



Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español

The appearance of the discretionary prosecution principle in Spanish criminal proceedings

Dr. Javier Vecina Cifuentes*
Dr. Tomás Vicente Ballesteró**

Resumen:

La doctrina procesalista viene debatiendo intensamente sobre la dicotomía del principio de legalidad/principio de oportunidad, sin que hasta la fecha se haya logrado todavía el necesario consenso sobre este extremo. En España, la controversia sigue centrándose todavía en la conveniencia o no de incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal sus manifestaciones más relevantes, pese a que las sucesivas reformas de dicha norma han venido introduciendo las del principio de oportunidad. En ese sentido, se buscará determinar si un proceso penal ha de estar informado por el principio de oportunidad, y en qué medida ha de estarlo, constituye, en definitiva, una opción de política legislativa que habrá de ejercitarse teniendo en cuenta la Constitución de cada país y la función que en ella se atribuye al derecho penal y al derecho procesal penal.

Abstract:

Proceduralist doctrine has been debating intensively the principle of legality/discretionary prosecution principle dichotomy, without the necessary consensus about this extreme having yet been achieved to date. In Spain, the controversy still focuses on the convenience or not of incorporating now into the system the most relevant manifestations of the centennial Law of Criminal Procedure despite the successive reforms of this norm that have been introducing manifestations of the discretionary prosecution principle. Thus, this article seeks to determine if a criminal process must be informed by the discretionary prosecution principle, and to what extent it must be, constitutes, in short, an option of legislative policy that must be exercised taking into account the Constitution of each country and the role that is attributed to criminal law and criminal procedure law.

Palabras clave:

Proceso penal – Principio de oportunidad – Principio de legalidad – Funciones del Derecho Penal – Funciones del proceso penal

Keywords:

Criminal proceedings – Discretionary prosecution principle – Legality principle – Function of Criminal Law – Function of criminal proceedings

Sumario:

1. Planteamiento – 2. Funciones del Derecho Penal – 3. La dicotomía “principio de legalidad” / “principio de oportunidad” – 4. Concepto y manifestaciones del principio de oportunidad

* Profesor Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)

** Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)

1. Planteamiento

A mediados del presente siglo, el profesor alemán de derecho penal y procesal penal E. Schmidt¹ manifestó que la literatura sobre los principios de legalidad y de oportunidad era muy extensa y auguraba: “la discusión sobre la adopción de uno u otro principio nunca cesará del todo”. No puede negarse que así ha sucedido. La doctrina procesalista viene debatiendo intensamente sobre la dicotomía principio de legalidad/principio de oportunidad, sin que hasta la fecha se haya logrado todavía el necesario consenso sobre este extremo. No obstante, el objeto de tal discusión no es el mismo en todos los países; así, mientras en Alemania puede decirse que los esfuerzos se dirigen más a perfeccionar la regulación de las distintas manifestaciones del principio de oportunidad que a cuestionar la vigencia misma del principio², en España, por ejemplo, la controversia sigue centrándose todavía en la conveniencia o no de incorporar a nuestra ya centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) sus manifestaciones más relevantes, habiéndose llegado en este extremo a un “punto muerto” del que parece difícil que la ciencia del derecho procesal pueda salir si no para pensar en que junto a su autonomía y fines propios, el proceso penal ha de servir también, en la medida de sus posibilidades, a los que en cada momento histórico asume el derecho penal material dentro de un ordenamiento jurídico determinado, y, todo ello, pese a las sucesivas reformas de la LECRIM, y en especial a la modificación llevada a cabo en el año 2015, (acompañada también de la modificación sustancial del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) que han venido a recoger, a lo largo de los años, manifestaciones del principio de oportunidad.

2. Funciones del Derecho Penal y del proceso penal

2.1 Estado social y democrático de Derecho y Derecho Penal

Desde la promulgación de la Constitución española de 1978, los sucesivos Gobiernos han venido estudiando y proponiendo la aprobación de un nuevo Código Penal con el único propósito de adaptar el Derecho Penal a los postulados del nuevo modelo de Estado social y democrático de Derecho. Este esperado y ansiado “Código Penal de la Democracia” ha visto finalmente la luz con la aprobación y publicación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuya entrada en vigor se produjo el día 25 de mayo de 1996. Desde esa fecha quedó derogado el anterior Código Penal de 1973, cuyo núcleo básico seguía siendo el Código Penal de 1848, caracterizado por su carácter retribucionista, autoritario y, en no pocas ocasiones, inhumano³, sólo mitigado en parte por las distintas reformas penales acaecidas desde 1974, y en su lugar entró a formar parte del ordenamiento jurídico el vigente Código Penal que, pese a las imperfecciones que pueda adolecer, no cabe duda que descansa en una filosofía acorde con las exigencias del Estado social y democrático de Derecho en el que España se constituye (art. 1 C.E.). La última reforma del Código Penal ha tenido lugar con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, y ha supuesto la reforma más profunda efectuada en dicho Código desde su aprobación en 1995. Se han modificado 252 de sus artículos y se han suprimido 32 de ellos⁴. La misma norma ha reformado, además, 18 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este modelo de Estado impone el pleno sometimiento de la potestad punitiva al Derecho y a las exigencias derivadas del principio de legalidad penal⁵, pero además, en lo que tiene de social y democrático, el respeto también a otra serie de principios fundamentales tales como los de intervención mínima y exclusiva protección de bienes jurídicos, o los de culpabilidad, resocialización, humanidad y proporcionalidad de las penas⁶, principios todos ellos que, como se ha dicho, inspiran el articulado del Código Penal vigente de

1 Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (trad. J.M. Núñez), Buenos Aires 1957, p. 223, not. 93.

2 Así lo viene a reconocer María Teresa Armenta Deu cuando al exponer la posición actual de la doctrina alemana al respecto, afirma: “la ausencia de persecución de determinados supuestos (extranjería; chantaje; prejudicialidad; partes separables de un hecho...) no se critica en modo alguno, al entender la fórmula procesal como correcta”. Y concluye: “La mayoría de los autores parece partir de aceptar la necesidad del p. de oportunidad, los puntos discutidos son, sin embargo, los siguientes. De una parte, la atribución de la facultad de archivo al M.F. de otra y, de manera más criticada, dicha atribución cuando se realiza sin necesidad de posterior o simultánea confirmación judicial” (*Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España*, Barcelona 1991, pp. 61 y 62). El propio Eberhard Schmidt, si bien abogaba por una purga en el derecho penal criminal frente a la solución dada en los §§ 153 y 154b StPO precisaba: “no hay duda de que aún después de esta purgación general no se puede volver al principio estricto de legalidad”. (*Los fundamentos... ob. Cit., p. 227*).

3 José Vicente Gimeno Sendra, “La aplicación procesal del nuevo Código Penal”, revista “La Ley”.

4 Esta profunda reforma del Código Penal aborda la modificación del régimen de penas y su aplicación, con la introducción de la pena de prisión permanente revisable; suprime las denominadas faltas como contravenciones penales leves, transformándolas, unas en infracciones administrativas y otras en delitos leves; reforma el decomiso; incluye la agravante de género; se introduce como causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas el “programa de prevención” o *compliance* penal; y se elevan las penas de numerosos delitos como el homicidio y el asesinato, entre otros.

5 Sobre el principio de legalidad vid. Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en Revista Española de Derecho Constitucional.

6 Sobre tales principios y, en general, sobre el Derecho Penal en nuestro modelo de Estado, vid., por todos, Santiago Mir Puig, *El Derecho*

1995 en el que el Derecho Penal asume, en mayor medida que el Código anterior reformado, no sólo una función de prevención general, sino también, y muy especialmente, una función de prevención especial, dentro del límite de la proporcionalidad con la gravedad del delito.

2.2 Estado social y democrático de Derecho, y Derecho Procesal Penal

Mientras la moderna ciencia del Derecho Penal suele coincidir en lo esencial respecto a que los mencionados son los fines que en la actualidad tiene asignada la pena y el derecho penal⁷, o al menos eso es lo que “desde fuera” le parece a un profano en la materia, no puede decirse que la función o funciones que corresponden al proceso o la jurisdicción (en cuanto el primero implica necesariamente actividad jurisdiccional) sea un tema pacífico en la doctrina procesal; no lo es en la relación al proceso civil, pese a ser en esta sede donde se han realizado las principales elaboraciones al respecto (Chiovenda, Zanzucchi, Redenti, Allorio, Carnelutti), y mucho menos todavía respecto al proceso penal, al que no sin razón denominaba Carnelutti la cenicienta del derecho procesal⁸.

No se pretende aquí terciar en la polémica, sino únicamente someter a su consideración una doble reflexión como punto de partida.

En primer lugar, al igual que sucede con el derecho penal material, tampoco parece que el proceso penal pueda permanecer al margen del modelo de Estado en que se desenvuelve. Un análisis histórico del proceso pone de manifiesto cómo frente al procedimiento penal inquisitivo, secreto y, en general, inhumano del Antiguo Régimen, el Estado liberal, que nace como consecuencia de la Revolución Francesa, trae consigo un proceso penal de la misma naturaleza, tendente a llevar a la práctica los valores de “libertad” e “igualdad” proclamados por el pensamiento ilustrado, a la vez que informado por el principio que se ha dado en llamar acusatorio formal y rodeado de todo tipo de garantías respecto al imputado, principalmente en la fase de plenario o juicio oral⁹.

A este pensamiento liberal responde básicamente la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882¹⁰, y a la tarea de reforzar las garantías que en ella se contienen y a salvaguardar en mayor medida el derecho a la libertad y de defensa del imputado se han dirigido desde la promulgación de la Constitución de 1978 los mayores esfuerzos de la doctrina científica y la jurisprudencia, fundamentalmente la proveniente del Tribunal Constitucional¹¹. El tiempo y dedicación entregados a convertir el nuestro en un proceso penal respetuoso con los postulados propios del Estado de Derecho eran, sin duda, necesarios y los resultados de tal empresa resultan hoy evidentes, pero como suele suceder en opciones doctrinales de este tipo, la mayor atención prestada a la consolidación de las garantías procesales del imputado ha implicado el sacrificio de otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes, a cuya satisfacción no se puede renunciar en un Estado que, recuérdese, no es solamente de Derecho, sino Social y Democrático

penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona 1994, especialmente pp. 29 y ss. Un exhaustivo estudio del principio de proporcionalidad puede verse en Nicolás González-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990.

7 Frente a las teorías de la retribución, “es hoy dominante –afirma Claus Roxin– la teoría de la unión, la cual, a través de una combinación de los tres principios inspiradores de las anteriores pretende potenciar los aspectos positivos de las mismas evitando sus puntos débiles” [Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal (con Gunther Arzt y Klaus Tiedemann; trad. Arroyo Zapatero y Gómez Colomer), Barcelona 1989, p. 64]. En la misma obra y lugar, ARROYO anota: “La teoría de la unión es también dominante en España, con la singularidad de que un sector importante de la doctrina (Gimbernat, Muñoz Conde, Mir Puig, Luzón Peña, et al.) rechazan la idea de culpabilidad también, incluso, como límite, sustituyéndola con igual o mejor efecto limitador de la punibilidad por el principio de proporcionalidad, íntimamente ligado a la concepción que mantienen acerca de la función motivadora de la norma penal...”

8 Un breve repaso a dichas teorías puede verse en Gian Franco Ricci, *Pincipi di diritto processuale generale*, Pincipi di diritto processuale generale, *Pincipi di diritto processuale generale*, Torino 1995, pp. 1 y ss.

9 José Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, en “*Revista de Derecho Procesal*”, núm. 2/1987, pp. 270 y 277.

10 Con palabras de Emilio Gómez Orbaneja, “marca el término de una evolución legislativa que se desarrolla, con alternativas y retrocesos, a lo largo del siglo XIX. En síntesis, tal evolución significa el paso de un proceso penal inquisitivo al tipo acusatorio formal, o mixto, según el modelo francés de *Conde d’instruction criminelle* de 1808, “recibido” hacia la misma época en la mayor parte de los países europeos continentales.”

11 Dicha tarea tuvo que ser emprendida en gran parte porque las reformas procesales penales acaecidas con posterioridad a la promulgación de nuestra Constitución de 1978 gozan –como ha puesto de manifiesto Gimeno Sendra– “de una gran parte de ambigüedad como consecuencia de la superposición simultánea en el tiempo de dos antitéticas políticas legislativas”: una, tendente a robustecer el derecho de defensa en la instrucción y a potenciar, en general, el sistema acusatorio, que cabe situar entre los años 1978 y 1984, y otra, provocada en gran medida pero no sólo por el aumento del fenómeno terrorista (protagonizado por las bandas terroristas ETA y GRAPO) durante la transición política y los primeros años de democracia, tendente a cercenar los derechos fundamentales a la libertad, intimidad, inviolabilidad del domicilio y a la defensa en el proceso penal, la cual en su modalidad también de política tendente a incrementar los denominados “espacios policiales autónomos” no se ha agotado con la legislación antiterrorista (declarada en gran parte inconstitucional por el SSTC 196 y 199/1987), sino que en esta misma línea merecen encuadrarse la LO 7/1985 de Extranjería y la polémica LO 1/1992 de “seguridad ciudadana” que, entre otras innovaciones, ha consagrado las denominadas “detenciones de indocumentados” (de la que la STC 341/1993 ha realizado una interpretación conforme a la Constitución); se ha seguido en la exposición lo manifestado por el citado autor en *El proceso de habeas corpus*, 2ª edic. actualizada por J.Vecina, Madrid 1996, pp. 42 y 43; idem. *Derecho Procesal Penal* (con Moreno y Cortés), Madrid 1996, pp. 31 a 33.

Al mismo resultado se llega atendiendo a las estrechas relaciones existentes entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. Si este último tiene por objeto, tanto en la fase de declaración como en la de ejecución, la realización del derecho penal material y, además, se configura como el único medio a través del cual dicha realización es posible, no ha de resultar extraño, sino todo lo contrario, que el proceso penal, en el cumplimiento de su función “auxiliar”, haya de servir también a los fines del derecho penal y ser concebido, por consiguiente, en vista a ello. El proceso penal, en consecuencia, no puede permanecer al margen ni de las exigencias propias del modelo de Estado en el que se desarrolla ni, por consiguiente, de las funciones que el Derecho Penal asuma en un concreto momento histórico y respecto a un ordenamiento jurídico determinado. Por decirlo con palabras de Baumann¹², sería completamente insensato, por ejemplo, “prestar particular atención, en el derecho penal material, a la personalidad del autor y a la prevención especial si el derecho procesal no las tiene en cuenta”.

Por tales razones, en la actualidad, el proceso penal español y, en general, cualquier proceso penal moderno, si bien ha de continuar fiel a su función tradicional, sirviendo a la aplicación del “ius puniendi” estatal con todas las garantías procesales y respeto a los derechos fundamentales del imputado, propias de un Estado de Derecho, no puede renunciar a tutelar, en la medida en que sea posible, otros derechos o intereses dignos de protección que la propia Constitución reconoce, como son por ejemplo el de la víctima del delito -principal, pero no exclusivamente a la reparación, cuando además de víctima es el ofendido- y el existente en la resocialización del imputado (art. 25 C.E.)¹³. Dicha función de protección de la víctima se ha visto potenciada en nuestro ordenamiento jurídico, de forma intensa, por la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima¹⁴. Esta norma modifica la LECRIM recogiendo nuevos derechos de las víctimas en el proceso penal, favoreciendo su intervención y mejorando las medidas de protección existentes ya en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal.

No obstante, resulta importante destacar que entre unas y otras funciones aparecen algunas diferencias. La potestad punitiva encomendada a los tribunales sólo a través del proceso penal puede desempeñarse y, en consecuencia, sólo al proceso penal y a la jurisdicción corresponde en régimen de monopolio dicho cometido (art. 117.3 C.E.).

La reparación de la víctima del delito; sin embargo, en cuanto se fundamenta básicamente en un derecho privado al resarcimiento, podría obtenerse sin necesidad del proceso penal, e incluso, de proceso alguno; no obstante, al menos en aquellos países que, como es el nuestro, secundaron el modelo francés de acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito, también el proceso penal ha de convertirse en un instrumento útil para la pronta reparación de la víctima¹⁵. Por último, la función resocializadora¹⁶ constituye ciertamente un fin del proceso penal, pero dicho cometido no sólo no es exclusivo del proceso penal, al igual que no lo es respecto a la reparación de la víctima, sino que el proceso penal, por estar estructurado fundamentalmente para la aplicación del “ius puniendi” únicamente de forma limitada puede cumplirlo, tal y como lo corrobora, por ejemplo, el hecho de que, en ocasiones, aunque dicha función rehabilitadora se posibilite en el seno del proceso penal, lo que la misma reclama realmente es la no incoación o el sobreseimiento, puro o condicional, del proceso penal ya iniciado.

Pues bien, es aquí, en el marco de las funciones que el proceso penal está llamado a desempeñar en un Estado social y democrático de Derecho, donde cobran sentido los denominados principios de legalidad y de oportunidad, cuya síntesis resulta inevitable una vez que la misma se ha producido a nivel político¹⁷;

12 Jürgen Baumann, *Derecho Procesal Penal, Conceptos y principios procesales*, Buenos Aires 1986, p. 25; para la relación entre ambos derechos vid. Lo que dicho autor manifiesta en las pp. 27-39.

13 Sobre tales funciones del proceso penal en un modelo de Estado como el nuestro vid. Gimeno Sendra, La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español, en “Revista de Derecho Procesal”, núm. 3/1992, pp. 506 y 507; ídem. Derecho Procesal Penal, cit., pp. 25-27, en donde le asigna al proceso penal las siguientes cuatro funciones: actuación del “ius puniendi”, protección del derecho a la libertad, la protección de la víctima y rehabilitación del imputado. En el mismo sentido, Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2015, p. 50 y ss.

14 Que implementa la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos.

15 José Vicente Gimeno Sendra, La reforma... ob. Cit., págs. 506 y 507.

16 Como recuerda Coral Arangüena Fanego, *Protección y reparación de la víctima tras las reformas procesales y penales de 2015*, en “El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015” (Dir. Alonso Cuevillas-Sayrol) Barcelona, 2016, p. 179, la Ley Orgánica 1/2015 de Modificación del Código Penal abordó la modificación de algunos preceptos del Código Penal en el sentido de tutelar de manera adecuada a la víctima conjugando sus derechos con los propios fines del Derecho Penal orientado de manera prioritaria a la resocialización del delincuente. Ejemplo sería el art. 126.3 CP que contiene supuestos de prioridad en el pago de las costas procesales causadas a la víctima con preferencia a las del Estado.

17 Esta necesidad de conciliar actualmente los distintos intereses públicos que están detrás de los principios de legalidad y oportunidad ya fue claramente advertida en 1935 por James Goldschmidt (*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona 1935, p. 76): “Tampoco para el derecho moderno se ha resuelto el problema de si hay que preferir el principio de legalidad o el de oportunidad. La historia demuestra lo siguiente: el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la Constitución de Estado de derecho y de las

no obstante, conviene aclarar que mientras el primero de ellos atiende, fundamentalmente, al interés público existente en la aplicación del “ius puniendi” estatal y responde al modelo propio de un Estado de Derecho, donde la pena tiene asignada una función retributiva y/o de prevención general, la introducción en un ordenamiento procesal del principio de oportunidad, como excepción al de legalidad, sirve, fundamentalmente, al interés público existente en la resocialización del imputado y responde a las exigencias del moderno Estado social y a la función de prevención especial que la pena y el derecho penal asumen en él, atendiendo, por último, ambos principios, a los diversos derechos e intereses de la persona que ha sido perjudicada u ofendida (lo que no siempre coincide) por el delito. Las tres funciones mencionadas han de ser asumidas por el moderno proceso penal; no obstante, a nadie se le oculta la dificultad existente para compatibilizarlas, siendo ésta una de las principales tareas que habrá de acometer la ciencia del derecho procesal, con la resolución y cautela necesarias para poder lograr un cierto equilibrio entre los intereses públicos en juego al menor coste posible.

3. La dicotomía principio de legalidad / principio de oportunidad

Antes de intentar definir y exponer las diferentes manifestaciones del principio de oportunidad resulta necesario realizar una aclaración inicial, toda vez que resulta frecuente observar cómo el principio de oportunidad se contrapone doctrinalmente al principio de legalidad o, indistintamente, al de necesidad procesal, lo cual no puede ser asumido sino con ciertas reservas. Al principio de legalidad del derecho penal sustantivo: “*nulum crimen, nulla poena sine lege*” corresponde, en la esfera del proceso, el principio de legalidad procesal que, en sentido estricto, hace referencia a la necesaria regulación legal del proceso: no hay proceso sin ley¹⁸; así entendido, difícilmente puede decirse que el principio de oportunidad se oponga a él. Más bien al contrario, por cuanto también éste, en la medida en que se manifieste en el seno del proceso, habrá de estar determinado por la legislación procesal. Cosa distinta es que las normas que regulen tales manifestaciones del principio de oportunidad no sean todo lo precisas que sería de desear o que predomine el halo de incertidumbre sobre el de certeza en los conceptos jurídicos empleados, pero ello es, en buena medida, un problema resoluble, al que habrá de dar cumplida respuesta el legislador, en primer término, a través de una buena técnica legislativa, y, posteriormente, los distintos operadores jurídicos, mediante la correspondiente actividad hermenéutica, de la que, como es sabido, muy pocos preceptos legales, por no decir ninguno, están exentos¹⁹.

El principio de necesidad, por su parte, en cuanto a garantía procesal del imputado, hace referencia al proceso como condición necesaria, aunque no suficiente por sí sola²⁰, para que pueda imponerse la pena (“*nulla poena sine iudicio*”); del referido principio se deduce, de una forma lógica, que no puede haber pena sin la existencia efectiva y total del proceso o, dicho de otro modo, que el proceso penal es presupuesto necesario para la imposición de penas²¹; sin embargo, no parece que pueda deducirse de tal axioma que a todo hecho delictivo siga un proceso penal, ni tampoco la obligación del ejercicio del derecho de acción ante toda “*notitia criminis*”, que es a lo que se opone, en una de sus manifestaciones, el principio de oportunidad²². Y ello, tanto porque la existencia de ciertas excepciones a tal obligación así lo demuestran (vgr. en nuestro ordenamiento no existe tal obligación respecto a los delitos privados y tampoco inicialmente respecto a los semipúblicos), como sobre todo porque la razón de ser de la referida obligación, cuando hay tal, es otra bien distinta, coincidente con las que dieron lugar en parte al surgimiento del Ministerio Fiscal y la atribución al mismo, con o sin carácter excluyente, del deber de ejercitar la acción penal a saber: el interés público existente en evitar que los perjudicados por el delito se tomen la justicia por su mano, una vez que el Estado asume el monopolio del llamado “ius

garantías del mismo. Frente a esto, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos diferentes: 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 a 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 que hoy en día el principio de la legalidad tiene que ceder a un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, a favor de la justicia material...”

18 Emilio Gómez Orbaneja, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, t.I, Barcelona 1947, p. 26

19 Para una crítica del formalismo interpretativo y de la consideración del juicio jurisdiccional como silogismo perfecto donde el Juez debe limitarse a realizar en todo caso juicios lógicos en la búsqueda de la única solución correcta, vid. Manuel Serra Domínguez, *El juicio jurisdiccional*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid 1969, pp. 63 y ss. y Francisco Ramos Méndez, *Derecho y Proceso*, Barcelona 1979, pp. 178 y ss.; un profundo estudio sobre el problema relativo a la creación judicial del derecho es el que realiza Luis Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid 1987, pp. 82 y ss.

20 Sobre el resto de las condiciones de la responsabilidad penal vid. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid 1995, pp. 91 y ss.

21 Vid., por todos, Gómez Orbaneja, Comentarios..., ob. Cit., vol. I, págs. 27-28 y Victor Fairén Guillén, *La acción, derecho procesal y derecho político*, recogido en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid 1955, p. 105

22 Incluso autores que se muestran contrarios al principio de oportunidad, como Montero Aroca, no pueden dejar de reconocer que “la necesidad de poner en marcha el proceso penal cuando aparezca un hecho presuntamente delictivo, todavía es de más difícil inculcación en la Constitución” [*Derecho Jurisdiccional* (con Manuel Ortells y Juan Luis Gómez Colomer), t.I, Barcelona 1991, p. 511

puniendi” y en impedir que la inactividad de los particulares pueda traducirse en impunidad respecto a un cierto número –normalmente la mayoría pero no necesariamente todos- de delitos²³.

En realidad, por tanto, aun cuando a efectos puramente dialécticos siga siendo válido utilizar la dicotomía entre principio de oportunidad y principio de legalidad o necesidad, en sentido estricto no es a estos, conforme se han venido concibiendo tradicionalmente, a los que se opone el principio de oportunidad, sino a un principio, llámese de legalidad o necesidad, pero entendido en sentido amplio, que se manifiesta en una serie de obligaciones procesales para las partes acusadoras y el órgano judicial, a lo largo de las distintas fases del proceso penal, cuando el hecho existe, es conocido, reúne los caracteres de delito y su presunto autor ha sido descubierto.

En un proceso penal determinado, como el español, en el que el “dueño” de la instrucción sigue siendo todavía el órgano judicial (Juzgado de Instrucción, Juzgado Central de Instrucción y Juzgado de Violencia sobre la Mujer) y en el que es posible, por tanto, distinguir nítidamente²⁴ la acción, entendida en sentido abstracto, de la pretensión penal, las obligaciones procesales más relevantes a las que, en las condiciones mencionadas, se opone o puede oponerse el principio de oportunidad serían, en hipótesis, las siguientes: a) respecto a las partes acusadoras: la obligación de ejercitar la acción²⁵ y la de formular y sostener la acusación o pretensión penal²⁶; y b) respecto al órgano judicial: las obligaciones procesales consistentes en ejercitar la acción penal²⁷, en decretar la apertura del juicio oral cuando así lo soliciten la parte o partes acusadoras²⁸, sin poder acordar el sobreseimiento por razones de política criminal²⁹, y, finalmente, en la fase

23 Son las dos razones expuestas en el texto las que justifican que el Ministerio Público tenga, por lo general, la obligación de ejercitar la acción penal. No obstante, cuando tales razones de interés público no están presentes (como sucede vgr. en los delitos privados) o cuando deben ceder ante otras prevalentes de igual naturaleza (vgr. en ciertos delitos semipúblicos donde, no obstante, el bien jurídico lesionado no es disponible), dicha obligatoriedad ya no se justifica, apareciendo entonces el principio de oportunidad en una de sus manifestaciones. La otra causa, consistente en evitar la confusión de “roles” entre acusador y juzgador propia del sistema inquisitivo, nada dice en esencia en favor o en contra de tal obligatoriedad. Como afirma J. Goldschmidt “La decisión entre configuración acusatoria e inquisitiva del proceso no lleva consigo todavía precisamente una decisión de la cuestión, si en todos los casos en que hay un hecho punible la persecución ha de ser obligatoria (llamado principio de legalidad) o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo el interés público (Principio de Oportunidad) ...” (*problemas... ob. cit.*, p. 73). Por ello no podemos compartir la tesis que concibe la mencionada obligación como una derivación lógica del principio o sistema acusatorio (que parece defender vgr. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela... ob. cit.* p. 188), pues éste muy poco tiene que ver con el principio de legalidad, como se ha dicho, y demuestra su configuración originaria (vid. Fairén, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en “Temas del ordenamiento procesal”, T II Madrid, 1969, págs. 1202 y ss) y las excepciones a este último principio aún hoy existentes. Tampoco parece, sin embargo, que su par dialéctico, el principio de oportunidad, pueda erigirse hoy en un rasgo esencial del sistema acusatorio, pues sus implicaciones son otras (así lo advirtió J. Goldschmidt, *Ibidem*, p. 76; también Ferrajoli, aunque, incomprensiblemente para nosotros, tras argumentar sobre la falta de nexo entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal, afirma que dicho modelo “comporta, lógica y funcionalmente, el principio opuesto de la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores públicos...”, en *Derecho y razón... ob. cit.*, p. 567-569).

24 Como ya demostrara Víctor Fairén Guillén, *La acción, derecho procesal y derecho político*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid 1955, especialmente pp. 97 y ss.; seguimos dicha distinción así como su concepción de la acción penal como “derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado” (p. 75) y de la pretensión penal como “acto por el cual se pide que se sujete a otra persona a una pena” (p. 108); el autor distingue ésta última de la denominada pretensión punitiva o “ius puniendi”, que no es –como dice el autor– sino la potestad de penar (p. 105, not. 167).

25 Para el M.F. dicha obligación se contiene actualmente en el art. 105 LECRIM: “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. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos de honestidad que con arreglo a las prescripciones del Código Penal deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal debe a su vez denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad”.

26 En nuestro proceso penal, regido hegemonícamente por el principio de legalidad, el M.F. tan sólo puede retirar la acusación o pretensión procesal penal en un juicio oral determinado cuando la ejecución de la prueba evidencia la inocencia del acusado (en nuestra LECRIM, sin embargo, este acto de postulación ni siquiera se encuentra expresamente previsto; últimamente el art. 51 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, contempla esta posibilidad en los juicios con Jurado).

27 Cuando la hay. Nos referimos a la iniciación del proceso penal de oficio aludida en los arts. 106, 303, 308, 638 y 784 de la LECRIM, donde es el juez “quien interpone la acción ante sí mismo” (Fairén, *La acción... ob. cit.*, p. 117). Aunque de esta facultad se ha dicho que constituye una manifestación del principio inquisitivo, tal supuesta derogación del acusatorio no se aprecia, tal y como demostró Víctor Fairén Guillén, pues “apenas interpuesta la acción por el mismo juez... él mismo da cuenta al Ministerio Fiscal y éste asume el desarrollo lógico de la acción, tal y como ocurría en el caso del denunciante que lo hacía directamente ante la autoridad judicial” (*ibidem* p. 119). En definitiva, tal derogación no se produce porque, como igualmente afirma Gimeno, el sistema acusatorio y, por consiguiente, también el principio “*ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore*” en el proceso penal debe ser entendido no tanto como prohibición terminante de que pueda el órgano jurisdiccional iniciar un proceso, como cuanto le esté vedado el sostener la pretensión (*Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid 1981, pp. 190-191), que es lo que sucede en nuestro ordenamiento procesal penal, donde en tales supuestos el juez ha de dar “parte inmediato al MF a fin de que decida o no el sostenimiento de la pretensión penal, en cuyo último caso podrá instar el archivo o el sobreseimiento” (Gimeno, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 303).

28 En nuestro ordenamiento, la petición de sobreseimiento realizada por las partes acusadoras vincula al Tribunal –nemo iudex sine accusatore– (art. 645 LECRIM), al igual que lo hace la solicitud de apertura del juicio oral, no pudiendo en tal caso prescindir el Tribunal de dictar el correspondiente auto de apertura. Para el supuesto de que entre las partes acusadoras existiese divergencia cfr. art. 645 y para el caso de que el M.F. solicitara el sobreseimiento no existiendo acusador particular en el procedimiento cfr. arts. 642 y 643 LECRIM.

29 Las causas que posibilitan el sobreseimiento se encuentran tasadas, no estando autorizado el M.F., sujeto al principio de legalidad,

de ejecución, la obligación de iniciarla de oficio, sin suspenderla, y ejecutar la sentencia de condena en sus propios términos.

En resumidas cuentas, la dicotomía del principio de legalidad/principio de oportunidad entraña, con frecuencia, una opción de política legislativa a resultas de la cual se negará o, por el contrario, se dará entrada en el proceso penal al poder de disposición de las partes acusadoras sobre la acción y pretensión penal³⁰ y se otorgará o no al órgano judicial facultades en cierta medida también dispositivas³¹.

Para determinar si, y en qué medida, se incorpora el principio de oportunidad, deberá atenderse tanto a las exigencias como a los límites que se deriven del Texto Constitucional, así como los fines de la pena. La respuesta a la primera cuestión habrá de ser necesariamente afirmativa, también en nuestro país, a tenor de la relevancia que la propia Constitución otorga a la función de prevención especial (art. 25.2 CE); la que se dé a la segunda no puede ser, sin embargo, tan categórica, aunque puede apuntarse que el principio de oportunidad habrá de ceder ante el de legalidad cuando el interés público existente en la aplicación del "ius puniendi" y la función de prevención general resulten prevalentes³².

4. Concepto y manifestaciones del principio de oportunidad

Tras lo expuesto se está en condiciones de ofrecer un concepto que ponga de manifiesto la incidencia de tales principios en el proceso penal, globalmente considerado, con la precisión, no obstante, de que, en mayor o menor medida, y con mayor o menor intensidad, ambos principios suelen manifestarse en cualquier moderno proceso penal.

Siguiendo en esencia la definición de Gimeno Sendra³³, puede afirmarse que un proceso penal está regido por el principio de legalidad, cuando necesariamente ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano judicial a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor, así como cuando, pronunciada sentencia de condena, el órgano judicial ha de proceder necesariamente a ejecutarla de oficio y en sus propios términos, sin que le esté dado suspender la ejecución o sustituir el contenido del fallo.

Por el contrario, un proceso penal está informado por el principio de oportunidad, como el referido autor señala, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento, e incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal aun cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral, así como cuando le es dado al órgano judicial suspender la ejecución de pena impuesta por sentencia firme o sustituir ésta por otra pena alternativa.

ni el órgano judicial, a instar o acordar el sobreseimiento libre o provisional en supuestos distintos a los previos legalmente. Art. 641 LECRIM se enumeran los motivos de sobreseimiento provisional: cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (ap. 1º), o cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (ap. 2º). En el art. 637 LECRIM los motivos de sobreseimiento libre: cuando el hecho no exista (ap. 1º), no sea constitutivo de delito (ap. 2º) o aparezcan los procesados exentos de responsabilidad criminal (ap. 3º); debiendo añadirse también a estos últimos los artículos de previo pronunciamiento contenidos en los apartados 2º (cosa juzgada), 3º (prescripción del delito), 4º (amnistía o indulto) y 5º (falta de autorización administrativa para procesar) del art. 666 LECRIM, dado que apreciada alguna de tales excepciones se sobreseerá libremente (arts. 675, 677).

30 Respecto a la acción cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho Procesal Civil*, reimp. De la 3ª edic., Buenos Aires 1190, pág. 186, quien pone como ejemplo de disponibilidad en materia penal "los procesos que sólo se promueven a denuncia o se continúan a querrela de parte". Sobre la disposición de la pretensión penal vid. Víctor Fairén Guillén, *La disponibilidad...*, ob. it., pág. 1221 y ss, quien demuestra que la conformidad supone "una disposición por parte del mismo (del acusado) de su derecho de defensa, y en dos intensidades: procesal y iusmaterial" (p. 1239); trata globalmente de la disposición de la pretensión penal Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 323 y ss., donde distingue los que califica de "impropios": el abandono de la querrela, la petición vinculante de sobreseimiento y la retirada de la acusación; de aquellos otros que considera "propios": perdón del ofendido y la conformidad.

31 Y es que, como ya señalara J. Goldschmidt, el problema sobre la dicotomía principio de legalidad/principio de oportunidad "se plantea no sólo con respecto al acusador, sino también con respecto al Juez" (*Problemas...*, ob. Cit., p. 76, donde se refería al arbitrio judicial en la Ley alemana sobre los Tribunales para niños y a la atribución judicial de indultar prevista entonces (1935) por ciertos Proyectos alemanes de Código Penal), e incluso- añadiríamos nosotros- también respecto a otros órganos, como después se dirá.

32 Da cuenta de la tensión existente entre el principio de oportunidad y prevención general Wolfgang Schöne, *Líneas generales del proceso penal alemán* (instrucción, juicio y tendencias de reforma), en la revista "Justicia", núm. III/1989, pp. 702 y 703, quien termina formulando la siguiente pregunta: "¿Hasta cuándo se pueden admitir concesiones a la oportunidad sin causar efectos contraproducentes para todo el sistema de la persecución penal por un procedimiento de aplicación general?" (p. 703). Friedrich-Christian Schroeder reconoce que también generan peligros considerables para la persecución penal estatal (*Strafprozeßrecht*, München 1993, p. 37).

33 *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 64.

Como puede observarse, el principio de oportunidad entraña, en la mayoría de las ocasiones, un poder de disposición para las partes e incluso para el órgano judicial que, en principio, sólo en parte puede hacerse compatible con la función tradicionalmente asignada al proceso penal. Esta incompatibilidad se comprende fácilmente si se atiende a la finalidad que intenta conseguirse con su introducción y que no es otra que la de 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 ejecución. La exclusión de la pena puede lograrse de múltiples maneras: de forma eventual, configurando la acción penal como un auténtico derecho del que puede disponer libremente, en ciertos casos, su titular, o bien eximiendo al Ministerio Fiscal de la obligación de ejercitar el derecho de acción en determinados supuestos; y de forma cierta, como ya advirtiera Gómez Orbaneja³⁴, directamente, mediante una norma que obligue a absolver, o indirectamente mediante una norma que impida proceder. Por su parte, la exclusión de la ejecución específica de la pena puede conseguirse, por ejemplo, otorgando al órgano judicial la facultad discrecional de suspender la ejecución o de sustituir la pena impuesta por otra alternativa, en determinadas circunstancias.

4.2 Manifestaciones

Por todo ello, aun cuando frecuentemente la doctrina suele centrar el debate acerca de los principios de legalidad y oportunidad en torno a la obligatoriedad o no del ejercicio del derecho de acción³⁵, lo cierto es, como se ha expuesto, que con ser ésta una expresión relevante no es la única, sino tan solo la primera que, desde el punto de vista temporal, puede manifestarse. Atribuir al ofendido en determinados delitos el monopolio del derecho de acción, o eximir al Ministerio Fiscal de su ejercicio en determinados supuestos por razones de política criminal, son claras manifestaciones del principio de oportunidad. Pero no cabe duda que, una vez ejercitada la acción y puesta en marcha, consiguientemente, la actividad jurisdiccional, el principio de legalidad, pero también su antitético principio de oportunidad, puede informar, en mayor o menor medida, el proceso penal. En este sentido, como instrumento de política legislativa tendente a intentar la resocialización del imputado y a tutelar ciertos intereses no resarcitorios de la víctima, el principio de oportunidad puede manifestarse en el establecimiento de determinadas condiciones de punibilidad o específicas condiciones de procedibilidad (o, mejor, presupuestos procesales) que, sin relación con el hecho delictivo, provoquen el sobreseimiento, puro o condicionado, del proceso penal o la absolución del acusado; y a los mismos fines, el otorgamiento al órgano judicial de determinadas facultades discrecionales en cuanto a la ejecución de la pena supone también una clara muestra del principio de oportunidad.

Desde una concepción abstracta de la acción, como la que aquí se defiende, siguiendo como se ha dicho en las enseñanzas de FAIRÉN, y atendiendo a la estructura actual de nuestro proceso penal, es posible concebir el principio de oportunidad, en sus distintas manifestaciones, como un *no accionar, no acusar o no ejecutar cuando en ausencia de tales manifestaciones, se debería accionar, acusar o ejecutar la sentencia firme de condena en sus propios términos*³⁶.

En un primer momento, el principio de oportunidad actúa, pues, no obstante el conocimiento sobre la existencia de una acción típica, culpable y punible y la determinación de su presunto autor, permitiendo o exigiendo el no ejercicio de la acción o, con posterioridad, de la pretensión penal. Una vez dictada sentencia firme de condena, su operatividad se ciñe a permitir (o exigir, aunque en nuestro Derecho se configura como una potestad discrecional del órgano judicial) la no ejecución de pena impuesta o su no ejecución específica.

Aclarando que nuestro ordenamiento procesal está presidido hegemonícamente por el principio de legalidad, las distintas manifestaciones, no obstante, del principio de oportunidad en el proceso penal español pueden ser clasificadas siguiendo el esquema propuesto en los tres grupos: aquellas que hacen posible la exclusión del proceso, al consentir el no ejercicio de la acción; aquellas otras que permiten o exigen la terminación anticipada del proceso penal por razones de política criminal, de diversa índole, y, en tercer lugar, las que atribuyen al órgano judicial la potestad discrecional de suspender la ejecución de la pena impuesta o sustituir ésta por otra menos criminógena.

34 *Comentarios...*, ob. Cit., t.I, p. 40.

35 Lo cual, sí resulta perfectamente comprensible (salvo, en lo relativo a la fase de la ejecución) en aquellos ordenamientos en los que, siguiendo el ejemplo alemán, la instrucción se encomienda al Ministerio Público, toda vez que, en tales ordenamientos, la acusación supone también ejercicio de la acción penal, no lo es en nuestro actual ordenamiento procesal penal, en el que, no obstante la ampliación de poderes del MF en el denominado proceso abreviado, tras la reforma efectuada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, lo cierto es que el dueño de la fase instructora sigue siendo el Juez de Instrucción, distinguiéndose claramente el ejercicio de la acción de la formulación de la pretensión procesal penal o acusación (cfr., al respecto, Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid 2015, p. 197).

36 Se abunda en la idea ya sugerida por Schöne, *Líneas...*, ob. Cit., p. 702

4.2.1 Aquellas que permiten no accionar pudiendo accionar

a. Al ofendido por el delito

a.1 Denuncia previa y querrela privada

Inicialmente, el principio de oportunidad se manifiesta en relación con las acciones privadas procedentes de un delito o delito leve semipúblico o de un delito privado; en tales casos el ofendido ostenta el monopolio de la acción penal o, si se prefiere, el más absoluto derecho a la no perseguibilidad del delito, en cuanto, como señala José Vicente Gimeno Sendra³⁷, la misma se configura a su vez como una *exclusión o prohibición* del ejercicio de la acción penal y sostenimiento de la pretensión punitiva por parte del Ministerio Público y el resto de ciudadanos (arts. 105 LECRIM; salvo el M.F. para suplir la incapacidad de la víctima: art. Tercero, apartado 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

La acción penal, lejos de ser una obligación, aparece aquí como un derecho cuya titularidad pertenece exclusivamente al ofendido, y, por tanto, del que solo él puede libremente disponer: sin denuncia previa de éste no cabe instaurar el proceso penal, al igual que tampoco si dicho ofendido no interpone querrela, razón que ha llevado a José Vicente Gimeno Sendra³⁸ a manifestar, en su espléndido estudio sobre esta última institución, que “la querrela privada, constituye un presupuesto procesal que lo es a la vez de la sentencia y de la iniciación del proceso penal, o si se quiere, empleando la terminología de ROSENBERG, de la admisibilidad del procedimiento”.

En ciertas ocasiones se considera como propio del ofendido el interés lesionado por el delito y, en consecuencia, se deja la perseguibilidad del mismo a su propio criterio. En otras, sin embargo, el bien lesionado es esencialmente indisponible y de carácter fundamental, pero, no obstante, se tiende con ello a tutelar la autonomía y el interés de la intimidad de la parte ofendida, la cual podría resultar violentada por un proceso público como lo es el penal³⁹. Obsérvese, por la trascendencia que la tesis tiene y que no siempre le ha sido dada por los detractores del principio de oportunidad, que, en tales casos, no es excluido el proceso porque el legislador no haya querido penar el hecho, sino –como ya señalará Gómez Orbaneja⁴⁰– “porque el ejercicio de la acción penal es abandonado por su titular, el Estado, a una voluntad ajena”.

Respecto a la legislación anterior, este abandono se ha incrementado notablemente con el Código Penal de 1995. A continuación, se mencionan tales delitos privados y delitos y delitos leves semipúblicos (estos últimos antiguas faltas antes de la reforma de 2015), citándose el precepto del referido Código que exige la interposición de querrela, en el primer caso, y denuncia previa, en el segundo, para su persecución. Son *delitos privados* los de calumnias e injurias (art. 215.1 CP). Son *delitos semipúblicos* los de: reproducción asistida (art. 161.2 CP); agresiones, acosos o abusos sexuales (art. 191 CP)⁴¹; descubrimiento y revelación de secretos (201.1 CP)⁴²; calumnia e injuria, cuando el ofendido sea un funcionario público, autoridad o agente de la misma, sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (art. 215.1 CP); abandono de familia (art. 228 CP); delito contra la propiedad intelectual, industrial, el mercado y los consumidores (287.1 CP); delitos societarios (296.1 CP)⁴³, y acusación y denuncia falsa (art.456.2 CP).

Son delitos leves semipúblicos (antiguas faltas semipúblicas antes de la reforma de 2015) sólo perseguibles a instancia de la persona agraviada o de su representante legal, los de: amenazas leves (art. 171.7 párrafo primero CP); coacciones leves (art.172.3 CP); e injurias o vejaciones leves producidas en el ámbito familiar (art.173.4 CP); lesión dolosa (art. 147.2 CP); maltrato (art. 147.3 CP); muerte por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP); lesión grave por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP) daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80 mil Euros (art. 267 CP).

A tenor del art. 105.2 LECRIM, en su nueva redacción conforme a la Disp. Final 2ª dos de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en

37 *La querrela*, Barcelona 1977, p. 45.

38 *La querrela*, cit., p. 68.

39 De la problemática controversia suscitada en Italia en torno a éstos últimos supuestos da cuenta Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, ob. Cit., p. 44.

40 *Comentarios...*, ob. Cit., p. 44.

41 No obstante, al permitir también el nuevo C.P. que el M.F. ejercite o no querrela en tales supuestos tras ponderar los legítimos intereses en presencia (art. 191.1), tales delitos pasan a ser públicos pero con la particularidad de que su persecución “dependerá de criterios de oportunidad” (Juan Luis Gómez Colomer, *Constitución y Proceso penal*, cit., p. 122); de ahí, la necesidad de incluirlo en el apartado b) relativo al principio de oportunidad i Ministerio Fiscal.

42 Salvo que el delito sea cometido por autoridad o funcionario público, o afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, en cuyo caso es público.

43 Salvo que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, en cuyo caso es público.

los delitos perseguibles a instancia de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuera menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida⁴⁴. Todos los demás delitos y faltas son públicos, teniendo el Ministerio Público el derecho-deber de ejercitar la acción penal, así como la obligación de comparecer para sostener la pretensión penal en aquellos procesos penales incoados por los ofendidos que obedezcan a la comisión de alguno de los delitos semipúblicos enumerados (principio de legalidad)⁴⁵.

a.2 Licencia del órgano judicial

También puede considerarse una manifestación del principio de oportunidad el presupuesto procesal consistente en la necesaria licencia del Juez o Tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido del juicio para poder perseguir los delitos de calumnia o injuria vertidas en el mismo (art. 215.2 C.P.)⁴⁶. Dicho precepto no obedece a la finalidad que hasta ahora se había predicado del principio de oportunidad; su "ratio legis" es diferente⁴⁷; no obstante, el difícil encaje de este presupuesto como manifestación del principio de legalidad hace preferible su acomodo en el principio de oportunidad⁴⁸, pero nótese bien que en este supuesto el poder de "disposición" no lo ostenta tanto la parte, cuanto el Juez o Tribunal⁴⁹.

b. Al Ministerio Fiscal

Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento procesal el Ministerio Fiscal ha tenido el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público (art. 105 LECRIM y 1 de su Estatuto Orgánico), que son todos, salvo los semipúblicos y privados, rigiendo así el principio de legalidad. Este derecho-deber, que lo es de legalidad ordinaria, ha querido ser, no obstante, por parte de un sector importante de la doctrina, elevado a rango constitucional. Se cita en apoyo de esta tesis el art. 124 de la Constitución, el cual establece en su número 1. que el Ministerio Fiscal "tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad..." y en su apartado 2. que dicho órgano actúa con sujeción al principio de "legalidad". Aunque a simple vista pudiera parecer cierta, en nuestra opinión dicha tesis encuentra un obstáculo difícilmente superable ante la pregunta de por qué, si la Constitución no contempla excepciones a la legalidad, dicho principio alcanza a nivel de legalidad ordinaria tan sólo a los delitos públicos; y no parece que la respuesta pueda ser el carácter disponible del bien jurídico protegido en los restantes casos, pues, como se ha visto, ello no siempre es cierto. Además, dicha tesis ha sido puesta en tela de juicio con el art. 191.1 CP.

Lo que en realidad sucede, como demuestra una lectura más atenta del precepto constitucional⁵⁰, es que dicho principio de legalidad, tal y como se entiende por tales autores, aunque normalmente resulta compatible con la defensa de "los derechos de los ciudadanos y del interés público" que también asume el Ministerio Fiscal, en ocasiones no lo es. Y en tales supuestos excepcionales, el principio de legalidad,

44 Previsión ésta que, normalmente, se contiene también en cada uno de los preceptos que han sido citados al enumerar los delitos y delitos leves semipúblicos. Además, respecto a éstos y también respecto a los delitos privados se contempla la posibilidad de que la denuncia o querrela sea interpuesta por el representante legal del agraviado. Por tanto, agraviado y representante legal (en delitos privados) y, normalmente, agraviado, representante legal, y Ministerio Fiscal cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida.

45 Debe tenerse en cuenta, no obstante la denuncia sea necesaria, que el propio artículo 105.2 párrafo segundo LECRIM prevé que la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención. Este párrafo sólo puede entenderse en el caso de que dichas diligencias se lleven a cabo para comprobar que pudiera existir un delito o delito leve público, o para cerciorarse que la persona agraviada sea una de las que se relacionan en el párrafo primero del propio apartado 2 del art. 105 LECRIM, es decir, una persona menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

46 Se excluye en esta clasificación la obligatoriedad del acto de conciliación al considerar, como ya demostrará Gimeno, que en nuestro derecho procesal penal no constituye una condición de procedibilidad, ni un presupuesto que lo sea a la vez de la querrela y de la iniciación del proceso penal, ni siquiera un presupuesto procesal, "sino un *presupuesto exclusivo del acto procesal de la querrela*" (*Ibidem*, p. 153).

47 Enrique Aguilera de Paz, como recuerda Gimeno (*Ibidem*, pp. 154-155), encontraba la justificación de este precepto en que "...en el calor de las discusiones se escapan a veces... conceptos que algunas veces traspasan los límites que obligan a la defensa, y vienen a ser más o menos molestos y aun ofensivos para la parte...; pero esto, no obstante, como la querrela podría ser hija de una extremada susceptibilidad del querellante, y hasta convertirse en una coacción perjudicial para la libertad del derecho de la defensa... la ley ha establecido esta restricción..." (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t.III, Madrid 1923, p. 150).

48 Sin duda, han debido ser las razones de "interés público" mencionadas en la nota anterior las que han llevado al legislador a introducir esta manifestación de oportunidad; sin embargo, como ya manifestará José Vicente Gimeno Sendra, tampoco nosotros "acabamos de comprender la justificación de la misma" (*La querrela*, cit., p. 155).

49 Máxime cuando, según señala Gimeno, el Tribunal Supremo viene entendiendo tradicionalmente que se trata de una facultad puramente discrecional del Juez o Tribunal competente (*Ibidem*, p. 155).

50 Art. 124.1 C.E.: "El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social". Cfr. Su paralelismo con el art. 159.1 de la Constitución Política del Perú de 1993, donde a la defensa de la legalidad se yuxtapone la de los intereses públicos tutelados por el derecho.

entendido en este momento como obligatoriedad del derecho de acción, puede ceder ante la prevalencia de los derechos de los ciudadanos o de otros intereses también públicos⁵¹. Este juicio de ponderación es el que justifica, precisamente, que en nuestro derecho el legislador tutele prevalentemente los intereses no resarcitorios de la persona ofendida por el delito en aquellos casos en que le confiere el monopolio del derecho de acción no obstante la indisponibilidad del bien lesionado; el que, por razones que se han considerado de interés público, ha inducido al legislador de 1995 a introducir, respecto a los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, una clara manifestación del principio de oportunidad en favor del Ministerio Público, al permitirle interponer o no la correspondiente querrela “ponderando los legítimos intereses en presencia” (art. 191.1 C.P.); y, en fin, el que podría justificar, incluso otras exclusiones a la obligación del M.F. de ejercitar la acción –en sentido abstracto- no obstante ser el delito de los considerados públicos, tal y como sucede en Alemania⁵².

Ahora bien, en nuestro ordenamiento procesal penal, esta última atribución al Ministerio Fiscal es cierto que, aun cuando no incompatible, sí resultaría difícilmente conciliable, no sólo con la iniciación de oficio que se prevé en la LECRIM (arts. 106, 303, 308, 638 y 784 de la LECRIM)⁵³, sino, sobre todo, con la acusación popular que se configura como un derecho de todos los ciudadanos no ofendidos por tales delitos públicos al ejercicio de la acción (art. 125 C.E.)⁵⁴. De poco serviría, además, atribuir al Ministerio Público la facultad –reglada- de no accionar pudiendo hacerlo, si el proceso penal puede iniciarse de oficio y, menos aún, cuando puede serlo por cualquier ciudadano.

De otra parte, aun en el caso de que, como un importante sector de la doctrina procesalista española reclama, se convirtiera al M.F. en el órgano competente de la instrucción o investigación penal (salvo para aquellas diligencias que impliquen limitación de derechos fundamentales)⁵⁵, como ya ocurre, por ejemplo, en el proceso penal de menores que regula la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el que el Fiscal es el encargado de la instrucción (art. 6). Pese a compartir esta posición de aquel sector de la doctrina, como criterio a seguir de *lege ferenda* parece preferible, en atención a las fundadas críticas que se han realizado al respecto en tales países⁵⁶, introducir el principio de oportunidad, no con carácter previo al ejercicio de la acción penal, sino una vez ejercitada ésta y, consecuentemente, iniciado el proceso penal, atribuyendo al M.F. la facultad únicamente de solicitar por ciertos motivos tasados el sobreseimiento puro o, preferiblemente bajo condición, y al órgano judicial la de acordarlo si los mismos concurren, a fin todo ello de contribuir a la pronta reparación de la víctima y a la efectiva reinserción del imputado; debiendo tenerse en cuenta para la previsión normativa de los referidos motivos la medida en que la función de prevención general permite el sobreseimiento por razones de política criminal. No parece que a una reforma tal pudiera oponerse el reconocimiento en nuestro país de la acción popular, ya que ésta no es un derecho a la condena penal, ni siquiera un derecho a la apertura del juicio oral o a la incoación de la fase instructora en todo caso, sino un mero “*ius ut procedatur*” (Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 211/1994, 40/1994, 37/1993, 191/1992, 83/1989 y 203/1989), por lo que,

51 Cfr. Gimeno Sendra, *Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)*, en la revista “Justicia”, núm. 2/1987, pp. 371 y 372.

52 En Alemania la facultad que ostenta en ciertos supuestos el MF para decretar el archivo del proceso *antes de ejercitar la acción penal* (que en Alemania por lo dicho *supra* también supone formular la acusación) sin necesidad de posterior confirmación judicial, es una facultad, por decirlo de algún modo, no originaria, sino sobrevenida que se “justifica” –aunque no sin atinadas críticas- con la atribución a dicho órgano de la dirección de la fase investigadora del proceso penal. Una vez ejercitada la acción, salvo ciertas excepciones, la competencia para el archivo la ostenta el órgano judicial (cfr. Armenta Deu, *Criminalidad...*, ob. Cit., pp. 48 y ss.). En Alemania, tal y como ponía de manifiesto Schroeder, el sobreseimiento mediante el principio de oportunidad se incrementó de manera significativa, tanto a través del no ejercicio de la acción (Klageerhebung) como del auto del archivo que pone fin al procedimiento intermedio en base al principio de oportunidad.

53 Salvo error, tal circunstancia parece mermar, parcialmente al menos, también el principio de oportunidad contenido en el art. 2 del Código Procesal Penal de Perú (Decreto Legislativo n° 957) habida cuenta que la facultad que se atribuye al Ministerio Público de abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos que menciona dicho precepto puede verse truncada por la iniciación de oficio y a instancia de los denunciantes del proceso penal (art. 329). Tal obstáculo, sin embargo, se salva cuando el artículo IV (Título Preliminar del Código Procesal Penal) atribuye exclusivamente al Ministerio Público la conducción de la investigación en el proceso penal desde su inicio, y, en este sentido, el art. 334 deja en poder del Fiscal la continuación de la Investigación Preparatoria o el archivo de lo actuado.

54 Art. 125 de la Constitución: “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*”.

55 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, ha dotado al Ministerio Fiscal de potestades fundamentales en la instrucción, en lo que parece un acercamiento, a la figura del Fiscal instructor. Así, por ejemplo, el art. 324 LECRIM (según la redacción del art. único apartado seis de la mencionada norma) prevé que la conversión de la instrucción sencilla cuya duración máxima es de 6 meses, a contar desde el auto de incoación del proceso, puede ser transformada a instrucción compleja, de 18 meses de duración, sólo y exclusivamente si el Fiscal insta al Juez de Instrucción a dicha transformación.

56 En Alemania, vgr., las de Roxin, que en tales casos se conceden facultades juzgadoras a un órgano no judicial; en Perú, la misma crítica efectúa Yon Ruesta, *El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal*, en la revista “Derecho PUCP” (Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú), págs. 142 y 143.

en este sentido, ningún obstáculo constitucional existe para la previsión de ciertos motivos legales de sobreseimiento por las ya mencionadas razones de política criminal⁵⁷.

En este sentido, es muy importante la potestad del Ministerio Fiscal que tras la importante reforma de 2015 ha sufrido la LECRIM, y que tiene que ver con el sobreseimiento por razones de oportunidad por delitos leves, que queda expresamente recogido en el art. 963 LECRIM redactado conforme a la Disp. Final 2ª diez de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Permite este artículo que, en el juicio por delitos leves, un juicio en el que no existe fase de investigación, una vez recibido el atestado, el Juez de Instrucción pueda adoptar la decisión de celebrar, de manera inmediata, el juicio oral por los hechos constitutivos del delito leve correspondiente, o bien, acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal si concurren una serie de circunstancias. Estas últimas son, en primer lugar, que 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 en segundo lugar, que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, ausencia de interés público que se presumirá en los delitos leves patrimoniales cuando se hubiese procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Observamos aquí una muy importante manifestación del principio de oportunidad que puede afectar a delitos leves de carácter público, como por ejemplo el tipificado en el art. 203.2 CP, allanamiento de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público; en el art.163.4 CP, detención ilegal por particular; en el art. 195 apartados 1 y 2 CP, omisión del deber de socorro; en el art. 337.4 CP, maltrato cruel de animal doméstico; en el art. 397 CP, falsedad en certificado por facultativo; o en el art. 245.2 CP, usurpación no violenta de inmuebles, además de los de contenido patrimonial, como los daños (art. 263 CP); hurto (art. 234.2 CP); estafa (art. 249 CP); o apropiación indebida (art. 253.2 CP y art. 254.2 CP para la apropiación de cosa mueble), entre otros, cuando el valor de los daños, de lo hurtado, de lo estafado o de lo apropiado no exceda de los 400 Euros.

Como vemos, la potestad del Fiscal es tan amplia que dándose las circunstancias del apartado a) del art. 963.1.1ª LECRIM, que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, así como en los delitos leves de contenido patrimonial las del apartado b) del art. 963.1.2ª LECRIM, que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, ausencia de interés público que se presumirá en los delitos leves patrimoniales cuando se hubiese procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado, el Juez de Instrucción deberá acceder a la petición del Fiscal⁵⁸. En cualquier caso, no parece que el legislador haya querido que se pudiese archivar la causa de manera inmediata, pues los requisitos de los apartados a) y b) se imponen, no solo al Juez para ordenar el sobreseimiento y archivo, que será el que decida, sino al Fiscal para instar dicho archivo, bien entendido que el Juez de Instrucción, como órgano decisor, nunca podrá adoptar esta decisión en los casos previstos por el mencionado precepto si no ha sido solicitado por el Ministerio Fiscal. En cualquier caso, se requiere que el Ministerio Fiscal acredite que estos requisitos se cumplen para que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento de la causa.

4.2.2 Aquellas que permiten o exigen no acusar pudiendo acusar

a. Como presupuestos

a.1 De naturaleza procesal

Se contempla dentro de este grupo la necesidad de obtener previa autorización de la Cámara respectiva (solicitada a través de un suplicatorio) para inculpar o procesar a un Diputado o Senador. Estableciendo dicho presupuesto procesal de la actividad (art. 71.2 C.E.), no se intenta lograr la resocialización del imputado

57 Tal es lo que se prevé, vgr., en el art. 2 *in fine* del actual Código Procesal Penal de Perú: "Si la acción penal hubiera sido ya ejercitada, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos".

58 La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015 dota de instrucciones a los fiscales a la hora de aplicar el principio de oportunidad siguiendo lo contenido en el art. 963 LECRIM, tanto en los delitos leves de contenido patrimonial como en los que afectan a bienes jurídicos personales, haciéndose especial énfasis en que no se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo en casos excepcionales, en los delitos leves de detención ilegal, contra el patrimonio histórico, de falsedad documental, contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia, salvo en casos excepcionales.

Por lo que hace a las circunstancias que se deben tener en cuenta para ejercitar las facultades derivadas del principio de oportunidad conforme al art. 963 LECRIM en los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, la Circular afirma que los fiscales deberán atender especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado, teniendo a la vista la hoja histórica penal del denunciado antes de emitir el informe de oportunidad.

ni tutelar los intereses de la víctima del delito, sino, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, de garantizar el correcto funcionamiento de las Cámaras parlamentarias. Ahora bien, no parece que su previsión responda al principio de legalidad procesal, ni siquiera en sentido amplio, por lo que la facultad de conceder o no la autorización pedida ha de considerarse también como una manifestación propia del principio de oportunidad, en este caso por razones políticas, aun cuando lo sea en el estrecho margen que a la Cámara le queda después de la interpretación restrictiva dada al mismo por el Tribunal Constitucional (cfr. STC 90/1985). Si la correspondiente Cámara niega la autorización para procesar, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, una vez reciba la comunicación, ha de dictar auto de sobreseimiento libre respecto del Diputado o Senador, equivalente, en cuanto a sus efectos a una sentencia absolutoria. Nótese, también aquí, sobre quien recae el poder de disposición.

a.2 De naturaleza mixta

Se introducen en este apartado, en primer lugar, varios supuestos cuya naturaleza, sin embargo, continúa siendo muy discutida, debiéndose quizás optar por la tesis que atribuye a las mismas una naturaleza mixta⁵⁹, en cuanto participan de una naturaleza sustantiva (al extinguir la penalidad) y procesal (al excluir también el proceso), tal y como se deriva de su configuración en el artículo 130 del C.P. como causas que extinguen la responsabilidad criminal, y el art. 666. 3 y 4 LECrim como cuestiones o excepciones objeto de previo pronunciamiento determinantes del sobreseimiento libre formal (a diferencia del material por causas de los arts. 637 y 641 LECrim) o, en su caso, de la absolución del acusado.

Se trata del indulto y la prescripción del delito. También estos supuestos parten de la existencia de una acción típica, culpable y punible, y de la averiguación de su presunto autor. No obstante, el proceso se excluye y la pena se extingue en respuesta a un determinado criterio de política criminal que, sintéticamente, podría resumirse en la pérdida de interés por la persecución en ciertos casos⁶⁰. En el primer supuesto, la decisión se viene a dejar en manos del Ministerio de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros, mientras que en el segundo es el propio legislador quien positiviza su previa decisión atendiendo, fundamentalmente, a la función de prevención especial de la pena y del derecho penal.

b. Como actos de disposición de la pretensión penal por las partes

No obstante constituir la regla general la indisponibilidad de la pretensión penal, subsisten en nuestro ordenamiento verdaderos o propios actos de disposición, cuales son el perdón del ofendido y la conformidad.

b.1 El perdón del ofendido

Supone una exteriorización del principio de oportunidad en cuanto que la remisión o perdón del ofendido constituye “un acto de postulación unilateral, en cuya virtud el ofendido, en determinados procesos incoados por la comisión de un delito semipúblico y en la totalidad de los que tengan como causa un delito privado, decide formalizarlo y, mediante él, provocar la extinción de la responsabilidad penal de su autor ocasionando, bien la extinción del proceso penal ya incoado, bien la inejecución de la pena”⁶¹. En los procesos por delito privado el ofendido ostenta el monopolio de la acción y de la presentación penal, pudiendo disponer también de ésta mediante la remisión (art. 215.3 CP).

En los procesos por delito semipúblico, el ofendido ostenta, como fue expuesto en su momento, el monopolio de la acción, pero no siempre de la pretensión procesal penal; en ocasiones subsisten intereses públicos en el sostenimiento de la pretensión que, no obstante la remisión, asumirá el Ministerio Fiscal. Por lo que en tales casos el perdón del agraviado no extingue ni la responsabilidad penal ni excluye el proceso; la reforma del C.P. de 1983 suprimió el perdón en los procesos por delitos contra la libertad sexual y lo mismo sucede respecto a éste y la mayoría de delitos semipúblicos tras el nuevo Código Penal de 1995. En una minoría de delitos semipúblicos (descubrimiento y revelación de secretos –art. 201.3 CP–, daños causados por imprudencia grave de cuantía superior a 80 mil Euros –art. 267.3 CP–, en cambio, el perdón del ofendido sí extingue la responsabilidad penal (art. 130.1.5º CP) y produce la finalización del proceso penal en el estadio en que aquel se produzca (art. 106.II LECRIM).

59 Vid. Gomez Orbaneja, *Comentarios...*, ob. Cit., t.I, p. 47 y la doctrina que allí se cita.

60 Cfr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Nicolás García Rivas, Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1996, p. 363.

61 José Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 325.

b.2 La conformidad

La institución de la conformidad (arts. 655, 694-700 LECRIM) ha de considerarse también como una manifestación del principio de oportunidad, aun cuando su encaje aquí resulta más difícil, en cuanto ni permite ni exige no acusar; tal particularidad la diferencia incluso del resto de manifestaciones del principio de oportunidad, pues no se trata con ella de excluir el proceso y, consiguientemente, la sentencia de fondo y la pena, sino, todo lo contrario, de ponerle fin mediante el allanamiento de la defensa a la más elevada petición de pena que, en el proceso común ordinario por delitos graves (arts. 655 y 688.2 LECRIM) y, en el proceso abreviado por delitos menos graves (art. 787 LECRIM)⁶², nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad. Así pues, al ser un acto de disposición de la pretensión penal efectuado por la defensa, no es posible considerarla una manifestación del principio de legalidad, por lo que la conformidad ha de entenderse también en este sentido como manifestación propia del principio de oportunidad⁶³.

En el juicio de jurado, el art. 50 de la *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado* prevé también una modalidad de conformidad con el escrito de calificación que contenga pena de mayor gravedad o con el que todas las partes presenten en el acto, y que se produce una vez concluida la práctica de la prueba.

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, los llamados “juicios rápidos”, creados por *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*, se contempla la posibilidad, en el artículo 801 LECRIM de que el acusado preste su conformidad ante el Juzgado de Guardia y que sea éste el que dicte la sentencia imponiendo la pena solicitada reducida en un tercio, pudiéndose resolver, además, sobre la suspensión condicional de la pena, de acuerdo con lo que establece el artículo 81 CP.

Para aplicar legalmente esta conformidad en el procedimiento de juicios rápidos, contenida en el artículo 801 LECRIM, este precepto establece una serie de requisitos, que son, en primer lugar, que no exista acusación particular y sea sólo el Fiscal el que ejerza la acusación; en segundo lugar, 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 la cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años; y en tercer lugar, 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. De todo ello, y dada la reducción ostensible de la pena en caso de que el acusado acepte la conformidad, estamos, como afirma José Vicente Gimeno Sendra, ante una “conformidad premiada”⁶⁴.

También en el juicio oral, ya no ante el Juez de Guardia (Juez de Instrucción), sino ante el Juez de lo Penal (órgano enjuiciador) cabrá la conformidad en este procedimiento de juicios rápidos antes de practicar la prueba, siempre que se conforme con la mayor de las penas, aplicándose en este supuesto, lo previsto por el antes mencionado art. 787.1 LECRIM que veíamos contemplaba la conformidad en el procedimiento abreviado. Por otra parte, en esta interrelación de procedimientos en los supuestos de conformidad, si en el procedimiento abreviado el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el art. 801 –es decir, delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea la cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años–, 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 LECRIM (art. 779.1.5ª LECRIM).

Dentro de este apartado, y por lo que de conformidad del investigado supone, debemos también referirnos al nuevo proceso por aceptación de decreto, que se introduce en la LECRIM, en los arts. 803 bis a) a 803 bis j), por *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*, también denominado “monitorio penal”⁶⁵.

62 Cabe destacar que la conformidad se podrá prestar, bien firmando el acusado en escrito de la propia defensa, o bien en el escrito de acusación firmado conjuntamente por las partes acusadoras y el acusado, según recoge el art. 784.3 LECRIM, por lo que Gimeno Sendra, *Manual... ob. cit.* p. 552, entiende que la conformidad así articulada, en el escrito de acusación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado, evoca claramente al “plea bargaining” americano.

63 Vid, Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 67

64 José Vicente Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal Penal... ob. cit.* p. 550.

65 No está muy de acuerdo con la naturaleza jurídica de este proceso, como proceso monitorio penal, Gimeno Sendra, *Manual... ob. cit.* p. 713, pues considera que, de tener esta naturaleza, como ocurre en el Derecho comparado, se requiere la emisión por el Juez de una orden penal en la que se concrete la sanción, que, si no es impugnada, deviene firme. En cuanto a las características del proceso penal monitorio, Cfr. Gimeno Sendra, *Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)*, ob. cit. p. 12.

Considera José Vicente Gimeno Sendra que nos encontramos más bien ante un proceso especial que se desarrolla ante la autoridad judicial y que puede finalizar por una sentencia de conformidad, por lo que “las normas que disciplinan este método autocompositivo de solución de las controversias penales o de allanamiento a la pretensión penal debieran ser de aplicación supletoria”⁶⁶.

Consiste este procedimiento en la posibilidad de convertir la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal (Decreto) en sentencia firme cuando, cumpliendo ciertos requisitos, el encausado se conforma con dicha propuesta y la pena contenidas en el Decreto del Fiscal, todo ello con el concurso de la voluntad de su abogado. Estos requisitos son:

- Referidos al delito: Únicamente se podrá acudir a este proceso cuando el delito esté castigado con pena de multa, con pena 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 lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.
- En relación con la pena: el MF podrá hacer la propuesta cuando entienda que la pena aplicable (en concreto) sea la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- Que no estén personadas acusación particular o popular en la causa.

Es precisamente en la proposición de la pena en el Decreto del Fiscal, donde se puede observar una clara manifestación de la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal, pues podrá ser reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal, reducción que, no obstante, es potestativa, y no automática como ocurre con la conformidad en los juicios rápidos⁶⁷.

b.3 No acusación del Ministerio Fiscal en los delitos de amenazas

Frente al criterio de estricta legalidad, el Código Penal, en su art. 171.3 contiene, respecto al delito de amenazas consistente en revelar o denunciar la comisión de algún delito (denominada comúnmente chantaje) una tímida⁶⁸ pero clara manifestación del principio de oportunidad en favor del Ministerio Público, quien “podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviera sancionado con pena de prisión superior a dos años...”. No parece que se trate de una excepción a la obligatoriedad del ejercicio de la acción, sino del deber de sostener la pretensión procesal penal (“abstenerse de acusar”), de ahí su inclusión en este apartado.

4.2.3 Aquellas que permiten no ejecutar la sentencia firme de condena pudiendo ejecutarla

a. Indulto y perdón del ofendido

Deben traerse de nuevo a colación en este grupo dos manifestaciones del principio de oportunidad que ya han sido mencionadas. Se trata del indulto, en cuanto que también puede suponer la remisión total o parcial de la pena impuesta, o su conmutación por una pena más leve, y el perdón del ofendido, el cual no sólo puede ocasionar la finalización del proceso penal en el estadio en que el perdón se produzca (art. 106.II LECRIM, en relación con el 130.1.5º CP), sino también la exclusión de la ejecución de la sentencia condenatoria, cuando se produce con anterioridad a que la ejecución tenga lugar, debiendo el órgano judicial a tal fin oír al ofendido antes de disponer dicha ejecución (art. 130.1.5º C.P).

b. Suspensión de la ejecución, sustitución y remisión de penas

Pero, junto a ellas, las principales manifestaciones del principio de oportunidad por las razones de política criminal, a que se hizo referencia inicialmente, se derivan del otorgamiento al órgano judicial funcionalmente competente para la fase de la ejecución de importantes potestades, en virtud de las cuales, puede, atendiendo a la personalidad del delincuente y las características del hecho, bien sustituir la pena corta privativa de libertad por otras penas menos aflictivas (art. 89 CP en el caso de ciudadanos extranjeros), bien suspender la ejecución de la pena privativa bajo la condición de futuro cumplimiento por el condenado de determinadas prohibiciones y obligaciones cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión

⁶⁶ José Vicente Gimeno Sendra, *Manual ... ob. cit.* p. 713 y ss.

⁶⁷ Como recuerda Alberto M. Santos Martínez, El proceso por aceptación de decreto, en “El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015” (Dir. Alonso-Cuevillas Sayrol), Barcelona 2016, p. 315.

⁶⁸ Tímida, como señala Juan Luis Gómez Colomer, “no sólo porque es el único caso previsto en el CP, sino también porque en realidad se articula para castigar un delito, la amenaza, y no para otros fines” (*Constitución y proceso penal*, Madrid 1996, p.134)

de nuevos delitos, contenidas en el art. 83 CP⁶⁹, así como el cumplimiento de las prestaciones o medidas enumeradas en el art. 84 CP⁷⁰. Tales potestades son fiel reflejo de la filosofía humanista sobre la que se asienta el Código Penal de 1995, donde la pena privativa de libertad se abandona ya como eje del sistema penal, en aras a evitar sobre todo los efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad. Se proscribire la pena de prisión inferior a tres meses, se introduce la pena de localización permanente como intermedia entre la de prisión y la de multa, e igualmente se introducen otras penas como la de trabajos en beneficio para la comunidad, la de inhabilitación, prohibición de aproximarse a la víctima del delito, y, finalmente, se otorgan al órgano judicial las facultades mencionadas, muestra también del protagonismo que asume la función de prevención especial como lógico correlato del mandato establecido en el artículo 25.2 de la Constitución, a tenor del cual las penas y las medidas de seguridad han de estar “orientadas hacia la educación y reinserción social”.

Por último, y como manifestación del principio de oportunidad en esta fase de ejecución del proceso, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena una vez transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el propio juez o tribunal (art. 87.1 LECRIM)⁷¹.

Los juicios rápidos también contemplan la posibilidad legal de suspender la pena tras la conformidad premiada contenida en el art. 801 LECRIM. De esta forma, la sentencia de conformidad impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, pudiéndose resolver, además, sobre la suspensión condicional de dicha pena, de acuerdo con lo que establece el artículo 81 CP, todo ello conforme al apartado 2 del art. 801 LECRIM⁷².

En ese mismo sentido, el proceso por aceptación de decreto, introducido en la LECRIM por la por *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* contempla, además de un caso de conformidad, como hemos visto antes, también un supuesto de sustitución de la pena privativa de libertad de hasta un año de prisión por una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación

69 Tales prohibiciones y obligaciones a que puede quedar condicionada la suspensión de la ejecución son las siguientes: 1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.

4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

70 Las prestaciones o medidas que también pueden condicionar la suspensión de la ejecución de la pena son: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2.ª El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3.ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

71 En el caso de que el penado cometiera el delito bajo los efectos de las drogas, deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o continuación del tratamiento. En caso contrario, se deberá cumplir la pena, salvo que se considere la necesidad de la continuación del tratamiento, oídos los informes correspondientes, y que podrá conllevar la concesión de una prórroga que no supere los dos años de suspensión (apartado 5 del art. 80 CP).

72 Para acordar, en su caso la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el art. 81.3ª del Código Penal, con el compromiso de acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije. Asimismo, también será necesario el certificado del centro público competente homologado de que el acusado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin, o bien el compromiso del acusado de que obtendrá dicha certificación en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije (art. 801. 3 LECRIM).

del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, siempre que se cumplan los requisitos legales del art. 80 para la suspensión de dicha pena de prisión. (art. 803 bis a. LECRIM).

Ahora bien, no cabe olvidar que, por el momento en que están previstas, la eficacia de tales medidas puede quedar bastante limitada y llegar demasiado tarde, como la medicina lentamente elaborada llegaría a un enfermo muerto (Calamandrei). Y mucho más, como ha recordado José Vicente Gimeno Sendra⁷³, cuando nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla como medidas cautelares de naturaleza personal más importantes la prisión y la libertad provisional: “Si esta grave medida limitativa del derecho a la libertad se estimula y, sobre todo, si se aplica a jóvenes delincuentes no reincidentes y presuntos autores de delitos leves, ¿de qué puede servir todo el cuadro posterior de medidas de suspensión o de sustitución de la pena si el imputado, tras su ingreso en prisión, ha podido convertirse ya en un delincuente mucho más peligroso?”.

Por tales motivos, suscribimos íntegramente la propuesta que el citado autor efectúa en el sentido de trasladar en calidad de medidas de control judicial, muchas de las alternativas a la pena de prisión que se encuentran ya instauradas en el Código Penal (cfr. Arts. 83 y 87), pues como se ha indicado, la eficacia de dichas medidas se puede malograr si el imputado ingresa en un establecimiento penitenciario como preso preventivo y no se evita el contagio criminal que dicho ingreso siempre ocasiona⁷⁴. Reforma que debería aprovecharse, igualmente, para modificar nuestra conformidad a fin de alejarla del sistema “puro” de transacción y acercarla, en consonancia con las legislaciones europeas, a la conformidad bajo condición y/o, en la misma línea, facultar al M.F., a solicitar, y, al órgano judicial, acordar el sobreseimiento también “bajo condición” de que el acusado haya de cumplir futuras prestaciones individuales (vgr.: la inmediata reparación de la víctima) o sociales (vgr.: la realización de trabajos para la comunidad), previstas en el nuevo C.P. como medidas de sustitución de las penas privativas de libertad⁷⁵.

5. Bibliografía

Armenta Deu, Maria Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona 1991, pp. 61 y 62.

Arroyo Zapatero, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en Revista Española de Derecho Constitucional.

Baumann, Jürgen. Derecho Procesal Penal, Conceptos y principios procesales, Buenos Aires 1986.

Eberhard Schmidt. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal (trad. J.M. Núñez), Buenos Aires 1957.

Fairén Guillén, Víctor. La acción, derecho procesal y derecho político, recogido en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid 1955.

Gimeno Sendra, José Vicente. Causas históricas de la ineficacia de la Justicia, en “Revista de Derecho Procesal”, núm. 2/1987.

_____. 2015. Manual de Derecho Procesal Penal, Madrid.

Gómez Orbaneja, Emilio. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, t.I, Barcelona 1947.

González-Cuellar Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid 1990.

Prieto Sanchis, Luis. Ideología e interpretación jurídica, Madrid 1987.

Santiago Mir Puig, Santiago. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona 1994

Serra Domínguez, Manuel. El juicio jurisdiccional, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid 1969.

73 *La aplicación procesal...*, ob. Cit., p. 1.623.

74 José Vicente Gimeno Sendra, *La aplicación...*, cit., pp. 1.625-1626. La misma idea puede verse en Nicolás González-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad...*, ob. Cit., p. 211

75 José Vicente Gimeno Sendra, *Ibidem*, p. 1.626