendidos en la esfera de competencia del Juez de lo Penal (art. 14.3.º CP) a quien corresponde después la ejecución de lo fallado (art. 801.1 LECrim), lo que abarca los delitos castigados con pena privativa de libertad diversa de la prisión con multa —con su correspondiente responsabilidad personal subsidiaria— y los castigados con penas de otra naturaleza cuya duración no exceda de 10 años».

Plantea con acierto Doig Díaz un problema en torno a la pena en abstracto que opera como límite en los tres años de prisión y los subtipos agravados o atenuados. Así:

«En aquellos delitos que llevan aparejadas penas que exceden del límite punitivo de la conformidad pero que, al tiempo, confieren la posibilidad de imponer una pena inferior —que sí estaría dentro del límite del art. 801—, habrá que atender al carácter preceptivo o facultativo de la degradación.

Sólo en el primer caso, cuando la pena se rebaja necesariamente en función de determinadas circunstancias concurrentes, estaremos ante un subtipo privilegiado que permitirá la conformidad.

Si, por el contrario, la pena tipo —comprendida entre los límites del art. 801— es susceptible de ser elevada, quedando así fuera del límite señalado, la solución pasa por negar la conformidad.

La cuestión es muy clara *si la elevación es preceptiva: se trata de un subtipo agravado que excede de los límites del art. 801.*

Ahora bien, *si la agravación de la pena es facultativa (v. gr., un delito castigado con pena inferior a tres años de prisión pero facultativamente pueda incrementarse esa penalidad), ha de entenderse que no podrá conformarse, ya que el establecimiento de una pena que facultativamente puede ser elevada ha de ser entendido como la fijación de una pena alternativa y podría vulnerar el principio de seguridad jurídica».*

Como sostiene Moreno Verdejo, parece que en el caso de concurrencia de subtipos privilegiados que permiten una reducción de la pena, como es el caso del robo con violencia o intimidación atenuado del artículo 242.3 CP, habrá de tomarse en consideración la pena reducida y no la del tipo básico

Continúa Doig Díaz señalando que:

«*La tentativa y formas de participación:*

Siempre en relación con la pena en abstracto que determina el ámbito de conformidad beneficiada, cabe destacar una interpretación que a nuestro juicio supera el ámbito previsto por el legislador.

Se trata de computar, a los efectos de determinar la pena del delito objeto de acusación, los *supuestos de responsabilidad penal por tentativa o las variantes de participación* dado que, a los autores de la tentativa del delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, mientras que en el caso de los cómplices se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito (art. 62 CP).

En el caso de la tentativa, entienden los defensores de esta postura que su interpretación es la más acorde con el tratamiento autónomo o específico que el Código Penal da a la tentativa del delito en orden a la determinación de la pena aplicable.

En cuanto a la complicidad, el argumento sobre el que se sustenta sus tesis, es el de los requisitos de la acusación que, de acuerdo con el artículo 650 LECrim, de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos, no sólo ha de calificar legalmente los hechos, determinando el delito que constituyan, sino que también debe concretar la participación que el acusado ha tenido en la realización de esos hechos, de modo que si la acusación considera que el sujeto ha participado en los hechos en calidad de cómplice, es lógico que, a los efectos del límite punitivo, se deba tener en cuenta la pena máxima que, en abstracto, se podía imponer al acusado por su participación en los hechos delictivos.

Dicho argumento, sirve también para postular que *no deberá excluirse la conformidad beneficiada cuando se haya apreciado la concurrencia de una o varias circunstancias atenuantes, una eximente incompleta o alguna atenuante muy cualificada»*.

Conclusión ante esta opción:

Sin embargo y pese a ello, la conclusión a la que llega la autora antes citada con acierto es la de que *«no resulta congruente con el espíritu de la conformidad computar la tentativa o la complicidad a los efectos de determinar la pena puesto que, aplicando las reducciones de un grado o dos previstas en cada caso en el Código Penal, se podrían beneficiar quienes cometieron delitos graves, desnaturalizando de esa forma la voluntad del legislador»*.

Con respecto a si la responsabilidad personal subsidiaria que se podría imponer en el caso de impago de multa podría acumularse a la de dos años de prisión para impedir acudir a la rebaja en el tercio de la pena hay que apuntar que no puede acumularse para impedirlo en consonancia con lo dispuesto en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, a cuyo tenor:

«Con respecto a la responsabilidad personal subsidiaria en este caso nos encontramos con una pena privativa de libertad que no se impone directamente al reo, sino como medio de realización subsidiaria de una pena de

naturaleza pecuniaria. La Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, en un supuesto semejante, se pregunta si en el cómputo del límite de dos años de privación de libertad exigido en el artículo 81.2.^a CP para la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la condena se deben integrar los días de privación de libertad impuestos a consecuencia del impago de una multa y, tras extensa argumentación con cita jurisprudencial, se decanta por la respuesta negativa en el entendimiento de que no es admisible asimilar la multa y la pena de prisión para justificar la negación de un beneficio como la suspensión condicional; esta doctrina encuentra nuevo encaje por identidad de razón en el supuesto de la conformidad privilegiada del artículo 801 LECrim».

Con ello, la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP impuesta en caso de impago de la multa no se sumará a la pena privativa de libertad solicitada por el Fiscal para impedir que se pueda aplicar la rebaja en el tercio de la pena *ex* artículo 801.2 LECrim.

Se plantea una cuestión muy interesante Gómez Angulo⁴, al exponer si ¿Debe estarse a la pena individualizada de cada delito investigado, o es necesario sumar las correspondientes a los distintos delitos imputados?, señalando que:

«Para determinar si pueden incoarse diligencias urgentes de juicio rápido hay que estar a la pena individualizada de cada uno de los delitos imputables a un mismo sujeto sin necesidad de sumar las correspondientes a los distintos delitos imputables. Es por tanto factible incoar diligencias urgentes y tramitar como juicio rápido tres delitos de robo violento o tres delitos básicos de agresión sexual».

6. Control de la conformidad por el juez de guardia y rebaja del tercio de la pena sobre la acusación en relación a la que gira la conformidad.

Señala el artículo 801.2 LECrim al respecto que:

2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

¿Y si la acusación del Fiscal fue la que impidió que el acusado se conformara con la rebaja en el tercio de la pena? ¿Podría alegarse esta circunstancia en

⁴ «La conformidad en los juicios rápidos. Sus conexiones con el Juzgado de lo Penal y con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aplicación de la Ley Orgánica 1/2004», por Gómez Angulo, J., Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción, n.º 8, de Alicante.

el juicio ante el juzgado de lo penal y reclamar la defensa que se aplicara la rebaja en el tercio de la pena?

Partidario de esta opción es González Cuellar que señala con acierto que:

«La conformidad privilegiada es, como se ha dicho, una atenuante que produce un efecto especial: reduce la pena en un tercio. Esencialmente la actuación del imputado que legalmente se considera merecedora de la atenuación consiste en un reconocimiento de un hecho constitutivo de delito que no alcanza determinada gravedad y la aceptación de la imposición de una pena hasta un cierto límite.

Pues bien, en los supuestos en los que se produzca tal actuación del imputado se hará merecedor de la reducción de la pena, con independencia de la actuación de la acusación, que, como con anterioridad se expuso, puede haber impedido la conformidad privilegiada mediante una calificación jurídica incorrecta o una injustificada petición de pena. Tal reducción de pena, en tales casos, habrá de basarse en la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP apreciada como muy cualificada, lo que, conforme al artículo 66.1.2.^a del mismo texto legal, posibilitará la reducción en un tercio.

Idéntica solución parece la adecuada al tratamiento punitivo en la sentencia condenatoria del acusado que no haya podido disfrutar de la reducción de pena de la conformidad privilegiada simplemente por el hecho de no haber manifestado su conformidad todos los acusados. Y también cuando se haya seguido el proceso común frente a un acusado, que haya reconocido los hechos en fase de instrucción, por un delito castigado con pena abstracta no superior a tres años, lo cual puede suceder en aplicación de las reglas de la conexidad. Si dicho acusado se conforma, o muestra su disposición a conformarse si la conformidad es posible, merece la reducción a través de la aplicación como muy cualificada de la atenuante analógica. De este modo quedan salvados los problemas de discriminación entre acusados que la conformidad privilegiada puede generar».

7. Acuerdo sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

Una de las ventajas de esta vía es que en el paquete conjunto de la conformidad premiada el acusado se lleva la rebaja en el tercio y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Señala, así, el apartado 3.º del artículo 801 LECrim que:

3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3.^a del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1.^a del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acredi-

tado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

Sobre la competencia de acordar la suspensión de la ejecución de la pena señala la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado que una vez alcanzada la conformidad en los términos del artículo 801 LECrim las actuaciones no se remiten al Juez de lo Penal (como sucede en los supuestos clásicos recogidos en el art. 784.3 LECrim) sino que permanecen en el Juzgado de Instrucción para el dictado de la sentencia, reservándose la competencia del Juez de lo Penal exclusivamente para la ejecución de lo fallado, a excepción del pronunciamiento sobre suspensión o sustitución de la pena que corresponde al Juez de Instrucción (art. 801.2).

Es necesario que se asegure el juez el compromiso serio y formal del pago de la responsabilidad civil, a fin de no crear de este sistema una burla a las víctimas del delito, a fin de que se aplique el artículo 81.3 CP en cuanto a la efectiva reparación del daño. Así, si no se paga ésta en el acto deberá existir un compromiso serio de pago aplazado y con los requerimientos y advertencias necesarios de las consecuencias del impago.

Sobre las dos vías del apartado 3.º del artículo 801 LECrim señala Gimeno Sendra que:

«A) Al pago de la responsabilidad civil.

Para el logro de tales finalidades, el número tercero del artículo 801.1 faculta al Juez a conceder la suspensión de la pena privativa, siempre y cuando el acusado manifieste su “compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije”.

Tales responsabilidades civiles habrán de haber sido fijadas previamente por las partes, sin que pueda el Juez, a diferencia de la pena, rebajar el quantum de la indemnización (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1992).

Naturalmente el precepto no se opone a que el acusado, si fuera solvente y tuviera liquidez suficiente, indemnice inmediatamente a la víctima en la misma guardia. Pero, en cualquier otro caso, debe el Juez fijarle un “plazo prudencial”, que puede entrañar incluso una moratoria, para que obtenga la disponibilidad crediticia suficiente para poder reparar al perjudicado. Si incumpliera su compromiso en el indicado plazo, el Juez de lo Penal podrá acordar alguna de las soluciones previstas en el artículo 84.2, incluida la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena impuesta (art. 85), pues

la suspensión de la ejecución de la pena no implica la de la responsabilidad civil (art. 80.3 del CP), sino, antes al contrario exige su puntual satisfacción (art. 81.3).

Señala Doig Díaz que “no sólo el Ministerio Público y el acusado serán los directos beneficiados del nuevo modelo de conformidad, sino también la víctima, que podrá obtener una pronta reparación del daño causado, puesto que una de las condiciones de la suspensión de la pena privativa de libertad será el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije”.

B) A la rehabilitación del toxicómano.

Idéntica solución contempla el artículo 801.3 con respecto a la rehabilitación de los alcohólicos o drogodependientes. Cuando sea necesaria la obtención de una certificación, expedida por una entidad sanitaria reconocida u homologada, acreditativa de su desintoxicación, el Juez de Guardia podrá fijar también al acusado un “plazo prudencial” para obtenerla, finalizado el cual si su aportación al Juez de lo Penal, podrá éste revocar la suspensión y ordenar el cumplimiento de la pena privativa de libertad».

¿Qué ocurriría si el penado incumple las condiciones impuestas? ¿Qué ocurriría si, por ejemplo, reincide? ¿Se ejecutaría la pena que era objeto de acusación y no la reducida en el tercio al haber quebrantado las condiciones de la suspensión?

Señala con acierto la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado que:

«Se introduce —sin embargo— cierta modulación del rigor de exigibilidad de algunos presupuestos de la suspensión condicional en atención a la celeridad que se desea imprimir al trámite de la conformidad privilegiada para asegurar la inmediatez de las decisiones judiciales de reducción de pena y de aplicación de beneficios. En particular, el requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles (art. 81.3.^a CP) se flexibiliza, bastando el compromiso del acusado de satisfacerlas en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia determine; asimismo, en los casos especiales del artículo 87.1.1.^a CP bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión el compromiso del acusado de obtener la certificación de que se encuentra deshabitado a las drogas o en tratamiento de deshabitación (art. 801.3 LECrim).

El incumplimiento de estos compromisos traerá consigo la revocación de la suspensión condicional de la pena y la ejecución de la pena reducida en un tercio que le fue impuesta en sentencia, mas no de la pena inicialmente solicitada».

En efecto, las obligaciones se centran en:

1. No delinquir en el período de suspensión
2. Cumplir con el compromiso de pago de las responsabilidades civiles.
3. Obtener la certificación de que, en su caso, está deshabitado o que se compromete a llevar a cabo los programas necesarios para tal finalidad.

Pero aunque existe cierta flexibilidad el incumplimiento de las medidas conllevará el ingreso en prisión al revocarse la suspensión de la ejecución de la pena.

8. Conformidad en la rebaja en el tercio de la pena, pero no en la responsabilidad civil.

Debería admitirse esta opción, dado que nada impide que el acusado acepte la responsabilidad penal, pero discrepe del quantum de la responsabilidad civil, en cuyo caso señala la antes citada Circular que:

«La no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil, en los términos establecidos en los artículos 695 y 700 LECrim, obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que —como reza el art. 695— la “discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil (...) terminado el acto el tribunal dictará sentencia”.

Ahora bien, la pena conformada a imponer por el Juez de lo Penal tras la celebración del juicio para determinar las responsabilidades civiles: ¿irá o no reducida en un tercio? Partiendo de la posibilidad que brinda la ley de disociar conformidad penal y seguimiento del juicio exclusivamente para la responsabilidad civil, ha de permitirse la aplicación analógica de esa rebaja de penalidad al Juez de lo Penal cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil».

Señala al respecto González Cuellar que:

«Objeto contingente de la conformidad puede ser la pretensión civil de restitución, reparación o indemnización derivada de los hechos. En caso de que, junto con la pretensión penal, sea interpuesta la pretensión civil, el acusado puede aceptarla, allanándose a ella, o rechazarla, en cuyo caso “se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”, tal y como establece el artículo 655.5.º, el cual rige también, por su supletoriedad, en el proceso abreviado y en el “juicio rápido”, pues en la regulación específica de dichos procesos no se establece previsión alguna al respecto.

Aplicada a la conformidad privilegiada del artículo 801, tal solución es merecedora de crítica, y debería haber sido evitada mediante la inclusión de una disposición específica en la citada disposición que hubiera establecido, como requisito, la aceptación de la responsabilidad civil solicitada. Ciertamente, no es razonable que el acusado pueda beneficiarse de la reducción de pena sin allanarse a la pretensión civil, la cual habrá entonces de ser enjuiciada por el propio Juzgado de Instrucción en la sentencia, tras la celebración de juicio.

Distinto criterio expresa la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado (FGE), según la cual, en caso de disconformidad con la responsabilidad civil por parte de algún acusado o tercero responsable, ha de remitirse la causa al Juzgado de lo Penal para la celebración de juicio, con el fin de que sea discutida la pretensión civil conforme al artículo 695. En la sentencia —sostiene la indicada Circular— el Juez de lo Penal puede aplicar analógicamente la reducción de pena en un tercio “cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil”.

También añade este autor que: «No es necesaria, sin embargo, la conformidad del tercero responsable civil, pues la ausencia de conformidad relativa a la pretensión civil no priva a la conformidad sobre la pretensión penal de sus efectos, y tiene como única consecuencia la continuación del juicio con el exclusivo fin del enjuiciamiento de la misma (art. 655.5.º)».

En cualquier caso es importante reseñar que una vez fijada la responsabilidad civil debe abonar la misma el penado, ya que su incumplimiento determinaría la posible suspensión de la ejecución de sentencia que se hubiere acordado.

9. No conformidad de todos los acusados en la guardia. ¿Pierde el que se quería conformar la rebaja en el tercio de la pena?

En absoluto. Debería constar quién se quiso conformar a los efectos de que el Fiscal modifique su escrito de calificación adecuando para éstos la rebaja en el tercio de la pena.

Recuerda Doig Díaz que apuesta por entender que en el juicio ante el juez de lo penal la fiscalía aplicaría esa rebaja en el tercio de la pena a los que querían conformarse, y destaca la «Fiscalía General en la Circular 1/2003 para los supuestos en los que se frustra la conformidad por cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil y se prosigue el trámite ordinario como disponen, supletoriamente, los artículos 695 y 700 LECrim».

En dichos supuestos el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que «la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil». La continuación del procedimiento a los únicos efectos de determinar únicamente la responsabilidad civil conduce a la Fiscalía General

a preguntarse si tras la celebración del juicio la pena que habrá de imponer el Juez de lo Penal irá o no reducida en un tercio.

En opinión de la Fiscalía General no existe inconveniente alguno en que el Juez de lo Penal aplique dicha reducción, puesto que la ley contempla la posibilidad de disociar entre la conformidad penal, por una parte, y el seguimiento del juicio exclusivamente para la responsabilidad civil, por otra. De acuerdo con tal razonamiento, el Juez de lo Penal podrá aplicar analógicamente la reducción de un tercio de la pena cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil.

Aplicado dicho razonamiento a la pluralidad de acusados y a la negativa de algunos a conformarse en la Guardia, consideran razonable aplicar el beneficio por una cuestión de justicia material y de respeto al principio de igualdad, que podría verse infringido al tratar por iguales a quienes se distinguen por sus conductas.

De todas maneras, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto sobre esta cuestión, admitiendo la conformidad parcial en dos sentencias⁵, a saber: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 280/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 3789/2018 y Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 287/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 3261/2018. En las mismas se concluye que:

1. En el caso de que intentada la conformidad anticipada antes del día del juicio unos acusados se conformen y otros no, no será posible excluir del juicio a los que se conformen, ya que éstos deberán acudir al juicio y conformarse en sede de juicio oral, no siendo válido una conformidad anticipada en la oficina judicial, sino que en este caso deberá producirse el día del juicio oral.
2. La conformidad debe prestarse, por ello, en juicio oral en juicios con varios acusados cuando no todos se deseen conformar con la más grave de las acusaciones.
3. En estos casos el Tribunal no puede dictar sentencia de conformidad respecto a los que se conforman en ese acto, sino que el juicio debe seguir adelante y celebrarse. Otra cosa es que refleje en la sentencia respecto a los que se conforman lo que se haya acordado en relación a la acusación y su aceptación de hechos y pena por los acusados que optan por la conformidad.
4. En estos casos se ordenará la continuación del juicio, no pudiendo marcharse los acusados que se han conformado, ya que el juez o Presidente

⁵ «Criterios jurisprudenciales de actualidad acerca de la conformidad parcial de algunos acusados en el juicio oral», Magro Served, V., Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Doctor en Derecho, *Diario La Ley*, n.º 9690, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2020.

del Tribunal deberá dar opción a las defensas de los acusados que no se han conformado para que les interroguen a los que lo han hecho.

5. Los acusados que se han conformado podrán negarse a contestar a las preguntas que se les formulen.
6. Una vez cubierto este trámite podrán interesar sus defensas si pueden abandonar la Sala, pudiendo concederse este derecho por el Tribunal, aunque debiendo comparecer el último día para el ejercicio del derecho de última palabra, ya que el juicio continuó en toda su integridad.
10. La fórmula residual del artículo 779.1.5.º LECrim.

Sobre esta opción señala la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado que:

«La conformidad especial del artículo 801 LECrim resulta operativa en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción después de pronunciado el auto de incoación de procedimiento para enjuiciamiento rápido (art. 798.2.1.º LECrim).

Ahora bien, el legislador ha querido que dicha conformidad beneficiada prevista para el juicio rápido alcance también a los delitos —incluidos en el ámbito de esta modalidad de conformidad— que se tramiten mediante procedimiento abreviado. Ello será posible en fase de instrucción de diligencias previas con anterioridad al pronunciamiento del auto de transformación a procedimiento abreviado a tenor de lo previsto en el artículo 779.1.5.ª LECrim.

Cuestión esencial es la definición del ámbito temporal de aplicación del beneficio, pues la conformidad minorativa de la pena convive con el régimen clásico de conformidad (art. 787 LECrim), y sólo pretende beneficiar el consenso alcanzado en momentos muy precisos. Tratándose del procedimiento especial de enjuiciamiento rápido, el acusado debe manifestar su conformidad en el momento mismo en que recibe traslado de la calificación del Fiscal (art. 800.2 LECrim).

La conformidad sustituye a la presentación de escrito de calificación provisional de la defensa.

Se evita así, efectivamente, el señalamiento de juicio y la citación de las partes, de modo que *si la defensa formula una calificación contradictoria, o solicita del Juez de Instrucción plazo para evacuar su calificación, pierde el derecho a beneficiarse de la reducción de condena, aun cuando pueda articularse después una solución consensuada por el trámite común de los artículos 784.3 y 787 LECrim.*

Cuando se otorga al Fiscal un plazo de cuarenta y ocho horas para evacuar por escrito su calificación bien porque se ha personado acusación particular (art. 800.4 LECrim), bien porque se ha elevado la causa al superior

jerárquico para que supla la inactividad del Fiscal encargado del asunto (art. 800.5 LECrim), el acusado también debe manifestar su conformidad de manera inmediata al traslado de los escritos de calificación si quiere beneficiarse de la reducción de condena del artículo 801 LECrim.

Así las cosas, debemos destacar que en el procedimiento abreviado es posible articular esta modalidad especial de conformidad durante la tramitación de las diligencias previas, antes de su transformación en abreviado. Si en esta fase el imputado asistido de su Abogado reconoce los hechos a presencia judicial y los mismos se encuadran en los límites del artículo 801, el Juez de Instrucción incoa diligencias urgentes para enjuiciamiento rápido a fin de formalizar en el seno de las mismas la conformidad beneficiada con reducción de pena (art. 779.1.5.^a LECrim). Sin embargo, una vez emprendida la fase intermedia mediante la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 789.1.4.^a LECrim) debe darse por precluida la posibilidad de aplicar el régimen especial de conformidad, sin perjuicio de la aplicación —en su caso— de la modalidad ordinaria de conformidad prevista en los artículos 784.3 y 787 LECrim si la solución consensuada se lograse con posterioridad.

La delimitación temporal de la conformidad especial revela que uno de los fundamentos del beneficio de la reducción de pena radica precisamente en la temprana manifestación por el imputado de su voluntad de conformarse y de su disposición a simplificar el proceso; la conformidad manifestada fuera de los momentos procesales descritos producirá los efectos prevenidos en el artículo 787 LECrim, pero no se beneficia de la reducción de condena».

Así las cosas, podemos señalar que también si se hubieren incoado diligencias previas es posible «dar marcha atrás» y que el investigado reconozca de inmediato los hechos. Así, se contempla que:

5.^a Si, en cualquier momento anterior, el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

Sobre ello apunta Gimeno Sendra que:

«De la exégesis de este precepto (introducido mediante enmienda en el Congreso, pues en la proposición de Ley tan solo se preveía esta conformidad para los juicios rápidos) se infiere claramente que, para la adopción de la conformidad, es necesaria la observancia de los siguientes requisitos:

a) en primer lugar, que se hayan incoado unas “Diligencias Previas”, por lo que no es reclamable esta conformidad en los sumarios ordinarios,

ni en la instrucción del Jurado, si bien, en la práctica, a estas instrucciones se suele llegar por conversión de las Diligencias Previas, en cuyo seno podrá adoptarse la conformidad;

b) en segundo, que el Juez de Instrucción no haya dictado todavía el auto de conclusión o de continuación de las Diligencias Previas (“en cualquier momento anterior”);

c) en tercer lugar, que el imputado, asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos a presencia judicial, requisito que, como se ha dicho, no es necesario observar en los juicios rápidos y cuyo fundamento obedece al deseo del legislador de que se hagan merecedores de esta conformidad premiada exclusivamente aquellos imputados que, a través de su confesión, manifiesten su arrepentimiento y deseo de reinserción;

d) que se cumplan con los demás elementos materiales, trazados por el artículo 801.

Cuando concurran todos estos requisitos, el Juez convocará a las partes a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. Tal y como, con razón, afirma Juanes Peces, el órgano competente para esta conformidad es el propio Juez de Instrucción que está conociendo de las Diligencias Previas y no, como pudiera pensarse el Juez de Guardia a quien el de Instrucción podría remitirle esta Diligencias, y ello, porque el último apartado del artículo 779.1.5.^a le ordena incoar “Diligencias Urgentes”, efectuando tan sólo este precepto la remisión normativa al procedimiento de la conformidad, contemplado en los artículos 800 y 801.

Esta convocatoria, a la que se refiere la norma, no puede ser otra, sino a la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 800.2 con la especialidad de que ha de abrirse sin que las partes hayan tenido previamente que solicitar y el Juez adoptar el auto de apertura del Juicio Oral. Pero, a diferencia de la conformidad-allanamiento que contempla dicho precepto, aquí hay que formular “escrito de acusación —no cabe, por tanto, acusación oral— con la conformidad del acusado”, es decir, las partes acusadoras habrán de comparecer con la conformidad ya “negociada”, lo que permite encuadrarla dentro de los “negocios jurídicos procesales”.

Si las partes presentan, pues, escritos de acusación en los que el imputado ha reconocido la comisión del hecho y acepta el cumplimiento voluntario de la mayor pena propuesta por las partes acusadoras, todo ello con su ratificación personal y la de su Abogado, y el Juez estimara que se cumplen los requisitos del artículo 801, transformará las Previas en “Diligencias Urgentes” (único supuesto de esta transformación) y procederá a dictar sentencia de conformidad en los términos del artículo 801».

A estos efectos añade la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado que:

«En diligencias previas del procedimiento abreviado, si el imputado asistido de Abogado ha reconocido los hechos a presencia judicial, el artículo 779.1.5.^a LECrim ordena la convocatoria por el Juez de Instrucción del Ministerio Fiscal y de las restantes partes a una comparecencia para que manifiesten si formulan escrito de calificación de conformidad.

Se entiende que la comparecencia tiene por objeto, a partir del reconocimiento de los hechos, el desarrollo completo de un acuerdo de voluntades apto para poner fin anticipadamente al proceso, lo que demanda una calificación concertada de los hechos y una determinación concorde de la pena o penas a imponer y de las restantes consecuencias jurídicas.

Exige la norma además que se documente el acuerdo mediante escrito de acusación con la conformidad del acusado. Dado que la filosofía de la reforma procesal es conseguir la máxima flexibilización de los trámites, puede admitirse que la documentación del acuerdo se realice en la misma acta de la comparecencia levantada por el Secretario Judicial, siempre y cuando recoja en su integridad todos los elementos integrantes de la calificación conjunta que va a posibilitar la conclusión anticipada del proceso. Esta posibilidad se armoniza con el efecto inmediato del acuerdo, que no es otro que la conversión de las diligencias previas en procedimiento para el enjuiciamiento rápido, en el que la calificación conjunta puede formalizarse verbalmente (art. 800.2 LECrim).

El tenor de la norma atribuye al Juez la iniciativa de la convocatoria, si bien *nada se opone a que sean el Fiscal y la defensa quienes insten la celebración de la comparecencia para formalizar un acuerdo previamente alcanzado*. Esta salida será la más común en la práctica, pues las soluciones consensuadas suelen ser fruto de la negociación extraprocesal y resultan difícilmente reducibles a un esquema predeterminado de ordenación procedimental.

Por la misma razón, en la medida en que la conformidad beneficiada se admite hasta el momento en que se transforman las diligencias previas en procedimiento abreviado, *no cabe descartar la posibilidad de que el imputado que no hubiere reconocido inicialmente los hechos pueda ulteriormente alcanzar un acuerdo con el Fiscal y solicitar en su beneficio la aplicación del trámite del art. 779.1.5.^a LECrim, en cuyo caso el reconocimiento de los hechos se produciría en la misma comparecencia».*

Esta es la única opción de «segunda oportunidad» de la que dispone el investigado si se hubiere dado inicio a las diligencias como previas, y pese a que inicialmente no lo hubiere reconocido con esta fórmula pueda aprovecharse de este beneficio penal de la rebaja en el tercio de la pena.

Incluso hay que recordar que la Fiscalía General del Estado en su Instrucción n.º 1/2003, de 7 de abril, sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones con motivo de la Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concluye que la reforma procesal de 2002 potencia la solución nego-

ciada del proceso y promueve que se facilite la relación entre los Fiscales de Guardia y las Defensas.

11. La reducción del tercio de la pena.

Señala la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado que:

«El efecto inmediato de la conformidad privilegiada, una vez homologada por el Juez de Instrucción en ejercicio de la función de control de su adecuación legal que le atribuye el artículo 787 LECrim, es el pronunciamiento de una sentencia por el mismo Juez en la que se reducen en un tercio las penas solicitadas por la acusación, tanto las privativas de libertad como las de otra naturaleza».

No debe entenderse que pueda existir límite alguno en la extensión de la rebaja en el tercio de la pena a penas accesorias. Señala con acierto Doig Díaz que: «No supondría un problema extender el beneficio a las penas accesorias, no sólo debido a que la LECrim no distingue entre las penas que se benefician de la reducción, sino también porque, tal y como establece el artículo 33.6 CP, estas penas corren la misma suerte que la pena principal».

Tratamos a continuación las consecuencias de la reducción sobre la cuota de la multa en base al Acuerdo de Pleno del TS de fecha 14 de abril de 2021, pero está claro que la reducción opera no solo respecto de la pena de prisión, sino sobre las accesorias que se hubieran impuesto, o penas de distinta naturaleza a la privativa de libertad.

12. No hay «contaminación» del juez de instrucción.

Ante las dudas suscitadas en su momento con respecto a que el juez de guardia estuviera contaminado en estos casos a la hora de dictar sentencia señala Doig Díaz que: «Cabe recordar que la sentencia pronunciada en el marco de la conformidad beneficiada responde, única y exclusivamente, a la voluntad del imputado de conformarse con la petición de pena. No se trata, por tanto, de un auténtico enjuiciamiento, cuanto del análisis de la concurrencia de los requisitos y aspectos jurídicos de la conformidad, puesto que el Juez se encuentra, en lo sustancial, vinculado por la voluntad del acusado de conformarse con la petición de pena».

13. La ejecución de lo acordado.

A la hora de delimitar lo que debe hacer el juez de guardia o de instrucción y el juez de lo penal en casos de conformidad señala Doig Díaz que: «Interesa destacar tres ideas fundamentales: a) la ejecución de las sentencias de conformidad no corresponde única y exclusivamente al Juez de lo Penal; b) las sentencias de conformidad que supongan la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado serán ejecutadas, en principio, por el Juez de Guardia y posterior-

mente por el Juez de lo Penal; y, c) el Juez de lo Penal es competente para tramitar y acordar la ejecución de las penas privativas de otros derechos, la multa y las penas privativas de libertad, salvo la prisión».

Un tema importante es el alcance de las medidas de ejecución que debe llevar a cabo el juez de guardia en el caso de conformidad para adelantar el trabajo, dado que el acusado se ha conformado. ¿Cuál es el alcance interpretativo del artículo 801.4 LECrim?

Señala Doig Díaz con acierto que «las funciones de ejecución atribuidas al Juez de Guardia no se limitan a la pena de prisión sino que se extienden también a otras penas, como la multa y la retención del carné de conducir. Tal interpretación la deducen de la redacción del artículo 801.4 LECrim, del que puede entenderse que los requerimientos que ha de realizar el Juez responden al contenido de la sentencia y no única y exclusivamente a la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado. De acuerdo con ello, los Jueces de Guardia retienen el carné de conducir y remiten las actuaciones al Juez de lo Penal, a quien corresponde dirigir el oficio a la Dirección de Tráfico; para el caso de la multa, requieren al condenado el pago de la multa que realizará posteriormente en la cuenta que le indique el Juzgado de lo Penal; y realizan los requerimientos necesarios para devolver o destinar lo necesario respecto de las piezas de convicción».

14. Recursos frente a la sentencia.

Recuerda González Cuellar que:

«El ap. 6 del artículo 787 permite recurrir las sentencias de conformidad “cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, si bien el acusado no podrá impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada”. Se establece, en consecuencia, una limitación al derecho a los recursos de todo condenado justificado por el principio del respeto a los actos propios, que implica la inadmisibilidad de la fundamentación del recurso de apelación o casación que proceda contra la sentencia en la discrepancia con la determinación de los hechos, la calificación jurídica o la fijación de la pena previamente aceptada.

Con la indicada limitación, la sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de lo Penal es recurrible ante la Audiencia Provincial, y la emitida por la Audiencia Provincial es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo».

Con respecto a la sentencia dictada por el juez de instrucción y el control de su legalidad (no por el contenido aceptado) es recurrible por las partes ante la Audiencia Provincial en apelación, y por la vía del artículo 847.1 b) LECrim y por la del artículo 849.1 LECrim ante el Tribunal Supremo para unificar doctrina.

III. Sentencia Tribunal Supremo 315/2021 de 15 de abril. Inaplicación de la rebaja del tercio de la pena a la fijación de la cuota diaria de la multa

En esta sentencia se recoge el criterio adoptado en el Pleno del Tribunal Supremo de fecha 14 de Abril y que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo 315/2021 de 15 de Abril donde se trató el caso de una sentencia del juez de instrucción que había aplicado a la cuota diaria de la multa a imponer al penado la rebaja en el tercio *ex* artículo 801.2 LECrim, lo que fue revocado por la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid, que a raíz de un recurso del Fiscal revocó esta declaración señalando que la cuota de la multa del artículo 50.4 CP no puede rebajarse en el tercio de la pena, ya que ésta es la multa y no su cuota.

Veamos lo que se recoge en la sentencia:

«Se alega por la recurrente que a pesar de tratarse de una sentencia de conformidad, la rebaja del tercio de la pena interesada por el Ministerio Fiscal debe extenderse no solo a los días, meses multa, sino también a la cuota diaria fijada».

Apunta la sentencia de la AP en su FD n.º 1 que:

«El Fiscal impugna la reducción de la cuantía fijada por cada día multa, al haber sido reducida dicha cuota día en un tercio respecto de la solicitada por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación en el acto de celebración del Juicio Rápido, escrito de acusación con el que se conformó el acusado y su representación procesal (...) La sentencia ahora recurrida fue dictada tras prestar su conformidad la acusada (...) con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal por el que se le acusó en la vista de Juicio Rápido celebrada al considerarla autora de un delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tipificado en el artículo 379, inciso segundo del Código Penal, sin concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal».

La pena solicitada por el Ministerio Fiscal en relación con dicho delito fue de 6 meses multa con una cuota diaria de seis euros y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago y costas. A ésta pena tanto el acusado como su representación procesal prestaron su conformidad.

En la sentencia el Juez de instrucción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 801.2 de la LECr. rebaja la pena en un tercio, pero no solo rebaja la duración de la pena de seis meses de multa a la pena de cuatro meses de multa, sino también el importe de la cuota/día de la multa, que pasó de seis euros día a la pena de cuatro euros día, primera cuota citada con la cual el acusado se conformó.

La sentencia recurrida de la Audiencia que revoca esta rebaja de la cuota argumenta que:

«La sentencia recurrida (la del juzgad de instrucción) se basa en que la reducción de la cuota de la multa se deduce de la consideración de la propia pena de multa, como una pena bímembre y hacer así que la reducción debe alcanzar a todos sus elementos duración y cuota.

(...)

Si el único criterio que puede tomarse en consideración para la fijación de la cuota multa diaria es la capacidad económica global de una persona y la extensión temporal de la pena de multa se referencia a la gravedad del hecho y con cumplimiento de la reglas generales de aplicación de las penas, no es lógico que la rebaja punitiva del artículo 801 del código penal, se traspase a la fijación de la cuota multa diaria, pues en dicha cuota multa diaria solo y exclusivamente ha de atenderse a la capacidad económica de la persona y no a las reglas generales o especiales de aplicación de las penas. La finalidad de dicho artículo 801 de la LECr enmarcado en el contexto del denominado “Juicio Rápido” es restar gravedad a la aplicación de las penas, permitiendo incluso imposición de penas por debajo de la mínima legal, a cambio del beneficio que supone para la administración de justicia y para la sociedad en general, una respuesta penal rápida. Ahora bien si extendemos dicha rebaja punitiva a la extensión de la cuota multa diaria, desnaturalizaríamos el propio sistema de días multa que como decimos trata de buscar la adaptación completa de la pena de multa a la capacidad económica concreta de cada individuo, extremo que solo se consigue con la fijación de dicha extensión atendiendo exclusivamente a la capacidad económica global del penado.

(...) La cuota del día multa solo puede venir determinada por la capacidad económica del acusado y que la reducción de tercio, derivada de la conformidad privilegiada solo puede afectar a su duración pero no a su cuantía pues entender lo contrario significaría que por motivo de la conformidad del acusado había devenido un tercio más pobre de lo que era antes de conformarse. Por ello entendemos que en el Juicio Rápido planteado y del que se dedujo la sentencia ahora recurrida, donde el acusado mostró su conformidad con las penas solicitadas por el Ministerio Fiscal, con la reducción de un tercio, solicitándose la cuota/día de la multa de seis euros es porque el aceptaba el abono de dicha cuantía con relación a su capacidad económica aceptando por ello tener la capacidad económica suficiente para poder hacer frente a su abono en el momento de la celebración del juicio oral y en el momento en el cual le fue notificada la sentencia de conformidad. No siendo el condenado el que interpuso recurso alguno ante su imposibilidad de pago de las cuotas previamente interesadas por el Fiscal en el escrito de calificación, y por lo tanto se estima la proporcionalidad

entre la cantidad solicitada en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal con la capacidad económica del investigado acusado y después penado».

Por ello, la Audiencia Provincial estima el recurso del Fiscal y revoca la sentencia en lo atinente a la bajada de la cuota del día/multa que llevó a cabo el juzgado de instrucción, por cuanto pese a que la acusación del Fiscal fue de 6 días multa el juez instructor rebajó, asimismo, en el tercio el día multa al igual que lo hizo con la pena de multa de 6 meses que solicitaba el Fiscal y que por razón de la conformidad *ex* artículo 801.2 LECrim se rebajó a cuatro meses de multa, pero el quid del presente recurso es que también rebajó en el tercio la cuota de 6 euros/día a 4 euros/día.

Así, la sentencia ahora recurrida, al estimar el recurso del Fiscal señaló que:

«ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción no 14 de Madrid de 3 de diciembre de 2019 en el Juicio Rápido no 892/2019, debemos revocar y revocamos parcialmente el fallo de la sentencia citada, condenando a la acusada ... a la pena de multa de CUATRO meses con cuota diaria SEIS (6) euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53.2 del Código Penal».

Pues bien, debemos recordar que señala el artículo 801.2 LECrim que:

«2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal».

La clave del caso es que la cuantía de cuota diaria ha de establecerse, en aplicación del artículo 50.5 del C. Penal, tomando en consideración exclusivamente la situación económica del reo y no es susceptible de ser subsumida la cuantía de la cuota en la rebaja del tercio, porque la pena es la de multa, no la de la cuantía de la misma, y de aquí nace el error del juzgador que aplica la conformidad en estos términos.

No puede, por ello, admitirse lo que podríamos denominar la doble rebaja penal, ya que derivaría en una doble reducción de la pena: por una parte, a la correspondiente a los meses/días multa impuestos y, por otra, a la del importe de la cuota diaria. Pero esta no es pena propiamente dicho, sino el mecanismo *ex* artículo 50 CP para fijar la cuantía de la cuota, que no es susceptible de rebajarse *ex* artículo 801.2 LECrim, sino que su presupuesto de base es la capacidad económica del penado y ese es el argumento de base para fijarlo, no la rebaja en el tercio de la cuota diaria, porque no es pena en sentido técnico estricto.

¿Cómo regula, pues, el Código Penal la cuantía de la multa por cuotas?

Señala el artículo 50 CP que:

«1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.

2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.

3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.

5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

Hay varios parámetros a tener en cuenta en este caso. Veamos.

1. Que la pena fijada en el escrito de acusación del Fiscal sobre la que el Juez debía aplicar la rebaja del tercio *ex* artículo 801.2 LECrim es la de multa. Y es por ello por lo que este precepto solo se refiere a la pena conceptualmente, no a todas y cada una de las determinaciones que deba acordar el juez en la sentencia de conformidad.

2. No es cierto, como propone el recurrente, que se trata de una pena compuesta, tanto sobre la duración como sobre la cuantía. La pena es la de multa y la cuota diaria de la misma es una fijación concreta de su ejecución *ex* artículo 50.4 CP

3. El parámetro para su cuantificación lo marca el artículo 50.5 CP, a cuyo tenor «Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

La capacidad económica del penado para fijar la cuota es el criterio a seguir, y, por ello, el criterio de «esta capacidad económica», podemos decir que *no puede ser reducido en un tercio por consecuencia de la conformidad*. La capacidad económica es la que es como criterio referencial, y no es susceptible de modifica-

ción por la conformidad como «allanamiento» a la *pretensión punitiva* expuesta por la acusación.

En la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la FGE sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre se recoge a este respecto de fijar como criterio único la capacidad económica del penado que:

La fórmula de los días-multa sigue inspirándose en la necesidad de tender hacia un tratamiento igualitario de los destinatarios de la pena, acomodándose a las concretas posibilidades.

El sistema del Código Penal, siguiendo el modelo escandinavo de los días multa separa con nitidez los dos momentos de determinación de la multa a través de dos actos independientes que tratan de traducir en primer lugar la determinación de la extensión temporal (art. 50.5 CP), esto es, la determinación del número de cuotas siguiendo las reglas generales de determinación de la pena. En efecto, la extensión de la pena se debe individualizar según las reglas del Capítulo II del Título, es decir según, básicamente, las reglas del art. 66 CP. Aquí entran en consideración todos los elementos del hecho punible que son adecuados para establecer la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, es decir el hecho de la individualización de la pena. Como refería la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre han de aplicarse, pues, las reglas de determinación de la pena en función de los grados de ejecución del delito, de las formas de participación y de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, a través de la fijación de la cuantía de la cuota se evalúa la capacidad económica del penado con la finalidad de reducir el impacto desigual de la multa por las distintas capacidades económicas de las personas (STC 108/2001, de 23 abril). En consecuencia, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado.

Conforme al art. 50.5 para determinar la cuota debe tenerse en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

En la práctica surgen dificultades derivadas de que para aplicar rectamente el sistema es necesario una investigación de la situación patrimonial del penado, que realizada correctamente genera complejidad y consiguientemente retrasos en el proceso.

Es indudable que debe perfeccionarse el procedimiento de acopio de información sobre los ingresos y patrimonio de los imputados y penados, pero en todo caso no puede aceptarse que la praxis derive hacia la determinación de la pena de multa sin respetar la Ley. económicas de los mismos.

No cabe la rebaja del tercio en la cuota, como exponemos. El criterio es el de la «capacidad económica».

4. Que el juez debe ajustarse matemáticamente a lo que constituye la esencia de la conformidad en este caso de los «juicios rápidos», es decir, la «rebaja en el tercio de la pena», y no a aplicar ese privilegio o «premio» a conceptos distintos a lo que constituye por naturaleza y esencia que a la pena.

5. La literalidad del citado artículo 801.2 LECrim al referirse a que el juez *impondrá la pena solicitada reducida en un tercio* exige no llevar a cabo una interpretación extensiva del concepto al que se refiere, que no es otro que limitar su aplicación a lo que se entiende por pena, esto es, como consecuencia jurídica del delito, y sanción que se impone a un sujeto responsable de un ilícito penal, consecuencia del *ius puniendi* del Estado y el principio de legalidad como principios inspiradores del Derecho Penal. También se apunta que es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley, e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito.

6. El juez no puede aplicar a la cuota de la multa la reducción del tercio, sino aplicar en su caso aquella con la que se conforma, que es la de seis euros día *ex* artículo 50.4 CP, y utilizando el parámetro del apartado 5.º.

7. El control de la legalidad de la conformidad es perfectamente revisable por vía de recurso, por si se han alterado las reglas técnico-jurídicas de la conformidad, como aquí ha ocurrido y que ha motivado que la Audiencia Provincial de Madrid revoque la decisión del instructor acomodándola al marco legal. La regularidad de las sentencias dictadas de conformidad viene condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad, y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes.

Fijadas, pues, las dos perspectivas desde las que debemos enfocar la admisibilidad de la casación recuerda esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 200/2012 de 20 Mar. 2012, Rec. 1145/2011 que:

«Desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley (pena superior al límite del artículo 787.1), cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la “doble garantía” o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad, o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (sentencia 17 de abril de 1993), que debe imperar como garantía constitucional que impide imponer sanciones que se ajusten a las previsiones del hecho sancionado (STS. 754/2009 de 13.7).

Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformi-

dad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencias 4 de diciembre 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada (STS 27-4-1999, 6-3-2000)».

En este caso se ha dictado sentencia por el juez y recurrida ante la Audiencia, desde la primera perspectiva porque la pena impuesta no sea legalmente procedente vulnerándose el principio de legalidad de adecuación de la pena a lo legalmente establecido, al rebajar la cuota de la multa que no puede quedar afectada por la rebaja del tercio de la pena que permite el artículo 801.2 LECrim, produciéndose un error de concepto en la interpretación por el juez del alcance de este precepto que fue corregido debidamente por la Audiencia Provincial de Madrid.

8. El fundamento del «premio» de la rebaja en el tercio de la pena apunta la doctrina que descansa en que se configura la conformidad como una conformidad privilegiada, o premiada, por la rebaja del tercio de la pretensión punitiva, por entender el legislador que en estos casos es preferible una respuesta ultrarrápida al conflicto social potenciando el efecto que pueda tener la pena por la inmediatez de la respuesta judicial, antes que una sanción menos benigna pero más dilatada en el tiempo. Se enmarca así dentro de la tendencia de aceleración procesal, que es una de las líneas más destacadas en la legislación procesal penal en Derecho comparado que ante el incesante aumento de la criminalidad arbitra fórmulas en las que se premia a los delincuentes que facilitan la actuación de los tribunales reconociendo los hechos y aceptando las penas interesadas contra los mismos. Se trata de incentivar la resolución del conflicto mediante la imposición de una pena rápida, aunque rebajada, aliviando y descargando el trabajo de los tribunales en el despacho de asuntos, siendo el fundamento que subyace a esta concepción meramente utilitarista o pragmático, que poco se adecua a los fines públicos de la pena.

Pero siendo esto así hay que señalar que la «pretensión punitiva» sobre la que opera la rebaja del tercio de la pena es la de multa o la de prisión en estos casos, es decir, la pena que corresponda, por lo que el concepto de la cuota de la multa del artículo 50.4 CP no es técnicamente una pena y no puede operar sobre ella la rebaja del tercio como sostiene con acierto la Audiencia Provincial en su sentencia.

9. La rebaja del tercio de la pena por conformidad en el servicio de guardia del artículo 801 LECrim debe alcanzar a todas las penas, principales y accesorias, incluidas las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación

del artículo 48 del CP y la privación del derecho de tenencia y uso de armas, pero no a la cuota de la multa, porque no es propiamente pena, dado que este concepto solo se predica de la multa.

10. Hay otro dato relevante que cabe destacar en este tema, como es que a la hora de analizar los límites de la pena a imponer *ex* artículo 801 LECrim a la hora de evaluar si es posible la conformidad premiada del citado precepto, la doctrina más autorizada señala que cabe que, además de una o varias penas de prisión, la acusación solicite para el mismo acusado otra u otras penas. Pero estas penas distintas de la prisión son irrelevantes en orden a la concurrencia del requisito previsto en el artículo 801.1.3.º LECr. Esta misma irrelevancia se produce también en los casos en que la única o todas las penas solicitadas por la acusación sean diferentes de la pena de prisión. Y al objeto que ahora nos interesa se añade que, por otra parte, cuando la acusación pida pena de multa, o esta pena figure entre las solicitadas por la acusación, para determinar la concurrencia del requisito establecido en el artículo 801.1.3.º LECr, no puede computarse la responsabilidad personal subsidiaria que, eventualmente, pudiera imponerse al acusado en el caso de impago de la multa. Como acertadamente señala la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, en esos casos «nos encontramos con una pena privativa de libertad que no se impone directamente al reo, sino como medio de realización subsidiaria de una pena de naturaleza pecuniaria». Además, desde un punto de vista sistemático, hay que tener en cuenta que, cuando el delito imputado al acusado esté castigado con pena de multa, el artículo 801.1.2.º LECr. admite expresamente la posibilidad de que el acusado preste su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia, con independencia de la cuantía de la multa prevista legalmente para aquel delito.

Esta acertada apreciación doctrinal corrobora la tesis de que la cuota diaria de la multa queda al margen de la posibilidad de que esta se rebaje de forma concomitante con la pena de multa. Y que, por ejemplo, el concepto de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 50 CP no se aplica para evaluar el límite de la pena de prisión para la operatividad del artículo 801.2 LECrim. Todos los límites y disposiciones a que se refiere el citado precepto se refieren al concepto puro técnico jurídico de la pena, quedando fuera del mismo, como mantenemos, el de la cuota diaria para la multa.

No hay que olvidar que la cuota que se fije *ex* artículo 50.4 CP está directamente asociada a la pena de multa que es la que se ha rebajado en un tercio, por lo que aplicar la tesis del juzgado de rebajar, también, en un tercio la cuota diaria a la pena de multa ya rebajada respecto a lo que era el escrito de acusación supone *duplicar el efecto de la rebaja previsto en la norma*, pero sin cobertura legal por la misma. Y ello, porque la cuota diaria de la multa está dissociada al concepto mismo de la pena, aunque es prolongación de la multa, pero como manifestación de su ejecución, no como pena misma. Y es por ello por lo que no

puede recibir la duplicidad de la rebaja, como bien acordó la sentencia de la Audiencia Provincial.

Es por ello, por lo que cuando la LECrim fija esta opción del acusado en el juicio rápido la rebaja en el tercio de la pena se aplica solo a las penas, pero sin que pueda aplicarse a la cuota de la multa, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, que no es más que la manifestación de la ejecución de la pena.

Capítulo 13

Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales de conflictos en el ordenamiento jurídico español

Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor Titular Derecho Procesal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: DEL PECADO ORIGINAL A LA NECESIDAD DE CONSTITUCIONALIZAR EL DERECHO JURISDICCIONAL DIVERSIFICADO.—II. EL DERECHO JURISDICCIONAL DIVERSIFICADO COMO PUNTO DE PARTIDA: 1. *Concepto y origen*. 2. *Contenido*: A) Presentación. B) La jurisdicción: sucinto análisis objetivo y subjetivo. C) Los mecanismos ADR: sucinto análisis objetivo y subjetivo. 3. *Centralidad de la jurisdicción en el sistema estatal de resolución de conflictos*.—III. EL SISTEMA ESTATAL ACTUAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: 1. *Sobre la imprescindibilidad de la jurisdicción*. 2. *Binomio mediación-jurisdicción*. 3. *Binomio arbitraje-jurisdicción*. 4. *Aplicabilidad a cualquier mecanismo extrajudicial*.—IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS EXTRAJURISDICCIONALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: 1. *Recapitulación y necesidad de constitucionalización*. 2. *Elemento eje del sistema estatal de resolución de conflictos: el artículo 24 CE*: A) Trascendencia. B) Realidad actual. C) Propuesta *lege ferenda*. 3. *Desarrollo constitucional subsiguiente*: A) Opciones. B) El Título VI CE *lege ferenda*.

I. Planteamiento y justificación de la investigación: del pecado original a la necesidad de constitucionalizar el Derecho jurisdiccional diversificado

Son muchos los años —casi veinte— que llevamos trabajando el ámbito de los mecanismos extrajurisdiccionales de resolución de conflictos. Y, aunque nuestra visita a la Facultad de Derecho de Harvard (EE.UU.) y, en concreto, nuestra estancia investigadora con el profesor Saender —reconocido mundialmente como el padre del originario *Alternative Dispute Resolution*, posterior *Adequate Dispute Resolution* (en lo sucesivo, ADR)¹— tempranamente nos con-

¹ A su teoría haremos referencia en líneas posteriores. Utilizaremos el término ADR para referirnos a los mecanismos extrajurisdiccionales, en general.

venció de que el futuro de la justicia, y lo que va a la par, de nuestra disciplina, estaba estrechamente ligado a las técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos, el paso de los años y las investigaciones realizadas en su transcurso, no ha hecho más que afianzar nuestra creencia. La justicia, dejando a un lado todas las discusiones sobre su concepto y contenido², entendida en la España actual como uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 Constitución española, en adelante CE), es el resultado del servicio público encargado de solventar los conflictos jurídicos de la ciudadanía³. En nuestro Estado de Derecho, sometidos a la ley, tanto la ciudadanía, como los Poderes Públicos, esta labor ha sido monopolio casi exclusivo del Poder Judicial durante mucho tiempo, incluso, podríamos reconocer que lo sigue siendo, si reparamos en la excesiva judicialización de los conflictos⁴. Contrasta ello, con las críticas que se vierten contra el Poder Judicial y su actividad (lentitud, carestía, etc.)⁵. Concebimos esta contradicción directamente proporcional (el excesivo uso de la jurisdicción va acompañada de su desmesurada reprobación) como el pecado original de nuestra disciplina; aquel elemento contra el que luchamos los jurisdiccionalistas. Sobre ello volveremos. Nos interesa ahora remarcar que, como es sabido, la jurisdicción o Poder Judicial no es el único mecanismo de resolución de conflictos reconocido y ordenado en nuestro Estado. Sin perjuicio de que históricamente el ser humano ha utilizado siempre este tipo de mecanismos⁶, el ordenamiento jurídico español reconoce y ordena, fijándonos únicamente en el

² Ilustran al efecto, entre muchísimos, CAMPBELL, T., *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona 2002, pp. 18 y ss., PERELMAN, Ch., *De la Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1964, p. 17 y DE VITORIA, F., *La Justicia*, Tecnos, Madrid 2001, pp. XXVII y ss.

³ En este sentido, por todos, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Apunte reflexivo sobre la justicia», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 44/2002. En la misma línea, en referencia a la justicia como valor público, BARONA VILAR, S., «Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*. Luces y sombras en Europa», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4/2014. También, LORCA NAVARRETE, A. M.ª, «La constitucionalización del proceso», *Vox Juris*, n.º 2/2017, remarcando que se trata de alcanzar «una propuesta de convivencia pacífica».

⁴ Explica las causas de esta excesiva jurisdiccionalización, SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», VV.AA., BLANCO GARCÍA, A. I. (ed.), *Tratado de mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 20. Deriva de esta excesiva judicialización, «la insostenibilidad de un sistema basado de forma y modo exclusivo en la resolución (...) por la vía judicial», MAGRO SERVET, V., «La mediación civil y mercantil: ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de conflictos», *Revista CEFLegal*, n.º 158/2014. En el mismo sentido, VIGUER SOLER, P. L., «Algunas propuestas para la reducción de la litigiosidad y la agilización de los procedimientos», *Práctica de Tribunales*, n.º 74/2010.

⁵ A las más importantes nos referiremos a posteriori. En cualquier caso, con ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*, Colex, Madrid 1999, p. 32, esta excesiva jurisdiccionalización no es más que muestra de la confianza de la ciudadanía española respecto al Poder Judicial.

⁶ En esta senda, MAYERS, L., *El sistema legal de EEUU. La administración de justicia. Sistemas legales y procesales de los tribunales ordinarios (federales y estatales), administrativo, militares, arbitrajes, contratos y recursos extraordinarios*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958, p. 515.

ámbito sustantivo privado⁷, el arbitraje, desde antiguo⁸ y también contamos —desde hace menos tiempo—, con una ley de mediación civil y mercantil⁹. El resultado de cualquiera de estos mecanismos ofrece, igualmente, justicia al justiciable, siempre en el marco de la ley, como corresponde a nuestro Estado de Derecho, en el que se proscribe, como norma general, la autotutela¹⁰. Luego, todos ellos deben ser parte del sistema estatal de resolución de conflictos o, en otros términos, del servicio público justicia. Pero, ¿cuál debe ser la relación entre unos y otros? Y, previamente: hablamos de repartir justicia —no cualquier otro bien o servicio—, luego ¿qué requisitos deben cumplir las distintas técnicas de resolución de conflictos para poder ser parte del sistema estatal (servicio público de justicia)? En estas cuestiones trascendentales repararemos en las líneas siguientes, sin perjuicio de que, en un Estado civilizado, llamado a sí mismo «Social» (*Welfare State*), en el que la libertad es valor supremo (art. 1 CE), la eficacia de la justicia se convierte en criterio rector en la configuración y fun-

⁷ En relación al ámbito penal, ofrecemos una visión general, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Penal mediation service in a Basque urban local court», *Oñati socio-legal series*, n.º 9/2011. Sobre el ámbito laboral, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Solución jurisdiccional del conflicto laboral vs solución extrajurisdiccional*, Universidad del País Vasco, Bilbao 2009. Por último, en relación a la solución extrajurisdiccional en el ámbito administrativo, TEJADA GALLEGOS, R., «Hacia la nueva justicia administrativa: vías extrajudiciales de resolución de conflictos administrativos», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 196/2017.

⁸ En el ámbito civil, ya el *Breviario de Alarico* (506) y el *Liber Iudiciorum* (654) recogían esta técnica de resolución. Como relata MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1981, p. 20, el primero presenta una regulación muy fragmentaria reflejando aspectos característicos de la institución en el Derecho romano postclásico (el laudo del árbitro carecía de fuerza ejecutiva, teniendo que recurrir al Pretor para hacerlo efectivo) y el segundo muestra un árbitro configurado como «iudex ex consensum partium», reconociéndosele casi las mismas facultades que el juez y al arbitraje cierto carácter público, debiendo realizarse el compromiso arbitral por escrito y ante dos testigos. Posteriormente, también se recogió en los Derechos Locales, en el Fuero Juzgo, Fuero Real, en el de Sepúlveda, Nájera, Fuero Viejo de Castilla, Las Partidas y la Novísima Recopilación. En el ámbito mercantil, remarca VERDERA Y TUELLS, E., «Un giro copernicano en el régimen del arbitraje en España», *Diario La Ley*, n.º 4000/1996, que el arbitraje mercantil, en particular, está presente en las fuentes históricas, habiendo sido objeto de una extensa regulación en el gran Código de Derecho Territorial, Las Partidas, en el Consulado del Mar y en las Ordenanzas de Bilbao. Ordenaron, asimismo, el arbitraje el Código de Comercio de 1829 y la Ley sobre Negocios y Causas de Comercio de 1830, antecesora esta última de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, las cuales previeron el «arbitraje forzoso» en el ámbito de las sociedades mercantiles.

⁹ Nos referimos a la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en lo sucesivo, LMACM), que sucedió al Real Decreto-ley 5/2012 y que vino a incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Apunta la senda seguida, al efecto, SOLETO MUÑOZ, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *Diario La Ley*, n.º 7834/2012.

¹⁰ Prohibiendo, como sabemos, el uso de la fuerza para la realización o defensa del propio derecho subjetivo la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo, CP) (arts. 455 y 172). Entendemos con RAMOS MÉNDEZ, F., «La quiebra de la justicia», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1/1982, que el uso de la fuerza, como método de resolución, destruye el Estado de Derecho.

cionamiento de cualquier mecanismo para obtenerla¹¹. Estamos, con todo, ante una cuestión de primer orden, que afecta a la base constitucional de nuestro ordenamiento jurídico. En esta coyuntura, el derecho a la tutela judicial efectiva —«derecho estrella» de nuestro orden jurídico—¹², debe reformarse para adaptarse a la nueva realidad, en la que conviven la jurisdicción y los mecanismos extrajudiciales. En sintonía, lo mismo debe ocurrir con el Título VI CE, que regula el Poder Judicial. Nos planteamos culminar esta investigación con una propuesta *lege ferenda* al efecto. Antes, sin embargo, deviene imprescindible establecer la base doctrinal pertinente. En esta línea, tenemos que poner el foco en la efectiva convivencia actual entre los distintos mecanismos de resolución de conflictos, entre la jurisdicción y las técnicas ADR, escenario poco desarrollado en el año 1978, cuando se otorgó nuestra Carta Magna. Como demostraremos en este estudio, lejos de falsas confrontaciones, estamos ante mecanismos totalmente complementarios, cuyo adecuado matrimonio garantiza la eficacia del sistema estatal de resolución de conflictos; desposorio que, lejos de quebrantar o poner en riesgo el Poder Judicial, lo refuerza, reservándole un rol esencial en nuestro Estado de Derecho en garantía del cumplimiento de la ley. Esta idea se identifica con lo que, a nuestro juicio, es la última fase en la evolución de nuestra disciplina: el Derecho jurisdiccional diversificado. Con este planteamiento, vamos a hacer una senda por lo que entendemos debe ser el sistema de resolución de conflictos de un Estado social y democrático de Derecho, como es España, en el siglo XXI, para culminar —repetimos— proponiendo *lege ferenda* su constitucionalización.

II. El Derecho jurisdiccional diversificado como punto de partida

1. Concepto y origen

El conflicto jurídico, base y razón de ser de nuestra disciplina, existe y seguirá existiendo, por ello, lejos de concebirlo como incidente patológico o negativo, interpretándolo como elemento de equilibrio social u oportunidad de cambio, requiere su solución para garantizar la justicia, el bien común, el orden público y la paz social¹³. Esta idea o presupuesto capital exige la existencia de

¹¹ Lo apuntó hace ya algunos años, en relación a la jurisdicción, RAMOS MÉNDEZ, F., «La eficacia del proceso», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 2/1982, matizando correctamente, a nuestro juicio, que la eficacia es, en gran medida, subjetiva, es decir, percepción individual del justificable, y su satisfacción, por tanto, igualmente subjetiva.

¹² Utilizó el término, reparando, además de en su trascendencia, en la abundantísima jurisprudencia que le ha dedicado nuestro Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC), DIEZ-PICAZO, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista Poder Judicial*, n.º 5/1987.

¹³ Profundizamos en ambas ideas (concepción positiva del conflicto jurídico y las razones o valores principales que exigen su resolución), con soporte doctrinal, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Solución jurisdiccional del conflicto laboral vs solución extrajudicial*, *op. cit.*, pp. 76-79 y pp. 116 y ss., respectivamente.

los mecanismos de resolución de conflictos. El más importante es la jurisdicción o Poder Judicial, eje de la organización estatal y de nuestra disciplina, aquella que tradicionalmente se ha denominado *Derecho procesal* y nosotros llamamos *Derecho jurisdiccional*¹⁴ y a la que acompaña una crisis perpetua configurada o reflejada en lo que hemos denominado pecado original: parece que el Poder Judicial y su actividad no satisface a nadie, idea que contrasta —como apuntábamos— con su alta utilización por parte de la ciudadanía. Modernamente, se denunciaron todas sus taras, en mayo de 1976, en Minnesota (EE.UU.), en la famosa Conferencia Pound, en la que representantes de todos los estamentos jurídicos —jueces incluidos— abordaron las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia (*The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*). Allí quedaron patentes las debilidades o taras procedentes de la actuación judicial, que entendemos, al tiempo, parte o consecuencia de sus principales fortalezas (dificultades de acceso; su naturaleza adversativa; lentitud; tecnicismo; carestía; inflexibilidad; formalismo; etc.)¹⁵. Este foro, de forma solemne y organizada, sin cuestionar la indispensabilidad de la jurisdicción —no en vano se identifica con uno de los Poderes del Estado—, se propuso la necesidad de crear y utilizar técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos, basadas en la autonomía de la voluntad de las partes (*consensus decision making*), que funcionen siguiendo reglas flexibles e informales y que garanticen a toda la ciudadanía el acceso a la justicia, superando los defectos de la jurisdicción y solventando los conflictos con beneficios para ambas partes (*win-win*). Estas técnicas¹⁶, junto a la propia jurisdicción, integrarían el sistema estatal de resolución de conflictos, completando entre todas lo que llamaron *la diversificación de los mecanismos de resolución de conflictos*, pudiendo la ciudadanía, en el caso concreto, conforme a sus necesidades y circunstancias, en ejercicio de su libertad, elegir la que más les satisficiera. Sin perjuicio de ello, se promulgaba la necesidad de reservar la intervención de la jurisdicción, y sus recursos limitados, para los conflictos en los que su concurrencia no fuera ineficaz¹⁷. Con esta inspiración, en la discusión doctrinal española sobre cómo mejorar la jurisdicción y su actividad¹⁸, distinguiendo entre los que defienden la necesidad de dedicarle más

¹⁴ Ahondaremos, *a posteriori*, en su evolución y elementos principales.

¹⁵ Exponemos el contexto ideológico-doctrinal de esta conferencia, incidiendo en el ideario de un grupo de profesores de la Universidad de Harvard autodenominado *Critical Legal Studies*, que reivindicó la vuelta al realismo jurídico, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2009, pp. 22-29. «Reúnen sus actas», VV.AA., LEVIN-WHELLER (ed.), *The Pound Conference: Perspectives of Justice in future*, Minnesota, Saint Paul 1979 y SANDER y FRANK, E. A., *Conference on causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*, Washington, National Center for State Courts, 1976.

¹⁶ Que definiremos más exhaustivamente en el próximo apartado.

¹⁷ Configuró esta idea, a la que denomino *multidoor court-house*, el Catedrático de Harvard Frank Saender. Incidiremos en ello *a posteriori* por resultar argumento inspirador del Derecho jurisdiccional diversificado.

¹⁸ En otros términos: cómo hacer frente al pecado original.

recursos —personales y materiales¹⁹— y los que postulan que, por su configuración intrínseca, siempre presentará las mismas tachas, por lo que su mejora viene de desjudicializar la resolución de conflictos, mediante el empleo de mecanismos alternativos²⁰, nosotros nos situamos en el segundo grupo. Y a esa idea que en EE.UU. se llamó diversificación de mecanismos de resolución, en cuanto jurisdiccionalistas, denominamos Derecho jurisdiccional diversificado. Nos explicamos.

2. Contenido

A) Presentación

Definimos el Derecho jurisdiccional diversificado como la rama del Derecho que estudia, en un Estado social y democrático de Derecho, los mecanismos para solventar los conflictos jurídicos. Entre ellos, la jurisdicción, encarnada en el Poder Judicial, y los mecanismos extrajudiciales. Antes de reparar en ellos, conviene apuntar que comprendemos el Derecho jurisdiccional diversificado como evolución de aquélla que, originariamente, fue concebida como *práctica forense*, para convertirse, después, en el *derecho procedimental*, más tarde en *derecho procesal* y, por último, gracias a la formulación de Montero Aroca, en *derecho jurisdiccional*²¹. Entendemos esencial reconocer el salto cuantitativo —mediante el reconocimiento y ordenación de una pluralidad de mecanismos de resolución— y cualitativo —se refuerza la libertad del justiciable como origen de la justicia que exige al Estado y que sólo se puede ofrecer en su nombre²²— de la disciplina, postulando que es el que requiere un Estado civilizado moderno (social y democrático de Derecho), proponiendo, como culmen de la investigación, su constitucionalización. Antes tenemos que ahondar en su contenido.

B) La jurisdicción: sucinto análisis objetivo y subjetivo

La jurisdicción es el elemento más importante e identificador de lo que hasta ahora se ha denominado Derecho jurisdiccional, percibiendo como aquélla dos conceptos o realidades totalmente relacionadas o vinculadas. Es, jurisdicción, en primer lugar, el conjunto de órganos jurisdiccionales y los jueces y

¹⁹ Así, lo ha postulado, entre muchos otros, RAMOS MÉNDEZ, F., «La eficacia del proceso», *op. cit.*

²⁰ Entre otros, BARONA VILAR, S., «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho*, n.º 1/2011.

²¹ Explica el autor la evolución, MONTERO AROCA, J., «Del derecho procesal al derecho jurisdiccional», *Justicia*, n.º 2/1984. También, *La herencia procesal española*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994 y *El derecho procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 19-45.

²² Esta libertad, a su vez, es el primer elemento para la concepción subjetiva de la eficacia de la justicia a la que nos referíamos en la nota a pie de página 12.

magistrados que los componen. Es, jurisdicción, igualmente, la función que, en los mentados órganos, aquéllos desempeñan. Predicable de cualquiera de sus dos acepciones, la jurisdicción es una y única, porque una y única es la Soberanía que existe en España, la que reside en el pueblo español y de la que se deriva el Poder Judicial y su función (art. 1.2 CE). Así, una y única es la potestad jurisdiccional y la función jurisdiccional —la facultad de aplicar la ley al caso concreto con carácter imperativo—, sin perjuicio de la organización territorial autonómica de España²³ y una y única es la organización de los órganos jurisdiccionales y el cuerpo de jueces que lo sirve —sin perjuicio de la rama del Derecho que apliquen—.

Para entender la jurisdicción, en cuanto vía estatal típica y pública de composición de conflictos, es necesario recalcar la naturaleza de autoridad de jueces y magistrados, en cuanto detentadores de la potestad jurisdiccional, que les habilita, en nombre del Estado, para solventar con carácter dirimente —actuando *supra partes*— las discrepancias jurídicas de la ciudadanía. Técnicamente su tarea, denominada función jurisdiccional, consiste en aplicar el Derecho objetivo al caso concreto, juzgando y ejecutando lo juzgado —mediante la tutela declarativa y ejecutiva, respectivamente (arts. 117.1 y 9.1 CE)— y asegurando ambas mediante la tutela cautelar (art. 5 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) (en lo sucesivo, LEC). Los jueces y juezas detentan el monopolio de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE) al tiempo que es la única tarea que pueden desarrollar (art. 117.4 CE)²⁴ Esta función la acometen de modo irrevocable, sometidos única y exclusivamente a la Ley, en cuanto forma de proteger y garantizar su independencia, y con el objetivo de garantizar la coercibilidad de las leyes²⁵.

²³ En el llamado Estado de las Autonomías (arts. 2 y 143 CE), independientemente de la organización territorial del Estado, uno y único es el Poder Judicial o jurisdicción que ejerce la función jurisdiccional en todo el suelo español. Es una realidad recogida expresamente en la CE (arts. 117.5) a la que denominamos *principio de unidad jurisdiccional*. Sobre sus connotaciones, IBARRA ROBLES, J. L., DA SILVA OCHOA, J. C., «El principio de unidad jurisdiccional en el Estado Autonomático», VV.AA., GARCÍA HERRERA, M. Á., VIDAL BELTRÁN, J. M.² y SEVILLA SEGURA, J. (coords.), *El estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. 1, Colex, Madrid 2005, pp. 315-330.

²⁴ Son, como sabemos, las dos vertientes del denominado *principio de exclusividad jurisdiccional*, configurado como garantía esencial para la ciudadanía. Remarca su importancia en la configuración del sistema judicial, REQUEJO PAGES, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, p. 62. Se asegura, al tiempo, a la ciudadanía que siempre hay un órgano judicial competente para conocer de su conflicto establecido antes de que éste tenga lugar (art. 24.2 CE), quedando terminantemente prohibida la creación *ex post facto* de aquéllos (art. 117.6 CE). Es lo que se denomina el *principio de juez legal o predeterminado*. Ahondan en sus implicaciones, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Civitas-Universidad de Córdoba, Madrid 1990 y DE DIEGO DíEZ, L. A., *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Tecnos, Madrid 1998.

²⁵ En este sentido, MONTORO BALLESTEROS, A., «Conflicto social, derecho y proceso», VV.AA., *Derecho y proceso. Estudios jurídicos en honor al Profesor Antonio Martínez Berrocal*, Universidad de Murcia, Murcia 1980, p. 494, postula que la función jurisdiccional del Estado constituye una de las garantías fundamentales de la eficacia del Derecho y de la subsistencia del Estado. Ciertamen-

No se entiende la jurisdicción o el (casi) monopolio judicial en la resolución de conflictos tras la prohibición de la autotutela, sin hacer referencia al segundo gran eje del Derecho jurisdiccional: aquélla que denominamos acción o derecho de acción. Constitucionalizada en el artículo 24 CE, que ordena el derecho a la tutela judicial efectiva, entendemos por acción o derecho de acción, el conjunto de derechos que se reconoce a la ciudadanía frente o ante la jurisdicción. Como apunta la jurisprudencia del TC, «la primera nota del derecho a la tutela judicial consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo»²⁶. Son parte de este derecho, igualmente, la prohibición de la indefensión, el derecho a una resolución, el derecho a la ejecución de la misma, el derecho a los recursos y el derecho a la tutela cautelar. La acción requiere, a mayor abundancia, que en todo caso se respeten la ley y las garantías que ésta reconoce a las partes del proceso²⁷.

Por último, tanto la jurisdicción (los jueces para realizar su labor), como el derecho de acción (la ciudadanía para poder ejercer sus derechos), requieren el proceso, configurado como el instrumento para la realización de ambos. Éste, deviene esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, en cuanto jueces y magistrados no pueden servir o impartir justicia a su libre albedrío, sino que, para cumplir su cometido, deben seguir una sucesión de actos con los requisitos y las formas exigidas por la ley. En otros términos: sólo mediante el proceso se puede desarrollar la función jurisdiccional. Queda clara así la importancia del proceso para el jurisdicente. No lo es menos para los justiciables, pues aquél es el medio o instrumento jurídico por el que éstos ven satisfecho su derecho acción, en general, y el compendio de derechos que el mismo conlleva, en particular.

Para terminar de exponer la jurisdicción o el sistema o vía estatal típica de resolución de conflictos, trayendo a la palestra los órdenes jurisdiccionales, es

te, los órganos judiciales aplican la ley de modo irrevocable, satisfaciendo definitivamente la pretensión y la resistencia. Después de esta actuación no existe la posibilidad de volver a suscitar la misma cuestión, surgiendo la cosa juzgada, dotando de seguridad jurídica las relaciones sociales y asegurando el respeto a las leyes. Son ideas básicas en la configuración de la jurisdicción.

²⁶ Literal, STC 65/1985, de 23 de mayo. Este derecho es el *prius lógico* para poder ejercer el resto de los que integran la acción. Lo apuntan, enfatizando su carácter esencial para la eficacia del derecho de acción: STC 19/1981, de 8 de junio, STC 111/2000, de 5 de mayo y STC 11/2001, de 29 de enero.

²⁷ Reconoce otras garantías para la ciudadanía, en el ámbito jurisdiccional, la propia CE en su artículo 24.2: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y asistencia de letrado, el derecho de los justiciables a ser informados de la acusación formulada contra ellos, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia. La mayoría de estos se prevén para el proceso penal, mostrando el legislador una protección especial de los ciudadanos que concurren en el mismo. Los tratamos con profusión, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *El Estatuto jurídico de la víctima en el Derecho jurisdiccional penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati 2014, pp. 39-60.

importante apuntar que, para responder eficientemente a los distintos conflictos que se dan en la sociedad, la jurisdicción, en el contexto de su unicidad, se estructura en cuatro órdenes jurisdiccionales (civil, penal, administrativo y laboral) (art. 9 Ley Orgánica del Poder Judicial) (en adelante, LOPJ), conociendo cada uno de ellos de su correspondiente ámbito material del Derecho. Por otra parte, la sucinta descripción realizada muestra que, sin perjuicio de todos los defectos o taras que se pueden advertir en la vía jurisdiccional —aquéllos que quedaron al descubierto en la mentada *Conferencia Pound*—, realmente es un sistema, articulado coordinadamente en torno a los tres elementos principales mentados (jurisdicción, acción, proceso), previsto en todos sus extremos en la ley, impregnando ésta de seguridad jurídica todas sus piezas o componentes²⁸. A ello hay que sumarle que este sistema cuenta con el aval del Estado, no en vano, se estructura en torno a uno de sus poderes, y que siempre, conforme a ley, se asegura su objetivo —la obtención de una solución al conflicto—, pues al ser la potestad jurisdiccional irrenunciable, cuando unas personas presentan una disputa a los jueces, éstos vienen obligados a resolverla²⁹. La especialización que suponen los distintos órdenes jurisdiccionales y los tipos de tutela (declarativa, ejecutiva y cautelar), que se complementan perfectamente, son otras fortalezas de la jurisdicción, a las que podríamos sumar la necesidad de motivar las resoluciones judiciales (arts. 24 y 120.3 CE), el efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes o el conjunto de garantías que se reconoce a la ciudadanía, en general en la ley, y en torno al derecho de acción, en particular. Todas estas razones o elementos pueden explicar la esquizofrenia que muestra el justiciable, aquél que hemos identificado como pecado capital, pues mientras la ciudadanía denuncia la falta de eficacia de la jurisdicción —se alega especialmente la falta de calidad en las resoluciones y la tardanza en su presentación—, acude a aquélla continuamente, dando lugar al fenómeno de excesiva jurisdiccionalización que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

C) *Los mecanismos ADR: sucinto análisis objetivo y subjetivo*

Bebiendo de la inspiración norteamericana, nos centramos ahora en las formas no litigiosas o no jurisdiccionales de resolución del conflicto jurídico (*forms of non-litigious dispute resolution*), aquéllas que se han explicado modernamente, en el ámbito anglosajón, remarcando especialmente su (falsa) contraposición a la vía jurisdiccional (*adversarial legal way, adjudication litigation* o *Legal Justice System*) y a las que se ha agrupado bajo la denominación ADR (*Alternative Dispu-*

²⁸ En el Estado de Derecho (art. 1 CE) es la ley la que ordena quién, cuándo y cómo puede acceder a la jurisdicción, a qué orden y órgano judicial, en su caso; cómo deben actuar los ciudadanos interesados y el órgano judicial, ...

²⁹ Existiendo, siempre, conforme a ley, un órgano competente, al efecto. Lo garantiza el artículo 448 CP, que dispone que «el Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años».

te Resolution). Se definen como «un conjunto de prácticas y técnicas dirigidas a posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas; a reducir el coste y la dilación en relación al proceso judicial y a prevenir conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales»³⁰. Estamos pues, a priori, ante mecanismos de resolución³¹ que operan fuera del ámbito de actuación de la potestad jurisdiccional y de los órganos jurisdiccionales³² y que basados en la autonomía de la voluntad de los justiciables, pretenden resolver la disputa de manera eficiente, superando las debilidades de la jurisdicción³³. Para ello, las partes dialogan de buena fe, para intentar alcanzar, con ayuda de un tercero imparcial (*third neutral*), una solución a su conflicto³⁴, en un marco flexible e informal configurado por ellos mismos en todos sus elementos³⁵.

En el entorno anglosajón reconocen que, *a priori*, es muy difícil hacer una enumeración de las técnicas ADR, apelando a que el único límite que tiene su existencia es la imaginación de las propias partes, que pueden configurar, en base a sus necesidades y al caso concreto, un medio de resolución nuevo a partir de la combinación de los ya existentes (*hybrid procedure*), o realizando alguna mo-

³⁰ En su versión sajona «ADR is a set of practices and techniques that aim to permit legal disputes to be resolved outside the courts for the benefit of all disputants; to reduce the cost of conventional litigation and the delays to which it is ordinarily subject; or to prevent legal disputes that would otherwise likely be brought in courts». La encontramos en muchos escritos, sin que ningún autor señale su procedencia. Nosotros se la atribuimos a LIEBERMAN, J. K. y HENRY, J. F., «Lessons from the Alternative Dispute Resolution movement», *University Chicago Law Review*, n.º 53/1986.

³¹ En el entorno anglosajón también se les denomina procedimientos, métodos, formas o técnicas.

³² En este sentido, se afirma que suponen «la fuga de la jurisdicción». Por todos, SILVESTRI, E., «Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 37/2000, ROLPH, E., MOLLER, E. y PETERSEN, L., «Escaping the courthouse: private Alternative Dispute Resolution in Los Angeles», *Journal of Dispute Resolution*, n.º 2/1996 y GRIFFIN ELLIS, L., «Opportunities and obstacles in Alternative Dispute Resolution Techniques», *The CPA Journal*, 1996.

³³ Se apunta, al respecto, que solventan los conflictos de manera «productiva», garantizando el acceso a la justicia, con beneficio para ambas partes (*win-win*), manteniendo las relaciones jurídicas, reduciendo todo tipo de costes (económicos y psicológicos, temporales, ...) y mediante soluciones creativas adaptadas al caso concreto. Explicamos todos los beneficios que se asocian a estos mecanismos, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para resolver el conflicto laboral*, Comares, Granada 2009, pp. 79 y ss.

³⁴ Gráficamente, SIX, J. F., *Dinámica de la mediación*, Paidós, Barcelona 1997, p. 12, describe las técnicas ADR como el paso de una cultura de confrontación a otra de comunicación. En la misma senda, BERZON, M., «Settling disputes, without boxing gloves», *American Shipper*, diciembre 1995, habla de resolver conflictos «sin guantes de boxeo».

³⁵ Esta flexibilidad y la posibilidad de configuración de la técnica en el caso concreto (las partes eligen el tercero que les ayuda; los tiempos y lugares de la negociación; la tramitación de la negociación...) son consideradas unas de las principales bondades de estos mecanismos. Fijándose en ello, WINKWORTH-SMITH, J. y LUPTON BROOMHEAD, D., «Alternative Dispute Resolution: a sudden outbreak of common sense!», *Credit Control*, 1996, califican el ADR como «sentido común» («common sense»).

dificación a algún medio típico —entendiendo por éstos, mecanismos privados tan arraigados como la mediación o el arbitraje³⁶—. No podemos descartar esta última opción tampoco en nuestro país, donde los medios ADR típicos, en el ámbito privado, son la conciliación³⁷, la mediación y el arbitraje. Nos fijaremos en las dos últimos más tarde.

Entrando en la valoración de los mecanismos ADR, sus bondades han quedado claras. Las hemos apuntado en su configuración: en ejercicio de su voluntad, mediante el diálogo, con poco coste, en un entorno flexible e informal, totalmente controlado por las partes, ofrecen respuestas rápidas y creativas que garantizan el mantenimiento de las relaciones jurídicas. A estas bondades, disfrutables por los justiciables del caso o conflicto concreto, cabe sumar una social o relativa al bien común: su gran aportación a la desjudicialización de los conflictos jurídicos, contribuyendo a la descongestión de los tribunales de justicia, permitiendo que éstos dediquen sus recursos a asuntos importantes³⁸.

En el polo opuesto, y muestra de que ningún medio de resolución es perfecto —no sólo la jurisdicción— se achacan a estos mecanismos ADR, entre otras debilidades, que asentándose en una concepción privatista e individualista del conflicto jurídico, no protegen el interés social; que no contribuyen al desarrollo del Derecho; que sus resultados no son consistentes; que no buscan la verdad material; que no sirven para solventar toda clase de conflictos (como veremos, en breve, en los indisponibles es imprescindible la jurisdicción); que no existen criterios para conocer en qué casos acudir a los mecanismos extrajurisdiccionales y en cuáles a la jurisdicción; que no protegen la igualdad de las partes; que posibilitan la impartición de justicia sin ley y garantías; los riesgos derivados de la falta de imparcialidad y neutralidad del tercero; su alta formalización e institucionalización, que les asemeja cada vez más a la jurisdicción; la falta de coordinación entre las distintas técnicas extrajudiciales, lo que impide identificar el ADR como sistema, a diferencia de la jurisdicción,...

³⁶ Siempre que se base en el empleo exclusivo de la razón en cuenta método, quedando, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, la utilización de la fuerza prohibido como mecanismo de resolución (en nuestro caso vetado expresamente en el CP (arts. 455 y 172). Por ello, se les denomina «medios pacíficos de resolución de conflictos». Examinamos las técnicas típicas ADR del entorno anglosajón, apuntando las mixtas o híbridas más importantes en, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Solución jurisdiccional del conflicto laboral vs solución extrajurisdiccional*, op. cit., pp. 145 y ss.

³⁷ Actualmente ordenada en Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria. Describen la ordenación vigente de la conciliación preventiva o preprocesal, SANMARTÍN ESCRICHE, F y LACALLE SERER, E., Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 627 y ss. Sobre la intraprocésal, MENÉNDEZ GONZÁLEZ-PALENZUELA, L., «La conciliación en la nueva Ley de enjuiciamiento civil y el papel reservado a los secretarios judiciales», *Estudios jurídicos*, n.º 2006. Sobre su ordenación precedente, BARONA VILAR, S., «Fomento de las ADRS en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)», *Seqüència: estudos jurídicos e polítics*, n.º 51/2005.

³⁸ *Vid.*, al respecto, nota a pie de página 34.

³⁹ Profundizamos en estas debilidades, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional

3. Centralidad de la jurisdicción en el sistema estatal de resolución de conflictos

Descritas y valoradas la jurisdicción y los mecanismos ADR, en cuanto vías de solución del conflicto jurídico, volviendo al entorno anglosajón, conviene fijarnos en la evolución que en aquél territorio han tenido las últimas. Tenemos que referirnos, así, a lo que en la Federación norteamericana se denomina *Court-annexed* o *related ADR* y que no es otra cosa más que la utilización de los mecanismos privados en el ámbito jurisdiccional para hacer justicia. Estamos ante una construcción que ya se presentó en la Conferencia Pound y que teorizó el profesor Sander de la Facultad de Derecho de Harvard, con el que tuvimos ocasión de trabajar. Se refirió, concretamente, al tribunal multipuertas (*multidoor court-house*), integrado por una pluralidad de mecanismos de resolución (puertas) —la propia jurisdicción y los mecanismos ADR—, en el que, cuando el justiciable presenta su conflicto, un funcionario le aconseja sobre el mecanismo más adecuado para su resolución, pudiendo aquél elegir el que más le convenga en el caso, circunstancias y necesidades concretas⁴⁰. En la senda de la implementación de esta cimentación —para nosotros totalmente inspiradora⁴¹—, en la actualidad, en EE.UU., es habitual, en el entorno jurisdiccional, el empleo de técnicas ADR, bien porque lo pactan las propias partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad (*private contract o contractual ADR*), bien porque así lo impone una disposición del parlamento o del gobierno (*legislative or administrative mandated or imposed ADR*)⁴², o, incluso, porque la ordena un juez (*court ordered ADR*). Obviamente, en los dos últimos supuestos es obligatorio el intento de acuerdo, no su consecución. En este escenario, definitivamente, los denominados mecanismos *alternativos* de resolución de conflictos (*Alternative Dispute Resolution*), como apuntábamos en las primeras líneas de esta investigación, han dejado de ser alternativos, para convertirse en complementarios de la jurisdicción, manteniéndose, en el entorno anglosajón, las siglas ADR, si bien identificándose, ahora, la A con *Adequate (Dispute Resolution)*.

Bebiendo de esta inspiración, levantamos, la que, a nuestro juicio, es la última fase en la evolución de nuestra disciplina: el Derecho jurisdiccional

diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, n.º 3/2017.

⁴⁰ Defendió la idea el mentado profesor en su ponencia en la Conferencia Pound («Varieties of Dispute Processing») y la describe SANDER, F. E. A., «Alternative methods of dispute resolution: an overview», VV.AA., FREEMAN, M. (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Dartmouth, Sidney 1995, p. 97. Confesó el propio autor, en otra obra, GOLBERG, S. B., GREEN, E. D. y SANDER, F. E. A., *Dispute Resolution*, Little, Brown and Company, Boston 1985, p. 515, que este «multidoor court-house» es una idea fácil de describir, pero difícil de implementar.

⁴¹ En ella basamos lo que denominamos *Derecho jurisdiccional diversificado*.

⁴² Marcó un hito la Ley de reforma de la Justicia Civil, otorgada por el Congreso Norteamericano en 1990, instando a todos los Juzgados Federales de Distrito a que diseñaran e implementaran mecanismos extrajurisdiccionales en combinación con la función jurisdiccional.

diversificado. Englobamos en esta rama del Derecho todos los mecanismos, técnicas o procedimientos que ofrece el Estado para resolver los conflictos jurídicos —para hacer justicia, en definitiva, garantizado el orden público, la paz social y el bien común—: la jurisdicción y las técnicas tradicionalmente llamadas alternativas⁴³. Se ha de reconocer a los justiciables o partes en conflicto la libertad para elegir el mecanismo que más les convenga en el supuesto en el que se ven envueltos; incluso, en el ámbito de las técnicas extrajudiciales, y conforme a la flexibilidad que les caracteriza, la posibilidad de configurar el mecanismo que más les convenga en el caso concreto, siempre que se guarden unas garantías mínimas⁴⁴. La garantía más importante del sistema estatal de resolución de conflictos (del servicio público justicia, que es uno, sin perjuicio de que se utilice un mecanismo ADR o la propia jurisdicción) es la propia jurisdicción o Poder Judicial, que además de actuar como elemento auxiliador de las técnicas privadas, controla su desarrollo. Y sólo desde la centralidad de la jurisdicción y de sus funciones de auxilio y control, se puede entender el Derecho jurisdiccional diversificado, configurándolo como la forma eficiente y eficaz de resolución de conflictos, en un Estado moderno y desarrollado en el que la libertad de las partes (valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico) determina el mecanismo de resolución concreto, garantizando la justicia (también valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico). Obviamente, en este esquema, jurisdicción y mecanismos extrajurisdiccionales se configuran como instrumentos complementarios y no excluyentes en el marco del sistema estatal de resolución de conflictos. Lo demostramos en el próximo epígrafe.

⁴³ Previamente, la que, a nuestra consideración, es la madre del ADR en España, en sentido similar, ha hablado del «Derecho de los medios de tutela del ciudadano», BARONA VILAR, S., «De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela del ciudadano», VV.AA., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 219. En el mismo sentido, argumenta que «es esa fusión ADR-Jurisdicción la que permite presentar una Justicia de la neomodernidad bien diversa, con operadores diversos, con técnicas distintas, con tiempos también diferentes», BARONA VILAR, S., «ADR y jurisdicción, de vidas paralelas a su integración en el paradigma de justicia del siglo XXI (una reflexión acerca de sus retos y peligros con ojos de mujer)», VV.AA., ETXEBARRIA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. y OTAZUA ZABALA, G. (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 179.

⁴⁴ A nuestro juicio, insistimos, vetadas las vías irracionales e incivilizadas para solventar las discrepancias, el Estado debe ofrecer a la ciudadanía formas o métodos pacíficos, además de la jurisdicción, para ello; cuantos más, mejor. Es la fórmula para contribuir a evitar la excesiva judicialización que se da hoy en día y que convierte en ineficaz la función jurisdiccional. También coadyuva al ejercicio de la libertad en la resolución de los conflictos, primer elemento, como apuntábamos, para la concepción subjetiva o personal de la eficacia de la justicia por la ciudadanía.

III. El sistema estatal actual de resolución de conflictos

1. Sobre la imprescindibilidad de la jurisdicción

Apuntado que, en general, la jurisdicción y los mecanismos extrajudiciales son complementarios, integrando todos ellos el sistema estatal de resolución de conflictos, al tiempo que el Estado reconoce y ofrece al justiciable un abanico plural de técnicas⁴⁵, para que éste, en base a sus necesidades y circunstancias elija la que más le convenga⁴⁶, conviene apuntar el rol que se ha de reconocer y reservar al Poder Judicial, y a los recursos limitados con los que éste cuenta. La jurisdicción debe actuar para solucionar los conflictos jurídicos en los que su intervención fuera imprescindible, aquéllos en los que, por verse involucrado el interés público —en especial, el ámbito penal y el ejercicio del *ius puniendi*—, el margen de actuación de los mecanismos extrajudiciales, basados en la autonomía de la voluntad, fuera inexistente o mínimo. En estos casos, seguiría, por tanto, manteniendo su monopolio. Pero en el resto, sin perjuicio de que queda a la libertad de los justiciables afectados su posible empleo —algo que debería respetarse siempre, pues lo contrario vulneraría el art. 24 CE⁴⁷—, se debería fomentar la utilización de los mecanismos extrajudiciales, en cuanto forma

⁴⁵ Lo que, en el entorno anglosajón, entienden como «diversificación de los mecanismos de resolución». A nuestro favor, BARONA VILAR, S., «La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», VV.AA., ETXEBERRIA GURIDI, J. F. (dirs.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona 2012, p. 22. Parece referirse a este concepto el propio legislador en el preámbulo de la LMACM, cuando apunta que «Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja».

⁴⁶ Destaca adecuadamente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La eficacia del proceso de declaración», VV.AA., RAMOS MÉNDEZ, F. (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p. 120, en relación a la jurisdicción, «el proceso puede ser eficaz para unas cosas e ineficaz para otras; y esa eficacia o ineficacia puede venir propiciada por un cúmulo enorme de circunstancias, unas jurídicas y otras sociológicas».

⁴⁷ Es la libertad de las partes el alfa y omega de las técnicas ADR. Gráficamente apunta RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 4/1994, «la opción por medios alternativos dimana necesariamente de la voluntad de las partes, como vía electiva ante el sistema judicial ordinario». En nuestro apoyo, apunta el Catedrático que «se trata tan solo de racionalizar los recursos disponibles, utilizando en cada ocasión y en cada sector conflictivo los más adecuados para el caso». Luego, como apunta MARCOS GONZÁLEZ, M.^a, «Es proceso judicial y la mediación en obligaciones civiles y mercantiles», VV.AA., ORDEÑANA GEZURAGA, I. y URIARTE RICOTE, M. (dirs.), *Justicia en tiempos de crisis*, Consejo General del Poder Judicial-Universidad del País Vasco, Madrid 2016, p. 135, no se pueden dejar conflictos relativos a determinadas materias jurídicas o cuantías excluidas del ámbito jurisdiccional. Presentaremos en el último punto de la investigación nuestra propuesta *lege ferenda* de este precepto y del título constitucional que desarrolla el Poder Judicial.

de garantizar el acceso a la justicia de manera eficiente⁴⁸, reservando la intervención jurisdiccional para dotarlos de garantías, en ejercicio de la función jurisdiccional de apoyo y control. Quede claro que no concebimos los mecanismos ADR sin esta garantía jurisdiccional⁴⁹.

La apuntada es nuestra receta para dotar de eficacia a la justicia, concibiendo por ésta el sistema estatal de resolución de conflicto y su resultado, propuesta que no resulta desconocida en el ordenamiento jurídico vigente, pues existen las técnicas extrajurisdiccionales típicas (conciliación, mediación y arbitraje) y, conforme su ordenación, la jurisdicción desarrolla funciones de apoyo y control de las mismas. Lo demostramos, en las siguientes líneas, en relación a las técnicas extrajudiciales más empleadas y utilizadas: el arbitraje y la mediación.

2. Binomio mediación-jurisdicción

Sin adentrarnos en la conciliación —por entender, otra vez, con clara inspiración norteamericana que es una modalidad de mediación⁵⁰—, entendemos, esta última, con criterio iuspositivista, conforme la define la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (recordamos, para noso-

⁴⁸ Con este planteamiento, sitúa las técnicas ADR como reflejo del Estado Social, que facilita a la ciudadanía el acceso a la justicia, BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999 p. 45. En términos similares, MAGRO SERVET, V., «La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n.º 7852/2012. El propio legislador español aparece a nuestro favor, cuando en el preámbulo de la LMACM dispone que la mediación «como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como última ratio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia». En la misma senda, el mismo instrumento normativo apunta que la mediación es un «instrumento complementario de la Administración de justicia», reconociendo entre sus ventajas «el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto».

⁴⁹ Al respecto, apunta ESPARZA LEIBAR, I., «El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de la RAC/ADR», VV.AA., ETXEBARRIA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Universidad del País Vasco, Bilbao 2010, p. 57, que «la existencia de un estado democrático de derecho, de un proceso debido en su faceta jurisdiccional, es presupuesto ineludible para que las formas y técnicas RAC/ADR puedan desarrollarse». En nuestro apoyo, postulando «el mínimo de intervención judicial», RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 9.ª ed., Atelier, Barcelona 2013, p. 28. Ahonda el mismo autor en la función de la jurisdicción como el garante de los mecanismos ADR, «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial», *op. cit.* También, ORTIZ PRADILLO, J. C., «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2135/2011.

⁵⁰ Lo explicamos, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para resolver el conflicto laboral*, Comares, Granada 2009, pp. 83 y 84.

tros, LMACM)⁵¹, como un medio de solución de conflictos, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un (órgano) mediador (art. 1). Aunque la flexibilidad que caracteriza a los mecanismos ADR también aparece en la mediación («cualquiera que sea su denominación» dice el mentado art. 1 LMACM⁵²), sus elementos esenciales son tres: (1) su base contractual⁵³ y (2) la participación de un (órgano) mediador, que actúa *intra partes* o *infra partes*⁵⁴ para intentar obtener (3) (su ob-

⁵¹ Antes de su entrada en vigor, definimos la mediación ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *Diario La Ley*, n.º 7420/2010, como «la técnica extrajudicial de resolución de disputas en las que las partes de un conflicto acuden a un tercero (o más) denominado mediador, quien, además de velar porque la negociación de aquéllas encaminada a la resolución de su conflicto transcurra en paz y armonía —desechando tensiones y obstáculos para el consenso—, puede participar activamente en la resolución del conflicto, pudiendo llegar, incluso, a presentar propuestas de solución, que en su caso aquéllas tienen que hacer suyas». Apuntábamos, al tiempo, que esta definición casa perfectamente con la etimología del propio término «mediación», proveniente del sustantivo latino *mediatio-onis*, que, a su vez, se deriva del verbo *mediare*, que significa «interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad».

⁵² Y, al hilo, su preámbulo reconoce expresamente que «en ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación».

⁵³ Se basa en la libertad de las partes, quienes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, optan por no acudir a la jurisdicción a resolver su conflicto. Recordad, al respecto, la nota a pie de página 48. Del mismo modo, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni a concluir un acuerdo (art. 6 LMACM). Consecuentemente, en su tramitación deben las partes actuar con lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10.2 LMACM). En términos jurisdiccionales, podemos decir que el principio dispositivo, que informa el proceso civil, también informa el procedimiento de mediación. Lo apunta expresamente el preámbulo de la LMACM. En este sentido, tajante MARTÍN DIZ, F., «Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias», *Diario La Ley*, n.º 6480/2006, manifiesta que no deben contemplarse las ADR «como un medio para burlar la justicia de cada Estado, sino como una opción libremente consensuada entre las partes». No obstante, partiendo de que la obtención del acuerdo es libre, y en aras a mejorar el sistema estatal de resolución de conflictos, somos partidarios de imponer la mediación (su uso, nunca su resultado —el posible acuerdo—). A nuestro favor, MAGRO SERVET, V., «Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España», *Diario La Ley*, n.º 7951/2012.

⁵⁴ Nos referimos a «órgano» porque el tercero —*third neutral*, en el entorno anglosajón— puede ser unipersonal o pluripersonal (art. 18 LMACM). Puede, al tiempo, crearse para el caso concreto (*ad hoc*) o ser permanente, en el marco de lo que se denomina mediación institucional (art. 5 LMACM). El tercero interviene, con todo, en el ámbito de actuación que le reconocen las partes (art. 10 LMACM). A diferencia del juez e igual que el árbitro —como veremos— el mediador no detenta autoridad pública alguna, salvo la mera confianza que depositan en él, para realizar su labor, las partes del conflicto. Es el órgano mediador, a nuestro juicio, el elemento más importante de la mediación. En nuestro apoyo, por todos, ORTUÑO MUÑOZ, J. P., «El reto de la mediación en el panorama internacional», VV.AA., ROMERO NAVARRO, F. (coord.), *La mediación. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia y Seguridad Gobierno de Canarias, Canarias, 2005, p. 61, afirma que «la piedra angular de toda mediación, es la figura del mediador». Mas pasionalmente sentencia REDORTA LORENTE, J., «La mediación en España», VV.AA., GOTTHEIL, J. y SCHIFFRIN, A. (coords.), *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Buenos Aires 1996, p. 178, que la mediación vale lo que valen los mediadores, pues las técnicas siempre dependen de las personas que las aplican. Ahonda en su estatuto, conforme a la

jetivo) la resolución del conflicto jurídico⁵⁵, mediante un acuerdo que puede alcanzar (como veremos) efectos públicos (arts. 23 a 17 LMACM).

La mediación, en cuanto instrumento de autocomposición, en su configuración, está más lejos de la jurisdicción que el arbitraje, como veremos. De los tres elementos ejes de aquél (jurisdicción, acción y proceso), únicamente detectamos el último en la mediación, tanto en la medición *ad hoc* o configurada para el caso concreto, como en aquélla que podemos llamar mediación institucional y que se da en el marco de una institución (art. 5 LMACM). Nos explicamos. En primer lugar, los mediadores no detentan autoridad alguna, más que la reconocida por las partes para auxiliar a resolver el conflicto concreto (arts. 6 y 10 LMACM). Del mismo modo, no existe un «proceso» de mediación, sino un procedimiento: las partes no litigan, conforme al principio de dualidad de posiciones, para que un tercero neutral imponga una solución; más al contrario, negocian de buena fe, con lealtad y respeto mutuo, con la ayuda del mediador, para intentar llegar a un acuerdo⁵⁶. Sin embargo, los efectos públicos que se pueden reconocer al acuerdo de mediación, convirtiéndolo en título ejecutivo

ordenación de la LMACM, CARRETERO MORALES, E., «El estatuto del mediador civil y mercantil», *Revista de mediación*, n.º 1/2014.

⁵⁵ Con términos significativos, apunta el preámbulo de la LMACM que es una institución «ordenada a la paz jurídica». En la misma línea, la describen como «instrumento de paz social», GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y sociedad*, n.º 1/2013. «Instrumento de paz, solidaridad y unión» la califican ÁLVAREZ, G. S., HIGHTON, E. I. y JASSAN, E., *Mediación y justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. VII.

⁵⁶ Con este fundamento, a diferencia de lo que acontece en la jurisdicción y en el arbitraje, la mediación no garantiza un resultado final (la resolución de conflicto). En la mediación *ad hoc* serán las partes las que establezcan la tramitación, con respeto a los derechos de las partes y deberes del órgano mediador que ordena la LMACM. En la mediación institucional (art. 5 LMACM), por su parte, será la institución encargada de la mediación la que fije su tramitación, con los mismos límites. Con la regulación vigente, y atendiendo a la neutralidad que exige el legislador al mediador (art. 8 LMACM), se veta a éste la posibilidad de realizar propuestas de solución, algo que censuramos totalmente, en cuanto entendemos que esta facultad debe ser característica esencial de la mediación, sin perjuicio de que las partes sean plenamente libres de aceptar y hacer suya esa propuesta, convirtiéndola, en su caso, en acuerdo. Lo explicamos, en relación a la mediación familiar, con argumentación totalmente aplicable a la mediación, en general, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Análisis de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar que viene a crear el marco jurídico adecuado para la resolución extrajurisdiccional del conflicto familiar en el ámbito de la CCAA vasca?», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 81/2008. A nuestro favor, ZATO ETCHERRÍA, M.^a, «Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea», *Revista de mediación*, n.º 1/2015. También, MAGRO SERVET, V., «Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España», *Diario La Ley*, n.º 7951/2012. Explica las bondades y tachas de la posibilidad, HERRERA DE LAS HERAS, R., «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2017. Por último, en relación a la tramitación que prevé la LMACM, como apunta su preámbulo, cabe señalar que «es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes pueden alcanzar».

si se eleva a escritura pública (art. 25 LMACM), exigen que, en su tramitación, se reconozcan unos derechos a las partes y se impongan los respectivos deberes al órgano mediador. Así se reconoce a las partes el derecho a la igualdad (art. 7 LMACM), a la negociación con lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10.2 LMACM)⁵⁷ y a la confidencialidad de la tramitación (art. 9 LMACM)⁵⁸. Detentan, asimismo, el derecho a que el órgano mediador, unipersonal o colegiado, actúe con imparcialidad y neutralidad (arts. 7, 8 y 13 LMACM), debiendo cumplir fielmente el encargo, incurriendo, en caso contrario, en responsabilidad por los daños y perjuicios que cause (art. 14 LMACM)⁵⁹. En el marco de la realización y previa constitucionalización del Derecho jurisdiccional diversificado, somos partidarios, como apuntaremos y razonaremos en el próximo epígrafe, *lege ferenda* de que estas garantías se recojan en el artículo 24 CE.

Fijándonos, ahora, en su relación con la vía jurisdiccional y las tres tutelas que ofrecen los jueces, lo primero que tenemos que apuntar es que solo cabe mediación en materia disponible (art. 2 LMACM). Luego, en los conflictos de esta naturaleza —incluso en los transfronterizos (art. 3 LMACM)—, los justiciables pueden, en ejercicio de su libertad, elegir acudir a este mecanismo, renunciando al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE⁶⁰. Nunca se puede emplear este mecanismo en conflictos en relación al orden público o

⁵⁷ Lo que conlleva el deber de las partes de colaborar y apoyar al mediador, manteniendo la adecuada deferencia a su actividad (art. 10.3 LMACM).

⁵⁸ Deber de confidencialidad que afecta al propio mediador, a las instituciones de mediación, en su caso, y a las partes. Sobre su importancia, ALVAREZ MORENO, M.^a T., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Poder Judicial*, n.º 77/2004, calificando la confidencialidad como «piedra angular de la mediación». Distingue su vertiente externa e interna, postulando, en este último sentido, que lo que una parte dice al mediador, sin la presencia de la otra, también entra en el ámbito de la confidencialidad, PINTOS SANTIAGO, J., «Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil», *Diario La Ley*, n.º 8278/2014.

⁵⁹ Sobre la responsabilidad del órgano mediador, y la garantía que conlleva para los justiciables, COBAS COBIELLA, M.^a E. y VALERO LLORCA, J., «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», *Diario La Ley*, n.º 7987/2012.

⁶⁰ En relación a la renuncia del derecho del artículo 24 CE, califica correctamente MARTÍ MINGARRO, L., «La mediación civil y mercantil en la nueva ley 5/2012, de 6 de julio», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29/2013, «se trata de una renuncia temporal, condicional, explícita y contractual». En el mismo sentido, vinculando la posibilidad con el principio de oportunidad procesal, MONTERO AROCA, J., «Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación», VV.AA., PARDO IRANZO, V. (dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 50 y ss. Sobre la naturaleza disponible de los conflictos que solventa este mecanismo, la STC 81/1992, de 28 de mayo postula en relación a la conciliación —totalmente aplicable a la mediación— que «constituye un método autocompositivo de solución de conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible en el que las partes, a través de la intervención de un tercero, evitan el nacimiento o ponen fin a un litigio entre ellas surgido». En la misma dirección, en la doctrina, por todos, MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 96.

normas imperativas (estado civil, filiación...). Nos topamos, otra vez, con la imprescindibilidad de la jurisdicción.

En esta coyuntura, optando los justiciables por la mediación, y muestra de que es una técnica integrante del sistema estatal de resolución de conflictos, el legislador reconoce que la solicitud de su inicio suspende la prescripción o caducidad de las pretensiones judiciales, desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador o el depósito ante la institución de mediación, en su caso, y hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación, o en su defecto, la firma del acta final, o se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la LMACM (art. 4)⁶¹. Del mismo modo, existiendo un pacto, por escrito, que recoja el compromiso de someter controversias presentes o futuras a la mediación, el legislador dispone que se «deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial»⁶². En una apuesta firme por la mediación, la LMACM agrega que «dicha cláusula surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste» (art. 6.2 LMACM). Todo ello sin olvidar que la mediación es voluntaria en su origen y desarrollo⁶³. En plena coherencia, la LEC, modificada por la LMACM, reconoce la facultad de las partes del proceso civil de disponer de éste para someterse a mediación, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones, por razones de interés general o en beneficio de tercero (arts. 19.1 443 y 770 LEC). En la misma línea, si una de las partes en conflicto, firmante de un pacto de mediación, se encuentra sorpresivamente en la posición de demandado de pleito civil, puede interponer declinatoria (arts. 39 y 63 LEC). Debería ser la única actuación a realizar para evitar la sumisión tácita al órgano judicial (art. 56 LEC). La confianza del legislador respecto a la mediación queda patente, asimismo, al recoger expresamente la posibilidad del juez, de informar a las partes, e incluso, invitarles, a acudir a mediación, tanto en el juicio ordinario propiamente dicho (art. 414 LEC), como en el verbal (art. 440 LEC).

En el marco de la función de auxilio jurisdiccional debemos situar la posibilidad de los justiciables, que acuden a mediación, de solicitar a los jueces

⁶¹ Apunta especialmente la LMACM que, si en el período de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, no se firma el acta de la sesión constitutiva (art. 19 LMACM), se reanuda el computo de los plazos de prescripción o caducidad judicial.

⁶² Quede claro, por tanto, que la mediación no es únicamente alternativa a la jurisdicción, sino también a otros mecanismos ADR, especialmente el arbitraje. Lo destaca, PINTOS SANTIAGO, J., «Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil», *op. cit.* Se advierte claramente en materia de consumo. Así lo razonamos, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *op. cit.*

⁶³ Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo dispone el artículo 6.3 LMACM. Recordad, además —*vid.* nota a pie de página 54—, que nosotros somos favorables a su obligatoriedad en el acceso, no en el resultado.

medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos (art. 10.2 II LMACM)⁶⁴.

Del mismo modo, es posible convertir el acuerdo de mediación en título ejecutivo, elevándolo a escritura pública o, si se hubiera alcanzado después de iniciado un proceso judicial, solicitando las partes su homologación judicial (arts. 25 LMACM y 517 LEC)⁶⁵. Detentando la jurisdicción el monopolio del uso legítimo de la fuerza, será, en su caso, competente, para su ejecución, el juzgado de primera instancia del lugar en el que se hubiera firmado el acuerdo de mediación (art. 545.2 LEC), pudiendo procederse, al efecto, siempre que hayan pasado 20 días desde que la firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado (art. 548 LEC). Se deberá presentar al órgano jurisdiccional el propio acuerdo y copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (art. 550.1 LEC) y se reconoce al ejecutado el derecho a la oposición (art. 556 LEC).

Muestra de la función de control de la vía jurisdiccional respecto a la mediación, contra el acuerdo que pone fin a ésta se puede ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 LMACM).

Demostrada la importancia de la función de auxilio y control de la jurisdicción para la eficacia de la mediación, terminamos apuntando la necesidad de que así se recoja *lege ferenda* en el artículo 24.1 CE, en el marco de la implementación del Derecho jurisdiccional diversificado. Coordinadamente tendría que modificarse el actual título VI CE dedicado al Poder Judicial.

3. *Binomio arbitraje-jurisdicción*

Sin omitir la discusión doctrinal sobre la naturaleza del arbitraje, superadas las teorías meramente privatistas y publicistas⁶⁶, prevalece, en la actualidad, la teoría ecléctica que, combinando elementos privados y públicos, configura aquél, con apoyo jurisprudencial, como «equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional

⁶⁴ Explica la posibilidad, diferenciando que las medidas cautelares se adopten antes del inicio de la mediación o en su tramitación, PÉREZ DAUDÍ, V., «La mediación y las medidas cautelares», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3/2012.

⁶⁵ Luego, a diferencia de lo que ocurre con el laudo arbitral (que *ipso iure* se convierte en título ejecutivo) (art. 45 LA), en la mediación se requiere la voluntad y actividad, al respecto, de las partes. Entienden que esta «exigencia, lejos de dotar a la mediación de una mayor efectividad —desideratum del legislador expresado en su exposición de motivos— la coloca en clara desventaja respecto del laudo», PÉREZ MARTELL, R. y VILALTA NICUESA, A. E., «La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva ley 5/2012, de mediación», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 28/2012. A nuestro juicio, es una diferencia lógica derivada de la distinta naturaleza (autónoma y heterónoma) de ambos mecanismos.

⁶⁶ A ellas nos referimos, con abundante soporte doctrinal, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La historia de un querer y no poder, o sobre la relación del arbitraje de consumo con la jurisdicción», VV.AA., MINTEGUÍA ARREGUI, I. (ed.), *Derechos humanos en la ciudad*, Universidad del País Vasco, Bilbao 2009, pp. 205-213.

o cuasijurisdiccional»⁶⁷. Sin perjuicio de que en este apartado del estudio analizamos la relación entre el arbitraje y la jurisdicción, partiendo de su base contractual (el convenio arbitral, su causa y fundamento) (arts. 9 y 2 LA) y su finalidad (la resolución de conflictos jurídicos con efectos públicos), entendemos que el arbitraje es una institución autónoma⁶⁸, encuadrable en el Derecho jurisdiccional diversificado, es decir, en el catálogo de mecanismos que el Estado ofrece a los justiciables.

A continuación, es imprescindible reparar en la similitud del arbitraje con la jurisdicción —no sólo atendiendo a su etimología e historia⁶⁹— pues aquél comparte dos de los tres elementos esenciales de la última. Sin negar que el árbitro no es juez, que no detenta potestad jurisdiccional alguna más que la autoridad que le es atribuida por los justiciables en conflicto⁷⁰, en cuanto jurisdiccionales son los efectos del laudo arbitral —similares a los de la sentencia, por tanto— (ejecutividad y cosa juzgada) (arts. 43 y 44 Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje) (en adelante, LA), para su consecución se ha de seguir un proceso, similar al de la jurisdicción. Identificamos así el proceso arbitral: configurado por las propias partes (art. 25 LA) y regido por el principio dispositivo, es el ámbito o espacio en el que actúan aquéllas —en dualidad de posiciones, igualdad, con audiencia y contradicción (art. 24 LA)—, y el árbitro, que va a decidir heterónoma o vinculantemente (*supra partes*) el conflicto mediante el laudo.

No es el proceso el único elemento que comparten jurisdicción y arbitraje. Inherente a este proceso es el reconocimiento a las partes de unos derechos y garantías en el mismo⁷¹, lo que nos lleva a mantener que otro de los ejes de la juris-

⁶⁷ Así lo califico el Tribunal Constitucional en abundantes sentencias (STC 43/1988, de 16 de marzo, STC 15/1989, de 26 de enero y STC 62/1991, de 22 de marzo).

⁶⁸ A nuestro favor, entre otros, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson-Civitas, Pamplona 2016, p. 48.

⁶⁹ Como subraya ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., «El nuevo arbitraje laboral», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3/1996, la palabra «arbitraje» proviene del sustantivo latino *arbitrari*, que en español significa juez, y que se enmarca en la familia léxica del verbo *arbitrari*, que significa «dar o pronunciar sentencia». A mayor abundancia, muestra de su nexos perpetuo —incluso, histórico—, aquél, en cuanto primer medio heterocompositivo de resolución de conflictos que surgió, es el antecedente inmediato de la jurisdicción. En este sentido, ARANGIO RUÍZ, V., «Las acciones en el derecho privado romano», *Revista de Derecho privado*, Madrid 1945, pp. 37-42, mantiene la existencia desde el primer período del procedimiento civil romano de la acción de la ley por petición de un juez o de un árbitro (*legis per iudicis y arbitrive postulationem*). En sentido similar, postula que el juicio por un árbitro no oficial fue la primera forma de hacer justicia, D'ORS PÉREZ-PEIX, Á., «La experiencia histórica del arbitraje jurídico», *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación*, n.º 15-16/1993.

⁷⁰ Mediante el convenio arbitral, alfa y omega del arbitraje (arts. 9 y 15 Ley 60/2003 de Arbitraje).

⁷¹ En este sentido, conceptúa el «proceso como sistema de garantías», LORCA NAVARRETE, A. M.ª, «El proceso “con todas las garantías” (art. 24.2 de la Constitución)», *Diario La Ley*, n.º 6803/2007.

dicción (la acción), también es aplicable al arbitraje. Constitucionalizado, actualmente, en el artículo 24 CE, en referencia exclusiva a la jurisdicción, las garantías y derechos que incluye, en la medida que sea posible, se han de aplicar al arbitraje⁷². No en vano, en la senda de crear un verdadero sistema estatal de resolución de conflictos, ordenado mediante el Derecho jurisdiccional diversificado, es imprescindible la modificación de este precepto fundamental para convertirlo en eje del sistema estatal de resolución de conflictos. Debe el artículo 24 CE *lege ferenda* recoger la obligación de independencia e imparcialidad del árbitro, derecho recíproco de los justiciables. Debe, asimismo, recoger el derecho de igualdad, contradicción y defensa de las partes en el arbitraje, en general, y en el proceso arbitral, en particular⁷³. Debe ser contenido del derecho de acción, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, la función de apoyo y control del Poder Judicial respecto al arbitraje, configurado como derecho de los justiciables y obligación del Poder Judicial⁷⁴. En este último sentido, la función jurisdiccional debe formularse, no sólo como juzgar y ejecutar lo juzgado (en formulación del art. 117.3 CE), y proteger ambas actividades mediante la tutela cautelar (corrección del art. 5 LEC), sino también como auxilio y control de los mecanismos extrajurisdiccionales.

Dejando el ámbito *lege ferenda*, y retomando el de la legalidad vigente, actualmente cualquier justiciable puede acudir al arbitraje —mecanismo no reco-

⁷² Sin omitir que el derecho a acudir a los tribunales o *prius* de todo el derecho de acción, *a priori* —como analizaremos en breve— se excluye en el arbitraje, como consecuencia del efecto negativo del convenio arbitral (art. 11 LA). Comulgan con nosotros en que, en la medida de lo posible, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su configuración vigente, también se ha de aplicar al arbitraje, entre otros, FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje en el derecho español», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 2/1989, CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., «El arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, vol. 4/1990, CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 29 y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 115. De manera muy interesante, RAMOS MÉNDEZ, F., «La eficacia del proceso», *op. cit.*, convierte el artículo 24 CE en «el principio de eficacia del proceso» (jurisdiccional se entiende), apuntando que el artículo 24 CE, a su juicio, requiere: (1) la posibilidad efectiva de libre acceso a los tribunales de justicia, (2) el derecho a que los tribunales funcionen normalmente y con eficacia, (3) el derecho a que el proceso tenga una duración razonable, (4) el derecho a que el proceso tenga un coste económico soportable, y (5) el derecho a que se cumplan las relaciones judiciales firmes. Centra asimismo, la disciplina en este artículo 24 CE, en cuanto eje del sistema de garantías procesales, LORCA NAVARRETE, A. M.ª, «La constitucionalización del proceso», *op. cit.* Previamente, del mismo autor, «El derecho procesal como sistema de garantías», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 107/2003. Como veremos en el próximo apartado, en desarrollo de esta idea, nosotros convertimos el artículo 24.1 CE en principio de eficacia de todo el sistema de resolución de conflictos del Estado, es decir, no solo de la jurisdicción, sino también de los mecanismos ADR.

⁷³ Deberían *lege ferenda* estos elementos incorporarse al artículo 24.3 CE, como razonaremos en el próximo apartado de la investigación.

⁷⁴ Debería recogerse *lege ferenda* esta función de apoyo y control de las técnicas ADR en el artículo 24.1 CE, como argumentaremos *a posteriori*. En nuestro apoyo, entendiendo que la CE debe reflejar la evolución social en esta materia, MORALES FERNÁNDEZ, G., *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la Mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*, Hispalex, Sevilla, 2014, p. 295.

nocido expresamente en la CE⁷⁵— para solventar conflictos jurídicos en materia disponible (art. 2.1 LA)⁷⁶, pues en este ámbito la tutela judicial no es obligatoria, por lo que los justiciables protagonistas de un conflicto pueden, en ejercicio de su libertad, renunciar a ella. Esta renuncia, corolario típico del efecto negativo del convenio arbitral (art. 11.1 LA), no es, sin embargo, ni definitiva, ni absoluta. Entramos, así, en el ámbito de lo que denominamos función de auxilio y control de la jurisdicción de los mecanismos extrajurisdiccionales, resultando innegable que es el Poder Judicial el que dota de garantías al arbitraje, dependiendo éste para su éxito de la subfunción declarativa, ejecutiva y cautelar que ofrece la autoridad jurisdiccional. Atendemos a los tres supuestos.

Es la tutela declarativa judicial la que *a priori* se puede excluir por el justiciable, cuando opta por acudir al arbitraje en conflicto sobre materia disponible⁷⁷. Sin embargo, a pesar del efecto negativo del convenio arbitral (art. 11.1 LA)⁷⁸,

⁷⁵ Sin que podamos negar a estas alturas la existencia del arbitraje porque no se recoja expresamente en el texto constitucional. Lo contrario supondría en palabras de CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2.ª ed, Civitas, Madrid 1991, p. 34, ir contra la tradición histórica española, que tiene abundantes referencias a la figura, y olvidar el preponderante papel que la institución tiene en el plano internacional. En la misma línea, BARONA VILAR, S., «El arbitraje en el Derecho español», VV.AA., *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (arbitraje, conciliación)*, Consellería de Benestar Social Generalitat Valenciana, Valencia 1998, p. 82 y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 62. En cualquier caso, no nos tiene que extrañar que la CE no reconozca expresamente esta institución, pues en el ordenamiento español sólo se ha reconocido explícitamente en la Constitución gaditana de 1812, sin que tuviera repercusión alguna en las posteriores. *Vid.*, al respecto, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, pp. 163 y ss. Ello contrasta, en consideración de ROCA MARTÍNEZ, J. M.ª, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, J. M. Bosch, Barcelona 1992, p. 160, con la influencia que la ordenación de la Pepa tuvo en el territorio iberoamericano, en países como Venezuela, Honduras, Guatemala, Perú, etc., cuyas Constituciones recogieron —y algunos aún lo hacen hoy en día— la institución arbitral.

⁷⁶ En la indisponible, por ende, como se apuntó en la mentada Conferencia Pound, la participación jurisdiccional es inevitable e imprescindible. Luego, es la disponibilidad del asunto lo que otorga la posibilidad de elección al justiciable, defendiendo que éste optará por el medio más eficaz en el caso concreto (la jurisdicción o uno ADR). Con muy buen criterio, RAMOS MÉNDEZ, F., «Cómo iniciar y conducir un procedimiento arbitral internacional: análisis de un caso práctico», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 3/1984, en relación al arbitraje internacional, apunta que «desde un punto de vista práctico (...) la eficacia de un arbitraje se mide básicamente por tres factores: las expectativas de cumplimiento o ejecución del laudo, la duración y el coste del procedimiento». En el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y proceso internacional*, J. M. Bosch, Barcelona, 1987, p. 162.

⁷⁷ *A sensu contrario*, en materia indisponible —reiteramos— la jurisdicción deviene la única forma de resolución.

⁷⁸ Protegido especialmente mediante la previsión de la declinatoria (exposición de motivos y art. 11 LA y 63-65 LEC), posibilitando, existente la litispendencia arbitral, al que se ve demandado en un proceso civil en relación a la misma cuestión, la denuncia, en éste, de falta de jurisdicción, por haberse sometido el conflicto a arbitraje. La interposición de la declinatoria es el único acto que debe el demandado realizar en el proceso judicial para evitar la sumisión tácita al órgano judicial (art. 56 LEC) y, por ende, la renuncia al convenio arbitral, sin que su interposición impida que el proceso arbitral se inicie o prosiga, con el fin de evitar que la incoación de un

y en aplicación del principio de intervención mínima judicial en el desarrollo del arbitraje (art. 7 LA), éste puede requerir del auxilio o ayuda de la tutela declarativa judicial para el nombramiento de los árbitros (arts. 8.1 y 15 LA)⁷⁹ y para la práctica de pruebas (arts. 8.2 y 33 LA)⁸⁰. En el mismo sentido, y dotando de garantías al mecanismo, sólo la jurisdicción puede reconocer laudos arbitrales extranjeros (arts. 8.6 y 46 LA)⁸¹. Es, igualmente, el poder judicial el que realiza la función de control del arbitraje, debiendo acudir a su tutela declarativa para la impugnación del laudo arbitral, bien mediante el ejercicio de la acción de anulación o del recurso de revisión (arts. 8.5 y 40-43 LA)⁸².

El arbitraje requiere siempre y en todo caso de la tutela ejecutiva judicial, pues los árbitros, al no detentar potestad jurisdiccional, no pueden hacer cumplir por la fuerza un laudo arbitral. En nuestro Estado de Derecho (art. 1.1 CE), únicamente jueces y magistrados pueden utilizar lícitamente la fuerza del Estado o los instrumentos públicos de coerción, en ejercicio de la subfunción juris-

proceso judicial sea utilizada para bloquear el arbitraje (art. 11.2 LA). En la coyuntura contraria, no existe ningún problema para abandonar un proceso jurisdiccional iniciado, para someterse a arbitraje, siempre y cuando la ley no lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19 LEC).

⁷⁹ Cuando las partes no se ponen de acuerdo, al efecto, será el juzgado de primera instancia el que lo haga. Idéntica posibilidad se puede emplear para la remoción de los árbitros (arts. 8.1, 19 y 15 LA). Explica la tramitación judicial pertinente, STAMPA CASAS, G., «El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares», *Estudios de derecho judicial*, n.º 102/2006.

⁸⁰ Esta ayuda la pueden solicitar los propios árbitros o cualquiera de las partes, con el beneplácito de aquéllos, al juzgado de primera instancia del lugar en el que se esté celebrando el arbitraje o del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia. El auxilio judicial puede consistir en la realización de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. Lógicamente, en esta actividad, en sede judicial, se actuará conforme a la ordenación de la prueba prevista en la LEC. Expone la cuestión, MALLANDRICH MIRET, N., «La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo», *Diario La Ley*, n.º 7903/2012.

⁸¹ Conforme al artículo 46 LA, se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español, rigiéndose su exequátur por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, datado en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión. Es competente, al efecto, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos. Para su sustanciación debemos estar a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (arts. 41-61). Explican el régimen vigente, DE LOS SANTOS LAGO, C. y ROSENDE VILLAR, C., «El exequátur en la nueva ley de cooperación jurídica internacional», *Economist & Jurist*, n.º 197/2016.

⁸² Ambos competencia del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (arts. 8.5 LA y 509 LEC). Sobre la naturaleza, características y alcance de la acción de anulación, PEÑALVER, J. R., «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3/2007. Explica la revisión del laudo arbitral ante los Tribunales de Justicia, Pelayo Jiménez, R. C., «La revisión *ad intra* de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, n.º 8440/2014.

diccional de «ejecutar lo juzgado», reconocida por la CE (art. 117.3). Al efecto, el interesado deberá acudir al juzgado de primera instancia del lugar en el que se haya dictado el laudo arbitral (arts. 8.4 LA y 545.2 LEC), sin perjuicio de que contra el mismo se haya interpuesto acción de anulación (art. 45 LEC). La ejecución se efectuará conforme a la normativa de la LEC (art. 44 LA con remisión a los arts. 517 y ss. LEC). Con todo, la ejecución deviene pues una muestra más del auxilio y garantía que la jurisdicción ofrece al arbitraje⁸³.

Tampoco sustituye el arbitraje la tutela cautelar ofrecida por la jurisdicción. Aunque es cierto que los propios árbitros pueden dictar medidas dirigidas a proteger el objeto del proceso arbitral —salvo acuerdo en contrario de las partes—, siempre que lo solicite alguna de ellas, pudiendo, al efecto, exigir caución suficiente al solicitante (art. 23.1 LA), se ha de acudir a la jurisdicción, para su ejecución forzosa o para recurrir estas medidas mediante la acción de anulación. Nos topamos, una vez más, con la función auxiliadora y controladora de la jurisdicción respecto al arbitraje. Además, conviene remarcar que la jurisdicción mantiene la competencia para dictar medidas cautelares antes de que se inicie el proceso arbitral o durante su desarrollo (art. 11.3 LA)⁸⁴. Se acudirá, para ello, al juzgado del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, al del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (arts. 724 LEC y 8.3 LA).

4. *Aplicabilidad a cualquier mecanismo extrajudicial*

Defensores de que, también, en el ordenamiento jurídico español, igual que en el entorno anglosajón, las partes puedan crear mecanismos extrajudiciales para solventar su conflicto concreto —normalmente, combinando elementos de los típicos—, sólo les imponemos una condición: deben contar el auxilio y el control de la jurisdicción. Así lo postulamos porque la justicia, en cuanto valor supremo constitucional (art. 1 CE), es una y única, sin perjuicio del mecanismo, técnica o procedimiento por el que se alcanza o reparta. Concibiendo la justicia como la solución eficaz del conflicto jurídico del justiciable, no podemos, distinguir entre justicia pública y justicia privada, atendiendo al mecanismo por el que ha sido obtenida, correspondiendo siempre, en última instancia, a la jurisdicción, el control —además, del auxilio— del resultado de cualquier mecanismo de resolución. En otros términos: solo se puede impartir justicia con control judicial, quedando en

⁸³ En nuestro sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho privado y Constitución*, n.º 19/2005.

⁸⁴ Luego, la tutela cautelar no entra, en los términos apuntados, en el efecto negativo del convenio arbitral ordenado en el artículo 11 LA. Remarcaba RAMOS MÉNDEZ, F., «Arbitraje internacional y medidas cautelares», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 4/1984, en relación al arbitraje comercial internacional, antes de que el ordenamiento patrio permitiera a los árbitros dictar medidas cautelares, que los abogados guiados por «criterio de eficacia (...) más allá de cualquier polémica doctrinal» optan por solicitar las medidas cautelares a los tribunales o a los árbitros.

manos de éste la protección del valor social justicia, aunque sea sin su intervención o actuación directa. Refrendo de que desjudicialización no es deslegalización, es la máxima garantía que el Estado debe ofrecer a los justiciables.

IV. La constitucionalización de los mecanismos extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico

1. Recapitulación y necesidad de constitucionalización

Las líneas anteriores han dibujado el paradigma de justicia del siglo XXI. El Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer al justiciable una diversidad de mecanismos de resolución, entre los que se encuentran la propia jurisdicción y las técnicas ADR —con la posibilidad añadida, en el marco de estas últimas, de configurar una para el caso concreto—, para que la ciudadanía, en ejercicio de su libertad, elija el que más le convenga. Partiendo de que no hay método perfecto de resolución de conflictos, de que todos —como hemos advertido en líneas precedentes—, presentan tachas y fortalezas, es la forma de contribuir a una justicia más eficaz y humana. Cuando es posible —no olvidemos la imprescindibilidad de la jurisdicción en determinadas materias— la libertad de elección del método es esencial. Más allá, hemos demostrado que la jurisdicción y las técnicas tradicionalmente llamadas alternativas, lejos de ser excluyentes, son complementarias: las últimas contribuyen al mejor funcionamiento del Poder Judicial, ayudando a descongestionarlo para que éste pueda dedicar sus recursos limitados a otros asuntos, y éste es esencial para el adecuado desarrollo de aquéllas. No en vano, la justicia, concebida como valor y servicio público, cuyo resultado es la resolución de los conflictos jurídicos, sólo se puede ofrecer con el aval del Estado. Esta idea exige y reserva un rol central al Poder Judicial en el sistema estatal de resolución de conflictos: sólo con su auxilio y control se pueden entender, aceptar y homologar los mecanismos ADR⁸⁵. Es la jurisdicción la que dota de garantías, en general, y de seguridad jurídica, en particular, las técnicas ADR. Esta afirmación nos permite deducir que, en última instancia, y aunque sea sin su intervención directa, corresponde a jueces y magistrados, la protección del valor social justicia.

Las ideas precedentes, que hemos descrito, con inspiración norteamericana, como contenido básico del último estadio de nuestra disciplina⁸⁶, nos han lle-

⁸⁵ De lo contrario, correríamos con TARUFFO, M., «La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?», VV.AA., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid 1996, p. 146, el riesgo de que el procedimiento en que se articula el método de ADR sea una *black box* del que no se conoce nada, y que, por tanto, escape a cualquier control. En el mismo sentido, en el ámbito anglosajón, entre otros, FISS, O. M., «Against settlement», *Yale Law Journal*, n.º 93/1984. Del mismo autor, «Out of Eden», *Yale Law Journal*, n.º 94/1985.

⁸⁶ El mejor ejemplo de su existencia son todos los estudios que sobre estos mecanismos están realizando últimamente los investigadores de la misma —algunos citados en este estudio—

vado a promulgar el nacimiento del Derecho jurisdiccional diversificado⁸⁷. Y sin perjuicio de que sus elementos se recogen, tal y como hemos explicado, en distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico⁸⁸ carecen de fundamento constitucional. No se divisa la existencia del sistema estatal de resolución de conflictos promulgado al abrigo del Derecho jurisdiccional diversificado en la CE. Entendemos fundamental modificar, al respecto, nuestra Carta Magna. ¿Dónde y cómo? Lo exponemos, a continuación.

2. *Elemento eje del sistema estatal de resolución de conflictos: el artículo 24 CE*

A) *Trascendencia*

Como hemos apuntado en el estudio precedente, el derecho a la tutela judicial efectiva, también llamado acción o derecho de acción, constitucionalizado actualmente en el artículo 24 CE, es elemento eje y esencial de la jurisdicción, tanto en su faceta organizativa, como funcional. Sólo reconociendo una serie de garantías y derechos dirigidos a evitar la indefensión de los justiciables frente a los jueces, se puede reconocer la potestad jurisdiccional y prohibir, como regla general, la autotutela, institucionalizando la tutela pública o del Estado⁸⁹. En este sentido, es correcto afirmar que la acción refleja la posición jurídica de la ciudadanía ante la Administración de Justicia⁹⁰. Así, la acción es, en la actualidad, primeramente, el recurso con el que el ciudadano invoca a su favor la fuerza pública del Estado⁹¹, además de todos los derechos y garantías que se reconocen a la ciudadanía en la vía jurisdiccional en nuestro Estado de Derecho⁹².

o las revistas que vinculan la jurisdicción con las técnicas ADR, por ejemplo, la que cobija este análisis, la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*.

⁸⁷ Hemos expuesto sus líneas básicas en líneas precedentes. Para un análisis más exhaustivo, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *op. cit.*

⁸⁸ Hemos analizado el régimen previsto para la mediación y el arbitraje, respectivamente, en la LMACM y la LA.

⁸⁹ En esta línea, hace mucho tiempo, GÓMEZ MORÁN, L., *La justicia por dentro*, 2.ª ed., FET, Oviedo 1940, p. 48. Más recientemente, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., Civitas, Madrid 2001, p. 22, quien siguiendo entre otros a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 161 y ss., remarca que se sustituye la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado; la ley de la selva por la de la civilización.

⁹⁰ Lo mantuvo, SERRA DOMÍNEZ, M., «Evolución histórica y concepciones modernas del concepto de acción», *Revista Derecho Procesal*, 1968.

⁹¹ Casi literal, MORENO CATENA, V., «Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva», *Revista Poder Judicial*, n.º 10/1984.

⁹² Analizamos su listado, contenido y extensión, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *El Estatuto jurídico de la víctima en el Derecho jurisdiccional penal español*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

B) *Realidad actual*

No obstante, la configuración actual del derecho a la tutela judicial efectiva⁹³, en nuestra Carta Magna, se refiere únicamente a la jurisdicción y no a las técnicas complementarias, que están, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, llamadas a integrar el paradigma de justicia del siglo XXI. Concebido este derecho fundamental, como hemos apuntado en el análisis previo, como fuente de la eficacia del sistema estatal de resolución de conflictos, esta es una realidad que no puede prolongarse más en el tiempo, pues dota de incertidumbre a los mecanismos extrajurisdiccionales e impide su desarrollo, al tiempo que empobrece el sistema estatal de resolución de conflictos.

C) *Propuesta lege ferenda*

Es necesario pues, en primer lugar, el reconocimiento constitucional de la facultad de la ciudadanía de utilizar los mecanismos extrajurisdiccionales, siempre con el aval (auxilio y control) del Estado, ejercido mediante el Poder Judicial. Deben recogerse, además, *lege ferenda*, en el actual artículo 24 CE, una serie de garantías mínimas adicionales que requiere la configuración y utilización de las técnicas ADR. En primer lugar, las atinentes a su fundamento: siempre la libertad y consenso de las partes. Es elemento esencial para acreditar, en nuestro Estado democrático y social de Derecho, un procedimiento como técnica de resolución de conflictos y parte del sistema estatal correspondiente, y que actúa, al tiempo, a nuestro juicio, como primer elemento de percepción de eficacia en la resolución del conflicto jurídico por parte del justiciable.

Entendiendo que el tercero que auxilia a las partes a resolver —más o menos negociadamente⁹⁴— el conflicto jurídico es pieza clave de cualquier mecanismo extrajurisdiccional, debe el derecho a la tutela judicial efectiva, igualmente, hacer referencia a él en lo mínimo. Debe así, a nuestro juicio, apuntar su legitimación (la opción libre de las partes) y requisitos esenciales (actuación imparcial, responsable y confidencial).

Postulamos necesaria, asimismo, la cita al procedimiento o tramitación correspondiente⁹⁵. Debe la CE apuntar sus elementos esenciales: configuración por

⁹³ *Id.*, además de nota anterior, DIÉZ-PICAZO, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Poder Judicial*, n.º 5/1987, y del mismo autor, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Derecho y Cambio Social*, n.º 10/2007, PICÓ Y JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona 1997, ROMERO COLOMA, A. M.^a, *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración. El acceso del ciudadano a la Justicia*, Serlipost, Barcelona 1993 y SÁNCHEZ BARRIOS, M.^a I., «La acción como derecho a la tutela judicial efectiva», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1-2/2010.

⁹⁴ Es importante la matización porque no es la misma la participación del tercero en el arbitraje, método heterocompositivo, o en la mediación, método autocompositivo, como hemos expuesto en líneas precedentes.

⁹⁵ Recordad, como hemos apuntado, que mientras en el arbitraje, por su carácter heterocompositivo, hablamos de proceso, en la mediación nos referimos a procedimiento.

mutuo acuerdo; protección de la igualdad, audiencia y contradicción de las partes y su confidencialidad.

Por último, entendemos que la Carta Magna debe reconocer expresamente el resultado de estos mecanismos siempre que cumplan los requisitos mentados, en cuanto fruto o resultado del servicio público de justicia⁹⁶.

Recogiendo estas propuestas, a nuestro juicio, donde actualmente, el artículo 24 CE dispone, en su párrafo primero, que: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», *lege data* debería decir: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mediante los jueces y tribunales, en supuestos relativos a normas de orden público, y mediante éstos o preferentemente cualquier mecanismo complementario de resolución, en el resto de supuestos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Al efecto, los jueces y tribunales realizarán funciones de auxilio y control de los mecanismos complementarios de resolución».

En la redacción propuesta para este primer párrafo conviene remarcar varias ideas. En primer lugar, que reconocemos la imprescindibilidad de la tutela declarativa de la jurisdicción en materia de orden público, sin perjuicio de que los justiciables también puedan recurrir al Poder Judicial en conflictos disponibles. Es la forma de primar la libertad de la ciudadanía, valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 CE), si bien apuntamos expresamente el carácter preferente de los mecanismos ADR en materia disponible, por entender que es criterio esencial en la racionalización del servicio público de justicia⁹⁷. Conviene destacar, asimismo, que optamos por el término «mecanismo complementario de resolución» para referirnos a las técnicas que en este estudio hemos identificado, en general, como ADR, entendiendo que esta locución recoge mejor su función particular y general en el sistema estatal de resolución de conflictos. No prescindimos, por su carácter esencial, en la configuración del futuro artículo 24.1 CE, de la prohibición de indefensión ante los Tribunales de justicia⁹⁸, bien el justiciable se limite a utilizar una técnica complementaria o bien en su desarrollo también acude al Poder Judicial. Totalmente vinculado, la última frase o inciso que proponemos explicita la garantía suprema de los mecanismos complementarios: la jurisdicción. Como apuntábamos, únicamente defendemos los mecanismos complementarios con la garantía del auxilio y

⁹⁶ En nuestra configuración, sistema estatal de resolución de conflictos.

⁹⁷ En otros términos, como se apuntó en la mentada Conferencia Pound, que la jurisdicción dirija sus recursos limitados a los casos o supuestos en los que hay en juego un interés público.

⁹⁸ Vinculada con la falta de garantías en el proceso y especialmente con la privación o limitación del derecho a la defensa de las partes, con ALMAGRO NOSETE, J., «La prohibición constitucional de indefensión», *Poder Judicial*, n.º 6/1989 y GESTO ALONSO, G., «Precisiones sobre el concepto de indefensión desde el punto de vista procesal», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2/1991.

control del Poder Judicial. Es una idea esencial del Derecho Jurisdiccional diversificado como hemos tenido ocasión de defender.

En nuestra proposición, queda intacto el artículo 24.2 CE, por entender que recoge las garantías judiciales más importantes, especialmente dirigidas al proceso penal. Por ello, y para introducir el resto de garantías mínimas que se requieren en un Estado democrático y social de Derecho, dotando de entidad a los mecanismos complementarios, optamos por añadir un tercer párrafo al artículo 24, que *lege ferenda* dispone así: «Basados en el ejercicio cierto de la autonomía de la voluntad de los justiciables, en los mecanismos complementarios de resolución de conflictos, una o más personas, elegidas por consenso, y que actuarán de manera imparcial y responsable, les auxiliarán a solventarlos. Se seguirá, al efecto, una tramitación mutuamente acordada por los justiciables, protegiéndose en todo caso su igualdad, audiencia y contradicción y la confidencialidad. El Estado reconocerá los resultados de estos mecanismos siempre que se obtengan conforme a ley». Recoge este párrafo los 4 elementos esenciales apuntados (fundamento de las técnicas complementarias, la configuración del órgano encargado y de la tramitación correspondiente y el reconocimiento de su resultado). Únicamente cabe matizar que la última frase exige el desarrollo de las ideas o garantías básicas de los mecanismos complementarios que recoge el artículo 24 CE.

3. *Desarrollo constitucional subsiguiente*

A) *Opciones*

Casando con la última idea, la reforma del artículo 24 CE propuesta *lege ferenda*, exige, a su vez, la del título VI CE, para ajustarlo con aquél. Al respecto, se nos antojan dos opciones: convertir el actual título VI CE en el reflejo constitucional del Derecho jurisdiccional diversificado (podría denominarse «El sistema estatal de resolución de conflictos: la jurisdicción y otros mecanismos complementarios») o reservar el actual Título VI CE para el Poder Judicial —manteniendo su ordenación vigente, por tanto— y crear un Título VI bis CE. Este último podría llamarse «Sobre los mecanismos complementarios para la realización de la justicia». En ambos casos, se trataría de desarrollar las ideas esenciales del *nuevo* artículo 24 CE en su párrafo primero y tercero, incidiendo, además, en la posibilidad de creación *ad hoc* o con carácter permanente de los mecanismos complementarios, en las instituciones que los pueden configurar y gestionar, vinculación con la jurisdicción (plazos, auxilio y control...), reconocimiento de su resultado, etc.

B) *El Título VI CE lege ferenda*

Sin renunciar a las dos opciones presentadas —aunque sea para contribuir al debate—, concibiendo el Derecho jurisdiccional diversificado como evolución

del Derecho jurisdiccional —que estudia *en exclusiva* la organización y función del Poder Judicial—, reconociendo el salto cuantitativo (mediante el reconocimiento y ordenación de una pluralidad de mecanismos de resolución) y cualitativo (se refuerza la libertad del justiciable como origen de la justicia que exige al Estado y que sólo se puede ofrecer en su nombre⁹⁹) de nuestra disciplina, entendemos que su constitucionalización se tiene que dar en el actual Título VI CE, sin perjuicio de que la segunda opción (la creación de un Título VI bis) le daría mayor visibilidad constitucional a los mecanismos complementarios. No obstante, en cuanto estamos ante un único servicio público de justicia o sistema estatal de resolución de conflictos, entendemos nuestra opción más acertada.

A grandes rasgos, y con intención —repetimos— de suscitar el debate, antes de señalar los elementos novedosos *lege ferenda* del Título VI CE, conviene apuntar que en cuanto la jurisdicción va a seguir siendo elemento central del sistema estatal de resolución de conflictos, muchos elementos —la mayoría— de su ordenación constitucional se han de mantener. No nos atrevemos —aún— a presentar el texto concreto, limitándonos a señalar las ideas generales. Con todo, las modificaciones propuestas serían las siguientes:

- 1) Proponemos la referencia expresa a los mecanismos complementarios en el artículo 117 CE, tanto en su epígrafe primero, como en los siguientes. En este artículo se debería recoger (en el número uno) la facultad de la ciudadanía de utilizar los mecanismos complementarios, con pleno aval del Estado, mediante el auxilio y control judicial. Debería apuntarse, igualmente, la fuente de su legitimidad: la libertad y consenso de los justiciables en conflicto. Es, a nuestro juicio, asimismo, este precepto (en epígrafes posteriores) el que tiene que recoger los mínimos referentes al tercero neutral que actúa en estos mecanismos: actuación imparcial, responsable y confidencial.
- 2) El artículo 118 CE, que ordena, en la actualidad, la naturaleza obligatoria de las sentencias y demás resoluciones firmes de jueces y tribunales, al tiempo que exige la colaboración ciudadana en la Administración de justicia, sería el lugar ideal para disponer que el Estado reconoce el resultado de los mecanismos complementarios, siempre que sean obtenidos conforme a la legalidad vigente y con auxilio y control judicial.
- 3) El artículo 119 CE, dedicado actualmente a la justicia gratuita, podría ser el lugar oportuno para apuntar los mínimos referentes al coste de los mecanismos complementarios. Al respecto, se debería disponer que, en general, estos mecanismos correrán a cargo de los ciudadanos en conflicto que los utilicen, sin perjuicio de que el Estado u otros entes ad-

⁹⁹ Esta libertad, a su vez, es el primer elemento para la concepción subjetiva de la eficacia de la justicia a la que nos referíamos en la nota a pie de página 12.

- ministrativos (CCAA-s, municipios, etc.) puedan ofrecer servicios gratuitos. Este último inciso buscaría legitimar las realidades vigentes (mediación familiar, arbitraje y mediación de consumo, etc.).
- 4) El artículo 120 CE sería el lugar ideal para ordenar los mínimos de la tramitación de los mecanismos complementarios: configuración por mutuo acuerdo; protección de la igualdad, audiencia y contradicción de las partes y su confidencialidad. Especial énfasis se debería realizar —en paralelo al vigente art. 120.3 CE—, a que el resultado de los mecanismos complementarios (laudos u otro tipo de acuerdos, en su caso) debería ser el resultado del mandado, configuración o legitimación que del mecanismo han ofrecido las partes en conflicto al tercero auxiliador.
 - 5) El vigente artículo 121 CE sería el precepto ideal para reconocer la responsabilidad de los terceros encargados de auxiliar en la negociación o resolución del conflicto a los justiciables. Debería recoger la responsabilidad civil y penal, tanto de las personas físicas a las que se les encomienda la labor, como de las instituciones en cuyo marco actúan. Así recogería las bases de actual artículo 14 LMACM y del artículo 21 LA.
 - 6) El artículo 122 CE, que prevé en la actualidad la LOPJ, sería el lugar idóneo para señalar que se regulará el desarrollo de la normativa constitucional de los mecanismos complementarios en distintas leyes o instrumentos normativos —en referencia, al convenio colectivo, fuente de mecanismos complementarios en vía laboral¹⁰⁰—. En este precepto se debería recoger expresamente que los desarrollos normativos de los mecanismos complementarios ordenarán las funciones de auxilio y control que corresponde al Poder Judicial en relación a los mismos.
 - 7) Por último, entre los últimos preceptos del capítulo, se debería recoger uno que proclame la posibilidad de creación *ad hoc* o con carácter permanente o institucional de los mecanismos complementarios, exigiendo el cumplimiento de los preceptos constitucionales y normativa de desarrollo a las instituciones públicas o privadas que los ofrezcan y gestionen.

¹⁰⁰ Ahondamos en este particular, al tiempo que analizamos todos los elementos o soportes en los que pueden configurarse mecanismos complementarios en el ámbito laboral, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, op. cit., pp. 133 y ss.

Capítulo 14

La oportunidad desde la perspectiva procesal de la víctima o perjudicado

Álvaro Perea González

Letrado de la Administración de Justicia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD: ¿UNA FALSA DIALÉCTICA?.—III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UNA REFLEXIÓN CONCEPTUAL.—IV. PROCESO PENAL Y MINISTERIO FISCAL: EL RIESGO DE LA DISPOSICIÓN ABSOLUTA.—V. CONQUISTA Y DERROTA: LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA Y EL PERJUDICADO EN EL PROCESO PENAL.—VI. OPORTUNIDAD Y REPARACIÓN: CONDICIONES Y REQUISITOS.—VII. LA MEDIACIÓN PENAL: PRESENTE Y FUTURO.—VIII. CIERRE.

I. Introducción

Existe, desde hace años, una tendencia general en el mundo jurídico que tiene por vocación «flexibilizar» la aplicación de la legalidad y dotar a las partes del proceso de una mayor disposición sobre el litigio; en suma, podemos afirmar que se está produciendo una suerte de «privatización» del objeto litigioso, incluso en aquellos ámbitos procesales, como el penal, en el que la pretensión central ostenta un indiscutido carácter público.

Resultado de ese cambio de paradigma, en la órbita del procesalismo penal se van abriendo puertas nuevas, otrora desconocidas, que pretenden impulsar un nuevo enfoque del principio de legalidad, confrontándolo con el —mal llamado— «principio de oportunidad», y aperturando el sistema procesal vigente a nuevas fórmulas con las que alcanzar, no únicamente una mejor y mayor eficacia en la tutela judicial, sino también una más intensa protección de los bienes de víctimas y perjudicados. La «oportunidad», iniciativa pujante en la contemporaneidad procesal, busca sustituir los rigores clásicos del enjuiciamiento criminal, sin embargo, algunos interrogantes se muestran de resolución imprescindible.

¿Es realmente válida la dialéctica que sitúa en pie de igualdad la legalidad y la oportunidad? ¿Qué es realmente el «principio de oportunidad»? ¿Cómo se despliega en la función del Ministerio Fiscal? ¿Qué papel corresponde a la víctima y/o perjudicado? ¿Cuál es el futuro de la mediación en el proceso penal?

Las líneas siguientes, desde la limitación inherente a la extensión del trabajo, buscan ofrecer una perspectiva crucial para el desarrollo normativo que haya de acontecer respecto de la oportunidad en el marco del proceso penal: la de la víctima.

Históricos olvidados por la legislación sustantiva y procesal, víctima y perjudicado son protagonistas indisociables del proceso penal español. Esa conquista legal, todavía necesitada de mayor repercusión en el ámbito práctico, exige la defensa de las posiciones adquiridas y la reivindicación de un destino trascendental en los nuevos esquemas de resolución sustentados sobre la posibilidad de la excepcionalidad legal.

Todo proceso exige de un inculpado, y si bien el *ius puniendi* del Estado es la misión tradicional del proceso penal, la víctima es la legitimadora moral del mismo.

No podemos olvidarlo.

II. Legalidad y Oportunidad: ¿Una falsa dialéctica?

Con demasiada habitualidad algunos de los elementos fundamentales de la cultura política de una sociedad son dados por supuestos. Esto ocurre con la noción de «Estado de Derecho» y su inherente principio de legalidad. En el marco de la civilización occidental la aplicación del ordenamiento democrático, la sujeción de los poderes públicos a la ley, la prohibición de la arbitrariedad o la independencia del Poder Judicial son realidades jurídico-políticas, tan admitidas, que su solo cuestionamiento o reflexión en cuanto a su posible conclusión parecen arriesgados o inverosímiles. Conocemos y contemplamos con tanta asiduidad las manifestaciones de la legalidad que, a veces, con excesiva y censurable frecuencia, obviamos que la estructura social se sostiene sobre la legitimidad que le confiere la ciudadanía, y esa legitimidad —concepto principalmente formal— a veces cambia, vira, y se arroja sobre nociones antes desconocidas o, si bien conocidas, aparentemente condenadas al olvido y, de nuevo, resurgidas para con un contexto que, como en la formulación nietzscheana, nace y muere en un eterno retorno. Una y otra vez. Infinitamente.

La «lucha» o tensión entre la legalidad y la oportunidad, dentro del ámbito del proceso, y específicamente del proceso penal, se mantiene desde hace ya bastante tiempo como una dialéctica válida y admitida. Una confrontación de principios y características —rigidez frente a flexibilidad— de la que parece hacerse brotar un nuevo enfoque, pretendidamente dúctil, de la aplicación de la ley por parte de las autoridades responsables. Se escribe, se debate y se genera un diálogo sobre la pertinencia de la oportunidad en el proceso penal moderno, sobre lo relevante de descongestionar la Justicia a través del empleo de técnicas de decisión valorativa o circunstancial, haciendo de la letra de la ley un impe-

rativo «blando», adaptable a los propósitos concretos del procedimiento específico. La concepción clásica de la ley inquebrantable en su forma y poderosa en su vigor es sustituida por la «oportunidad», por el criterio sobre cuál debe ser el sentido de la aplicación de esa ley, antes inexorable, ahora excepcional. Pero un interrogante hace tambalearse todo cuanto exponemos, uno que recae sobre la premisa conceptual que mantiene en posición la dicotomía «legalidad-oportunidad», precisamente: ¿es válida esa dialéctica? Adelantamos la respuesta que intentaremos fundamentar en las líneas siguientes: no.

La tensión entre legalidad y oportunidad es una confrontación artificial, irreal, y cuyos resultados teóricos y prácticos sólo han de ser estériles desde el momento en que comprobamos que la ley, y sólo ella, confieren al proceso su cimiento arquitectónico. La oportunidad existe, pero no se coloca en pie de igualdad. Sólo la ley —y así debe ser— puede determinar las conductas y sus consecuencias procesales, incluso aquellas que desean resbalarse por debajo de la severidad o el rigor de las palabras, por encima de la disciplina de los términos. La oportunidad está; la ley es.

A fin de poder disponer de un concepto jurídico relativo al principio de oportunidad, estimamos imprescindible apoyarnos en la mejor doctrina¹, y a tal efecto, evidenciar la absoluta imprecisión técnica que conllevaría asociar la «oportunidad» con la concepción clásica del «principio» jurídico —definitivamente general—. Y es que, como brillantemente se expone en la obra que citamos, en la medida en que un principio da razón de un género determinado de cosas, y la oportunidad es razón dada para el caso en concreto, no cabe generalización, y por ello, no es posible atribuir un carácter genérico o principal a lo que sólo puede tener naturaleza en la especificidad, en la realidad concreta o singular del «caso». Esta conclusión, de tal claridad que habría de ser indiscutible, no encuentra sin embargo respaldo en el tratamiento habitual que la literatura jurídica realiza de la oportunidad que, como expresamos, es vinculada gramaticalmente con el término de principio, sin que dicha vinculación sea formalmente plausible.

III. El principio de oportunidad: una reflexión conceptual

Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, y sea solamente por habilitar una señal que nos permita la dirección del recorrido argumental posterior, aceptemos por significado de «principio de oportunidad» el dado por el profesor Gimeno Sendra.

Para el procesalista, cabe entender bajo el principio de oportunidad la facultad que el ordenamiento procesal confiere al Ministerio Fiscal para, no obstan-

¹ «Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal», CALAZA LÓPEZ, S., *La Ley Penal*, n.º 103, Sección Artículos, 2013, Wolters Kluwer.

te la sospecha de la comisión de un delito público, dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos².

Como podemos comprobar del concepto acotado en el párrafo anterior, el principio de oportunidad no es tanto un «principio» sino una «facultad» que concede una excepción al principio de legalidad —también llamado «de necesidad»—, que supone que no cabe imponer pena alguna sino en virtud de una resolución judicial por cuanto el derecho a castigar que corresponde al Estado —el *ius puniendi*— ostenta una naturaleza pública y, como tal, sólo puede recaer a través del respeto a la ley procesal —también pública y, por supuesto, imperativa—.

Así, si la «oportunidad» podemos enlazarla con la «disposición» y su «principio dispositivo», eje central del Derecho Privado, la vigencia de la legalidad pública en el marco del proceso penal, hace que la oportunidad no se pueda asimilar conceptualmente como un principio, y sólo como una «facultad», conclusión intelectual que quizá pueda resultar fútil a la vista de la imprecisión con la que el Derecho emplea sus significantes pero que, por cuestiones de repercusión práctica, debe respetarse en todo caso, pues sólo desde la observancia rigurosa de la gramática jurídica podrán los operadores alcanzar los fines deseados. La expresión nominativa de algo es el conector entre pensamiento y representación. No es recomendable hacer uso de la impropiedad; nunca, y menos todavía en un espacio social tan sensible y relevante como el jurídico.

Como señala Pérez-Cruz Martín³, el principio de necesidad conlleva la obligatoriedad de poner en marcha el proceso penal cuando aparezca un hecho presuntamente delictivo, siendo el Ministerio Fiscal, en tanto defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público, el que deba ejercitar las acciones correspondientes para que el *ius puniendi* encuentre, en su caso, la consecuencia determinada por la legislación penal. Ahora bien, si la función del Ministerio Fiscal resulta central en el ejercicio dinámico de la legalidad, se torna prudente interrogarnos sobre cómo puede conciliarse ese imperativo de defensa de la necesidad, es decir, de la promoción de la acción para el restablecimiento de la norma presuntamente vulnerada, con la facultad que la oportunidad concede al mismo Ministerio Público, excepcionando ese imperativo procesal en un acto de contranaturalidad que, *de facto*, implica la deslegalización del principio de necesidad y su conversión en una suerte de disposición flexible sobre el objeto que ha iniciado el proceso para el eventual castigo.

² «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», GIMENO SENDRA, V., *Diario La Ley*, n.º 8746, Sección Doctrina, 2016, Ref. D-168, La Ley.

³ *Derecho Procesal Penal*, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., Tratados y Manuales (Civitas), Aranzadi, 2010.

La respuesta a la pregunta formulada nos devuelve a la única salida que conceptualmente estimamos admisible: la oportunidad nunca puede valorarse como un «principio» sino como una «facultad» que podrá, si ello es debido, desplegarse en un caso específico, concreto, singular, pero nunca con proyección de generalidad o abstracción. Estos son atributos de imposible comunión con el contenido de la oportunidad y, si permiten a ésta un hueco en el proceso, es por beneplácito de la legalidad, único principio vigente y real en la dialéctica falsa que ahora, en nuestro presente jurídico, sitúa en posición de igualdad dos nociones incomparables con el riesgo inmanente que dicha asociación puede suponer para la defensa de la acción penal que —no lo olvidemos— es la manifestación de la *última ratio* del Estado en el propósito de preservación de la paz social. Cualquier frivolidad sobre la esencia filosófica del proceso penal ha de ser censurada, incluida la que tras la bondad de la agilidad introduce subrepticamente un indicio de arbitrariedad.

La delimitación del perímetro conceptual del mal llamado «principio de oportunidad» no puede cerrarse sin hacer una expresa alusión al momento procesal o trance en el que dicho «principio» —con propiedad: «facultad»— es ejercitado por el Ministerio Fiscal. De esta forma, y con apoyo en la explicación referenciada de Gimeno Sendra, podemos decir que la oportunidad puede desplegarse en distintos momentos del procedimiento en concreto, tales como la fase de investigación o incluso en sede de ejecución, también en el estadio preliminar al mismo proceso penal, cuando el Ministerio Público no llega a ejercitar formalmente acción de ninguna clase y, por tanto, no cabe hablar rigurosamente de proceso, pues éste no ha llegado a tener realidad formal.

En nuestra opinión, la facultad de excepción que conlleva la oportunidad sólo puede acontecer —de forma rigurosa— cuando el proceso penal ya se ha iniciado, es decir, cuando existe una resolución que ha acordado la incoación y la disposición de la tramitación formal. Sin embargo, cuando esto no ha ocurrido aún y, por tanto, no existe un pronunciamiento, siquiera sobre la viabilidad o prudencia de una acción pública de investigación, aludir a la oportunidad es erróneo por cuanto no existe —insistimos: formalmente— una legalidad que excepcionar; salvo, claro, que admitamos una concepción amplia de necesidad no como ley aplicada o en ejercicio formal de aplicación, sino como hipótesis extensa o abstracta que, más tarde, habrá de concretarse en un específico procedimiento.

Un problema de precisión gramatical similar lo encontramos, de hecho, en el empleo por el legislador de la expresión «Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar» en la rúbrica del artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. ¿Cómo se puede desistir de la incoación de un expediente? Ello conduciría a pensar que existe un expediente previo, pero no es así. El legislador, como es habitual en la materia que aquí examinamos,

incurrir en una impropiedad jurídica y aborda la oportunidad de forma poco precisa, tal y como ha denunciado acertadamente algún sector de la doctrina antes que nosotros⁴.

IV. Proceso penal y Ministerio Fiscal: el riesgo de la disposición absoluta

El proceso penal español encuentra un protagonista insustituible en el Ministerio Fiscal. Sin entrar en debates en torno a cuál debe ser —o dejar de ser— la función principal del Fiscal en la investigación de los hechos delictivos, lo cierto y tangible es que, tal y como se configura hoy el Ministerio Público en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, el papel de la Fiscalía es imprescindible para la correcta consecución de los fines que legitiman nuestro proceso criminal.

Desde su reconocimiento constitucional en el artículo 124 de la norma fundamental, hasta la concreción de sus funciones y estatuto en el Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y las leyes procesales, la posición del Fiscal, desde tiempos pretéritos, se localiza indefectiblemente vinculada a una misión ya proclamada con carácter primario en el precitado artículo 124 de la Constitución: la defensa de la legalidad.

Efectivamente, y sin perjuicio de que las funciones del Fiscal sean amplias y además variadas, tal y como prueba la dicción del artículo 3 del Estatuto Orgánico de 1981, la «defensa de la legalidad» es la misión más importante y sustancial del órgano público que, mientras en otros ordenamientos jurídicos se sitúa de forma clara en el margen casi exclusivo de la acusación, en el nuestro, ocupa una posición imparcial, en defensa de la preservación de la ley, ejercitando sus acciones para que ésta, en cualquier caso, mantenga su vigencia en su propósito de vehiculización de las relaciones sociales y evitación del conflicto inherente a la comunidad. «Ministerio Fiscal» y «legalidad» son de este modo expresiones en estrecha unión, sin que en España pueda comprenderse la protección de la legalidad sin el desarrollo diario de sus cometidos por el Ministerio Público.

Retornando, sea sólo parcialmente, a lo escrito en líneas anteriores, plantea algunos problemas comprensivos la concreción del ejercicio de la oportunidad en el marco competencial del Ministerio Fiscal. Y es que, si la legalidad es la seña de identidad del quehacer del Ministerio Público, la ubicación dentro de ese espacio funcional de la excepcionalidad de ejercicio que significa el mal llamado «principio de oportunidad», pareciere que se introduce con esta atribu-

⁴ «Reflexiones críticas acerca de las medidas de oportunidad en el proceso de menores: especial referencia a la mediación penal», BUENO DE MATA, F., *La Ley Penal*, n.º 143, Sección Estudios, Wolters Kluwer.

ción —por otra parte, definitoria— una paradoja conceptual y procesal, puesto que, quien debe como fundamento principal promover la vigencia de la ley, al mismo tiempo, es el actor autorizado para su desconexión del caso concreto a través del ejercicio procedimental de lo «oportuno».

Leyendo con detenimiento la literatura jurídica escrita sobre el mal llamado «principio de oportunidad» encontramos que esta paradoja es escasamente atendida y desarrollada cuando, al menos a nuestro juicio, y por focalizarse sobre el gran responsable de la «oportunidad», debería ser objeto de un tratamiento doctrinal singular, capaz de despejar los interrogantes que presenta la atribución al Ministerio Fiscal de dos funciones aparentemente contradictorias o incluso excluyentes.

Como señala la doctrina con acierto⁵, la defensa de la legalidad que efectúa el Fiscal tiene lugar en su calidad de autoridad imparcial, no sólo en lo material, sino también en lo procesal. Por ello, en determinadas ocasiones, el Ministerio Público actúa como un auténtico «*amicus curiae*», informando con objetividad sobre cuestiones de diversa índole: conflictos de competencia, incidentes de recusación... Ahora bien, esa posición imparcial del Fiscal no puede desligarse de todos los elementos que componen su estatuto dentro del proceso penal, y así, cabe preguntarse si la visión que mantiene el órgano público cuando ejerce el principio de oportunidad, excepcionando la operatividad ordinaria de la ley, es como protagonista imparcial o, por el contrario, más próximo a su esfera de parte acusadora, de promotor de la realidad efectiva del *ius puniendi* del Estado.

La contestación que podamos dar es bastante compleja.

Es verdad que la contradicción que muchas veces se plantea en la definición del Fiscal en su relación con el proceso penal no es tal. Nada objeta la imparcialidad del Ministerio Público al ejercicio, en determinados casos y cuando ello es lo procedente, de la función acusadora ante el delito. El Fiscal no ostenta potestad jurisdiccional alguna, y por ello, su combinación natural de legalidad y acusación es plenamente válida, sin que ningún reproche, más allá de precisiones normativas muy puntuales, pueda hacerse a la configuración estatutaria que le confiere el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no debemos confundir el poder acusatorio con la facultad que otorga la «oportunidad». En uno —la acusación—, la legalidad es ejecutada con plenitud; con una dirección procesal u otra, variando ello en función de los hechos, sí, pero con plenitud. En la otra —la «oportunidad»—, la legalidad es «desarticulada», excepcionada en virtud de razones que solamente pueden conocerse y juzgarse a la luz de las concretas circunstancias, del caso específico; pero, de lo que no cabe ninguna duda, es que en la práctica del principio de oportunidad no existe la misma base que en la dinámica acusatoria; en la acusación la ley alimenta un cometido procesal, en la «oportunidad» ese cometido

⁵ *Derecho Procesal Penal*, GIMENO SENDRA, V., Aranzadi, 2015, p. 232.

nace —al menos relativamente— vacío de legalidad, sin perjuicio, por supuesto, de la justificación procesal que pueda localizarse para fundamentar la prudencia de la oportunidad frente al «imperativo» predicado de la legalidad.

Conceptual y estructuralmente —insistimos— la atribución de la facultad de excepcionar la legalidad a quien, precisamente, debe preservar el vigor de la misma (el Ministerio Fiscal) no se encuentra resuelta de forma pacífica o clara. No obstante, y, en cualquier caso, este problema nos conduce a otro, más y mejor tratado en la doctrina científica, pero todavía también controvertido: ¿cuál debe ser el ámbito de disposición que el «principio de oportunidad» puede permitir respecto de la pretensión penal?

Sea adelantada nuestra adhesión intelectual a quienes justificadamente opinan⁶ que cualquier limitación al principio de legalidad debe ser clara y concreta, preceptuando del modo más acotado posible las condiciones preliminares de su ejercicio. Esta conclusión es trascendental para proteger la ley de su excepción e impedir, como desgraciadamente tantas veces ocurre en la praxis judicial, que la práctica procedimental deslegalice *de facto* la teoría procesal.

Bajo ningún concepto —no nos cansaremos de repetir esta idea— es posible arrojarse la facultad de excepción al desenvolvimiento pautado de la norma jurídica al criterio abierto y opinativo del órgano de persecución (por ejemplo: el Ministerio Fiscal). Es el legislador —y exclusivamente éste— quien, en su caso, ha de especificar los requisitos y restantes elementos o presupuestos que deben concurrir para que la acción penal sea «disponible», es decir, para que la oportunidad, con respeto siempre a la legalidad estructural que la habilita, encuentre espacio en el desarrollo y precisión del concreto procedimiento penal.

Las tentaciones de recurso a una oportunidad pura, libre o, en cualquier caso, ilimitada, deben evitarse a través de un empleo inteligente de la legislación adjetiva y sustantiva y, sobre todo, de una técnica normativa lo suficientemente precisa para abrir la opción de la oportunidad y, al mismo tiempo, vedar cualquier indicio de arbitrariedad.

Vinculado con lo anterior, nuestro escepticismo ante una regulación procesal que otorgue al Fiscal un poder absoluto sobre la pretensión penal que le pertenece como defensor de la legalidad es notable. Creemos que la decisión que el Ministerio Público pueda emitir en su juicio de pertinencia sobre la dirección del procedimiento penal en concreto sólo puede ser razonable y válida si, de forma previa, ésta se crea en un marco legalmente tasado y, por supuesto, obteniendo una justificación y razonamiento que permitan a cualquiera conocer las motivaciones por las que, a criterio del Ministerio Público, la ley

⁶ «Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal», RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFARO, L. H., *Diario La Ley*, n.º 6255, Sección Doctrina, 2005, Ref. D-117, La Ley.

debe excepcionarse y permitir con ello una flexibilización, o incluso una supresión, del efecto jurídico previsto para la conducta típica.

Debemos hacer notar que si la jurisprudencia constitucional ha insistido con profusión en el carácter vital del derecho de los justiciables a obtener una resolución motivada⁷, en tanto valladar frente a la aplicación arbitraria o irrazonada de la ley, qué duda cabe que ese derecho, no exactamente perfilado desde la garantía constitucional del artículo 24 de la norma fundamental, pero sí desde la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos o el principio de responsabilidad (art. 9.3 Constitución), ha de tener previsión en el espacio que fuere atribuible al Fiscal en su poder dispositivo —limitado— sobre la pretensión concreta en el procedimiento penal. Es decir, el acotamiento de la oportunidad, puede y debe encontrar lugar a través de dos vías simultáneas: por un lado, con la letra de la ley, expresando de forma concreta e indubitada los requisitos y presupuestos concurrentes para la habilitación de la excepcionalidad; y, por otro, con la exigencia permanente de motivación en el caso específico respecto de la posición procesal adoptada por el Ministerio Fiscal en cuanto a ejercicio de excepción sobre el recorrido jurídico legalmente ordinario.

Somos conscientes de que el principal motor del «principio de oportunidad» en los ordenamientos europeos no es, en sí misma, la bondad de la adaptación de la norma al caso particular, sino la insuficiencia de medios materiales y personales y su correlativa causación de lentitud en el proceso; en definitiva: las dilaciones indebidas. Ahora bien, esa justificación de la oportunidad en la coartada de la «economía procesal» no puede ejecutarse desconociendo el imperativo derecho del ciudadano, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 Constitución) a conocer las razones, motivaciones o criterios que, en un determinado supuesto, conducen a un operador jurídico (el Fiscal) a dejar sin efecto el fruto de la soberanía —la ley— y proceder a su sustitución por la ventaja que se estime de conveniencia en el procedimiento concreto.

Puede parecer ocioso exponer lo anterior, sin embargo, la pauta marcada por la normativa en este tipo de casos es la contraria. La «flexibilización», la «agilización» o la «celeridad» como ejes deontológicos aplicados sobre el proceso, de forma general, suelen traducirse en un menoscabo gradual, lento pero constante, en las garantías que la ciudadanía encuentra para poder conocer cuál es el estado de las cosas y, en su caso, exigir responsabilidad frente al daño causado. Hemos traducido el «derecho a un proceso veloz» en el «derecho a un proceso mudo»; ya nada se le explica al justiciable, la fundamentación se evita sobre la excusa de la celeridad, y todo vale, y todo sirve, con tal de mecanizar una Justicia que, sí, debe ser ágil, y que, sí, desde luego debe producir resoluciones en un plazo razonable, pero que no, nunca, al precio —¡al altísimo precio!— de prescindir de la motivación, verdadero sentido lógico de cualquier resolución y

⁷ Por todas, véase: Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 148/2019, de 25 de noviembre. Ponente: Su Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

que sirve a la autoridad o funcionario que la dicta como nexo de comunicación con el ciudadano. No basta con el «sí» o el «no»; simplificaciones atroces de un paternalismo pretérito ya felizmente superado. Lo decisivo del Derecho es la motivación que arrastra sus actos, la razón de su impacto en el mundo real.

V. Conquista y derrota: la posición de la víctima y el perjudicado el proceso penal

Desde antiguo, la vocación principal del proceso penal como vehículo para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, así como la localización del proceso inquisitivo sobre la figura del investigado-acusado, hacían del mismo el gran actor protagonista de la Justicia Penal; un modelo de aplicación de la legalidad en el que la retribución frente al comportamiento del culpable y el restablecimiento de la norma pública vulnerada eran la absoluta prioridad.

No obstante lo anterior, la evolución de los tiempos y con ellos del Derecho Procesal, nos ha transportado hasta nuevos enfoques en la óptica de la misión del enjuiciamiento criminal, considerándose, como señala la doctrina autorizada⁸, que también el proceso debe ser la vía que facilite el resarcimiento de la víctima, siendo imprescindible incorporar diferentes mecanismos, como, por ejemplo, la presencia de la víctima en fase declarativa o de ejecución.

En esta conquista por parte de la víctima de sus derechos elementales en el proceso penal cabe encuadrar múltiple normativa internacional y nacional, destacando, muy probablemente, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que, como subraya en su preámbulo, tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.

Entre otros, y como es conocido y ahora recordamos, el precitado texto legal reconoce los siguientes derechos:

- 1.º Derecho a entender y ser entendida.
- 2.º Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.
- 3.º Derecho a recibir información sobre la causa penal.
- 4.º Derecho a la traducción e interpretación.
- 5.º Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

⁸ *Aspectos Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETOS, J., 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2010.

- 6.º Derecho a ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 7.º Derecho a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos.
- 8.º Derecho de acceso a los servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, como instrumento legislativo enmarcado en la vocación de la protección integral de la víctima, introduce una serie de derechos que, en cualquier caso, deben ser objeto de interpretación desde el canon general que permite la constatación afirmativa de la víctima como elemento merecedor de protección a través del cauce procesal. Es decir, igual que el proceso penal es el canal apropiado —el único— para que el derecho a castigar del Estado encuentre lugar ante el hecho delictivo perpetrado y debidamente probado, el proceso penal también es la vía idónea, óptima y necesaria para que la víctima y el perjudicado por el delito puedan obtener el resarcimiento que les es legítimo por el quebranto indebidamente sufrido con ocasión del acontecer criminal. Y desde el recuerdo de esta función doble —aplicación del castigo tasado y resarcimiento por el daño sufrido— es preciso comprobar la dicción de la Ley 4/2015, de 27 de abril, y su conjunto de derechos subjetivos reconocidos, sin que sea admisible permitir interpretaciones huérfanas o incompletas respecto del rango axiológico principal e independiente que le corresponde, por mandato legal, a la víctima en el proceso.

Sin perjuicio de no adelantar lo que habremos de exponer con mayor detenimiento en líneas posteriores, sí resulta conveniente presentar la reflexión que conlleva el nuevo reposicionamiento de la víctima en el proceso penal español. Así, aunque algunos autores⁹ aluden al «empoderamiento» de la víctima, con ocasión de las reformas legislativas que, como la Ley 4/2015, de 27 de abril, promueven una mayor participación activa de la víctima en el procedimiento penal en el que se decide sobre el delito que le ha conferido ese estatus, y es cierto que la nueva ubicación de la víctima dada por la normativa reciente debe ser bienvenida, no podemos dejar de evidenciar que esa colocación en el tablero del proceso penal resultará estéril si obviamos su transversalidad —y la de sus derechos— en todo el desarrollo del iter procedimental (fase de instrucción, intermedia...) y, sobre todo, si en la práctica diaria, los Juzgados y Tribunales, y también la Fiscalía, desconocen que el respeto a la realidad legal sólo puede venir dado desde el respeto a la premisa que supone la información sobre los hechos y sus derechos a la víctima.

⁹ «Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal», BUSTOS RUBIO, M., *Revista Penal*, n.º 42, 2018.

Quizá somos excesivamente críticos, pero la honestidad intelectual es obligada cuando uno se desenvuelve en realidades censurables —o, al menos, mejorables—. Años de evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial, en aras de una potenciación de las figuras de víctima y perjudicado en el proceso penal, quedan en nada, en propósitos incumplidos y bondades inacabadas, si no existe un auténtico compromiso de traslación de la letra de la norma a la práctica de la misma, es decir, si el «Derecho teórico» muere a manos del «Derecho práctico».

Un lector que no frecuente con habitualidad nuestros órganos judiciales podrán llevarse a error si considera que la sola proclamación de un derecho subjetivo convierte a dicho derecho en realidad aprehensible. No es así. Y no lo es particularmente cuando el destinatario de ese derecho no es la parte sobre la que se proyecta la acción de castigo del Estado sino, en el margen contrario, la víctima o el perjudicado, fieles olvidados por la legislación procesal penal y, todavía, preteridos interesados cuya frágil posición los convierte, desgraciadamente, en titulares de derechos «distráidos», con el correlativo perjuicio que ello ocasiona en su protegible esfera personal, pero incluso más allá, en toda la sociedad.

No hemos empleado las expresiones «conquista» y «derrota» de forma azarosa o inconsciente en la rúbrica de este epígrafe. No. Concluimos que la evolución legislativa en la protección de la víctima y el perjudicado ha sido destacada y merecedora de aplauso público, siendo prueba de ello la Ley 4/2015, de 27 de abril, o en el plano europeo, por ejemplo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Sin embargo, esa progresión en la construcción de un haz de derechos para la protección de quien sufre el hecho delictivo, exige igualmente de una conciencia sólida sobre lo relevante e imprescindible de reenfocar el procedimiento penal en concreto, no exclusivamente hacia la posibilidad de retribución con la imposición de la pena, sino, de forma sumativa, también hacia la concepción de los derechos de la víctima y perjudicado como objetos inexorables para la correcta consecución procesal. Y esto exige de paciencia, diligencia y, sobre todo, de información.

Si desde la conciencia anterior descendemos a la opción que presenta el «principio de oportunidad» en el proceso penal actual, nos preocupa enormemente que el reforzamiento inherente de las funciones del Ministerio Fiscal en este modelo «flexible» pueda suponer un golpe fatal para la realidad práctica de una víctima, poderosa en sus derechos proclamados, pero débil en el espacio diario de unos Juzgados y Tribunales saturados en los que, como expusimos con anterioridad, prima tanto la celeridad y la mecanización jurisdiccional que se obvia con excesiva frecuencia la fundamentación o el razonamiento de las de-

cisiones adoptadas, incluso cuando las mismas afectan a elementos tan íntimos de la persona como su resarcimiento o dignidad.

VI. Oportunidad y reparación: condiciones y requisitos

En lógica con todo lo anteriormente expuesto, y ratificando la concepción de la «oportunidad» como producto del principio de legalidad y, así, calificable como una «manera especial de ejercitar el *ius puniendi* del Estado¹⁰», corresponde llegados a esta sede ocuparnos de las condiciones y requisitos que habrán de observarse en una regulación del proceso penal respetuosa con la posición singular y especialmente protegida de la víctima y el perjudicado.

La más destacada ventaja que aporta la «oportunidad» desde el enfoque de la víctima del delito es, como ha indicado algún sector doctrinal¹¹, la opción de una más rápida reparación, uniéndose a los conceptos de mediación penal y justicia restaurativa, y evitándose a la misma el sometimiento a la doble victimización consecuyente al «trauma del enjuiciamiento». Sin embargo, junto a ese factor temporal que favorece una veloz obtención de la tutela legítima, creemos que también existen otros elementos que son resultado de la aplicación práctica del mal llamado principio de oportunidad y que repercuten positivamente en la esfera de la víctima y/o perjudicado. Así, podemos aludir, por ejemplo, y desde una vista más abstracta, a la satisfacción emocional o psicológica que pueden generarse mediante la interlocución procedimental que propicie el ejercicio de la legalidad excepcionada. También, cabe aducir la importancia de los instrumentos de oportunidad como estimulantes de la reparación civil de la víctima, componente fundamental del proceso penal español y que, casi nunca, obtiene la atención necesaria por parte de los Juzgados y Tribunales, siendo frecuente la postergación de la resolución de los problemas de esta índole al trance ejecutivo cuando, al menos desde nuestro punto de vista, tan relevante es la acción del *ius puniendi* como la completa y eficaz restauración del afectado por el hecho delictivo en su integridad patrimonial.

Conscientes de las virtudes que una precisa normativización de la «oportunidad» puede conllevar para víctimas y perjudicados, debemos ahora puntualizar los factores jurídico-procesales determinantes para que la flexibilidad que faculta la «oportunidad» resulte al mismo tiempo permeable a las exigencias que impone la posición central de la víctima en el concreto procedimiento.

¹⁰ «El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas», MORENO CATENA, V. y otros. Ponencia «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», ORTIZ ÚRCULO, J. C., Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, 2006, p. 124.

¹¹ «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 56/2019, Parte Legislación, Aranzadi, 2019.

a) El deber de información.

Tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 109, como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en sus artículos 5 a 7, consagran el deber —y correlativo derecho— de informar a la víctima del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

La información opera para la víctima y/o perjudicado como una condición insoslayable sin la cual es imposible pretender su correcto posicionamiento en el litigio y respecto del objeto del proceso penal. Sólo a través de una información que, además, ha de ser clara y comprensible, podemos facilitar la participación de la víctima en el procedimiento e, igualmente, crear opción tangible para que sus restantes derechos encuentren acogida en las decisiones jurisdiccionales que deban adoptarse a lo largo del proceso.

Este deber de información, si resulta crucial en el perímetro ordinario de cualquier investigación penal, se intensifica todavía más cuando nos encontramos ante la opción representada por la susceptible aplicación del «principio de oportunidad»; esto es así porque, a diferencia de lo ocurre de forma habitual, la «oportunidad» excepcionará la legalidad previsible y conducirá a una decisión o resultado hipotéticamente realizable pero, en tanto sujeto a la especificidad del caso concreto, no generalmente representable. Es decir, si bien la víctima puede conocer que el producto de la acción delictiva será un castigo para el culpable, no puede llegar siquiera a predecir cuál será la entidad o dimensión de ese castigo —o no— cuando el ejercicio de la oportunidad acontezca; y no es posible porque, definitivamente —lo hemos visto— las herramientas que se sustentan sobre el «principio de oportunidad» sólo puede operar de forma singular y específica, sin posibilidad de abstracción y generalidad y, por ello, sin opción para la seguridad jurídica absoluta que sí permite la previsión legislativa en sentido puro.

Expuesto lo anterior, y admitiendo el papel director del Ministerio Fiscal en el planteamiento y decisión sobre la excepcionalidad de la «oportunidad», igual que ocurre en la legislación actual, estimamos que sería recomendable que la información sobre la significación práctica de las consecuencias de la alternativa procesal planteada por el Ministerio Público habría de hacerse descansar sobre la competencia de una autoridad o funcionario independiente y autónomo; puede ser el Letrado de la Administración de Justicia, puede ser también el Juez o Tribunal en el trance de comprobar el consentimiento de la víctima o perjudicado. En cualquier caso, lo decisivo es garantizar que la información sea suministrada de forma clara y comprensible, en un plano formal, pero sobre todo en un plano material.

b) La concurrencia obligatoria de la víctima o perjudicado.

Sabemos que no todos los tipos penales conducen a la existencia de una víctima o perjudicado, sin embargo, en aquellos en que sí acontece una afectación particular a la esfera personal de un individuo receptor de la acción criminal, la traducción procesal, más allá de la eventual personación y adquisición del estatus de acusación particular, debe ofrecer igualmente una posición de implicación de ese afectado en lo que atañe a la eventual excepcionalidad de la legalidad marcada para el caso.

En definitiva, y sabedores de la óptica maximalista que proponemos, la virtualidad del «principio de oportunidad» en cualesquiera supuestos en los que hallemos una víctima y/o perjudicado debe supeditarse al consentimiento expreso y firme de ésta, sin que la sola decisión del Ministerio Fiscal resulte suficiente para resolver con flexibilidad en el caso particular.

Esto es trascendente desde un doble prisma: primero, porque la ventaja de la «oportunidad» debe serlo, con carácter principal, para la víctima, no para el Estado o sus poderes públicos; y en segundo lugar, porque la expresión procesal de la dignidad de la persona (art. 10.1 Constitución) conduce a considerar que la legalidad penal exige, en su excepcionalidad, del consentimiento serio de quien legítima de manera directa esa legalidad, ese ordenamiento jurídico y esa labor de los órganos jurisdiccionales y la misma Fiscalía. Sin reconocer el papel central de la víctima en todo el proceso, y de forma especial en la opción de la oportunidad, nada tiene sentido; la moralidad que alberga la LECrim y su normativa complementaria se desvanece, desaparece.

c) La intervención de la víctima y/o perjudicado con asistencia letrada obligatoria.

Continuando con lo dicho en párrafos inmediatamente antecedentes, estimamos que el consentimiento que pueda emitir la víctima, autorizando la ejecución de la propuesta de oportunidad, exige, para ser plenamente válido y eficaz, no solamente que se respete el inexorable deber de información, sino que, al tiempo de la adopción de la decisión sobre la propuesta del Fiscal, la víctima o perjudicado disponga de la debida asistencia letrada.

La intervención del abogado de la víctima y/o perjudicado refuerza del deber de información, permite la construcción de una decisión razonada y libre, y, en último lugar, garantiza que los derechos de los que resulta legalmente titular el afectado puedan desplegarse con toda plenitud.

La línea normativa marcada por las últimas reformas ha supuesto un incremento notable de la defensa del afectado por la acción delictiva. Lo hemos comprobado con la ya citada la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y también con las últimas modificaciones y adiciones en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Así, desde esta tendencia proclive a la protección de la víctima en la perspectiva de la defensa

técnica, qué duda cabe que dicha defensa debe —imperativamente— ser concurrente al tiempo previo y coetáneo de la emisión del juicio de la víctima sobre la oportunidad presentada por el Ministerio Fiscal.

d) El recurso frente a la decisión final.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020, presentado por el Ministerio de Justicia, recoge en su artículo 180 lo que sigue:

«1. Las personas ofendidas y perjudicadas por el delito y las acusaciones personadas podrán impugnar ante el Juez de Garantías los decretos del fiscal dictados en los supuestos de los artículos 176, 177 y 179 de esta ley cuando entiendan que no se han respetado los elementos reglados que facultan al fiscal para aplicar el principio de oportunidad.

2. Son elementos reglados susceptibles de control judicial:

a) Los límites de pena previstos en cada caso.

b) Los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 175 y en los mismos apartados del artículo 176 de esta ley.

c) El abandono de la actividad delictiva, la realidad de la colaboración exigida y la satisfacción de las responsabilidades civiles en el caso del artículo 179 de esta ley.

3. El procedimiento de impugnación se regirá por lo establecido en el artículo 585.

4. El auto que revoque el archivo por oportunidad, por entender que no concurren los elementos reglados, ordenará la continuación del procedimiento.

5. Contra el auto que resuelva la impugnación del decreto del fiscal no podrán las partes interponer recurso alguno».

Sin perjuicio de remitir y recomendar una lectura completa y atenta del anteproyecto normativo, o al menos de sus artículos 174 a 185, sí estamos imprescindible valorar positivamente el precepto anterior y vincularlo con la exigencia de que cualquier decisión adoptada en cuanto al ejercicio del «principio de oportunidad» pueda ser recurrida ante el Juez o Tribunal por la víctima o el perjudicado por el delito.

Desde luego, la intervención con asistencia letrada de la víctima en el trancé de decisión respecto de la oportunidad planteada por el Fiscal ha de conllevar una especial y suficiente garantía para la posición central del afectado por el hecho delictivo. Sin embargo, con independencia de ello, éste debe poder, en cualquier caso, y sin perjuicio de establecer acotadamente los motivos, recurrir la resolución del Ministerio Fiscal acordada ante la autoridad judicial; es decir, ante el Juez o Tribunal que, siguiendo el esquema propuesto por el anteproyecto, será ordinariamente el de «Garantías».

Si no se permitiese esta opción impugnatoria, y la decisión del Fiscal petrificase en inimpugnable, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹², y lo dispuesto por los artículos 24 y 117.3 de la Constitución, creemos que la inmunidad jurisdiccional provocada por la ausencia de recurso ordinario ante los Juzgados y Tribunales supondría una lesión flagrante al derecho de la víctima y, del mismo modo y a la vez, un preocupante vicio de inconstitucionalidad.

VII. La mediación penal: presente y futuro

De forma previa a cualquier consideración, es oportuno recordar que el mal llamado «principio de oportunidad» y la «mediación» son realidades procesales —o paraprocesales— distintas y diferenciadas que, es cierto, participan en algunas características comunes (por ejemplo: su naturaleza extraordinaria desde el prisma del proceso penal reglado), pero que difieren ya en su concepto y en su repercusión práctica sobre el objeto penal.

Aunque el concepto de «mediación penal», quizá por la particularidad de desenvolverse en un marco de enjuiciamiento y aplicación de normativa pública, no encuentra un consenso pacífico, consideramos que podemos recoger la significación otorgada por la profesora Mar Jimeno Bulnes¹³ y, a tal efecto, entender la misma como un método de resolución de conflictos alternativo al proceso, si bien asimismo de carácter heterocompositivo (para otros autores, autocompositivo¹⁴) dada la intervención de un tercero imparcial que, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en el proceso o en el arbitraje, se limita a proponer una solución que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o modificar.

Con observancia del significado anterior, podemos comprender que la mediación penal se dibuja como una suerte de alternativa a la jurisdicción, o al menos complemento exterior a la misma, buscando en cualquier caso una solución pacificadora y más cercana a la relación que el hecho delictivo primero, y el proceso penal posterior después, ha impuesto entre el inculpado y la víctima o perjudicado.

Analizando la regulación y la evolución legislativa de la mediación en el orden penal, sólo podemos concluir en el (casi) absoluto vacío existente en la actualidad. Las únicas referencias que encontramos se localizan en la Ley Orgá-

¹² Por todas, véase: Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 58/2016, de 17 de marzo. Ponente: Su Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara.

¹³ *Justicia Restaurativa: una Justicia para las víctimas*, SOLETO MUÑOZ, H. y CARRASCOSA MIGUEL, A. M. (dirs.), «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias», Tirant Lo Blanch, 2019, p. 110.

¹⁴ «El nuevo proceso penal. La mediación», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 23/2010, Parte Doctrina, Aranzadi.

nica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyos artículos 19.3 y 27.3 aluden de forma breve y nada clara a las funciones de «mediación entre el menor y la víctima o perjudicado», y en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo artículo 87.ter.5, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prohíbe expresamente la mediación en el ámbito de los procesos penales en los que se investigan o enjuician delitos de violencia sobre la mujer.

Este contexto de silencio normativo en cuanto a la posibilidad de la mediación en el marco del proceso penal no se altera, tampoco, con la propuesta legislativa que se erige en el Anteproyecto de LECrim de 2020. Dicho proyecto no contempla mención alguna a la mediación como alternativa al proceso penal, aunque sí se realizan alusiones a la «Justicia restaurativa» (véanse, por ejemplo, los arts. 181 y ss.), que es definida de forma algo confusa y ambigua en la exposición de motivos como un «complemento efectivo del ejercicio del principio de oportunidad».

Desde nuestro punto de vista, la falta de una apuesta normativa firme por la mediación en el espacio jurídico-penal responde al riesgo que dicho mecanismo alternativo puede suponer en la construcción formal de una (falsa) equidistancia entre víctima y victimario. Esta posibilidad no es baladí, y de hecho podemos suponer que fue la que condujo a la exclusión plena de la mediación en el campo delictual de la violencia sobre la mujer, en el que el carácter particularmente censurable de la acción criminal impide —y debe hacerlo— cualquier planteamiento de equilibrio o tendencia al mismo entre la víctima y el delincuente, sobre todo si recordamos el nexo personal que existe entre ellos al tiempo del hecho delictivo.

Sin desear efectuar apriorismos, creemos que el recorrido de la mediación penal será muy limitado en los próximos años, por más que existan iniciativas y trabajos que promueven la inclusión de la mediación como recurso en la aplicación de la Justicia Penal —concepto aquí irremediablemente amplio y poco riguroso— y en la persecución de la reparación moral de las víctimas. El anteproyecto de ley presentado, sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir en la tramitación parlamentaria, invita a la reserva, y si bien es cierto que, como explicamos antes, se efectúa una referencia abierta a la «Justicia restaurativa», creemos que la prioridad del legislador es la «oportunidad» y su concreto encaje en el proceso penal que haya de dirigir el Ministerio Fiscal.

Quizá cabría asociar el «principio de oportunidad» con la mediación, mediante, por ejemplo, un recurso preliminar a ésta como paso condicionante de la oportunidad ulterior; sin embargo, la técnica normativa es conservadora y se mantiene escéptica frente a la mediación; herramienta heterocompositiva que habrá de desempeñar un papel muy importante en los restantes órdenes jurisdiccionales pero que, en el caso del proceso penal, permanecerá, o al menos eso podemos pensar, en un papel muy secundario.

VIII. Cierre

Llegados a este punto, y con el deseo sincero de que las líneas anteriores hayan podido servir al propósito inicial de invitar al lector a una reflexión serena sobre la «oportunidad» y su enfoque desde el plano de la víctima y el perjudicado, habremos de cerrar este capítulo con lo que estimamos una reivindicación, quizá sorprendente, pero indiscutiblemente necesaria en tiempos, como los actuales, en los que parece desconocerse lo más elemental: la de la legalidad.

Escribía el maestro Piero Calamandrei¹⁵ estas palabras que nos sitúan hoy, tantas décadas después, en el mismo escenario reflexivo-intelectivo sobre el qué y el porqué de la ley:

«La legalidad es condición de libertad, porque solo la legalidad asegura, de la manera menos imperfecta posible, esa *certeza del derecho* sin la cual prácticamente no puede existir libertad política. Certeza del derecho, es decir, certeza de los límites dentro de los que se extiende la libertad de cada uno y más allá de los cuales comienza la libertad del otro. Certeza del derecho, o sea, posibilidad práctica para cada uno conocer, antes de obrar, cuáles son las acciones lícitas y cuáles las prohibidas, esto es, cuáles son las que puede realizar para ejercitar su libertad sin violar al mismo tiempo la libertad ajena».

La prosa del profesor italiano impacta en el eje central de todo lo que abordamos: ¿para qué sirve la legalidad? Y la respuesta es clara: para permitir la *certeza del derecho* que, al fin, es la seguridad...la jurídica, desde luego, pero con ella, también, la política o civil, la seguridad de ser nosotros sin dejar de ser «nosotros mismos».

La tan denostada legalidad, esa que por distintos márgenes y en tantos foros se crítica como «dura», «inflexible», «rígida» o «forzosa» es, aunque caiga en el olvido cada día, la única que separa la libertad de la tiranía. Y si es así, y cualquiera pueda comprobarlo en su circunstancia vital ordinaria, cualquier apelación o recurso —que siempre habrá de ser autorizado por la ley— a la deslegalización en el «caso a caso» o a la oportunidad como falso principio general que quiere, pero no puede ser, debe recordar de forma inexorable que sólo en la ley, y sólo desde ella, somos libres. Y nada impide modificar lo modificable, o arbitrar soluciones alternativas a problemas tradicionales, o resolver con equidad lo que la legalidad, a veces en su fría abstracción, irremediamente desconoce. Pero todo eso, todo, responde siempre al respeto de la regla más básica sobre la que se edifica un sistema democrático de derechos: la legalidad. Sólo con ella; siempre con ella.

Nada sin ella.

¹⁵ *Sin legalidad no hay libertad*, CALAMANDREI, P. (prólogo y traducción de Andrés Ibáñez, P), Ed. Trotta, 2020, p. 32.

Capítulo 15

La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto

Vicente Pérez Daudí¹

Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PREMISAS PARA LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓN JUDICIAL: LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL: 1. *La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales*: A) La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial. B) La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos. C) La vinculación de los Tribunales a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.—III. EL PRECEDENTE JUDICIAL, LA PREVISIBILIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL Y EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.:1. *El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo*. 2. *Los procedimientos testigo*.—IV. LOS ATAQUES A LA PREVISIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Una de las cuestiones que se están debatiendo actualmente es la posibilidad de implantar los medios electrónicos en el juicio jurisdiccional. Es decir, la aplicación de la Inteligencia Artificial en la resolución de conflictos. En este trabajo no voy a analizar esta cuestión, sino su presupuesto como es la vinculación de los órganos jurisdiccionales a las resoluciones en España y la previsibilidad de la justicia como medio para dotar de mayor efectividad al proceso judicial. Es decir, las aplicaciones informáticas que afirman que pueden anticipar la resolución deben ser utilizadas para que las partes de un conflicto sean conscientes de cuál es su posible decisión por un tribunal estatal².

¹ Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades PGC2018-096260-B-C21.

² Las aplicaciones informáticas no pueden anticipar la decisión judicial, pero sí que pueden realizar un análisis de las probables soluciones. Esta labor le corresponde realizarla a los abogados de las partes, que podrán utilizarlas para facilitar su trabajo. En este contexto estoy de acuerdo con que será una herramienta muy útil, pero no podrán reemplazar ni la función del abogado ni del órgano jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el CEPEJ en *la Carta ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, párrafo 97.

Una cuestión distinta se plantea cuando se intenta implementar la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales. En mi opinión se parte de un error conceptual y es la función del Juez en la resolución de los conflictos. Tal como entendemos hoy la división de poderes el Juez ya no es la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, tal como afirmaba Montesquieu³, sino que es el que dicta la sentencia judicial tomando como referencia la ley y otros elementos como la determinación de los hechos probados.

En mi opinión defender que una aplicación informática puede sustituir a un Juez o Tribunal implica, entre otras cosas, resucitar la teoría del silogismo judicial⁴, que ya se demostró que no explica la formación del juicio jurisdiccional⁵. Esta posibilidad implica el triunfo de las teorías monistas del proceso sobre las dualistas. Es decir, las que afirman que el juez crea el derecho del caso concreto y no se limita a aplicar la ley. El problema es que existen tantas normas concretas como casos resueltos, lo que hace muy complicado llegar a una solución general que permita la previsibilidad del resultado⁶.

En este trabajo analizaré el precedente judicial y la previsibilidad de las resoluciones judiciales como premisa para la aplicación de la Inteligencia Artificial para ayudar al órgano jurisdiccional a la adopción de sus decisiones.

II. Premisas para la aplicación de la inteligencia artificial a la decisión judicial: la vinculación al precedente judicial

1. La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales

Una cuestión previa al análisis del uso del tratamiento de los datos jurisprudenciales ya existentes en un intento de predecir la decisión judicial en el caso

³ Ver PEDRAZ PENALVA, «La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, p. 919.

⁴ En este sentido también se pronuncia el CEPEJ en la *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, pf. 78.

⁵ Ver por todos SERRA DOMÍNGUEZ, en «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1967, pp. 94 y ss.

⁶ Esta cuestión integra uno de los conceptos esenciales del derecho procesal como es el juicio jurisdiccional. La doctrina que lo ha analizado se ha decantado entre la visión dualista del proceso, en el que el juez aplica la ley, y la dualista, en la que crea el derecho. Es imposible realizar una cita de los autores que se han decantado por uno u otro ya que la bibliografía existente es muy abundante. Tal como indico en el texto el intento de integrar el precedente judicial o la previsibilidad de las resoluciones judiciales en el concepto de seguridad jurídica implica una opción por el monismo ya que se reconoce que no es suficiente con la ley formal, sino que es esencial la uniformidad de la resolución de los procesos y esta función se reserva a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). Para esta cuestión remito al análisis que realiza RAMOS MÉNDEZ (en *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978), que es el pionero en España en asumir el monismo y divulgarlo en la totalidad de sus trabajos.

concreto es determinar la vinculación del órgano jurisdiccional que debe juzgar un asunto a las decisiones anteriores adoptadas por él mismo o por otros Tribunales⁷. Para responder hay que diferenciar dos cuestiones: la vinculación a las decisiones adoptadas por otros Tribunales y a las adoptadas por él mismo en supuestos similares.

Lo habitual es que no haya ni dos casos en que los hechos sean idénticos ni la misma solución jurídica. Los abogados de las partes, antes de iniciar el proceso o en el momento de contestar a la demanda analizan las leyes aplicables y la jurisprudencia existentes, además de la doctrina, para determinar las posibilidades procesales de éxito y perfilar la estrategia procesal a seguir para lograr el mejor resultado.

En esta labor de búsqueda es importante conocer la respuesta judicial que ha dado el mismo juez o Tribunal. El abogado es consciente de que no va a encontrar dos casos similares, por lo que es esencial esa labor de búsqueda para extraer los argumentos comunes que se han utilizado para resolver casos similares que permitirán defender a su cliente. Además, debe analizar en el caso concreto que hechos va a alegar y como va a intentar acreditarlos ante el órgano. Una vez efectuada estas reflexiones diseñará su estrategia procesal.

Desde el punto de vista judicial la postura no es tan distinta. El Juez, en la soledad de su labor tomará la decisión jurisdiccional que estime más oportuna a la vista de los hechos que considere probados, la ley aplicable y la jurisprudencia que la ha interpretado. Es cierto que una vez tomada esa decisión puede tender a cortar y pegar los argumentos ya utilizados en otra resolución judicial, propia o ajena. Pero es indudable que previamente habrá adoptado ese juicio jurisdiccional, que es la finalidad última del proceso judicial, y lo habrá revisado a través de la motivación de la resolución judicial⁸.

En esta labor, de unos y de otros, un instrumento importante será conocer lo que han dicho los Tribunales, básicamente las resoluciones dictadas por aquellos que deben conocer de los recursos que se puedan interponer contra la sentencia que dicte el de primera instancia. En España, al igual que en otros países, es posible acceder a la jurisprudencia de los Tribunales a través de la web del Consejo General del Poder Judicial. Incluso hay empresas privadas como

⁷ Ver CARRATTA, A., en «Decisioni robotica e valori del processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.

⁸ El artículo 120.3 de la Constitución Española regula la obligación de motivar las resoluciones judiciales, reproduciéndose en los artículos 248.2 LOPJ, 218.2 LEC y 142 LECrim. Esta exigencia la ha incluido el Tribunal Constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2000) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ver la Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho a un proceso equitativo —parte civil—, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013, p. 48). Sobre la obligación de motivar ver por todos TARUFFO, *la motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975, pp. 319 y ss.

westlaw, vlex o la wolters kluwer que facilitan aplicaciones informáticas a los abogados y jueces para que tengan conocimiento de las estadísticas de casos similares y los argumentos jurídicos que pueden ser utilizados.

Ante esta realidad la cuestión que se plantea es si no sería suficiente con que el órgano judicial se limitase a indicar cuáles son los hechos acreditados y la aplicación informática, teniendo en cuenta la decisión de los tribunales en casos similares, dictase la sentencia. La sociedad puede entender que esto debe ser así atendiendo a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y la celeridad de los procesos judiciales. Sin embargo, este criterio es contrario a la independencia judicial y al principio de separación de poderes.

La previsibilidad de las decisiones judiciales es esencial para que la justicia sea eficaz⁹. Ésta aporta seguridad jurídica¹⁰ y permite que los litigantes valoren la conveniencia o no de iniciar un proceso judicial. Si el resultado de éste es aleatorio la tendencia puede ser interponer la demanda ya que la sentencia judicial no empeorará la situación preprocesal existente, sino que tan sólo la puede mejorar. Por otro lado, desde la perspectiva del demandado el razonamiento es similar. Por ello la existencia de una doctrina jurisprudencial uniforme y constante¹¹ evita la interposición de pleitos infundados. Así se ha afirmado que puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y/o ODR¹².

Estas reflexiones las realizo con la actual situación legislativa en España. A continuación, analizaré la vinculación que tienen los tribunales con la decisión de los Tribunales Superiores y la relación con la independencia judicial, con sus resoluciones anteriores y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A) *La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial*

El artículo 1.6 del Código Civil prevé que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establez-

⁹ En este sentido ver CONSTANTINO, en «La prevedilità della decisione tra uguaglianza e appartenza», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.

¹⁰ FERRERES COMELLES, en «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 54.

¹¹ Tal como afirma ROSADO IGLESIAS la previsibilidad exige un conocimiento previo de lo previsto por el ordenamiento jurídico y del modo en que se aplica el ordenamiento jurídico (en «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, 2006, p. 84).

¹² En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que «el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias» (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019, p. 14).

ca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del proceso». Es decir, la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sino un complemento de este. Su función es esencial para la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto.

Es indudable que uno de los principios que informan la legislación es el de seguridad jurídica. El legislador refleja en las leyes aprobadas los principios esenciales de la comunidad en un momento determinado y ésta las utiliza para tomar sus decisiones. La problemática se genera cuando caben distintas interpretaciones y las partes no llegan a un acuerdo al respecto. En este caso hay que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos para resolverlo. Si nos hallamos ante una materia de carácter dispositivo las partes podrán resolverlo llegando a un acuerdo o a través de la conciliación, mediación y arbitraje. Si no es posible será la jurisdicción estatal la que deba resolverlo aplicando e interpretando la ley aplicable a los hechos objeto de litigio y creando el derecho del caso concreto de forma irrevocable. Para unificar las distintas interpretaciones jurídicas se articula el recurso de casación y la función nomofiláctica del mismo.

Serra Domínguez afirma que «en línea de principios, el recurso de casación resulta incluso más necesario que el recurso de apelación, en cuanto encuentra sus propias raíces en uno de los derechos más fundamentales de la persona, la igualdad ante la norma jurídica, y constituye la clave de bóveda del principio de unidad jurisdiccional»¹³. La uniformidad de la jurisprudencia se vincula con el principio de igualdad de los ciudadanos¹⁴ que se reconoce como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española.

Desde este punto de vista las Sentencias del Tribunal Supremo tendrían fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de instancia, los que no podrían apartarse de la doctrina jurisprudencial declarada por éste. Precisamente en este contexto se ha intentado la reforma del artículo 5 de la LOPJ en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 27 de enero de 2006, y que decayó por la convocatoria de elecciones generales¹⁵. Del mismo modo el gobierno aprobó el 4 de abril de 2014 el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que preveía en su artículo 32 la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo que «será de obligada

¹³ SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

¹⁴ MARINONI, «El precedente interpretativo», en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, p. 442.

¹⁵ Ver ampliamente el análisis que efectúa MUÑOZ ARANGUREN, A., en «Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17, p. 3 de la versión digital.

aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional»¹⁶.

La cuestión que surge de forma inmediata es si realmente la aplicación uniforme del derecho por los Tribunales integra el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley o vulnera la independencia judicial de los Tribunales¹⁷. El antecedente legislativo lo hallamos en el recurso en interés de ley del proceso contencioso administrativo (art. 100.7 LJCA)¹⁸ que preveía que: «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»¹⁹.

Para enfrentarnos a este conflicto debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que se pueden limitar cuando entren en conflicto con otros derechos o intereses de similar categoría y aplicando el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva sería viable que se establezca como límite de la independencia judicial la seguridad jurídica²⁰.

Estos límites deben establecerse por el legislador ordinario. En mi opinión debe realizarlo a través de Ley Orgánica, ya que el artículo 81.1 de la Constitución Española prevé que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales» y nos enfrentamos ante la resolución de un conflicto entre dos derechos fundamentales como es la independencia judicial, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica²¹.

En esta dualidad de principios se mueve el Tribunal Supremo cuando analiza el carácter vinculante de su doctrina jurisprudencial y el principio de independencia judicial. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

¹⁶ La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ analiza este precepto y llega a la conclusión de que «no considera conveniente la incorporación de la noción de jurisprudencia vinculante, en la medida que puede llegar a alterar el sistema de fuente establecido».

¹⁷ Ver el análisis que efectúa ARMENTA DEU (en «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 28 y ss.) y CABAÑAS GARCÍA (en *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 32 y ss.).

¹⁸ Ver, por todos, el análisis crítico realizado por DOMÉNECH PASCUAL, en «Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2013.

¹⁹ Este precepto fue suprimido por la disposición final 3.2 de la ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

²⁰ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que efectúa TAPIA FERNÁNDEZ, I., en «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», en *Justicia* 2017, número 2, p. 58.

²¹ En este sentido se pronuncia TAPIA FERNÁNDEZ, I., *op. cit.*, pp. 57 y 58.

número 927/2007, de 26 de noviembre, afirma al resolver el motivo primero del recurso de casación, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994, que «en virtud el principio de independencia judicial y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo». A continuación, desestima el motivo de casación argumentándolo en que la Audiencia Provincial «se separa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero no la desconoce, pues la cita, pero lo hace al considerar un elemento de derecho no tenido en cuenta por el Alto Tribunal que le permite promover una reorientación de la jurisprudencia».

Taruffo al analizar la eficacia del precedente afirmaba que «el juez posterior no se encuentra nunca obligado a someterse al precedente. Por el contrario, está obligado a justificar de manera adecuada su decisión cuando opte por no adherirse a aquel exponiendo las razones de su actuación»²².

En mi opinión el Tribunal Supremo parte de un error de concepto y es considerar que su doctrina jurisprudencial es un precedente en sentido técnico. La referencia indudable en esta cuestión es el profesor Taruffo que ya afirmaba que la declaración de una corte suprema sobre la determinada interpretación de una norma no es un precedente²³. Tal como afirma «el precedente provee una regla —susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho— que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso», siendo el Tribunal posterior el que debe establecer si existe o no el precedente fundándose en el análisis de los hechos²⁴.

El Tribunal Supremo en España no establece precedentes, sino que dicta sentencias en las que realiza la función nomofilática que le está atribuida por el ordenamiento jurídico. Pero ésta sólo será eficaz en el caso en el que se pueda interponer recurso de casación que no siga esa regla establecida por el Tribunal. Es contraria a nuestro sistema de fuentes considerar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es un precedente. La oposición a la misma por parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial tan sólo constituye una de las causas previstas para interponer el recurso de casación²⁵.

El Tribunal Constitucional se ha planteado esta cuestión en numerosas sentencias en las que ha declarado la no vinculación del órgano jurisdiccional a la jurisprudencia anterior de otros Tribunales. La excepción serían aquellos casos en los que el legislador prevé el efecto vinculante de la sentencia que dicte el Tribunal Supremo al resto de órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordi-

²² TARUFFO, en *Aspectos del precedente judicial*, Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018, p. 17.

²³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 15.

²⁴ TARUFFO, «Precedente y jurisprudencia», en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, p. 88.

²⁵ El artículo 477.3 LEC prevé que «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

na. Este es el caso del suprimido artículo 100.7 LJCA del recurso de casación en interés del proceso contencioso administrativo que prevé que: «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»²⁶.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este precepto en la Sentencia del pleno 37/2012, de 19 de marzo, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 9689/2009, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Elche, descartando su inconstitucionalidad. Lo fundamenta en que:

«porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el artículo 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto “a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” (STC 133/1995, F. 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman “gravemente dañosas y erróneas”, de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada (STC 111/1992, F. 4)».

En España el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico no contempla la jurisprudencia como una de ellas, sino como un complemento de las mismas²⁷. La función de los Tribunales no es el dictar normas generales y abstractas, sino el resolver los casos concretos que se someten a su enjuiciamiento. Tal como

²⁶ Este recurso tenía su antecedente en el recurso de casación en interés de ley regulado en los artículos 1718 y ss LEC de 1881 (ver, por todos, el comentario que realiza SERRA DOMÍNGUEZ, M., en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 923 y ss.). En el proceso laboral también se regulaba el recurso en interés de ley en los artículos 185 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (ver por todos CREMADES, B. M., *El recurso en interés de ley*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969).

²⁷ Ver por todos NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I, Introducción*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 41 y ss.

afirma la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014 «la función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del Derecho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio»²⁸.

Además, reconocer este carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contrario a la división de poderes que informa nuestro Estado de Derecho²⁹. Ello implicaría reconocer funciones legislativas a los tribunales y sería contrario al artículo 117.3 de la Constitución Española que recoge la función de los tribunales de Justicia³⁰.

B) *La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos*

Para que estas aplicaciones predictivas funcionasen sería necesario que los órganos jurisdiccionales estuvieran vinculados por sus decisiones anteriores³¹. Lo expuesto tiene una relación directa con el derecho a la igualdad y de seguridad jurídica³².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión³³. El Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2005, de 5 de mayo inadmite un recurso de amparo en el que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En el fundamento jurídico segundo lo motiva con cita de sentencias anteriores del Tribunal Constitucional:

«Por lo que se refiere a la pretendida violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), debemos recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, desde la STC 8/1981, de 30 de marzo, F. 6, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley proscribire el trato desigual carente de adecuada justificación. En el ámbito de protección

²⁸ Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, p. 33.

²⁹ En este sentido se pronuncia la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, cit., p. 33. En este sentido ver COMOGGIO, L. P., en «Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.).

³⁰ Tal como afirma TARUFFO en Italia «sería inconstitucional que una norma ordinaria intentara introducir en dicho ordenamiento la norma del precedente vinculante» (en *Aspectos del precedente judicial*, cit., p. 27).

³¹ Tal como he analizado anteriormente no es el caso de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español. La excepción lo constituye las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí que tienen carácter preceptivo (arts. 5.1 LOPJ).

³² Ver ARMENTA DEU, «Recurso de casación...», cit., pp. 28 y ss.

³³ Ver ampliamente el análisis que realiza ROSADO IGLESIAS, en «Seguridad jurídica...», cit., pp. 89 y ss.

de tal derecho, la doctrina constitucional ha ido perfilando una serie de criterios, que resultan relevantes para el caso examinado, y que se sintetizan, entre otras muchas, en las SSTC 266/1994, de 3 de octubre, F. 3, 188/1998, de 28 de septiembre, F. 4, 240/1998, de 15 de diciembre, F. 6, y 176/2000, de 26 de junio, F. 3, tales como: a) el trato desigual debe provenir de un mismo órgano judicial; b) sólo cabe apreciar trato desigual en la decisión de casos sustancialmente iguales, y c) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad».

Como se puede comprobar la doctrina del Tribunal Constitucional llega a las siguientes conclusiones:

- Un órgano jurisdiccional no está vinculado por la jurisprudencia de otro Tribunal.
- Respecto de su jurisprudencia anterior tan sólo está vinculado cuando concurren los siguientes requisitos: que los casos sean sustancialmente iguales y que el trato desigual se concrete en una quiebra injustificada del criterio mantenido hasta entonces³⁴.

Cuando concurren estas circunstancias y el Tribunal no justifique su cambio de criterio estará vulnerando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

C) *La vinculación de los Tribunales a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Las reflexiones anteriores se realizaban en referencia a los órganos de la jurisdicción ordinaria. En la organización jurisdiccional existen otros Tribunales, cuyas decisiones tienen carácter vinculante para la jurisdicción ordinaria. Me refiero al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está previsto en el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Tal como afirma Pérez Gordo el Tribunal Constitucional va a «actuar como legislador o como juez a decir el derecho, el nuevo derecho, e incluso a dar el

³⁴ Ver ampliamente CABAÑAS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

derecho»³⁵. Estoy de acuerdo con esta conclusión que Pérez Gordo ya vaticinaba en 1972³⁶. El Tribunal Constitucional en su función de controlar la constitucionalidad de las leyes se ha convertido en un auténtico legislador. Y esta función se ha recogido en el artículo 5.1. LOPJ.

A diferencia de las reflexiones que he realizado anteriormente, la jurisprudencia que dicta el Tribunal Constitucional sí que tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria³⁷. A idéntica conclusión tenemos que llegar cuando España cede parte de su soberanía al firmar un tratado internacional, que en lo que nos interesa hace referencia a la sumisión a determinados tribunales internacionales. Este es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸.

Uno de los aspectos más controvertidos del derecho comunitario son los efectos de las Sentencias que el TJUE dicta en toda clase de procedimientos. En este apartado podemos partir de la base que las sentencias del TJUE tiene el mismo valor que las que dictan los Tribunales Constitucionales estatales en el ámbito de su competencia³⁹.

Para comprender la función del TJUE es esencial partir de la razón de su creación, que es unificar la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea. Para que pueda realizarlo se obliga al órgano jurisdiccional nacional, que actúa como Juez Comunitario, a plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuando tenga una duda sobre la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea, original o derivado. Una vez que éste ha declarado la interpre-

³⁵ PÉREZ GORDO, A., *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Bosch. Barcelona, 1982, p. 32. Posteriormente analiza las sentencias interpretativas y afirma que «en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no la interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, o, incluso, integrativas, colmando insuficiencias de los textos legales a aplicar, realmente lo que hace es legislar» (*op. cit.*, p. 64).

³⁶ PÉREZ GORDO, A., en «El control de constitucionalidad de las leyes», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.

³⁷ XIOL RIOS afirma que «el artículo 5.1 de la LOPJ no trat de regula la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquellos a los que el fallo afecte por extensión. El artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional» (en «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, número 3, 1986, p. 13 de la versión digital).

³⁸ TARUFFO afirma que «es probable que se pueda hablar d un precedente en el sentido propio de la palabra» (en *El precedente judicial*, cit., p. 22).

³⁹ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que realiza JIMENO BULNES, M., en *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991, pp 455 y ss. Tras desarrollar la doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, que se ha pronunciado sobre los efectos de las Sentencias dictadas por el TJUE al resolver una cuestión prejudicial planteada al amparo del artículo 177 TCE concluye que «el esquema previsto en la Constitución y en la LOTC con relación al valor de las sentencias constitucionales procedentes de nuestro Tribunal Constitucional puede ser trasladado al espacio comunitario», *op. cit.*, p. 506.

tación o la aplicación de una norma de la Unión, original o derivada, los jueces nacionales tienen la obligación de seguir el criterio indicado. En caso contrario estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

Otro Tribunal Internacional al que España se ha sometido es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Doctrinalmente se ha discutido el carácter vinculante para los jueces nacionales de su jurisprudencia. Además, a nivel interno la única norma que regula la efectividad de las sentencias que dicte es la causa de la acción de revisión de sentencias firmes⁴¹. Tal como afirma Guillén López «el activismo el Tribunal ha logrado poner la obligatoriedad y la eficacia de sus sentencias como principio de general observancia, como concepto al que se concede una vis atractiva respecto del resto de los constructos procesales»⁴².

En la práctica judicial el Tribunal Supremo ha admitido la eficacia directa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos distintos a los que se alegó la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así el auto del pleno del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 se plantea si puede valorar de nuevo lo ya resuelto por sentencia firme cuando posteriormente a la misma el TEDH dicta una sentencia que puede influir en el sentido de la decisión, admitiendo el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme que se había planteado alegando la vulneración de un derecho fundamental. Lo fundamenta en el fundamento jurídico sexto en que «La función y las competencias que los actuales artículos 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución».

Como se puede comprobar no le reconoce directamente la eficacia directa, pero al admitir el incidente está haciéndolo implícitamente.

⁴⁰ Ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 241/2015, de 5 de noviembre y el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018.

⁴¹ La Ley Orgánica 7/2015, reformó las leyes de enjuiciamiento de los cuatro órdenes jurisdiccionales para incluir como causa de revisión de sentencias firmes «cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». Así da nueva redacción a los artículos 102 LJCA, 510 LEC, 328 Ley Procesal Militar,

⁴² GUILLÉN LÓPEZ, E., en «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 42, 2018, p. 356.

III. El precedente judicial, la previsibilidad de la respuesta judicial y el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario

Un fenómeno judicial que se ha producido en los últimos años ha sido la litigiosidad masiva provocada por las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario celebrados en la primera década del año 2000. La crisis económica que se inició a nivel global en el año 2008 provocó que los deudores hipotecarios devinieran insolventes, que se impagasen y que se ejecutasen. La LEC limitaba las posibilidades de oposición del deudor hipotecario y los Tribunales venían abocados a inadmitirlas y proseguir la ejecución iniciada, terminando con el lanzamiento del deudor hipotecario.

Los Tribunales recogieron el sentimiento social de la injusticia que se estaba produciendo ya que los acreedores eran entidades financieras que habían recibido ayudas públicas para su mantenimiento. Así promovieron distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, finalmente, provocó la transformación del tratamiento procesal del consumidor en el proceso civil, tanto declarativo como de ejecución⁴³. El deficiente tratamiento legislativo ha provocado una litigiosidad masiva que ha provocado el colapso de los Tribunales.

Las opciones para solventarlas han sido varias. La primera fue la utilización de las acciones colectivas. Un sector de la jurisprudencia extendió los efectos de litispendencia y de cosa juzgada a las acciones individuales de los consumidores⁴⁴. El efecto fue que éstas se desestimasen. Sin embargo, los afectados plantearon varios recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo en su modalidad de acceso a los Tribunales. Los Juzgados de instancia, a los que se revocaban las decisiones que habían adoptado desestimando la excepción de litispendencia y de cosa juzgada alegada por las entidades financieras demandadas, interpusieron una cuestión prejudicial ante el TJUE⁴⁵.

⁴³ Ver extensamente el análisis que realizo en mi monografía *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018.

⁴⁴ Esta interpretación la realizó la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ver por todas las resoluciones de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 326/2014, de 13 de octubre, que aprecia la excepción de cosa juzgada, y el auto de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 112/2014, de 9 de octubre, que estima la existencia de litispendencia.

⁴⁵ El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona planteó las cuestiones prejudiciales C-381/14 y C-385/14, que fueron resueltas por la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016. Su planteamiento provocó el acuerdo de Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014, en que suspendían los procesos en que se hubiera alegado la litispendencia o prejudicialidad hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas. El motivo del acuerdo indicado era que: «los Jueces de lo Mercantil de Barcelona estamos resolviendo de forma diferente sobre las consecuencias jurídicas

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada en la Sentencia de 14 de abril de 2016 afirmando que «las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 9/13, objetos y efectos jurídicos diferentes». Posteriormente afirma que «sin que la articulación sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

En el mismo sentido se pronunció Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2016, de 31 de octubre y 208/2016, de 12 de diciembre, que declaró que las acciones individuales y colectivas no tienen identidad objetiva porque «lo cierto es que en ese proceso no se conoció la cláusula sueldo de su contrato», además de no concurrir tampoco la subjetiva porque los afectados no habían sido parte en el proceso colectivo.

Lo que realmente sucedió es que las acciones colectivas ejercitadas no eran tales, o al menos tenían un talón de Aquiles que determinó la no extensión de los efectos de las sentencias dictadas en el proceso colectivo al individual, con lo que perdía toda su eficacia. Así lo reconoció el Tribunal Supremo al no reconocer efectos de cosa juzgada del primero sobre el segundo en las Sentencias 139/2015, de 25 de marzo, 357/2017, de 6 de junio, 486/2017, de 20 de julio respecto del efecto negativo de cosa juzgada. Sobre el efecto positivo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia número 367/2017, de 8 de junio, que declara que tienen efecto de cosa juzgada pero que el Tribunal que conozca de la acción individual podrá «resolver en un sentido diferente... cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual».

Es decir, produce efecto de cosa juzgada salvo que las entidades financieras acrediten que las circunstancias personales del cliente o la información suministrada provoque que los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta en el proceso colectivo no concurren en el caso concreto, con lo que el Juez que conozca de la acción individual podrá pronunciarse en un sentido distinto.

Este matiz de las circunstancias personales, junto con la inactividad legislativa, fue aprovechado por las entidades financieras y por algunos asesores de los

que tiene sobre el ejercicio de una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, el ejercicio de una acción colectiva de cesación y reclamación de daos y perjuicios por unas asociaciones de consumidores impugnando esa misma cláusula contra los mismos-a entidad bancaria. En unos casos desestiman las excepciones de prejudicialidad civil y en otros se archiva el procedimiento por litispendencia. Ello se debe a que las normas no son claras en esta materia, ya que las diferentes soluciones tienen una sólida fundamentación, pero lo cierto es que se están causando agravios comparativos graves entre los ciudadanos que acuden ante estos Juzgados».

afectados. Las primeras para negar la extensión de los efectos de las sentencias dictadas a los afectados por concurrir circunstancias personales que los excluían y los segundos para interponer las acciones judiciales a través de demandas estereotipadas en las que no se hacía referencias a ésta.

El resultado ya se conoce y ha sido la alta litigiosidad que provocó la creación de juzgados especializados para evitar el colapso de la Administración de Justicia.

Desde la perspectiva del objeto de este artículo, que es el análisis del precedente judicial, lo que interesa resaltar es el fracaso del Tribunal Supremo en su función nomofiláctica y la propuesta de crear procedimientos testigo.

1. *El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo*

En el sistema procesal español el Tribunal Supremo tiene la función nomofiláctica a través del recurso de casación. De esta forma se intenta lograr una interpretación y aplicación uniforme de la norma jurídica para dotar de seguridad jurídica a los justiciables. Sin embargo, los tribunales no están vinculados a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Para lograr su efectividad las partes pueden interponer el recurso de casación, siendo uno de los motivos que pueden alegar el interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Actualmente el Tribunal Supremo ya no es en todos los casos el máximo intérprete del ordenamiento jurídico. Cuando se aplica, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión esta función está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La problemática se plantea por el hecho de que las partes no pueden interponer ningún recurso ante el mismo, sino que es el juez nacional el que tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial si tiene alguna duda sobre su interpretación o aplicación. Cuando el TJUE las resuelve no se pronuncia sobre el caso concreto, sino que responde a la pregunta que le ha formulado el juez nacional, que actúa como juez comunitario, y es éste el que debe aplicarla dictando la sentencia definitiva.

El problema que se plantea es que la aplicación que haga el juez nacional de la interpretación realizada por el TJUE también puede generar dudas y decisiones contradictorias. Actualmente tenemos un ejemplo de este sistema la posibilidad de considerar o no como abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que referencia al IRPH el interés remuneratorio. Cronológicamente las resoluciones judiciales han sido las siguientes:

- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, afirma que la cláusula de interés variable que referencia al IRPH es un índice definido y regulado legalmente, pero que no se define contractualmente, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados

mediante disposiciones legales. El Tribunal Supremo afirma que es la Administración Pública la que debe controlar que estos índices se ajustan a la normativa, por lo que quedan fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil y no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE al estar excluido en su artículo 1.2.

- La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, que interpreta que «la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia» (pf. 36).
- La sentencia del Tribunal Supremo número 581/2020, de 6 de noviembre, que lo analiza al aplicar la doctrina de la Sentencia del TJUE citada, pero desestima el recurso de casación interpuesto afirmando que «no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe».
- Contra esta interpretación del Tribunal Supremo el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona ha vuelto a plantear una cuestión prejudicial mediante auto de 2 de diciembre de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch II (C-655/20).

Lo cierto es que a pesar del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE la aplicación de la misma por los jueces nacionales generan problemas de interpretación. El Tribunal Supremo ha intentado en varias ocasiones unificar la aplicación del derecho interno para adecuarlo al derecho de la Unión, pero la posibilidad de que los Tribunales de instancia formulen cuestiones prejudiciales ante el TJUE permite que éstos cuando tengan dudas de la solución aportada por el Tribunal Supremo interpongan cuestiones prejudiciales, con lo que el TJUE revisa la decisión adoptada por el TS. Esta situación recuerda al conflicto

que se generó entre el TS y el TC⁴⁶. El TS debe aceptar que el máximo intérprete de la legislación de la Unión Europea, directa o indirecta, es el TJUE. Es cierto que de manera formal ya lo reconoce, pero es irremediable que la interpretación que realice del Derecho de la Unión pueda ser revisada posteriormente por el TJUE, lo que dará lugar a discrepancias. Y el perjudicado será la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que incide en una falta de seguridad jurídica y en un incremento de la litigiosidad.

Esta circunstancia se produce por el sistema normativo multi nivel. El TJUE recuerda constantemente que la aplicación de la interpretación del derecho de la Unión que realiza en sus sentencias es competencia del Juez nacional, que lo realizará aplicando la doctrina del TJUE a su normativa interna. El problema es que, por un lado, la función nomofiláctica del derecho nacional la tiene el Tribunal Supremo y, por otro, el máximo intérprete del derecho de la Unión es el TJUE. La coordinación de ambas normativas, desde la perspectiva que estamos analizando que es fijar unos criterios uniformes de interpretación que pueda ser aplicado por los Tribunales, no está prevista. Y ello provoca que la fijación de esta doctrina jurisprudencial uniforme que aporte seguridad jurídica no se realiza de una manera sencilla.

La debilidad del derecho de la Unión es que las partes no pueden recurrir al TJUE ante una sentencia que sea contraria al mismo, sino que la revisión del criterio judicial se realiza en el ámbito judicial nacional. También debo advertir que a nivel interno el Tribunal Constitucional ha reforzado la aplicación del derecho de la Unión y la interpretación que realiza el TJUE declarando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva las sentencias nacionales que no las aplican. Siendo cierto, también lo es que deja al margen numerosos procesos en los que el juez nacional no planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE y dictó una sentencia aplicando un criterio que luego el TJUE ha afirmado que vulnera el derecho de la Unión⁴⁷.

2. *Los procedimientos testigo*

Los artículos 37.2 y 3, 110 y 111 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa desarrollan el procedimiento testigo. Esta regulación se incorporó al ordenamiento jurídico español con la aprobación de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁸. En el

⁴⁶ Ver ampliamente el análisis que realice en *La protección civil de los derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101 y ss.

⁴⁷ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que realizo en mi monografía sobre *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018.

⁴⁸ Estos preceptos han sido objeto de diversas modificaciones legislativas, siendo la última de ellas las de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que dio nueva redacción a los artículos 37.2 y 3 y 110.4, y la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado que modifica el artículo 110.1 LJCA.

apartado III *in fine* de la Exposición de Motivos el legislador justifica la regulación en «La preocupación por agilizar la tramitación de las causas es dominante y, en particular, explica la regla que permite al Juez o Tribunal suspender la tramitación de los recursos masivos que tengan idéntico objeto y resolver con carácter preferente uno o varios de ellos. De esta manera se puede eludir la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos»⁴⁹.

La Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Comisión General de Codificación ha advertido que la eficacia de este instrumento ha sido nula y ha provocado un incremento de los litigios⁵⁰, realizando una serie de propuestas de mejora, entre las que destaco:

- Extender los efectos del pleito testigo no sólo a los supuestos de sentencia favorable, sino a todas ellas.
- Que sea la Administración y no el órgano judicial el que acuerde extender los efectos de la sentencia.

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto numerosas dudas que genera la aplicación de estos preceptos. Así Gascón Inchausti analiza hasta diez cuestiones no resueltas por el legislador, que son las siguientes: la imprecisión del legislador al no indicar el número de recursos que justifique el recurso al procedimiento testigo; el criterio al qué debe atenderse el órgano jurisdiccional para seleccionar el proceso o procesos que han de servir de tipo y que se tramitarán de forma preferente; si se tramita más de un proceso de forma preferente cómo debe tramitarse; si se ha de esperar a la firmeza de la sentencia testigo para proceder a su notificación y dar cabida a la triple opción de los litigantes de los procesos suspensos; el plazo del que disponen los litigantes de los procesos suspensos para solicitar la extensión de la eficacia, la continuación del procedimiento o el desistimiento; si debe incoarse el proceso de ejecución de la sentencia testigo; las consecuencias que tiene en el proceso suspenso la extensión de la eficacia de la sentencia-testigo; cuándo se entiende que la pluralidad de recursos tiene objeto idéntico; quien debe y en qué momento procesal analizar la concurrencia de la identidad de objetos; y la eficacia de la sentencia testigo cuando la doctrina determinante de su fallo fuera contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supre-

⁴⁹ Ver el análisis que realiza NOYA FERREIRO, L., en «La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.

⁵⁰ Tal como afirma la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «el resultado final es que, lejos de disminuir, el número de recursos se ha incrementado en todas las instancias y también se ha multiplicado el número de recursos de casación que se pronuncian sobre temas referidos a la extensión de efectos, llegando a generar cientos de sentencias del Tribunal Supremo que han congestionado algunas secciones» (en *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 53).

mo o a la doctrina de los TSJ en el recurso de casación para unificación de doctrina al amparo del artículo 99 LJCA⁵¹.

En el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2020, se regula el pleito testigo en el orden civil. Lo que se pretende es solucionar la problemática planteada por la litigiosidad masiva derivada de las condiciones generales de la contratación. En la exposición de motivos justifica la reforma a que los actores utilizan demandas o plantillas iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un gran número «termina litigando con demandas prácticamente idénticas». Afirma que «este procedimiento testigo reducirá notablemente la litigación en masa».

La propuesta de regulación la realiza en un nuevo artículo 438 ter LEC, que se inserta como una especialidad del juicio verbal porque también modifica el artículo 250.1 LEC añadiendo el inciso 14.º para remitir a este procedimiento la tramitación de las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

La especialidad del procedimiento testigo está en que cuando el Juez aprecie que una demanda «incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial», lo suspenderá mediante auto hasta que se dicte sentencia firme. Contra este auto se puede interponer recurso de apelación.

Una vez que se dicte sentencia firme en el proceso que se ha elegido como procedimiento testigo, el actor del juicio suspendido podrá:

- Desistir de sus pretensiones.
- Solicitar la continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones que deben ser, a su juicio, resueltas.
- La extensión de efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, remitiéndose al incidente del artículo 519 LEC.

Como se puede comprobar la regulación propuesta en el anteproyecto incurre en los mismos defectos que la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que han provocado el fracaso de la regulación del procedimiento testigo.

Al margen de ello hay que plantearse la vinculación de esta regulación con el de las acciones colectivas. Tal como he expuesto en el apartado anterior éstas

⁵¹ GASCON INCHAUSTI, F., «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo», en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <<https://eprints.ucm.es/26589/>>.

están previstas en el ordenamiento jurídico español, pero de forma deficiente. Actualmente estamos pendientes de la trasposición de la Directiva UE 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, que debe ser traspuesta por los Estados miembros antes del 25 de diciembre de 2022, tal como prevé en su artículo 24.

La regulación propuesta incide directamente en la institución del precedente judicial y, en mi opinión, está abocada a su ineficacia. Tal como ha sucedido en el orden contencioso administrativo si se aprueba al menos se duplicarán los litigios:

- El primero será el incidente de suspensión de procedimiento en el que el órgano judicial acuerda suspender el proceso, en el que se puede interponer recurso de apelación si se acuerda.
- El segundo será o bien la continuación del proceso judicial o la solicitud de aplicar el resultado del proceso testigo al suspendido, de conformidad con lo previsto en el artículo 519 LEC.

Además, hay que recordar que el Tribunal Supremo declara la eficacia de las sentencias dictadas en los procesos en los que se ha ejercitado la acción colectiva, salvo que se acredite la concurrencia de circunstancias subjetivas en el caso concreto que justifiquen su no aplicación. Las entidades financieras se han acogido a ella para no reconocer la existencia de cláusulas abusivas a los afectados y de esta forma seguir aplicándola, no dejando otra opción que la reclamación judicial. Y en estos procesos una de los hechos controvertidos es la información y conocimiento que tenía el deudor.

La opción por el procedimiento testigo implicaría imponerlo a las partes, lo que podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de las partes a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

IV. Los ataques a la previsibilidad de las resoluciones judiciales

En España no se puede hablar técnicamente del precedente judicial, salvo las excepciones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal como he expuesto debemos hablar de previsibilidad de las decisiones judiciales, que es esencial para lograr una justicia efectiva. Lamentablemente en muchos de los temas que se están planteando ésta no existe, lo que provoca una mayor litigiosidad.

En este último apartado quiero realizar una reflexión sobre los ataques a la previsibilidad de las decisiones judiciales, que considero que son los siguientes:

- La existencia de un ordenamiento jurídico multinivel.
- La frenesís legislativa.

- La sumarización del proceso.
- La no recurribilidad de las resoluciones judiciales ante los tribunales superiores.
- Los intentos de excluir del conocimiento judicial determinados litigios.

En la actualidad una de los principales inconvenientes que se plantean es la existencia un sistema normativo multinivel y policéntrico⁵². En España las leyes las dicta el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. Además, también se dictan normas legales por la Unión Europea, que son aplicables directamente (los Reglamentos) o a través de su trasposición por los Estados (Directiva). Esta diversidad de fuentes legislativas provoca que, en ocasiones, deban interpretarse conjuntamente previsiones que están informadas por distintos principios y que son interpretadas por distintos Tribunales. Las soluciones no son uniformes y pueden generar mayor inseguridad jurídica.

A título de ejemplo basta con considerar en la situación actual la regulación aprobada por el Estado y por la Comunidad Autónoma de Catalunya para afrontar los efectos de la pandemia del Covid-19 en los desahucios judiciales y su relación con el derecho a la vivienda. En la Comunidad Autónoma de Catalunya el Govern aprobó el Decreto Ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo a la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19 en que se acordaba la suspensión de los lanzamientos judiciales hasta la finalización del estado de alarma. Posteriormente el Gobierno de España aprobó el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a la situación de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda, que regula la suspensión de los lanzamientos judiciales cuando concurren una serie de circunstancias. Los requisitos previstos en esta norma son distintas.

Ante esta doble regulación se plantea cuál debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales con sede en Catalunya. Es criticable que el legislador haya provocado esta situación de inseguridad jurídica, pero la pregunta es qué norma aplicarán. El mecanismo de solución del conflicto es que el Gobierno plantease cuestión de inconstitucionalidad contra el Decreto autonómico, lo que implicaría su suspensión automática. Sin embargo, no lo ha hecho.

Los tribunales, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero solo se suspendería el proceso concreto y el resto de tribunales podrían realizar una interpretación distinta y aplicar el derecho autonómico.

Por último, el Tribunal Constitucional ha cambiado su criterio sobre la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los órganos jurisdiccionales cuando deban aplicar una normativa autonómica que sea incompatible con una norma estatal. El TC en la Sentencia del pleno 102/2016, de 25 de mayo, declaró que el aplicador del derecho debe realizar un juicio de preva-

⁵² Expresión utilizada por CARRATTA, *op. cit.*, p. 507.

lencia e inaplicar la norma de derecho autonómico cuando sea incompatible con el derecho estatal. Esta doctrina ha sido ratificada en las Sentencias del TC 112/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio, 204/2016, de 1 de diciembre y en los autos 167/2016, de 4 de octubre y 27/2019, de 9 de abril.

Todo ello lo que crea es inseguridad jurídica sobre la norma aplicable, tal como advierten los votos particulares que se han formulado a las resoluciones citadas.

En este contexto Marinoni afirma que las causas que acaban con la previsibilidad es la subordinación de la ley a los derechos fundamentales, lo que obliga a que el Juez razone a partir de las normas-principios y la necesidad de «considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales» y el uso legislativas de técnica de cláusulas abiertas para evitar una multiplicidad de normas jurídicas en casos iguales⁵³. Estoy de acuerdo con el diagnóstico realizado indicando que, por otro lado, son irremediables. Por un lado, la aplicación de los derechos fundamentales y la irrupción de los derechos sociales obligan a interpretar la ley de conformidad con éstos, y esta función la tiene que hacer el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia del caso concreto. Del mismo modo el legislador debe regular de forma general, siendo el juez el que decidirá la controversia del caso concreto interpretando, entre otros elementos, la norma jurídica aprobada. Ambos elementos implican que la decisión final del juez sea imprevisible.

En otro nivel nos encontramos con la incompatibilidad entre las normas estatales y el derecho de la Unión y la interpretación que realicen los Tribunales. Me remito al apartado 3.1. en que analizaba el fracaso de la función nomofilática del Tribunal Supremo en estos casos.

Lo cierto es que la existencia de un sistema normativo multinivel o policéntrico genera inseguridad jurídica e impide la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, lo que potencia la litigiosidad.

Constantino afirma que la «frenesís legislativa» y la sumarización del proceso afectan a la previsibilidad de las sentencias⁵⁴. Trasladando sus reflexiones al proceso español debemos compartir sus conclusiones.

Por un lado, la frenesís legislativa provocan que no se asiente la interpretación uniforme de las leyes aprobadas, lo que implica que cada órgano jurisdiccional la interprete según su criterio, que es válido, pero no único ni uniforme con el del resto de Juzgados y Tribunales. Ello implica una gran inseguridad jurídica ya que las partes antes de iniciar el proceso no saben la interpretación que se realizará de la norma jurídica, con lo que no se podrá valorar la conveniencia ni determinar la estrategia a seguir para solucionar el litigio. Por otro lado, el criterio que en un

⁵³ MARINONI, *op. cit.*, p. 428.

⁵⁴ CONSTANTINO, en «La prevedibilità...», *cit.*, pp. 654 y 656 respectivamente.

principio se siga tampoco garantiza nada ya que luego podrá ser modificado a medida que se resuelvan los recursos que se interpongan contra la decisión judicial. La doctrina jurisprudencial que fije el tribunal superior no tiene el valor de precedente, pero si que garantiza a las partes que en el caso en el que el Tribunal de instancia no lo siga se podrá adecuar al mismo por la vía de los recursos.

Para ello lo que hace falta es la norma jurídica se asiente y la misma tenga una vigencia que lo permita. Constantino nos informa de las modificaciones que se han producido en Italia del Codice di Procedura Civile, criticándolas. En España se ha producido un fenómeno similar⁵⁵ que se ha incrementado con motivo de la pandemia. Lo que provoca es inseguridad jurídica al no saber las partes el criterio interpretativo que a va a ser aplicado por los Tribunales.

Otro elemento que hay que valorar es que la interpretación no es uniforme, sino que la jurisprudencia evoluciona en la misma para adecuarla a la realidad social. Por ello es fundamental que se articule un sistema de recursos adecuado que permita que la jurisprudencia se vaya formando. La doctrina jurisprudencial se fija y establece tras el análisis de una multitud de procesos, que son aparente similares pero que en la práctica difieren en los hechos, lo que puede provocar distintas respuestas judiciales. Por ello la solución no es provocar una decisión rápida por parte del Tribunal Supremo, para que fije su interpretación y se impongan su carácter vinculante a los tribunales de instancia. Ya he analizado antes que esta previsión implicaría convertirlo en legislador, lo cuál es contrario al sistema jurídico vigente en la actualidad.

Desde esta perspectiva debe mantenerse una estabilidad en las leyes, que permitan que se forme la doctrina jurisprudencial por los Tribunales que permitan que las partes prevean las posibles decisiones.

Lamentablemente no es la situación actualmente existente en España, ni en países de nuestro entorno como Italia. Esta inflación legislativa lo que provoca son incoherencias en las leyes aplicables para resolver el conflicto, lo que determina la imprevisión de las decisiones judiciales. Y todo ello hace que la justicia sea más ineficaz ya que las partes no saben cuál es el criterio que va a seguirse para resolver el conflicto, lo que determina el incremento del número de litigios.

Constantino también denuncia que otro de los obstáculos a la previsión de las decisiones judiciales es la tendencia a la sumarización del proceso civil por el riesgo que concurre de que dependa de la persona del Juez⁵⁶. Esta afirmación

⁵⁵ A título de ejemplo en el momento de la redacción de este trabajo, enero de 2021, la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha sido reformada en 73 ocasiones.

⁵⁶ CONSTANTINO lo justifica en que «la difusión de la tutela sumaria, no vinculada a razones objetivas, como la economía procesal o la naturaleza de los intereses en juego, y, sobre todo, sin ninguna posibilidad de una sucesiva declaración y cognición plena, determina inevitablemente la incertidumbre aplicativa y es fuente de vulneración del principio de igualdad, porque la ausencia de las reglas procesales predeterminadas genera el riesgo de formación de prácticas deformadas de oficio a oficio judicial, y sobre todo de una vuelta al sistema feudal en el cual prevalece la lógica

la realiza en el contexto legislativo italiano en el que se ha potenciado la sumarización permitiendo que el Juez opte por tramitar el procedimiento con cognición plena o sumaria. Desde esta perspectiva es lógica la posición de Constantino, pero no es la situación en nuestro país.

En España, el legislador también ha potenciado los procesos sumarios como un instrumento para dotar de mayor eficacia al proceso judicial⁵⁷. Así por ejemplo lo realiza con la creación del juicio especial para recuperar la posesión de los bienes inmuebles cuando el ocupante no tenga título legítimo regulado en la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas para permitir la recuperación de la posesión por su titular legítimo de una forma rápida ante la insuficiencia de los procedimientos previstos en la LEC. Es cierto que en estos casos el juez tiene mayores facultades procesales, pero no se le permite elegir el procedimiento por el que debe tramitarse. Sin embargo, la imposibilidad de recurrir alguna de las resoluciones que se dictan, como el auto adoptando medidas cautelares, impedirán la creación de esa doctrina jurisprudencial uniforme y deberemos atender al criterio particular que haya adoptado el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

En mi opinión otros elementos que atacan a la previsibilidad de las decisiones judiciales son la no posibilidad de recurrir una decisión ante los tribunales superiores o la derivación obligatoria a un mecanismo complementario de resolución de conflictos.

Finalmente debo manifestar mi preocupación en esta materia por la tendencia legislativa. El 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Con la excusa de introducir mecanismos eficientes para «acoger el previsible incremento de la litigiosidad» y «recuperar el pulso de la actividad judicial» plantea la reforma de la LEC regulando un sistema obligatorio de negociación antes de iniciar el proceso judicial y el procedimiento testigo.

La obligatoriedad del intento previo de negociación previa a la vía jurisdiccional implica un intento de excluir del conocimiento judicial de determinados asuntos, al margen de otras consideraciones sobre su eficacia⁵⁸. Desde esta perspectiva es criticable que no se permita la formación de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de una cuestión jurídica.

de la pertenencia a la decisión de un *favor principis* y no la aplicación de una regla predeterminada y preventivamente adoptada» (en «La prevedibilità...», cit., pp. 654 y ss.).

⁵⁷ Esta opción ha sido criticada por la doctrina. Ver por todos GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Jústicia Penal y Cívil*, BOE, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.

⁵⁸ Ver ampliamente al respecto el análisis que realicé en «La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.

Otra de las medidas que propone este Anteproyecto de ley es la regulación de los procedimientos testigo en el ámbito de las reclamaciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, que se tramitan a través del juicio verbal (art. 250.1.14 LEC) y que he analizado anteriormente. En mi opinión no contribuirá a la formación de una doctrina jurisprudencial ya que son acciones en las que para excluir la eficacia de cosa juzgada de las sentencias ya dictadas en las acciones colectivas que se han ejercitado se centra en las circunstancias personales de las partes y, concretamente, en la información precontractual recibida por el consumidor.

Por ello, desde la perspectiva de la previsibilidad de las decisiones judiciales, creo que estas medidas no contribuirán a que las partes sepan cuáles son los criterios que siguen los órganos jurisdiccionales y se volverá a atender al del órgano jurisdiccional que específicamente conozca del proceso judicial.

V. Bibliografía

- ARMENTA DEU, T., «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, Aranzadi, 2010.
- CARRATTA, A., «Decisioni robotica e valori del processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.
- CEPEJ, *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.
- CEPEJ, *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.
- Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- COMOGLIO, L. P., «Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.
- CONSTANTINO, G., «La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.
- CREMADES, B. M.^a, *El recurso en interés de ley*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2013.
- FERRERES COMELLES, V., «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo», en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <<https://eprints.ucm.es/26589/>>.

- GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, BOE, Madrid, 2021.
- GUILLÉN LÓPEZ, E., «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, pp. 335 y ss.
- JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991.
- MARINONI, «El precedente interpretativo», en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, pp. 423 y ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., «Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17.
- NEIVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I, Introducción*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.
- NOYA FERREIRO, L., «La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.
- PEDRAZ PENALVA, E., «La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, pp. 905 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.
- *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018.
- *La protección civil de los derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2011.
- PÉREZ GORDO, A., «El control de constitucionalidad de las leyes», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.
- *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Bosch, Barcelona, 1982.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978.
- *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2008.
- ROSADO IGLESIAS, G., «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, 2006, pp. 83 y ss.
- SATTA, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El juicio jurisdiccional», en *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss.
- *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», en *Justicia* 2017, número 2, pp. 21 y ss.
- TARUFFO, M., *La motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975.
- «Precedente y jurisprudencia», en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, pp. 86 y ss.
- *Aspectos del precedente judicial*, Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de Gobierno, *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014*.
- XIOL RIOS, J. A., «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, n° 3, 1986.

Capítulo 16

Dando una oportunidad a la oportunidad

José María Roca Martínez

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Oviedo

Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Asturias

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. OPORTUNIDAD ¿PRINCIPIO, RAZONES, CRITERIOS?—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA OPORTUNIDAD: 1. *Sobre el concepto*. 2. *La confusa (y superada) dialéctica legalidad-oportunidad*. 3. *El porqué de la oportunidad*. 4. *Compatibilidad con la CE y la LECrim*.—IV. CONFIGURACIÓN DE LA OPORTUNIDAD EN EL ALECRIM.—V. REFLEXIÓN FINAL.

I. Introducción

Cuando la profesora Sonia Calaza me brindó la oportunidad de colaborar en una nueva publicación sobre la oportunidad, no podía dejar pasar la oportunidad y me puse manos a la obra. Debo empezar con una reflexión que me parece imprescindible más, si cabe, en una obra coordinada por quien es una autoridad en la materia¹. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (ALECrim) sigue hablando del principio de oportunidad cuando, en estos momentos, en el ámbito procesal, por todos es conocido que su consideración como principio está siendo sólida y fundadamente cuestionada².

Creo irrenunciable, por ello, comenzar dando mi opinión acerca de si la oportunidad debe considerarse o no un principio (aunque vaya contracorriente); a partir de ahí, expondré mis reflexiones sobre su progresiva introducción

¹ SONIA CALAZA es, quizá, quien con mayor detalle se ha ocupado de la problemática que se plantea entorno a la oportunidad, cuestionando, incluso, su consideración como principio; dan muestra de su preocupación por el tema sus numerosas publicaciones, tanto individuales, como colectivas (ha dirigido o coordinado: *Principio de oportunidad y transformación del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2019; *Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020; *Principio de oportunidad: Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2020).

² Así lo hace la Exposición de Motivos (XXV, XXVI y XXVII) pero, sin embargo, en el articulado los términos utilizados son «razones» y «criterios» de oportunidad (arts. 174, 175, 176 y 177), con preferencia por el primero.

en nuestro proceso penal, hasta lo que parece será su pleno reconocimiento en la reforma que se avecina. Hago, en todo caso, dos aclaraciones. Me centro en la oportunidad reglada y deshecho conscientemente tomar en consideración la oportunidad pura³; si incluso la primera modalidad es objeto de críticas y su reconocimiento ha de ir aparejado a una profunda modificación de la configuración del MF, sobre la segunda se ha considerado que supondría una *perversión* del sistema penal⁴, debiendo ser absolutamente excluida de cualquier futura reforma del proceso penal⁵. Por otro lado, salvo puntuales referencias, mis reflexiones se refieren exclusivamente al proceso penal español, a la compatibilidad de la oportunidad con las previsiones constitucionales y a la anunciada reforma.

II. Oportunidad ¿principio, razones, criterios?

En España se comenzó a hablar con insistencia del principio de oportunidad a partir de la última década del pasado siglo⁶; hasta ese momento, era tratada de forma muy tangencial, fundamentalmente para negar su aplicación al proceso penal⁷; a partir de entonces, se ha ido abriendo paso con creciente intensidad,

³ El término «oportunidad reglada» se debe a GONZÁLEZ CUELLAR, que lo acuñó para evitar las críticas que recibió un artículo de GIMENO SENDRA que recogía su polémica conferencia pronunciada en 1988 en la Escuela judicial (*vid.* «El principio de oportunidad y la mediación penal», en *Postmodernidad y proceso europeo...*, ob. cit. pp. 237 a 256, p. 244). El artículo fue «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, n.º especial II, Justicia Penal, 1988, y puede consultarse en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, BOE, 2020, pp. 97 a 117.

⁴ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanc, Valencia 1997, p. 79.

⁵ Oposición frontal manifestada por RUIZ VADILLO: «... la verdad es que no veo en la transformación que se pretende nada positivo y sí graves, gravísimos inconvenientes» («El principio de oportunidad reglada», en *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 387 a 406).

⁶ Quiero reconocer expresamente el mérito de la profesora CALVO SÁNCHEZ, a quien se debe la organización del II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León (Zamora, 5 al 7 de abril de 1989), en el que se dedicó especial atención al principio de oportunidad reglada (*vid.* *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989). Para Europa, quizá el pistoletazo de salida haya que situarlo en los trabajos del Consejo de Europa y en la Recomendación n.º R (87) 18, del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la simplificación de la Justicia Penal, adoptada el 17 de septiembre de 1987.

⁷ GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales del Proceso*, publicada en 1935 por Bosch, Casa Editorial (he consultado la edición de 1961, E.J.E.A., Buenos Aires, tomo II, pp. 119 a 125); JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado (fecha posible 1949), pp. 184 y 185; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal* (con HERCE QUEMADA, V.), 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 55 y 77 (antecedente de esta obra son sus *Lecciones* publicadas en 1946); SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, p. 760. Recoge PEDRAZ PENALVA algunos precedentes en «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La Reforma del Proceso Penal...*, ob. cit., pp. 321 a 385, p. 357; el trabajo puede consultarse también en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, 1990, pp. 313 a 375). La traducción de algunas obras relevantes permitió acceder a la doctrina extranjera; FENECH NAVARRO tradujo el

la opinión favorable a su implantación⁸, con absoluta preferencia por la que se ha denominado reglada. Coetánea es la propuesta, incipiente y minoritaria entonces, pero mayoritaria (aunque con reparos) en la actualidad, que apuesta por la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal⁹. Es nota común en ambos casos la influencia foránea, anglosajona al principio, pero cada vez más europea¹⁰.

Derecho Procesal Penal de BELING, E., Editorial Labor, S.A., 1945 («Aceptándose el principio de investigación oficial combinado con el de acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en que la Ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ej. por razón de la nimiedad de la infracción (mínima non curat praetor) o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de la legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad, se la concede» (p. 25); SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN tradujeron el *Tratado de Derecho Procesal Penal* de VICENZO MANZINI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970, 1951 (la traducción se corresponde con la tercera edición italiana de 1949).

⁸ Se ha reconocido a CONDE-PUMPIDO FERREIRO como uno de los máximos defensores de la introducción del principio de oportunidad reglada en nuestro sistema procesal (PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad...», trab. cit., 363) y de ello dan cuenta sus publicaciones («Legalidad versus oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios públicos», en *Primeras Jornadas de Derecho judicial*, Madrid, 1983, p. 717; «El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español», en *La Reforma del Proceso Penal...*, ob. cit., pp. 287-308, p. 306). Con similar fervor, GIMENO SENDRA ha defendido su implantación en numerosas publicaciones («El principio de oportunidad y el M.F.», *La Ley Digital* [La Ley 2115/2016], *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., 2015, Thomson Reuters [Proview, 1.V.3.D]; *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, BOE, Madrid, 2020, pp. 38 a 44). No cabe desconocer las opiniones, si no contrarias, sí críticas, como GÓMEZ COLOMER (*Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*. Tirant lo Blanch, 2021, p. 280), MONTERO AROCA, J., *Proceso Penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, 2008, pp. 302 a 312; NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 36 y 37.

⁹ Los reparos se plantean principalmente en relación a los riesgos derivados de la actual configuración del Ministerio Fiscal, hasta el punto que el propio ALECrim prevé la necesaria modificación de su Estatuto Orgánico. Montero Aroca plantea la relación entre la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal y la introducción de la oportunidad, poniendo de manifiesto el trasfondo político subyacente (*vid.* MONTERO AROCA, J. *Proceso penal y libertad...*, ob. cit., pp. 147 a 156).

¹⁰ En el ámbito europeo, Alemania fue la excepción, asumiendo de manera temprana el principio de oportunidad, a partir de 1924, reforzándose en la ya RFA en la reforma de 1975 (ARMENTA DEU, T., «El incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrarios en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad», *Justicia* 1990, T. I. p. 201-223, p. 208). Los precedentes se remontan a 1854 (LAMADRID LUENGAS, M. A., *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*, Tesi doctoral, UPF/2015, <<https://repositori.upf.edu/handle/10230/26059?locale-attribute=es>>, p. 78), *vid.* también GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán introducción y normas básicas*, Bosch, Casa Editorial, S.A. 1985, pp. 47 y 48. «El principio de legalidad no se entiende hoy absolutamente, pues la Fiscalía no está obligada a perseguir cualquier infracción del Derecho penal, dado que razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa» (relaciona los supuestos). Otros países hubieron de esperar casi a la última década del pasado siglo, como sucedió con la aprobación por esas fechas de los códigos de Portugal (febrero de 1987) y de Italia (septiembre de 1988), asumiendo dos principios, entonces innovadores: «el reconocimiento de que en el proceso penal también debe tener operatividad el principio del consenso, hasta ahora limitado al proceso

Su interconexión es algo que se viene poniendo de manifiesto, hasta el punto de que la oportunidad llega a utilizarse como justificación para la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal¹¹. La oportunidad es, por tanto, una realidad y no solo en el debate doctrinal, sino en nuestra legislación¹², que se aproxima así a la gran mayoría de legislaciones¹³, avicinándose su pleno reconocimiento en la reforma procesal penal que se encuentra en marcha¹⁴; incluso se ha considerado (permítaseme el juego de palabras) que introducir el principio de oportunidad no es algo que el legislador pueda decidir con criterios de oportunidad (legislativa), sino que «viene obligado a hacerlo»¹⁵. Conviene tener presente que esta tendencia evolutiva apunta hacia una superación de la oportunidad en el ámbito procesal, para situarse plenamente en el ámbito penal mediante «la total despenalización de las conductas bagatelarias, la concepción de la reparación como pena, o como una tercera vía en reemplazo de la pena, y la regulación de instituciones como la de los arrepentidos o los testigos de la corona en el Derecho Penal material como motivos para prescindir de la pena»¹⁶.

Dicho esto, ¿es la oportunidad un principio?, ¿está justificado cuestionar su consideración como tal? La respuesta no es sencilla y ello porque, en gran medida, dependerá, en primer lugar, de lo que entendamos por *principios* y, en segundo lugar, de lo que entendamos por *oportunidad*. Avanzo mi opinión al respecto, aunque ya adelanto que en mi cabeza hay más preguntas que respuestas;

civil o el proceso acusatorio puro de los países anglo-sajones; y la paulatina sustitución del rígido principio de legalidad por un más flexible sistema que dé entrada a la oportunidad» (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de oportunidad reglada...», trab. cit., p. 289).

¹¹ Analiza esta cuestión ÁLVAREZ SUÁREZ, L., en «¿Justifica el llamado “principio de oportunidad” el traspaso de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal?», en *Un modelo de justicia para el siglo XXI: Justicia alternativa, Justicia negociada y Justicia informa*, ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹² De manera expresamente reconocida en el proceso penal de menores al admitir el «desistimiento» por corrección educativa o familiar (art. 18 LORPM) y el archivo por conciliación o reparación de la víctima (art. 19 LORPM) y con diversas manifestaciones, más o menos explícitas en la LECrim (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35 y 36; VECINA CIFUENTES, J. y VICENTE BALLESTEROS, T., «Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 50, mayo 2018, pp. 307 a 323).

¹³ Clara tendencia expansiva que se muestra con su reconocimiento en el ámbito europeo: Alemania, Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Noruega, Dinamarca, algunos cantones suizos, Gran Bretaña, Islandia, Chipre, Polonia, Francia (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de oportunidad reglada...», trab. cit., p. 294); en el ámbito iberoamericano: Argentina, Brasil, Chile, Perú (CONTRERAS ALFARO, L. H. *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Librería jurídica, Salamanca, 2005, p. 30).

¹⁴ Capítulo II «La terminación por razones de oportunidad», del Título IV del Libro I del ALECRim (arts. 174 a 180).

¹⁵ Así se pronuncia BARJA DE QUIROGA, para quien ello es así «desde que se asumen las teorías relativas de las penas y se destierran las teorías absolutas» («El principio de oportunidad: cuestiones generales», en *Postmodernidad y proceso europeo...*, ob. cit., pp. 63 a 71, p. 63).

¹⁶ CONTRERAS ALFARO, L. H., *Corrupción y principio de oportunidad penal...*, ob. cit., p. 40.

se trata más de una reflexión inicial a modo de ensayo preliminar, que un estudio más o menos acabado; asumo, por ello, el riesgo de echarme atrás y rectificar a medida que profundice en mi reflexión¹⁷.

No cabe duda que el estudio de los principios procesales, como en cualquier otra disciplina, es algo básico e imprescindible¹⁸; pero igual de cierto es la falta de armonía o de uniformidad en cuanto a su concepto, naturaleza, función y caracteres¹⁹. Hace justo medio siglo, se planteaba Guasp Delgado qué habrían de ser los principios jurídicos²⁰; tratando de huir de concepciones filosóficas, de prejuicios ideológicos y de valoraciones tendenciosas²¹, reflexionaba, entre otras cosas, sobre su carácter abstracto o concreto²². Dejó dicho que *«los principios jurídicos se formulan con una generalidad susceptible de recoger hipótesis particulares de mayor detalle y, sin embargo, no dejan de ser principios jurídicos las manifestaciones ulteriores concretas de aquellas hipótesis iniciales que revestían tan indispensable amplitud»*; tomando como ejemplo la paz jurídica, la consideró, *«sin discusión, una fórmula abstracta, pero las mil y una realizaciones concretas de tal fórmula: desde la paz a que dos Estados llegan tras un estado de guerra hasta la que, más modestamente, impone un guardia en un mercado, no dejan de ser concreciones de aquella fórmula en que el carácter fundamentador del principio jurídico está igualmente presente»*; y continuando con la justicia, lo mismo podría decirse de ella, *«el principio jurídico conocido por tal nombre va desde la declaración general que lo define hasta la más última y detallada de sus manifestaciones particulares»*²³. Rescato estas reflexiones y al hilo de ellas me planteo: si no es posible generalizar lo oportuno ¿debemos negar la consideración de principio a la oportunidad? Tal es la tesis de Calaza López y sus argumentos ofrecen firmeza y solidez; toma como punto de partida la noción de principio como aquello que da razón de un género determinado de cosas; a partir de ahí, lo oportuno tiene que ver con el caso concreto y no puede generalizarse bajo

¹⁷ Me refiero a que solo apunto algunas consideraciones personales con la finalidad de justificar mi posición, pero sin intención de profundizar en tan compleja cuestión; no es una excusa, solo una aclaración. Quizá no sean más que intuiciones que precisan mayor reflexión; en todo caso, las someto a debate y crítica.

¹⁸ *«El capítulo de los denominados “Principios Procesales” es de inexcusable tratamiento y fundamental importancia, propedéutica y sistemáticamente, en toda aproximación científica a la disciplina y, por tanto, de la mayor relevancia dogmática y metodológica»* (LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 165).

¹⁹ *«No obstante esta radical importancia anticipada, no es pacífico, ni la misma, ni qué deba entenderse por tal término; cuáles sean su naturaleza, función y caracteres, incluso cuáles deban comprenderse como tales en el sumario que al efecto se postule, la conveniencia o no de expresarlos en un ordenación o cuerpo legal dados, etc.»* (LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción...*, ob. cit., p. 165).

²⁰ *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 291 a 312. En esta obra, sin abandonar su condición de procesalista, GUASP DELGADO adopta una posición de auténtico jurista para elevarse por encima del proceso y alcanzar una visión superior del Derecho.

²¹ *Derecho*, ob. cit., p.294.

²² *Derecho*, ob. cit., p. 296.

²³ *Derecho*, ob. cit., p. 296.

la forma de un principio, razón por la que no es susceptible de regulación²⁴; «la oportunidad no es “causal”, sino “casual”. La “causa” ordena. Lo “casual” excepciona. Una normativa sustentada en “lo casual” sería convertir el proceso judicial en un proceso excepcional —y, por ende, un estado social en un estado de excepción— caracterizado por una sucesión “casual” de actuaciones, sin principio general alguno que informase ese procedimiento»²⁵.

El inconveniente que yo veo (no al argumento, sino al punto de partida), es que a partir de tal noción de principio ¿no deberíamos poner en cuestión, si no todos, casi todos los principios? Por ejemplo, ¿hay algo más casual y menos generalizable que la proporcionalidad o, incluso, la igualdad?

A mi modo de ver, la función de los principios no puede circunscribirse a su condición de fundamento o soporte sobre el que se sustenta el sistema; como tales podrían considerarse aquellos más básicos (¿quizá estructurales?), pero que no son los únicos. Lozano-Higuero Pinto apunta hasta diez *funciones* y *características* de los principios que proporcionan una visión más amplia y compleja²⁶, alejada de esa concepción fundamentadora (casi mística).

Creo que al trasladar la oportunidad al ámbito de los criterios o razones se puede estar cayendo en la confusión entre el principio, su contenido y su aplicación; utilizando las palabras de Guasp Delgado, no se está teniendo en cuenta que los principios formulados con generalidad, pueden recoger hipótesis particulares de mayor detalle, sin dejar de ser principios. Una cosa es que, como principio, la oportunidad atribuya al MF una facultad (Gimeno Sendra)²⁷ o un poder (De la Oliva Santos)²⁸ y otra que para el ejercicio de tal facultad o poder, se fijen o deban seguirse determinados criterios. La atribución de la facultad o

²⁴ CALAZA LÓPEZ, S., «La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2012, [Aranzadi Insignis, BIB 2012\1319], p. 1; «Las paradojas del mal llamado principio de oportunidad en el proceso penal», *La Ley Penal*, n.º 103, julio-agosto 2013, p. 2.

²⁵ CALAZA LÓPEZ, S., «La subordinación...», *trab. cit.*, p. 2.

²⁶ Las funciones y características que enumera son: axiológico-política (1), técnico-jurídica y teleológica (2), orgánica (3), sistemática (4), integrativa y hermenéutica (5), identificadora o individualizadora (6), dialéctica o bipolaridad (7), secuencialidad y concatenación (8), plástica (9) y propedéutica (10) (LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 169).

²⁷ «La facultad que el ordenamiento procesal otorga al MF para que, a pesar de la existencia de indicios de la comisión de un delito público, pueda abstenerse de ejercitar la acción penal o solicitar a la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que suponga una reducción trascendental de la pena en aquellos supuestos expresamente establecidos en la Ley y, siempre que se deban tutelar intereses constitucionalmente protegidos» (GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el MF», *trab. cit.*, pp. 1 y 2). En esta línea hemos de situar al ALECrIm, como más adelante se expondrá (art. 174.2).

²⁸ «Poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar), para disponer, bajo condiciones perfectamente especificadas en la ley (la llamada “oportunidad reglada”) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores de los mismos». DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Derecho Procesal Penal*, ARAGONESES

del poder es generalizable y causal: generalizable en tanto se agota con tal atribución y causal en tanto da causa de la actuación del MF; cuestión distinta es el ejercicio de esa facultad o poder que requiere, evidentemente, pasar de lo general y abstracto al caso concreto, es decir, de lo causal a lo casual, para lo cual, habrán de tomarse en consideración los criterios o razones que conforman el contenido del principio que, en definitiva, serán los que sirvan para informar el ordenamiento procesal²⁹.

La oportunidad permite al MF no ejercer o abandonar el ejercicio de la acción penal, proponer una rebaja de la pena, proponer la sustitución o la suspensión de una pena, etc., cuando se den determinadas circunstancias cuya apreciación no responde a la aplicación de la Ley, sino que requieren un juicio de conveniencia o de *oportunidad*. Lo relevante de la oportunidad es la sustitución del juicio de legalidad, necesario para apreciar si concurren determinados requisitos legales, por un juicio de conveniencia o de oportunidad, que va más allá de la comprobación de requisitos. Es en este ámbito donde, en efecto, no cabe la generalización, si bien, en mi opinión, no estamos hablando del principio, sino de su contenido y de su aplicación al caso concreto. Aun así, en el ALECrím, parece que el prelegislador admite cierta generalización a través de la cuestionable función que pretende atribuir al Fiscal General del Estado³⁰ (¿se tratará de la generalización de lo no generalizable?).

En definitiva, me inclino por considerar la oportunidad como un principio relativo a la actuación del MF en el proceso penal, caracterizándose por su instrumentalidad, flexibilidad y carácter dinámico. Su carácter instrumental ha sido reconocido por numerosos autores, aunque no siempre en el mismo sentido; en todo caso, lo que parece claro es que lejos de constituir una aspiración (un fin) en sí mismo, como lo pudiera ser, por ejemplo, la igualdad, su función es instrumental, como medio para alcanzar otras finalidades. La mayoría de autores ven en la oportunidad un instrumento para la simplificación y agilización de la justicia penal³¹; Gimeno Sendra lo conecta con determinados intereses constitucionalmente protegidos³². En cierta medida, no les falta razón, aunque por encima de ello, comparto con Rodríguez García³³ su consideración como ins-

MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J. A. (coaut.), 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 21.

²⁹ «A través del estudio de los principios del proceso se puede observar en un corto espacio los criterios informadores de nuestro ordenamiento procesal», Gimeno Sendra, V. *Introducción al Derecho Procesal*, DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (coaut.), Tirant lo Blanch, 2020, p. 307.

³⁰ Artículo 174.2 ALECrím: «El Fiscal General del Estado dictará las Circulares e Instrucciones generales que sean necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esta facultad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal».

³¹ No creo aquí necesarias citas concretas, numerosas a lo largo del trabajo.

³² «El principio de oportunidad y el M.F.», trab. cit., p. 2.

³³ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFARO, L. H., «Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal», *Revista La Ley* [La Ley Digital, 1258/2005], p. 1.

trumento de política criminal, que se concreta en las manifestaciones apuntadas (simplificación, reinserción o rehabilitación, reparación de la víctima, justicia restaurativa). En tanto instrumento de política criminal, el desarrollo de su contenido ha de ser flexible y no estar sujeto a rigidez, para permitir en cada momento desarrollar concretas políticas, siendo susceptible de adaptarse a la realidad social de cada momento histórico; serán tales razones de política criminal las que determinarán sus requisitos³⁴. Respecto a su carácter dinámico, guarda relación con su función de adaptar la legalidad al caso concreto, en la medida en que atribuye cierto margen de actuación en el ejercicio de la acción o el sostenimiento de la pretensión penales, previa valoración de las específicas circunstancias del caso concreto y atendiendo a los intereses constitucionales protegidos³⁵.

III. Algunas consideraciones sobre la oportunidad

1. Sobre el concepto

De la oportunidad comienza por cuestionarse su propia denominación; Delgado Barrio propone como «*más acertada*» la utilización de «selección reglada», destacando así la ausencia de discrecionalidad en la oportunidad³⁶, aunque hay quien considera que ello no es más que «legalidad adulterada»³⁷; Montero Aroca presenta la oportunidad reglada como una *contraditio in terminis*³⁸. Se habla de facultad³⁹, de poder⁴⁰, de atribución de no

³⁴ Por ejemplo, razones de política criminal justificarán que ante la proliferación de determinada tipología delictiva (p. ej. blanqueo de capitales, terrorismo, tráfico de drogas), se introduzcan manifestaciones de oportunidad tales como beneficios para los arrepentidos que colaboren en la investigación; o beneficios al delator en supuestos de delitos atribuidos a personas jurídicas.

³⁵ CALAZA LÓPEZ, S., «La subordinación...», trab. cit., pp. 2 y 3.

³⁶ DELGADO BARRIO, J., «El principio de oportunidad de oportunidad penal», en *La reforma del Proceso Penal*, ob. cit., pp. 309 a 319.

³⁷ SANTANA VEGA, D. M.^a, «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc./Mes 2, 1994, pp. 105 a 136.

³⁸ *Proceso penal y libertad...*, ob. cit., p. 313.

³⁹ La oportunidad como facultad es, quizá, la consideración más extendida. GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el MF», trab. cit., pp. 1 y 2. MARTÍNEZ GARCÍA, E., en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 88. MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, 2008, p. 303. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, 9.^a ed., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (coaut.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 106. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 35. La Recomendación n.º R (87) 18, del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la simplificación de la Justicia Penal, adoptada el 17 de septiembre de 1987 también habla de facultad.

⁴⁰ DE LA OLIVA SANTOS define la oportunidad como «aquel principio en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado *ius puniendi*, satisfecho), siempre según criterios legales, en todo caso en que concurriesen sus presupuestos (esto es, ante toda conducta calificable de delictiva y punible), sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano similar) para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas

iniciar⁴¹, de atribución que autoriza a disponer⁴²; se discute sobre su fundamento, no hay acuerdo respecto a sus manifestaciones, se cuestiona, como hemos visto, su consideración de principio; no cabe duda que la figura es controvertida.

Ha puesto de manifiesto De la Oliva Santos, la amplitud y vaguedad con que, con frecuencia, se entiende el principio de oportunidad, considerando que de tal manera, «engloba y significa tantas y tan diversas cosas que, en realidad, no significa nada claro y seguro»⁴³. Definir la oportunidad no está exento de problemas, precisamente por esa variedad de cosas que representa; no en vano, si por algo se caracterizan las definiciones que se han dado es por su extensión y complejidad, quizá en un innecesario intento de dar cobertura a esa variedad de supuestos aludida. A partir de lo expuesto en el apartado anterior, sugiero abandonar el intento de incluir en la definición el contenido y tratar únicamente de delimitar qué es la oportunidad. A veces sucede que, formulada una sencilla definición, a medida que se profundiza en el estudio de la institución definida se cae en la tentación de ir completándola. Decía Gimeno Sendra en 1987 que «por principio de oportunidad cabe entender la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado»⁴⁴; con el paso de los años, en 2016, se refiere a la oportunidad como la «facultad que el ordenamiento procesal confiere al MF para, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos»⁴⁵. Esta segunda definición es, evidentemente, más completa; lo que creo es que, al incluir lo que son manifestaciones del principio (sobreseimiento, reducción de pena) y de mencionar su fundamento (tutela de intereses constitucionalmente protegidos), puede resultar incompleta, en la medida en que no incluya todas las manifestaciones, así como llevarnos al equívoco, que antes apunté, de confundir el principio, con su fundamento, contenido y aplicación. Por eso, como punto de partida, prefiero tomar el concepto más sencillo: principio que permite al MF atender a criterios de conveniencia en el ejercicio de la acción o en el sostenimiento de la pretensión penales, en los

en la ley (la llamada oportunidad reglada) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del mono de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo» (*Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 21).

⁴¹ LAMADRID LUENGAS, M. A., *El principio de oportunidad...*, cit., p. 175.

⁴² RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFARO, L. H., «Criterios de flexibilización...», trab. cit., se refieren tanto a esa «atribución que autoriza» (pp. 2 y 3) como a las «instituciones que facultan» o las «facultades de oportunidad» (p. 3).

⁴³ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 20.

⁴⁴ «Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad y proceso penal monitorio”», *Justicia* 1987, n.º II, p. 359

⁴⁵ «El principio de oportunidad y el M.F.», trab. cit., pp. 1 y 2.

casos y con los requisitos establecidos en la ley. No faltan quienes ven en este sometimiento de la oportunidad a requisitos legales un inútil intento de disfrazarla de legalidad; entiendo (como expongo con más detalle en el siguiente apartado) que mientras la actuación del MF quede sujeta a un juicio de conveniencia, por mínimo que sea el margen de decisión, existirá oportunidad. Como ejemplo podemos ver la diferencia entre los artículos 305.6, 307.5 y 307.ter.6 CP y los artículos 340 y 358.bis CP; mientras los primeros permiten a los Jueces y Tribunales imponer al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, los segundos obligan a los Jueces a imponer la pena inferior en grado.

2. *La confusa (y superada) dialéctica legalidad-oportunidad*

El estudio de la oportunidad en el marco de los principios del proceso penal ha ido experimentando una evolución desde su desconocimiento u olvido inicial, pasando por una moderada atención, hasta llegar a su general reconocimiento⁴⁶. Ni los comentaristas iniciales de la LECrim, ni los más destacados procesalistas hasta el último cuarto del pasado siglo, prestaron especial atención a la oportunidad, conscientes de que en el modelo implantado por la LECrim, caracterizado por una férrea sujeción a la legalidad, no tenía cabida⁴⁷. La moderada introducción de la oportunidad se produce, como ya he dicho, a partir de finales de los años 80 de la mano de la doctrina que, volviendo la mirada hacia otros sistemas procesales penales, comienza a plantearse la conveniencia de ir dando entrada a fórmulas consensuadas y a un tratamiento especial a la delincuencia de escasa o mínima relevancia, todo ello apoyado en la recurrente preocupación por la agilización de la Justicia Penal; es en ese horizonte temporal donde también se sitúan algunas iniciativas internacionales, como la Recomendación N.º R. (87) 18 sobre simplificación de la Justicia penal (1987)⁴⁸, el

⁴⁶ Digo general porque, en efecto, es mayoritaria la corriente en favor de su reconocimiento, si bien con variedad de matices en cuanto a su extensión. No faltan, no obstante, opiniones críticas (GÓMEZ COLOMER, J. L., *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*, ob. cit., p. 280), a veces más con la forma que con el fondo (MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 106).

⁴⁷ Con carácter general, la doctrina procesal evitó mencionar la oportunidad y quienes la mencionaban, lo hacía para excluir su aplicación en el enjuiciamiento penal español. Es clara la opinión de GÓMEZ ORBANEJA, para quien «respecto a la acción penal, rige el principio de legalidad, según el cual el MF está obligado a ejercitarla por todo hecho con caracteres de delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia. O sea, que sobre la procedencia de la acción ha de inspirarse en el mismo criterio (la voluntad estricta de la ley: fiat justitia, pereat mundus) que sirve al juez para decidir sobre la procedencia de la condena» (GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 55 y 56).

⁴⁸ La Recomendación N.º R. (87) 18 asume el principio de la oportunidad de la promoción de acciones penales, que debería ser adoptado o extenderse su aplicación «en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la constitución de los Estados miembros»; así mismo, establece que «la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por Ley».

Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989)⁴⁹ o las denominadas Reglas de Mallorca (1990-92)⁵⁰.

Este progresivo reconocimiento de la oportunidad reglada toma como punto de partida su contraposición a la legalidad, presentándose ambos principios como modelos alternativos o antagónicos⁵¹, como manifestación de la *dialecticidad* o *bipolaridad* de la que habló Lozano-Higuero Pinto⁵². En mi opinión, tal enfoque es fruto de la tradición y del convencionalismo doctrinal, comprensible al situar la oportunidad como reacción, flexibilización⁵³, matización de la legalidad⁵⁴; pero en la doctrina se han ido alzando voces críticas que avanzan hacia la superación de la contraposición⁵⁵ que, como sostiene Ramos Méndez, «seguramente (...) ha dejado de tener relevancia en términos absolutos»⁵⁶. En este sentido, en la actualidad, la oportunidad reglada no puede concebirse como algo contrario u opuesto a la legalidad; la complementariedad entre ambos ha sido puesta de manifiesto por Gimeno Sendra⁵⁷ y reiterada por Asencio Me-

⁴⁹ Auspiciado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, sin desmerecer otras aportaciones (como la destacada de Fairén Guillén), es fundamentalmente obra de Julio B. Maier. El texto puede consultarse en la web del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (<<http://www.iibdp.org/es/>>). Sobre sus antecedentes, gestación e influencia, *vid.* LLOBET RODRÍGUEZ, J. *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Costa Rica, 1993. En las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Mérida, 5 al 11 de mayo de 1990), exponía MAIER la progresiva irrupción del principio de oportunidad como criterio de selección «Esta comprensión es la que ha dado pie a la abrupta caída del principio de legalidad en la persecución penal y a su reemplazo total o parcial, por opuesto, el de oportunidad, según diversos modelos» (las Jornadas han sido recogidas por el Ministerio de Justicia de España en dos volúmenes; en el segundo de ellos se incluye la conferencia final de MAIER «La reforma del proceso penal», p. 1746).

⁵⁰ Se denominan así a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, formuladas a partir de cuatro sesiones de trabajo llevadas a cabo en los años 1990, 1991 y 1992. Aunque su contenido se centra en las garantías mínimas que todo proceso penal debe respetar, contiene una mención a la oportunidad dentro de los principios generales del proceso el reconocer la posibilidad de que los Fiscales dispongan de facultades discrecionales para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento, recomendando el establecimiento, en la ley o reglamento publicado, de directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que para ello adopten (Apartado A, tercero).

⁵¹ CALAZA LÓPEZ, S., «La subordinación de la oportunidad...», *trab. cit.*, p. 2.

⁵² *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 169.

⁵³ CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en *La reforma del Proceso Penal*, La Ley, Wolters Kluwer, 2011, pp. 363 a 404.

⁵⁴ BERZOSA FRANCO se refiere a la oportunidad como cualquier excepción que a la obligación de ejercitar la acción penal que se deriva del principio de legalidad («Principios del proceso», en *Justicia* 1992, T. III, pp. 553 a 620).

⁵⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de oportunidad reglada...», *trab. cit.*, p. 291.

⁵⁶ *El sistema procesal español*, 10.^a ed., Atelier, 2016, p. 406.

⁵⁷ «De lo dicho se desprende que dicho principio no permite la consagración de la arbitrariedad, ni se opone al de legalidad, sino que más bien lo complementa en la medida en que son razones de política criminal y de interés público los que autorizan al legislador a permitir las rebajas en la pena, siempre y cuando se cumpla el presupuesto fáctico de la norma penal habilitante» («El principio de oportunidad y la mediación penal», *trab. cit.*, p. 244).

llado⁵⁸; Pedraz Penalva se refiere a la «legalización» de la oportunidad⁵⁹; incluso se ha considerado que la oportunidad reglada no sería más que una manifestación de la legalidad⁶⁰. El extremo opuesto lo encontramos en Montero Aroca que, a partir de esta contraposición legalidad-oportunidad, llega a tachar de delincuentes a los fiscales que alcanzan conformidades bajo criterios de oportunidad, al tiempo que aproxima a sus defensores a los regímenes autoritarios⁶¹.

Las dificultades que plantea acoger la oportunidad en un sistema basado en el principio de legalidad son resueltas por Calaza López estableciendo entre ambos una relación de subordinación; en tanto criterio, la oportunidad solo es aplicable dentro de la legalidad, siendo así compatible con ella; con respeto pleno a la misma, permite ponderar, discriminar o jerarquizar los principios, poniéndolos en relación con el caso concreto⁶². En efecto, la oportunidad, lejos de entrar en confrontación con la legalidad, es una manifestación o consecuencia de ésta, en tanto son criterios de legalidad los que deben delimitar el ámbito en que se deja margen de actuación al MF para valorar la conveniencia de ejercitar la acción penal; subordinación (o sujeción a la legalidad) que debe estar sometida a control judicial⁶³. En esta línea trata de situarse el ALECRim al configurar la oportunidad como mecanismo alternativo al ejercicio incondicionado de la

⁵⁸ Que habla de la «necesaria complementariedad» entre legalidad y oportunidad (ASENCIO MELLADO, J. M.², *Postmodernidad y proceso europeo...*, ob. cit., prólogo, p. 14).

⁵⁹ «El principio de proporcionalidad...», trab. cit., p. 366.

⁶⁰ Ruiz Vadillo contrapone legalidad a arbitrariedad y no a oportunidad, en tanto ésta, en su modalidad reglada, al obedecer a reglas o pautas de comportamiento, se convierte en legalidad (RUIZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», *Poder Judicial*, número especial II, Justicia penal, p. 68).

⁶¹ Aunque parezca sorprendente, el hilo argumental lleva al citado autor a considerar «superada aquella etapa y, desde luego, dejada sin sentido lo que por algunos se llamó oportunidad reglada, que significaba rizar el rizo de la contraditio in terminis» (¿superada por quién?), traslada la discusión de la oportunidad a la discrecionalidad (ya vimos lo que decía RUIZ VADILLO —nota anterior—) y concluye que «cuando en la Constitución se dice que una autoridad actuará conforme al principio de legalidad no se está diciendo que el legislador puede dictar una ley en la que se disponga que una autoridad puede actuar en contra de lo que digan las demás leyes, pues con ello se estaría muy cerca de entender, con Francisco Franco, que el Estado de Derecho es un Estado donde hay leyes, aunque en las mismas se disponga que el dictador no está sujeto a la ley» (*Proceso penal y libertad...*, ob. cit., p. 313). Con anterioridad ya había relacionado la oportunidad con la «perversión de todo el sistema material penal» (vid. nota 3). No sé a qué superación se refiere, ya no solo porque, como expuso VÁZQUEZ SOTELO («Reflexiones sobre el principio de oportunidad en el moderno proceso penal», en *Congreso Internacional sobre Principio de Oportunidad en Materia Penal*, La Plata, 5 al 7 de septiembre de 2002, pp. 345 a 356, p. 345), la introducción de la oportunidad «no solo respondía a la opinión de determinados autores, sino que se exponía como un criterio oficial del Ministerio de Justicia para la reforma del proceso penal y, en buena medida, fue llevado al procedimiento abreviado de la Ley 7/88», sino porque viene estando presente en los diversos intentos de reforma (en los anteproyectos de 2011 y de 2013 y el actual de 2020).

⁶² «La subordinación de la oportunidad...», trab. cit., p. 3.

⁶³ «La oportunidad no puede operar al margen de la Ley, puesto que, en tal caso, incurriría en una manifestación de arbitrariedad. El criterio de la oportunidad sirve para adecuar la Ley al caso concreto, o, si se prefiere, para adecuar la legalidad a la justicia» (CALAZA LÓPEZ, S., «La subordinación de la oportunidad...», trab. cit., p. 3).

acción penal, sujeto a márgenes legales claramente definidos y someter su aplicación a control judicial (luego veremos si lo consigue).

Por mi parte, considero que, en la actualidad, el estudio de la oportunidad y su introducción en el proceso penal no puede, en modo alguno, partir de su contraposición con el principio de legalidad; así se sigue haciendo por los detractores que utilizan el irrenunciable respeto a la legalidad que inspira el proceso penal como argumento para cuestionar y oponerse a la oportunidad. Introducir el principio (o criterios) de oportunidad no tiene que suponer vulneración, contradicción o infracción de la legalidad; al contrario, ésta está por encima, como principio fundamental del modelo de enjuiciamiento penal. La cuestión ha de trasladarse hacia la conveniencia o no de que el ejercicio de la acción y el sostenimiento de la pretensión penales hayan de ser, en todo caso, una obligación para el MF o si, por el contrario, dentro de la legalidad, ha de atribuirse a éste cierto margen de decisión respecto al ejercicio de la acción o al mantenimiento de la pretensión; la contraposición se traslada, por tanto, a la obligatoriedad o no de ejercitar la acción o sostener la pretensión penal.

Cuál haya de ser ese margen es cuestión que corresponde al legislador y la tarea no es fácil; como dice Vázquez Sotelo, dogmáticamente contrario a la oportunidad, «*las aplicaciones que en el proceso penal moderno pueden darse al llamado principio de oportunidad en la persecución y acusación penal ... podrían considerarse supuestos de disposición del proceso penal fundado en razones diversas pero que, bien reguladas, pueden contribuir eficazmente a agilizar y a aligerar el trabajo de los órganos de la justicia penal*»⁶⁴.

3. *El porqué de la oportunidad*

Aunque pueda considerarse un tanto simplista, como punto de partida he de decir que la razón por la que se propone introducir la oportunidad en el proceso penal descansa en las propias carencias de éste, en su insuficiencia para dar solución a las necesidades de la sociedad en orden a alcanzar una respuesta adecuada en el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado. Hemos de preguntarnos cómo puede la oportunidad contribuir a mejorar el enjuiciamiento penal. Su incidencia se proyecta en tres ámbitos: en el proceso, en el delincuente y en la víctima, estando interrelacionados entre sí.

Para el proceso supone una indudable simplificación; la oportunidad se ha planteado como remedio a la «*asfixia de la maquinaria judicial*» que origina la legalidad⁶⁵, como respuesta al «*preocupante estado de nuestra Justicia penal*»⁶⁶, como

⁶⁴ «Reflexiones sobre el principio de oportunidad...», trab. cit., p. 356.

⁶⁵ AUGER LIÑÁN, C., «El principio de oportunidad reglada», en *La reforma del Proceso Penal*, ob. cit., pp. 275 a 286.

⁶⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal,» *Poder Judicial*, n.º especial VI, p. 17 a 36.

posible solución para enfrentar la crisis del sistema de enjuiciamiento criminal⁶⁷, como medida, en fin, para la simplificación del enjuiciamiento penal⁶⁸. Es indudable que al reconocer al MF facultades de archivo o de negociación se abre un importante camino de simplificación. Por el contrario, se sostiene que con la oportunidad se ponen en riesgo varios principios constitucionales⁶⁹, algo que, en mi opinión, en modo alguno derivaría del principio, sino que, en su caso, sería consecuencia de su regulación o, si se quiere, de un ejercicio abusivo del mismo⁷⁰. Por ejemplo, negar las ventajas que la conformidad reporta a nuestro proceso penal es desconocer la práctica judicial, a la que no cabe acercarse desde prejuicios académicos que solo permiten obtener una visión parcial de la realidad forense⁷¹. Ahora bien, no todo vale para alcanzar un acuerdo; hay, en efecto, prácticas absolutamente reprobables, aunque creo que minoritarias que, en todo caso, han de ser perseguidas y eliminadas⁷².

Respecto al delincuente, la oportunidad le permite obtener beneficios respecto a la pena (reducción, sustitución, suspensión), mostrándose habitualmente anudadas a la posibilidad de alcanzar un acuerdo. Pero no debemos quedarnos en tales beneficios, porque lo verdaderamente relevante es la relación de la oportunidad con los principios constitucionales de reeducación y reinserción sociales, presentes en el artículo 25 CE, en línea con la flexibilización que supone del principio de legalidad en aras a la prevención especial⁷³.

⁶⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFARO, L. H., «Criterios de flexibilización...», trab. cit., p. 2.

⁶⁸ GIMENO SENDRA, V. *La simplificación...*, ob. cit., p. 38.

⁶⁹ Para GÓMEZ COLOMER pueden verse afectados principios constitucionales «por cuyo reconocimiento muchos seres humanos han perdido la vida a lo largo de los siglos: presunción de inocencia, juicio justo, prueba contradictoria, igualdad de armas, etc. Si evitar el proceso (y el juicio) se convierte en la finalidad principal “pública” a través de este procedimiento, la Justicia penal se resentirá gravemente, pues en definitiva lo que importará no es la verdad material, sino lo que el acusado admite en una declaración como cierto» (*Introducción al Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 280).

⁷⁰ Esa posible colisión de la oportunidad con el movimiento garantista quedará salvada mediante su regulación y estableciendo mecanismos de control (CONTRERAS ALFARO, L. H. *Corrupción y principio de oportunidad...*, ob. cit., p. 36).

⁷¹ Dejo como simple muestra el siguiente párrafo de la exposición de motivos del ALECRim: «En definitiva, con la regulación de los distintos supuestos de oportunidad se quiere acabar con una realidad práctica en la que esta institución es sistemáticamente aplicada bajo la cobertura de otras figuras procesales que nada tienen que ver con su finalidad. Se pretende, por tanto, sustituir la actual situación de recurso solapado y encubierto a las soluciones de oportunidad por un régimen jurídico completo, que explicita los casos en que puede acudir a esta solución alternativa, los requisitos necesarios para ello y los límites legales que en ningún caso pueden franquearse y que están sujetos a control judicial».

⁷² Me refiero a la táctica de formular una calificación (acusación) muy dura para conseguir la conformidad del acusado, que la vería como mal menor ante el riesgo de una elevada condena; o a veladas amenazas bajo la sugestiva fórmula del «mejor te conformas, allá tú». Recomiendo la lectura de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3/2018 (disponible en: <<https://indret.com/por-que-se-conforman-los-inocentes/>>).

⁷³ SANTANA VEGA, D. M.ª, «Principio de oportunidad...», trab. cit., p. 108.

Por último, en relación a la víctima, con la oportunidad se favorece la reparación del daño, tomándola como condición para el sobreseimiento (963.1.1.º LECrim) o valorando el esfuerzo para la suspensión de la ejecución de la pena (80 CP).

Como antes apunté, la incidencia de la oportunidad en este triple ámbito no se muestra de manera aislada, sino interconectada entre sí. Así, si bien la conformidad se proyecta como un instrumento de simplificación del proceso, se le ha ido reconociendo «una nueva función yuxtapuesta a la de economía procesal, cual es la de convertirse en un instrumento de la justicia restaurativa de la víctima, así como rehabilitadora de su agresor»⁷⁴.

4. *Compatibilidad con la CE y la LECrim*

Tuve la oportunidad de escuchar a Ernesto Pedraz en Zamora, en el II Congreso de Derecho Procesal de Castilla León; han transcurrido más de tres décadas desde entonces y, al releer su intervención, caigo en la cuenta de algo que ya entonces apuntaba: a pesar de las serias dificultades legales que, en su opinión, impedían la implantación del principio de oportunidad (por la literalidad del artículo 105 LECrim)⁷⁵, «ni siquiera los más rígidos intérpretes del artículo 105 LECrim han soslayado la concesión de un cierto margen al MF a la hora de decidir el ejercicio de la acción penal en el supuesto concreto»⁷⁶. En efecto, la opinión dominante venía excluyendo la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad al proceso penal como consecuencia de su estricto sometimiento al principio de legalidad⁷⁷, pero lo cierto es que comenzaba a abrirse paso entre la rígida legalidad y el excesivo inmovilismo⁷⁸.

Que la oportunidad está cada vez más presente en nuestro ordenamiento es algo evidente; así ha sido «desde siempre» a través de la institución de la confor-

⁷⁴ GIMENO SENDRA, V. *La simplificación...*, ob. cit., p. 44.

⁷⁵ «De lo que antecede es deducible de manera que, con base al principio de legalidad, el MF ha de acusar siempre que del resultado de las investigaciones practicadas se derive la [probable] composición de un hecho que revista los caracteres normativamente punibles» (PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad...», trab. cit., p. 362).

⁷⁶ Cita PEDRAZ PENALVA a AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, I, Madrid, 1923, p. 571, y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, II, Madrid, 1951, pp. 516 y 517.

⁷⁷ Sometimiento, en palabras de VÁZQUEZ SOTELO, «afirmado por los más relevantes penalistas y procesalistas clásicos, desde Binding o Beling hasta Antón Oneca y Jiménez de Asúa. Desde nuestro Gómez Orbaneja hasta Levene y Claría Olmedo y desde Alcalá Zamora hasta Vélez, para recordar sólo algunos de los nombres más ilustres y ausentes» («Reflexiones sobre el principio de oportunidad...», trab. cit., pp. 345 y 346).

⁷⁸ Al tradicional inmovilismo académico (vid. nota anterior o nota 56) se unió el judicial, del que da cuenta GIMENO SENDRA al explicar la reacción de los recién ingresados en la carrera judicial a la conferencia que impartió en la Escuela Judicial en 1988 (*La simplificación...*, ob. cit., p. 30, nota 10).

midad que «*como es sabido, posibilita auténticas transacciones judiciales*»⁷⁹. Aunque la preocupación por la agilización de la Justicia Penal ha sido el eje central con que se han venido justificando las reformas habidas hasta ahora, lo cierto es que el legislador no las aprovechó para abordar con decisión la introducción de la oportunidad en el proceso penal⁸⁰; estando presente de manera rotunda en los anteproyectos de 2011 y 2013, en la reforma de 2015 se hace un tímido reconocimiento en los artículos 284.2 y 963.1.1.º LECrim⁸¹. La excepción ha sido el proceso penal de menores en el que se recoge de manera expresa en los artículos 18 y 19 LORPM.

En qué medida la oportunidad tiene cabida en la CE exige partir de la posición constitucional del MF, al que se atribuye la misión de «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*» (124 CE). En primer lugar, hemos de considerar que, al contrario de lo que se prevé en otros textos constitucionales⁸², no se establece una obligación constitucional incondicionada de ejercer la acción penal; tal obligación es de origen legal y surge de lo dispuesto en el artículo 105.1 LECrim⁸³. La diferencia entre la CE y la LECrim es clara: mientras la primera sujeta la misión de promover la acción de la justicia a la defensa de legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, la segunda solo se refiere al ejercicio de la acción penal con arreglo a las disposiciones de la Ley. En definitiva, lo que la CE prevé en relación al MF es el respeto o la defensa genérica de la legalidad, pero no el principio de legalidad en tanto obligatoriedad del ejercicio de la acción penal⁸⁴; la consecuencia es que la CE no excluye la aplicación de la oportunidad en el proceso penal. Ahora bien, lo que tampoco cabe entender es que esté presente en la CE, por más que a través de la vía indirecta de los fines a los que constitucionalmente deben dirigirse las penas, se haya buscado acomodo⁸⁵; en definitiva, el constituyente no ha previsto ni excluido el principio de oportunidad, por lo que su reconocimiento corresponde al legislador ordinario, debiendo, en todo caso, no contrariar las previsiones constitucionales relativas a otros principios o derechos⁸⁶.

⁷⁹ GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el M.F.», *trab. cit.*, p. 1.

⁸⁰ Solo tímidos guiños en favor de la conformidad (LO 7/1988 (abreviado), medidas de aceleración (L 10/1992, LO 2/1998) y más aceleración (L 38/2002 y la LO 8/2002).

⁸¹ Mientras que el 284.2 LECrim se refiere a la actuación de la policía judicial (atestado sin autor conocido), el 963.1.1.º LECrim sí recoge un auténtico supuesto de archivo por razones de oportunidad que, aunque propuesto por el MF, viene atribuido al Juez de Instrucción.

⁸² La Constitución italiana dispone en su artículo 112 «*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*».

⁸³ «*Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada*» (105.1 LECrim).

⁸⁴ CONTRERAS ALFARO, L. H., *Corrupción y principio de oportunidad penal...*, *ob. cit.*, p. 43.

⁸⁵ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad...», *trab. cit.*, p. 65.

⁸⁶ El artículo 105 LECrim ha servido de argumento de peso para excluir cualquier posibilidad de introducir la oportunidad en el proceso penal español; a partir de su literalidad («tendrán

Que la oportunidad tiene cabida en las previsiones constitucionales resulta evidente a la vista del proceso penal de menores, en el que se ha introducido sin que se cuestione en modo alguno una eventual contradicción con la norma suprema; en ese caso, es el interés superior del menor el que justifica su reconocimiento. Cuestión distinta es aplicar el principio de oportunidad al proceso penal «de adultos», al que solo ha llegado a través de tibias y dispersas manifestaciones⁸⁷. El esfuerzo argumentativo que mejor justifica y defiende la oportunidad se lo debemos a Gimeno Sendra, quien compatibiliza la obligación legal (no constitucional) de ejercitar la acción penal del MF con la oportunidad, al relacionarla con otros principios constitucionales ante los que debe ceder la legalidad (en su concepción como obligatoriedad de ejercitar la acción penal). La misión del MF de promover la acción de la justicia ha de llevarse a cabo con las finalidades constitucionalmente situadas en plano de igualdad: la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley; entre los derechos de los ciudadanos han de reconocerse, para la víctima su pronta reparación, para el encausado, su reinserción; por interés público hay que entender el *ius puniendi* del Estado⁸⁸.

El MF está obligado a ejercitar la acción penal con arreglo a las disposiciones de la ley (105 LECrim), pero para ello, debe tomar en consideración lo dispuesto en la CE, es decir, no solo la legalidad, sino también los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley; en definitiva, la legalidad habrá de establecer los supuestos en que, en razón a la defensa de derechos de los ciudadanos y de interés público tutelado por la ley, el MF podrá no ejercitar la acción penal.

Así pues, por utilizar palabras de Vázquez Sotelo, el principio de oportunidad puede contribuir eficazmente a agilizar y a aligerar el trabajo de los órganos de la justicia penal, si bien para ello, las razones que permitan el archivo por oportu-

la obligación de ejercitar») ha sido fácil negar al MF cualquier opción contraria, por razones de oportunidad. La solución habría sido sencilla porque, como ya he expuesto, se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, por lo que, tal y como se hizo con el proceso penal de menores, bastaría reformar la LECrim.

⁸⁷ Dejando aparte la conformidad, en el ámbito procesal son manifestaciones de la oportunidad el archivo de atestados sin autor conocido (284.2 LECrim) y la posibilidad de archivo en el juicio por delitos leves (963.1.1.º LECrim); en el ámbito penal, la posibilidad de rebaja de la pena respecto a la figura del arrepentido en determinados delitos (376.1 CP, delito contra la salud pública; 579.bis.3 CP, delito de terrorismo), en supuestos de reintegro de cantidades o reparación (305.6 CP, delito contra la Hacienda Pública; 307.5 y 307.ter.6 CP, delito contra la Seguridad Social).

⁸⁸ Sostiene GIMENO SENDRA que para la aplicación del *ius puniendi* «es necesario el descubrimiento de la verdad material, lo que aconseja, en supuestos de terrorismo, criminalidad organizada o lucha contra la corrupción política que los autores de delitos leves puedan beneficiarse de una rebaja de la pena si, a través de la confesión/delación, colaboraran eficazmente con el MF en orden a determinar la responsabilidad penal de los principales autores o al desmantelamiento de la organización criminal» («El principio de oportunidad y el M.F.», trab. cit., p. 2).

tunidad habrán de estar *bien reguladas*⁸⁹. Para ello, considero que han de tenerse en cuenta los siguientes aspectos.

Presencia de intereses constitucionalmente protegidos. Tales intereses son, para Gimeno Sendra, la obtención de una mayor y mejor aplicación del *ius puniendi*, la pronta reparación de la víctima y la rehabilitación del encausado⁹⁰. En Alemania, asumió protagonismo la clasificación de Roxin que agrupó la casuística de aplicación del principio de oportunidad en razón 1) a la existencia de un interés contrapuesto al de la persecución del delito de naturaleza política, dogmático penal o procesal, 2) a la escasa reprochabilidad o culpabilidad y 3) a la posibilidad de satisfacer el interés en la persecución a través de condiciones o mandatos, en lugar de mediante el cumplimiento de la pena⁹¹.

Margen de oportunidad reglado. Debe descartarse absolutamente la arbitrariedad; modelos como el seguido en EEUU, no tendrían cabida en nuestro sistema constitucional, por lo pronto, por quebrar abiertamente el principio de igualdad. Ya hemos expuesto que la oportunidad no puede interpretarse como antítesis de la legalidad, sino todo lo contrario; opera como adecuación de la Ley al caso concreto y ello, necesariamente, ha de hacerse dentro de la legalidad. Es necesaria la delimitación de la facultad atribuida al MF, de los supuestos en que puede ejercerla y los requisitos para ello. La facultad genérica incide sobre el ejercicio de la acción o sostenimiento de la pretensión penales, pero ya hemos visto que se proyecta sobre el proceso, sobre el delincuente y sobre la víctima, pudiendo manifestarse a través de decisiones de archivo, suspensión, rebaja de la petición de pena, penas alternativas, suspensión o sustitución de la pena, conformidad, etc., supuestos todos ellos que deben someterse al cumplimiento de determinados requisitos.

Debe ser susceptible de control jurisdiccional. Ese establecimiento de requisitos conlleva, necesariamente, su control judicial; lo contrario podría suponer una arbitrariedad encubierta. Tal posibilidad de control podrá consistir en una convalidación judicial o en una auténtica impugnación de la decisión del MF. Considero que esta segunda ofrece mayores garantías, en especial si se abre a las partes personadas.

Aplicación a procesos iniciados. Su carácter dinámico conecta la oportunidad con un concreto proceso y ello excluye su aplicación genérica o al margen de un proceso iniciado; así lo explica Calaza López, situando el momento procesal de aplicación de la oportunidad siempre dentro del itinerario del procedimiento, pero nunca antes de que se hubiere iniciado⁹².

⁸⁹ «Reflexiones sobre el principio de oportunidad...», *trab. cit.*, p. 356.

⁹⁰ «El principio de oportunidad y el M.F.», *trab. cit.*, pp. 2 a 8.

⁹¹ ARMENTA DEU, T., «Incremento de la llamada criminalidad de bagatela...», *trab. cit.*, p. 209.

⁹² La razón está en su naturaleza casual y no causal (CALAZA LÓPEZ, S., «La subordinación de la oportunidad...», *trab. cit.*, p. 2). «Lo primero que es posible afirmar es que el archivo por razones de oportunidad es, en principio, un no acusar a pesar de poder acusar, lo que presupone la existencia de una

Ámbito subjetivo. Si bien se configura como una facultad del MF, debe establecerse el rol de los demás sujetos que intervienen en el proceso. En relación a las acusaciones, la posición del MF en el proceso penal será determinante, según dirija o no la investigación, según ostente el monopolio del ejercicio de la acción penal o lo comparta con otras acusaciones. Así, en un modelo como el que se vislumbra en el ALECrim, con un MF a cargo de la investigación, las acusaciones pueden constituir un importante contrapeso a su actuación; y no me refiero solo a la acusación particular, sino también a la popular. Por lo que se refiere al ofendido, perjudicado o víctima, su reparación es una de las justificaciones de la oportunidad y, para ello, parece aconsejable, al menos, oír su opinión, aunque posiblemente, no siempre haya que considerar necesario su consentimiento; ello dependerá del conjunto de circunstancias que concurren, las cuales, en mi opinión, habrán de incluirse en la regulación⁹³.

Ámbito objetivo. No todas las conductas delictivas responden igual ante la oportunidad; la mayor o menor gravedad, el mayor o menor reproche social o el bien jurídico afectado, son circunstancias a tener en cuenta para establecer los supuestos en que pueda aplicarse la oportunidad, siendo una evidente manifestación de su condición de instrumento de la política criminal. Tradicionalmente la oportunidad ha estado asociada a la delincuencia menor, a los delitos bagatela; quizá en tales supuestos, el camino más correcto debería ser la despenalización de conductas, ya que no parece muy coherente justificar la tipificación de una conducta y después admitir que no se persiga por su escasa relevancia penal. Aunque se ha avanzado en ese sentido, los resultados no son del todo satisfactorios. Otros territorios a explorar son determinados delitos especialmente reprochables desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, como el terrorismo, la criminalidad organizada o la corrupción política; aunque también ha habido tímidos avances (579.bis.3 CP), merece la pena seguir explorando. En el lado contrario, debemos situar determinados supuestos en que, ya sea por el delito en sí (merecedores de especial reproche), ya por las circunstancias concurrentes (en relación a personas vulnerables, con especial violencia, etc.), la oportunidad no está bien vista. En todo caso, en la delimitación del ámbito objetivo habrá que tener en cuenta la flexibilidad de la que hablé, a fin de adaptar la aplicación de la oportunidad, no solo a los criterios de política criminal, sino a la cambiante realidad social.

sospecha suficiente basada en una investigación completa y más o menos exhaustiva de los hechos. Esto permite aclarar el hecho de que el principio de oportunidad no puede influir en el comienzo del procedimiento» (LAMADRID LUENGAS, M. A. El principio de oportunidad..., tesis doctoral, cit., p. 175).

⁹³ Cuando sea necesaria la conformidad del ofendido, perjudicado o víctima no puede quedar abierta, sino que deben establecerse, si no los concretos supuestos, al menos las circunstancias a tener en cuenta. Por ejemplo, si se ha personado como acusación particular, dispondrá de posibilidades de impugnación; sin embargo, si no se ha personado, no se le puede exigir que lo haga, sino que bastará con recabar su conformidad. Que ello deba hacerse en todo caso o solo en determinados, dependerá del tipo de delito, del bien jurídico protegido, de la existencia de responsabilidad civil, etc.

IV. Configuración de la oportunidad en el ALECrím

Concluyo este trabajo con una serie de consideraciones acerca de la oportunidad en el Anteproyecto. La reflexión es limitada en un doble sentido; porque solo se refiere a la concreta regulación de la oportunidad, omitiendo su relación con otras figuras (como la conformidad), así como otras manifestaciones a lo largo del ALECrím, y porque no entro en el detalle de la regulación de los concretos supuestos (límites penológicos, delitos excluidos, etc.), más propios de criterios opcionales de política legislativa, que de la configuración mínima (o esencial) del principio.

Si por algo se debe regir el legislador a la hora de abordar la reforma del sistema procesal penal es por la prudencia; los cambios legislativos de calado suelen ir precedidos de reformas parciales que, quizá con cierta intencionalidad experimental, permiten anticipar de manera limitada los plenos efectos de una posible reforma profunda⁹⁴. No escapa a ello el proceso penal español, en el que las manifestaciones de la oportunidad se han ido dosificando, en la confianza de que su generalización habría de llegar con la reforma integral del sistema. Aprovechar las experiencias previas debe ser, por tanto, algo irrenunciable para el legislador. También es aconsejable huir del denominado «mimetismo legislativo» (Vázquez Sotelo), tan habitual como peligroso; pretender trasladar instituciones propias de otras culturas jurídicas como síntoma de modernidad puede resultar no solo inútil, sino hasta contraproducente⁹⁵. La prudencia en la reforma y las peculiaridades propias del modelo español son, por tanto, premisas cuya consideración parece aconsejable a la hora de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento. El ALECrím es respetuoso con estas dos premisas. Por un lado, aunque reconoce un doble influjo comparado (de la Ordenanza alemana y del Código portugués), la incorporación de las modalidades de oportunidad que el articulado propone, se hace estableciendo «restricciones más severas que las que figuran en el derecho foráneo» y con un «régimen de control judicial». Por otro lado, se trata de una «introducción limitada del principio de oportunidad», con «márgenes legales claramente definidos y acotados»⁹⁶.

⁹⁴ Destaca RODRÍGUEZ-GARCÍA la experiencia portuguesa: «En esta evolución del Derecho Procesal penal portugués hacia la flexibilización del principio de legalidad se introdujo en 1983 una solución de oportunidad que podemos entenderla como un test lanzado a la sociedad para ver cómo respondía al tratamiento diferenciado de la criminalidad y a la reinserción social de un tipo controchido de delincuentes: los toxicómanos» (RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, p. 243).

⁹⁵ Es lectura obligada la magistral intervención de VÁZQUEZ SOTELO en el II Congreso de Derecho Procesal de Castilla León. Su ponencia ha sido publicada como «Pautas metodológicas para elaborar un nuevo código procesal», *Justicia*, 1989-IV, pp. 775 a 790 (recogida también en *La Ley*, 1990-I, pp. 1098 y ss.). Su cristalina exposición destapa las deficiencias de ese mimetismo legislativo (que bien podríamos calificar de ciego) y pone en evidencia a las camarillas de acólitos al poder y a la legislación de *mesa camilla*.

⁹⁶ Exposición de Motivos, XXV.

Considero un acierto del ALECrim la superación de la dualidad legalidad-oportunidad. La oportunidad se configura como una alternativa al ejercicio incondicionado de la acción penal por el Ministerio Fiscal, quedando sujeta a requisitos legales claramente definidos y sujetos a control judicial.

El reconocimiento del principio de oportunidad es una opción de política legislativa que descansa en razones de política criminal basadas en la falta de necesidad de la pena en el caso concreto y en el margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad. Atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de apreciar de manera discrecional si concurren las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad, en los supuestos y con los requisitos legalmente establecidos. El riesgo que puede suponer la atribución de facultades discrecionales se pretende evitar a través de la labor del Fiscal General del Estado, al que corresponde dictar las Circulares e Instrucciones generales necesarias para asegurar la unidad de actuación y el respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal (174.2 ALECrim).

Las características generales sobre las que descansa la oportunidad son las siguientes. Se configura como una facultad del MF, sin que el investigado tenga, en ningún caso, derecho a instar su aplicación; consiste en la posibilidad de acordar el archivo o la suspensión condicionada del procedimiento mediante un decreto; como presupuesto base se establece que la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento; se regulan cuatro supuestos (archivo del art. 175, suspensión condicionada del art. 176, el archivo en supuestos de organización criminal del art. 178 y el archivo en supuestos de arrepentido que colabora contra una organización criminal del art. 179), cada uno de los cuales está sujeto a requisitos específicos, que conjugan la extensión de la pena⁹⁷, la tipología delictiva⁹⁸, las circunstancias concurrentes en la comisión delictiva⁹⁹ y el sujeto activo¹⁰⁰; el decreto del MF, aparte de los requisitos específicos, habrá de justificar el presupuesto base; el consentimiento de la víctima solo se prevé para la suspensión condicionada, extendiéndose tanto a la suspensión como a las condiciones impuestas; la impugnación judicial del decreto pueden realizarla las personas ofendidas y perjudicadas, así como acusaciones personadas.

En lo que no es más que una valoración inicial, acaso precipitada, al menos me surgen dos preocupaciones de cierta entidad: la configuración del MF, habida cuenta del papel que desempeña, y el control judicial.

⁹⁷ El criterio es coincidente en lo sustancial con el previsto en la actualidad para la suspensión de la ejecución de la pena del artículo 80 CP.

⁹⁸ Se dejan fuera algunos delitos (violencia de género o relacionados con la corrupción).

⁹⁹ No se admite si media violencia o intimidación, si hay determinadas condenas anteriores, si se ha acordado con anterioridad o si la víctima es menor de 13 años.

¹⁰⁰ Figura del arrepentido-colaborador.

Sabido es que el ALECrím conlleva un cambio del modelo de investigación, al convertir al MF en el director del procedimiento de investigación oficial; ello requiere una imprescindible adecuación de su organización al nuevo modelo¹⁰¹. Valorar la atribución al MF de márgenes de decisión discrecional en relación al archivo por razones de oportunidad, sin conocer cómo será su organización es precipitado. Personalmente no soy partidario del «fiscal investigador»; me posiciono en línea con lo defendido por Ramos Méndez y, como él, «quiero al juez de instrucción»¹⁰². En todo caso, creo que se trata de una batalla que está perdida, por lo que, quizá, los esfuerzos hayan de dirigirse hacia esa adecuación de la organización del MF, pero sin descuidar los aspectos procesales. En los aspectos orgánicos, la desvinculación respecto al ejecutivo es una prioridad irrenunciable; tan solo recordar que el ALECrím aspira a asegurar, no ya la unidad de actuación (que sería razonable), sino el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal a través de las Circulares e Instrucciones del Fiscal General del Estado (174.2 ALECrím). Sólo sacando a la Fiscalía de la política de partidos se podrá garantizar esa igualdad.

Por lo que se refiere al control judicial, la previsión del artículo 180 deja fuera del mismo el supuesto general de archivo por razones de oportunidad (175) y de archivo para preservar la investigación de una organización criminal (178); si respecto al artículo 175, puedo pensar que se trata de una omisión, respecto al artículo 178 más parece un acto deliberado del prelegislador. En efecto, se establece la impugnación ante el Juez de Garantías de los decretos del fiscal dictados en los supuestos de los artículos 176 (suspensión por razones de oportunidad), 177 (aplicación de la oportunidad en la fase intermedia) y 179 (archivo por colaboración activa contra una organización criminal —arrepentido—), por el trámite específico del artículo 585, estableciendo como único motivo para la impugnación no respetar los elementos reglados que facultan al fiscal la aplicación del principio de oportunidad; en la determinación de tales elementos reglados, se mencionan los establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 175, de ahí que pueda entenderse que la no inclusión de los supuestos de dicho artículo entre los decretos impugnables sea una omisión (la tramitación parlamentaria nos lo aclarará). Por el contrario, no hay razón alguna que permita pensar lo mismo respecto a los supuestos del artículo 178, que parecen deliberadamente excluidos del control judicial, con lo que el eventual archivo del procedimiento acordado por el fiscal cuando la incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y

¹⁰¹ Así lo prevé la DF segunda del ALECrím: «El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente ley en el Boletín Oficial del Estado, elevará al Parlamento un proyecto de Ley de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a fin de adecuar la organización del Ministerio Fiscal a lo establecido en la presente Ley».

¹⁰² *Enjuiciamiento criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier libros jurídicos, 2016, pp. 19 a 21.

relativa a las actividades de una organización criminal queda fuera del control judicial. Teniendo en cuenta que el supuesto comentado no establece tipología delictiva, sino que se refiere solo a la organización criminal, la ausencia de control judicial me parece grave¹⁰³.

V. Reflexión final

Está claro que la oportunidad ha llegado para quedarse; la discusión acerca de su utilidad y de su introducción en el proceso penal español está superada. La influencia de Vicente Gimeno Sendra ha sido decisiva; la valentía con la que reclamó su regulación, adelantándose a su tiempo, remando contracorriente, con la frontal oposición de la doctrina tradicional y el recelo de la judicatura, parecen haber dado fruto; su paciente insistencia durante más de tres décadas será recompensada, aunque es probable que no como a él le hubiera gustado.

Sirva esta modesta (e inacabada) contribución como muestra de reconocimiento a la labor de tan querido como admirado procesalista.

¹⁰³ Por su actualidad, solo recuerdo que la familia Pujol será juzgada como organización criminal.

Capítulo 17

Manifestaciones del principio de oportunidad en el ámbito de la punibilidad

Carlos Vázquez González

Profesor Titular de Derecho Penal

Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. FINES Y FUNCIONES DEL PROCESO PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.—II. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD.—III. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE CONFESIÓN DE LA INFRACCIÓN: 1. *Fundamento*. 2. *Requisitos y elementos*.—IV. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO: 1. *Fundamento*. 2. *Elementos y requisitos*.—V. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS: 1. *Lentitud e ineficacia de la Justicia Penal*. 2. *Fundamento*. 3. *Elementos y requisitos*.—VI. COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—VII. CONCLUSIONES.

I. Fines y funciones del proceso penal y principio de oportunidad

Cuando en el ámbito penal y procesal se hace referencia al principio de oportunidad, la opinión más extendida en la doctrina suele ser su conceptualización a modo de excepción del principio de legalidad, concebidos ambos como principios contrapuestos o excluyentes, al entender que mientras el *principio de legalidad* convierte en obligatoria el ejercicio de la acción penal en cuanto se tenga conocimiento de un hecho punible, debiéndose, en consecuencia, iniciar y practicar la investigación destinada al esclarecimiento de los hechos y a la averiguación e identificación de sus responsables, la vigencia del *principio de oportunidad* permitiría, en determinados supuestos, abstenerse de la persecución de una conducta punible y, por consiguiente, de su investigación penal, así como de la facultad de disponer la finalización anticipada del proceso por razones de utilidad pública o de interés social¹.

¹ Vid. por todos, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado», *Cuadernos Digitales de Formación, Instrucción penal en el Derecho comparado*, 4/2011, p. 21. Una interpretación diferente sostiene BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 90,

El principio de oportunidad así entendido supone «reconocer al titular de la acción penal (el Ministerio Público) la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado»².

Sin embargo, hoy en día, esta concepción del principio de oportunidad debe ser considerada un tanto simplista o reduccionista, ya que aunque la función principal o esencial del proceso penal siga siendo la aplicación del *ius puniendi* del Estado³, el moderno proceso penal no puede permanecer al margen de los fines y principios que inspiran el Derecho penal vigente⁴, ni renunciar a tutelar, en la medida que sea posible, otros derechos o intereses dignos de protección constitucional; por lo que la doctrina asigna al proceso penal otras relevantes funciones, entre las que destacan en relación al objeto de este estudio: por un lado, la protección del derecho a la tutela de la víctima, convirtiéndose en un instrumento útil para la reparación de los daños y perjuicios afectados por la comisión del delito y, por otro lado, la función de rehabilitación y reinserción social del imputado⁵.

Este planteamiento, en el que se ponen en valor otros fines y funciones del proceso penal, distintos al ejercicio del *ius puniendi*, supone que pese al reconocimiento de la vigencia del principio de legalidad en el proceso penal español, la inclusión (de forma reglada y no arbitraria) en el proceso penal de algunas

al opinar que hay que hacer una distinción entre, por una parte, el principio de legalidad y, por otra, los principios de oficialidad y de oportunidad, ya que «para sostener la obligación de la persecución penal se suele confundir el principio de legalidad con el de oficialidad. El principio de oficialidad es el que obliga a la acción penal, no el de legalidad. Frente al principio de oficialidad se sitúa el principio de oportunidad. Este último deja dentro de la discrecionalidad la persecución penal. Ambos principios, claramente procesales, están subordinados al principio de necesidad de la intervención».

² MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 71.

³ Finalidad exclusiva o absoluta del *ius puniendi* en el proceso penal, según el artículo 100 LECrim, que lleva a GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la justicia penal y civil*, Madrid: BOE, 2020, pp. 35 y 36, a considerar que la LECrim, «mantiene una concepción arcaica y obsoleta del principio de legalidad».

⁴ Así, BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad: cuestiones generales», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, p. 64.

⁵ Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 59 y 60. ASENSIO MELLADO, J. M.^a, *Derecho Procesal Penal*, 7.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 33-35. MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid: Castillo de Luna, 2015, pp. 414, 415 y 419. VECINA CIFUENTES, J. y VICENTE BALLESTERO, T., «Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 50, 2018, pp. 309 y 310. LÓPEZ YAGUES, V., «Principio de oportunidad y enjuiciamiento de los delitos leves», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, p. 316.

manifestaciones del principio de oportunidad, no contradice ni se opone al mencionado principio de legalidad, sino que lo auxilia y complementa⁶.

En un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, el recurso al *ius puniendi* estará legitimado siempre que su aplicación sea imprescindible para el mantenimiento del orden social, estando subordinado al cumplimiento de unos fines y de unos objetivos, y sujeto a unos determinados principios como los de intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad, *ultima ratio* y necesidad, que remiten inequívocamente, en opinión de Silva Sánchez, «a claves utilitaristas y a la noción de eficiencia»⁷, y, el proceso penal, como instrumento complementario, necesario e imprescindible para la aplicación del Derecho penal sustantivo o material, no puede quedar al margen del cumplimiento de esos mismos fines y objetivos que inspiran nuestro sistema de justicia penal, en los que destacan, entre otros, el interés público, la protección y tutela de las víctimas y la rehabilitación y reinserción social del condenado. La introducción en un ordenamiento procesal penal del principio de oportunidad, como excepción al de legalidad, responde a las exigencias del moderno Estado Social y Democrático y a la función de prevención especial que la pena y el Derecho penal asumen en él, al permitir, en unos casos, o imponer, en otros, por razones de *interés público*, la exclusión de la pena prevista en la norma como consecuencia jurídica de un determinado supuesto de hecho delictivo o su específica

⁶ En opinión de Gimeno Sendra, aunque el artículo 105 LECrim, legitima expresamente al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal, consagrando los *principios de legalidad* y *oficialidad* de la acción penal, al establecer «la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes», una reinterpretación necesaria del mismo en función de lo estipulado en el artículo 124.1 CE, donde se dispone que: «El Ministerio Fiscal, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», supone que la obligación del Ministerio Fiscal al ejercicio de las acciones penales solo le obliga a ejercitar aquellas que considere «procedentes», por lo que el precepto autoriza, en ocasiones, a determinadas restricciones del principio de legalidad en beneficio del principio de oportunidad, siempre y cuando lo exijan el *interés público* o los *derechos de los ciudadanos*, que en opinión del autor, en el proceso penal hay que circunscribir a los derechos del imputado (así, por ejemplo, obtener su resocialización) y de la víctima (estimulando, por ejemplo, la reparación del daño). GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 255 y 256. *La simplificación de la justicia penal*, cit., p. 39. De la misma opinión, BARJA DE QUIROGA, ob. cit., pp. 66 y 67. En contra de este planteamiento, OLAIZOLA NOGALES, I., «El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho penal?», *Nuevo Foro Penal*, n.º 82, 2014, p. 16, al sostener que conforme al artículo 124 CE, el Ministerio Fiscal, tiene la obligación de ejercer la acción penal siempre que tenga conocimiento de un hecho delictivo, lo que supone la sumisión al principio de legalidad y la indisponibilidad del proceso. Sin embargo, como sostienen MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ CUELLAR, ob. cit., p. 416, la promulgación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, instaura el principio de oportunidad, con carácter general, en el ámbito del juicio sobre delitos leves (art. 963 LECrim), al reconocer la carencia de interés público relevante en la persecución penal, en los delitos leves de escasa gravedad o cuando se haya reparado el daño en los delitos patrimoniales. En el mismo sentido, LÓPEZ YAGUES, ob. cit., pp. 320, 324, 327 y 329.

⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, «Eficiencia y Derecho Penal», *ADPCP*, t. 49 (1), 1996, pp. 110 y 121.

ejecución⁸, cuando esta no se considera necesaria respecto de los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.

En este contexto, el principio de oportunidad supone la decisión del Estado, de no ejercer una potestad (*ius puniendi*) que es de propio suya, cuando se está frente a hechos delictivos en los que se considera que no es necesario ejercer la acción penal por razones de política criminal que desaconsejen la apertura del juicio y la imposición de una pena privativa de libertad, siendo *los motivos más comúnmente esgrimidos por la doctrina a favor del principio de oportunidad*, los siguientes: la existencia de delitos que producen una escasa lesión social o que generan un mínimo interés público en su persecución (delitos leves o delitos de bagatela); evitar los efectos criminógenos y estigmatizantes de las penas cortas privativas de libertad en delincuentes primarios; favorecer la resocialización del delincuente; estimular la propia reparación del daño a las víctimas del delito⁹; y, sobre todo o en gran medida, *razones de economía procesal* motivadas por la conveniencia de evitar juicios innecesarios y largos y costosos procesos judiciales, que generan en la ciudadanía la percepción de que la justicia penal en España funciona mal, es lenta, ineficaz e injusta, que el proceso penal supone, en muchas ocasiones, una pérdida de tiempo y de recursos¹⁰, que no garantiza además ni la correcta determinación de la culpabilidad de los presuntos implicados¹¹, ni la imposición de una pena justa, merecida y proporcionada a la gravedad del delito (ya sea por considerarse demasiado benigna o excesivamente grave), encontrando así el principio de oportunidad uno de sus fundamentos en una justificación práctica, utilitaria o pragmática que redunde en una Admi-

⁸ VECINA CIFUENTES y VICENTE BALLESTERO, ob. cit., pp. 311 y 314. Así, también GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Madrid: Colex, 1999, pp. 111 y 112, consideraban que el fundamento del principio de oportunidad hay que encontrarlo en «razones de utilidad pública o interés social».

⁹ Vid. MONTERO AROCA, ob. cit., pp. 74 y *passim*. BARJA DE QUIROGA, ob. cit., pp. 67 y 68. MUINELO COBO, J. C., «Principios vertebradores del proceso judicial postmoderno», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 38-40. LÓPEZ YAGUES, ob. cit., pp. 317 y 319. GIMENO SENDRA, *La simplificación de la justicia penal*, cit., pp. 101 y 102. Una sólida, argumentada y contundente crítica a cada uno de los argumentos favorables al principio de oportunidad expuestos, es la realizada por OLAIZOLA NOGALES, ob. cit., pp. 18-28. También, con argumentos a favor y en contra, SANTANA VEGA, D. M.ª, «Principio de oportunidad y sistema penal», *ADPCP*, 47(2), 1994, pp. 11-23.

¹⁰ Casi treinta años atrás, al comentar la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de Medidas Urgentes de reforma procesal*, SANTANA VEGA, ob. cit., p. 106, ubicaba el principio de oportunidad «en este contexto de crisis y de ansia, cuando no de obsesión, por la celeridad en el proceso penal como generadora de confianza ciudadana».

¹¹ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, p. 410.

nistración de Justicia más eficaz y eficiente¹², lo que González Navarro denomina como «el anhelado objetivo del proceso eficiente»¹³.

Por tanto, se configura básicamente el principio de oportunidad como un instrumento sumamente útil para descongestionar la Administración de Justicia¹⁴, ya que aunque el principio de legalidad implica que debe promoverse la acción penal en todos los casos en que se cometa un hecho delictivo, tal cuestión resulta una quimera o una ficción en la práctica, dada la imposibilidad de nuestros tribunales de justicia de investigar todos los hechos que presentan indicios de actividades delictivas, lo que hace imprescindible establecer mecanismos o válvulas de escape¹⁵ que permitan al Estado racionalizar y priorizar de la mejor manera posible, los siempre escasos recursos económicos, materiales y personales de los que dispone nuestra Administración de Justicia, destinando los principales esfuerzos en la persecución del delito hacia las más graves formas de criminalidad¹⁶. Esta función puede ser realizada mediante las diversas manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal¹⁷.

Atendiendo a la estructura de nuestro proceso penal (fase de investigación o instrucción, fase de enjuiciamiento y fase de ejecución de la condena), las

¹² Así, GARCÍA-MALTRÁS, E., «Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible», *InDret*, 2/2007, p. 4, al defender «la consideración de la justicia como un servicio público, que no puede permanecer ajeno a las exigencias de calidad, eficacia y eficiencia en la gestión».

¹³ GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, p. 295.

¹⁴ Así, LÓPEZ YAGUES, ob. cit., pp. 318 y 319.

¹⁵ «Mecanismos de descomprensión», según la expresión que utiliza ARMENTA DEU, T., «Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M.ª Victoria Berzosa Francos*, Barcelona: Bosch, 2013, pp. 441-455.

¹⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «El principio de oportunidad policial en el proceso penal anglosajón», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, p. 418. LÓPEZ YAGUES, ob. cit., pp. 317 y 318. GORDILLO SANTANA, L., «Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal», *REDUR*, n.º 4, 2006, pp. 101, 102 y 104. En palabras de Hassemer, «es poco inteligente obligar de la misma manera e intensidad a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos. Los recursos materiales y personales de dichas autoridades siempre serán insuficientes. Por ello, las autoridades concentran su actividad instructora de manera selectiva». HASSEMER, W., «La persecución penal: legalidad y oportunidad», *Jueces para la Democracia*, n.º 4, 1988, p. 9.

¹⁷ El *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* (2020), p. 94, reconoce en su Exposición de Motivos que un número no despreciable de las infracciones que se enjuician como posibles delitos leves se caracteriza por su manifiesta carencia de relevancia, por lo que «La adecuada utilización del instrumento de la oportunidad debe aligerar considerablemente la carga ante los tribunales penales de estos asuntos de naturaleza menor».

distintas manifestaciones del principio de oportunidad pueden clasificarse, desde un punto de vista temporal o secuencial, en tres grupos, en función de su implicación en las diferentes fases del proceso penal¹⁸: en la primera fase, nos encontramos con aquellas manifestaciones que posibilitan la exclusión o no iniciación del proceso, pese al conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, renunciando al ejercicio de la acción penal o derivando el caso a procesos de resolución extrajudicial de conflictos (su misión consiste en la evitación del proceso penal); en la segunda fase, el principio de oportunidad puede manifestarse mediante todas aquellas circunstancias que permiten la terminación anticipada del proceso, como: la conciliación y la mediación penal, el instituto de la conformidad o el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias por razones de oportunidad por delitos leves (art. 963 LECrim), encontrando también, en el Código Penal, manifestaciones del principio de oportunidad que permiten al órgano judicial excluir o disminuir la responsabilidad penal (su misión es la finalización anticipada del proceso penal o la imposición de una pena atenuada); finalmente, terminado el proceso penal por sentencia firme condenatoria, encontramos manifestaciones del principio de oportunidad en la facultad discrecional otorgada al órgano judicial de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 80-87 CP), cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, valorando, entre otras circunstancias, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado (su misión principal consiste en favorecer la reinserción social del condenado evitando su ingreso en prisión).

De todas estas manifestaciones del principio de oportunidad, en lo que sigue, nos vamos a ocupar únicamente del análisis de aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que permiten al órgano judicial imponer una pena atenuada, al considerarse por la doctrina mayoritaria como elementos que pertenecen al ámbito del Derecho penal sustantivo y, más concretamente, a la categoría de la punibilidad.

II. Manifestaciones del principio de oportunidad como fundamento de la punibilidad

Aunque la consideración de la punibilidad como uno de los elementos del concepto de delito, no es ni mucho menos una cuestión pacífica, sino que ha

¹⁸ *Vid.* más extensamente, VECINA CIFUENTES y VICENTE BALLESTERO, *ob. cit.*, pp. 314 y ss. BARJA DE QUIROGA, *ob. cit.*, pp. 68-70. GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y la mediación penal», en CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 243 y ss. GIMENO SENDRA, *La simplificación de la justicia penal*, *cit.*, pp. 40-42 y 192-200.

sido y, todavía lo es, un asunto muy discutido en la doctrina penal¹⁹, la opinión mayoritaria se inclina por reconocer que la punibilidad constituye la última categoría de la teoría de la infracción penal, atendiendo a la necesidad de exigencia de responsabilidad al autor del delito²⁰, de modo que, una vez que se ha determinado que la conducta es reprochable, es preciso aún superar un último filtro referido a la necesidad de exigencia de responsabilidad, tomando en consideración la concurrencia o no de diversos elementos que se encuentran íntimamente relacionados con decisiones de carácter político criminal y, más concretamente, con consideraciones utilitaristas²¹, de oportunidad o de conveniencia²².

En ocasiones, pese a acreditarse todos los restantes elementos del delito (acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), pueden darse ciertas circunstancias objetivas o personales de las cuales la ley, en función de su concurrencia o ausencia, hace depender la imposición de la pena o su medida²³, al considerar que no es necesaria la exigencia de responsabilidad al autor del delito, al no concurrir una *condición objetiva de punibilidad*, que son circunstancias o elementos objetivos, ajenos e independientes de la voluntad del sujeto, cuya concurrencia es necesaria para que pueda hablarse de punibilidad en ese concreto supuesto (condiciones positivas) o, en sentido contrario, por concurrir una *excusa absolutoria* o una *causa de exclusión de la pena*, que son circunstancias de carácter personal, de las que depende la imposición de la pena (condiciones

¹⁹ Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 710, quien tras manifestar que «el debate está más vivo que nunca», lleva a cabo un exhaustivo análisis sobre las distintas posiciones doctrinales, tanto a favor como en contra de la inclusión de la punibilidad entre los elementos del delito, en pp. 711-732. Vid., también, referencias histórico-dogmáticas sobre la punibilidad en la doctrina alemana, italiana y española en COBO DEL ROSAL, M., «La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho Penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 6, 1981-1982, pp. 23 y ss.

²⁰ En palabras de Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español», *Cuadernos de Derecho Penal* [en línea], julio-diciembre de 2017, p. 15, «la punibilidad busca determinar si es necesario formular al sujeto un juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado», un juicio de necesidad que se fundamenta «en la utilidad que tal juicio reporta».

²¹ Según la propuesta formulada por Díez RIPOLLÉS, son tres los valores de utilidad en los que se estructura la categoría de la punibilidad: conceptos pragmáticos o utilitarios de efectividad, eficacia y eficiencia. Vid. Díez RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 11-29. También, MELENDO PARDOS, M., «La punibilidad como elemento del delito», en VV.AA., *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2015, pp. 682 y 683.

²² Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., «El concepto analítico del delito», en VV.AA., *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2015, p. 115. MELENDO PARDOS, ob. cit., p. 681. LACRUZ LÓPEZ, J. M., «Derecho Penal y función pública: conceptos básicos», en LACRUZ LÓPEZ y MELENDO PARDOS (coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2015, p. 48.

²³ Vid. BUSTOS RUBIO, M., «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 199.

negativas)²⁴; pudiéndose también atenuar la responsabilidad penal al concurrir determinadas circunstancias basadas en razones de oportunidad, utilidad, interés público o de prevención general y especial, de difícil encaje en otros elementos o categorías dogmáticas del delito. Son circunstancias como la realización de comportamientos dirigidos a disminuir o reparar los daños ocasionados, o colaborar con la justicia en la investigación penal, que pese a encontrarse directamente relacionadas con el hecho, no desempeñan función alguna en la valoración del tipo de lo injusto o de la culpabilidad²⁵.

La punibilidad busca determinar si es necesario formular al sujeto un juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado, en base a consideraciones pragmáticas y de utilidad²⁶. El legislador tomaría en este nivel decisiones finales sobre la necesidad de la pena y su medida. Decisiones que en algunos casos estarían basadas en razones de prevención general o especial²⁷, pero no siempre, pues frecuentemente es la mera *oportunidad* la que va a determinar este tipo de consideraciones²⁸, lo que supone incluir razones de *utilidad*²⁹ en una categoría autónoma de la infracción penal, otorgando a la punibilidad un contenido propio y diferenciado, que la sitúa en el mismo nivel que el resto de elementos del concepto dogmático o analítico del delito³⁰.

Los elementos de la punibilidad expresan un componente específico del juicio de responsabilidad que no es reconducible al resto de categorías de la infracción penal. Y, por otra parte, del mismo modo que en las restantes categorías del delito, esos elementos se estructuran de tal modo que en ocasiones fundamentan esa categoría, en otras la excluyen y a veces la gradúan³¹, por lo que, en el juicio de punibilidad también es posible tomar decisiones sobre la magnitud de la sanción penal. Consideraciones político criminales sobre la utilidad y necesidad de la exigencia de responsabilidad pueden determinar que en

²⁴ En contra de la proliferación de excusas absolutorias en el Código Penal, al entender que deberían ser reconducidas al principio de oportunidad en el proceso penal, BARJA DE QUIROGA, ob. cit., p. 70.

²⁵ Vid. FARALDO CABANA, P., «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los números 4.º y 5.º en relación con el número 6.º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1, 1997, p. 240. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2010, p. 180.

²⁶ Díez RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 15 y 16.

²⁷ Vid. GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 380 y 381.

²⁸ LACRUZ LÓPEZ, *Derecho penal*, cit., pp. 116 y 117. *Tutela penal*, cit., pp. 49 y 50.

²⁹ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., pp. 22 y 23, 336-345 y 385. Para GARCÍA PÉREZ, *Sobre el estado actual*, cit., p. 732, «es la utilidad la que da sentido a la punibilidad y probablemente habría acordar que en el Derecho penal esa utilidad se concreta en el principio de subsidiariedad».

³⁰ Vid., por todos, Díez RIPOLLÉS, ob. cit., p. 13.

³¹ Vid. Díez RIPOLLÉS, ob. cit., p. 14. MELENDO PARDOS, ob. cit., pp. 681, 682 y 684, para quien, tampoco en el caso de la punibilidad estamos ante un mero concepto negativo, un mero «se da o no se da».

una concreta situación sea conveniente la aplicación de una pena disminuida sin que ello suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. Este tipo de situaciones vendrían determinadas de nuevo por razones de oportunidad, que aconsejarían la atenuación de la pena adecuada a lo injusto culpable³².

Supuestos de esta naturaleza regulados en nuestro Código Penal son las atenuantes genéricas de confesión de la infracción (art. 21.4.^a CP), de reparación del daño (art. 21.5.^a CP), de dilaciones indebidas (art. 21.6.^a CP) y las atenuantes analógicas relacionadas con estas tres circunstancias (art. 21.7.^a CP) —así como, un buen número de circunstancias o elementos específicos graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad (atenuantes específicas reguladas en la parte especial del Código Penal)—³³ y que presentan como elementos comunes más relevantes, el que nos encontramos ante circunstancias basadas en comportamientos subsiguientes a la infracción de la norma, esto es, conductas posteriores a la ejecución y consumación del delito³⁴, por lo que el fundamento de la atenuación de la responsabilidad no guarda relación ni con una menor gravedad del injusto ni con una disminución de la culpabilidad³⁵, siendo, principalmente, manifestaciones del principio de oportunidad y motivos de utilidad los que justifican la atenuación de la responsabilidad penal, sin que en ningún caso, ni la doctrina ni la jurisprudencia hayan alcanzado un cierto grado de acuerdo o consenso sobre su fundamento, como tendremos ocasión de comprobar en los siguientes epígrafes de este breve estudio.

III. Circunstancia atenuante de confesión de la infracción

Haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. (Art. 21.4.^a CP).

³² LACRUZ LÓPEZ, *Derecho penal*, cit., p. 117. *Tutela penal*, cit., p. 50. De otro parecer, BUSTOS RUBIO, M., «La reparación del daño en el Código Penal español», *Ius Novum*, Vol. 11, n.º 1/2017, p. 16, «Mal se puede disminuir algo que ya ha sido previamente valorado como injusto culpable por medio de ciertos comportamientos acontecidos con posterioridad».

³³ Sobre las circunstancias atenuantes específicas de la punibilidad reguladas en la parte especial del Código Penal, de las que no podemos ocuparnos con la atención que merecen, *vid.* GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., pp. 169-184, 193-204, 206-212. DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 21-27. GIMENO SENDRA, *La simplificación de la Justicia Penal*, cit., pp. 195-199.

³⁴ En opinión de GORDILLO SANTANA, ob. cit., p. 97, debemos de tener en cuenta, que la valoración de la nocividad social que se deriva del juicio sobre la gravedad de las consecuencias del hecho no se limita al momento de la consumación del delito, sino que se extiende más allá de éste, atendiendo al principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo, que en su dimensión real positiva implica la atención al daño particular y al daño social efectivamente producido.

³⁵ FARALDO CABANA, ob. cit., pp. 240 y 241. RODRÍGUEZ RAMOS, ob. cit., p. 180. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., pp. 185, 186 y 193. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Barcelona: Reppetor, 2016, p. 639.

1. *Fundamento*

Esta atenuante encuentra su justificación, según la doctrina y la jurisprudencia, principalmente, en consideraciones de prevención general y especial, así como en razones de política criminal, basadas en criterios de utilidad y oportunidad en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa.

a) La atenuación de la pena por el comportamiento postdelictivo positivo, según Faraldo Cabana, sólo tiene sentido desde *consideraciones de prevención general* cuando la acción del sujeto, independientemente de su eficacia, supone un buen ejemplo para la comunidad por su regreso voluntario a la legalidad. Así pues, desde la perspectiva de la prevención de integración o prevención general positiva parece posible y conveniente atenuar la responsabilidad del sujeto que lleva a cabo un comportamiento postdelictivo como la confesión del delito ante las autoridades, que la sociedad en su conjunto valora positivamente³⁶, fortaleciendo a su vez a la colectividad en su conciencia jurídica, en la confianza general en las normas y en la obediencia y respeto por la legalidad vigente. En opinión de García Pérez, si el facilitar la tarea de la Administración de Justicia a través de la confesión de la infracción tiene relevancia es porque produce una disminución de las necesidades preventivo-generales. Si la confesión de la infracción se basa en la idea de que por medio de ella el sujeto infractor ayuda al mantenimiento de la vigencia de la norma, su fundamento reside en una disminución de las exigencias de prevención general³⁷. La confesión contribuye a la restauración del orden jurídico vulnerado, y supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta³⁸.

b) La fundamentación de la atenuante de confesión de la infracción, ha sido también enfocada por la doctrina en función de *criterios de prevención especial*, al considerar que a través de dicho comportamiento el sujeto manifiesta una menor voluntad delictiva, una disminución de su peligrosidad criminal, mayores posibilidades de resocialización, etc., y, en consecuencia, también una menor necesidad de prevención especial³⁹.

c) La opinión mayoritaria, sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que la justificación de dicha atenuante se basa en razones de política criminal, sustituyendo la exigencia subjetiva del arrepentimiento espontáneo por el acto objetivo de colaboración con la Administración de Justicia⁴⁰, consistente en proceder el culpable a confesar la infracción a las autori-

³⁶ Vid. FARALDO CABANA, ob. cit., pp. 243 y 244.

³⁷ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., pp. 205 y 206.

³⁸ STS 203/2018, de 25 de abril.

³⁹ FARALDO CABANA, ob. cit., p. 244.

⁴⁰ ATS 632/2020, de 23 de agosto.

dades. Por ello, el actual instituto de la confesión se fundamenta en bases objetivas inspiradas en *razones político-criminales de utilidad y pragmatismo*, que se concretan en el beneficio objetivo que supone para toda instrucción criminal que frente a la habitual y justificada postura de no facilitar la incriminación, siendo legítima, incluso, su obstaculización, como consecuencia derivada del *derecho a la presunción de inocencia*, debe valorarse aquella actividad constructiva del penalmente responsable que, con el reconocimiento de su responsabilidad, facilita la investigación del delito y la respuesta sancionadora, con independencia de las motivaciones últimas que le hubieran impulsado a tal actuación⁴¹.

Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión, voluntaria y espontánea, del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria y se agiliza el ejercicio del *ius puniendi*⁴².

2. *Requisitos y elementos*

El Código Penal configura la atenuante de confesión de la infracción en términos marcadamente objetivos, de manera que lo que realmente importa en su valoración es que la información relativa al hecho perseguible sea veraz y se ponga en conocimiento de las autoridades competentes.

Requisitos que integran la atenuante de confesión: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el responsable de la infracción; 3) La confesión deberá de ser veraz en lo sustancial, sin tratar de desvirtuar la confesión introduciendo elementos de confusión que, para nada ayudan al total esclarecimiento de los hechos; 4) La confesión tendrá que mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Deberá concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse realizado antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión, quedando al margen aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad y habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra el procedimiento judicial, a

⁴¹ STS 203/2018, de 25 de abril. Para Díez RIPOLLÉS, ob. cit., p. 21, la efectividad del juicio de responsabilidad se facilita por la conducta posterior al hecho delictivo del propio autor de la infracción, quien asegura con su confesión la aplicación de la norma y facilita la tarea de la administración de justicia. De la misma opinión, MELENDO PARDOS, ob. cit., p. 688.

⁴² STS 203/2018, de 25 de abril.

los efectos de la atenuante⁴³. De esta forma, cobra mayor relevancia la exigencia de que la confesión del culpable deba producirse antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, por cuanto después de ese momento, que presupone un cierto conocimiento previo por las autoridades, aunque sea indiciario, de su responsabilidad criminal, la confesión carece de relevancia colaboradora. Reconocer los hechos después de tener la evidencia de su imputación no conlleva otra cosa que la admisión o conformidad con los mismos.

Además del elemento cronológico, se exige de ella que sea sustancialmente veraz. El requisito de la veracidad parte de su propio fundamento como atenuante. Si lo que pretende el confesante no es posibilitar la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo, no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación⁴⁴. Ahora bien, eso no implica que, confirmada y acreditada la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos o circunstancias de las que quepa o se pueda deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal.

Hoy en día, en consonancia con la justificación utilitaria de la atenuante de confesión defendida por el Tribunal Supremo, predomina otro criterio interpretativo respecto de la apreciación de esta atenuante, al entender la jurisprudencia que razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable y comprensible que la ausencia del presupuesto cronológico —que la confesión se produzca antes de conocer el investigado que el procedimiento se dirige contra él— no se erija en un requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión (art. 21.4.^a CP) y la analógica (art. 21.7.^a CP) puede predicarse el mismo fundamento: la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva político-criminal; siendo así, perfectamente entendible que, en todos aquellos casos en los que la confesión, aun extemporánea, facilite de forma singular el desenlace de una investigación ya iniciada, los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estén aconsejados⁴⁵.

⁴³ En orden al entendimiento del significado y alcance del «procedimiento judicial», la jurisprudencia ha seguido un criterio amplio afirmando que la iniciación de diligencias policiales debe incluirse en el mismo a estos efectos, cuando se dirigen contra el luego acusado y éste conoce su existencia, pues debe reputarse nula la utilidad para el proceso de la confesión cuando el acusado se sabe perseguido como responsable del delito por parte de quienes intervienen en el atestado que inicia las diligencias penales. STS 203/2018, de 25 de abril. De otra opinión, MIR PUIG, ob. cit., p. 640, considera que lo correcto es limitarlo al procedimiento judicial en sentido estricto, eliminando del mismo las diligencias policiales. En este sentido, la *Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio*, p. 21, al interpretar la atenuante de confesión de la infracción respecto de las personas jurídicas, entiende que «Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial. Ello es así aun cuando ya se hubieren producido en esa sede cualesquiera diligencias de averiguación en relación con las personas jurídicas».

⁴⁴ STS 203/2018, de 25 de abril. ATS 632/2020, de 23 de agosto.

⁴⁵ En otro sentido, FARALDO CABANA, ob. cit., p. 253, denuncia «la incorrección que supone aplicar la atenuante analógica siempre que no se ha cumplido alguno de los requisitos que integran

La atenuante de confesión se ha apreciado como analógica en casos en los que, aun no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, que facilita de modo considerable el enjuiciamiento⁴⁶, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado⁴⁷. La doctrina admite que la verdadera interpretación del precepto radica no sólo en la confesión de la autoría, sino en la colaboración positiva y veraz con las autoridades encargadas de la investigación previa, facilitándoles los datos objetivos y reales, que han concurrido en la ejecución del hecho delictivo. *La confesión tardía puede operar como atenuante analógica de la de confesión* si el testimonio del que pretende beneficiarse, exteriorizado después de que el proceso se siga contra él y eventualmente contra otros, es determinante, relevante, decisivo y eficaz, para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la justicia⁴⁸.

IV. Circunstancia atenuante de reparación del daño

Haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. (Art. 21.5.ª CP).

1. Fundamento

Entre los diversos criterios que la doctrina ha esgrimido a modo de justificación de esta circunstancia, se pueden destacar los siguientes: los que consideran que con esta circunstancia se busca fomentar la *reparación de los daños y perjuicios* ocasionados por el delito y, por tanto, ayudar a la víctima⁴⁹; los que hacen hincapié en los *finés de la pena*, al entender que el fundamento de esta atenuación se viene asociando a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor. Su razón de ser está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora, por lo que desde *criterios de prevención especial* se destaca que la reparación del daño relativiza el desvalor del injusto del hecho y supone una menor intensidad criminal, debiendo ser menores las exigencias preventivo-especiales al haber demostrado con su comportamiento

las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo, y en particular el temporal o cronológico».

⁴⁶ STS 454/2019 de 8 de octubre.

⁴⁷ STS 203/2018, de 25 de abril.

⁴⁸ ATS 632/2020, de 23 de agosto.

⁴⁹ Así, MIR PUIG, ob. cit., p. 640.

postdelictivo que su necesidad de resocialización es menor, ya que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una positiva rehabilitación y la consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro⁵⁰; y desde *criterios preventivo-generales*, al entender que cuando el autor repara o atenúa el daño derivado de la infracción, está contribuyendo a fortalecer la confianza en la norma⁵¹, ya que los intereses de la sociedad y del titular del bien afectado no son contrapuestos sino complementarios⁵²; y también *razones de utilidad*, ya que entre los elementos que atienden a la eficacia del juicio de responsabilidad, relacionado con la protección del bien jurídico, la atenuante de reparación o disminución del daño, supone que en este caso se hace innecesario un juicio de responsabilidad de intensidad plena en tanto que la conducta posterior del autor logra salvaguardar parcial o totalmente la consecución de los objetivos y el interés que quiere proteger la norma⁵³.

El fundamento de esta atenuación no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, de facilitar la *protección de la víctima*, logrando con el resarcimiento del daño causado la consecución de uno de los fines del proceso. Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, configurándose como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la atenuación de la responsabilidad en una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino en base a la legítima y razonable pretensión del legislador de dar amparo a la víctima y favorecer para ello la reparación posterior a la realización del delito⁵⁴. Por tanto, resultan intrascendentes los móviles o motivos que puedan haber conducido al sujeto a reparar el daño causado con la perpetración del injusto, ya que lo realmente importante es la efectiva satisfacción de la víctima y no el móvil del autor o su voluntad motivadora⁵⁵.

La atenuación de la responsabilidad criminal está fundada en razones objetivas de política criminal, para premiar las conductas que hubieran servido para *reparar el daño causado a la víctima*, o al menos disminuirlo, dando satisfacción a ésta, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino de toda la comunidad⁵⁶. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la

⁵⁰ Vid. STS 293/2018, de 18 de junio. ATS 543/2020, de 16 de agosto. MUINELO COBO, ob. cit., p. 42.

⁵¹ Vid. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., p. 192. STS 457/2020, de 17 de septiembre.

⁵² Vid. BUSTOS RUBIO, *La reparación del daño*, cit., p. 15, al considerar que «si con el comportamiento reparador del sujeto se aminora la necesidad de imponer sanción penal en atención a los fines perseguidos por la pena, ya no solo la víctima sino también la colectividad puede verse satisfechas».

⁵³ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., p. 22. MELENDO PARDOS, ob. cit., p. 689.

⁵⁴ Cfr. STS 471/2020, de 24 de septiembre.

⁵⁵ Así, BUSTOS RUBIO, *La reparación del daño*, cit., p. 9.

⁵⁶ ATS 632/2020, de 23 de agosto. STS 457/2020, de 17 de septiembre.

ayuda a las víctimas, logrando que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de cualquier índole que su acción delictiva haya ocasionado, desde la perspectiva de una *política criminal orientada por la victimología*, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal⁵⁷.

El fundamento de la circunstancia de reparación del daño se traduce en una disminución de la pena a imponer porque es necesario y justo, ofrecer algún beneficio a quien está dispuesto a dar una *satisfacción a la víctima del delito*, reparando las consecuencias perjudiciales de su acción. Aunque todo delito en cuanto supone una violación de las normas que permiten la convivencia pacífica de la sociedad, supone una agresión a la propia comunidad, y a ello responde la necesidad de la pena como compensación y reparación del daño causado a la colectividad en su conjunto, no hay que olvidar, que junto con ese ataque a la comunidad, existe una víctima concreta, individual, que es la que sufre en primera persona la acción delictiva, de modo que parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a proporcionar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque así se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor.

2. *Elementos y requisitos*

La atenuante precisa de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente integrada por el resarcimiento o por la minoración de los perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia, que coloque al perjudicado en una mejor situación que aquella en la que estaba sumido tras el delito, con independencia de cuál sea el resultado final del proceso penal.

Eliminado el contenido subjetivo inherente a la antigua atenuante de arrepentimiento, corresponde al acusado apreciar cuando considera que su comportamiento, más allá del significado penalmente antijurídico que pueda tener, ha podido generar determinados perjuicios a otros individuos, estando por ello dispuesto a abordar un proceder libre e irrevocable de compensación a los damnificados. Una actuación compensatoria que es plenamente compatible con posicionamientos procesales en los que, asumiendo el acusado la responsabilidad material de un resultado, rechaza o discrepa de la responsabilidad criminal que pueda exigírsele⁵⁸.

⁵⁷ STS 457/2020, de 17 de septiembre. «Al Estado le interesa impulsar y promover actitudes reparadoras por parte de aquellos sujetos que cometieron un acto delictivo, con la consecuente satisfacción que de dichos actos restauradores se derivaría para las víctimas de tales actos», BUSTOS RUBIO, *La reparación del daño*, cit., p. 8.

⁵⁸ La reparación del resultado lesivo derivado de una acción u omisión, puede abordarse sin contradicción en todos aquellos supuestos en los que la defensa asume una responsabilidad causal más o menos cercana al resultado, por más que discrepe de la dimensión punitiva de los hechos objeto de acusación, bien porque no está conforme con el juicio de subsunción sustentado en las

Como consecuencia de este *carácter objetivo*, su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El *elemento cronológico* se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el límite temporal de la fecha de celebración del juicio oral. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, aunque según las circunstancias del caso puede dar lugar a su apreciación como *atenuante analógica*⁵⁹. El *elemento sustancial* de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, concepto de reparación que debe entenderse en un sentido amplio que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del CP, comprendiendo cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios materiales, o incluso de la reparación del daño moral⁶⁰.

Sobre su calificación como atenuante simple o muy cualificada, la jurisprudencia ha indicado que si la reparación total (cuando realmente se produzca) se considerara sistemáticamente como *atenuante muy cualificada*, se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena normalmente prevista por el legislador, exigiéndose por ello que concurra un *plus* que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante⁶¹.

V. Circunstancia atenuante de dilaciones indebidas

La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. (Art. 21.6.ª CP).

tesis acusatorias, bien porque entiende que el nexo causal dañoso coexiste con circunstancias fácticas que justifican la desaparición o la minoración del reproche penal exigido, consecuencia última de su discrepancia respecto al grado de ejecución del delito, el modo de su participación o de la existencia o inexistencia de circunstancias excluyentes o atenuantes de la responsabilidad criminal. STS 457/2020, de 17 de septiembre.

⁵⁹ STSJ (Albacete) 23/2020, de 28 de julio. En contra de la apreciación de la atenuante como analógica cuando se sobrepase el límite temporal impuesto por el legislador, FARALDO CABANA, ob. cit., p. 253.

⁶⁰ STS 471/2020, de 24 de septiembre. Sobre las diferencias entre la reparación penal del daño y la reparación o responsabilidad civil derivada del delito, *vid.* BUSTOS RUBIO, *La reparación del daño*, cit., pp. 11 y ss. FARALDO CABANA, ob. cit., pp. 250 y 251.

⁶¹ Cfr. STS 457/2020, de 17 de septiembre.

1. *Lentitud e ineficacia de la Justicia Penal*

El problema de la duración excesiva de los procedimientos y la lentitud de la justicia, que entronca con el del correcto funcionamiento de los sistemas judiciales como uno de los pilares del Estado de Derecho, es un mal endémico en nuestro sistema de justicia hasta el punto de convertir en normal o habitual problemas que deberían ser puntuales y excepcionales como las dilaciones y el atasco en la tramitación y resolución de los asuntos⁶². Y, si en cualquier tipo de proceso, las dilaciones deben ser censurables, mucho más reprobable lo es aún en el proceso penal por los intereses que hay en juego y los perjuicios que la lentitud de la justicia penal puede acarrear, no sólo a los acusados, ya que el proceso penal es en sí mismo una pena que comporta aflicción y costes para el imputado, sino también a las víctimas del delito y al interés público y social, al frustrarse los fines del Derecho penal⁶³.

Para hacer frente a este problema, se creó por el Comité de Ministros, el 18 de septiembre de 2002, la *Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia* (CEPEJ), con la finalidad específica de mejorar la eficacia y el funcionamiento de los sistemas judiciales de los Estados miembros, y así generar una mayor confianza de los ciudadanos en la justicia⁶⁴.

Con este mismo propósito, en nuestro país, se promulgó la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la *agilización de la justicia penal* y el fortalecimiento de las garantías procesales, que entre otras reformas instauró el denominado *Proceso por aceptación de decreto*⁶⁵, en el artículo 803 bis LECrim, como un mecanismo de aceleración de la justicia penal que en opinión (muy optimista y poco o nada realista) del legislador «es sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y para dispensar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa o trabajos en beneficio de la comunidad»⁶⁶. Así mismo, modificó los plazos temporales de la instrucción judicial previstos en el artícu-

⁶² De la misma opinión, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 153. Aunque no nos sirva de consuelo (ya saben aquello de mal de muchos...) este problema no es exclusivo de nuestro sistema judicial, sino que afecta, en mayor o menor medida, a prácticamente todos los Estados miembros del Consejo de Europa, e incluso, especialmente, al propio Tribunal de Estrasburgo, tal como denuncia GARCÍA-MALTRÁS, ob. cit., pp. 4 y 5.

⁶³ Sobre los perjuicios derivados de la lentitud en el funcionamiento de la justicia penal, *vid.* más extensamente, MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR, ob. cit., pp. 35-40.

⁶⁴ La CEPEJ creó en 2007 el grupo de trabajo SATURN dedicado a la investigación y el análisis sobre la gestión del tiempo judicial. *Vid.* <<https://www.coe.int/en/web/cepej>>.

⁶⁵ *Vid.* sobre este nuevo proceso, LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Proceso por aceptación de Decreto y principio de oportunidad», en CALAZA LÓPEZ y MUINEL COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 341-353.

⁶⁶ Este nuevo proceso por aceptación de decreto supone un nuevo intento de agilizar nuestro sistema de justicia penal a añadir a tentativas previas, diseñadas con esta misma finalidad, como fueron en su momento el *procedimiento abreviado* para determinados delitos o el proceso para el

lo 324 LECrim⁶⁷, precisando la duración máxima de la fase de instrucción de los procesos, de forma que finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas tengan que concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones⁶⁸.

La ineficacia de las reformas legislativas adoptadas para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, condujo al legislador a, por lo menos, compensar este mal funcionamiento de la Administración de Justicia, otorgando carta de naturaleza legal a la *circunstancia atenuante de dilaciones indebidas*, al incorporarla al Código Penal en el artículo 21.6.^a (LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), exigiendo para su apreciación que el retraso en la tramitación del procedimiento tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio inculpado. De esta manera se acogen los requisitos fundamentales que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, venía reconociendo al aplicar esta circunstancia como *atenuante por analogía*⁶⁹, según el criterio adoptado en el *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo*, de 21 de mayo de 1999, relativo a la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, en los casos en que se hubieran produ-

enjuiciamiento rápido de determinados delitos, incorporados a la LECrim, por la LO 7/1988, de 28 de diciembre y por la LO 38/2002, de 24 de octubre.

⁶⁷ Disposición, que en opinión de MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR, ob. cit., p. 44, en su redacción originaria, establecía un plazo eximio imposible de satisfacer, destinado a ser siempre incumplido, ya que «la previsión de plazos razonables es condición necesaria para que los tiempos de las actuaciones que conforman el proceso sean tomados seriamente en consideración y respetados».

⁶⁸ Al efecto, establecía un plazo general de seis meses y uno especial de dieciocho meses para las investigaciones expresamente declaradas complejas. Con tal limitación temporal de la instrucción judicial se pretendía, «superar el inoperante plazo de un mes anteriormente previsto, que en la práctica nunca se respetaba», que conducía a una mayor inseguridad jurídica abriendo indeseables espacios de impunidad, «sustituyéndolo por plazos más realistas derivados, [según se dice en la Exposición de Motivos], de estudios estadísticos judiciales y fiscales». Los nuevos plazos tampoco han resultado ajustados a la realidad de nuestro sistema judicial, por lo que, apenas transcurridos cinco años, la Ley 2/2020, de 27 de julio, da una nueva redacción al artículo 324 LECrim, fijando nuevos límites temporales para la fase de instrucción. En el momento de escribir estas líneas, se encuentra sometido a información pública un *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, publicado en 2020 por el Ministerio de Justicia.

⁶⁹ Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 151. RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Derechos fundamentales y derecho penal: La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas», *Derecho y Proceso Penal*, n.º 27 (1), 2012, pp. 16-19. PÉREZ-CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 570 y 571, sobre las vacilaciones del Tribunal Supremo respecto de la configuración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como un derecho autónomo de la tutela judicial efectiva y sobre si las dilaciones indebidas debían atenuar la pena o simplemente posibilitar una pretensión resarcitoria, en vía civil, por el funcionamiento anormal de la justicia, tal y como se declaraba en los Acuerdos del Pleno de la Sala 2.^a del TS de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997.

cido en el enjuiciamiento dilaciones indebidas y excesivas, no reprochables al propio acusado o a su actuación procesal⁷⁰.

2. *Fundamento*

Según los criterios más comúnmente esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia, la atenuación de la pena en estos casos encontraría su fundamento en los siguientes motivos:

a) *Reparación judicial de la vulneración de un derecho fundamental*. En los casos de dilaciones indebidas del procedimiento no imputables al acusado, además de la pena por el delito cometido, debe sufrir los males injustificados producidos por un proceso penal irregular que vulnera el derecho constitucional de aquél a ser juzgado sin indebidas dilaciones. En estos supuestos, los males generados por las dilaciones indebidas provienen de la lesión de un derecho fundamental del autor del ilícito que es atribuible al órgano jurisdiccional, de suerte que, constituyendo la pena una pérdida de esos derechos, la doctrina más moderna estima que las lesiones de derechos constitucionales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso que concluye con la imposición de la pena, deben ser abonadas a ésta como compensación reparadora del derecho constitucional infringido y soportado por el autor del hecho⁷¹.

b) *Compensación de la culpabilidad del reo*, por la pérdida ilegítima de derechos que para el mismo suponen las dilaciones indebidas. El fundamento último de la atenuación es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual «las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena»⁷².

c) *Fines de prevención general y especial*, al considerar que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, juzgando así a una persona distinta de la que cometió el delito, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican⁷³.

d) *Menor necesidad de pena* por el transcurso del tiempo, por infligir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena es-

⁷⁰ Vid. STS 868/2016, de 18 de noviembre.

⁷¹ Así BAYARRI MARTÍ, M.^a L., «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la atenuante de dilaciones indebidas», en *Actas del II Congreso Internacional de la FICP. «Problemas actuales de las ciencias penales»*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia). 13-15 de marzo de 2017, p. 2, <<https://ficip.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-ii-congreso-internacional-la-ficip/>>.

⁷² Cfr. RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., p. 18.

⁷³ STS 1515/2002, de 16 de septiembre.

tatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción⁷⁴.

e) *Eficacia del juicio de responsabilidad*. En la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6.^a CP la tardía verificación de la responsabilidad y de la sanción hace que los objetivos perseguidos e intereses a respetar por la potestad jurisdiccional y, por tanto, su *eficacia*, queden en entredicho, al margen de razones complementarias ligadas a la necesidad de imposición de pena⁷⁵.

3. Elementos y requisitos

El *derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas*, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales⁷⁶, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable y prudencial⁷⁷, aunque la atenuación por dilaciones indebidas no se declara únicamente por el transcurso del tiempo, sino que es preciso comprobar que realmente ha existido dilación en la tramitación del procedimiento y que esa dilación no aparece justificada en la causa.

Además, es requisito inmanente de la atenuante que aquél que reclama su aplicación no haya resultado beneficiado por esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. Habida cuenta que el fundamento de la atenuante es la compensación del daño causado por la indebida dilación, el perjuicio que supone la demora y el retraso en un proceso, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares, etc., suponen unas molestias que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente⁷⁸.

La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas exige de cuatro requisitos: 1) que la dilación sea injustificada y extraordinaria; 2) en la tramitación del procedimiento; 3) que no sea atribuible al propio inculcado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa⁷⁹.

⁷⁴ STS 932/2008, de 10 de diciembre.

⁷⁵ Díez RIPOLLÉS, ob. cit., p. 26.

⁷⁶ MIR PUIG, ob. cit., p. 643. Sobre la cuestión relativa a que el incumplimiento de los plazos legales no suponga *per se* una dilación indebida, *vid.* las críticas esgrimidas por PÉREZ-CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., p. 564.

⁷⁷ STS 946/2016, de 15 de diciembre.

⁷⁸ *Vid.* ASENSIO MELLADO, ob. cit., p. 125. MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR, ob. cit., pp. 35-38.

⁷⁹ *Cf.* STS 457/2020, de 17 de septiembre. STS 715/2020, de 21 de diciembre. PÉREZ-CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 574 y 575.

La jurisprudencia considera que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta para la apreciación de esta circunstancia. De un lado, la existencia de un *plazo razonable*, referido en el artículo 6.1 CEDH, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable»⁸⁰ y, por otro lado, la existencia de *dilaciones indebidas*, que es el término que recoge nuestra Constitución en su artículo 24.2⁸¹, destacando, que siendo los conceptos de plazo razonable y de dilaciones indebidas confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a un proceso penal pueda tener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos⁸², pues las *dilaciones indebidas* son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos, períodos de total inactividad, interrupciones o paralizaciones injustificadas en la tramitación del proceso⁸³, mientras que el *plazo razonable* es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia⁸⁴. En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado (cuando no hayan sido provocadas por él mismo) a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial.

Conscientemente, el TEDH ha evitado dictar reglas generales sobre lo que debe entenderse como plazo razonable en un proceso, manteniendo una postu-

⁸⁰ La alusión en el artículo 6.1 CEDH a que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída en un «plazo razonable» se hace con la finalidad de asegurar el interés de los justiciables y el principio de seguridad jurídica, ya que hacer justicia demasiado tarde constituye una denegación de la justicia. Según constante jurisprudencia, el cálculo de la duración de un procedimiento judicial, desde su inicio hasta su finalización, se verifica en el ámbito penal como sigue: El plazo se computa a partir del momento en que se formula la acusación. A veces, no obstante, el plazo razonable tiene como punto de partida una fecha anterior a la interposición de la denuncia ante la jurisdicción, como por ejemplo el momento de la detención, la inculpación y la apertura de investigaciones preliminares. Respecto a la finalización del plazo, el período se considera acabado cuando se da la decisión de absolución o condena, incluyéndose en su caso la emitida en grado de apelación. La ejecución de una resolución o sentencia dictada por un tribunal debe considerarse también como parte integrante del proceso en virtud del artículo 6 CEDH. RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., pp. 6 y 7.

⁸¹ STS 715/2020, de 21 de diciembre.

⁸² En contra, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 151 y 152, al defender, en la línea del Tribunal Constitucional, que no son conceptos diferentes.

⁸³ STS 348/2017, de 17 de mayo.

⁸⁴ *Vid.* STS 81/2010, de 15 de febrero. STS 416/2013, de 26 de abril. STS 175/2015, de 31 de marzo. STS 946/2016, de 15 de diciembre. STS 457/2020, de 17 de septiembre. Aunque, como apunta MIR PUIG, ob. cit., p. 643, «En nada obsta lo anterior que se trate de dilaciones motivadas por razones estructurales (deficiencias organizativas de los Juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.)». Así también RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., pp. 8 y 40, al subrayar que «la situación de colapso de los órganos judiciales no exonera de responsabilidad». Por ello, la sobresaturación de asuntos que penden sobre los órganos de la jurisdicción, singularmente, la penal, no constituye óbice alguno para apreciar la atenuante.

ra pragmática, arguyendo que cada caso debe ser considerado individualmente, por lo que las conclusiones sobre la duración del plazo razonable solo pueden ser estimativas⁸⁵. La dilación indebida es considerada por la doctrina y jurisprudencia como un *concepto abierto o indeterminado*⁸⁶, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido un efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se ocasionen a los litigantes⁸⁷, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante⁸⁸.

Ahora bien, ese perjuicio en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto es ponderable para determinar, entre otras cosas, la eficacia que debe conferirse a la atenuante. De este modo, la valoración o acreditación de un perjuicio concreto que la dilación haya podido generar al acusado, sólo deberá apreciarse para los fines de graduar la atenuación punitiva, y aplicar, en su caso, la atenuante como muy cualificada, ya que «el hecho en sí de la existencia de la dilación indebida constituye un perjuicio que no precisa de mayor acreditación, lo que no excluye que, si en el caso concreto, se justifican otros menoscabos significativos particulares, pueda apreciarse la atenuante como muy cualificada»⁸⁹. En cuanto a los parámetros que son valorados por la jurisprudencia para considerar la *atenuante como muy cualificada*, por lo general se suele atender a la desmesurada duración del procedimiento⁹⁰ así como a los excesivos perjuicios

⁸⁵ *Vid.* GARCÍA-MALTRÁS, ob. cit., pp. 13 y 14.

⁸⁶ Así, STS 184/2011, de 17 de marzo. STS 849/2013, de 12 de noviembre. STS 946/2016, de 15 de diciembre. BAYARRI MARTÍ, ob. cit., pp. 3 y 15. PÉREZ CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., p. 6. GARCÍA-MALTRÁS, ob. cit., p. 12.

⁸⁷ Sobre la consideración de «casos prioritarios» por la jurisprudencia del TEDH, *vid.* GARCÍA-MALTRÁS, ob. cit., p. 13.

⁸⁸ PÉREZ CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 561-563. Sobre el criterio referido al comportamiento de las autoridades judiciales, debe prestársele mucha atención en cuanto que sólo los retrasos que son directamente imputables al Estado permiten concluir la vulneración del plazo razonable. El Estado es responsable del conjunto de sus servicios, incluyéndose no sólo las autoridades judiciales sino cualquier institución pública como puede ser un Instituto de Medicina Legal del cual se requieran pruebas en el procedimiento judicial. Para el TEDH, el hecho de que las situaciones de atasco de los asuntos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un procedimiento. STS 181/2017, de 19 de enero. Con discrepancias, sobre las actuaciones que deben entenderse comprendidas en el término «Administración de Justicia», PÉREZ CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 566 y 567.

⁸⁹ De esta opinión, RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., p. 44.

⁹⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo consideraba que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse unas veces en la condición de simple y otras en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y sus-

causados al acusado, por lo que no es ésta solo una cuestión de medición temporal; también se debe examinar cuánto de penosidad puede achacarse a esos siempre indeseables retrasos, a la hora de aplicar la atenuante como simple o muy cualificada⁹¹.

Para ponderar la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en la modalidad de muy cualificada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que ha de partirse de la premisa de que no es suficiente con que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación del proceso extraordinaria, sino que ha de tratarse de una dilación especialmente extraordinaria o superextraordinaria, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo artículo 21.6.^a del Código Penal⁹². Si, para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario; esto es, supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente⁹³.

La apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización superior a la extraordinaria, o bien que, dadas las concretas circunstancias del acusado, de la causa y de la pena impuesta, pueda apreciarse que la dilación ha ocasionado un perjuicio superior al ordinariamente atribuible a la dilación constitutiva de la atenuante simple, de forma que la apreciación de la atenuación ordinaria carezca de efectividad suficiente para compensar el daño ocasionado por la demora⁹⁴.

VI. Comportamientos postdelictivos atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para la regulación del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el legislador, tras su inclusión en el Código Penal por la LO 5/2010,

ceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6.^a del Código Penal. Cfr. STS 946/2016, de 15 de diciembre. En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un período que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. STS 243/2021, de 17 de marzo.

⁹¹ *Vid.* STS 416/2013, de 26 de abril. STS 771/2014, de 19 de noviembre. STS 958/2016, de 19 de diciembre. STS 92/2020, de 4 de marzo. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 154. PÉREZ CRUZ y RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., p. 572.

⁹² RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., p. 49, al analizar la interpretación jurisprudencial sobre la consideración de «extraordinarias» en las dilaciones, considera que el criterio jurisprudencial vigente responde a una triple clasificación «que partirá de la diferenciación entre la dilación ordinaria (no integrante de la atenuante), extraordinaria (que integrará la atenuante ordinaria) y superextraordinaria (que pasará a integrar la atenuante muy cualificada)».

⁹³ *Vid.* STS 416/2013, de 26 de abril. STS 771/2014, de 19 de noviembre.

⁹⁴ STS 958/2016, de 19 de diciembre.

de 22 de junio y su posterior reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, optó por establecer en el nuevo artículo 31 *bis* CP una doble vía de atribución de la responsabilidad penal. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, por las personas que tienen poder de representación en las mismas (representantes legales y administradores de hecho o de derecho), o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma (mandos intermedios), se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre sus empleados⁹⁵, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una interpretación meramente objetiva de esta regla de imputación. A la persona jurídica sólo es posible imputarle responsabilidad penal cuando el delito haya sido factible debido a defectos de su modelo de organización y gestión, que revelen la ineficacia de sus programas para la promoción de una cultura de respeto a la legalidad empresarial disuasoria de conductas criminales, lo que, de forma genérica, se puede llamar un *defecto de organización*, consistente en la omisión de las actuaciones necesarias para evitar la comisión de delitos en su seno⁹⁶.

Pese a la introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal del novedoso régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador no consideró oportuno o necesario adaptar la LECrim, a las nuevas exigencias y especificidades que conlleva el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas⁹⁷, por lo que nuestro proceso penal, en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, en tanto se encuentra regido por el principio de legalidad, apenas deja resquicios a las manifestaciones del principio de oportunidad, que permitan la no apertura del juicio oral o el sobreseimiento del procedimiento, mediante manifestaciones de justicia negociada o consensuada, limitándose al consabido instituto de la conformidad y a las posibilidades de atenuación de la pena reguladas en el artículo 31 *quater* CP.

Esta regulación tan estricta y legalista, en la que no están previstas fórmulas negociadoras ni herramientas procesales que permitan eludir el juicio, basadas

⁹⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Casos prácticos de Derecho Penal. Material de estudio para un aprendizaje teórico/práctico del Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid: Dykinson, 2018, p. 132.

⁹⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal», en *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal*, GASCÓN INCHAUSTI (coord.), Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 47. MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Personas jurídicas y responsabilidad penal», en VV.AA., *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2015, pp. 1098-1100.

⁹⁷ *Vid.* más extensamente, GASCÓN INCHAUSTI, ob. cit., pp. 22, 43 y 102. CFGE 1/2011, de 1 de junio, pp. 4, 30 y 31.

en el principio de oportunidad, puede resultar perjudicial tanto para la persona jurídica como para el propio Estado si atendemos a las convincentes razones expuestas por Gimeno Beviá: al Estado, no siempre le interesa el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, porque los fines del proceso penal pueden satisfacerse con anterioridad a la celebración del juicio oral, así como por la posibilidad de evitar largos procesos penales y, en muchas ocasiones, complejas y costosas investigaciones. Para la persona jurídica, el mero enjuiciamiento, sobre todo en asuntos de gran repercusión mediática, puede resultar tanto o más gravoso que la posible condena que le pueda ser finalmente impuesta, si se repara en el daño, tanto económico como social, que la imputación puede generar en su imagen corporativa y en su reputación comercial y empresarial, ante la opinión pública, los mercados y los consumidores⁹⁸.

Entrando ya en materia, el catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal recogido en el artículo 21 CP, tan sólo rige para los delitos cometidos por personas físicas, no pudiendo en consecuencia atenuar las penas impuestas a las personas jurídicas⁹⁹, ya que las atenuantes relativas a circunstancias personales como las que afectan a la culpabilidad de la persona física no son trasladables a la persona jurídica. En consecuencia, el legislador también ha previsto la posibilidad de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduciendo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, un nuevo artículo 31 *quater*, con el siguiente contenido:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰⁰ haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

⁹⁸ Vid. más extensamente, GIMENO BEVIÁ, J., «Hacia el principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas», en CALAZA LÓPEZ y MUÍNELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 219-222.

⁹⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 184 y 185.

¹⁰⁰ Además de estas circunstancias, el artículo 31 *bis* CP, dispone que en los casos en los que las circunstancias que eximen de responsabilidad penal solamente puedan ser objeto de *acreditación parcial*, estas circunstancias serán valoradas a los efectos de atenuación de la pena, si se cumplen las condiciones descritas en el precepto.

d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».*

Una somera comparación entre el catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal regulado en el artículo 21 CP para las personas físicas con el establecido en el artículo 31 *quater* CP para las personas jurídicas, permite apreciar rápidamente dos diferencias fundamentales:

En primer lugar, en el caso de las personas jurídicas, nos encontramos también ante circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal basadas en comportamientos subsiguientes a la infracción de la norma, esto es, conductas posteriores a la ejecución y consumación del delito, aunque en este caso, esa conducta postdelictiva se traduce por imperativo legal, en una condición necesaria, al reconocer expresamente el legislador que las «únicas» actividades que pueden atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, deben ser realizadas por sus representantes legales «con posterioridad a la comisión del delito». De este modo, las posibilidades de atenuación de la pena para las personas jurídicas, se limitan exclusivamente a comportamientos postdelictivos positivos, siendo manifestaciones del principio de oportunidad y motivos de utilidad los que fundamentan la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En segundo lugar, por motivos que yo al menos no alcanzo a comprender, el legislador, en una decisión objeto de importantes críticas¹⁰¹, ha optado por establecer para las personas jurídicas un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de tan sólo cuatro circunstancias atenuantes, vetando la posibilidad de apreciar otras circunstancias atenuatorias de la responsabilidad criminal distintas a las allí descritas como pudieran ser: la *atenuante de dilaciones indebidas* (que en un mismo proceso penal se podrá aplicar a las personas físicas imputadas pero no a las personas jurídicas) o las *atenuantes por analogía*, donde a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, no se podrán apreciar por los Tribunales efectos atenuatorios de la responsabilidad penal en aquellos casos en los que se superen o se excedan los límites temporales establecidos por el legislador (apartados a), c) y d) del artículo 31 *quater* CP), convirtiendo así el incumplimiento del presupuesto cronológico en un requisito excluyente, contrario a las razones pragmáticas y utilitarias que justifican la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De las cuatro circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se describen en el artículo 31 *quater* CP, las circunstancias de *confesión de la infracción* y de *reparación del daño* del artículo 31 *quater* a) y c) CP, son sustancialmente idénticas a las reguladas para las personas físicas en el artículo 21.4.^a y 21.5.^a CP, de modo que para evitar innecesarias reiteraciones

¹⁰¹ *Vid.*, en este sentido, la CFGE 1/2011, ob. cit., pp. 20, 22, 43 y 44.

nos remitimos a lo ya expuesto, siendo por tanto las circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal reguladas (*ex novo*) expresamente para las personas jurídicas, las dos siguientes:

La *colaboración en la investigación del hecho*, del artículo 31 *quater* b) CP, supone la colaboración positiva y veraz con las autoridades encargadas de la investigación, aportando nuevas y decisivas pruebas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. Esta atenuante, que es la única que no requiere ningún elemento o presupuesto cronológico, pudiendo llevarse a cabo en cualquier momento del proceso, encuentra su justificación en *razones de política criminal*, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción y resolución de la causa. Esta circunstancia supone una implicación en la investigación de más enjundia y entidad que la mera confesión de la infracción (pudiéndose apreciar ambas conjunta y sucesivamente o de forma independiente una de la otra). De la dicción del precepto se desprende que no será suficiente para apreciar la atenuante una colaboración meramente circunstancial e irrelevante, que tan solo sirva para corroborar hechos ya conocidos y suficientemente acreditados por otros medios probatorios, ni una colaboración que simplemente consista en facilitar y no obstaculizar la investigación, requiriéndose una colaboración activa que se traduce en la necesidad de aportar nuevas pruebas que, a su vez, resulten decisivas para el esclarecimiento de los hechos¹⁰², ya que el sustrato fáctico de la atenuante, en opinión de la FGE, «está orientado más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma»¹⁰³.

Finalmente, la circunstancia atenuante del artículo 31 *quater* d) CP, consistente en *establecer medidas eficaces para la prevención y descubrimiento de los delitos*, responde al interés del legislador de prevenir y evitar la comisión de futuros delitos, en cumplimiento de los *finés de prevención especial de la pena*. Por este motivo, se considera positivo que en aquellos delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas debidos a defectos de organización, por no haber ejercido la persona jurídica los deberes de supervisión, vigilancia y control necesarios, atenuar su responsabilidad cuando antes del comienzo del juicio oral (requisito cronológico o temporal), se haya procedido a una inmediata revisión de su programa o modelo organizativo para detectar sus debilidades, estableciendo medidas de vigilancia y control eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (los denominados programas de autorregulación corporativa o *compliance guide*). La apreciación de la atenuante requerirá una valoración positiva o favorable (general y en abstracto) sobre la eficacia de las nuevas medidas establecidas para prevenir y/o detectar futuros delitos en su seno, que acredite

¹⁰² Por ejemplo, las aportadas al proceso en base a una propia investigación interna. *Vid.* CFGE 1/2016, de 22 de enero, pp. 32 y 33.

¹⁰³ CFGE 1/2011, ob. cit., p. 21.

el compromiso de sus dirigentes con el respeto y cumplimiento de la legalidad adoptado en el programa de *compliance*.

VII. Conclusiones

En nuestra sociedad, quienes tienen un conflicto de intereses que dilucidar ante los tribunales de justicia, y más aún, los implicados en un proceso penal, no dejan de considerar como algo íntimamente ligado a la *idea de justicia* que la decisión judicial no debe ser el resultado del mero arbitrio judicial, sino que debe aparecer unida a una cierta *previsibilidad de las decisiones de los órganos judiciales*, siendo la función más básica del principio de legalidad asegurar la certeza del Derecho, evitando la discrecionalidad judicial y la arbitrariedad y afianzando la imparcialidad y la igualdad en la aplicación del Derecho, a través del *principio de seguridad jurídica*. Igualmente, todas las partes implicadas en el proceso penal, también demandan como algo inherente a esa misma *idea de justicia*, que la duración del proceso, además de razonable, sea predecible, lo que supone una cierta *previsibilidad en la duración del proceso penal*, de modo que desde el inicio del proceso, tanto las víctimas y perjudicados como los acusados puedan tener, en función de la duración de los plazos establecidos en las leyes procesales, una estimación, aunque sea aproximada, sobre el tiempo máximo que puede tardar en finalizar el procedimiento, evitando la *inseguridad jurídica* que conlleva el absoluto desconocimiento sobre la duración del proceso penal.

En la búsqueda de un sistema de justicia penal eficaz y eficiente, no basta con que la duración de los procesos no exceda de un tiempo razonable y prudencial. Resulta imprescindible la tramitación de cada procedimiento en un tiempo óptimo y previsible, en el que se reflejen el necesario equilibrio entre la celeridad y la justicia del proceso, que no son necesariamente equivalentes¹⁰⁴. La celeridad no puede ir en detrimento de la correcta administración de justicia, de la que solo es un elemento, ni del respeto de las garantías de los justiciables¹⁰⁵, ya que como bien dice Gimeno Beviá, «del mismo modo que una justicia lenta no es justicia, tampoco lo es aquella que se imparte sin respetar las garantías procesales»¹⁰⁶.

Hasta la fecha, todas las medidas que sucesivamente se han ido implantando para reforzar y optimizar la Administración de Justicia como servicio público, han demostrado su inutilidad, lo que debería llevar al legislador a abandonar la

¹⁰⁴ «En la dualidad legalidad *versus* oportunidad, laten en tensión, paralela y recíprocamente, dos derechos fundamentales: el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». SANTANA VEGA, ob. cit., p. 123.

¹⁰⁵ GARCÍA-MALTRÁS, ob. cit., p. 14.

¹⁰⁶ GIMENO BEVIÁ, J., «La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 2, junio, 2015, p. 118.

tradicional política de reformas legislativas parciales que sigan parcheando la vetusta LECrim, de 1882, y que en palabras de Marchena y González-Cuellar, «han ido transformando un *dinosaurio jurídico* en un *ornitorrinco procesal*»¹⁰⁷ y decidirse a buscar otras vías alternativas y nuevas soluciones, si no queremos seguir asistiendo a la implementación de vanos e infructuosos proyectos en la búsqueda de una Administración de Justicia penal más ágil, rápida, eficaz y eficiente, que como los que les precedieron, están inexorablemente destinados al fracaso.

En este sentido, la doctrina procesal patria lleva años reclamando la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal adaptada a los nuevos tiempos, las transformaciones sociales, las nuevas tecnologías de la información¹⁰⁸ y las nuevas formas y manifestaciones de la criminalidad, en la que por fin tengan cabida, entre otras muchas cuestiones, manifestaciones del principio de oportunidad, donde el Ministerio Fiscal sea el Director de la investigación y se incluya la mediación penal como un sistema más de resolución de conflictos.

Sin embargo, aunque reconozco la perentoria necesidad de una nueva legislación procesal acorde a una justicia penal del siglo XXI, como penalista, no comparto ese optimismo sobre que una Ley de Enjuiciamiento Criminal de nuevo cuño, por muy adaptada que esté a los nuevos tiempos y a las demandas y necesidades de nuestra sociedad, vaya a solucionar los endémicos problemas de la justicia penal española. En mi opinión, el legislador debería ir mucho más allá, y replantearse y reformular una verdadera política-criminal española, en la que tras describir con precisión cuáles van a ser sus principales objetivos, sus fines, sus directrices y sus principios legitimadores, respecto de la prevención, el control y la reacción frente a la delincuencia, proceda a: una revisión y/o reforma legislativa y normativa global, que modernice y adapte a la nueva realidad en la lucha contra la delincuencia, todo nuestro ordenamiento jurídico-penal, para así poder contar con un cuerpo legislativo organizado, cohesionado, coherente, sistemático y ordenado; una revisión en profundidad de todos y cada uno de los organismos, servicios e instrumentos relacionados directa o indirectamente en la ejecución de la política criminal, sustentada en un conocimiento previo, preciso, serio, riguroso y exhaustivo sobre sus necesidades reales; y, finalmente, una reorganización y reestructuración realista, equilibrada, pragmática y consecuente con los recursos y medios actualmente disponibles en la lucha contra la delincuencia, de todos esos actores y organismos.

¹⁰⁷ MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR, ob. cit., p. 29.

¹⁰⁸ Pese a reformas legislativas en ese sentido como la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia o la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de los medios de investigación tecnológica.

Utopías al margen, siendo realista y pragmático, me conformo con lograr un sistema jurídico penal coherente y armónico, en el que tanto el Derecho penal como el proceso penal, asentados en una relación de complementariedad, remen en la misma dirección persiguiendo un mismo propósito, ya que la consecución de los fines y objetivos del Derecho penal, dependen de la eficacia y eficiencia del procedimiento penal.

Capítulo 18

Principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas

María de los Ángeles Villegas García

Miguel Ángel Encinar del Pozo

Magistrados. Coordinadores del Gabinete Técnico

Sala de lo Penal. Tribunal Supremo

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.—II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PERSONA JURÍDICA: 1. *Una obviedad y una necesidad*. 2. *La conformidad de la persona jurídica*: A) Conflicto de intereses entre entidad y representante. B) La conformidad parcial: a) Planteamiento. b) Independencia de responsabilidad de persona física y persona jurídica.—III. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL: 1. *Líneas generales de un nuevo sistema*. 2. *Evaluación de los programas*. 3. *Persecución del hecho*. 4. *Obtención de acuerdos*.—IV. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO: 1. *Estados Unidos*: A) *Deferred Prosecution Agreement* y *Non Prosecution Agreement*. B) *Declination letters*. 2. *La adopción por otros países del modelo estadounidense*: A) En general. B) Gran Bretaña. C) Francia. D) Alemania. 3. *Los acuerdos multijurisdiccionales*.—V. REFLEXIONES FINALES.

I. Aproximación al principio de oportunidad

El principio de oportunidad, cuya consecuencia principal es que el ejercicio de la acción penal por los órganos encargados de su formulación no resulta imperativo para todo supuesto subsumible en una norma penal —sino que se permite un margen de apreciación en cuanto a la oportunidad de la persecución—¹, tiene diversas manifestaciones en nuestro ordenamiento². Entre ellas, cabe citar la institución de la conformidad, el requisito de la denuncia o querrela en los delitos perseguibles a instancia de parte, el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal o la exclusión de la misma por la interposición de denuncia en determinados supuestos de amenazas y cohecho.

¹ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 7.ª ed., 2019, pp. 502 y 503.

² La disponibilidad sobre el ejercicio de la acción es una de las facetas del citado principio, junto con la transacción penal y la implantación de la mediación penal; CALAZA LÓPEZ, S., «Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal», *La Ley Penal*, n.º 103, 2013.

También el sobreseimiento por oportunidad previsto en el artículo 963 y ss. de la LECrim.

De conformidad con este precepto es posible que el Juez decrete el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las actuaciones, si así lo insta el Ministerio Fiscal cuando: a) el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor; b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

Y añade el legislador: «*En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado*»³.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 apuesta por una aplicación más intensa del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento. De acuerdo con su exposición de motivos,

«... un nuevo modelo procesal adaptado a las necesidades de la actual sociedad requiere la introducción limitada del principio de oportunidad. Este, con márgenes legales claramente definidos y acotados, no ha de ser entendido como mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal, sino como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad».

En síntesis, de acuerdo con los artículos 174 y ss. del Anteproyecto, el proceso penal podrá terminar, por razones de oportunidad, a instancia del Fiscal (con control del juez sobre el cumplimiento de las reglas para su ejercicio establecidas en el texto⁴) cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento.

Se establecen dos modalidades de ejercicio de esta oportunidad:

³ Para un estudio más detallado de este sobreseimiento por motivos de oportunidad, véase MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, 2015, pp. 415 a 425. También la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015 sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015.

⁴ En este sentido, dispone el artículo 180 del Anteproyecto lo siguiente:

«1. Las personas ofendidas y perjudicadas por el delito y las acusaciones personadas podrán impugnar ante el Juez de Garantías los decretos del fiscal dictados en los supuestos de los artículos 176, 177 y 179 de esta ley cuando entiendan que no se han respetado los elementos reglados que facultan al fiscal para aplicar el principio de oportunidad.

2. Son elementos reglados susceptibles de control judicial:

- a) Los límites de pena previstos en cada caso.
- b) Los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 175 y en los mismos apartados del artículo 176 de esta ley.
- c) El abandono de la actividad delictiva, la realidad de la colaboración exigida y la satisfacción de las responsabilidades civiles en el caso del artículo 179 de esta ley.

3. El procedimiento de impugnación se regirá por lo establecido en el artículo 585.

1) Supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de prisión, con multa cualquiera que sea su extensión o con privación de derechos que no exceda de diez años (art. 175 del Anteproyecto).

Será posible el archivo parcial o total siempre que:

- a) La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo.
- b) Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.
- c) La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.

En cualquier caso, no será posible el ejercicio de esta facultad cuando: a) en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación; b) el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta; c) la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo; d) la víctima sea menor de trece años.

Tampoco cuando estemos ante delitos de violencia de género o relacionados con la corrupción.

2) Supuestos de delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza (art. 176 del Anteproyecto).

En estos casos y siempre que concurren los requisitos fijados en el artículo anterior, el fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación (con el consentimiento de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos por parte del acusado) bajo condición del cumplimiento por la persona encausada de una o varias obligaciones o reglas de conducta, que son: a) indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada; b) dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente; c) entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias; d) no acudir a determinados lugares; e) no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos; f) no ausentarse del lugar donde resida; g) comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la

4. *El auto que revoque el archivo por oportunidad, por entender que no concurren los elementos reglados, ordenará la continuación del procedimiento.*

5. *Contra el auto que resuelva la impugnación del decreto del fiscal no podrán las partes interponer recurso alguno».*

Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas; h) participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares; i) someterse a tratamiento de deshabitación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización; j) cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si las obligaciones fijadas se cumplen, una vez transcurridos dos años sin que la persona investigada haya delinquido, se acordará el archivo definitivo del procedimiento. En caso contrario, se solicitará del Juez de Garantías la reapertura del procedimiento, que continuará por sus trámites.

Junto a las posibilidades expuestas, el Anteproyecto regula el «archivo provisional» y reservado para preservar la investigación de una organización criminal⁵; así como el archivo por colaboración activa contra una organización criminal. Este último supuesto se prevé para delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión, y el archivo acordado podrá dar lugar al sobreseimiento definitivo de la causa, transcurrido un plazo de cinco años, si la persona investigada no frustra con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y no reanuda la actividad delictiva.

II. Principio de oportunidad y persona jurídica

1. Una obviedad y una necesidad

Aunque es, o debería ser, obvio, es preciso afirmar que el Derecho Penal y el Derecho procesal penal han de estar absolutamente interconectados, de manera que lo que en uno se afirma, en el otro tiene que ser posible⁶.

⁵ Dispone el artículo 178 del anteproyecto:

«1. El fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal.

2. El archivo tendrá carácter reservado, excluyéndose toda audiencia o notificación que haga peligrar la finalidad perseguida con el mismo.

3. El decreto se remitirá de inmediato al Juez de Garantías con los documentos que sean necesarios para acreditar el riesgo que lo motiva, surtiendo efecto el archivo mientras no sea revocado.

4. El juez podrá recabar del fiscal informes periódicos sobre la necesidad de mantener la situación de archivo, pudiendo revocarla en cualquier momento.

Desaparecido el riesgo generado para la investigación principal y en todo caso una vez que el secreto de la misma se haya alzado, el fiscal solicitará del juez la reapertura del procedimiento archivado, que este acordará salvo que entretanto haya prescrito la infracción que constituía su objeto».

⁶ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad: cuestiones generales», en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELLO COBO, J. C. (dir.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, 2020, p. 71.

Recordar esta obviedad es más necesario que nunca tras la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuestro Derecho penal y especialmente nuestro proceso penal, ambos configurados antropocéntricamente, no están preparados para un modelo eficaz de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas⁷.

Una muestra de ello es que la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento no ha supuesto una modificación sustancial de la aplicación del principio de oportunidad con respecto a las mismas. El fundamento y alcance del principio de oportunidad son idénticos en el caso de personas físicas y personas jurídicas, sin perjuicio de algunas especialidades procesales que se recogen, por ejemplo, en el ámbito de la conformidad.

2. *La conformidad de la persona jurídica*

Una expresión de la aplicación del principio de oportunidad es la institución de la conformidad. La regulación vigente de la conformidad de la persona jurídica⁸ se recoge en el artículo 787.8 LECrim, que indica:

«Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos».

Alguno de los principales problemas interpretativos que se plantean en relación con la regulación vigente son los siguientes: i) el conflicto de intereses entre la entidad y su representante; ii) la posibilidad de la conformidad parcial.

A) *Conflicto de intereses entre entidad y representante*

En el proceso penal, la persona jurídica actúa a través de un «representante especialmente designado». Así se recoge en los artículos 119, 120 y 409 bis LECrim; y, en el caso concreto de la conformidad, en el artículo 787.8 LECrim, como ya hemos visto.

En relación con la figura de tal representante se plantea el denominado «conflicto de intereses». El mismo se suscita cuando existen divergencias entre los intereses de las personas que, en principio, estarían legalmente llamadas a

⁷ En este sentido, GIMENO BEVÍA, J., «Hacia el principio de oportunidad en el enjuiciamiento de las personas jurídicas», en *Postmodernidad y proceso europeo...*, cit., p. 217.

⁸ Con detalle, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La Ley Penal*, n.º 113, 2015; y ZARZALEJOS NIETO, J. M., «La conformidad de la persona jurídica imputada», en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. M. y GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2011, pp. 269 a 286.

llevar a cabo las funciones representativas de la entidad (sus representantes y administradores) y los intereses propios de la persona jurídica. Las estrategias de defensa de unos y otra (que pueden ostentar, simultáneamente, la condición de investigados o acusados en un proceso penal) pueden no coincidir, por lo que es necesario asegurar su debida independencia. Será así, particularmente, respecto a la persona jurídica para evitar que las personas llamadas a tomar las decisiones en su defensa lo hagan en su propio beneficio y no en el de la organización.

En el caso de la conformidad, la cuestión es sumamente relevante, ya que la emisión del consentimiento por parte del representante supondrá el reconocimiento de hechos y la asunción de responsabilidad penal para la persona jurídica.

Por ello, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal dictada hasta el momento ha sido especialmente exigente en esta materia⁹, entendiéndose que corresponde a los jueces y tribunales velar por que dicho conflicto de intereses no se produzca. Porque si en efecto existió, y la persona jurídica estuvo representada en juicio por una persona física, también acusada, con la que podían existir intereses contrapuestos, ello podría conllevar la nulidad del procedimiento siempre que, en efecto, el conflicto hubiera generado una indefensión material y real de la entidad.

En tal sentido, cabe citar las resoluciones siguientes.

1. STS (Pleno) 154/2016, de 29 de febrero.

Esta resolución contiene varias consideraciones interesantes sobre el conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona física llamada a representarle en el proceso. Declara lo siguiente:

«La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de

⁹ Sobre la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, n.º 9106, 26 de diciembre de 2017; también VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Análisis jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MAGRO SERVET, V. (coord.) *Memento Compliance Penal. Aplicación en empresas*, Francis Lefebvre, 2020, pp. 9 a 40.

optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá "... aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el "... hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...".

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de "defensor judicial" de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al "director del sistema de control interno de la entidad" (el denominado también como "oficial de cumplimiento"), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin

intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia».

2. STS 221/2016, de 6 de octubre.

Esta sentencia examina los derechos y garantías de la persona jurídica en el proceso penal, con especial hincapié en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, del que las entidades son indudablemente plenos titulares.

La resolución también alude a la importancia de que no exista una colisión de intereses entre la persona física a la que se imputa el hecho delictivo y la persona jurídica a la que también se imputa, que pueda jugar en perjuicio de uno u otro de los sujetos de la imputación. Y se remite sobre el particular a la Sentencia de Pleno, que reproduce en este aspecto.

3. STS 744/2016, de 6 de octubre.

En esta resolución se estima un recurso del Ministerio Fiscal contra un auto de archivo dictado por la Audiencia Provincial en trámite de cuestiones previas. El órgano de enjuiciamiento entendió en la resolución recurrida que no era posible celebrar el juicio oral —acordando el archivo del procedimiento— porque se había formulado acusación contra una persona física, contra la que, sin embargo, no se había abierto juicio oral. Concretamente, el juicio oral se había abierto contra la mercantil que esta persona representaba, frente a la que, por el contrario, no se había formulado acusación.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima el recurso y declara la nulidad parcial de las actuaciones, poniendo de manifiesto los distintos avatares ocurridos durante la instrucción de la causa, que habían conducido a la confusión sobre la persona contra la que realmente se dirigía la acción penal, que era una persona física en su condición de representante legal de una sociedad y no esta última.

Al analizar el *iter* procesal de los autos, la Sala de lo Penal se pronuncia sobre artículo 119 de la LECrim y las obligaciones que de él se derivan, particularmente la de efectuar un requerimiento a la entidad investigada para que designe —de manera claramente singularizada— un representante empresarial para el proceso; lo que no había tenido lugar en el caso de autos.

En definitiva, se resalta de nuevo la necesidad de que la persona jurídica esté debidamente representada en el proceso penal; lo que no siempre podrá hacerse a través de la persona física que, antes de dicho proceso, ostentaba la condición de representante de la misma.

Declara esta sentencia:

«c) Nunca el Juzgado desplegó el estatuto de inculpación específico de las personas jurídicas, pese a haber sido introducido en el artículo 119 de la LECrim por Ley 37/2011, de 10 de octubre y estar vigente desde 31 de octubre de 2011. Un estatuto que se creó con ocasión del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para evitar los conflictos de intereses que podrían producirse entre los inculpados que ostentaran la representación legal de una empresa y la entidad sometida a proceso por la que actuaran. Un estatuto que de haber sido (la persona jurídica) la investigada, hubiera obligado al órgano instructor a hacer un requerimiento a la entidad para que designara —de manera claramente singularizada— un representante empresarial para el proceso y que sólo hubiera resultado ser A (la persona física) si específicamente se le hubiere designado para este menester tras el requerimiento judicial realizado al efecto (art. 119.1.a y b LECrim)».

4. STS 31/2017, de 26 de enero.

La Sala de lo Penal aborda, de nuevo, la problemática relacionada con el conflicto de intereses en línea con las consideraciones realizadas con anterioridad en la STS 154/2016, de 29 de febrero. Examina esta cuestión al tratar el recur-

so de la sociedad recurrente que, sin embargo, no había sido condenada como autora de ningún delito, sino como responsable civil subsidiaria y se quejaba de una defectuosa citación para juicio oral.

La sentencia declara lo siguiente:

«1. Esta Sala ya ha señalado (STS n.º 154/2016, de 29 de febrero, citada por la recurrente) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas.

2. Sin embargo, en el caso, la cuestión carece de trascendencia, pues la persona jurídica recurrente no ha sido condenada como autora de ningún delito, sino como responsable civil subsidiario respecto de la indemnización a cuyo pago ha sido condenado el acusado N., por lo cual las eventuales irregularidades que hubieran podido tener alguna repercusión en el ejercicio de su derecho de defensa como acusada, no inciden en su posición como responsable civil subsidiario. Por otro lado, de la causa resulta que compareció al plenario y pudo defender su posición tanto en el concepto de acusada, en relación con el que ha resultado absuelta, como en el concepto de responsable civil subsidiaria».

5. STS 123/2019, de 8 de marzo.

En la misma línea, se pronuncia esta sentencia, que, además de referirse con carácter general a los presupuestos y al fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, analiza un supuesto de conflicto de intereses que, en esta ocasión, sí se aprecia, dando lugar a la nulidad de actuaciones.

La persona jurídica fue representada en el plenario por el mismo Procurador y Abogado que representaban y defendían a la persona física, a pesar de que ya desde la instrucción se había apreciado, y de forma razonable según la Sala, la existencia de un conflicto o contraposición de intereses entre ellos, que nadie negó, ni entonces ni posteriormente y que se obvió en el acto del juicio¹⁰.

Declara la sentencia:

«En el caso, la persona jurídica fue representada en el plenario por Procurador y Abogado, pero resultaron ser los mismos que representaban y defendían a la persona

¹⁰ El coacusado, y condenado finalmente junto a la persona jurídica como autor de varios delitos contra la Hacienda Pública, fue designado en la fase de instrucción, en un principio, como representante de dicha entidad, lo cual aparecía justificado formalmente por el hecho de ser el socio mayoritario con un 51%, Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado. El Juez de instrucción rechazó, sin embargo, tal designación, al entender que existían intereses contrapuestos con los de la sociedad (el 49% restante correspondía a otros cuatro socios y el citado, también acusado, había sido designado Consejero Delegado junto con otros dos socios) e instó el nombramiento de otro representante. Esta decisión no fue tenida en cuenta en el acto del Plenario, donde se le volvió a citar como representante de la entidad.

física, a pesar de que, ya desde la instrucción se había apreciado la existencia de un conflicto o contraposición de intereses entre ellos, que nadie negó, ni entonces ni posteriormente. Es razonable entender que su defensa no fue lo efectiva que debería haber sido, al menos en lo que se refiere concretamente a la citación y presencia de su representante en dicho acto.

En relación con esta cuestión, se recordaba en la STS n.º 668/2017, de 11 de octubre, que “En la STS 583/2017, 19 de julio, insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Decíamos entonces que ‘... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”’.

Además, a diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia.

En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado, designándose de oficio, si fuera pertinente».

6. STS 483/2020, de 30 de septiembre.

En esta resolución, se trata específicamente la cuestión de la representación de la entidad en el acto del juicio y la prestación del consentimiento para la conformidad. La persona jurídica interpone recurso de casación, indicando que no ha existido una conformidad por su parte, y la resolución señala lo siguiente:

«2. Corresponde a esta Sala evitar las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado.

(...) 3. La regla prevista en el art. 786 bis de la LECrim no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquélla.

(...) En el supuesto, el acusado Sr. A., como administrador de derecho y hecho de las personas jurídicas Y. y Z., respectivamente, presta su conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal el 18 de mayo de 2017, y también en el acto del juicio oral y, a su vez, designa tras la apertura de juicio oral al Letrado B. para que actúe en nombre y representación de las citadas compañías, conforme al poder que aporta el mismo, en el que se le faculta, entre otras actuaciones, a transigir o allanarse, allanamiento con la pena que tuvo lugar en este caso, sin que además consten intereses contrapuestos entre el acusado y las citadas entidades.

En ningún momento el Sr. A., ni el letrado Sr. B. muestran su disconformidad con la calificación presentada por el Ministerio Fiscal, sino todo lo contrario, ya que del escrito que obra en el folio 158 del Rollo de Sala, se pone de relieve que el 18 de Mayo Z. suscribió la conformidad con la calificación ante el Ministerio Público, que en consecuencia nada tiene que alegar a la misma, y que por ello se solicita que se tenga por presentado el escrito de defensa en los citados términos. Sin que la defensa designara a persona física alguna para su intervención en el juicio oral en nombre de la persona jurídica, por lo que ninguna indefensión se le causó a la entidad recurrente, diferente respuesta hubiera tenido la alegación si se hubiera propuesto a una determinada persona en representación de la sociedad y se hubiera admitido la prueba por el Tribunal, pero no es el caso.

Por lo expuesto, no procede entrar a analizar el motivo basado en vulneración del art. 24 CE, derecho a la presunción de inocencia, ante la existencia de conformidad con los hechos, calificación y pena por parte de la acusada Z., ya que nadie puede ir contra sus propios actos. Además, como hemos analizado ello implicaría un fraude que debe ser evitado, ante una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad, en concreto en el desarrollo del juicio oral, lo que sin duda afecta también a la escueta y consiguiente motivación de la prueba en la sentencia de instancia».

7. Conclusión.

En definitiva, el representante de la entidad que pretenda prestar la conformidad en nombre y representación de la misma deberá ser: i) el representante especialmente designado; ii) que cuente con poder especial para realizar tal acto; y iii) que no tenga un conflicto de intereses con la entidad (de ser así, deberá ser otro representante quien preste la conformidad).

B) *La conformidad parcial*

a) Planteamiento

Cuando existe una pluralidad de acusados, la regla general en materia de conformidad es que sólo cabe si todos ellos se conforman simultáneamente (arts. 655, 697 y 787.2 LECrim)¹¹. Sin embargo, si en el proceso actúa una persona jurídica, se permite una conformidad parcial, ya que el artículo 787.8 LECrim, *in fine*, indica que la conformidad «podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos».

Ello supone que la persona jurídica podrá alcanzar una conformidad de manera independiente y poner fin al proceso, sin perjuicio de que continúe en relación con las personas físicas que también estuvieran acusadas junto a ella.

El supuesto que, quizás, sea el más conocido en este ámbito es de la condena por conformidad del *F.C. Barcelona*, en el denominado «*caso Neymar*». La SAP Barcelona (Secc. 8.ª) de 14 de diciembre de 2016 condenó a la citada entidad como autora de dos delitos contra la Hacienda Pública. La conformidad fue parcial y el juicio oral contra las personas físicas acusadas aún está pendiente de celebrarse¹².

¹¹ Es cierto que esta afirmación, derivada de la redacción de los citados preceptos, está siendo matizada por una corriente jurisprudencial reciente. Así, por ejemplo, la STS 84/2021, de 3 de febrero, señala que la regla general es que, si no existe unanimidad entre los acusados para alcanzar una conformidad, la sentencia deberá basarse respecto a todos ellos, en la prueba practicada; y que si alguno de los acusados no asume la decisión de los demás de conformarse con la acusación del Fiscal, es necesaria la celebración del juicio para todos (art. 697 LECrim). Pero, a continuación, añade que la infracción de estos principios no supone sin más la nulidad de lo actuado, si no concurre indefensión material. Por ello, declara:

«3.3. En el caso presente (...) el hoy recurrente no se conformó con la acusación del Fiscal, por lo que, conforme a la doctrina expuesta, el juicio debió continuar para todos, pero con la aquiescencia, también de todos, incluido L., se dividió la continencia de la causa, dictándose sentencia de conformidad para los conformados, y se celebró, meses más tarde, el presente juicio para el único acusado que no se había conformado. (...) Siendo así, no se aprecia indefensión alguna. Como reconoce el propio recurrente, su defensa no formuló objeción alguna a ese enjuiciamiento por separado, limitándose en el segundo juicio a oponerse a la pretensión del Ministerio Fiscal de presentar como prueba documental la sentencia anterior de conformidad —sin que en el trámite de cuestiones previas formulara alegación alguna en relación a la indefensión que ahora denuncia—. Juicio en el que no declararon los coimputados ya condenados, por lo que tal conformidad no se tuvo en cuenta, como prueba de cargo, para formar su convicción sobre la concreta participación del hoy recurrente, sino que valoró exclusivamente las pruebas practicadas en el juicio oral contra el único acusado que no se conformó. Prueba que se detalla en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, constituida, fundamentalmente, por las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil, con carnet profesional N. y V. que realizaron el seguimiento de las operaciones y conversaciones telefónicas, practicaron la detención de los acusados y ocuparon la droga que L. y B. iban a intercambiar».

¹² La STS 263/2021, de 23 de marzo, ha resuelto sobre cuál es el órgano competente para seguir conociendo del procedimiento.

La razón de ser de esta excepción, que permite la conformidad parcial, es la independencia entre el ilícito que comete la persona física y el que comete la persona jurídica. Este es uno de los fundamentos de nuestro sistema de imputación de responsabilidad penal a las entidades.

b) Independencia de responsabilidad de persona física y persona jurídica

Con respecto a esta cuestión, dos han sido las fórmulas que se han defendido, íntimamente relacionadas con la concepción que se tuviera de la naturaleza misma de las personas jurídicas y, por ende, de su capacidad para ser penalmente responsables¹³:

- i) Un modelo de heteroresponsabilidad o responsabilidad vicarial, en el que la persona jurídica es responsable porque lo es la persona física que actúa en su nombre y beneficio, que le «transfiere» su culpabilidad¹⁴.
- ii) Un modelo de autorresponsabilidad o modelo de responsabilidad por hecho propio, en el que la responsabilidad de la persona jurídica depende de una acción y culpabilidad propias de la persona jurídica, al margen de la persona física.

¹³ Véase al respecto, VILLEGAS GARCÍA, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, vol. 31, 2017, pp. 8 y 9.

¹⁴ El paradigma de modelo de responsabilidad vicarial es el vigente en la jurisdicción federal de los Estados Unidos. Se trata de un modelo de responsabilidad vicarial o modelo de responsabilidad por hecho de otro, basado en la doctrina civil del *respondeat superior*, según el cual, la responsabilidad se «transfiere» desde el representante o empleado de la entidad que comete el delito a esta misma; que es culpable del hecho porque lo es la persona física. Es suficiente, en definitiva, la comisión de un delito por cualquier directivo, empleado o representante de la entidad —en el ámbito de las competencias que le correspondan en la organización y con la intención de beneficiarla— para que la misma sea penalmente responsable de dicha infracción.

Según el modelo federal, el hecho de que la entidad se haya dotado de un programa de cumplimiento normativo, aun cuando el mismo pudiera ser calificado de eficaz, no le eximirá de responsabilidad. Esto no significa, sin embargo, que la tenencia de uno de estos programas sea irrelevante, como tampoco lo es la valoración de otros factores relacionados con el comportamiento de la entidad (entre ellos, particularmente, la colaboración con las autoridades). El papel de estos elementos es clave, pero no en el momento de dirimir su responsabilidad penal ante un jurado sino en el momento de fijar la pena correspondiente o a la hora de que el Fiscal (que tiene el monopolio de la acción penal) decida si alcanza un acuerdo con la organización y de qué tipo. Para un conocimiento detallado del sistema estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase VILLEGAS GARCÍA, M. A., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, 2016.

Sobre la influencia que este modelo ha tenido en el resto de mundo, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Compliance programs y DPA: una nueva etapa en el camino hacia un “Derecho anticorrupción” sin fronteras», *Working Paper Ie Law School*, AJ8-233, 30-07-2016, p. 6 (este artículo se corresponde con el trabajo ganador del X Premio José María Cervelló de Derecho de los Negocios, convocado por la Cátedra José María Cervelló de *IE Law School* y Ontier). También, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Aranzadi, 2020.

En este último modelo no existe transferencia de responsabilidad desde la persona física que comete el ilícito de que se trate a la persona jurídica, sino que ésta responde por un hecho propio, que es, esencialmente, no haber organizado su estructura de una manera adecuada para que no se cometieran ilícitos en su seno. Es un modelo basado en la culpabilidad de la propia organización que se materializará de ordinario en la existencia de un déficit organizativo que ha posibilitado la comisión de un delito¹⁵.

La instauración en el año 2010 del artículo 31 bis CP generó una fuerte discusión doctrinal sobre cuál era el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado por el legislador español¹⁶.

La importante reforma introducida en el año 2015 (precedida por una anterior en el año 2012, que afectó a los partidos políticos y sindicatos), que desarrolló ampliamente el precepto, con referencias más claras a aspectos tales como los modelos de organización y gestión, avivó la discusión, que empezaba también a estar presente en las resoluciones de los Juzgados y Tribunales, no siempre coincidentes.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo medió pronto en esta controversia y ha fijado los contornos de nuestro modelo de responsabilidad penal de las

¹⁵ VILLEGAS GARCÍA, M. A., «La responsabilidad penal...», cit., pp. 8 y 9.

¹⁶ Para autores como Del Rosal Blasco o Rodríguez Mourullo el modelo instaurado era un modelo de responsabilidad vicarial o por hecho de otro que no incorporaba la culpabilidad de organización, lo que según ellos mismos advertían generaba importantes obstáculos dogmáticos. Véase DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, n.º 1, del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 103, Época II, mayo 2011, p. 92. También RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estados», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudios*, Madrid, 2011, p. 427.

Para otros autores, estos problemas dogmáticos —especialmente, la quiebra del principio de culpabilidad que hubiera implicado la consagración de un modelo de responsabilidad por hecho de otro—, exigía que el precepto citado fuera interpretado en el sentido de que el déficit organizativo al que se aludía debía concurrir, no sólo cuando, como parecía indicar el texto, el delito se cometiera por aquellas personas que actuaran bajo las órdenes de los directivos y porque éstos no hubieran ejercido sobre ellas el debido control; sino también cuando el delito se hubiera cometido por las personas mencionadas en el párrafo primero del apartado primero del precepto. Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal*, 1.ª ed., 2010, p. 396. También, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El delito de “sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la Circular 1/2010 de la FGE», *Diario La Ley*, n.º 7694, 14 de septiembre de 2011, pp. 10 y 11.

La Circular de la Fiscalía 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, sostenía que la concepción que latía en el nuevo precepto era la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual «*algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos*».

personas jurídicas a través de una línea jurisprudencial que podemos considerar consolidada y cuyos hitos más relevantes son los siguientes:

1) STS 514/2015, de 2 de septiembre.

Esta resolución marca el «punto de partida» para futuras interpretaciones sobre nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas: cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho Penal. De esta afirmación se colige que no es posible en nuestro ordenamiento un modelo de imputación de las organizaciones que descansa en la mera transferencia de responsabilidad desde la persona física a la persona jurídica.

2) STS (Pleno) 154/2016, de 29 de febrero.

Se refiere expresamente al modelo de imputación de las personas jurídicas. Con respecto a esta cuestión, para la Sala de lo Penal no admite dudas, a la vista del artículo 31 bis CP, especialmente tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, constatada la previa comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización —como presupuesto inicial—, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevegan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran dicha organización.

3) STS 221/2016, de 16 de marzo.

Esta Sentencia continúa la senda de la resolución del Pleno respecto al modelo de imputación reconocido en el artículo 31 bis CP: la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa en el reconocimiento de un injusto propio (delito corporativo). No basta para la condena de una persona jurídica la constatación de que se ha cometido un delito por parte de la persona física. Para afirmar dicha responsabilidad, habrá de acreditarse, además, que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, continúa esta resolución, a partir de la reforma de 2015.

4) A partir de estas resoluciones, se han dictado varias sentencias que reiteran y resaltan la independencia entre la responsabilidad de la persona física que comete el delito y la responsabilidad de la persona jurídica¹⁷. Son las siguientes:

¹⁷ De esta línea parece apartarse la STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019, respecto a la imputación de los delitos cometidos por directivos de la entidad (art. 31 bis.1, letra a), CP), ya que considera que el comportamiento de estos «legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente. Ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro».

- STS 516/2016, de 13 de junio¹⁸.
- STS 455/2017, de 21 de junio.
- STS 668/2017, de 11 de octubre.
- STS 506/2018, de 25 de octubre.
- STS 123/2019, de 8 de marzo.
- STS 234/2019, de 8 mayo.
- STS 499/2019, de 23 de octubre.

III. La superación del sistema actual

1. Líneas generales de un nuevo sistema

La actual situación en materia de aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es claramente insatisfactoria. A nuestro juicio, el ordenamiento español debe ser más ambicioso y optar por un modelo más flexible. Sobre todo, porque de esta manera se garantizará a las entidades mercantiles que su decisión de implantar programas de cumplimiento normativo puede ser «recompensada» tanto en el plano procesal como sustantivo.

Los programas de cumplimiento normativo son una pieza clave de nuestro modelo. Su posición nuclear ha sido consagrada por la interpretación que del artículo 31 bis CP ha hecho la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ya hemos indicado que no basta, para la condena de la persona jurídica, la constatación de la comisión de un delito por parte de la persona física —en nombre y en beneficio directo o indirecto de aquella—, sino que será precisa la indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales de la entidad que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa.

En consecuencia, si este déficit no queda acreditado o, dicho de otro modo, si lo que consta acreditado es que los sistemas preventivos implementados en la organización para evitar la comisión de delitos funcionaron correctamente, la entidad quedará exonerada de responsabilidad penal. Este efecto (sin duda, beneficioso) para las empresas supone que están compelidas fácticamente a contar con tales programas, aunque no exista una obligación impuesta legalmente sobre el particular¹⁹.

¹⁸ Aclarada por auto de 28 de junio de 2016.

¹⁹ Sólo existe una previsión obligatoria específica en el ámbito de los partidos políticos, tal y como resulta del artículo 9 bis de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio (modificada por la Ley

En definitiva, la responsabilidad penal de la persona jurídica (una vez iniciado el proceso penal) dependerá, en gran medida, del juicio que merezca, en su caso, su programa de cumplimiento normativo²⁰.

Estos programas de cumplimiento normativo implican, por otro lado, una apuesta decidida del legislador por la autorregulación en las personas jurídicas. Una apuesta tan seria que la entidad que se dote de uno de estos programas, y cumpla al hacerlo con los presupuestos establecidos a estos efectos, podrá incluso quedar exonerada de responsabilidad penal si se iniciara un proceso contra la misma de esta naturaleza.

Es más, si observamos precisamente los presupuestos que para estos programas se prevén en el apartado cinco del artículo 31 bis CP, el legislador no solo quiere que las entidades intervengan en la prevención de las infracciones criminales a través del establecimiento de programas de cumplimiento destinados a ello, sino también que colaboren en la detección y sanción de estas conductas.

En efecto, de acuerdo con el citado precepto, uno de los presupuestos indispensables de estos programas será la inclusión de un procedimiento eficaz y adecuado para permitir la realización de una denuncia e investigar, en consecuencia, la posible comisión de los delitos ocurridos en el seno de la organización.

Por tanto, para el Código Penal los programas de cumplimiento normativo deben tener eficacia preventiva (análisis de los riesgos penales, autonomía del órgano de control y dotación financiera), pero también deben favorecer la detección de los ilícitos (obligación de informar sobre posibles incumplimientos y riesgos) y la reacción adecuada ante los mismos (sistema disciplinario y sanción de los incumplimientos).

A pesar de lo expuesto y de las cuantiosos costes que las personas jurídicas y, particularmente, las empresas, tendrán, en consecuencia que asumir para hacer frente al nuevo marco, nuestro ordenamiento no ofrece ningún instrumento para que aquellas empresas que cumplan diligentemente tales obligaciones y asuman, en consecuencia, el nuevo papel que el legislador les exige, puedan esgrimir dicha diligencia para evitar verse sometidas a un proceso penal cuando se cometan infracciones penales que le sean imputables de acuerdo con el artículo 31 bis CP.

Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos), que señala: «*Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal*». Al margen de esta norma, el Código Penal no recoge un deber de tenencia de un programa de cumplimiento, pero es evidente que lo «*impone de facto*», a la vista de los efectos exoneratorios (art. 31 bis CP) o atenuatorios que le confiere [art. 31 quater, letra d), CP].

²⁰ Con más detalle, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Hacia una guía de valoración de los programas de “compliance” para el proceso penal», *La Ley Penal*, n.º 142, 2020.

En la situación actual, las entidades no tienen un cauce para solicitar que su programa de cumplimiento normativo sea evaluado antes del inicio del proceso penal (y por una autoridad distinta de la judicial). Por ello, no pueden evitar el inicio mismo del proceso, con el consiguiente riesgo reputacional²¹ y el coste económico que supone. En consecuencia, la entidad «cumplidora», aquella comprometida con la ética empresarial y la cultura del respeto al Derecho, está en la misma posición que la entidad «incumplidora», que haya decidido dar la espalda a cualquier compromiso ético. Una y otra se verán sometidas necesariamente a un proceso penal (siempre de resultado incierto) para depurar sus responsabilidades²².

Por ello, desde nuestro punto de vista, resulta indispensable la introducción en nuestro ordenamiento de mecanismos de flexibilización que permitan a las entidades evitar el proceso penal, «presentado a examen» su programa de cumplimiento ante el Ministerio Fiscal y, con base en él, alcanzar acuerdos que les permitan no someterse a un proceso penal. Son precisas reformas legales que, con esta finalidad, amplíen las posibilidades de alcanzar acuerdos entre la Fiscalía y las personas jurídicas y que hagan pivotar sobre el Ministerio Fiscal la evaluación de los programas de cumplimiento normativo.

En definitiva, sería necesario modificar el sistema actual sobre la base de tres elementos: i) la evaluación de los programas por parte del Ministerio Fiscal; ii) la persecución del hecho exclusivamente a instancia del Ministerio Fiscal; y iii) la posibilidad de alcanzar acuerdos entre Ministerio Fiscal y entidades.

2. *Evaluación de los programas*

Actualmente, las empresas que, en ejecución de un compromiso ético y legal, hayan implementado eficazmente un programa de cumplimiento normativo —a pesar de que no haya evitado el ilícito cometido por la persona física— no pueden acudir al Ministerio Fiscal para que este evalúe dicho programa y, en su caso, decida no ejercitar contra ella acciones penales. La regulación actual del principio de oportunidad impide que el Ministerio Fiscal pueda asumir ese papel con todas las garantías.

Algunos autores han planteado la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pudiera realizar esta labor de «depuración» de responsabilidades en el marco de

²¹ El riesgo reputacional es el peligro que tiene una marca de perder su valor o una organización de perder su capacidad de persuadir; KOENIG, D. R., *Governance Reimagined: Organizational Design, Risk, and Value Creation*, 2012, p. 160.

²² El efecto disuasorio que ello tiene sobre la cultura del cumplimiento es evidente, sobre todo, de cara al fomento de la práctica de investigaciones internas en las que las propias empresas detecten los ilícitos cometidos en su organización y depuren responsabilidades, porque la práctica pronta y diligente de estas investigaciones y, en su caso, la revelación de su resultado a las autoridades no halla la recompensa merecida, que sería la de eludir el proceso penal.

las diligencias de investigación, reguladas en el artículo 773.2 LECrim y en el artículo 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²³, defendiendo así un archivo «pre-procesal» a favor de la persona jurídica que se haya dotado de un adecuado programa de cumplimiento normativo. El programa se valorará, a estos efectos, de conformidad con los criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión que la propia Fiscalía puso de manifiesto en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. Esta Circular enumera una serie de criterios para que los Fiscales puedan comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis CP y así evaluar la existencia e idoneidad del modelo.

Esta opción, sin embargo, plantea dificultades importantes²⁴. En primer lugar, la práctica de estas diligencias deberá terminar tan pronto como se tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 773.2, último párrafo, LECrim). En segundo lugar, aun cuando culminasen con una decisión de archivo (porque el Ministerio Fiscal entendiese que la entidad no ha incurrido en responsabilidad penal tras la valoración de su programa de cumplimiento), ello no evitaría el inicio posterior de un proceso penal contra la misma entidad y por idénticos hechos (a instancia de una acusación particular o popular), en el que se podría alcanzar además una conclusión distinta y donde los actos de investigación practicados durante tales diligencias no tendrían eficacia probatoria, tal y como ha declarado la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (STS 980/2016, de 11 de enero)²⁵.

²³ Véase TORRAS COLL, J. M., GIMENO BEVÍA, J. y FORTUNY CENDRA, M., «Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos», *Diario La Ley*, n.º 9443, 25 de junio de 2019.

²⁴ Advertidas igualmente por los autores de la propuesta.

²⁵ Declara esta sentencia lo siguiente:

«Por más flexibilidad que quiera atribuirse al heterodoxo modelo que rige en nuestro sistema, el acto procesal, por definición, es de naturaleza jurisdiccional. Los actos de prueba susceptibles de integrar la apreciación probatoria a que se refiere el art. 741 de la LECrim sólo pueden emanar de un órgano jurisdiccional. Esta idea forma parte de los pilares de la lectura constitucional del proceso penal y así ha sido proclamado en numerosos precedentes por la propia jurisprudencia. De hecho, en los modelos sujetos a una investigación dirigida por el Fiscal es habitual la preocupación legislativa encaminada a diferenciar, incluso en el plano estrictamente formal, la documentación de aquéllas. Reciben así distinto tratamiento, en bloques sistemáticos singularizados, las diligencias practicadas por el Fiscal, inidóneas para integrar la apreciación probatoria, y las referidas al debate propio del juicio oral. Esta forma de concebir el tratamiento de los actos de investigación ha llegado a tener encaje en los trabajos prelegislativos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cfr. arts. 430 y 431 del proyecto de Código Procesal Penal de 2013).

Conforme a esta concepción, parece evidente que atribuir, sin más, eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por el Fiscal, al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773 de la LECrim, supondría subvertir la genuina naturaleza y la

En definitiva, y como hemos adelantado, en el actual marco procesal, aun cuando una entidad se haya dotado de un programa de cumplimiento normativo eficaz tendrá muy difícil evitar una imputación judicial²⁶.

Cuando dicha imputación se produzca y, por tanto, una vez iniciado el proceso penal, serán los jueces y tribunales los que deberán evaluar el programa de cumplimiento normativo.

En este punto, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, si bien contiene una regulación del principio de oportunidad en términos más amplios que los actuales (art. 90 y arts. 174 y ss.), no recoge menciones específicas ni respecto a las personas jurídicas ni a los citados programas de cumplimiento.

En este contexto, nos parece necesario el replanteamiento de cuál ha de ser el papel del Ministerio Fiscal en la persecución de las personas jurídicas, de manera que esa valoración de los programas de cumplimiento no se realice necesariamente en el proceso penal y por parte de la autoridad judicial, sino que se lleve a cabo, con carácter inicial, por el Ministerio Fiscal. De esa valoración dependería que se ejercitaran o no acciones contra la entidad.

3. Persecución del hecho

En línea con las consideraciones anteriores, una vez instaurada una adecuada y pronta evaluación de los programas de cumplimiento por parte del Ministerio Fiscal, si los mismos merecen un juicio positivo, sería necesaria la introducción de las reformas legales necesarias para que la persecución de las entidades quedara condicionada a la formulación de la correspondiente denuncia por parte del Ministerio Fiscal, a modo de requisito de procedibilidad. De tal modo que le correspondiera en exclusiva la decisión sobre si procede o no ejercer acción penal contra la persona jurídica.

El hecho de poder eludir el sometimiento a un proceso penal, si merecen un juicio positivo, puede ser un claro incentivo para la implementación y desarrollo de los programas de cumplimiento.

4. Obtención de acuerdos

En la regulación actual, la única posibilidad de alcanzar un acuerdo entre acusación y persona jurídica acusada es la conformidad. Sin embargo, la misma no evitará la condena de la entidad, aunque sea atenuada, y puede llegar después

funcionalidad predicable de aquél. Como venimos insistiendo sólo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria por el órgano decisorio.

²⁶ Véase TORRAS COLL, J. M., GIMENO BEVÍA, J. y FORTUNY CENDRA, M., «Instrumentos alternativos...», cit., p. 8.

de varios años de tramitación de un proceso judicial con el daño económico y reputacional que ello puede suponer.

No parece que esta situación vaya a ser modificada sustancialmente en el caso de que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 llegara a ser aprobado. Las diferencias con la regulación vigente son escasas. Concretamente, su artículo 85 señala:

«1. La persona especialmente designada para representar a la entidad encausada podrá prestar la conformidad siempre que cuente con poder especial otorgado por la persona jurídica.

2. La conformidad se prestará conforme al procedimiento establecido en esta ley con las siguientes salvedades:

a) comprobada por el tribunal la existencia de poder especial, la conformidad se entenderá prestada sin que sea preciso ningún acto de ratificación;

b) la conformidad podrá prestarla la persona jurídica independientemente de la posición que adopten las demás personas encausadas y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre respecto de estas».

Estas reglas generales se completan con lo que dispone el artículo 167 del Anteproyecto:

«1. Solo será posible la conformidad cuando se refiera a todas las personas encausadas por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa.

2. Podrá, no obstante, dictarse sentencia de conformidad para quienes presten su consentimiento cuando solo queden fuera del acuerdo las personas jurídicas encausadas.

En este último caso, la valoración de las declaraciones testimoniales que se realicen en el juicio oral por las personas físicas que hayan sido condenadas mediante sentencia de conformidad se realizará conforme a la regla establecida para la declaración de los coacusados en el artículo 693.3 a) de esta ley».

Las reformas legales futuras deberían reflejar una ampliación de las posibilidades de alcanzar acuerdos entre la Fiscalía y las personas jurídicas. Estos acuerdos deberían ser posible tanto respecto a aquellas entidades que, finalmente, no queden sometidas a un proceso penal, como respecto de aquellas que sí lo hagan, e incluir, entre otros extremos, dos que nos parecen fundamentales: i) la introducción en sus estructuras de reformas destinadas a prevenir futuras conductas ilícitas; ii) la imposición de sanciones y medidas destinadas a reparar, en su caso, los daños y perjuicios causados de una forma rápida y eficaz.

La experiencia en este campo del Derecho comparado nos merece un juicio positivo, a la hora de plantearse una futura reforma legal.

IV. La experiencia del derecho comparado

1. Estados Unidos

La gran mayoría de los procesos iniciados contra personas jurídicas en EE.UU. culmina con acuerdo con la Fiscalía²⁷. A estos acuerdos se han unido con fuerza, en los últimos tiempos (especialmente a partir del año 2018), las denominadas *declinations with disgorgement* o *declination letters*. En ninguno de estos supuestos el asunto es juzgado ante un Jurado ni es sometido a ningún escrutinio judicial, sino que culmina o con un acuerdo entre las partes o con una decisión unilateral de la Fiscalía.

A) Deferred Prosecution Agreement y Non Prosecution Agreement

En EE.UU., la gran mayoría de los procedimientos penales no llega a juicio, sino que termina con un acuerdo entre el Fiscal —regido por un principio de oportunidad discrecional²⁸— y el acusado. Las personas jurídicas no son una excepción²⁹.

Los tipos de acuerdos que se pueden alcanzar son, fundamentalmente, los tres siguientes. En primer lugar, un *plea guilty* en los que la entidad reconoce su culpabilidad, a cambio de una pena más leve o de ser acusada por menos delitos

²⁷ Este dato es especialmente acusado en el ámbito de la aplicación de una norma concreta: la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. La *FCPA* es una norma dictada por los EE.UU. y que persigue a las empresas que realicen sobornos de funcionarios públicos en el extranjero. Fue aprobada por el Congreso Federal de los Estados Unidos en 1977, después de que las investigaciones que siguieron al caso Watergate pusieran al descubierto que el soborno de funcionarios extranjeros era una práctica extendida entre las compañías estadounidenses que operaban fuera del país. Tras su aprobación, EE.UU. se convirtió en el primer país en prohibir este tipo de prácticas.

La bibliografía sobre la *FCPA* es ingente, si bien una excelente síntesis de su contenido, alcance y supuestos conocidos en que ha sido aplicada puede consultarse en DETZNER, J. A., «Compañías y personas no estadounidenses y la *FCPA*: la ley contra prácticas corruptas en el extranjero», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 796, 15 de abril de 2010, pp. 1 a 12 (traducción del original «Non-U.S. Companies and Persons and the *FCPA*: The Foreign Corrupt Practices Act», *Foreign Corrupt Practices Act Reporter*, Publisher's Editorial Staff, 2010). Por otra parte, una completa exposición del contenido de la *FCPA* y de su aplicación en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede consultar en VILLEGAS GARCÍA, M. A., *La responsabilidad criminal...*, cit., pp. 461 a 500; y respecto a su influencia en todo el mundo, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción...*, cit.

²⁸ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, cit., pp. 507 y 508. Sobre el papel del Fiscal en el proceso penal de los Estados Unidos, véase MEDWED, D. S., *Title Prosecution Complex: America' Race to Convict and Its Impact on the Innocent*, 1.ª ed., 2012.

²⁹ De conformidad con las estadísticas publicadas por la *U.S. Sentencing Commission*, el 93,6% de las organizaciones contra las que se formuló acusación en el año 2020 alcanzaron un *plea guilty* antes de llegar a la fase de juicio oral. Los delitos más frecuentes por las que fueron acusadas fueron delitos contra el medio ambiente y fraude financiero; véase *2020 Annual Report and Sourcebook of Federal Sentencing Statistics* (disponible en <<https://www.uscc.gov>>).

o por un delito menos grave. Pero también puede alcanzar un *non-prosecution agreement* o un *deferred prosecution agreement*. En estos casos no se llega a formular propiamente un *plea guilty*. En un *non-prosecution agreement* —*NPA*—, el Fiscal acepta no formular acusación, a cambio de que el imputado cumpla una serie de condiciones. En un *deferred prosecution agreement* —*DPA*—, la Fiscalía sí presenta su escrito de acusación ante el Tribunal, pero no insta la continuación del procedimiento a cambio del cumplimiento por el imputado de una serie de condiciones. En uno y otro caso, si las condiciones establecidas no se cumplen el proceso penal seguirá su curso, formulándose acusación, en el primer caso, o instando su continuación, en el segundo³⁰.

El contenido típico de un *DPA* (y también de un *NPA*) sería el siguiente: i) admisión de responsabilidad por parte de la entidad; ii) compromiso de colaborar con las investigaciones que estén en marcha, incluyendo aquellas que afecten a sus agentes y empleados; iii) el pago de multas y otras sanciones pecuniarias; iv) la obligación de mejorar los programas de cumplimiento, en ocasiones, bajo la supervisión de un monitor a costa de la propia entidad; v) la renuncia al derecho a un juicio rápido; vi) la inclusión de una disposición expresa, según la cual, si la compañía cumple el acuerdo el procedimiento penal no continuará, pero si lo incumple, se formulará acusación contra ella, y entonces, el reconocimiento de hechos incluido en el acuerdo equivaldrá, en el proceso penal, a una admisión de hechos; y vii) la inclusión de una declaración general de que el acuerdo no vincula a otras partes³¹.

Como se infiere de lo que acabamos de exponer, en los Estados Unidos, es la Fiscalía quien «controla» *de facto* la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas³².

³⁰ VILLEGAS GARCÍA, M. A., *La responsabilidad criminal...*, cit., pp. 361 a 363. También, GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2016, pp. 193 a 201.

³¹ En este sentido, SULLIVAN, J. R., «How Prosecutors Apply the “Federal Prosecutions of Corporations” Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What Means for the Purpose of the Federal Criminal Sanction», *51 Am. Crim. L. Rev.*, 29 (2014), pp. 53 y 54; y BRICKEY, K. F., «Perspectives on Corporate Criminal Liability», *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper n.º 12-01-2012, p. 25.

³² Algunos autores consideran que el rol reservado a la acusación pública ha jugado, desde un principio, un papel fundamental en la evolución y forma de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho estadounidense. Véase al respecto, DISKANT, E. B., «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure», *18 Yale L. J.*, 126 (2008); en este trabajo se hace un estudio sumamente interesante sobre la influencia que la forma de entender el proceso penal ha tenido en la evolución que ha experimentado en EE.UU. la responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente a otros países europeos, entre ellos, Alemania. También, STUNTZ, W. J., «The Pathological Politics of Criminal Law», *100 Mich. L. Rev.*, 505 (2001); este autor resalta el papel que ha jugado la Fiscalía en la expansión que el Derecho Penal ha experimentado en EE.UU. Se afirma en este trabajo que la historia de tal Derecho es la historia de una colaboración tácita entre el

A la hora de decidir cómo actuar en un caso concreto —particularmente en el caso de entidades que ejerzan una actividad económica—, los fiscales federales deben tener en cuenta los criterios que son publicados por la Fiscalía General y que están recogidos en el apartado 9-28.000 del *Justice Manual*³³. Estos criterios marcan el camino para decidir cuándo iniciar o declinar la persecución penal de las conductas, por qué delitos se formula acusación, si se alcanza algún acuerdo y de qué tipo y para instar, en su caso, la pena correspondiente.

Además, la ejecución y seguimiento de los *DPAs* (y los *NPA*s) permiten a la Fiscalía intervenir en la vida interna de las compañías. Basta con comprobar que este tipo de acuerdos suele incluir, entre otras, las siguientes medidas: mejoras en la política de comunicación interna y de formación de la entidad; revisión de sus políticas de *compliance*; adopción de un nuevo programa de cumplimiento; el cierre de una determinada línea de negocios o la realización en ella de cambios para prevenir y compensar las prácticas ilícitas detectadas; la contratación de nuevo personal para el departamento de *compliance* y la realización de cambios en el personal directivo de la compañía al más alto nivel³⁴.

Además, y esta es una medida especialmente intensa, también es frecuente que estos acuerdos impongan a la entidad el nombramiento de un *monitor* que supervise todas o parte de estas mejoras.

A la vista de lo expuesto, es fácil inferir que son muchas las críticas que, desde distintas perspectivas, han despertado los *DPAs* entre la doctrina. Se alerta sobre el aumento de poder de la Fiscalía, que parte frente a las empresas de una posición claramente ventajosa, dado el riesgo que estas afrontan si se ven sometidas a un proceso penal, y que utiliza dicha posición para «imponer» acuerdos que le permiten intervenir en la vida interna de las compañías³⁵.

legislador y la Fiscalía, que ha generado una expansión progresiva del mismo, de la que ambos se han beneficiado y de la que los jueces han sido, poco a poco, marginados.

³³ Este manual es actualizado constantemente de forma paralela a cómo se van actualizando las políticas del *DOJ*. Una de las más importantes, que incluso le dio su denominación actual (antes se conocía como *Attorneys' Manual*) fue en septiembre de 2018 y afectó, entre otras áreas, a los criterios de actuación con respecto a las personas jurídicas (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*) para, esencialmente, incorporar las distintas modificaciones que se habían ido produciendo al respecto. Debe tenerse presente que las primeras normas de la Fiscalía General para unificar los criterios de actuación de los Fiscales en esta materia se publican en junio de 1999. Se denominaron *Federal Prosecution of Corporations* y fueron también conocidas con la denominación de *Holder Memo*, en atención al Fiscal que las promovió (Eric H. Holder). A partir de ese momento se han ido actualizando: la primera vez lo fueron en 2003, a través del conocido como *Thompson Memo*; a este le siguieron el *McNulty Memo*, en 2006; y, después, el *Filip Memo*, en 2008. En el año 2015 se produjo una actualización muy importante como consecuencia del conocido como *Yates Memo*, que fue sin embargo matizada posteriormente, una vez evaluado su impacto, en el año 2018.

³⁴ GRIFFITH, S. J., «Corporate Governance in an Era of Compliance», *57 William & Mary L. Rev.*, 2075 (2016), pp. 2089 y 2090.

³⁵ VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Compliance programs y *DPA*...», cit., p. 34; GOLUMBIC, C. E. y LICHY, A. D., «The “Too Big to Jail”: Effect and the Impact on the Jus-

No obstante estas críticas, lo cierto es que estos acuerdos, como se defiende asimismo desde ciertos sectores doctrinales³⁶, suelen ser eficaces y tienen un efecto positivo en el fomento de unos estándares éticos más uniformes en las entidades. Porque, aun cuando su contenido puede variar en función de la naturaleza de los hechos de los que derive y del tipo de entidad afectada, las condiciones que imponen suelen tener cierta similitud; de manera que estas se convierten en un buen indicador de las políticas que las compañías deben adoptar para prevenir la corrupción, siendo pues sumamente ilustrativo atender a ellas a estos efectos³⁷.

Desde este último punto de vista se defiende, en cierta medida, un cierto papel «uniformizador» de este tipo de acuerdos que, más allá de imponer obligaciones concretas a las compañías infractoras, estaría imponiendo nuevas prácticas y nuevas formas de hacer negocios³⁸ que se «globalizan» a través de la consecución de los mismos.

De hecho, como luego veremos, este tipo de acuerdos se ha exportado a otros países, entre ellos, varios europeos³⁹.

B) Declination letters

Además de los acuerdos expuestos, es también posible que el proceso penal contra una persona jurídica termine incluso antes de haber empezado, porque el Fiscal «decline» el ejercicio de la acción penal, poniendo fin a toda investigación contra ella.

Tradicionalmente esta forma de terminar el proceso penal —*declination*— se aplicaba en situaciones en las que no existían pruebas suficientes para perseguir a la persona investigada, por lo que de ordinario no se hacía público. En la actualidad, sin embargo, esta vía de resolución del proceso penal se está utilizando de forma muy distinta:

tice Department's Corporate Charging Policy», *65 Hastings L.J.*, 1293 (2014); UHLMANN, D. M., «Deferred prosecution and non-prosecution agreement and the erosion of corporate criminal liability», *72 Md. L. Rev.*, 1295 (2013), pp. 1325 y 1326; BAER, M. H., «Governing Corporate Compliance», *B.C. L. Rev.*, 949 (2009).

³⁶ BINKOVITZ, I. A., «Recent Changes in U.S. and U.K. Overseas Anti-Corruption Enforcement Under the FCPA and the U.K. Bribery Law: Private Equity Compliance», *3 Mich. Bus. & Entrepreneurial L. Rev.*, 75 (2013), pp. 89 a 92.

³⁷ VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Compliance programs y DPA...», cit., p. 34.

³⁸ VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Compliance programs y DPA...», cit., p. 34. También, GRIFFITH, S. J., «Corporate Governance...», cit., p. 2090.

³⁹ Al inicio del encuentro ministerial anti-corrupción de la OCDE, en París, en marzo de 2016, distintas organizaciones (entre otras, Transparencia Internacional) reclamaron que la OCDE regulara unos estándares para los acuerdos alcanzados en casos de corrupción en el extranjero, para así mejorar su eficacia y efecto disuasorio.

- 1) Se está empleando en casos en los que sí hay base para acusar pero en los que, sin embargo, se utiliza para premiar la plena colaboración de la entidad.
- 2) Estas *declinations* se deben hacer públicas.

Es posible, por tanto, que el proceso penal contra una persona jurídica termine, incluso antes de haber empezado, a través de una *declination*, que implica que el Fiscal declina el ejercicio de acción penal. Estas *declinations* se reflejan en un documento, de apenas una o dos páginas, en el que se describe, por un lado, cuál ha sido la conducta ilícita protagonizada por la compañía y sus detalles; y por otro, cuáles han sido los factores tenidos en cuenta por el *Department of Justice (DOJ)* para tomar la decisión de no perseguir penalmente a la compañía⁴⁰.

Estas *declination letters* son algo distinto a un *NPA* o a un *DPA*. No son propiamente acuerdos, sino una decisión unilateral de la Fiscalía de no iniciar siquiera el proceso penal y cesar toda investigación que, como tal, no exige ningún comportamiento de la entidad beneficiada para mantener dicha decisión⁴¹.

En todas ellas, sin embargo, existe un «reconocimiento», al menos implícito, pues no solo se firman por el representante del *DOJ* sino también por el de la entidad que, con dicha firma, da «su visto bueno» a la descripción de los ilícitos y del comportamiento de la entidad que en ellas se contienen.

Además, y esto es esencial, establecen la obligación de las compañías de devolver los beneficios obtenidos con la actividad ilícita cometida (*declination with disgorgement*).

Esta forma de «terminar» el proceso penal, como los acuerdos, no está exenta de críticas, particularmente, en lo que se refiere a la imposición de esta obli-

⁴⁰ Por ejemplo, en una *declination letter* de 19 de septiembre 2019, el *DOJ* anunciaba su decisión de no ejercer acciones penales contra *Quad/Graphics Inc.*, una multinacional gráfica, a pesar de que sus filiales en Perú y en China habían estado abonando sobornos para asegurarse contratos con agencias gubernamentales o retrasar el pago de impuestos o penalizaciones derivadas del retraso en la ejecución de contratos pendientes.

Para tomar esta decisión, el *DOJ* valoró, entre otros, los siguientes criterios contenidos en la *FCPA Corporate Enforcement Policy* y también en los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*: i) la pronta y voluntaria revelación de la compañía sobre lo que estaba ocurriendo; ii) la completa investigación interna que había desarrollado; iii) su completa y proactiva colaboración con las autoridades, que incluyó la comunicación de todos los hechos relevantes y su compromiso de seguir colaborando en el futuro en esta investigación o en cualquier otra relacionada con ella; iv) la naturaleza y gravedad del delito; v) la ausencia de antecedentes; vi) los pasos dados por la entidad para remediar la situación, incluyendo los encaminados a mejorar su programa de cumplimiento normativo, extinguir los contratos de los empleados implicados en los ilícitos y terminar su relación con aquellos terceros también implicados en lo ocurrido; y vi) el compromiso de la entidad de devolver a la *SEC* todos los beneficios obtenidos.

⁴¹ En este sentido, WOODY, K., «Declinations with Disgorgement in FCPA Enforcement», *51 Mich. JL Reform*, 269 (2018), p. 291. También EARLE, B. y CAVA, A., «The Mystery of Declinations Under the Foreign Corrupt Practices Act: A Proposal to Incentivize Compliance», *49 UC DL Rev.*, 567 (2015), p. 599.

gación de devolver lo ilícitamente obtenido —*disgorgement amount*—. Esta disposición, según algunos autores, podría entrar en colisión con la concepción tradicional del *disgorgement* y puede dar lugar a abusos por parte de la Fiscalía ya que, en realidad, está «deteniendo» sus investigaciones «a cambio» de una determinada cantidad de dinero (esos supuestos beneficios). Por otro lado, las compañías pueden ser proclives a aceptar esta condición dados los costes que implica alargar sus investigaciones internas y sus negociaciones con la Fiscalía⁴².

Además, se destaca, también desde una perspectiva crítica, que, como en el caso de los acuerdos, esta forma de resolución no está sometida a ningún control judicial y que de ordinario no ha supuesto la persecución de las personas físicas responsables de los hechos⁴³.

En cualquier caso, estamos ante una forma expeditiva de solventar una vulneración de la ley que, claramente, fomenta la denuncia voluntaria y las investigaciones internas, pues concede a las empresas que lo hagan la «recompensa», no ya de no verse sometidas a un juicio, sino ni siquiera de tener que alcanzar un acuerdo con la Fiscalía, siempre mucho más gravoso. Una solución que, por otro lado, garantiza la pronta restitución y la devolución de los beneficios obtenidos, evitando así tanto la continuación de la actividad ilícita como su aprovechamiento.

2. La adopción por otros países del modelo estadounidense

A) *En general*

Algunas de las claves del modelo estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como son sus formas de resolución de los procesos penales, se están «exportando» a otros países. Esta exportación del modelo está teniendo lugar especialmente en el ámbito de la lucha contra la corrupción en el seno de las empresas⁴⁴.

El estudio publicado en marzo del año 2019 por la OCDE con el título *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, y elaborado por el Grupo de trabajo sobre corrupción⁴⁵ revela esta realidad. En él se hace un estudio detallado de las distintas fórmulas que los países de la OCDE han implantado para resolver los casos de corrupción (contra personas físicas y jurídicas), a través de

⁴² WOODY, K., «Declinations with...», cit., pp. 292 a 301.

⁴³ En esta línea, véase KOEHLER, M., «Has the FCPA Been Successful in Achieving Its Objectives», *4 U. Ill. L. Rev.*, 1267 (2019), pp. 1293 y 1294.

⁴⁴ Sobre esta cuestión, véase VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción...*, cit.

⁴⁵ Disponible en <<https://www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm>>.

fórmulas que no implican la celebración de un juicio. Estas, destaca el preámbulo del informe, pueden permitir una más firme persecución de los delitos de soborno, tanto a nivel interno como a nivel internacional, pues permiten la consecución de acuerdos que alcancen a varios países (acuerdos multijurisdiccionales).

La influencia estadounidense en la adopción de estas fórmulas y, entre ellas, de los *DPAs*, es evidente. Este tipo de acuerdos son, según el citado informe⁴⁶, un vehículo importante para la ejecución de las normas antisoborno, que ha sido adoptado por varios países mientras otros están considerando hacerlo.

Entre los primeros, están, por ejemplo, Australia, Japón o Canadá.

En julio del año 2017, Transparencia Internacional en Canadá publicaba un informe en el que, tras analizar la aplicación de estos acuerdos, con sus pros y contras, recomendaba al gobierno de ese país que considerara la posibilidad de su inclusión en el ordenamiento, como una vía de incrementar la transparencia y promover la cultura del cumplimiento, particularmente en el ámbito de la lucha contra la corrupción⁴⁷. Estos acuerdos, destacaba el informe, bien diseñados e implementados, tienen el potencial de apoyar el incremento de la ejecución de las normas anticorrupción, promoviendo la denuncia voluntaria y el cumplimiento por parte de las compañías.

Al año siguiente, y tras un período de consulta pública, su consagración en el ordenamiento canadiense bajo la denominación de *Remediation Agreement Regime* era una realidad. Según el Gobierno canadiense estos acuerdos dotarán a la Fiscalía de mayor flexibilidad para exigir responsabilidad a las compañías y permitirán evitar algunos daños colaterales que pueden afectar a terceros «inocentes» como accionistas o empleados. Se espera además que sirvan para fortalecer sus programas de cumplimiento⁴⁸.

Los fiscales alcanzarán este tipo de acuerdo cuando su consecución obedezca al interés público y solo en determinados delitos económicos como sobornos o fraudes, entre otros. Su contenido es bastante similar al estadounidense (en cuanto a los elementos a valorar para lograrlo y las condiciones que a través de él se puede imponer a las empresas) pero, y como ocurre con el modelo británico (que ahora veremos), el acuerdo debe ser aprobado por un juez⁴⁹.

En Europa, Gran Bretaña y Francia también han adoptado ya el modelo.

⁴⁶ *Resolving Foreign Bribery Cases...*, cit., p. 50.

⁴⁷ CASSIN, R. L., «TI-Canada recommends a deferred prosecution agreement scheme (with conditions)», *The FCPA Blog*, 12 de julio de 2017.

⁴⁸ *Resolving Foreign Bribery Cases...*, cit., p. 37.

⁴⁹ Su regulación detallada puede consultarse en el Código Criminal de Canadá (715.3 - Part XXII.1 - *Remediation Agreements*).

B) *Gran Bretaña*

En Gran Bretaña, estos acuerdos están en vigor, desde el 24 de febrero de 2014, tras la modificación de la *Crime and Courts Act* de 2013, para determinados delitos de naturaleza económica. Compartiendo también su esencia con el modelo federal estadounidense (se pueden imponer condiciones muy similares), el británico presenta, sin embargo, como el canadiense, una diferencia importante, cual es un mayor control judicial. En efecto, de conformidad con las previsiones contenidas en la norma citada, iniciadas las negociaciones, su existencia deberá ponerse en conocimiento del Tribunal⁵⁰ para que este declare que la consecución del acuerdo será probablemente beneficioso para los intereses de la Justicia y que los términos propuestos son justos, razonables y proporcionados⁵¹. Así mismo, una vez conseguido, el Tribunal deberá aprobar el acuerdo declarando que, en efecto, el mismo es en interés de la Justicia y que sus términos son justos, razonables y proporcionados⁵².

C) *Francia*

El Reino Unido no es el único país en Europa que ha importado los *DPAs*. También lo ha hecho Francia.

La adopción de estos acuerdos en el país galo encontró en principio algunas dificultades. El Consejo de Estado, en marzo de 2016, se mostró contrario a que el proyecto de ley para la transparencia y modernización de la vida económica, que pretendía, entre otras cosas, prevenir el soborno en el extranjero e intensificar la lucha contra él, incluyera estos acuerdos. Según el Ministro de Economía del país galo, con su introducción se pretendía reforzar la lucha contra este tipo de corrupción, teniendo muy en cuenta, precisamente, el impacto que para la imagen y la soberanía del país tenía que empresas francesas fueran castigadas por estas conductas en otras jurisdicciones, entre ellas, Estados Unidos⁵³.

⁵⁰ Este Tribunal es la *Crown Court*.

⁵¹ Véase el anexo 17 de la Ley, apartado siete.

⁵² Véase el anexo 17 de la Ley, apartado octavo. En Irlanda se estudió una posible reforma y la comisión nacional encargada de la cuestión criticó la falta de control judicial de los *DPAs* estadounidenses de manera que consideró que era preferible el modelo británico que sí incluía este control. Véase <<https://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/03/05/the-u-s-corporate-dpa-program-an-international-embarrassment/>>.

⁵³ En noviembre de 2015, la compañía francesa de transporte *Alsmton* alcanzó un acuerdo con la Fiscalía Federal de los Estados Unidos (en su caso un *plea guilty*). La compañía fue condenada a abonar 772.290.000 dólares por haber pagado más de 75 millones en sobornos a funcionarios extranjeros, en países como Indonesia, Arabia Saudí o Egipto. La compañía fue condenada por un Juez Federal del Distrito de Connecticut después de que, en diciembre del año 2014, hubiera alcanzado un acuerdo con la Fiscalía y se hubiera declarado culpable de varias violaciones de la *FCPA*. Junto a ella fueron condenadas, también de conformidad con los respectivos acuerdos alcanzados con la Fiscalía, varias de sus filiales, acusadas de haber conspirado para vulnerar la *FCPA*. Para imponer la multa (que era, en ese momento, la más alta de las impuestas), se tuvieron

Estas dificultades fueron finalmente superadas. Los *DPAs* se incluyeron en el ordenamiento francés, en diciembre de 2016, mediante la *Loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, y con el nombre de *convention judiciaire d'intérêt public* (*Public Interest Judicial Agreement*). Como en el caso británico, el modelo francés prevé que estos acuerdos se sometan a la validación judicial⁵⁴, previa audiencia de la persona jurídica y la víctima del delito, si es que existe.

Este tipo de acuerdos debe incluir una o más de las siguientes obligaciones: i) abonar una multa al Tesoro Público francés, que será proporcional a las ventajas obtenidas a través de delito y cuyo máximo será el 30% del volumen anual de negocios (basado en los tres últimos que sean conocidos); ii) implementar una programa de cumplimiento normativo bajo la supervisión de la *Agence Française Anti-Corruption (AFA)*, por un plazo máximo de tres años y a costa de la entidad; iii) compensar a todas las víctimas que se identifiquen en la cantidad y en la forma que se fije en el acuerdo.

Para orientar a las empresas, en junio de 2019, la *Parquet National Financier (PNF)*⁵⁵ y la *AFA* publicaron unas directrices que establecen las condiciones que las empresas deben cumplir para poder llegar a celebrar una *convention judiciaire d'intérêt public*. No son vinculantes, pero aportan información y pautas a las entidades que pretendan negociar un acuerdo de tal naturaleza⁵⁶.

Esta importación por parte de Francia —país que no pertenece a los llamados países del *common law*— de una práctica genuinamente estadounidense, como son los *DPA*, es significativa y buena muestra de lo que claramente es la globalización del modelo de EE.UU.

Ante la evidencia de que las empresas francesas están siendo perseguidas y castigadas por la jurisdicción americana, se decide reformar el ordenamiento para que sea la jurisdicción francesa quien castigue a sus empresas nacionales. Para ello no solo se amplía la posibilidad de la aplicación extraterritorial de las leyes francesas, sino que se importa y adapta un instrumento como los *DPAs* que

en cuenta, entre otros factores, hechos tales como que la entidad no reveló voluntariamente los ilícitos que se estaban cometiendo, su negativa a colaborar con las investigaciones durante varios años o la carencia de un programa de *compliance* cuando tuvieron lugar los pagos ilícitos.

⁵⁴ La autoridad judicial competente para la validación se recoge en el artículo 41-1-2-II del *Code de procédure pénale*. Inicialmente, después de la entrada en vigor de la *Loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016* era el Presidente del *tribunal de grande instance*, que puede designar para tal labor a un juez del indicado órgano. Si bien, actualmente, la referencia al *tribunal de grande instance* debe entenderse hecha al *tribunal judiciaire*, de acuerdo con lo dispuesto por la *Ordonnance n.º 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

⁵⁵ La *PNF* es un organismo creado en 2013 para la persecución de la delincuencia económica y financiera de gravedad.

⁵⁶ Se trata de las *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*. Sobre ellas, KROUTI, M. y DUFOURQ, P., «Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public», *Dalloz Actualité*, 12 de julio de 2019.

permite un castigo rápido y eficaz de las personas jurídicas implicadas en prácticas corruptas con la imposición, en la mayoría de las ocasiones, de medidas destinadas a mejorar los programas de *compliance* y con ello a reducir la probabilidad de que las prácticas ilícitas se repitan en el futuro.

D) *Alemania*

En Alemania no está prevista legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, sí existe responsabilidad de naturaleza administrativa para las mismas a causas de los delitos que se cometan por determinadas personas en su seno. Tal responsabilidad se recoge en el § 30 de la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG) y sus presupuestos son los siguientes:

- 1) Debe existir una actuación de una persona física que tenga capacidad para representar a la persona jurídica.
- 2) Esa actuación constituye una infracción penal (o administrativa).
- 3) Esa actuación ha supuesto la vulneración de obligaciones que incumben a la persona jurídica.
- 4) A causa de tal actuación, la persona jurídica se ha enriquecido o se ha debido enriquecer.

La norma citada se complementa con lo que dispone el § 130 OWiG, que recoge, en síntesis, una responsabilidad basada en la omisión dolosa o imprudente, por parte del titular de un negocio o empresa, de las medidas de vigilancia necesarias para prevenir la comisión de delitos (o infracciones administrativas)⁵⁷.

La imposición de las sanciones corresponde a las autoridades administrativas, con la excepción de los supuestos en los que la norma otorga esta competencia al Ministerio Fiscal (§ 42 OWiG)⁵⁸ o a la autoridad judicial (§ 45 OWiG)⁵⁹.

En el ejercicio de sus facultades, las autoridades competentes, de acuerdo con el § 47 de la norma, pueden hacer uso de lo que se denomina una «discrecionalidad vinculada» y no continuar con el procedimiento que sea de su competencia. Además, de ordinario, suele suceder que no imputarán a aquellas en-

⁵⁷ Un ejemplo reciente de la aplicación de estas normas es la sanción (por un total de 1.000 millones de euros) que se impuso a la entidad *Volkswagen*, en el año 2018, en el conocido como *Dieseldgate*, derivado de la manipulación de vehículos respecto a la emisión de gases en los motores diésel.

⁵⁸ El Ministerio Fiscal será el competente en aquellos supuestos en los que la infracción administrativa esté conectada con el delito cometido, y existirá esta conexión cuando una persona sea acusada del delito y de la infracción administrativa o si con respecto al mismo hecho una persona es acusada del delito y otra del ilícito administrativo.

⁵⁹ La autoridad judicial será competente cuando el Ministerio Fiscal persiga una infracción administrativa junto con un delito conexo. En estos casos, el juez competente para enjuiciar este último, lo será también para la primera.

tidades que gocen de un programa de cumplimiento normativo y que hayan colaborado en la investigación⁶⁰.

Este sistema de exigencia de responsabilidad para las entidades ha sido objeto de crítica y actualmente existen trabajos legislativos en trámite para reformarlo.

Concretamente, se trata del *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*. Este proyecto regula la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por los administradores o por otra persona, si los administradores de la entidad no han adoptado precauciones razonables para evitarlo o dificultar su comisión.

El proyecto recoge, entre otras cuestiones, normas sobre las investigaciones internas, el conflicto de intereses entre la entidad y sus representantes y las formas de perseguir procesalmente a las personas jurídicas.

Así, la tramitación del procedimiento contra la entidad tiene carácter obligatorio (principio de legalidad), pero el Proyecto incluye excepciones varias a esta regla general:

- 1) El Fiscal, con el consentimiento del tribunal responsable de la apertura del procedimiento penal, puede abstenerse de perseguir a la asociación si el hecho es trivial o de escasa entidad (§ 35).
- 2) El Fiscal, con el consentimiento del tribunal responsable de la apertura del procedimiento penal y de la entidad, puede abstenerse temporalmente de presentar denuncia e imponer una serie de condiciones e instrucciones, hasta un plazo de 2 años (si bien la autoridad judicial puede revocar las condiciones e instrucciones y ampliar el plazo una vez por un período de seis meses). Si la asociación cumple con las condiciones e instrucciones, la responsabilidad de la asociación ya no se puede perseguir (§ 36).

Las condiciones que se pueden imponer se recogen en el § 12 y son: i) actos de reparación del daño causado; y ii) pagar una suma de dinero a favor del Estado.

Las instrucciones según el § 13 son las que se consideren necesarias para evitar la comisión de actos ilícitos en la asociación y se puede exigir una certificación al efecto de un organismo competente.

- 3) El Fiscal puede abstenerse de perseguir a la asociación si se espera que se imponga una sanción a la asociación en el extranjero (§ 38). Mientras tanto, puede establecer la condición de que la asociación informe a intervalos regulares sobre el estado de los procedimientos en el extranjero de manera adecuada.

⁶⁰ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., «Introducción», en NIETO MARTÍN, A. y ARROYO ZAPATERO, L. (dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, 2013, p. 21.

- 4) Si una asociación notifica al Fiscal que está llevando a cabo una investigación interna, el Fiscal puede abstenerse de perseguir a la asociación hasta que se complete la investigación interna. La fiscalía puede fijar un plazo para la presentación del informe final de la investigación interna (§ 41).

3. *Los acuerdos multijurisdiccionales*

Un reflejo esencial de la confluencia entre Europa y los Estados Unidos en el modelo de persecución de las personas jurídicas son los acuerdos multijurisdiccionales.

El hecho de que los distintos países estén armonizando sus sistemas procesales penales (especialmente en el ámbito de la lucha contra la corrupción) ha dado lugar a la aparición de este tipo de acuerdos.

Un acuerdo multijurisdiccional se alcanza entre una entidad mercantil y las autoridades de los Estados implicados en la persecución de su actividad ilícita. Este tipo de acuerdos parte de una coordinación para determinar: i) qué país es el candidato más adecuado para liderarlo (que no necesariamente debe ser, en todo caso, EE.UU.); ii) cuáles son las clases de acuerdo que se alcanzan según esté diseñado el sistema procesal de cada uno de ellos (lo que supone, evidentemente, que debe existir un esquema común de ejercicio de acciones por parte del Fiscal basado en el principio de oportunidad); iii) cuáles son los importes de las multas y sanciones que se han de satisfacer en cada país; y iv) cuál es el alcance y forma de cumplir las medidas y condiciones que se impongan a las entidades.

Las consecuencias de esta clase de acuerdos son, a nuestro juicio, claramente beneficiosas. Evitan largos y costosos procesos judiciales, superan los condicionamientos de los instrumentos formales de cooperación jurídica internacional, se efectúa una distribución de sanciones y, por ende, del consecuente resarcimiento, entre Estados y evita que las empresas se vean inmersas en diferentes procesos independientes, ya sea de manera simultánea o sucesiva, que supongan una multitud de penalizaciones por los mismos hechos. En este sentido, es importante destacar que, a medida que aumenta el número de este tipo de acuerdos, las autoridades estadounidenses modulan el importe de las sanciones a imponer según cual sea el importe de las sanciones impuestas en otros países. De esta manera se evita la duplicidad de sanciones y se incentiva a las empresas a cooperar plenamente con las jurisdicciones implicadas.

Uno de los acuerdos multijurisdiccionales más importante se ha alcanzado en el caso *Airbus*.

Airbus SE es una compañía fabricante de aviones civiles y militares con sede en Francia. En enero de 2020, esta entidad ha alcanzado simultáneamente tres

acuerdos con las autoridades francesas, británicas y estadounidenses como conclusión de las investigaciones sobre actos de soborno en diversos países del mundo. Entre otras condiciones, el acuerdo en conjunto supone sanciones por un importe aproximado de 4.000 millones de dólares.

En relación con EE.UU., la entidad firmó un *DPA* con el *DOJ*, en el que ha admitido que, al menos desde 2008 hasta 2015, realizó actos contrarios a la *FCPA*⁶¹. Así, procedió a ofrecer y pagar sobornos a diversas personas, incluidos funcionarios extranjeros, para obtener ventajas comerciales inadecuadas y para obtener negocios tanto de empresas privadas como de entidades estatales. Sus subordinados, entre otras actuaciones, enviaron correos electrónicos mientras se encontraban en EE.UU. y proporcionaron viajes de lujo a funcionarios extranjeros dentro de EE.UU. Para ocultar y facilitar esta trama de sobornos, contrató a ciertos socios comerciales, en parte, para que lo ayudaran. Entre, aproximadamente, 2013 y 2015, *Airbus* contrató a un socio comercial en China y conspiró para hacerle pagos que estaban destinados a ser utilizados como sobornos a funcionarios en China, en relación con la aprobación de acuerdos para la compra y venta de aviones a aerolíneas estatales chinas.

Las cantidades a abonar en concepto de multas, sanciones y fianzas son varias, y cabe destacar que el *DOJ* impuso una sanción penal por violación de la *FCPA* por importe de 2000 millones de dólares, si bien compensa la misma hasta un total de 1800 millones de dólares, teniendo en consideración las sanciones impuestas en Francia. Según el acuerdo, el *DOJ* suspende el enjuiciamiento por un plazo de 3 años, pero no consideró necesario imponer un *monitor* a la entidad. *Airbus* acordó continuar cooperando con el *DOJ* en cualquier investigación y enjuiciamiento en curso relacionados con la conducta irregular, incluida la determinación de las personas responsables, y mejorar su programa de cumplimiento.

En Francia, *Airbus* alcanzó el acuerdo con la *PNF*, reconociendo haber pagado sobornos a funcionarios y ejecutivos de líneas aéreas en China y Arabia Saudí, que le ha supuesto abonar 2300 millones de dólares⁶². La *PNF* acordó suspender el enjuiciamiento de la entidad por un plazo de 3 años, durante los cuales deberá cumplir una serie de condiciones, entre ellas someter su programa de cumplimiento a controles específicos llevados a cabo por la *AFA*.

En el Reino Unido, la entidad llegó a un acuerdo con la *SFO*, en relación con actos de soborno en Malasia, Sri Lanka, Taiwán, Indonesia y Ghana. La entidad aceptó abonar aproximadamente 1000 millones de dólares. También se suspende el ejercicio de la acción penal por tres años y, dado que ya existe un control por parte de la *AFA*, no se impone otro mecanismo de control por parte de la *SFO*.

⁶¹ El *DPA* está disponible en <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1242051/download>>.

⁶² El acuerdo está disponible en <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2020-02/CJIP%20AIRBUS%20version%20fran%C3%A7aise_0.pdf>.

En consecuencia, Francia es el país que «lidera» el acuerdo, a la vista del importe de las sanciones que impone y del hecho —no casual precisamente— de que sean sus autoridades las que controlen los esfuerzos de cumplimiento normativo por parte de *Airbus*.

Sin duda, sería sumamente beneficioso para nuestro ordenamiento que pudiera participar, si fuera preciso, en acuerdos de este tipo. Evidentemente, no será posible si no se realiza una revisión profunda de nuestro sistema procesal actual.

V. Reflexiones finales

La interconexión necesaria entre el Derecho Penal y el Derecho procesal penal exige la introducción en nuestro ordenamiento de instrumentos de flexibilización que permitan a las entidades evitar el proceso penal.

La eficacia del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas exige la regulación de un principio de oportunidad que contemple las especificidades que se refieren a tales entes.

Este principio de oportunidad se debería reflejar, no solo en la decisión del Ministerio Fiscal de no ejercer la acción penal sino, también y particularmente, en una mayor amplitud de las modalidades de acuerdos a los que puede llegar con las personas jurídicas.

Resulta indispensable que la regulación de estos acuerdos incluya la posibilidad de imponer a las personas jurídicas, para evitar el proceso penal, el cumplimiento de determinadas condiciones que comprendan, no solo el pago de las multas correspondientes, sino también medidas destinadas a la reparación de los daños causados a las víctimas que, de esta forma, lograrían dicha reparación de una manera mucho más ágil y rápida y sin tener que esperar durante años la culminación del proceso penal.

Desde esta perspectiva, no se advierte cuál puede ser el aspecto negativo de la introducción del principio de oportunidad en la persecución de las personas jurídicas, si, lógicamente, partimos de un entendimiento adecuado de dicho principio, así como del modelo de responsabilidad penal previsto en el artículo 31 bis CP.

Al contrario, su implementación es compatible con la imposición de sanciones adecuadas y proporcionadas y tendría efectos claramente positivos, pues, insistimos, fomentaría tanto una pronta resolución de los asuntos con el consiguiente ahorro de costes, como, sobre todo, una pronta reparación de los daños causados. De la misma manera permitiría «premiar» a aquellas entidades realmente comprometidas con la cultura del respeto al Derecho, lo que, a su vez, incentivaría dicho compromiso.

En definitiva, es la hora de ser valientes.

SEGUNDA PARTE

DIÁLOGOS

Primera Cuestión: En un momento en el que el principio por excelencia del proceso judicial, principio de legalidad, parecía exclusivo y excluyente —casi bloqueado— en nuestro sistema procesal penal, aparece el denominado «principio de oportunidad» y se tambalean los cimientos de nuestro asentado proceso penal. ¿A usted le parece positiva, en este incipiente momento y a la luz de la nueva regulación de este principio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanta «oportunidad» como la que se nos viene encima?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional:* A mi juicio, la contraposición entre legalidad y oportunidad podría dificultar un adecuado enfoque de la materia que se somete a nuestra consideración. La legalidad no está reñida con la oportunidad si, como en este caso, se pretende la introducción del principio de oportunidad reglada, es decir, el ejercicio de una serie de facultades de terminación anticipada del proceso conforme a unos presupuestos y requisitos fijados en la propia norma. Desde esta perspectiva, creo que los cimientos del proceso penal no se tambalean, sino que se complementan y se diversifican, ofreciendo a la ciudadanía nuevas posibilidades de adecuar la respuesta penal a las circunstancias del caso concreto.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia:* Toda reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que aspire a mejorar los tiempos de la justicia penal debe contemplar el principio de oportunidad como una de las herramientas fundamentales para conseguir este objetivo.

La reforma que tenemos en ciernes propone la introducción de una oportunidad reglada que sujeta a límites y requisitos. De este modo, la oportunidad reglada será una suerte de discrecionalidad y no de arbitrariedad que será susceptible de ulterior control.

No debemos olvidar que el Ministerio Fiscal viene haciendo uso de ese principio de oportunidad sin mayores estridencias en la jurisdicción de menores en la que tiene atribuida la instrucción de los procedimientos penales, por lo que la experiencia en este ámbito —teniendo en cuenta las obvias diferencias derivadas de las tipologías delictivas que predominan en el proceso de menores— debería servir para anticipar que los escenarios en que nos encontraremos al trasladar ese principio de oportunidad a la jurisdicción de mayores.

Segunda Cuestión: La primera manifestación de oportunidad de la que se habló en España fue la relativa a la concesión, al Ministerio Fiscal, del poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el ulterior mantenimiento de la

pretensión penal. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 90.1 establece, en esta línea, que «el MF podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando así lo autorice expresamente esta Ley». ¿Cuál es su opinión al respecto de esta atribución, al MF, de la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad bajo control judicial? La regulación proyectada constituye una clara apuesta por una «oportunidad reglada», como opción intermedia —e híbrida— entre dos sistemas extremos: el de legalidad pura y el de oportunidad libre. De no parecerle adecuado el nuevo sistema: ¿Considera que el MF del nuevo proceso penal debiera ejercitar, siempre y en todos los casos, la acción y mantener la pretensión (legalidad pura) o, acaso, debiera confiársele —siempre al MF, se entiende— un pleno e incondicionado poder de disposición sobre el inicial ejercicio de la acción y el ulterior mantenimiento de la pretensión punitiva (oportunidad libre)?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: Lo primero que conviene recordar es que, actualmente, existen algunas expresiones del principio de oportunidad reglada que no han generado controversia ni han encontrado notables dificultades en su aplicación práctica. Me refiero, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que —como es conocido— permite al fiscal «desistir de la continuación del expediente» en determinados supuestos (delito menos grave o falta, sin violencia o intimidación grave), en función de la «gravedad y circunstancias de los hechos y del menor». En estos casos, el desistimiento queda condicionado a la reparación del daño causado o al seguimiento de actividades educativas, pero también se ofrece la opción de alcanzar un acuerdo de conciliación (tras la oportuna mediación) con la víctima de la infracción penal. Una vez cumplidas las condiciones, se acordará el sobreseimiento del expediente. En este marco, los Equipos Técnicos adscritos a las Secciones de Menores de las Fiscalías juegan un papel esencial (art. 27 de la citada norma). De hecho, en los mismos supuestos, el equipo puede proponer el sobreseimiento del expediente cuando los trámites ya realizados sean suficientemente expresivos del adecuado reproche para el menor, o por considerarse inadecuada para su interés cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En todo caso, los acuerdos de sobreseimiento se someten al control del Juez de Menores.

Conforme al principio de unidad de actuación (art. 124 CE), los fiscales han de seguir unos criterios homogéneos para aplicar este instrumento de oportunidad. En este caso, se pueden consultar en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores* (apartados VI.2.C y VI.4.A). Estos criterios deben integrarse y ampliarse con los expuestos en la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* (apartado IV.5).

La segunda manifestación del principio de oportunidad se encuentra regulada en el artículo 963.1-1.^a LECrim, que permite al Juez de Instrucción acordar el sobreseimiento de un juicio por delito leve, a solicitud del Ministerio Fiscal, en determinados supuestos (infracción de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor). Para ello, será preciso que «no exista un interés público relevante» en su persecución, en función de una serie de elementos de ponderación que, en el caso de las infracciones patrimoniales, se describen en el propio precepto. Este mecanismo puede ser aplicable a las otras modalidades de juicio por delito leve, según remisión expresa de los artículos 964.2.a) y 965.1.1.^a LECrim.

Como en el caso anterior, la Fiscalía General del Estado ha fijado los criterios generales de actuación en esta materia, a través de la Circular 1/2015, de 19 de junio, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015* (apartado 4).

En este contexto normativo, no puede considerarse extraño que el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal incluya instrumentos de aplicación del principio de oportunidad reglada que, como se ha expuesto, se están llevando a la práctica con toda normalidad. En mi opinión, la oportunidad reglada es un mecanismo idóneo para conjugar, por un lado, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado desde la vigencia irrenunciable del principio de legalidad y, por otro, la introducción de formas alternativas para la terminación anticipada del proceso, a fin de adaptar la respuesta penal a las circunstancias del caso concreto, favoreciendo la reinserción social de la persona responsable de la infracción, y gestionando de forma más eficiente los recursos personales y materiales disponibles.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: Efectivamente la opción elegida por el legislador busca encontrar un equilibrio entre dos extremos: legalidad y oportunidad libre. La opción elegida aisladamente considerada parece adecuada, no obstante, hay que tener en cuenta las consecuencias que de la misma pueden derivarse.

Por un lado, la introducción de la oportunidad reglada debe ponerse en conexión con el archivo condicional. Si se pretende descongestionar la justicia penal, no cabe duda de que incentivar los acuerdos con el Ministerio Fiscal es una buena forma de reducir la litigiosidad. En este sentido, cuanto mayores sean los controles posteriores a un eventual acuerdo con el Fiscal, menor será el incentivo del encausado a llegar a un acuerdo que suponga un reconocimiento de hechos, si ese acuerdo puede ser objeto de una ulterior revisión por el órgano judicial en este control de la discrecionalidad. Ahora bien, si el control en el que está pensando el legislador es similar al control jurisdiccional de la conformidad que se está llevando a cabo con la legislación vigente que es más un control de legalidad estricta, no parece que el carácter reglado de la oportunidad vaya a suponer un freno a los acuerdos con el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, si ese control jurisdiccional de la oportunidad reglada es un síntoma de un modelo de atribución de la instrucción al Fiscal en el que cada actuación del instructor va a estar absolutamente condicionada y monitorizada por el órgano judicial, lejos de conseguir descongestionar la Justicia penal y acelerar la marcha de los procedimientos penales, lo que provocará será una ralentización de los mismos.

Tercera Cuestión: En la moderada apuesta del ALECrím, de confiar, al MF, el ejercicio condicionado —por parámetros de oportunidad reglada bajo control judicial— de la acción y el correlativo mantenimiento de la pretensión, parece resentirse otro postulado, al que este Legislador tampoco renuncia: encomendar al Ministerio público la fase de instrucción. ¿Cómo reordenaría, reestructuraría o, mejor aún, reconfiguraría el proceso penal en modo tal que pudiese, bajo la discrecionalidad reglada del MF, no instarse el proceso penal o provocarse, en su caso, el sobreseimiento de la instrucción, por razones de oportunidad, bajo la atenta dirección de idéntico órgano público?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional:* A mi juicio, la apuesta por el principio de oportunidad reglada no implica que se resienta la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección jurídica de la investigación penal. No lo es, desde luego, en el caso de la jurisdicción de menores. En realidad, me parece que es justo lo contrario. El principio de oportunidad cobra todo su sentido en un modelo de investigación dirigido por el fiscal, porque posibilita la búsqueda del consenso entre las partes, a partir de una relación directa entre estas. Según mi experiencia profesional, este principio tiene un recorrido práctico muy limitado en el sistema de instrucción vigente, dirigido por el Juez de Instrucción, porque su rol funcional le debe colocar en una posición de tercero imparcial, ajeno al objeto de la causa, lo que debilita cualquier conducta proactiva para alcanzar acuerdos entre los intervinientes en el proceso.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia:* Como hemos venido exponiendo, la oportunidad que se introduce es una oportunidad reglada por lo que ha de ser posible un control jurisdiccional de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal, articulando los correspondientes recursos contra el decreto de archivo.

Cuarta cuestión: El principio de oportunidad también ha nucleado el debate de la sustitución, conmutación o flexibilización de la pena por razones, fundamentalmente, de humanidad, de evitación del contagio criminológico y de favorecimiento del tan eclipsado mandato constitucional de la reinserción social. ¿Usted cree que manifestaciones tales como la conciliación, el compromiso de reparación del daño o la asunción de actividades diversas en beneficio de la comunidad debieran, efectivamente, ser la respuesta preferente y primera del Estado, en los casos de delitos leves cometidos por infractores no reincidentes u ocasionales? Asimismo, le parecen adecuada la regulación de la «terminación del

proceso por razones de oportunidad» ofrecida por los artículos 174 a 180 del ALECRim? ¿Adicionaría algún supuesto más o restringiría alguno de los previstos? En definitiva: ¿Cuál es el alcance que Ud. ofrecería a la oportunidad?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: En el caso de los delitos leves, creo que lo primero que conviene plantearse es una reflexión sobre su vigencia, más que sobre su respuesta punitiva. Con carácter general, soy partidario de su despenalización. A tal efecto, creo que sería suficiente con mantener, como delitos menos graves, aquellas infracciones que afectan a bienes jurídicos esenciales como la integridad física (lesiones) o que tienen una incidencia directa en el concepto de seguridad ciudadana como las infracciones patrimoniales (hurto, estafa y apropiación indebida). El resto de las infracciones leves podría tener una respuesta adecuada en los ámbitos civil o administrativo, en los que la conciliación, la reparación del daño o las actividades en beneficio de la comunidad encuentran un cauce natural para su desarrollo.

En lo relativo a la regulación que propone el anteproyecto de LECrim sobre el principio de oportunidad reglada, parece evidente que se apuesta de forma decidida por un aumento de las posibilidades de terminación anticipada del procedimiento, con un notable incremento de las facultades conferidas al Ministerio Fiscal, en coherencia con su nuevo rol de director de la investigación penal.

El texto ofrece, de forma resumida, hasta cuatro supuestos: el archivo del procedimiento (art. 175) para delitos sancionados con penas de hasta dos años de prisión; la suspensión del procedimiento (art. 176) para delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión; el archivo para preservar la eficacia de una investigación contra una organización criminal (art. 178); y el archivo por colaboración activa contra una organización criminal (art. 179). En todo caso, conforme a los requisitos y condiciones que se describen en el propio texto prelegislativo, al que nos remitimos.

Al margen de lo anterior, hay que recordar que el texto ha previsto una ampliación considerable de los límites para alcanzar acuerdos de conformidad entre las partes (arts. 164 y ss.), así como la introducción expresa de la justicia restaurativa (arts. 181 y ss.).

En este marco general, no parece que sea necesario introducir algún otro supuesto de terminación anticipada del procedimiento por razones de oportunidad.

Cuestión distinta son las circunstancias concretas en las que se va a ejercer esa potestad. En este punto me permito introducir dos reflexiones, a modo de propuestas.

En primer lugar, sobre el control judicial de la oportunidad. No se establece control alguno en el caso del archivo por razones de oportunidad (art. 175),

como sí ocurre en el resto de supuestos (arts. 176.6; 177.1; 178.3 y 179.4). En tal sentido, creo que sería necesario incluir este supuesto de impugnación entre los recogidos en el artículo 180.1 del anteproyecto. Por otro lado, no se entiende bien que las decisiones adoptadas en esta materia por el Juez de la Audiencia Preliminar (art. 177) sean impugnables ante el Juez de Garantías (según dispone el art. 180.1), y que no se ofrezca la posibilidad de impugnar los decretos del fiscal en el supuesto previsto en el artículo 178. Sería necesario dotar de una mayor coherencia al sistema de recursos en este ámbito.

En segundo lugar, las facultades atribuidas al Ministerio Fiscal en esta materia, sin perjuicio del control judicial de los aspectos reglados, exige una profunda revisión de los criterios de funcionamiento interno de la institución, que solo puede venir de la mano de una nueva redacción del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Un desarrollo más elaborado de esta propuesta excede, a mi juicio, del propósito de estos diálogos. Baste ahora con señalar que la implantación del nuevo sistema de oportunidad reglada solo resultará socialmente aceptable desde un reforzamiento de la autonomía institucional de la Fiscalía.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: El recurso a la conciliación, el compromiso de reparación del daño o la asunción de actividades diversas en beneficio de la comunidad me parecen adecuadas en el supuesto de delitos leves cometidos por no reincidentes.

Aunque la regulación de la terminación del proceso por razones de oportunidad parece razonable en términos generales, cuando se analiza desde la óptica más reducida de la gran delincuencia económica parece que la regulación propuesta no va a poder evitar el juicio en aquellos supuestos en que la responsabilidad civil derivada del delito sea de tal magnitud que no pueda ser asumida por el encausado. En estos casos la negativa del responsable civil subsidiario a indemnizar impedirá que el Fiscal pueda suspender el procedimiento por razones de oportunidad.

Quinta cuestión: Naturalmente, el principio de oportunidad no alcanza, en un buen número de casos, a la exclusión de la sanción destinada, entre otros fines, a la reinserción, reeducación o reintegración de los delincuentes. Siendo conscientes, como lo somos, de la imposibilidad de conmutar la prisión con otros castigos/sanciones/penalidades... ¿Qué opinión le merece la privación de libertad, en centros penitenciarios, en pleno siglo XXI, como única medida destinada precisamente a aquellos fines terapéuticos ante la comisión precisamente de los delitos más graves? ¿Propondría alguna alternativa menos gravosa y más (que no digo «igualmente» porque las estadísticas son desoladoras) eficaz para el logro de la ansiada reintegración social?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: Entramos ya en un terreno de política criminal que corresponde a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Desde la perspectiva que ofrecen más de 25 años de ejercicio profesional, me resulta difícil imaginar una respues-

ta penal alternativa a la prisión que se mostrara como aceptable para el conjunto de la ciudadanía frente a las infracciones penales más graves. Cuestión distinta es el tratamiento penitenciario efectivo que pueda facilitarse a los internos. Me consta que existe un progresivo aumento de las opciones puestas a disposición de la población reclusa. Sin embargo, no puede considerarse todavía como suficiente y eficaz para el fin perseguido. Sin duda, existen múltiples factores que influyen en este resultado insatisfactorio, entre los que no puede obviarse la necesidad de un tratamiento lo más individualizado y especializado posible, así como la propia actitud motivacional de los internos.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: A pesar de que los estudios existentes no invitan al optimismo cuando se analiza la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad, no parece que existan otras opciones que permitan prescindir de este tipo de penas.

Cuestión distinta es que, dadas las nuevas disciplinas existentes en el ámbito de la criminología, los programas de reeducación que puedan llevarse a cabo en las Instituciones Penitenciarias puedan mejorar su calidad.

Sexta cuestión: La conformidad premiada, como clara manifestación de oportunidad, ha sido objeto de reproche social, en el momento de su instauración, pero lo cierto es que su dinamismo, funcionalidad práctica, eficacia y eficiencia —en especial en los juicios rápidos— fue tan extraordinaria que, al poco tiempo de su andadura, propició el aplauso incluso de sus propios detractores. Y habida cuenta de tanta virtualidad como cabe atribuirle a esta conformidad premiada... ¿Usted la haría extensible a otros procesos? En caso afirmativo, ¿con qué parámetros y bajo qué condiciones?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: Efectivamente, la conformidad premiada es la historia de un éxito, al que han contribuido todos los intervinientes en el proceso, en un ejemplo de coordinación que merece ser resaltado. La colaboración existente entre los jueces, fiscales, abogados, miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y servicios periciales y forenses, sobre todo en un ámbito tan crítico como el de un juzgado de guardia, solo puede ser objeto de un reconocimiento colectivo. Creo que el anteproyecto es consciente de ello, y por eso propone una ampliación relevante de las posibilidades de aplicación de este sistema, con las que estoy sustancialmente de acuerdo.

En primer lugar, se suprime la actual limitación penológica de la conformidad, lo que permite extender este instrumento a todos los tipos delictivos y, por lo tanto, a todo tipo de modalidades procesales. Además, la pena acordada podrá alcanzar la inferior en grado a la prevista legalmente (art. 170.5). En segundo lugar, el control de la conformidad se atribuye a un juez distinto al de enjuiciamiento (art. 169.1), con la consiguiente mejora de la percepción del justiciable sobre sus garantías, porque la aplicación de este instrumento no va a estar con-

dicionada por otros factores que no sean la aplicación estricta de los requisitos legalmente establecidos. En tercer lugar, la exigencia de que la conformidad sea prestada por todos los acusados (art. 167.1) permite evitar la imposición de rangos penológicos notablemente diferenciados para situaciones que son, sustancialmente, idénticas.

A mi juicio, el sistema podría incentivarse todavía más si se suprime la limitación temporal contenida en el artículo 171.1 del anteproyecto. Conforme a este precepto, no se admitirán acuerdos de conformidad una vez transcurridos diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral. Sin duda, se trata de una forma de evitar las conformidades inmediatamente anteriores a la vista, mejorando así la eficiencia de una organización que realiza un esfuerzo notable en materia de citaciones y señalamientos. No obstante, una ampliación de ese plazo hasta alcanzar, por ejemplo, los treinta días, permitiría desbloquear acuerdos entre las partes en los asuntos algo más complejos, sin merma relevante para la debida celeridad en la tramitación del procedimiento.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: Los juicios rápidos han tenido una eficacia indiscutible en muchas áreas como la seguridad vial y la violencia doméstica que amenazaban con colapsar los Juzgados de lo Penal. Podría resultar adecuado que la conformidad premiada pudiera extenderse a cualesquiera otros delitos distintos a los contenidos en el catálogo del artículo 795 Lecrim, siempre que se cumplan el resto de requisitos exigidos por la ley.

Séptima cuestión: La mediación penal como claro ejercicio de oportunidad constituye un gran reto de nuestra Justicia actual. Algunos opinan que la privatización de la Justicia penal supone una desvirtuación, práctica perversión, de nuestro sistema, pero lo cierto es que, en esta ocasión, como en tantas otras, la realidad se impone: en nuestro Juzgados y Tribunales se están celebrando toda suerte de acuerdos a la intemperie de la Ley. El ALECRim dedica algunos artículos a la Justicia restaurativa, sin entrar de lleno, en la modalidad, por excelencia, de resolución alternativa, que es la mediación penal. Y ello por contraste al Anteproyecto de Ley de eficiencia de la Justicia como servicio público, donde se impone, a los justiciables, nada menos que como «requisito de procedibilidad», haber intentado alguno de los denominados «medios adecuados de resolución de conflictos». Sobre este último extremo volveremos después: ¿Cree que debe regularse la «mediación penal» y bajo qué premisas o condiciones?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: A mi juicio, la mediación penal es un instrumento al servicio de un objetivo más amplio, englobado bajo el término «justicia restaurativa», y que pretende una doble finalidad: i) reubicar a la víctima para que adquiera el protagonismo que merece en la resolución del conflicto; y ii) que el autor de la infracción asuma su responsabilidad. Para ello, en primer lugar, se ha de procurar que la respuesta al delito consista en la reparación, en lo posible,

del daño sufrido por la víctima o por la comunidad. En tal sentido, las víctimas deberán tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar cuál es la mejor manera para que el infractor repare los daños. Y, en segundo lugar, es necesario que el autor del delito llegue a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad. De este modo, el infractor deberá aceptar la responsabilidad por sus acciones.

Desde mi punto de vista, el éxito de este tipo de iniciativas depende de diversos factores, como una adecuada selección del tipo de asunto, la voluntariedad y confidencialidad del proceso, así como la supervisión del sistema judicial, a fin de adecuar la relevancia del acuerdo de mediación desde el punto de vista jurídico penal. En esta línea, me parece que la regulación general contenida en los artículos 181 a 185 del anteproyecto puede entenderse como suficiente, aunque sería deseable perfilar de forma más concreta los supuestos de hecho en los que podría resultar aplicable. Expresiones como «según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima» (art. 182.1) parecen demasiado genéricas. Pudiera ser conveniente introducir alguna referencia a la gravedad o la naturaleza del delito, o la fijación de límites a determinados tipos delictivos o rangos penológicos.

Sin embargo, hoy en día nos encontramos con algunos condicionantes que no pueden ser obviados. La evidente falta de «cultura mediadora» está influenciada no solo por una comprensible reticencia a todo lo novedoso o por una inevitable inercia histórica, sino también por una cierta desconfianza hacia las debidas garantías en la aplicación práctica de este tipo de instrumentos. A ello contribuye, entre otros motivos, la falta de un registro oficial de mediadores, que establezca unos requisitos uniformes en materia de formación y cualificación profesional, así como la ausencia de un impulso decidido por parte de las autoridades públicas, mediante la suscripción de convenios que evite la actual utilización de recursos privados que no garantizan un acceso igualitario a este tipo de herramientas. El artículo 181.1 del anteproyecto establece, entre otros, los principios de «gratuidad» y «oficialidad», pero sería necesario un desarrollo legal y reglamentario de la mediación penal.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: Creo que la mediación penal podría tener cabida en aquellos supuestos en que la ley concede eficacia al perdón del ofendido. En estos casos no debería haber inconveniente en que la mediación pudiera funcionar del mismo modo que en la jurisdicción civil.

De hecho, tras la despenalización de las faltas y la eliminación del libro III del Código Penal, existen experiencias exitosas en aquellos delitos leves en que el legislador permitió ya la aplicación del principio de oportunidad al Ministerio Fiscal.

Octava cuestión: El principio de oportunidad afecta, en el inicio del proceso penal, a los sujetos aforados y, en su término, respecto de todos los condenados, va más allá de la pena y la razonable aspiración al cumplimiento de la sanción ...hasta alcanzar, incluso, a la posibilidad del indulto. ¿Nos podría ilustrar acerca de su opinión sobre los «aforamientos» y los «indultos»? ¿Cree que deberían ser revisadas, por razón de la —aparente— desigualdad que generan y en qué medida o bajo qué presupuestos?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional:* En esta cuestión se plantean dos asuntos que han generado una controversia jurídica notoria, que se ha acentuado en los últimos años. Un tratamiento riguroso exigiría un formato más amplio, a fin de abordar las diversas aristas de un problema que, indudablemente, es complejo.

Con esta cautela inicial, mi opinión general es que los aforamientos no suponen una desigualdad discriminatoria, sino un tratamiento singular a situaciones que son diferenciables. Es evidente que existe un riesgo de uso torticero de la acción penal, con finalidad político partidista o para apartar a un juez del conocimiento de un asunto. No obstante, para evitar este tipo de actuaciones no sería estrictamente imprescindible mantener la figura de los aforados. A tal fin, podría preverse algún tipo de filtro previo a la incoación de procedimientos penales en esos casos, mediante la introducción de un examen o valoración provisional sobre la verosimilitud de los hechos, y sobre la prosperabilidad de la acción penal.

En cualquier caso, uno de los problemas fundamentales del aforamiento es el uso abusivo que, a su vez, puede hacerse por parte de la persona aforada, mediante los sucesivos cambios en los cargos públicos ostentados, con la necesaria remisión ulterior de los procedimientos entre distintos órganos judiciales que deben comenzar de nuevo el estudio de la causa. Con ello se generan dilaciones en la tramitación y la consiguiente frustración social en la obtención de una respuesta judicial con la debida celeridad. Para evitar situaciones de este tipo, bastaría con que legalmente se estableciera la determinación inicial definitiva de la competencia, sin posibilidad de modificación ulterior.

Finalmente, en relación con el indulto, creo que su naturaleza netamente discrecional no debería estar reñida con una revisión de su regulación legal que, como es conocido, data del año 1870, a fin de introducir principios de incuestionable vigencia en la actualidad como la transparencia y la motivación, además de unos requisitos mínimos que actúen como presupuestos reglados para su concesión.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia:* Cuando se habla de aforamiento, lo primero que hay que tener en cuenta es que ello no significa un trato privilegiado al aforado. Casi un 93% de los aforados son policías, jueces y fiscales en los que el aforamiento en lugar de

constituir un privilegio, viene a resolver el problema de los conflictos de interés que pudieran surgir cuando se trata de juzgar a un igual.

Cuando se habla de reducir los aforamientos, normalmente siempre se hace en referencia a los cargos públicos de las Instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas y hay que tener en cuenta que estos apenas suponen un 7% del total de aforados, por lo que, si se decidieran eliminar, el cuadro general no cambiaría demasiado.

Con respecto al ejercicio del derecho de gracia, nos encontramos también ante un acto discrecional del Gobierno que está sujeto a la limitación de la interdicción de la arbitrariedad de la Administración del artículo 9.3 CE, por lo que lo importante es que los Tribunales controlen el ejercicio de esa discrecionalidad no siendo tan apremiante una reforma legal.

Novena cuestión: El principio de oportunidad ha nucleado, en exclusiva, nuestra Jurisdicción penal, sin que ningún autor lo haya estimado extensible al resto de modalidades de nuestra única Jurisdicción, pero lo cierto es que vertebra todos los órdenes con múltiples manifestaciones: así la conciliación previa (e inútilmente obligada) del proceso laboral o la reclamación previa (también forzada y poco fructífera para los administrados) en el contencioso-administrativo. Naturalmente no es nuestra intención agotar este principio ni mucho menos agotarle a Usted, pero: ¿Le parece que el principio de la oportunidad debiera unificarse en todos los órdenes jurisdiccionales o cada uno precisa, por la naturaleza del objeto litigioso comprometido en sus respectivos procesos, una oportunidad singular, particular y propia?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional:* Me parece que, en el ámbito que me resulta más cercano por mi experiencia profesional como fiscal, la jurisdicción penal presenta singularidades que exigen un tratamiento diferenciado en la aplicación del principio de oportunidad. Algunas ya han sido expuestas, pero yo destacaría que los bienes jurídicos en juego son los que presentan un mayor valor social que los hace especialmente dignos de una protección penal frente a los ataques más graves o significativos, a través del ejercicio del *ius puniendi* del Estado que, entre otros motivos, obliga a que el objeto del proceso no se presente como completamente disponible para las partes.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia:* Desde luego el orden penal plantea unas particularidades que no se dan en ninguno de los otros órdenes. El monopolio del ejercicio del *ius puniendi* del Estado hace que conceptos como el principio de justicia rogada y el principio dispositivo de parte no tengan cabida en el ámbito del Derecho penal, por lo que creo que este ámbito el principio de oportunidad merece una regulación propia.

Décima cuestión: En la Ley de Jurisdicción Voluntaria del año 2015, como sabe, en un manifiesto ejercicio de oportunidad política —o utilidad práctica— se han externalizado numerosos expedientes...y se han derivado a prestigiosos profesionales (Notarios, Registradores, Letrados de la Administración de Justicia) al objeto de descongestionar a nuestros Jueces, al tiempo que se ha «unificado» en un solo procedimiento general una multitud de heterogéneos conflictos: ¿Le parece adecuada, en términos generales, esta desjudicialización? ¿Cree que podrían también descentralizarse y acaso, desjudicializarse algunos conflictos penales? En caso afirmativo: ¿Qué profesionales serían los adecuados para asumir esta conflictividad penal de escasa entidad?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional:* En términos generales, me parece adecuada cualquier desjudicialización. No obstante, las singularidades del proceso penal, someramente descritas en la cuestión anterior, aconsejan la mayor cautela posible ante una eventual descentralización de los conflictos penales. En todo caso, las infracciones de menor entidad, como ya expuse, pueden encontrar una solución razonablemente proporcionada a través de las vías civil o administrativa.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia:* La desjudicialización de muchas cuestiones que antes absorbían el trabajo de los órganos jurisdiccional con asuntos que en muchas ocasiones eran gubernativos o administrativos ha sido una medida que está funcionando de forma eficiente. Los expedientes del Registro Civil están siendo tramitados con mayor celeridad fuera de los Juzgados y Tribunales y lo mismo ocurre con los procedimientos matrimoniales de común acuerdo cuando no existe un interés de menores a tutelar.

Con la atribución de la instrucción al Fiscal, la aplicación del principio de oportunidad va a suponer de facto una desjudicialización de muchas cuestiones que serán asumidas por la Oficina Fiscal.

Undécima cuestión: El nuevo proceso civil se encuentra, como sabe, pendiente de reforma. La intervención legislativa en el proceso civil —siquiera sea por su relativa modernidad— no es tan radical como la que esperamos de la imprescindible reforma global de nuestro decimonónico proceso penal, pero, precisamente en materia de oportunidad, resulta bastante invasiva porque, como hemos anticipado, impone el cumplimiento de un «medio adecuado de resolución de controversias» (MASC) como obligado requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda. El pre-Legislador, de este embrionario Anteproyecto de Ley de eficiencia, impone, además, las costas a quién no hubiere acudido, «de buena fe» a dicha negociación previa o, incluso, a quién rechace, en el intento de acuerdo, una conclusión similar a la que finalmente integre la sentencia. Y por si todo esto fuera poco, crea una nueva multa: «por abuso de la Justicia como servicio público» frente a quién mantenga su fiel —y acaso tradicional— convicción en que tan sólo los Jueces pueden resolver su conflicto,

descartando —realmente— cualquiera de esos «medios adecuados» y convirtiendo aquellos MASC en una mera ficción jurídica. ¿Nos puede dar su opinión sobre esta moderna Justicia civil multipuertas dónde el proceso judicial se erige en la «última ratio»? ¿Le parece adecuada esta nueva filosofía de la «oportunidad civil»?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: Partiendo de la base de que no soy un especialista en la jurisdicción civil, me parece que cualquier reforma en esta materia ha de estar presidida por un equilibrio razonable entre unos medios disuasorios del uso abusivo o fraudulento de la vía jurisdiccional y unos mecanismos que no generen un efecto desincentivador o desalentador de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), particularmente en sus vertientes del derecho de acceso al proceso y del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: Los esfuerzos por exigir una conciliación previa en distintas jurisdicciones —en la penal existe en el caso de la querrela por calumnias e injurias— no han sido muy fructíferos, por lo que a pesar de que la nueva regulación presenta importantes novedades no parece que pueda augurársele un mejor futuro que a las experiencias previas.

Duodécima cuestión: Finalmente, y en plena exitosa vida destinada a la Justicia... ¿Podría confesarnos cuál es, bajo su punto de vista, la mayor fortaleza y la más desgraciada debilidad de nuestro sistema procesal, así como su particular propuesta de reforma?

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES. *Fiscal. Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Constitucional*: Honestamente, y de forma muy esquemática, me parece que la fortaleza principal del sistema sigue estando en el elevado perfil profesional medio de los intervinientes en el proceso. Por el contrario, las debilidades se centran en aquellos factores de distorsión cuyo abordaje riguroso permitiría, precisamente, formular una propuesta integral de reforma del sistema de Justicia. Me refiero a las ineficiencias organizativas, a la falta de un estudio serio sobre el despliegue territorial de los medios personales y materiales para su adecuación a la carga real de trabajo existente, o la ausencia de una interoperabilidad efectiva de los sistemas de gestión informática. En definitiva, creo que tenemos una gran tarea por delante, que debemos afrontar con sensatez y determinación, para ofrecer el mejor servicio posible a la ciudadanía, en garantía del Estado de Derecho.

HELENA PRIETO GONZÁLEZ. *Socia del Área de Penal de Garrigues. Fiscal en excedencia*: Todos los artículos doctrinales que abordan la reforma procesal y el cambio al modelo acusatorio acaban cuestionando la falta de independencia del Ministerio Fiscal debido a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y a la forma de designación del Fiscal General del Estado.

Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica son los grandes activos con los que cuenta el Ministerio Fiscal para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico en todo el territorio. Intentar oponer a esa dependencia interna, la independencia judicial para denostar la primera y primar la segunda desenfoca el auténtico problema de la independencia del Ministerio Fiscal.

La independencia del Ministerio Fiscal que debe garantizarse es la independencia *ad extra* no *ad intra*, algo que ya hace nuestra constitución al incluir al Ministerio Fiscal dentro del Título VI que dedica al Poder Judicial, en el que el Ministerio Fiscal se integra con autonomía funcional.

Reducir la independencia del Ministerio Fiscal a la forma de nombramiento del Fiscal General del Estado es también desenfocar el problema. Pueden establecerse distintas fórmulas para nombrar al Fiscal General del Estado, pero lo importante no es cómo se lleve a cabo su nombramiento sino los mecanismos internos de control existentes, los *checks and balances* del sistema. En este sentido, más que abrir un debate sobre el procedimiento de nombramiento del Fiscal General del Estado habría que fortalecer los mecanismos de control interno de los que goza el Ministerio Fiscal y mejorar su funcionamiento: el Consejo Fiscal y la Junta de Fiscales de Sala deben ser los garantes de la independencia de ese futuro Ministerio Fiscal al que se le va a atribuir la instrucción. El legislador deberá reflexionar sobre si en el Consejo Fiscal deben integrarse no solo fiscales, sino otros profesionales como en el caso del Consejo General del Poder Judicial, y deberá regular la forma en que la Junta de Fiscales de Sala debe imponer su criterio en caso de discrepancia con el Fiscal General.

Por otro lado, debería desarrollarse la figura del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo que en la actualidad tiene sus funciones muy limitadas a ostentar la jefatura de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Sería necesario una nueva regulación de esa figura que lo transformase en un auténtico Vicefiscal General que pudiera encargarse de la dirección de la actividad jurisdiccional del Ministerio Público mientras que el Fiscal General se encargase de la definición de cuáles deben ser las líneas maestras de la actuación de la Institución, de la fijación de objetivos y del establecimiento de los principios básicos de política criminal que deben informar el funcionamiento del nuevo Ministerio Fiscal.

Considerar que el cambio consiste exclusivamente en residenciar en un Fiscal la potestad que ahora tiene un Juez, pero sin cambiar ni un ápice la forma de actuar es simplemente un cambio de etiquetas, pero no reportará los resultados deseados.

Por otro lado, la autonomía presupuestaria y de gestión del Ministerio Fiscal es una cuestión siempre olvidada en todos los planteamientos que se hacen sobre la independencia del Ministerio Fiscal. Que el Fiscal General del Estado no gestione un presupuesto propio y que toda su gestión dependa del ejecutivo

(12 CC.AA. con competencias transferidas y el Ministerio de Justicia) deja en papel mojado todo lo que se predique de su autonomía de funcionamiento.

El debate sobre si el Ministro de Justicia puede o no dar órdenes al Fiscal General es un debate caduco. Por supuesto que el Ministro de Justicia no puede impartir órdenes al Fiscal General, sin embargo, esta cuestión carece de importancia real. Si el Fiscal General del Estado para acometer una investigación necesita dotar de determinada tecnología a una de sus unidades y para hacerlo tiene que rogarle medios al Ministro de Justicia, no hace falta que el Ministro de Justicia pueda dar órdenes al Fiscal General para bloquear una investigación: basta con que no le conceda el presupuesto necesario.

Esta falta de autonomía presupuestaria —resulta sorprendente ver que el Fiscal General del Estado tiene menos autonomía a este respecto que cualquiera de las múltiples agencias que vemos en los Presupuestos Generales del Estado— lastra su autonomía de funcionamiento. Si el Ministerio Fiscal va a asumir la instrucción, deberá contar con autonomía presupuestaria.



El proceso judicial español está siendo objeto de profundas transformaciones. Los principios de legalidad, proporcionalidad y publicidad, que constituían, en esencia, los pilares estructurales de nuestros procesos judiciales convencionales parecen resentirse en favor de una intempestiva apuesta por un criterio de «oportunidad», al que se dota de la naturaleza de principio, como si de un principio estructural, vertebrador y nuclear se tratase. En esta obra monográfica se recogen algunas de las más valiosas aportaciones científicas realizadas, por profesionales — Magistrados, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados — y académicos, sobre el impacto de la oportunidad en los principios procesales clásicos de nuestros procesos judiciales, en el marco de dos Proyectos de investigación consecutivos del Ministerio de Ciencia e Innovación, de los que son Investigadores principales, los Directores de esta obra (Profra. Calaza López y Prof. Muínelo Cobo): primero, el Proyecto I+D+I Excelencia titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2021; y segundo, el Proyecto I+D+i de Generación de conocimiento y Fortalecimiento científico y tecnológico, titulado «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio», del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00, desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024.

ISBN 978-84-9890-413-0



9 788498 904130