

## ÍNDIX DE CONTINGUTS

1. Introducció .....	4
2. Política Criminal i teoria Penal .....	6
3. De la petita criminalitat i les formes de despenalització .....	9
4. Context estructural .....	12
5. La qüestió del trasllat de l'instrucció al Fiscal.....	14
6. Principi d'oportunitat.....	18
6.1 Aproximació.....	18
6.2 El binomi oportunitat i/o legalitat .....	18
6.3 Concepte .....	21
6.4. Posició de la doctrina .....	22
6.5 Oportunitat pura i oportunitat reglada .....	26
6.6 Concepte i diferències amb la discrecionalitat.....	28
7. Dret Comparat.....	32
7.1 Sistema processal Penal als EE.UU: El Plea Bargaining.....	32
- Declinació de l'acusació.....	33
- Negociació .....	34
- Posicionaments de la doctrina i aportació personal .....	35
7.2 El principi d'oportunitat en els ordenaments jurídics continentals .....	37
7.2.1 El principi d'oportunitat a Alemanya .....	37
7.2.2 El model Italià.....	41
7.2.3 Model Portuguès .....	43
7.3 A mode de conclusió .....	44
8. Manifestacions lege data del principi d'oportunitat a Espanya .....	46
8.1 IDENTIFICACIÓ DE LA OPORTUNITAT: Teoria i pràctica.....	47
8.2 Responsabilitat Penal del Menor.....	52
8.3 La conformitat.....	54
8.3.1 La conformitat estricta en el procediment ordinari .....	55
8.3.2 La conformitat en la reforma parcial de la Lecrim de 2002.....	55
8.3.3 Conclusió.....	57
8.4 El sobreseïment.....	59

8. 5 A mode de conclusió .....	64
9. Manifestacions lege ferenda del principi d'oportunitat .....	65
9.1 Procés d'acceptació per decret o monitori penal .....	66
9.2 Nous terminis per a la instrucció i instrucció complexa .....	69
9. 3 Atestats sense autor conegut .....	72
10. Control de la discrecionalitat reglada. ....	74
10.1 L'acció popular.....	74
11. Conclusions .....	82
PRIMER.- Sobre la premissa teòrica .....	82
SEGON.- Sobre un replantejament de la premissa teòrica. ....	83
TERCER.- Síntesi sobre la premissa teòrica. ....	85
QUART.- Del marc pràctic. ....	85
CINQUÈ.- Sobre la primera alternativa. ....	86
SISÈ.- Sobre la segona alternativa. ....	87
SETÈ.- Sobre la tercera alternativa. ....	89
VUITÈ.- Síntesi del marc pràctic.....	89
BIBLIOGRAFIA .....	92

## ***ABREVIATURES MÉS UTILITZADES***

CE	Constitució Espanyola
Cfr.	Consulti's
CP	Codi Penal
EE.UU	Estats Units
LECRIM	Llei d'Enjudiciament Criminal
LO	Llei orgànica
MF	Ministeri Fiscal
OJ	Ordenament Jurídic
Op. Cit	Obra Citada
P.	principi
p./Pàg.	Pàgina
RD	Real Decret
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
StPO	Codi Processal Penal Alemany
STS	Sentència del Tribunal Suprem
V. gr.	Per exemple
Vid./vide	Vegi's

## 1. Introducció

Al temps d'elaborar aquest treball sembla que el debat sobre el principi d'oportunitat s'ha revifat, coincidint amb la introducció de dues noves reformes processals, que no han estat definitives com es pensava o es pretenia que fossin. Certament, el principi d'oportunitat no es tracta d'un tema nou i un servidor n'és conscient, de fet, al voltant de la dècada dels 90 ja hi havia doctrina i posicions més que assentades sobre el mateix, així les coses, alguns dels manuals a l'ús i llibres que han servit d'inspiració per l'elaboració d'aquest treball daten d'aquesta dècada, doncs algunes de les obres que es citen són referents en la matèria i gran part del seu contingut segueix vigent avui. Segueix vigent sobretot perquè en el decurs d'aquests anys no hi ha hagut una reforma seriosa de les bases del procés penal que impulsi de manera definitiva la justícia en el sentit de donar-li major celeritat i eficàcia. En aquest sentit i per desgràcia, resulta indiferent argüir que entre els primers manuals sobre la matèria i la època actual hi ha hagut canvis suficients com per dir que aquests estan desfasats o que la proposta que fan ja no és d'aplicació en consideració a la realitat social, legal, econòmica i política actual. Al contrari, resulta sorprenent com els problemes de fons al que respon el principi d'oportunitat són pràcticament els mateixos que fa deu anys i fa vint, cosa que denota que la problemàtica a la que respon aquest estudi es centra en una qüestió de com s'estructura un sistema processal. No es refereix a problemes o qüestions concretes que poden ser solucionades per mitjà d'una actualització d'un títol de la llei que ha quedat desfasat, o la introducció d'un nou article o articles referits, per exemple, a la introducció de les noves tecnologies, o sense anar més enllà, una reforma per via de Llei Orgànica sobre la interceptació de les comunicacions telefòniques, com la que està en curs, no ens estem referint a res d'això. L'elecció entre regir-se pel principi de legalitat o el principi d'oportunitat és una decisió que afecta a les **fonts de l'ordenament jurídic**, en concret, de l'ordre penal, cosa que necessàriament ens obliga a haver d'abordar aquesta discussió de manera àmplia, tenint en compte tots aquells factors presents en l'ordenament jurídic que tenen alguna relació amb aquesta dialèctica (oportunitat-legalitat). En efecte, el nivell d'abstracció d'aquest treball obliga a rebutjar totes aquelles reformes, mesures aspectes que tot i rellevants en el seu àmbit, no mantinguin una relació amb la dita dialèctica, ja no és per una qüestió de síntesi –que també- sinó perquè resulta necessari centrar el tema en allò de que tracta, a risc de perdre el fil i provocar una confusió indeguda en els termes de la discussió. De fet, la

problemàtica d'un estudi sobre fonts, és saber triar que és i que no és rellevant, que té i que no té relació i quines mesures o aspectes es poden connectar amb la realitat actual.

Considerant tot això, he dedicat la primera part del treball a l'elaboració d'un marc teòric que aborda, primer, i a efectes de contextualització, l'explicació dels diferents tipus de sistemes penals, les tècniques de despenalització de delictes i la qüestió del trasllat de la instrucció al Fiscal. Seguidament, faig una exposició sobre el concepte de principi d'oportunitat, les seves classes i aspectes relacionats. A continuació, faig un apart important en l'anàlisi d'aquesta dialèctica des del punt de vista del dret comparat; d'especial rellevància alhora de comprovar l'èxit que ha tingut en diferents països amb diferents sistemes processals. En la següent fase, faig referència al que titulo com a manifestacions *lege data* del principi d'oportunitat, que com s'intueix, es refereix a totes aquelles formes que es podrien classificar dins del que la doctrina entén com a principi d'oportunitat. Després, parlo de les manifestacions *lege ferenda* del principi d'oportunitat, que ja avanço són escasses. Finalment, dedico un punt als mitjans existents per du a terme un control sobre la seva aplicació. En l'apartat de conclusions faig una reflexió sobre l'opinió que em mereix l'estat actual de coses i considero diferents propostes per posar fi a la problemàtica.

## 2. Política Criminal i teoria Penal

Els estudiosos de la política criminal coincideixen en una estreta i certa relació entre l'evolució de les teories del delictes, els fins de la pena i la posició jurídica de l'acusat segons el moment històric del que es tracti. Autors com ROXIN<sup>1</sup> analitzen aquest fenomen. Es parla de que a la dècada dels 60 a Europa predominaven les teories retributives de la pena, on l'acusat gaudia d'uns drets més aviat escassos; influït sobretots pels totalitarismes presents en alguns països. Més endavant, a finals dels 70, coincidint amb l'auge dels estats de benestar, la política criminal s'orienta a potenciar els fins preventius especials de la pena, en consonància amb l'ànim de rehabilitació i reintegració social que propugnen la majoria de les Constitucions socials de l'època. És en aquesta època on els conceptes de bé jurídic protegit, principi de lesivitat social i principi de subsidiarietat penal prenen major protagonisme. També la concepció de l'acusat com a subjecte de drets es configura com una de les bases sobre les quals s'hauran d'articular els sistemes penals; en definitiva, el procés penal esdevé un procediment altament garantista el llegat del qual vull pensar, perdura amb força a dia d'avui. Es parla d'una tercera etapa en l'evolució de la política criminal, que es diu, comprèn des de inicis dels anys 80 fins a la data actual, en la que la preocupació per la seguretat i l'ordre reprèn especial importància; a la qual cosa se li suma una tendència expansionista del dret penal, que es tradueix amb el que la doctrina denomina com "administrativització del dret penal". Aquest últim concepte és simplement la idea d'incrementació de la resposta penal a àmbits fins ara reservats a altres sectors del dret. Conductes antijurídiques que podrien tenir una resposta més eficaç en àmbits com el dret civil o administratiu, es troben regulats en ocasions amb duplicitats, en forma de delictes i faltes al Codi Penal. N'és un exemple el delictes d'usurpació de béns immobles de l'article 245, segons el meu parer, un paradigma de hipocresia, l'objecte del mateix (la integritat del patrimoni) ja troba resposta en l'ordenament civil i que amb la vigent regulació solament aconseguix criminalitzar-ne els seus subjectes actius, sense haver quedat ni tant sols demostrat que amb la seva denúncia s'obtingui una resposta més ràpid o eficaç que per mitjà del procediment civil corresponent. Aquest i molts altres exemples han contribuït i segueixen contribuint a una hipertròfia del codi penal que no

---

<sup>1</sup> ROXIN, C., *"La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal"*, Ed. Tirant lo blanch, 2000.

fa més que agreujar la ineficàcia actual del sistema penal. Diu la doctrina que aquest nou període ve marcat també per una creixent preocupació pel terrorisme, cosa que ha activat les polítiques criminals d'emergència, que es tradueix en l'adopció de mesures restrictives dels drets de l'acusat<sup>2</sup>. En aquest sentit, es parla de nou d'un canvi en el centre de gravetat dels fins predominants del sistema penal, en el que la prevenció general positiva desplaça gradualment la prevenció especial pròpia dels estats socials. Evidentment seria imprudent i radical afirmar que l'actual tendència restrictiva de les garanties del procés troba la seva única causa en la cultura de l'emergència i la política de tolerància zero adoptada per fer front al terrorisme global; si bé és cert que moltes vegades s'ha usat com a pretext pels governs per endurir el sistema<sup>3</sup> –*només cal veure l'actual política de seguretat adoptada pels Estats Units arran del atemptat del 11-S*<sup>4</sup>– però no és l'únic motiu. En efecte, el context econòmic actual, liderat pel neoliberalisme econòmic i la globalització, ha contribuït a un increment important de la petita criminalitat, motivat principalment per l'augment de l'exclusió social, la pobresa i la marginalitat; sumat a la falta de recursos econòmics per sostenir el sistema judicial, ha motivat el conjunt de polítiques criminals encaminades per una banda, a fer més eficient el sistema (v. gr. principi d'oportunitat) i per altra, a intentar implementar un model basat en la estabilització social en detriment de la protecció del individu.<sup>5</sup> Segons aquesta nova concepció, l'estabilitat social i la producció de consens, esdevenen la pedra angular en el funcionament del sistema penal, quedant justificades determinades restriccions i garanties com a conseqüència d'aquesta nova orientació cap als fins de prevenció general positiva, a propòsit d'aquest debat, ALMEIDA SILVA<sup>6</sup> diu “*De esta forma, se ve justificada la necesidad de anteponer el derecho a la seguridad frente a las*

---

2 Vid. BERGALLI, R., “*Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático*”, Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>4</sup> Destaca BERGALLI, R., “*Las funciones del sistema penal...*, op. cit., que «*en los tiempos presentes Europa está viviendo un período de suma gravedad en el campo de los derechos y las garantías fundamentales. En primer lugar, por la preocupación que se dispensa a ciertos fenómenos como la inmigración y al crecimiento de la criminalidad. Ambos no son tratados en el análisis de sus causas estructurales y se recurre a utilizarlos como elementos de difusión de alarma social. En segundo lugar, por la dispersión de un sentimiento de angustia provocado por el ataque del 11 septiembre de 2001(...)*».

<sup>5</sup> Vid. **Teoria sistèmica del dret penal**, per un anàlisi pormenotizat de la mateixa, vegi's ALMEIDA SILVA, KÉDYMA CRISTIANE, “*La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*”, 2008, pp. 43 i ss.

<sup>6</sup> vegi's ALMEIDA SILVA, K. C., “*La incorporación (...)*” op. Cit. Pàg 46.

*libertades y se ve legitimado el recorte de las garantías que las protegen. En cuanto a la posición jurídica del acusado, conforme señala ROXIN, también es propio de la orientación preventivo general la tendencia a reducir los derechos del acusado antes que a ampliarlos”.*

Amb aquest breu referència històrica a les diferents etapes de la política criminal, sobretot, amb la referència a les noves tendències, espero que serveixi al lector, igual que el seu estudi m'ha servit a mi, per abordar de manera crítica el present treball, de manera que hom sigui capaç de relacionar les actuals reformes i polítiques criminals amb les tendències generals que regeixen la vida no només política, sinó també social i econòmica, doncs l'ordenament jurídic no és més que la plasmació dels objectius que els governs i actors socials més rellevants tenen en cada moment.



### 3. De la petita criminalitat i les formes de despenalització

Petita criminalitat, criminalitat de bagatel·la i criminalitat de “poca monta”, tots ells termes per referir-se a la mateixa idea. Personalment, em decanto per la primera accepció, doncs no voldria contribuir a la idea de nimietat que semblen connotar les altres dos, doncs en realitat ens trobem davant d’un dels problemes número 1 de la política criminal actual, amb conseqüències nefastes en l’administració de justícia, en efecte, considero com a mínim inadequat referir-s’hi amb aquest desdeny, *màxime*, en seu acadèmica. En qualsevol cas, i reprement el que havíem deixat en el punt anterior, la petita criminalitat ha esdevingut un problema de primer ordre a Espanya i a la resta d’Europa, per les raons abans adduïdes. Els delictes contra la propietat i la seguretat en el tràfic, constitueixen el gruix d’aquesta criminalitat. Quines són però, les conseqüències d’aquest augment de la petita criminalitat? La primera i principal, causa al seu temps dels mal de caps dels diferents governs, és la sobrecàrrega en l’Administració de justícia. És cert que aquest és un mal comú en tots els ordres –cosa que indicaria que subjauen altres problemes de fons en la manera en com s’organitza la justícia- tanmateix, és innegable que la petita criminalitat revesteix un obstacle important en el normal decurs de la justícia. Al seu torn, en moltes ocasions les penes que es preveuen i s’apliquen a la comissió d’aquests delictes o faltes, dóna la sensació que són desproporcionades, donada la poca rellevància que aquesta criminalitat pot tenir en termes individualment considerats. En efecte, el problema no és del sistema penal, doncs aquest està complint amb la seva funció d’èsser la *ultima ratio*, i per tant, la resposta més contundent a les accions de major desvalor; el problema doncs està en que no s’han sabut articular mitjans adequats per combatre-la de manera eficaç i definitiva. Juntament amb això, tenim les conseqüències econòmiques que la perpetració d’aquests delictes i faltes genera, en efecte, la petita criminalitat considerada en el seu conjunt provoca directa i indirectament quantioses pèrdues econòmiques al conjunt de la societat, sobren els exemples.

Davant d’aquests fets, es sospesen diverses solucions, que passen necessàriament per dur a terme un exercici de despenalització o descriminalització, doncs qualsevol altra mesura no estaria posant fi al problema des de l’arrel sinó contribuint al desmèrit de la naturalesa mínima del dret penal. En aquest sentit la

despenalització pot dur-se a terme de diverses formes i classificar-se segons diferents criteris.

Segons si les mesures s'adopten partint de la norma substantiva o la processal, podem classificar-la en mesures de **dret penal o de dret processal**:

- Les mesures de dret penal serien totes aquelles que s'estipularien arrel de modificacions en el tenor literal de la llei; tècniques com la introducció de clàusules que excloguin l'aplicació de la pena en aquells supòsits considerats com a més inofensius, o la reelaboració dels tipus penals de manera que quedin restringits a les accions de major desvalor, quedant exclosos els mateixos delictes quan revesteixen poca rellevància, donant-lis a aquests últims una regulació autònoma.

- Pel que fa les mesures de dret processal, s'haurà de diferenciar segons aquelles tècniques que parteixen estrictament del principi de legalitat i aquelles altres que ho fan des del principi d'oportunitat. Dins de les primeres, s'inclourien tots aquells procediments especials, la creació dels quals ve motivada per l'abreujament de la seva tramitació. Estaríem parlant òbviamment dels processos per enjudiciament ràpid i abreujats; existents en la majoria de països. No m'atreviria a incloure, com fan altres autors, dins d'aquesta categoria els denominats procediments per ordre penal o monitori penal, ja que donades les seves característiques s'assimila més a una conformitat i no pas a una tramitació abreujada, i comsevulla que la conformitat pot partir de certa inspiració en el principi d'oportunitat, considero inadequat incloure-ho en aquesta categoria. L'altre conjunt de mesures dins de les tècniques de dret processal serien aquelles que procuren la despenalització a través del principi d'oportunitat. No m'hi referiré ja que ho veurem sobradament en el decurs d'aquest treball.

Fóra d'aquesta classificació, existeixen altres alternatives dins de la política criminal per disminuir el gruix de petita criminalitat que es ventila per l'ordre penal, serien alternatives tant eficaces com de sentit comú, en efecte es tractaria de la despenalització en sentit estricte, de manera que molts dels delictes i faltes que a dia d'avui troben una regulació en el codi penal es destipifiquessin i sancionessin per via administrativa o es rescabalessin els perjudicis que causen per via civil.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Per un anàlisi pormenoritzat d'aquestes dues alternatives vegi's ARMENTA DEU, "*Criminalidad de Bagatela y pio de Oportunidad; Alemania España*", 1ª ed., Barcelona, El Sistema Penal, 1991, pp. 32 i ss.

En síntesi, el legislador té recursos de sobra per afrontar de manera eficaç l'amenaça de la petita criminalitat. Tanmateix, és cert que tot canvi s'ha de realitzar d'acord amb el sistema processal que regeix en cada país i analitzar les conseqüències que cada mesura pot tenir a la llum de la millor justícia. No es tracta en efecte d'una qüestió baladí, no obstant, em de reconèixer que especialment a Espanya hi ha una inoperància manifesta en aquest àmbit, degut principalment a la falta de consens. Amb tot, les reformes tot i que tímides, semblen apuntar a una despenalització de dret processal i en base al principi d'oportunitat.

#### 4. Context estructural

En el decurs d'aquest treball exposarem, per una banda, el marc més teòric que envolta el principi d'oportunitat per posteriorment entrar en un anàlisi més pormenoritzat que inclourà senyalar les formes d'oportunitat *lege data i lege ferenda*. Per a aquest propòsit, resulta convenient conèixer el marc processal objecte d'estudi, a aquest efecte, resulta indispensable parlar sobre les diferents formes com es pot configurar l'acusació i el sistema d'investigació, doncs la incidència del principi d'oportunitat en el funcionament normal d'un procés depèn en part del sistema processal vigent en el país que es tracti.

En aquest ordre de coses, podem parlar de l'existència de sistemes acusatoris i sistemes d'investigació oficial, essent aquesta la dialèctica de partida, el cert és que la majoria de sistemes penals no s'articulen en base a aquests extrems sinó en els punts entremitjos, als quals també ens hi referirem. El **sistema acusatori** en la seva versió purista seria aquell en què la intervenció estatal en la persecució del delictes és nul·la, de manera que, com passa en el procés civil, l'incoacció dels procediments vindria interessada única i exclusivament pel perjudicat o aquella persona que hagi vist malmesos els seus interessos legítims, per mitjà d'acusació particular, o per qualsevol altre grup de ciutadans en el cas que estigués admesa alguna forma d'acusació popular. Al seu torn el **sistema d'investigació oficial** vindria a expressar la idea contrària, o sigui, la intervenció en major o menor mesura de l'estat en la persecució del delictes, com a resposta a aquest interès general que per regla general revesteixen els béns jurídics protegits per les normes penal. Aquest intervencionisme dèiem, pot donar-se en major o menor mesura, la forma més incident seria la que es coneix com inquisitiva (sistema inquisitiu) en el que l'òrgan jurisdiccional no només resol sinó pren part activa en el procés, sumant les seves pretensions i al·legacions a la causa i en definitiva, fent les vegades d'acusador; aquest sistema però és incompatible amb els principis bàsics del procés i la separació de funcions. Dèiem abans que la fórmula adoptada per la majoria dels països és una mixtura entre ambdues. És el que es coneix com el **sistema formal o mixt**; que al seu torn pot presentar caràcter més propi del sistema acusatori o del sistema d'investigació oficial; en qualsevol cas, l'idea és que mai recaurà sobre la mateixa persona la funció d'acusar i de fallar. En el cas concret del sistema Espanyol, a dia d'avui segueix corresponent la investigació al jutge d'instrucció, mentre que el fiscal

únicament és limita a formular acusació. En altres països fins i tot de la òrbita continental, la instrucció i l'acusació recauen sobre un mateix subjecte, que és el Fiscal, seria el cas d'Itàlia o Alemanya, per exemple. És precisament en aquest tàndem, és a dir, en la decisió d'atorgar-li a un sol subjecte les tasques d'acusació i investigació o a subjectes diferents, on entra en joc la introducció d'un major o menor marge de discrecionalitat en la presa de decisions al fiscal. Tanmateix, s'ha de distingir l'atorgament de la instrucció al fiscal que la introducció de mesures basades en el principi d'oportunitat, doncs aquesta última opció, podria esdevenir sense necessitat d'atorgar-li la instrucció al Ministeri públic, dit d'una altra manera, un model en què el l'acusador públic sigui el titular de la instrucció no prejutja que aquest es configuri sobre els ciments del principi de legalitat o oportunitat<sup>8</sup>. No obstant, s'ha de reconèixer que moltes vegades l'atorgament de la instrucció al fiscal implica donar un àmbit extra de discrecionalitat que, es pot arribar a traduir en una manifestació del principi d'oportunitat. Arribats a aquest punt hom es pregunta ¿És coherent atorgar-li al Fiscal la facultat de decidir si incoar o no un procediment sota criteris d'oportunitat tenint en compte que aquesta figura, en essència, s'institueix com a garantia d'una possible inoperància del sistema acusatori, per tan, com una garantia d'oficialitat? **¿No estaríem desvirtuant d'aquesta manera el seu propòsit primitiu?** Deixem de moment aquestes preguntes a l'aire, doncs la resposta dependrà en síntesi de la concepció que hom sostingui de l'esperit que subjau en la figura del Fiscal.

Resulta apropiat fer ara una breu referència a la qüestió de l'atorgament de facultats instructives al Ministeri Fiscal, assumpte que fa molt de temps que roman en el mostrador com una de les possibles reformes definitives del actual model; es fa necessari doncs, veure que implicaria i quina és l'opinió de la doctrina favorable i desfavorable a la seva introducció.

---

<sup>8</sup> Cfr. ARMENTA DEU, T., "Criminalidad de bagatela (...)" op. Cit. Pàg. 188: "El quehacer del fiscal (...) podrá encontrarse sometido al p. de legalidad o al de oportunidad. La exigencia de que alguien sostenga la acción y no coincida con la persona que juzgará, se ve igualmente satisfecha si la misma decide su ejercicio con o sin ámbitos de discrecionalidad"

## 5. La qüestió del trasllat de l'instrucció al Fiscal

Com hem avançat al final del punt anterior, aquesta es tracta d'una de les propostes de fons que s'especula com a possible clau de volta per donar un gir definitiu a l'actual procés penal; el motiu d'això és com sempre aconseguir un accelerament i simplificació del procés que segons els experts, aportaria significativament si es trasllada la instrucció al ministeri públic. Fins fa pocs mesos es parlava de que amb la reforma en curs s'introduiria de manera definitiva aquest canvi, però sembla que de nou, alhora de la veritat, hi ha una falta de consens suficient com perquè aquesta proposta decaigués i no arribés ni ha discutir-se en seu legislativa. El fet és que hi ha una voluntat de canvi, podríem dir generalitzada, però mai acaba de materialitzar-se per falta de consens en els punts fonamentals; pot ser seria convenient, vista la falta d'acord entorn la titularitat de la instrucció, proposar mesures tendents a la ampliació dels recursos i en general, aquelles que facin més sostenibles el model actual; no sent aquesta seu vàlida per la discussió i crítica de la inoperància del legislatiu, exposarem en aquest punt les principals raons favorables i contràries a l'atorgament al fiscal de la instrucció.

Abans però, és necessari fer unes referències normatives. Com és sabut, la instrucció penal a dia d'avui recau en el jutge instructor (art 14.2 LECRIM i art 87.1.a), tret és clar, d'allò que es disposa en la LO del Menor que com sabem segueix un procediment autònom, al que més endavant ens hi referirem. Per altra banda, l'article 177.III de la CE estableix el principi d'exclusivitat jurisdiccional; com sabem, el que atribueix de forma exclusiva i exclouent l'exercici de tota activitat jurisdiccional als jutjats i tribunals. Al seu torn, el Ministeri Fiscal està previst i regulat a l'article 124 de la CE en el que s'estableix que romandrà subjecte als principis d'unitat d'actuació, dependència jeràrquica legalitat i imparcialitat. Resulta important en aquest punt remarcar que el Fiscal és un òrgan carent de la nota d'independència pròpia del ordre jurisdiccional, de fet, depèn de l'executiu; el Fiscal General de l'estat es nomena pel rei a proposta del govern, i el govern al seu temps pot remoure lliurement els fiscals en cap dels respectius òrgans, a proposta del Fiscal General de l'Estat.

Un altre apunt important que s'ha treure a la llum abans d'entrar en el fons, és el relatiu a la naturalesa del sumari, en aquest sentit hi ha dues corrents diferenciades, una que sembla ser la més estesa, segons la qual aquest és de naturalesa jurisdiccional en

atenció als fins que es consagren en els articles 299 i següents de la Lecrim; en aquest sentit, actuacions que es donen en seu de sumari com les mesures cautelars, determinades restriccions com l'entrada i registre, l'admissió de l'acusació i la pràctica anticipada de la prova, es consideren manifestació de la potestat jurisdiccional. L'altre versió, és la que atribueix al sumari un caràcter administratiu, en aquest sentit, s'argüeix que tot i ésser dirigit per un òrgan jurisdiccional, moltes de les funcions que es realitzen en seu del mateix estan liderades per òrgans administratius com la policia judicial o el ministeri fiscal. Amb independència de la postura que s'adopti, el que és cert és que en seu de sumari es barregen funcions jurisdiccionals i administratives, l'adopció d'una postura o una altra dependrà de a quin dels dos grups se li dóna més pes i quina consideració es tingui sobre la figura del fiscal, en altres paraules, la doctrina que defengui la translació de la instrucció al ministeri públic necessàriament haurà de sostenir una postura administrativa del sumari per no entrar en contradiccions.

Fetes les anteriors consideracions, vegem les raons adduïdes pels partidaris a seguir mantenint el model actual. En aquest sentit, es diu que un canvi en aquests termes comportaria un trencament amb el principi de "*nemo iudex sine actore ne procedat ex officio*" (no hi ha judici sense actor, ni aquest pot iniciar-se d'ofici pel jutge), vindria a transmetre la idea de que configurar una instrucció així, significaria una indeguda confusió de les funcions cognoscitiva i acusatòria, en el sentit que, en la mesura que en la instrucció s'exerceixen actuacions de caire jurisdiccional, la mateixa persona que està sostenint una acusació o realitzant diligències amb aquest objectiu, estaria al mateix temps exercint funcions que necessàriament haurien de ser exercides per un subjecte imparcial deguda la seva naturalesa. Sumat a això, aquesta possible escissió de les mesures jurisdiccionals, provocaria un truncament amb els fins del procés penal. Una altra objecció seria la que ja em posat abans sobre la taula, i és la incompatibilitat d'una instrucció d'aquest caire sota la llum de l'exclusivitat jurisdiccional que consagra l'article 117; de fet això com també hem dit, dependria de la concepció que hom sostingui sobre la naturalesa del sumari; resulta interessant citar a aquest efecte la **STC 145/1988**, que va declarar parcialment inconstitucional la LO 10/1980 *de l'enjudiciament oral de delictes dolosos, menys greus i flagrants*, que va assentar certes bases sobre la naturalesa del sumari i en la que principalment es va reconèixer que és cert que determinades fases són de caire eminentment jurisdiccional, però no és quelcom generalitzable en tot el sumari "*Por ello es cierto que no toda intervención del Juez*

*antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12 de la L.E.Cr. ”.*

En el bàndol contrari, els defensors de que sigui el fiscal qui instrueixi, sostenen raons com que donada la naturalesa administrativa de la fase d'instrucció (queda demostrat que la concepció de la naturalesa de la instrucció és coherent amb aquesta altra qüestió) és necessari que l'òrgan que la lideri sigui administratiu i no judicial; per tant la seva funció s'hauria de circumscriure únicament al enjudiciament i no a la investigació de les causes; i per a què això sigui possible, el seu àmbit d'actuació s'ha de limitar al judici oral d'acord amb les previsions de la Constitució. En efecte, s'entén que el sumari no és de naturalesa jurisdiccional degut a que encara no s'ha exercitat l'acció penal, per la qual cosa la relació processal roman encara sense constituir.

S'argüeix sovint també que la instrucció per part del jutge és incompatible amb el suposat model acusatori del que respondria el nostre sistema. Aquest argument seria segons el meu parer el més fluix, per una banda, perquè abans ja em deixat clar que el sistema espanyol com la majoria, és formal o mixt; i per altra, perquè tot i que es tractés d'un sistema acusatori, la existència d'un jutge instructor seria pacífica, doncs el que requereix un sistema d'aquest tipus és que l'acusació sigui interessada sempre pel particular sense intervenció estatal, la qual cosa ni perjudja ni influeix en la manera com es configuri la instrucció. Igual de infundats són els arguments emprats per molts detractors del sistema vigent que “acusen” al model Espanyol d'inquisitiu, assimilant erròniament la funció investigadora a una sort d'acusació i contraposant-ho a les funcions jurisdiccionals, que per altra banda ostenta el jutge instructor.

Un altre argument, passa per assumir que no pot ser la mateixa persona la que consideri necessari un acte d'instrucció i que al mateix temps valori la seva legalitat; aquest argument estaria una mica lligat a l'anterior i explicaria els motius de la qualificació d'inquisitiu que en fa una part de la doctrina. Bàsicament vindria a fer-se una crida al jutge passiu, mer controlador de la legalitat de les diligències practicades pel Ministeri Fiscal en la seva comissió instructor. En aquest ordre de coses també



s'argüeix que el model clàssic és en definitiva una contradicció<sup>9</sup>, doncs el mateix jutge que investiga *-i d'alguna manera, inevitablement es va creant certs prejudicis sobre l'imputat<sup>10</sup>* - estaria al mateix temps garantint la legalitat dels actes i les garanties jurisdiccionals de les parts (sobretot de l'imputat). En síntesi, una separació d'aquestes funcions: control de la legalitat i garantia dels drets de les parts per una banda, i investigació per una altra, enfortiria el principi d'imparcialitat judicial i implicaria una millor salvaguarda del principi d'exclusivitat jurisdiccional.

Aquesta breu exposició, més enllà d'acostar al lector a una o altra postura, té la virtualitat principal d'haver resultat ser un exercici ideal per aprehendre de manera pormenoritzada la naturalesa del sumari i les diferents funcions que en seu d'aquest s'escometen. Ens ha servit també per comprovar que la falta de consens entorn a la conveniència de seguir amb el model clàssic o canviar-lo en els termes plantejats, no és gratuïta, sinó que respon d'una falta de definició en origen de la naturalesa d'aquesta fase prejudicial. Per altre banda, el coneixement d'aquesta qüestió es necessari tenint en compte que es presenta com una de les alternatives amb més potencial per combatre la petita criminalitat.

---

<sup>9</sup> Argument extret de: GÓMEZ COLOMER, J.L., *"El Ministerio Fiscal ¿Eje de la Reforma Procesal Penal?"* Congreso de Derecho Procesal, Barcelona, pàg 33, 2001, pàg 33.

<sup>10</sup> **STC 145/1998**, FJ 5: *"Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible."*

## 6. Principi d'oportunitat

### 6.1 Aproximació

La ineficàcia de l'actual sistema processal penal és el que ha impulsat (o pretén impulsar) replantejament de la incidència del principi informador de bàsic del nostre ordenament jurídic, a saber el principi de legalitat. És natural doncs, que un replantejament per minso que sigui de la naturalesa o imperativitat del mateix, comporti repercussions substancials en el procés i obri la porta a innumerables debats, discussions (jurídiques o no) sobre la conveniència d'aquesta alteració.

És cert que la Lecrim no ha romàs estable des que es va aprovar, evidentment ha sofert moltes reformes parcials encaminades a intentar agilitzar i cobrir les deficiències estructurals de la llei processal en el que és coneix per la doctrina com tècnica del “*parcheo*” però han resultat ser totes solucions provisionals que no han atacat el problema d'arrel donada la complexitat que li és pròpia.

És per això que bona part de la doctrina demana un canvi que passi per reformular el principi de legalitat cap a un sistema “més realista” en el que assumim que és impossible que es perseguixin tots i cadascun dels delictes comesos i en el seu cas, que s'enjudiciïn amb una celeritat raonable i s'executin; és aquí on entra el joc el principi d'oportunitat, que lluny de presentar-lo com a única alternativa certament sembla que esdevé la opció més raonable o com a mínim, la via sota la llum de la qual es venen aprovant les últimes reformes.

### 6.2 El binomi oportunitat i/o legalitat

És ben sabuda la transversalitat del principi de legalitat en l'ordenament jurídic; així, en l'estudi de qualsevol branca del dret, la sistematització del coneixement tradicional adoptada pels manuals passa sempre per, en primer lloc, fer una relació dels principis que regeixen el dret positiu i la doctrina; relació on mai falta una menció al principi de legalitat.

El Principi de legalitat en l'àmbit penal, es consagra en la forma recollida per l'article 25 de la CE

*“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”*

La jurisprudència ha delimitat l'abast del esmentat principi atribuint-li dues dimensions, una que es refereix a la necessitat de predeterminació normativa de les conductes il·lícites i les sancions que hi corresponen (**dimensió formal**), i l'altre, relativa al rang necessari de les normes que les tipifiquen, que hauran de tenir, rang de llei, doncs fa referència a la *“legislación vigente”* (**dimensió material**). No obstant interessa aquí contemplar la dimensió d'aquest principi en el seu màxim potencial en ordre a entendre posteriorment el principi d'oportunitat. És per això necessari acudir a la gènesi del mateix.

En dret públic, el principi de legalitat es consolida amb la revolució Francesa amb la separació de poders, i s'entén el sotmetiment al mateix com a garantia indispensable per al funcionament del nou règim i contra els possibles abusos dels poders públics. En l'àmbit penal –o processal penal– aquest principi adopta la forma de limitació del *ius puniendi* de l'estat, de manera que els ciutadans tinguin la seguretat de que els poders públics no faran ús arbitrari o desproporcionat del seus poders coercitius, aquesta manifestació del principi de legalitat es reconeix per la fórmula clàssica de *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*. En aquests termes entès, el principi de legalitat és una exigència de seguretat jurídica de que els ciutadans no podran ésser processats de forma arbitrària; la qual cosa va íntimament relacionat amb la necessitat de tipificació prèvia de les penes i sancions. De tot això s'infereix que el principi de legalitat es presenta no com una prescripció dirigida als particulars sinó com un mandat exigible als poders públics.<sup>11</sup> En conseqüència, i en l'àmbit del procés penal, el principi d'oportunitat (o legalitat en el seu cas) es predicable tant del fiscal com de l'òrgan

---

<sup>11</sup> Cfr. ARMENTA DEU, TERESA, *“Criminalidad de Bagatela (...) op cit.”*, pàg 185 *supra* *“(...) de ahí que el principio de oportunidad sólo sea en rigor predicable con relación a los poderes públicos – ante los que se presenta como una conquista histórica- no siendo, en todo caso, el que justifica el sometimiento a la ley de los particulares”*

jurisdiccional. És important ressaltar aquest aspecte doncs, es tendeix a assumir -quan parlem d'oportunitat- que es tracta d'una facultat exclusiva del acusador públic, i a això hi contribueix al debat sobre l'atribució de facultats d'instrucció al mateix. Aquesta visió unidireccional del principi d'oportunitat es pot justificar si és té en compte que el fet d'atribuir facultats discrecionals al fiscal és una novetat, mentre que atribuir-les als òrgans jurisdiccional no sembla res fóra del normal, doncs de fet, és habitual en el seu *modus operandi*.

El principi d'oportunitat en l'àmbit penal, s'ha vingut configurant de diverses maneres. Així alguns autors el qualifiquen com a principi oposat a la legalitat, i d'altres simplement el qualifiquen com correlatiu o com a corrector del de legalitat. De fet, existeix un debat prou extens sobre si l'oportunitat exclou o no la legalitat i fins a quin punt. En qualsevol cas, assumim com a cert que, siguin o no compatibles, l'objecte d'ambdós es té com a finalitat regular les interaccions dels poders públics d'acord amb la legislació aplicable i la seva capacitat d'atribuir un o altre sentit; partint d'aquí, el debat està en determinar quins òrgans estan facultats per entrar a dirimir el sentit d'una norma i amb quina intensitat. Es pacífic assumir que els òrgans jurisdiccional són els intèrprets i aplicadors per excel·lència del dret, però, ¿que passa amb determinades institucions administratives com el Fiscal? ¿poden prendre decisions en el marc d'un procediment penal amb conseqüències sobre el fons sota la seva discrecionalitat sense lesionar el principi de legalitat? Aquest és doncs el debat que des de fa anys es ve discutint. Alguns, sota el paraigües de la ineficàcia del sistema processal i com a referència en dret comparat, al·leguen la imperiosa necessitat de descarregar el sistema judicial tot modificant la institució de la "instrucció penal", de manera que aquesta es traslladi enterament al Fiscal. Altres, responent afirmativament a la pregunta suara plantejada, opten per introduir mesures derivades del principi d'oportunitat. Finalment, un sector ja residual de la doctrina, segueix aferrat a una concepció estricta del principi de legalitat rebutjant qualsevol mesura que impliqui atorgar cert àmbit de discrecionalitat al fiscal.

### 6.3 *Concepte*

La definició de principi d'oportunitat no és pacífica, i es pot explicar de tantes maneres com concepcions i doctrines sobre el mateix existeixen. En el decurs d'aquest treball traurem a la llum els debats entorn la concepció i casos subsumibles dins del que s'entén per principi d'oportunitat, és per això que convindria fer una primera definició no gaire exhaustiva i el més àmplia possible, sense perjudici d'anar elaborant el concepte en el decurs d'aquesta tesi. En aquest sentit, podríem definir-ho com aquell principi que es desprén o informa aquella o aquelles mesures adoptades, per l'acusador públic, que permeten no perseguir un delictes o falta, o perseguir-lo però desistir de l'acció en un moment determinat, o no desistir de l'acció però imposar mesures alternatives a la pena taxativament determinada, o no desistir l'acció però no imposar cap pena, degut tot això a raons prèviament previstes en la llei o lliurement apreciades per l'acusador. Cal tenir en compte les següents consideracions:

1.- El principi d'oportunitat implica atorgar cert àmbit de discrecionalitat més o menys ampli al subjecte que l'aplica. Aquest major o menor abast en la presa d'una decisió discrecional dependrà de si la solució alternativa a allò legal o reglamentàriament establert, està prevista de manera abstracta en la norma o no ho està, és a dir, la mateixa norma substantiva que preveu una solució concreta (v.gr. delictes > pena de presó) podria preveure una alternativa, més o menys definida, que davant de la concurrència de determinades circumstàncies (v. gr. poca gravetat del delictes) permeti a l'acusador adoptar l'alternativa a la pena que legalment hauria de procedir (per exemple, l'arxiu de la causa o la previsió d'una pena alternativa menys gravosa), en síntesi, aquest seria un cas del que es coneix com a **oportunitat reglada**, és a dir, una aplicació del principi d'oportunitat certament delimitada i prevista per la llei. En l'altre extrem trobaríem la **oportunitat pura**, que passaria per l'adopció d'una mesura alternativa sense partir de cap mena de marc delimitador brindat per la norma que ho causa, en altres paraules, una decisió l'abast de la qual depèn en puritat de la decisió discrecional del acusador. En seria un exemple la negociació pròpia del sistema nord americà, que du a terme el fiscal amb l'acusat. Fet aquest plantejament sorgeixen les següents qüestions ¿fins a quin punt una "alternativa" al procediment prevista en la norma que n'és causa es pot considerar una manifestació del principi d'oportunitat i no una previsió més que fa la norma, i en efecte, principi de legalitat? ¿realment pot existir

una oportunitat pura en els termes ara plantejats? La resposta a aquestes preguntes les respondrem pròximament un cop fetes les pertinents aproximacions.

2.- Una mesura basada en el principi d'oportunitat només pot predicar-se de l'òrgan acusador oficial. Aquesta conclusió no és pacífica, doncs hi ha autors que la prediquen també dels òrgans jurisdiccionals<sup>12</sup> o “dels òrgans de l'estat” en general. Jo considero que el principi d'oportunitat és quelcom més propi del tarannà de l'acusació oficial. Si bé es poden sostenir raons suficients per defensar que també és predicable del jutgador, sostenint per exemple que l'essència d'aquest principi és la possibilitat de no seguir un procediment quan sota l'estricta legalitat s'hauria de seguir, també és cert que l'activitat deliberativa és quelcom inherent al jutgador, de manera que no seria estrany que es confongués quan determinada interpretació de la norma o els seus elements és fruit d'aquest principi i quan és fruit de la virtut que li és pròpia (al jutge, en tant que decisor). Tanmateix, no assumirem solament que el principi d'oportunitat afecti únicament al fiscal, doncs els seus efectes abasten tot el procediment.

3.- El principi d'oportunitat pot adoptar diverses formes i implicar diferents solucions al procediment legalment predeterminat. No hi entrarem ara ja que les desglossarem més endavant.

#### *6.4. Posició de la doctrina*

Com en tota reforma, existeixen posicionament favorables i contraris a la seva incorporació. En el cas concret del principi d'oportunitat, actualment, la major part de la doctrina assumeix la seva incorporació. Dic assumeix i no acceptat per la simple raó que aquest principi ha anat guanyat terreny de forma gradual però irremeiable en el

---

12 V. Gr. ORTIZ ÚRCULO, J.C., “*El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites*”, *Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos*. 2004. (Sobre el principi d'oportunitat) “*aquell que permet als òrgans de l'estat deixar de perseguir o de condemnar als responsables de determinades conductes tipificades com a delictes o falta, o fer-ho al marge del camp penal amb penes més lleus o mesures diferents, quan concorrin circumstàncies taxades per la llei o lliurement apreciades (màxima discrecionalitat) per aquells encarregats d'aquest dret del estat (Fiscals, i/o jutges)*. En definitiva, poder arribar a una decisió processal (...) sense necessitat de procés o judici.”

nostre sistema processal; degut d'una banda, a creixent implementació que està tenint en altres sistemes processal de caire continental –veurem més endavant en l'apartat de dret comparat-, i per altra banda, en que es dilucida com la mesura més econòmica i ràpida de dotar a la justícia d'una major eficàcia. Aquells autors que s'oposaven de manera incondicional a la introducció de qualsevol forma d'oportunitat són a dia d'avui una minoria, en efecte, o bé han canviat el seu parer, o bé han adoptat una postura més moderada i realista, a saber, la que passa per assumir la introducció del denominat principi sempre que impliqui una transformació des dels ciments de la Lecrim, és a dir, del sistema processal vigent. Aquesta última posició podríem dir és la compartida per la majoria, i al mateix temps, sembla que una quimera, en tant que de nou les reformes en curs s'han quedat en una mera declaració de voluntat, una arreglo provisional més que incloure en la enciclopèdia del “*parcheo*” processal penal.

Una de les raons jurídiques adduïdes pels defensors de la introducció del principi d'oportunitat, passa per intentar desmuntar la idea de que la introducció d'aquest principi entraria en contradicció amb un sistema on el principi de legalitat és el rei i senyor, i per tant, que ambdós principis no són necessàriament antitètics; aquests es contradiran únicament quan l'oportunitat suposi un exercici més enllà o contra allò previst en la llei, de manera que es trenqui la seguretat jurídica respecta la previsió legal que tenim dels delictes i les penes. S'insisteix, a propòsit d'aquesta menció de la previsibilitat de les penes i seguretat jurídica, en **una necessària separació entre la predeterminació normativa** (o dimensió formal de la legalitat) **i la manera com l'estat pot perseguir els delictes i sancionar-los**. Aquesta segona dimensió, no formaria part del principi de legalitat, en base a que no hi ha cap precepte constitucional que imposi la obligació de perseguir i condemnar un delicte,<sup>13</sup> (*important nota al peu*), en definitiva, que amb el principi d'oportunitat no es pot lesionar, –*salvant aquells usos*

---

<sup>13</sup> La discussió sobre si l'exercici de l'acció penal és inherent al principi de legalitat es reflecteix amb la màxima de “*el dret a la condemna d'altri*”. En efecte, el Tribunal Constitucional ha aprofitat l'avinentesa de fer palesa la seva posició a propòsit d'alguna de la invocació de l'article 24.1 CE: **STC 157/1990 i 31/1996** «*Es más, pese a que, por disposición de la ley, pueda ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés;*

*il·legítims que amb aquest es facin*<sup>14</sup> - el principi de legalitat.

Per defensar aquesta posició, autors com ORTIZ URCULO fan una interpretació estricta de legalitat i posa l'accent amb la seva concepció tradicional, de manera que separa clarament el que és la **necessitat de predeterminació normativa** amb la **intensitat en l'exercici de l'acció penal**, entès el primer com aquesta dimensió tradicional del que és el principi de legalitat, i el segon, com una contingència aliena a l'àmbit de protecció de la legalitat, en altres termes, postula que la forma com es persegueixen els delictes i faltes és quelcom que no perjudica la legalitat del procés, ja que exercitar o no l'acció penal i preveure mesures alternatives al respecte, no és una qüestió inherent al principi de legalitat constitucional, sinó que és tracta d'una opció de regulació legal; en paraules seves: *“Es pues la Ley, (no la Constitución) la que está llamada a modular “la intensidad” del ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, la que puede dar mayor o menor entrada en el proceso penal al principio de oportunidad, siempre que respete las garantías constitucionales.”*

Amb aquest argument es pretén separar els elements intrínsecs al principi de legalitat, és a dir, aquells que són necessaris per la seva pervivència, d'aquells altres elements que estan sotmesos a la legalitat en tant que principi informador de l'Ordenament Jurídic<sup>15</sup>. En aquest sentit, reconeix que quan ens referim a principi

---

***pero al que no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación» .***

14 Cfr. ORTIZ URCULO, J.C., *“El principio de oportunidad (...) Op. Cit. Pàg 3405: Entén que el principi de legalitat, i altres principis constitucionals com la igualtat, seguretat jurídica o tutela judicial efectiva, podrien veure's vulnerats en el marc de “un sistema que permitiera la indeterminación previa de los delitos y de las penas, o la discrecionalidad absoluta y no regulada legalmente de la acusación en la persecución y castigo de los delitos, rayana en aquella indeterminación, lo que podría afectar a que principio (legalitat) o entrañar inseguridad jurídica y tratos desiguales para los ciudadanos que posibilitarían la lesión del derecho de igualdad”.*

15 Cfr. ALMEIDA SILVA, KÉDYMA CRISTIANE, *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal : un análisis de política criminal*, 2008. Aquesta TESIS DOCTORAL aprofundeix sobre el tema de la regla de la obligatorietat de l'acció penal, en la que es fa al·lusió al error en la concepció d'aquesta regla com un “principi” de caire constitucional en tant que vinculada erròniament al principi de legalitat. En qualsevol cas, la doctoranda entén que l'acció penal, ja es concebi com un principi ja es concebi com una regla, res no perjudica a que s'admetin excepcions. Comsevulla que, per una banda, els principis, entesos com a mandats d'optimització, i per tant graduables i vulnerables a la coexistència d'altres principis, i d'altra banda, les regles, poden admetre clàusules d'excepció, la configuració de l'exercici de l'acció penal com inconciliable amb el



d'oportunitat podem estar referint-nos a principi de legalitat; essent això així quan la llei que en determinats casos autoritzaria al Fiscal o al acusador de torn a prendre decisions, sota la seva discrecionalitat, sobre si iniciar o no una acció penal o contemplar una alternativa a la pena prevista per la llei. S'argüeix en defensa d'això que de la mateixa manera que el legislador flexibilitza la llei per adaptar-la al cas concret (v.gr per mitjà de circumstàncies modificatives, marges d'imposició de les penes, suspensions condicionals de l'execució, substitució per mesures de seguretat etc) o directament les despenalitzava; igualment el Fiscal hauria de ser "sensible" al cas concret, abandonant l'exercici cec de l'acció penal, i fer servir el seu bon judici per adoptar l'alternativa entre varies que millor s'escaigui. En definitiva, s'adopta una estratègia argumentativa prou sòlida que permet saltar-se les prescripcions del dret positiu sota l'empara del que es coneix com oportunitat o discrecionalitat reglada.<sup>16</sup>

Com a representants del posicionament contrari, és a dir, dels defensors incondicionals del manteniment del principi de legalitat a Espanya, tenim autors com GÓMEZ ORBANEJA, GIMÉNEZ DE ASÚA, AGUILERA DE PAZ O SERRA DOMÍNGUEZ. No entrarem a analitzar les raons adduïdes per sostenir tal contrarietat; doncs el debat –almenys el que interessa en seu d'aquest treball- no se centra tant en defensar l'aplicació estricta del principi de legalitat o l'aplicació estricta del principi d'oportunitat, doncs ha quedat que en les últimes dècades el sistema processal penal s'ha vingut impregnant progressivament de tècniques d'oportunitat, sinó se centra en adoptar una concepció més o menys estricta d'oportunitat i la seva adaptabilitat a la realitat jurídica; escenari en el que a *prima facie*, sembla aliè als defensors extremistes del principi de legalitat; que acaben fent afirmacions més pròpies de una realitat molt primitiva. A mode il·lustratiu, veiem la concepció, que a dia d'avui podríem qualificar com catastrofista, que va sostenir en el seu moment GÓMEZ ORBANEJA sobre el principi d'oportunitat: *"es el único adecuado a la naturaleza del derecho represivo y lo contrario seria dejar en cada caso concreto el arbitrio del que monopoliza la función*

---

principi de legalitat decau es triï el camí que es triï. En conclusió, s'argüeix que l'exercici de l'acció penal no troba el seu fonament ni en el principi de legalitat ni en cap altre de la Constitució, sinó que és un derivat del **principi d'oficialitat**, entès com aquell principi que faculta i procura l'acció dels poders públics davant de la comissió d'un delictes o falta .

<sup>16</sup> Per més informació sobre la fonamentació de la regla de la obligatorietat de l'acció penal: Cfr. CONDE-PUMPIDO, C. F., *"El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal"*, *Revista del Poder Judicial*, n.º VI, Madrid, 1989.

*de acusar y con ello el ministerio fiscal, podrá eximir de la pena a cualquier acto punible por la sola razón de que la persecución le parezca inoportuna o intrascendente y el derecho penal quedaría mediatizado por consideraciones y reservar que no son propias”<sup>17</sup>*

### 6.5 Oportunitat pura i oportunitat reglada

Avançàvem anteriorment la diferència entre principi d’oportunitat reglada i pura, recordem, la primera modalitat (reglada) vindria a ser aquella en que l’àmbit de discrecionalitat que revesteix troba la seva justificació i limitació en una llei, que al mateix temps és la que la habilita perquè l’exercici de la mateixa esdevingui legítim als ulls del principi de legalitat. D’altra banda, el que s’entén com a **oportunitat pura**, que vindria a coincidir amb concepció àmplia de oportunitat, en tant que permetria un major marge de discrecionalitat. Es tractaria d’aquella modalitat en què la persona sobre la qual recau la decisió, no troba cap mena de limitació legal alhora de decidir entre una o altra alternativa o l’abast de la mateixa. Es sol identificar com a paradigma d’oportunitat pura la facultat que alguns Fiscals en alguns països –com EE.UU- tenen per negociar amb l’acusat els termes de l’acusació que es sol·licitarà; tanmateix, aquest institut no està exempt d’una regulació marc, cosa que segons el meu parer, desvirtua el concepte, de fet, considero que aquesta modalitat és més teòrica que real, ja que la seva aplicació en sentit estricte fàcilment implicaria una violació oberta al principi de legalitat, seguretat jurídica o tutela judicial efectiva, entre d’altres principis constitucionals. Es coneix que hi ha hagut un excés de formalisme en l’elaboració d’aquesta classificació, en efecte, i reprentem la primera de les qüestions que en el punt 6.3 hem deixat a l’aire: *¿fins a quin punt una “alternativa” al procediment prevista en la norma que n’és causa es pot considerar una manifestació del principi d’oportunitat i no una previsió més que fa la norma, i en efecte, principi de legalitat?* Certament és una qüestió controvertida, i de fet, una part no menyspreable de la doctrina opina que es errònia aquesta classificació, per entendre que la “oportunitat reglada” al tractar-se d’un cas en què les diferents alternatives estan taxativament prescrites per una norma, no es tracta més que de una manifestació més del principi de legalitat. En aquest sentit, els autors que defensen aquesta postura entenen que aquesta diferenciació està basada en un error

---

<sup>17</sup> Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, “El derecho procesal penal”, Madrid 1987, pàg 94

d'apreciació del significat del terme discrecionalitat<sup>18</sup> (*aclariment: aquesta distinció troba la seva base en la esfera discrecional del principi, en efecte, resulta indistint parlar o referir-nos a oportunitat reglada o pura o discrecionalitat reglada o pura*). A aquest respecte, RUIZ VADILLO senyala que *“la oportunitat reglada es fa legalitat i la seva aplicació correcta i ortodoxa<sup>19</sup>”*, també MENA ÁLVAREZ, es pronuncia en un sentit similar i senyala que *“la oportunitat reglada és la regla i per tant, necessàriament la Llei”*, al seu torn hi ha autors que no adopten ni una postura ni altra, seria el cas d'ARMENTA DEU<sup>20</sup>, que considera que parlar d'oportunitat reglada és una contradicció en els seus termes però al mateix temps, ho és identificar el terme “reglat” amb el principi de legalitat, addueix per aquesta última consideració, que aquest terme és una adaptació inadecuadament importada del dret administratiu. En qualsevol cas, tant aquells que assimilen l'oportunitat reglada a la legalitat com aquells que consideren que oportunitat reglada és una contradicció en els seus termes, tenen quelcom en comú, i és que rebutgen assumir aquesta modalitat com una espècie autònoma d'oportunitat.

Un servidor optaria més aviat per adoptar una postura en la que no és fes aquesta distinció, és a dir, optaria per concebre el principi d'oportunitat com un tot sense sub-espècies; per una banda, perquè no és possible concebre oportunitat sense limitacions normatives, tal i com afirmàvem abans seria una modalitat contrària als principis constitucionals més primitius, i per altra –*aprofitant l'ocasió per contestar la segona de les preguntes plantejades en el punt 6.3: (¿realment pot existir una oportunitat pura en els termes ara plantejats?)*– perquè tampoc és possible afirmar que la oportunitat pura ho és en sentit estricte, ja que darrera de qualsevol negociació o decisió els termes dels quals hagin estat delegats en forma de “carta blanca” a qui l'ha d'elaborar, hi ha una habilitació normativa que ho permet; ja sigui perquè així es desprèn del conjunt de

---

<sup>18</sup> Al respecte de les dimensions de la discrecionalitat: LIFANTE VIDAL, I., *“Poderes discrecionales”*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

<sup>19</sup> Cfr. RUIZ VADILLO, E. *“La actuación del MF en el proceso penal”*, en *“Jornadas sobre la justicia penal en España”*, CGPJ.

<sup>20</sup> ARMENTA DEU, T., *“El principio de (...)” op. Cit.*, pàg 211: *“Considero por mi parte, que la expresión “oportunitat reglada” constituye de un lado, una contradicción en sus propios términos y, de otro, supone la importación –creo inadecuada– de elaboraciones doctrinales del derecho administrativo. (...) ni el término “reglado” se indentifica con p. de legalidad, ni discrecionalidad –sin mayores precisiones– se opone al mantenimiento del p. de legalidad.”*

principis que informen el sistema processal al que es pertany, ja sigui perquè hi ha una disposició expressa i de caràcter general que ho preveu i ho regula. En aquest sentit estaríem d'acord amb la doctrina representada per RUIZ VADILLO o MENA ÁLVAREZ. En conclusió, ens trobem que una decisió alternativa, en un sistema d'oportunitat, per molt "pura" que sigui, haurà de respectar i es veurà efectivament limitada pels principis que informen l'ordenament jurídic, ja no només el de legalitat, sinó el de seguretat jurídica, tutela judicial efectiva o jerarquia normativa entre d'altres. Simplement per que aquests estan dotats d'una eficàcia i invocabilitat directa i legítima. Per altra banda tampoc podem assumir que el principi d'oportunitat sigui sinònim del de legalitat com alguns autors pretenen, ja que si bé és cert que ambdós troben fonament comú en la llei, les diferències per altra banda són evidents. En efecte, sempre existirà, quan parlem d'oportunitat, una esfera de discrecionalitat i per tant, d'indeterminació prèvia de les conseqüències normatives d'una previsió legal que no trobarem en una altra mesura taxativa en els seus termes i abast, és a dir, fruit de la concepció tradicional de legalitat. És per això que em d'evitar caure per la pendent relliscosa<sup>21</sup> que passa per subsumir un dins de l'altre, ja que tot i les semblances, les diferències són fonamentals; a més, adoptar una posició d'aquest calibre, implicaria negar també l'existència de la discrecionalitat en sentit estricte. A aquest efecte, hi ha un apartat d'aquest treball en què es recullen els elements que la doctrina ha vingut establint com a indicatius de la presència del principi d'oportunitat; i ja avanço, que la suma de tots ells i la seva aplicació al cas concret resulten decisius per sortir de dubtes i en conseqüència fer caure les posicions monolítiques sobre aquest principi.

## *6.6 Concepte i diferències amb la discrecionalitat*

Es fa necessari dedicar un apartat per curt que sigui a l'exposició del concepte de discrecionalitat i sobretot, posicionar-lo com un element més del que és val el principi d'oportunitat i no com un sinònim del mateix. La discrecionalitat, s'ha vingut definint de moltes maneres al llarg dels anys, depenent de factors com la disciplina jurídica en la que s'adopta i el context històric; en efecte, no sempre ha revestit les mateixes connotacions; per exemple, en llenguatge comú sol evocar idees com "absència de regulació o buit legal", tanmateix, és ampli conegut que en llenguatge jurídic per res es

---

<sup>21</sup> Vid. **Fal·làcia de la pendent relliscosa**

correspon a aquesta definició, al menys en la època present. Així doncs, un jurista sense coneixement profund en aquesta matèria, podria relacionar discrecionalitat amb idees com bon judici o discerniment, poder o facultat, autoritat de gestió, valoració personal, o fins i tot, capacitat interpretativa autònoma d'una norma; termes tots ells més adequats per a una correcta formació del concepte. En termes més específics, podríem definir discrecionalitat com el **poder o facultat** que partint d'una habilitació legal o reglamentària habilita a determinat subjecte a prendre **certes decisions** o assolir certs objectius d'entre aquells que preveu la norma en concret o en abstracte i que implica un **exercici d'avaluació de la oportunitat** de les diverses opcions, sovint, sota un **judici de raonabilitat**. En conseqüència, el subjecte titular d'aquesta facultat té la capacitat per decidir sota el seu criteri entre diverses opcions. Segons quin sigui el seu marge en la presa de decisió –quantes opcions pot sospesar- i la seva llibertat, ens trobarem davant d'un cas de discrecionalitat pura o reglada; tal i com hem avançat abans, la primera modalitat seria aquella on hi ha més marge d'apreciació i la segona, la que menys. En aquests termes, són d'aplicació els mateixos arguments exposats abans, de manera que de nou aquesta classificació queda en qüestió. Recordem però, que no es nega l'existència de la discrecionalitat com a institució sinó la diferenciació entre dos espècies.

D'altra banda, la discrecionalitat per si sola és una facultat que no discrimina per raó dels subjectes, és a dir, mentre com dèiem el principi d'oportunitat concorre en atenció a quin sigui el subjecte del que es predica, la discrecionalitat pot ser invocada de qualsevol subjecte que estigui revestit d'una esfera de poder sobre determinada situació jurídica i que per tant, pugui decidir la sort de la mateixa. En efecte, els jutges serien el paradigma de subjectes discrecionals, en tant que apliquen, interpreten i adapten la legislació al cas concret, evidentment mai de forma asèptica.

Discrecionalitat és la facultat d'elegir raonablement entre diverses opcions, és a dir, de manera justificada conforme els principis que informen l'ordenament jurídic, cosa que no és sinònim d'elecció lliure, que no seria sinó una decisió arbitrària. Conseqüentment, discrecionalitat sempre és sinònim de llibertat limitada, ja sigui per normes que preveuen les opcions a prendre, ja sigui perquè la presa d'aquesta decisió es remeti en abstracte al bon judici del elector.

La discrecionalitat es pot invocar tant del principi de legalitat com del d'oportunitat (de fet, fins ara totes les decisions que s'han pres de manera discrecionalitat estan emparades sota la estricta legalitat, vigent informadora de l'ordenament jurídic). D'això inferim que mai per si sola una decisió discrecional podrà identificar-se amb el principi d'oportunitat, el qual depèn de la concurrència d'altres elements. CUADRADO SALINAS en remissió a LIFANTE VIDAL fa una afirmació molt clarificadora entorn com desplega els seus efectes la discrecionalitat en base a un o altre principi *“podríamos decir que si el principio de legalidad implica la existencia de normas cuyo contenido obliga al órgano público a realizar una determinada acción, puesto que la valoración de las circunstancias la ha realizado ya el legislador; el principio de oportunidad implica la existencia de normas cuyo contenido autoriza a realizar dicha valoración al Fiscal”*<sup>22</sup>. De fet, adopten aquesta postura, assumim frívolament que ambdós principis es diferencien en que la presa de la decisió s'efectua en moment diferents per òrgans igualment governamentals (el legislador al parlament i el fiscal al jutjat). Tanmateix sostenir això sense més matisos, ignora no fa justícia al vertader concepte d'un i altre principi ja que per a la seva determinació hi concorren altres aspectes. En qualsevol cas, és una afirmació que no deixa de ser certa i permet conèixer la naturalesa i àmbit de la discrecionalitat.

En conclusió, resulta necessari adoptar una prudent posició al temps que abordem el tema de la discrecionalitat, considerant que l'exercici de la discrecionalitat, i per extensió, de la oportunitat, evidentment no implica una llibertat absoluta i sense restriccions però tampoc aporta la mateixa **seguretat jurídica** que podria brindar un precepte taxatiu i clausurant en els seus termes. En aquests termes, ARMENTA DEU fa una definició interessant a efectes d'aquesta recapitulació: *“la discrecionalitat supone entre otras cuestiones, la existencia de un campo de acción fuera del control tanto público como privado, la imposibilidad en definitiva de revisión posterior de la actividad efectuada”*.<sup>23</sup> Malgrat que pugui considerar-se massa radical, aquesta afirmació té un fons de veritat. Així doncs, tot i assumint que determinat òrgan estigui igual o més capacitat per prendre una decisió que el legislador, és una veritat

---

<sup>22</sup> CUADRADO SALINAS, C., *“La reforma del proceso penal”* Ed. La Ley, 2011, Madrid i LIFANTE VIDAL, I., *“Poderes discrecionales”*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

<sup>23</sup> ARMENTA DEU. T., *“El principio de (...)”* op. Cit.

indiscutible que la incertesa que aporta la decisió imminent pròpia d'una decisió discrecional, és incomparable amb la seguretat que aporta una llei donada, per injusta que sigui, específica en els seus termes i esmenada en el seu cas en seu parlamentària. En efecte, és clar que la discrecionalitat per si sola i en la mesura el principi d'oportunitat en la mesura que li correspon juguen sempre en menor o major mesura en detriment del principi de seguretat jurídica.

## 7. Dret Comparat

No podem formar-nos una opinió completa sobre la conveniència d'adoptar una o altra versió del principi d'oportunitat sense abans prendre en consideració les experiències d'aquells sistemes processals penals que l'han acollit. En aquest punt veurem de quina forma i amb quin resultat altres estats han adoptat aquest principi. Aprofito per avançar que la relació de mesures que aquí s'expliquen no responen totes a una concepció estricta de principi d'oportunitat, és a dir, allò interessant es veure l'èxit en dret comparat d'aquelles mesures que tradicionalment s'han relacionat amb aquest principi, la qual cosa pot ser indicativa de quina són les intencions que els diferents legisladors han adoptat en els últims anys. Dit d'una altra manera, aprofitarem aquest punt per fer un recull de les mesures que respondrien a una concepció àmplia d'oportunitat, i dedicarem el següent punt del treball a fer-ne un examen més exhaustiu, a propòsit de les manifestacions donades d'aquest principi.

### *7.1 Sistema processal Penal als EE.UU: El Plea Bargaining*

És en el sistema anglosaxó, concretament en el procés penal d'Estats Units on el principi d'oportunitat es desplega en la seva major dimensió. Mitjançant la institució anomenada *Plea bargaining* –traduït literalment com “recurs de negociació”- a l'acusat se li brinda la possibilitat de negociar les condicions de l'acusació que contra ell dirigeix el Ministeri Fiscal – a propòsit, l'únic subjecte facultat per acusar-.

S'ha de dir que el govern dels EE.UU i cadascun dels estats compten amb els seus propis codis i procediments penals; la qüestió de si un delicte serà ventilat com a federal o estatal depèn de nombrosos factors que no interessa comentar en aquesta seu. En qualsevol cas, tampoc és necessari acudir a l'ordenament propi de cada estat per comprovar com s'aplica el principi d'oportunitat.

Considerat l'anterior, ens estarem al que es disposa a les *Federal Rules for criminal Procedure* i a la doctrina. La institució de la *Plea Bargaining* entrarà en joc quan l'acusador públic li ofereixi a l'acusat negociar la seva *plea*. Partint d'aquí l'acusat



pot bé negar-se a declarar (plea of nolo contendere) declarar-se no culpable (plea of not guilty) o declarar-se culpable (plea of guilty.)

El que interessa en aquesta seu és sobretot la última vessant, la de declaració de culpabilitat (plea of guilty) ja que implica que l'acusat ha acceptat les condicions que li ha ofert el fiscal en virtut de la seva àmplia discrecionalitat en aquest àmbit. També és interessant comentar la capacitat que té l'acusador de declinar l'acusació quan la consideri d'escassa importància. Vegem doncs.

#### - Declinació de l'acusació

És una facultat que no està inclosa dins de la institució de Plea Bargaining però esdevé un clar exemple de facultat discrecional de l'acusador sobre l'essència d'un procés. És a la Regla 48 de la “*Federal Rules of Criminal Procedure*” on es preveu de manera expressa aquest dret de desistiment en l'exercici de l'acció penal que correspon al *prosecutor* –acusador públic-. És de ressaltar la Nota al peu de la regla 48: “*The common-law rule that the public prosecutor may enter a nolle prosequi in his discretion, without any action by the court, prevails in the Federal courts,(...)* ” que vol dir “*La Regla de la Common Law que diu que l'acusador podrà procedir amb el “nolle prosequi” sota la seva discrecionalitat, sense que la Cort faci cap consideració al respecte, preval en les Corts Federals*”. El citat dret al *nolle prosequi* procedeix en algun dels moments posteriors al inici del procés que determina la llei: quan es presenta la causant davant d'un gran jurat, quan s'arxiva l'acusació, quan s'inicia el judici.

També té la facultat el fiscal de declinar l'acusació en sentit estricte, és a dir, de no obrir diligències; a diferència del *nolle prosequi* que procedeix un cop obert el procediment. Així doncs un fiscal federal pot abstenir-se de perseguir un delictes si considera que no és suficientment important per a justificar el seu processament en una cort federal. Solen tractar-se de delictes de drogues, en que la quantitat de les mateixes és relativament petita. Altrament, el fiscal pot declinar l'acció penal quan, en delictes menors, considera que existeix una alternativa millor al procés, per exemple, que l'acusat accedeixi a compensar a la víctima del delictes. És en aquells delictes no violents on es pot procedir a una alternativa tendent a la restitució de la víctima. També en aquells casos en que el fiscal, tot i existir proves suficients per iniciar el procés, estima que probablement l'acusat no serà condemnat per falta de proves en el futur,

podrà abstenir-se de ni tant sols iniciar diligència contra aquella persona, aquest cop per una raó d'economia processal claríssima.

#### - *Negociació*

És la presentació per part de l'acusador d'unes condicions al acusat com alternativa a la penalitat que li correspondria d'aplicar-se estrictament la llei; per a que això sigui possible és necessària una prèvia declaració de culpabilitat de l'encausat. Tanmateix resulta infortunat anomenar “negociació” a aquest tràmit, ja que les facultats de l'acusat en aquest procediment es solen limitar a acceptar aquestes condicions o no.

No s'ha de confondre la declaració de culpabilitat que es pacta amb el fiscal –la pròpia d'aquest punt- a la declaració de culpabilitat *strictu sensu*, que s'emet lliurement pel processat en la fase processal que correspon sense pacte amb el fiscal. Per òbvies raons aquesta modalitat de declaració és quasi residual, doncs no comporta els beneficis esmentats. Aquesta última modalitat es pot donar en casos en que per exemple, l'acusador no hagi ofert negociació –que recordem no és un tràmit preceptiu- o per altres raons *v. gr. raons ètiques*. En qualsevol cas, quan estem davant d'una negociació en aquests termes, és a dir, d'un *plea bargaining*, quan l'acusat accepta declarar-se culpable d'alguns o tots els càrrecs en contra seva a canvi de certes accions del fiscal, ja sigui retirar un o varis dels càrrecs que tenia contra ell –acció que suposaria el no enjudiciament pels mateixos, ja que recordem, el fiscal és l'únic titular de l'acció penal- ja sigui fer una recomanació al jutge respecte a la sentència –que no és vinculant per al jutge, al contrari del que passa amb la retirada de càrrecs-, ja sigui no oposar-se a la sentència suggerida per la defensa.

En l'àmbit de la negociació, el fiscal pot obtenir més coses a banda de la declaració de culpabilitat i per tant, el ràpid enjudiciament; així en determinats casos el fiscal pot emprar l'acord per obtindre un testimoni clau del acusat necessari per resoldre altres actuacions. En aquest cas, s'estaria valorant que l'interès en obtenir una prova clau per resoldre un altre procediment és major que el interès en condemnar convenientment a la persona que en porta causa; seria aquest un cas de clara **oportunitat política**. Lligat amb aquest últim interès, trobem el tema de les **concessions d'immunitat**, mecanisme ideat per incentivar que aquells acusats de delictes, sobretot aquells que tenen relació amb bandes criminals, col·laborin amb la

justícia i delatin o testifiquin en contra de els líders o altres integrants de la mateixa. En aquests casos el fiscal pot acordar no du a terme l'acusació contra aquella persona pels delictes respecte dels quals s'espera que testifiqui o cooperi.<sup>24</sup>

La declaració de culpabilitat ha de fer-se front a un jutge, previ interrogatori a l'acusat en el ple, tendent a assegurar-se que aquest entengui el dret contrari, és a dir, el dret a declarar-se innocent i exigir un judici, així com les implicacions de la declaració de culpabilitat i els termes de la negociació. Així mateix el jutge haurà d'assegurar-se que l'acusat no s'ha vist sotmès a coerció o promeses indegudes pel fiscal –cosa que no és improbable donat el conjunt d'interessos, no només el d'economia processal i legalitat, sinó també polítics i personals, que en algunes ocasions mouen als acusadors-. De la valoració de les respostes que l'acusat dona a l'interrogatori, el jutge acceptarà o rebutjarà aquesta declaració de culpabilitat.

#### *- Posicionaments de la doctrina i aportació personal*

Com és natural, i de manera similar amb el que ocorre amb els diferents posicionaments en la eterna discussió sobre la conveniència d'atorgar facultats instructores al Fiscal a Espanya, la doctrina no s'ha abstingut de donar la seva opinió sobre el *Cas Americà*. A continuació farem una somera aproximació de les posicions més acceptades per després fer una valoració de la qüestió a nivell global.

Respecte dels **avantatges**, pot ser el que més clarament s'infereixi, són les *raons d'economia processal*, de fet, es tracta d'un sistema l'adaptació del qual – independentment de les seves implicacions- esdevé una de les solucions més viables al col·lapse de la justícia; així doncs la celeritat pròpia dels processos en que s'adopten

---

<sup>24</sup> Vide. Roman Waugh, Ric *"El Missatger"*. Pel·lícula de l'any 2013, molt bon exemple d'un cas de *plea Bargaining*. Al pare de l'acusat se li ofereix negociar reduir i posteriorment no emprendre accions penals contra el seu fill, acusat per error per tràfic de drogues, a canvi de que s'infiltri i delati una de les majors bandes de tràfic de drogues entre EE.UU i Mèxic. En el film, s'il·lustra de forma prou realista el conjunt d'interessos que mouen als acusadors públics als EE.UU, per una banda, l'interès en fer caure una de les organitzacions criminals més important dels EE.UU i per altre, l'interès personal en els efectes que el desmantellament de la mateixa podria tenir sobre el reconeixement i carrera professional del fiscal. També es dilucida un dels greus lastres d'aquest sistema: l'acceptació de culpabilitat d'un càrrec per persones innocents, que més endavant comentarem.

alguna de les esmentades mesures d'oportunitat – que és entorn el 80%, depenent del tipus de pena serà major- representa una notable descarrega per a l'administració de justícia i per altra banda, també alleugereix la tasca del fiscal, que no tindrà problemes de prova. Es diu també, que *pel que fa els advocats*, estalvien temps i recursos i poden cobrar el mateix per menys feina. *Pel que respecta l'acusat* –i sempre i quan sigui materialment culpable- té l'avantatge que podrà evitar judici i obtenir una pena més lleu.

Els **inconvenients** més al·ludits són:

- El possible tracte discriminatori d'aquelles persones que no comptin amb advocats “preparats” per a negociar la seva *plea* i condicions<sup>25</sup>.
- Un atemptat contra el principi de legalitat, en tant que les penes perden així la seva finalitat de prevenció general i especial en la mesura que aquestes poden ésser reduïdes al no res mitjançant la negociació i amb la venia dels acusadors, investits d'un excés de discrecionalitat –i en alguns casos arbitrietat encoberta-. D'aquesta manera, les previsions de la llei penal esdevenen paper mullat.
- Una lesió de garanties constitucionals; en els casos en que l'acusat es declari culpable, sense no ésser-ho, per la “pressió del sistema” cap a un model penal en que sembla que la declaració de culpabilitat pot resultar la millor de les sortides fins i tot quan no s'és; amb la consegüent ignorància de les eventuais proves de càrrec -que no es poden fer valer en aquesta situació- i podrien haver portat al descobriment de la veritat probatòria dels fets.
- El tracte desigual als condemnats en judici per penes més severes per una mateix fet que aquells condemnats mitjançant negociació.

---

<sup>25</sup> CUADRADO SALINAS, C., “*La reforma del proceso penal (...)*” op. Cit. Invoca aquesta desigualtat com a comú denominador en tot el procés: “*Lo cierto es que, en el modelo consensual americano, no puede presumirse que ambas partes estén en una posición de igualdad, puesto que el papel fundamental lo desempeña la acusación pública, con prácticas cuestionables (testigo pocos fiables, abogados de oficio incompetentes, control del Fiscal sobre la investigación preliminar) que arrojan como resultado la condena de muchos inocentes*”

De l'exposició sobre el sistema anglosaxó i l'aproximació al sistema processal penal d'EE.UU s'extreu una concepció de la justícia amb altes dosis de pragmatisme en què el procés molt poques vegades arriba a culminar-se en totes les seves fases. De fet, es coneix que el 93% dels assumptes a EE.UU conclouen sense la celebració d'un judici, després de l'acord entre el Fiscal i la defensa. Es coneix també que en el marc d'aquest sistema, el Fiscal exerceix una gran pressió sobre l'acusat amb objecte de que reconegui la seva culpabilitat, tot i ser innocent<sup>26</sup>. Això, sumat als inconvenients abans citat, fa que conclouem que en el sistema Nord-Americà no existeix un posició d'igualtat entre l'acusació pública i l'acusat, doncs al cap i a la fi, tot el sistema està orientat al fi anticipat del procés sense importar l'esbrinament de la veritat material –a les xifres em remeto-. Considerant això, els països de caire Continental que han adoptat institucions inspirades en la negociació pròpia dels EE.UU, és a dir, introduint la figura del consens, ho han fet d'acord amb les garanties i els drets que ha de regir en un sistema penal propi d'una país civilitzat i democràtic. Només cal referir-nos a títol il·lustratiu a figures com el *Patteggiamento* Italià, on la decisió de no introduir una expressa admissió de culpabilitat com a premissa i la comprovació judicial de la no concurrència de causes de sobreseïment, inclòs després del requeriment i el consens de l'imputat, responen a garanties pròpies del degut procés que no es donen en el cas dels EE.UU. En conclusió, qualsevol importació, no només del sistema dels EE.UU sinó de qualsevol país, inclòs dins dels de tall Continental, ha d'adaptar-se amb la cautela necessària perquè la seva introducció no alteri les garanties processals de les parts en el procés, fent totes les modificacions que aquest efectes s'escaiguin.

## *7.2 El principi d'oportunitat en els ordenaments jurídics continentals*

### *7.2.1 El principi d'oportunitat a Alemanya*

Punt entremig entre el sistema dels EE.UU i el sistema Espanyol. El principi d'oportunitat regeix en supòsits restringits i quan es considera que aquest és més adient que el de legalitat per regir determinades situacions. La doctrina tendeix a classificar els

---

<sup>26</sup> Cfr. THAMAN,S *“Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos”*, a *Proceso Penal y sistemas acusatorios* (coord.. BACHMAIER WINTER) Marcial Pons, Madrid, pàg 170.

casos en què procedeix el principi d'oportunitat a Alemanya segons l'objectiu que persegueix la seva aplicació; segons l'autor que es tracti es parla de dos o més grups de casos, en qualsevol, és pacífic per tots ells acceptar que el susdit principi procedeix:

A) Quan la seva aplicació resulta més adequada conforme la naturalesa de l'acció. L'exemple paradigmàtic a que es refereix són aquells delictes perseguibles mitjançant acció privada.

B) Quan existeix un interès contraposat al de la persecució del delicte, i que es considera prioritari.

Existeixen altres classificacions que, autors com ORTIZ ÚRCULO consideren inserides dins de les anteriors, i altres com ARMENTA DEU<sup>27</sup>, consideren independents. En qualsevol cas, allò que importa és saber quan procedeix el principi d'oportunitat en cada cas.

- **Dels delictes perseguibles mitjançant acció privada**, amb una regulació semblant a la Espanyola, aquest tipus de delictes només podran ser perseguits a instància de la persona ofesa o aquella que hi estigui habilitada, es tracta de delictes contra l'honor. En efecte, podem parlar d'un **desinterès** de l'estat en fer-se càrrec d'aquests delictes, i per tant justifica l'absència d'acció pública. És precisament aquesta exempció de l'obligatorietat en l'exercici de l'acció pel Ministeri Fiscal d'on la doctrina dedueix el principi d'oportunitat. No obstant, un servidor discrepa d'aquesta opinió –a propòsit defensada per autors com ARMENTA DEU quan es parlava de la mateixa institució en el cas Espanyol- perquè la no persecució del delicte en aquest cas no respon a raons d'economia processal, d'agilització de la justícia ni tant sols a la idoneïtat d'aplicar mesures alternatives; sinó a una altra qüestió, com és la conservació d'un àmbit d'intimitat per a la persona ofesa. En efecte, la raó de fons no respon a l'esperit del principi d'oportunitat. Més endavant proposarem una sèrie de requisits la concurrència dels quals són indicatius que estem davant d'una mesura basada en el principi d'oportunitat, entretant, avancem, que en qualsevol anàlisi, s'ha de tenir en compte a més quin és l'esperit del que respon l'institut de que es tracti. En efecte, el

---

<sup>27</sup> ARMENTA DEU parla també de la necessitat de satisfer l'interès en la persecució a través de mitjans diferents a la imposició i compliment de la penal i l'existència d'escassa reprotaxibilitat; com a categories independents de les anteriors, a "*Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad*" (...) op. Cit. pàg 89.

principi d'oportunitat avui, respon d'unes necessitats i motivacions concretes, com són les que hem citat.

- Delictes en què existeixi un **interès contraposat al de la persecució penal de major rellevància**; que pot revestir formes molt diverses (des de interessos de tipus polític, dogmàtic o processal). En determinats casos el Fiscal –i en ocasions el fiscal general- pot acordar l'arxiu de les actuacions, suavitzar les penes o substituir-les per mesures alternatives.

- ❖ En cas de concurrència **d'interessos d'indole política**; estariem davant del cas en que la realització del procés provoqui un greu desavantatge per l'estat o s'oposés a la persecució d'altres interessos públics. Davant d'aquesta situació, si l'acció ja hagués estat exercitada podrà el Fiscal General de l'estat acordar l'arxiu de les actuacions.<sup>28</sup>
- ❖ En determinats supòsits **l'enediment actiu de l'acusat**, si ajuda a esclarir el fet delictiu o evita conseqüències del mateix, pot arribar a facultar al Fiscal a arxivar la causa (en casos taxats) o aplicar atenuants en la resta de casos. En aquest cas, el coneixement de cert o la comissió de determinat tipus de delictes<sup>29</sup>, primària per sobre de l'interès en perseguir aquell delictes. Aquest arxiu procedeix paradigmàticament en el cas de que el coneixement dels fets d'un delictes fos clau per esbrinar un atemptat terrorista, llavors una tècnica perquè un dels implicats confessés seria assegurar que no se'l processarà. A propòsit, recordar que la versió Espanyola d'aquest delictes no va ser considerada principi d'oportunitat per la mateixa autora.<sup>30</sup>
- ❖ En el cas del **xantatge**, s'estableix la possibilitat que el Fiscal pugui decretar l'arxiu quan la víctima estigui essent coaccionada amb un fet delictiu imputable a ella o a persona amb suficient proximitat afectiva; sempre i quan existeixi un interès públic

---

<sup>28</sup> Es preveuen els següents delictes al CP: posada en perill de l'estat democràtic, posada en perill de la defensa del Land, contravenció de la prohibició d'associació, delació política, deportació, alta traïció, traïció a la pàtria i posada en perill de la seguretat exterior, agressió a òrgans i representants dels estat estrangers etc.

<sup>29</sup> Coincideix en gran part amb els delictes mencionat al punt anterior, és a dir, delictes sobre la protecció de l'estat. Vid. Peu de pàg. 32.

<sup>30</sup> Si bé és veritat que l'estructura del mateix és diferent; la raó principal de considerar-ho manifestació de principi d'oportunitat radicaria en el fet que correspon al Fiscal General Federal el coneixement i decisió de l'assumpte.

en la persecució del mateix i un cop ponderats els fins de prevenció general i especial. En síntesi, no es una regulació molt diferent a la vigent en dret Espanyol i tanmateix ORTIZ ÚRCULO la menciona quan parla dels exemples d'oportunitat en l'OJ Alemany<sup>31</sup>, quan havia rebutjat de forma expressa que pogués qualificar-se com a tal en dret Espanyol.

- ❖ En determinats delictes d'escassa importància –pena privativa de menys d'un any- si es planteja una **qüestió prejudicial** davant d'un tribunal civil o administratiu i transcorre infructuosament el termini indicat pel fiscal per resoldre's en l'altre ordre jurisdiccional, pot acordar l'arxiu del procediment penal. Aquest termini pot ésser modificat pel fiscal o suspès, en el cas que cregui necessari continuar el procediment. El fonament d'aquest tipus d'arxiu, entén ARMENTA DEU, es troba, *“per una banda, en la conveniència de que sobre determinades qüestions es pronunciïn òrgans especialitzats i, de l'altra, en evitar l'eventualitat de decisions contradictòries per part de diferents òrgans jurisdiccionals. Al mateix temps, es senyala la pretensió d'impedir que el procés penal (lliure de costes) s'utilitzi, bé com a mitjà per pressionar, bé com a instrument per a preparar el procés civil o contenciós (...)”*<sup>32</sup> Si tenim com a certa aquesta justificació, podem inferir que efectivament es tracta d'un arxiu per raons d'oportunitat que respon a motius d'economia i coordinació processal.
- ❖ Davant de la coneguda com **“petita criminalitat”**, el Fiscal està facultat per decretar l'arxiu en els casos de concurrència d'escassa culpabilitat i falta d'interès públic en la persecució. En principi aquest arxiu haurà de decretar-se amb l'anuència del jutge, tret que a als anteriors requisits se li sumi: que es tracti d'un delictes contra el patrimoni que hagi causat un dany escàs i que suposi una pena mínima; llavors no serà necessària l'anuència judicial. Aquest arxiu es decretarà sota les condicions o mandats que s'estableixin a càrrec de l'acusat, com a contraprestació a aquest desistiment. Aquesta pràctica respondria a l'objectiu primordial de brindar una descarrega de l'administració de justícia unit al objectiu de donar una solució proporcional a l'entitat dels delictes o faltes que conformen el gruix de la denominada **criminalitat de bagatel·la**. Juntament amb aquest propòsit,

---

<sup>31</sup> Vid. ORTIZ ÚRCULO, J.C., *“El principio de oportunidad (...) op. cit pág. 3399*

<sup>32</sup> ARMENTA DEU, T., *“Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad” (...) op. Cit*



ARMENTA DEU suggereix que es tractaria d'enviar els efectes peyoratius que implica un processament penal en l'esfera social<sup>33</sup>

Al marge de l'anterior classificació, i pel que fa als procediments existents en l'enjudiciament criminal Alemany, és d'interessant menció el denominat “**procés per ordre penal**”, que coexisteix amb el procés accelerat o el procés ordinari. Aquest procés, (§§ 407 a 412 StPO), ideat, juntament amb el procés accelerat, per fer front a la petita delinqüència es caracteritza principalment per l'existència d'una **ordre penal** immediatament executable si és dóna el cas que no existeix oposició de l'imputat i en la que solament es contempla la possibilitat d'imposar penes de caràcter pecuniari i accessòries. Vindria a ser l'equivalent germànic del que és coneix com “monitori penal” o “acceptació per decret”. En aquest tipus de procediment, el fiscal presenta davant del jutge una proposta de sanció que pot acceptar o no i en principi, no procedirà el judici oral. Més endavant veurem les versions Italiana i Portuguesa d'aquest institut i es comentarà en major profunditat en el punt corresponent a les propostes *lege ferenda* sobre el principi d'oportunitat.

Aquestes són algunes de les mostres del principi d'oportunitat a Alemanya o com a mínim, casos que per les seves característiques són susceptibles d'anàlisi per l'interès que revesteixen en seu d'aquest treball. En qualsevol cas, resulta interessant anar retenint aquests conceptes ja que com veurem, es tracta d'institucions comunes en la gran majoria dels països; per tant, aquest punt esdevé interessant alhora de mesurar el grau d'introducció del principi d'oportunitat a Europa i a Espanya. En qualsevol cas, l'anàlisi pormenoritzat d'algun d'aquests instituts es farà en el següent apartat del treball.

### 7.2.2 *El model Italià*

Sembla com a mínim paradoxal concebre “principi d'oportunitat” i “obligatorietat de l'acció penal” dins d'un mateix sistema, de fet, a aquestes altures del treball, hem de conèixer per anteriors referències que el model Italià és l'únic sistema que eleva a norma constitucional l'obligatorietat de l'acció penal (prevista a l'art 112 de

---

<sup>33</sup> ARMENTA DEU, T., “*Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad*” (...) op. Cit pàg 107

la seva constitució). No obstant, l'anàlisi d'aquesta previsió s'ha de fer amb el seu context jurídic, és a dir, sembla ser que un anàlisi sistemàtic de l'Ordenament jurídic permet concloure que aquesta norma no s'ha de concebre en termes massa estrictes. Per una banda, perquè la seva redacció presenta una textura prou oberta, i per altra, perquè el seguit de modificacions efectuades arrel de l'entrada en vigor del Codi Processal Penal han matisat i flexibilitzat la norma fins al punt de preveure-hi totes les excepcions possibles perquè sigui possible un model inspirat en el principi d'oportunitat; sumat a això, estan aquells sectors de la doctrina que defensen la pacífica convivència entre aquesta norma i qualsevol mesura amb un rerefons de discrecionalitat, és a dir, de nou ens trobem sobre el debat de si la discrecionalitat es pot considerar legalitat.<sup>34</sup>

És precisament la forta incrustació d'aquest principi de legalitat el motiu d'aquest seguit de reformes legislatives iniciat a la dècada dels 80 i tendents, en un primer moment, a la despenalització de determinades conductes i creació per altra banda, d'il·lícits administratius, i posteriorment, regular una sèrie de procediments especials certament amarats del principi d'oportunitat. Pot ser el que més ressò a tingut a efectes d'aquest estudi és l'anomenat *patteggiamento* (pacte) en el judici abreujat, que consisteix en l'aplicació pel jutge de la pena sol·licitada per les parts (imputat i fiscal) en els supòsits en que la pena, considerant les circumstàncies atenuants i reduïda fins a 1/3 part, no sobrepassi els dos anys de privació de llibertat. Aquesta institució no només s'assembla a la conformitat premiada de l'article 801 Lecrim, sinó que els requisits penològics per a la reducció de la pena són pràcticament els mateixos. Un altra forma de conformitat, és aquella en la que l'imputat insta un **judici abreujat**, amb l'incentiu de la disminució d'1/3 de la pena i que es ventila segons les proves contingudes en les actuacions del fiscal i s'aplica a qualsevol tipus de delictes; òbviament, significa reconèixer la comissió del fet delictiu i el fi de la instrucció. En el *giudizio per decreto*, redueix a la meitat la pena prevista en abstracte i procedeix en els delictes la pena dels quals tingui caràcter pecuniari. S'aplica per decret, sense audiència preliminar ni judici oral. El *giudizio direttissimo* es celebra a instància del fiscal i prescindeix d'audiència preliminar; s'aplica en casos de delictes flagrants o confessió. *El giudizio immediato*, també comporta passar per alt l'audiència preliminar però a diferència de l'anterior, pot

---

<sup>34</sup> FRIONI, I., "Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2002.

ésser sol·licitat també per l'imputat; procedeix en supòsits en que no comparegui l'imputat en les actuacions o quan de les actuacions sorgeixi l'evidència de la prova.

En síntesi direm, que independentment de l'èxit d'aquestes mesures, s'ha de tenir en compte que a Itàlia el jutge que resol sobre la conformitat és aliè a la instrucció de la causa, donat que és el Fiscal qui s'encarrega de la instrucció, mentre que a Espanya el mateix òrgan encarregat d'instruir resoldria sobre la conformitat de l'article 801<sup>35</sup>.

### 7.2.3 Model Portuguès

A Portugal el principi d'oportunitat s'introdueix de forma mitigada i està present sobretot en l'àmbit de la petita i mitjana criminalitat, es manifesta de diferents maneres. Abans de continuar però, cal aclarir que és el Ministeri Fiscal és l'òrgan que ostenta la competència exclusiva per a promoure el procés penal en l'àmbit dels delictes públics.

Entre d'altres mesures, trobem el que es coneix com **arxiu per dispensa de la pena**, regulat a l'art 74 del CP portuguès, procediment que permet l'arxiu del procés a instància del Fiscal abans o després d'haver formulat acusació i sempre que es tracti d'un delictes sancionat amb pena privativa de llibertat no superior a sis mesos o només amb pena de multa no superior a 120 dies, a condició de que el danys hagués estat reparat i no s'hi oposin raons de prevenció. Si aquest arxiu es realitza abans de formular-se acusació, exigeix la concordança del jutge, del contrari, haurà d'intervenir també l'acusat, que podrà oposar-se al arxiu sense judici.

En el cas de **confessió integral de culpabilitat**, abans del començament del judici oral, quan l'acusat confessa la seva culpa el president del Tribunal pot ordenar passar a la fase d'al·legacions de les parts i senyalar pena, saltant-se la pràctica de la prova, tret que decideixi continuar el judici tot i la declaració. No comporta benefici per l'acusat sinó un encurtiment del procés. Procedeix en cas de delictes amb penes de presó no superiors a tres anys.

---

<sup>35</sup> Per més informació sobre conformitat comparada, vegi's LUDEÑA BENÍTEZ, O.D., "Breves reflexiones sobre la justicia penal negociada en el Derecho Español y comparado", Artículos Doctrinales: Procesal Penal (Notícies Jurídicas) febrer de 2008.

També existeix la denominada **suspensió provisional del procés**, (per penes de presó no superior a tres anys i altra classe de penes) a canvi de que l'acusat compleixi amb determinades regles de conducta o obligacions; el compliment de les quals, comportaria l'arxiu del procediment. Respon a una clara finalitat de potenciació dels fins de prevenció especial.

El **procés sumaríssim**, permetria al Fiscal requerir a l'acusat davant el tribunal per a que accepti (facultativament) les penes i altres responsabilitats que se li atribueixin, en cas afirmatiu, es documentaria aquesta acceptació i s'equipararia a una sentència condemnatòria no recorrible. Tampoc està el tribunal obligat a acceptar la sol·licitud del fiscal. Es tracta de fet, d'un procediment monitori –a propòsit regulat també en dret Alemany i Italià- que procedeix quan el Fiscal entengui que en el delictes concret és aplicable multa o mesura de seguretat que no impliqui restricció de llibertat, i que té com a finalitat, fer front a la petita criminalitat i *per ende*, simplificar i accelerar la justícia per via d'una sort de conformitat anticipada.

### 7.3 A mode de conclusió

Podem dir que les mesures de major èxit en dret *comparat* –sense tenir en compte de moment el cas dels EE.UU- són els denominats processos ràpids o sumaríssims, que al seu torn són també les creacions més antigues. Per altra banda, veiem com els processos d'acceptació per decret o monitoris penals estan força estesos arreu (mentre que recordem a Espanya encara no existeix). Altres institucions com l'enpenediment de l'acusat, la no persecució de delictes privats o el xantatge són comunes a la majoria de països però recordem, el seu esperit radica en motivacions alienes al pragmatisme processal. Finalment, dir que el fiscal instructor és una realitat comuna a molts països Europeus (v.gr. Alemanya, Itàlia) i també als EE.UU, però també és cert que altres països segueixen mantenint al jutge al cap davant del sumari (Holanda, França, Grècia). De tot l'anterior, podem afirmar que a Espanya encara es manté una concepció com a mínim tradicional de principi de legalitat, que es manifesta en institucions clau com el jutge instructor, o el retràs en l'adopció de fórmules que en altres països fa anys que existeixen –v. gr. monitori penal-.

No estic però valorant negativament el Sistema Judicial Espanyol, doncs forma part del tarannà històric del legislador Ibèric la prudència alhora d'adoptar noves institucions i el mimetisme legislatiu. En qualsevol cas, és necessari tenir una perspectiva global abans de valorar aquesta política legislativa.

## 8. Manifestacions lege data del principi d'oportunitat a Espanya

Anteriorment havíem fet referència al conflicte pràctic que interessa en aquest treball, que és el desplegament d'una o altra forma d'oportunitat al sistema penal, i no tant la desfasada discussió bionòmica oportunitat vs. legalitat. Això respon simplement el principi d'oportunitat és una realitat que va guanyant terreny de forma gradual però inexorable, *maxime*, quan la línia política predominant és favorable a la seva implantació, tot i les reticències que han motivat l'estancament actual.

Feta aquesta consideració, entrem ara en un terreny espinós però alhora interessant; i és que la importància d'aquest punt és cabdal, no només pel fet de posar de manifest quines són les formes d'oportunitat que acull el nostre ordenament jurídic, sinó pel fet de posar-nos d'acord en què és i què no és principi d'oportunitat. En efecte, aquesta activitat d'identificació no és cosa fàcil, de fet la doctrina no es posa d'acord en què és i que no és manifestació d'aquest principi, cosa que troba causa en part a les diferents concepcions del mateix. En qualsevol cas, intentarem fer una exposició dels exemples reals i presumptes d'oportunitat i les justificacions adduïdes per una i altra banda.

Començant pel **xantatge**, més aviat, l'amenaça de revelació d'un delictes a la que certa persona pot estar sotmesa per altri amb la finalitat que no se'n desveli un altre. En aquest cas, el Fiscal podrà optar per no acusar per el delictes la revelació del qual s'amenaça, sinó estigués sancionat amb pena superior a dos anys, o si superant-la, el jutge o tribunal decideix rebaixar la sanció en un o dos graus (ex art 171.3 CP). En aquest cas, el legislador atorga al fiscal la possibilitat d'abstenir-se d'acusar o en el seu cas, al tribunal o jutge, la facultat per rebaixar la pena en un o dos graus. És pacífic que determinades institucions –com aquesta- deleguin la facultat de decidir si incoar o no l'acció penal a òrgans com el fiscal o el jutge, però ¿és suficient la possibilitat de poder decidir si incoar o no per determinar l'existència del principi d'oportunitat? Com avançàvem anteriorment, dependrà de la concepció que hom sostingui sobre el mateix. Aprofitant l'avinentesa d'aquest cas, inaugurarem el següent apartat en el que estudiarem els elements que han de concórrer per identificar l'existència d'aquest principi tot aplicant-los al cas concret del xantatge i d'altres.

## 8.1 IDENTIFICACIÓ DE LA OPORTUNITAT: Teoria i pràctica

Procedirem doncs a respondre les preguntes més recurrents que poden sorgir davant d'un potencial cas d'oportunitat, en efecte, ara procedirem a exposar un marc teòric que després ens servirà per aplicar-ho i respondre a la pregunta de si el xantatge és o no mostra d'oportunitat. Aquests criteris, un cop assumits, serviran per aplicar de forma autònoma a la resta de casos concrets. Així doncs, a banda de la pregunta anteriorment plantejada (*¿és suficient la possibilitat de poder decidir si incoar o no per determinar l'existència del principi d'oportunitat?*), ens podem qüestionar les següents: ¿quins són els elements que han de concorre per entendre que certa institució/mesura és una manifestació del principi de legalitat? ¿es tracta d'elements uniformes? ¿el principi d'oportunitat concerneix solament al fiscal, o a algú més? ¿qualsevol mesura legal que delegui la decisió a l'acusador, i per tant, li atorgui discrecionalitat, és constitutiu de principi d'oportunitat? ¿el principi d'oportunitat s'esdevé només en l'esfera processal?

Certs sectors doctrinals defensen que aquest cas (xantatge) efectivament es tractaria d'un exemple d'oportunitat, en aquest sentit trobem a autors com GIMENO SENDRA o ROXIN<sup>36</sup>, que no només ho aprova sinó que parla de dues situacions d'oportunitat: la que correspon al fiscal –si incoar o no l'acció- i la que correspon al òrgan jurisdiccional –aplicant una reducció de la pena- En una línia igualment favorable es pronuncia BACIGALUPO<sup>37</sup>, que és un dels abanderats de les concepcions més àmplies d'oportunitat, en aquest sentit, argüeix que per principi d'oportunitat “*no s'ha d'entendre tant sols la **renúncia a l'acció penal** pel fiscal si es presenten determinades condicions, sino, més aviat, **tot tractament penal diferenciat del conflicte social representat pel fet delictiu**”*; d'aquesta afirmació es pot inferir la gama completa de concepcions de l'abast d'aquest principi, en altres paraules, sosté que principi d'oportunitat no és només “l'abstenció” en l'exercici de l'acció penal (que de fet és la concepció més popular i enraigada) sinó que seria qualsevol tractament penal diferenciat sobre determinat conflicte, que dit senzillament, i segons el meu entendre,

---

<sup>36</sup> Cfr.: C. ROXIN, “*Derecho penal. Parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*” Editorial Civitas, Madrid, 1997, pàg. 991.

<sup>37</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E. “*Descriminalización y prevención*” a Poder Judicial, 1987, págs. 14 i ss.

englobaria totes aquelles circumstàncies valorades pel fiscal o fins i tot previstes en una altra llei, que impliquessin una alteració de les previsions donades al Codi Penal sobre les conseqüències que s'han d'atribuir a cada delictes. D'entendre-ho d'aquesta manera, els casos de principi d'oportunitat es multiplicarien exponencialment, de manera, que institucions com l'indult, la no persecució de determinats delictes fóra de les fronteres i fins i tot decisions de caire processal que recaurien sobre el fiscal o les parts –com per exemple, la proposició d'inhibitòria o declinatòria (art 26 i ss), o la sol·licitud realitzada també pel fiscal o l'acusació de presó o llibertat provisional amb fiança sobre aquella persona que no ho estigués (art 539) i així llarg etcètera-, quedarien englobades dins d'aquesta concepció àmplia d'oportunitat. Inclòs fóra de l'ordenament penal, en l'àmbit de l'administració penitenciària, les reduccions de condemna per bon comportament podrien subsumir-se dins d'aquesta concepció, segons el meu parer. La radicalitat i en conseqüència amplitud d'aquesta postura fa que ràpidament ens veiem obligats a rebutjar una concepció de principi d'oportunitat d'aquest calibre, simple i planament perquè una concepció com aquesta també seria extensible no només al dret penal sinó a tots els ordres i nivells jurídics, i en efecte, seria predicable de qualsevol institució que no adoptés l'aparença d'acte vinculant en tots els seus termes, evidentment que es podria fer, però de ser així la discussió sobre el principi d'oportunitat tampoc hagués tingut lloc mai. A aquest efecte, i per evitar confusions, autors com ARMENTA DEU, quan es refereixen a aquestes facultats o circumstàncies modificatives en general, inherents a aquesta concepció àmplia del principi d'oportunitat, es refereixen a **critèris d'oportunitat**<sup>38</sup>, com quelcom diferent al principi d'oportunitat pròpiament dit. Independentment del nom que vulguem adoptar, es tracta d'una distinció al meu entendre correcta i necessària, tanmateix, no eximirà els casos límits, és a dir, aquelles institucions que presentin una sèrie d'elements susceptibles d'ésser predicables el principi d'oportunitat, però que d'altra banda en presentin d'altres que indiquin el contrari. De fet, el cas del xantatge en podria ser un exemple.

En l'altre extrem, com és obvi, trobaríem la doctrina contrària a acceptar que aquesta institució es tracti d'una manifestació del principi d'oportunitat. Estaríem

---

<sup>38</sup> Cfr. ARMENTA DEU, TERESA, "*Criminalidad de Bagatela (...) op cit. Pàg 210. En aquest sentit afirma que el terme oportunitat "unido al sustativo principio (...) debe encontrar su punto de referencia en el principio de legalidad y todo lo que este implica"*



davant d'aquell sector que sosté una concepció estricta del concepte, i a aquest efecte, s'han establert una sèrie de criteris –que poden variar segons l'autor- que indiquen si estem o no davant d'un exemple de principi d'oportunitat.

Es parla en primer lloc, de l'**element subjectiu**, és a dir, aquell que es refereix a la persona o subjecte en mans de la qual recau la mesura està basada en l'oportunitat. A aquests efectes, el Fiscal, és el paradigma i el primer dels subjectes que hom es figura. També es diu que el jutge pot ser subjecte aplicador de mesures basades en l'oportunitat. Pot sobtar que aquest últim subjecte, com aplicador de la llei que és i per tant, decisor per excelència, sigui cridat com a subjecte d'un principi que en últims termes el que fa és habilitar a algú per decidir quina és la solució més adequada en determinades condicions. Tanmateix, res no obsta a que així sigui, doncs és important diferenciar les diferents funcions del jutge, per una banda, com aplicador de la llei al cas concret, resoldrà duent a terme una activitat cognoscitiva que només a ell atany. Per altra banda, abans de resoldre, li correspon posicionar-se com a garant del degut procés i resoldre les peticions que durant el transcurs del mateix es plantegin. És precisament en seu d'aquesta segona funció, en l'àmbit de la seva activitat de control del procés, on podria decidir en base al principi d'oportunitat. Tanmateix, tal i com està configurat avui el procés, és impensable que un jutge inadmeti una testifical, prova o fins i tot una demanda en base a raons d'economia processal, falta de temps o similar. En qualsevol cas, tingui's present que de ser així, estaríem efectivament davant d'una decisió totalment fonamentada en l'oportunitat.

El segon element que ha de concórrer en qualsevol mesura que es basi en l'oportunitat, és l'**element objectiu**, és a dir, la mesura en concret ha de referir-se al contingut de les obligacions que el subjecte té com a garant del principi de legalitat o el seu deure de persecució criminal. Dit en altres paraules, ha de tractar-se d'una decisió la conseqüència de la qual tingui efectes sobre les obligacions del subjecte. Aquest element va inescindiblement lligat amb el **teleològic o finalista**, segons el qual aquesta mesura, ha d'estar dirigida a enervar les mencionades obligacions. En altres paraules, la decisió que es prengui ha de tendir a posar fi anticipat, encurtir o ni tant sols iniciar

actuacions. ARMENTA DEU fa aquesta mateixa classificació<sup>39</sup>. No obstant, considero que és massa abstracta, doncs trobo a faltar juntament amb aquests elements, un criteri espiritual, és a dir, un cop vista la concurrència de tots aquests elements, hom s'ha de preguntar a quina voluntat respon aquesta mesura. Fins ara, l'agilització de la justícia, l'economia processal i raons similars han ocupat un lloc primordial quan parlem de la causa o el motiu al que respon el principi d'oportunitat, però ¿és aquest l'únic esperit que hem d'atribuir-li? Certament considero que no, és més, resulta arriscat atribuir una motivació en concret, a risc de que se'ns escapin determinades mesures que també es conceben com aplicacions del principi d'oportunitat però responen a voluntats diferents.

És pot ser aquesta la raó per la qual ARMENTA no va voler introduir aquest element en la seva relació de característiques. El cert és que l'agilització processal no monopolitza la totalitat de les "raons de ser" de les mesures que tractarem. En efecte, finalitats com la **reinserció social o la reeducació** també han estat causa de múltiples reconduccions del procés penal en altres països. En el cas espanyol, i sense anar més lluny, només cal acudir a la LO de Reponsabilitat Penal del Menor per adonar-se que el principi d'oportunitat pot no respondre a l'afany de alleugeriment de la justícia, de fet, aquest tema el tractem en el següent punt del treball, per la qual cosa no ens hi referirem ara. Altres autors han optat per restringir l'esperit que ha d'inspirar el principi d'oportunitat, en aquest sentit, MORENO CATENA, opina que per saber si ens trobem davant d'una mostra d'oportunitat, hem de cerciorar-nos de que aquest precepte no respongui d'una política criminal de despenalització de delictes<sup>40</sup>. Altres autors com

---

<sup>39</sup> Cfr. ARMENTA DEU, TERESA, "*Criminalidad de Bagatela (...) op cit. Pàg 208 "Con arreglo a la concepción más estricta se comprende como manifestación del p. de oportunidad aquellos expedientes procesales que presentan las siguientes características:*

a) *des de la perspectiva subjetiva, atañer al fiscal y al órgano jurisdiccional*

b) *des de la perspectiva objetiva, circunscribirse al contenido de sus obligaciones esenciales en el proceso penal y, finalmente,*

c) *des de la teleológica, estar dirigidas a enervar las citadas obligaciones o parte de ellas con arreglo al p. de legalidad, esto es, la investigación de todo hecho aparentemente delictivo y –de manera fundamenta- el ejercicio de la acción penal; así como, en cuanto al órgano jurisdiccional – ejercitada la acción penal- velar por el desarrollo del proceso penal a tenor de la legalidad vigente. (...)"*

<sup>40</sup> Cfr. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma, en AA.VV., Sistemas Penales europeos,*" CGPJ, Madrid, 2002.

ORTIZ ÚRCULO<sup>41</sup>, vinculen el principi d'oportunitat a aquelles mesures encaminades a agilitzar la justícia, queden excloses aquelles que no responen directa o indirectament d'aquest propòsit. Dit això, hem d'aclarir que els criteris que formen aquest examen respondrien a una concepció força estricta però segons el meu entendre, completa, del que és el principi d'oportunitat.

Cal afegir, que aquesta concepció restringida de principi d'oportunitat cerciora al mateix a l'àmbit processal, és a dir, nega pugui predicar-se també del dret positiu<sup>42</sup>. De fet, la concepció àmplia o estricta depén *in fine* de quines siguin les finalitats que li vulguem atribuir al dit principi, en altres paraules, si entenem tal i com fa BACIGALUPO, que el principi d'oportunitat és tot aquell tractament penal diferenciat, o sense anar més enllà, és la capacitat de decisió del fiscal sobre la incoacció o no d'una procediment penal, amb independència de quina sigui la finalitat que ho motivi (raons de política criminal, economia processal, agilització etc) podem concloure que dins de la categoria d'oportunitat s'inclou el xantatge i tots els altres casos que a continuació comentarem.

En conclusió, sembla plausible de moment, assumir una concepció relativament restringida de principi d'oportunitat, i si les raons adduïdes no convencen al lector, igualment es fa necessari assumir aquesta concepció estricta com a mínim per a centrar l'objecte d'aquest estudi i evitar caure en un caos de conceptes jurídics.

Altres suposades mostres d'oportunitat, com la **rebaixa de les penes pel penedit** previst al article 130 CP<sup>43</sup> o l'exempció de delictes de suborn a aquell que en determinades condicions denunciï els fets abans de l'obertura de procediment, així com els famosos delictes **privats o semi-públics**<sup>44</sup>, és a dir, aquells en que per ésser

---

<sup>41</sup> ORTIZ ÚRCULO, J.C, "El principio de oportunidad (...) op. cit.

<sup>42</sup> Cfr. ARMENTA DEU, TERESA, "Criminalidad de Bagatela (...) op cit. Pàg 209 "Los escasos autores patrios que definen el p. oportunidad o tratan de lo que consideran sus manifestaciones, parecen, como ya vimos, utilizar otro concepto del mismo de perfiles **más amplios y consecuentemente más indeterminados**. Entre los mismos, **hay los que lo limitan al marco procesal, y quienes lo extienden al penal.**"

<sup>43</sup> El perdó és aplicable només en certs delictes, com la calúnia o injúria o l'abandonament de família; diu ARMENTA que no és un cas de principi d'oportunitat perquè en aquest cas l'estat és qui renuncia a l'exercici de l'acció a favor del perjudicat, que decidirà segons la seva voluntat i no en base a criteris d'oportunitat que no l'incumbeixen en tant que subjecte privat.

perseguides es fa necessària la prèvia denúncia de l'ofès; dependran de la concepció que hom sostingui del que és oportunitat. Rehitereme que conforme una interpretació àmplia, les citades institucions s'englobarien dins l'àmbit del principi d'oportunitat, a mode d'exemple, GIMENO SENDRA, representant d'aquesta posició, entén que els delictes semipúblics són mostra del principi d'oportunitat, en efecte, relaciona principi d'oportunitat amb els delictes semi-públics: *“La implantación del principio de oportunidad podría realizarse, tanto en el momento del ejercicio de la acción penal, como en el de la suspensión del procedimiento: En el primero de ellos sería aconsejable una ampliación de los delitos semipúblicos a una buena parte de las faltas.”*<sup>45</sup>. No obstant, ja hem deixat clar que segons la posició que a efectes pragmàtics hem adoptat, cap d'aquestes mesures respon al denominat principi, ja que en qualsevol cas falla el criteri de l'esperit al que abans em fet referència. En efecte, cap d'aquestes mesures respon d'un ànim agilitzador de la justícia sinó que han estat concebudes amb diferents finalitats. Altres exemples de supòsits conflictius són instituts com l'abandonament de família (art 228 CP), acusació i denúncia falsa (456.2 CP) [delictes semi-privats] injúries o calúmnies (205 i ss) [delictes privats]. Recordem però, aquesta exclusió opera en base a la concepció estricta i no la àmplia que reiterem si que els acolliria.

A continuació parlarem de les manifestacions, (a priori) pacífiques de principi d'oportunitat, són les següents:

## 8.2 Responsabilitat Penal del Menor

El paradigma del principi d'oportunitat no es troba a la Lecrim sinó a la **LO de Responsabilitat Penal del Menor**. Dèiem anteriorment que el principi d'oportunitat no sempre descansa en un afany de descàrrega de la justícia, i posàvem com exemple la virtualitat d'aquesta Llei Orgànica. De fet, en l'exposició de motius de la mateixa no es deixar d'insistir en la finalitat preventiva especial que revesteix aquest procediment, o sigui, la seva voluntat de reparar el dany i reeducar el menor<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup>Cfr. GIMENO SENDRA, V., a *“Los procedimientos penales simplificados. (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)”* Any i font no apareixen.

<sup>46</sup> Vid. EXPOSICIÓN DE MOTIUS de la LO 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors. *“Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, (...) los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, (...) permiten tener en*

És en el seu article 19 on s'autoritza al fiscal per a que pugui desistir de la continuació de l'expedient quan concorrin les circumstàncies previstes legalment, i sempre que el menor s'hagi conciliat amb la víctima o hagi assumit el compromís de reparar el danys i l'hagi reparat i que assumeixi també el compromís de complir la activitat educativa proposada per l'equip tècnic en els termes que la llei estableix. Aquest precepte seria un exemple d'oportunitat reglada, en tant que el sobreseïment que es preveu està sotmès a multiplicitat de requisits que venen tant de la mà del legislador com de la Fiscalia General, via **Circular 1/2000**<sup>47</sup> –que regula els supòsits en que de manera alternativa procediria el desistiment de l'exercici de l'acció penal en el procediment de menors-, què és mostra al mateix temps, de la preocupació per no recaure en el vici de l'arbitrarietat.

Així mateix, l'article 18 preveu la possibilitat de que el Ministeri Públic desisteixi d'incoar expedient quan els fets denunciats constitueixin delictes menys greus sense violència o intimidació en les persones o faltes. Al seu torn, a l'article 27.4, es faculta al equip tècnic a proposar en el seu informe la no continuació en la tramitació del expedient en interès del menor i sota certes condicions que a més hauran de reunir les del art 19.1; de ser així, el fiscal podria remetre l'expedient al jutge amb la proposta de sobreseïment.

Podem concloure doncs que ja s'ha realitzat un assaig, sembla que amb èxit, d'introducció del principi d'oportunitat a Espanya, tot i que es circumscriu en un àmbit especial. Autors com YLLANES SUAREZ, J.P., afirmen que és possible traslladar el principi d'oportunitat al procés penal –amb les adaptacions procedents- atenent a l'èxit dels mecanismes articulats per reparar a la víctima en el procés de menors.<sup>48</sup> Sobra dir

---

*cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.”*

<sup>47</sup> Aquests supòsits són: 1) La conciliació amb la víctima 2) l'assumpció i compliment pel menor d'un compromís satisfactori de reparació del danys 3) compromís de complir la activitat proposada per l'equip tècnic 4) la no conveniència per l'interès del menor en la continuació del expedient per haver-se satisfet el retret social en els tràmits esmentat 5) la inadequació per l'interès del menor de qualsevol tipus d'intervenció donat el transcurs de determinat període de temps

<sup>48</sup> YLLANES SUÁREZ, J. P., *El estatuto de la víctima: aspectos esenciales*, en AA.VV., (dir.) CARMONA, R. M., *Hacia un nuevo proceso penal*, CGPJ, 2006, n.º 32-2005, Madrid.

per altra banda, que totes aquestes mesures a més a més compleixen amb els requisits subjectiu, objectiu i teleològic als que abans hem fet referència.

### 8.3 La conformitat

La conformitat ha vingut configurant-se tradicionalment com un dels paradigmes del principi d'oportunitat en el nostre ordenament, sobretot per aquells que sostenen una concepció no massa estricte del mateix, ja que en contraposició determinats entenen que no es tracta d'una manifestació del principi d'oportunitat. En qualsevol cas, a dia d'avui no hi ha cap altra institució en el nostre ordenament que permeti un tracte tan diferenciat entre fets punibles en consideració a la significació que mereix el comportament antijurídic a ulls del fiscal, és per això que es fa necessari un anàlisi pormenoritzat dels tipus de conformitat abans d'arribar a una conclusió fonamentada.

És a la reforma introduïda a la Lecrim per mitjà de la llei **38/2002 i LO 8/2002**, on s'estableixen dos tipus de conformitats: la ordinària i la especial. Paral·lelament, existeix la **conformitat en el sumari ordinari**, prèvia a aquestes dues reformes, prevista i regulada als articles 655 i 688 i ss. No obstant, no és fins la reforma del 2002 en què es cristal·litza el conegut com **principi de consens**; *–que ja s'havia introduït per via de LO de 28 de desembre de 1988, sobre la conformitat en el procediment abreujat–* principi que permet cert marge de negociació entre el fiscal i l'acusat i que va obrir les portes a una gradual introducció del principi d'oportunitat; amb el que això s'intenta, és que la conformitat no sigui una simple forma de terminació del procés, en què l'acusat simplement s'adhereixi a la proposta d'acusació, sinó que esdevingui també un mecanisme de materialització dels interessos de l'acusat.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> En aquest sentit s'ha pronunciat la doctrina i la jurisprudència. V.gr. **STS de 24/5 del 2000**: «*la jurisprudencia de esta Sala ha venido interpretando la conformidad como una forma de terminación anormal del proceso, reconociendo un cierto carácter de disponibilidad del objeto del proceso que se ha visto ampliando al admitirse en el proceso penal la posibilidad de negociación entre acusación y defensa, evitando la celebración del juicio oral*». I ARMENTA DE, T., «*El nuevo proceso abreviado: reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal de 24 de octubre de 2002*», Marcial Pons, 2003. «*la finalidad no es ya sólo poner término a un proceso cuyo objeto se solventó de otra forma jurídica, sino consagrar una nueva manera de resolver el conflicto originado por el delito, a través del acuerdo de acusador y acusado, con la posterior intervención del órgano enjuiciador*»

### *8.3.1 La conformitat estricta en el procediment ordinari*

És la regulada als articles 655 i 688 a 700. És la que s'aplica en els procediments ordinaris així com la forma més primitiva de conformitat. L'objectiu d'aquest institut és simplement accelerar el fi del procediment sense que hi hagi cap element de negociació, ja que la única condició es que l'imputat estigui conforme amb la sol·licitud de pena més greu de les acusacions i la consegüent responsabilitat civil. La conformitat del article 655 permet evitar el judici oral i els tràmits que aquesta comporta.

### *8.3.2 La conformitat en la reforma parcial de la Lecrim de 2002*

Queda intacte el règim de conformitat en el procediment ordinari i s'introdueixen dos noves formes de conformitat: Una en el procediment abreujat i en el ràpid, i l'altre en l'àmbit dels jutjats de guàrdia, coneguda com a "conformitat en la guàrdia".

#### *- La conformitat ordinària*

Aquest tipus de conformitat pot dur-se a terme:

- Bé en el tràmit d'evacuació del escrit de defensa (art 784.3.I); modalitat semblant a la conformitat del art 655, en tant que l'acusat s'ha de conformar amb la pena més greu de les sol·licitades, i en conseqüència, no hi hauria negociació sinó simplement adhesió.

- O bé mitjançant nou escrit firmat conjuntament per les parts acusadores i l'acusat juntament amb el seu lletrat, com a conseqüència ara sí, d'una prèvia negociació, que s'incorpora a la causa en qualsevol moment previ a la celebració de les sessions de judici oral (art 784.3.II).

- Finalment també procediria la conformitat, a l'inici de les sessions del judici oral, abans de la pràctica de la prova, mitjançant manifestació de voluntat del acusat de conformar-se amb l'escrit d'acusació que contingui pena de major gravetat, o amb el nou escrit que es presenti en aquell acte, prèvia negociació (art 787.1). Per aquest últim tipus de conformitat, certs sectors doctrinals infereixen un truncament dels fins de la mateixa ja que la finalitat no és ja evitar el judici oral –doncs ja s'està immers- sinó

evitar la pràctica de la prova; en aquest sentit RODRIGUEZ GARCIA N., declara que hi ha certa similitud amb les negociacions pròpies del sistema processal nord-americà.<sup>50</sup>

Resumint, la negociació que es du a terme en la conformitat ordinària, que és el que interessa a efectes de l'objecte d'aquest apartat, pot prendre diverses formes:

- ser fruit de la redacció d'un escrit d'acusació conjunt entre les parts acusadores i l'acusat, de conformitat amb el previst a l'article 784.3.

- abans de la pràctica de la prova, sorgir com a conseqüència de l'adhesió de l'acusat a la pena de major gravetat (787.1) podent demanar en efecte que es dicti sentència de conformitat; i en el cas de no conformar-se en aquesta fase, i a mode de "segona oportunitat":

- *La conformitat especial o beneficiada*

L'article 801 introdueix la possibilitat d'acabar el procediment en la mateixa guàrdia,, és el que és coneix com a "conformitat en la guàrdia", finalització que s'incentiva amb la reducció de la pena en un terç per mitjà de sentència de conformitat dictada de forma oral, si es compleixen tots els pressuposts i requisits. Un cop obert el judici oral i si no s'hagués constituït acusació particular, el Fiscal presentarà d'immediat el seu escrit d'acusació i l'acusat, a la vista de l'acusació formulada, podrà en el mateix acte prestar la seva conformitat d'acord amb les previsions del article 801.

La conformitat ordinària en el procediment abreujat té com a finalitat facilitar la transformació d'aquests procediments en enjudiciaments ràpids, evitar el judici oral, i *per ende*, donar major celeritat al procediment; al seu torn la conformitat en el judici ràpid, té com a finalitat arribar a una sort d'acord amb el que es pugui sobreseure la causa. Conforme l'opinió de la doctrina, és en aquesta segona modalitat on el principi d'oportunitat adopta la seva màxima expressió; això trobaria l'explicació en que la conformitat en el ràpid, té com a objectiu posar fi al procediment, que és el que en

---

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Análisis de la nueva regulación del 'principio del consenso' en el procedimiento penal abreviado español", Ed. Coimbra, 2003 "se ve claramente la influencia norteamericana de las negociaciones en el proceso penal, en la que ante la calificación desfavorable la defensa tiene una segunda oportunidad para acudir a la Fiscalía 'ofertándole' la conformidad de su cliente a cambio de una 'rebaja' en la pena»



essència es busca amb el principi d'oportunitat; mentre que el primer cas és un tràmit de transformació i no de finalització.

#### *- Reconeixement de fets*

Aquest institut comparteix una estructura interna i resultat força semblant a la conformitat; motiu pel qual se sol explicar juntament amb aquesta tot i no ésser considerada com a tal per la majoria de la doctrina. De fet, el reconeixement de fets és una altra alternativa que tot advocat perspicaç ha de tenir en consideració ja que també permet incorporar una reducció de la pena en un terç en seu del procediment abreujat.

És durant la tramitació de les denominades Diligències Prèvies, abans de la transformació del procediment ràpid en abreujat, on hi ha la possibilitat de que l'imputat reconegui els fets que se li imputen en presència judicial. Si aquests fets són constitutius de delictes castigats amb una pena inserible dins dels límits penològics previstos al art 801 (pena de fins a tres anys de presó, o pena de multa qualsevol quina sigui la seva quantia, o amb pena de diferent naturalesa la duració de la qual no excedeix els deu anys), es podrà procedir al seu enjudiciament immediat<sup>51</sup>. En efecte, es podrà obtenir el benefici de la pena quan concorrin les condicions que haguessin permès la conformitat en la guàrdia.

El jutge d'instrucció en aquest cas, convocarà immediatament al Fiscal i les parts personades a fi de que manifestin si formulen escrit d'acusació amb la conformitat de l'acusat i en cas afirmatiu, se seguiran els tràmits dels article 800 i 801<sup>52</sup>. Aquesta conformitat necessitarà la homologació pel jutge conforme el que disposa l'art 787.

#### *8.3.3 Conclusió*

A mode de conclusió, sembla ser que la conformitat en el procediment abreujat i ràpid (i el reconeixement de fets en la mesura que s'hi assembla) són a dia d'avui la via més generalitzada i efectiva de truncament del seguici normal del procés; truncament

---

51 Així s'estableix en l'article 779.1.5º en remissió als requisits del article 801

52 Els pressupòsits per a dictar sentència de conformitat davant el jutjat de guàrdia són: 1) Que el MF –i l'acusador particular en el seu cas- sol·licitin la obertura del judici oral, que aquesta obertura s'hagi acordat i que aquelles persones haguessin presentat en el acte escrit d'acusació. 2) Que la qualificació acusatòria versí sobre delictes castigats amb la pena de fins a tres anys de presó, multa de qualsevol quantia o una altra pena de fins a 10 anys 3. Que la pena de privació de llibertat sol·licitada o la suma de les sol·licitades, no superi, reduïda en 1/3 els dos anys de presó.

que la majoria de vegades es materialitza en forma d'adhesió, tant en el procediment ordinari com en el abreujat i ràpid. De fet, el principi de consens en sentit estricte es manifesta en la possibilitat de redacció conjunta d'un nou escrit de qualificació entre l'acusadora i l'acusat (art 784.3.II). Fóra d'aquest cas, el cert és que la conformitat segueix fent gala del seu nom i consisteix precisament en conformar-se amb la pena proposada. Lluny estem encara d'abandonar la vella configuració de la conformitat, segueix sent en el plànol formal una forma l'adhesió<sup>53</sup>. En qualsevol cas, s'ha de tenir present que una sentència de conformitat beneficia tant a l'acusat com a l'acusador i al mateix òrgan jurisdiccional, per l'alleugeriment de feina que suposa. És per això que res no exclou –i de fet passa– que fiscal i acusat duguin a terme negociacions informals en l'àmbit de la conformitat beneficiada i prèvia a la qualificació pel primer, tendents precisament a arribar un acord que passi perquè el Fiscal faci una acusació susceptible d'ésser conformada amb el benefici de la pena.

En síntesi, hem d'aclarir primer, que segons una posició estricta de principi d'oportunitat, segurament la conclusió seria que cap d'aquests tipus de conformitat n'és una manifestació, doncs a tenor de l'article 101 en relació al 105 de la Lecrim, l'existència d'un fet típic, culpable i punible no obliga al fiscal a exercitar l'acció penal fins l'obtenció de una sentència ferma, sinó simplement a sostenir l'acció penal. En aquest sentit, en tots els casos s'estaria sostenint l'acció penal, de manera que simplement davant d'una conseqüència del principi de legalitat, com diu MIRA ROS, C *“la conformidad, en la medida en que, ni evita de raíz la persecución penal, ni faculta al Ministerio Fiscal para prescindir, en determinados supuestos, de la formulación de la acusación, habría de permanecer, desde una perspectiva formal, alejada de dicha consideración. (...)”*<sup>54</sup>. Tanmateix, repetim, aquesta seria la conclusió que extrauríem d'adoptar una posició molt estricta de principi d'oportunitat. En aquest sentit, la meua posició passa per assumir que en la mesura que l'aplicació de la conformitat implica posar fi al procés de manera anticipada, amb la consegüent eliminació de totes aquelles

---

<sup>53</sup> En aquest sentit, MORENO CATENA, V., *“Los nuevos procesos penales (I) El procedimiento abreviado,”* Tirant lo blanch reformas, Valencia, 2004, «en el sistema procesal penal español, por tradición, la conformidad se ha configurado como una institución procesal basada en el principio de adhesión»

<sup>54</sup> MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad (Incidencia de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal)*, Colex, 1998, Madrid, pp. 197-198

fases intermèdies en el desenvolupament del procés, que d'una altra manera i conforme una subjecció a la regla general s'haurien d'haver dut a terme, estem davant d'una mostra del principi d'oportunitat<sup>55</sup>. En aquest sentit ARMENTA DEU afirma que “*La conformidad puede considerarse como manifestación del p. de oportunidad en el sentido más amplio que antes se ha mencionado y en cuanto supone una forma de dar fin al proceso, sin que se hayan desarrollado todas aquellas fases que, conforme al p. De legalidad, hubiera cabido esperar*”. Efectivament, en aquest punt considero necessari adoptar una posició més àmplia, doncs del contrari implicaria caure en el reduccionisme propi d'aquells que defensen que l'oportunitat reglada és quelcom intrínsec al principi de legalitat, i per tant, una mera invenció.

Amb més raó sostinc aquesta posició quan parlem de conformitat beneficiada, doncs la rebaixa de la pena és tot el contrari de l'expectativa que hom té del seguici estricte de la legalitat, que en cap cas contemplaria una pena inferior fonamentat sobre raons d'economia processal. Igualment és indiscutible negar que la possibilitat de redacció conjunta d'un nou escrit de qualificació entre l'acusadora i l'acusat (art 784.3.II), no és una manifestació d'aquest principi, doncs no hi ha major paradigma d'oportunitat que la justícia negociada.

#### 8.4 *El sobreseïment*

El sobreseïment s'ha vingut articulant com una fórmula alternativa a la acció penal pels casos en que apareixen dubtes sobre la comissió del delicte o la seva imputabilitat a determinada persona. Resulta convenient fer un breu recordatori dels motius i naturalesa dels dos tipus de sobreseïments existents en la Lecrim:

**El sobreseïment lliure**, l'acordament del qual té efectes de sentència absolutòria i dotada d'autoritat de cosa jutjada material, pot acordar-se, conforme l'article 635, quan:

---

<sup>55</sup> En assumir això, queden automàticament justificats els **elements objectiu i teleològic** als que sempre fem referència per comprovar la concurrència de la oportunitat. En efecte, si considerem que ometre bona part del procediment va en detriment del principi de legalitat, és el mateix que considerar que aquesta mesura està encaminada a enervar les obligacions que el fiscal té en tant que subjecte a la legalitat-

- a) no existeixin indicis racionals d'haver-se perpetrat el fet que hagués donat motiu a la formació de la causa
- b) que el fet no sigui constitutiu de delictes
- c) que apareixien exempts de responsabilitat criminals els processats com autors, còmplices o encobridors.

Particularitat en el enjudiciament ràpid: Estableix l'article 800.5, que si el MF en l'obertura del judici oral, no presenta l'escrit d'acusació al que ve obligat conforme l'ap. 2 del mateix article en aquell mateix moment, o en el termini de dos dies per cas d'haver-se constituït acusació particular (art 800.4), el jutge requerirà immediatament al superior jeràrquic del Fiscal perquè en un termini de dos dies presenti escrit d'acusació, i si tampoc ho fa, s'entendrà que el Fiscal no sol·licita l'obertura del judici oral i que interessa –entenc de forma tàcita- el sobreseïment lliure. Sense perjudici, entenc, que no es declari per falta d'anuència amb l'acusació particular (782.1). El “perill” d'aquest tipus de sobreseïment tàcit, es donaria en un cas en que no es personi cap acusació particular, ja que no hi hauria cap altra subjecte que s'hi pogués oposar i en conseqüència, el control de la seva procedència recauria solament en el bon criteri del jutge. Tanmateix, tampoc vull atrevir-me a considerar aquesta sol·licitud com un exemple d'intervenció del principi d'oportunitat. Veurem més endavant les raons.

**El sobreseïment provisional**, que com el seu nom indica no suposa la terminació definitiva del procés sinó una paralització a la expecta de l'aparició de noves proves abans de la prescripció del delictes. Els motius sota la llum dels quals es pot acordar són:

- a) quan no resulti degudament justificada la perpetració del delictes que hagi donat motiu a la formació de la causa
- b) quan resulti del sumari haver-se comés un delictes i no hagi motius suficients per acusar a determinada o determinades persones com a autors, còmplices o encobridors.

Així mateix recordar que el sobreseïment pot donar-se en dos moments concrets:

- 1) Com a forma de terminació de la fase instructora de diligències prèvies en el procediment abreujat o davant el jutge de guàrdia (art. 779.1.1º y 798.2.1 LECrim);

2) com a forma d'evitar el judici oral en el procediment abreujat o davant el judici de guàrdia (art. 780.1 LECrim y 800.1 LECrim.)

Finalment dir, de forma sintètica, que el sobreseïment pot ésser instat per les parts acusadores al uníson o d'ofici pel jutge d'instrucció (*a priori*, amb la salvetat de l'acusació popular, qüestió interessant però que comentarem en un altre punt més endavant), conforme els articles 782.1 i 783.1 respectivament.

Aquest institut no hauria de presentar controvèrsia i menys ser objecte d'anàlisi als efectes del principi d'oportunitat si no fos perquè l'estimació dels motius que condicionen els diferents tipus de sobreseïment podrien ésser valorats de diferent manera segons a qui li correspongui aquesta apreciació. Dit d'una altra manera, des del moment en què la procedència dels motius de sobreseïment dels articles 637 i 641 de la Lecrim (lliure i provisional respectivament) poden ésser acollits *-en virtut d'un inevitable marge de discrecionalitat-* de manera diversa pels diferents actors penals: per exemple, observada la seva concurrència per l'acusació particular i no pel Ministeri Fiscal, o no observada per cap dels dos primers però si per una eventual acusació popular<sup>56</sup>, o només observada pel Fiscal degut a que és la única acusació en un cas concret, es fa necessari cridar a testificar al principi d'oportunitat com a possible implicat en contextos com els plantejats. Arribats a aquest punt cal qüestionar-nos: ¿el fet que les parts acusadores tinguin la facultat d'interessar el sobreseïment en base a motius taxats, però inevitablement, interpretables en el seu abast; esdevé raó suficient per considerar-ho plasmació del principi d'oportunitat? ¿una possible postura diferent entre acusació particular i fiscal sobre la procedència del sobreseïment; podria condicionar la resposta a la pregunta anterior? La resposta a aquesta pregunta és senzilla, tenint en compte les pautes a les que anteriorment ens hem referit per identificar el principi d'oportunitat, en concret, l'element objectiu, que estableix que un mesura adoptada en base al principi d'oportunitat ha de circumscriure's a l'àmbit de les obligacions *ex lege* de l'acusador (referint-nos únicament al fiscal, ja que a l'acusació particular no li és predicable el principi d'oportunitat). En aquest punt ens trobaríem

---

<sup>56</sup> Doctrines Botín i Atutxa, **SSTS 17 de desembre de 2007 i 8 d'abril del 2008**, respectivament. Més endavant comentades.

amb un **argument circular**<sup>57</sup> condicionat a la premissa de partida, és a dir, si un fiscal entén que sobre un fet suposadament delictiu no hi ha indicis suficients per considerar que s'ha perpetrat el delictu o no resulti degudament justificada la perpetració del mateix, sol·licitarà el sobreseïment (que probablement acabarà amb arxiu) havent per tant d'excloure la concurrència de l'element objectiu, i per tant, descartar que es tracti d'una mesura basada en el principi d'oportunitat. En aquest cas concret, l'element objectiu existiria si el fiscal s'hagués abtingut d'acusar o continuar amb l'acusació quan tenia el deure legal de fer-ho, però la base de la seva abstenció trobés fonament en una disposició que a mode "d'excepció" i amb fonament al principi d'oportunitat, li permetés desistir. En el cas del sobreseïment però, aquest element objectiu requeriria que la decisió de no continuar amb el procediment trobés fonament en que no considera que s'ha perpetrat el delictu per les raons que sigui, i en efecte, desapareix aquesta obligació legal derivada del principi de legalitat d'exercitar l'acció penal. Res no prejutja que les raons subjacents a determinada decisió puguin estar influïdes o directament preses en base a motivacions diferents que restarien inaccessibles en la consciència de l'acusador.

En síntesi, és cert que l'adopció del sobreseïment passa per l'examen previ del jutge que l'acorda, i entenc, que dona el vist-i-plau conforme els motius al·legats, però també és cert que quan més acusadors i hagi en una causa, més complicat és que una sol·licitud de sobreseïment reeixi per la obvia raó de que estarà sotmesa al "control" de les altres parts, en conseqüència, no es podrà sol·licitar si aquestes no hi accedeixen. Amb tot, els motius del sobreseïment són força taxatius en els seus termes, a la qual cosa se li suma la insuficiència formal dels elements constitutius del principi d'oportunitat, en conseqüència, amb la regulació actual no podem dir que el sobreseïment sigui mostra del principi d'oportunitat, almenys en el plànol formal.

Cal remarcar però que cert sector de la doctrina reivindica una major presència del principi d'oportunitat dins l'àmbit del sobreseïment juntament amb una ampliació dels supòsits en que pugui procedir, que en últim terme significaria una potenciació del mateix amb unes finalitats diferents a la que respondria aquest institut en origen. Estaríem parlant de fins com intentar evitar la cada vegada més famosa "victimització

---

<sup>57</sup> Argument circular o petició de principi: en un raonament, es pressuposa allò que es vol provar, assumint com una premissa, la conclusió de l'argument.

del processat” que tant preocupa a la moderna doctrina pels casos dels delictes de bagatel·la, també la potenciació de les solucions negociades tendents a la reeducació dels encausats i el rescabament de la víctima per vies alternatives al procés penal –*tal i com procedeix actualment amb el sobreseïment per conciliació o reparació entre agressor i víctima a la Llei Penal del Menor*- i en general, potenciar el sobreseïment de manera que no respongui ja a una qüestió de desconeixement probatori de la comissió del delicte i la seva imputabilitat, sinó que resulti una alternativa “atractiva” tant per la víctima, que desitja un reparació ràpida del dany, i sobretot per l’imputat, que trobaria en la seva acceptació un solució menys gravosa que la continuació del procediment. En síntesi, sembla que es vol configurar –no sé si acertadament- el sobreseïment com una nova espècie de conformitat per la nostra més que atestada col·lecció. Tanmateix, aquesta proposta no ha arribat a cristal·litzar-se en seu de l’actual reforma. És per això que resta en el calaix de sastre com una de les possibles mesures suposadament agilitzadores del procés, que respon de les modernes teories del crim fonamentades en els principis que informen la nova dogmàtica penal, tals com l’ofensivitat i proporcionalitat, que com proposa ALMEIDA SILVA en la seva tesis, tenen com objectiu “*excluir la tipicidad material de determinados hechos formalmente delictivos, teniendo como criterio la escasa lesividad del bien jurídico tutelado*”<sup>58</sup>. Aquesta “moderna filosofia” de recerca de solucions negociades en seu del sobreseïment és el que es coneix com a sobreseïment per raons d’oportunitat; defensada per autors com FUENTES SORIANO O<sup>59</sup>, o YLLANES SUÁREZ, J.P.<sup>60</sup>. En qualsevol cas, reitero que un possible canvi de direcció del sobreseïment en aquest sentit, truncaria la finalitat actual del sobreseïment per no respondre ja a la seva finalitat primera i que s’infereix d’una somera lectura dels motius dels articles 637 i 641 Lecrim.

---

<sup>58</sup> ALMEIDA SILVA, KÉDYMA CRISTIANE, “*La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal : un análisis de política criminal*” 2008, Pàg. 485.

<sup>59</sup> FUENTES SORIANO, O., “*La investigación por el fiscal en el proceso penal Abreviado y en los Juicios Rápidos: perspectivas de futuro*” Ed. Tirant Lo Blanch, 2006. En aquest sentit diu: «*en un sistema de instrucción judicial como el nuestro, la introducción de esta previsión resulta digna de alabanza desde la perspectiva de los derechos de la víctima, aunque se sacrifique con ello la celeridad del procedimiento y aunque suponga que, como sostiene MUERZA, se siga consagrando de este modo la posición directora del Juez frente de la instrucción de la causa*».

<sup>60</sup> a YLLANES SUÁREZ, J.P., *El Estatuto de la víctima: aspectos esenciales* a “*Hacia un nuevo proceso penal, Manuales de Formación Continuada*”, núm. 32, CGPJ, 2005.

Considerant per una banda, l'existència de ja nombroses oportunitats per fer valer els fins que les modernes doctrines reclamen, en seu de les diverses formes d'oportunitat avui dia vigents, sumat a la introducció d'una de nova forma de conformitat camuflada amb el nom de "Monitori Penal" (l'efectivitat de la qual ja ha estat posada en tela de judici per certs sectors de la doctrina com més endavant veurem), i per altra banda, que plantejar-se un possible abandonament o ampliació de la primitiva finalitat del sobreseïment implicaria una ampliació dels supòsits subsumibles i en conseqüència, la possibilitat certa de que es duguin a terme arxius que d'una altra manera no s'haguessin decretat, concloc que no sembla oportú un canvi en aquest sentit i per tant, no comparteixo aquesta proposta, *màxime* quan es possible arribar als mateixos fins sense necessitat de violentar les institucions vigents, l'esperit de les quals respon cadascuna a una determinada finalitat que necessita d'ésser prevista i regulada.

#### 8. 5 *A mode de conclusió*

Com a conclusió general i en comparació amb altres sistemes processals penals (que després comentarem), la influència del principi d'oportunitat és més aviat escassa i dispersa; això és degut a que el legislador no ha pres un pas en ferm en aquesta direcció, sumat al problema de que no s'ha abordat la reforma processal penal amb integritat; reforma que es fa necessària per introduir el mencionat principi, a risc d'entrar en contradiccions amb els principis vigents i la configuració mateixa del sistema penal. En efecte, a banda del paradigma que tenim amb la LO Penal del Menor, que a propòsit segueix un procediment autònom, podem concloure que les manifestacions del principi d'oportunitat vigents al ordenament són altament reglades, cosa que per una banda, reforça la seguretat jurídica d'aquells que operen en el procés, però per altra, no contribueix a definir una direcció clara en aquest sentit. Fóra del pla formal o oficial, el principi d'oportunitat podria tenir més èxit; en aquest senti, diu ORTIZ ÚRCULO<sup>61</sup> per remissió a CONDE PUMPIDO "*tras muchos archivos decretados por el juez y aprobados por el Fiscal, yace un desistimiento de la acción que en estricta legalidad deberia haber sido ejercitada*" en efecte, aquest i molts altres fenòmens afins ocorren dia a dia i són mostra de la necessitat d'un canvi tendent a la regulació d'aquesta veritat patent.

---

<sup>61</sup> Vid. ORTIZ ÚRCULO, J.C, "*El principio de oportunidad (...) op. cit* pág. 3414



## 9. Manifestacions lege ferenda del principi d'oportunitat

Tres projectes de reforma de la Lecrim al temps de realitzar aquest treball, dos en tràmit en el congrés<sup>62</sup> i un al senat<sup>63</sup> essent els dos primers els que realitzen les reformes substancials. Tanmateix, a nosaltres ens interessa només el segon: *LECRIM para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*; doncs és aquí on es recullen les modificacions de fons pel que fa l'estructura del procés; modificacions que amb tot semblen ser insuficients ja que no ha abordat la reforma amb la profunditat esperada i necessària, després de veure's truncades les intencions del legislador que s'ha vist de nou obligat a promoure una reforma sectorial.

El projecte de *Llei Ordinària de modificació de la LECRIM per l'agilització de la justícia penal i el enfortiment de les garanties processals*, afecta a institucions clau del procés que per la seva virtualitat són susceptibles d'incidir sensiblement en la rapidesa del procés. En primer lloc es modifiquen les *regles de connexitat processal*, és a dir aquelles que tenen que veure amb l'acumulació de causes per connexió, en aquest sentit la reforma passa per restringir l'automatisme amb el que es du a terme aquest fenomen, de manera que ara només procedirà en casos excepcionals i a petició del fiscal. Aquesta reforma no interessa a efectes del principi d'oportunitat, doncs la facultat d'intervenció del fiscal en aquest cas mai passa per arxivar o posar fi anticipat al procés. Es regula també un *procediment de decomís autònom* (que tampoc interessa) i es modifica el procediment pel que fa els *atestats policials sense autor conegut*, els *terminis d'instrucció* i s'introdueix una nova institució inspirada en figures afins en altres països d'Europa que es coneix com *acceptació per decret o procediment monitori penal*. Aquestes dos últimes mesures s'analitzaran en seu d'aquest apartat. Tot això pel que fa la mencionada llei.

---

<sup>62</sup> *LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* i *LECRIM para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*.

<sup>63</sup> *LECRIM, para transponer la Directiva 2010/64/UE, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales*.

Paral·lelament, el Projecte de LO de modificació de la *LECRIM per l'enfortiment de les garanties processals i la regulació de les mesures d'investigació tecnològica* intenta actualitzar la Lecrim des de dos flancs: 1) tot introduint les noves tecnologies en l'àmbit de l'investigació criminal, 2) modificant l'actual regulació sobre l'interceptació de les comunicacions telefòniques i telemàtiques. Si bé és un tema de vital rellevància, tampoc interessa en seu d'aquest treball.

Centrant-nos en el primer projecte: *Llei Ordinària de modificació de la LECRIM per l'agilització de la justícia penal i el enfortiment de les garanties processals*, hem de destacar les següent modificacions:

### *9.1 Procés d'acceptació per decret o monitori penal*

Aquest procés figura en la present reforma a l'article 803 bis. Es tracta d'una mesura àmpliament instaurada en altes països Europeus com Alemanya, Itàlia, Portugal, França, Àustria, Dinamarca, Portugal, Noruega o Suècia. Aquest procediment s'inicia a per mitjà d'una sol·licitud que el ministeri fiscal dirigeix al jutge competent amb la finalitat de que aquest emeti una ordre penal amb la proposta de sanció interessada pel mateix. Aquesta sol·licitud s'haurà de dur a terme en algun moment comprès entre el inici de les diligències d'investigació iniciades pel fiscal o les diligències prèvies iniciades pel jutjat fins la finalització d'aquestes últimes. De fet, l'article 803 bis.a) no parla d'una sol·licitud, sinó que es dedueix del context i forma del redactat: "*En qualsevol moment després d'iniciades diligències d'investigació per la fiscalia o diligències prèvies pel jutjat (...) podrà seguirse el procés per acceptació de decret*"<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Pel motiu que sigui, el legislador va optar per fer servir l'impersonal "se", cosa que segons el meu punt de vista, és desconcertant, *màxime*, si aquesta possibilitat (sol·licitar el monitori) es pretén circumscriure dins l'àmbit de les actuacions del fiscal; podria haver-s'hi referit directament? O és que pot ser s'obre la porta alguna mena de sol·licitud d'iniciació d'ofici per l'acusat? Això s'haurà de veure a la pràctica. És cert que l'article 803 bis.b) diu que li correspon al fiscal dictar-lo, tanmateix, la visió crítica que s'ha d'adoptar en l'anàlisi jurídic fa que hagi de rebutjar la possibilitat de que "dictar" i "sol·licitar" siguin conceptes sinònims; en síntesi, sabem clarament que li correspon al Fiscal dictar-ho però no sabem si pels motius adduïts, si la valoració i sol·licitud del mateix recau exclusivament en la mateixa persona. Com hem dit, pressuposarem que tot li correspon de manera exclusiva al Ministeri Públic.

En qualsevol cas, i segons la tradició jurídica majoritària, pressuposem que es tracta d'una decisió que escau al Fiscal valorar i sol·licitar.

Els delictes susceptibles d'ésser processats per aquesta via són aquells delictes castigats amb pena de multa o pena de presó substituïble per multa i quan el Fiscal entengui que la pena aplicable al cas concret és la de multa. Així mateix, serà necessari que no s'hagi personat acusació particular o popular en la causa. La finalitat d'aquest procediment és la imposició d'una pena de multa i en el seu cas de privació del dret a conduir vehicles a motor i ciclomotors. Feta aquesta breu aproximació, i segons la tradició jurídica comparada sobre aquesta mateixa institució –*a la que per cert hem fet referència quan parlàvem del model Alemany, Italià i Portuguès*<sup>65</sup>– podem afirmar que es tracta d'una mesura encaminada a evitar que la petita criminalitat desbordi en expedients els jutjats. Alguns autors la consideren com un tipus de conformitat; i segons el país on es reguli, presentarà més o menys similituds amb aquest institut (per exemple, la versió portuguesa de l'acceptació per decret estableix que tot i l'acceptació del mateix, el judici oral s'ha de celebrar, mentre que a Itàlia el judici oral no procedeix si el pacte s'assoleix immediatament després de l'audiència preliminar), en qualsevol cas, allò interessant d'aquest procediment és que sempre esdevé en les fases més primitives de la instrucció, de manera que, si és donen la resta dels requisits i s'accepta la proposta de sanció, aquesta opera amb una gran simplicitat.

El següent pas en la realització de l'ordre penal, és la seva remissió al jutjat d'instrucció per a que aquest l'autoritzi i la notifiqui a l'encausat, verificant la concurrència dels requisits aparents l'article 803 bis a<sup>66</sup>, en efecte, l'autorització del jutjat d'instrucció és indispensable per a que l'ordre penal tingui efectes. Posteriorment, si l'encausat accepta en la compareixença preceptiva la proposta penal en tots els seus termes, el jutjat d'instrucció li atribuirà caràcter de resolució judicial ferma, que revestirà tots els efectes de sentència condemnatòria no susceptible de recurs.

---

<sup>65</sup> Procediment per ordre penal (Alemanya), Giudizzio per Decreto (Itàlia), Procediment Sumaríssim (Portugal).

<sup>66</sup> Requisits sobre contingut de l'ordre: 1 Identificació de l'encausat, 2 Descripció del fet punible 3 Indicació del delictes comès i menció de la prova existent 4. Breu exposició dels motius pels que s'entén, en el seu cas, que la pena de presó ha d'ésser substituïda 5. Penes proposades 6. Peticions de restitució i indemnització, en el seu cas.

Arribats a aquest punt, hom es pregunta si aquesta forma d'eludir el procés penal és mostra el del principi d'oportunitat. Per contestar a això, cal retenir certes característiques clau:

1.- La pena proposada pel Fiscal mai reeixirà si l'imputat no la consenteix. En efecte, es tracta d'un procediment en que ha de concórrer simultàniament la voluntat, primer del fiscal que ho sol·licita, i després de l'acusat que l'accepti; és per això que aquesta ordre també es coneix com a proposta de sanció.

2.- Queda demostrat que la principal virtualitat d'aquest procediment és l'economia processal, tant per l'administració de justícia com per l'imputat.

3.- També suposa per l'imputat l'obtenció d'una pena previsiblement menor que la que hagués obtingut d'haver seguit el judici (necessàriament ha de ser així, del contrari, poc al·licient tindria l'acusat en acceptar aquesta proposta).

Fetes aquestes consideracions, no hi ha dubte que aquesta mesura com a mínim, pot circumscriure's dins del que la doctrina anomena mesures alternatives al procés, al seu torn, dins d'aquesta mateixa classificació podria inserir-se l'institut de la conformitat –*doncs de fet presenta força similitud en essència*<sup>67</sup>. Queda per saber si respon al principi d'oportunitat o és una mera extensió del principi de legalitat. A aquest efecte, invocaré els mateixos arguments empleats per respondre a aquesta pregunta quan ens hem referit a la conformitat per la similitud en els aspectes rellevants que hem de tenir en compte alhora de fer aquesta analogia. Recordem, concloïem dient que la conformitat, en la mesura que implicava l'eliminació de gran part del procés que, com a regla general, ha d'existir abans de dictar-se sentència, s'estava produint una omisió que, a *prima facie*, no cabria esperar conforme el principi de legalitat. És a dir, assumíem que el procés ritual que ha de seguir-se per regla general davant de la comissió d'un fet delictiu, forma part del principi de legalitat, i qualsevol mesura que

---

<sup>67</sup> El procés per acceptació per decret ha estat criticat per certs sectors de la comunitat jurídica per entendre que no suposarà un autèntic avanç pel que fa l'agilització de les causes, uns argüeixen que això és perquè existeix la conformitat premiada, que procedeix en la gran majoria dels judicis ràpids i que a més comporta la reducció de la pena, fa que aquesta nova mesura esdevingui inútil a PRIETO GONZÁLEZ, H., "*El cambio de modelo procesal penal: una procrastinación secular*", Revista digital: El Notario del Siglo XXI, 2015 i GONZÁLEZ, J., "*Los jueces decanos, contra el proyecto de ley de enjuiciamiento criminal del Gobierno*", El Confidencial, 13-12-2014

d'alguna manera l'acoti o suprimeixi, és una excepció que no pot ser més que considerada principi d'oportunitat –sempre que es tracti d'una mesura la decisió de la qual correspongui contemplar al fiscal, en compliment de l'element subjectiu-. En poques paraules, si assumim que la conformitat en totes les seves vessants és una manifestació del principi d'oportunitat, *a fortiori*,<sup>68</sup> ho és l'acceptació per decret, doncs implica fins i tot una major reducció del procediment.

## 9.2 *Nous terminis per a la instrucció i instrucció complexa*

Un altre aspecte a comentar, és el tema de la reforma del termini d'instrucció de l'article 324; en el què és deixa enrere l'inoperant termini per establir-ne un de sis mesos prorrogable en cas de qualificar-se com a instrucció complexa. Resulta interessant a la llum del principi d'oportunitat per les àmplies facultats decisives que té el fiscal alhora de decidir sobre la pròrroga del termini del sumari. Vegem doncs. La sol·licitud de pròrroga dels terminis en aquest cas, correspon al Fiscal, prèvia audiència de les parts, i ordenada pel fiscal. L'apartat 1 del futur article 324 diu que la pròrroga podrà ser interessada -i cito literalment- "*per circumstàncies sobrevingudes a la investigació, aquesta no es pogués raonablement completar en el termini estipulat o concorrin de forma sobrevinguda alguna de les circumstàncies previstes en el següent apartat d'aquest article (es refereix a les circumstàncies de pròrroga automàtica)*". En efecte, de la manera com es redacta aquest article s'infereix que la pròrroga procedeix en dos casos:

1) quan concorri alguna de les circumstàncies que s'expliciten en el següent apartat<sup>69</sup>: en conseqüència, la seguretat jurídica en aquests termes és molt gran i no implica gairebé àmbit de discrecionalitat.

---

<sup>68</sup> **Argument a fortiori:** com tota analogia, no requereix similitud entre ambdues premisses sinó només en aquells aspectes considerats rellevants. En el present cas (conformitat i monitori penal) em dit que l'argument és basa en el fet de si es segueix o no el procediment, essent irrellevants els altres aspectes a aquests efectes. Per més informació sobre l'estructura de l'analogia vegi's v. gr. **STS de 18 de maig de 1992 (r.4907)**.

<sup>69</sup> Es considerarà la investigació complexa quan: a) Recaigui sobre grups o organitzacions criminals, b) tingui per objecte nombrosos fets punibles, c) involucri a gran quantitat d' investigats o víctimes, d) exigeixi la realització de perícies o de col·laboracions recavades per l'òrgan judicial que impliquin l'examen d'abundant documentació o complicats anàlisis, e) impliqui la realització d'actuacions a l'estranger f) precisi de la revisió de la gestió de persones jurídico-privades o públiques g) es tracti d'un delictes de terrorisme.

2) I *“per circumstàncies sobrevingudes a la investigació, aquesta no es pogués raonablement completar”* en definitiva, aquesta valoració no pot remetre's més que a la lliure apreciació del fiscal en cada cas concret, en efecte, aquí estariem davant d'una pròrroga sotmesa a la decisió discrecional de l'acusació.

En l'apartat 4 de l'article 324, es diu, que abans del transcurs dels terminis anteriors o la pròrroga acordada, es podrà fixar un noi termini màxim per la finalització de la instrucció, sol·licitat pel Fiscal i prèvia audiència de les parts, *“per concòrrer raons que ho justifiquin”*. De nou, es dona carta blanca al fiscal perquè apreciï lliurement quines són aquestes raons justificatives.

Un altre aspecte interessant d'aquesta nova regulació, pot ser no tant a efectes estrictes d'aprehensió de la oportunitat però sí important alhora d'abordar aquest anàlisi amb una visió global, és si es preveu un moment de conclusió irrevocable del sumari. La resposta es troba en l'apartat 5 del nou article 324, que, a diferència del que disposa l'antic 324, s'estableix que *“transcorregut el termini màxim o les seves pròrrogues, l'instructor dictarà auto de conclusió del sumari o, en el procediment abreujat, la resolució que procedeixi conforme l'art 779”*. A continuació es diu: *“si transcorregut els terminis, l'instructor no hagués dictat alguna de les resolucions mencionades, el fiscal instarà al jutge que acordi la decisió que fos oportuna”*. Aparentment s'estableix una finalització de sumari almenys més previsible que en l'anterior regulació, la qual no referia cap moment de previsible conclusió més enllà del termini d'un mes, amb la nova regulació, en principi el jutge té la obligació de resoldre dins dels terminis acordats, però si no és així, es faculta al fiscal perquè sol·liciti al jutge la decisió oportuna, que previsiblement podria passar per justificar una nova demora en la conclusió del sumari. En definitiva, queda per veure com es desenvolupa aquest article i aquest apartat concret a la pràctica, i *per ende*, si es compleixen amb els terminis, o les causes continuen allargant-se indefinidament degut a en part, a que no s'ha volgut clausurar tancar la norma definitivament. Precisament aquesta qüestió va ésser referida a la ponència impartida a la Facultat de Dret de la Universitat de Girona

**"Qüestions actuals de Dret Processal". La reforma de la justícia penal de 2015<sup>70</sup>**" en la que es va plantejar si aquesta nova configuració dels terminis esdevindrà un termini màxim o resultarà ser "una nova oportunitat per evitar els temps morts en el sumari" cosa que vindria afavorida per el constrenyiment que suposa la finalització del termini i la necessitat de tornar-ho a sol·licitar; cosa que planteja als ponents una nova qüestió ¿es procedirà al seu aplaçament només per no haver-se d'enfrontar a la decisió de finalitzar el sumari o continuar? De ser així, quedaria desvirtuada la seva finalitat. En qualsevol cas, tenim la seguretat de que el transcurs dels terminis fixats, mai donarà lloc a l'arxiu de les actuacions, així es desprèn de forma expressa de l'apartat 8 del futur article 324, sense perjudici clar, de la concurrència de causes de sobreseïment.

Queda per qüestionar-nos si aquesta nova regulació dels terminis en què el Fiscal pren bona part del protagonisme en la pròrroga dels mateixos, té quelcom de principi d'oportunitat. De tot l'exposat, els punts claus a efectes d'anàlisi radiquen en els apartats 1 i 5 del nou article 325 abans comentat. Pel que respecta el primer, i en concret, a l'incís en que es remet al fiscal la observança de la necessitat de pròrroga "*per circumstàncies sobrevingudes a la investigació, aquesta no es pogués raonablement completar*" em de presumir la bona fe del fiscal pel que fa la seva apreciació. És a dir, legítimament no podríem concebre que tot i donar-se una circumstància sobrevinguda d'aquest calibre, el fiscal no interessés la pròrroga, que ve a ser el mateix que dir, que no és possible concebre raons alienes a l'investigació del procés al temps d'apreciar aquesta circumstància, i per tant, queda exclosa –en el plànol formal- una justificació de la mateixa en base al principi d'oportunitat. Diem en el plànol formal, perquè res no prejutja que altres circumstàncies, sumades a legítimes, poguessin influir en la decisió de no adoptar la pròrroga i per tant, inclinar la balança en aquest sentit. No es tracta d'una especulació, sinó simplement d'una potencialitat certa que es deriva directament de la nova regulació dels terminis d'instrucció. Simplement diré que es tracta d'una potencialitat que el mateix legislador ha afavorit, siguin quines siguin les seves intencions. En conclusió, només en aquest eventual supòsit (plànol informal) ens trobaríem davant d'una vertadera mostra del principi d'oportunitat, doncs els motius

---

70 Cfr. Ponents: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS i CASADEVALL BARNEDA, J.M., a Seminari permanent "Qüestions actuals de Dret Processal". La reforma de la justícia penal de 2015", 26 de març de 2015

que formalment han de motivar la pròrroga responen a la necessitat d'una investigació més o menys profunda sobre el fet delictiu, i no a raons de política criminal.

Resulta interessant, i a propòsit del apartat 5 del nou article 325, el paper que se li dóna al jutge alhora de decidir en últim terme, que fer amb l'instrucció quan no ha dictat prèviament una resolució acordant-se la seva finalització "*si transcorregut els terminis, l'instructor no hagués dictat alguna de les resolucions mencionades, el fiscal instarà al jutge que acordi la decisió que fos oportuna*". En efecte, si estenem aquí l'anterior raonament –*sobre la possibilitat d'una decisió basada en el principi d'oportunitat en el plànol informal*- en trobaríem davant d'un cas en què el jutge constitueix l'element subjectiu del principi d'oportunitat.

### 9. 3 Atestats sense autor conegut

S'incorpora un tercer paràgraf a l'article 284 pel qual s'estableix com a regla general que en cas de comissió d'un delictes sense autor conegut, la policia judicial no remetrà l'atestat al fiscal, sense perjudici del seu deure de custòdia. Aquesta regla s'excepciona en els següents casos:

- que es tracti d'un delictes contra la vida, integritat física o la llibertat i indemnitat sexual.
- Que es practiqui qualsevol diligències després de transcorregudes 72 hores des de l'obertura del atestat i aquestes hagi tret a la llum algun resultat o
- Que el Fiscal o el jutge en sol·licitin la seva remissió

Aquest nou afegitó a l'article 284, és sens dubte una important mesura economitadora de recursos i de temps, està redactat d'una manera que permet al fiscal i evidentment al jutjador un marge important de discrecionalitat alhora de decidir iniciar una investigació i per tant incoar l'acció penal. Amb aquesta nova redacció, el Fiscal deixa d'estar inescindiblement lligat a l'exercici de l'acció penal fins i tot quan sap que molt probablement aquesta no arribarà enlloc. Es podria definir però aquesta nova facultat com a manifestació del principi d'oportunitat? La manera com està redactat aquest article el legislador està donant carta blanca al jutge i al fiscal, en el sentit que, davant la presència d'un atestat sense autor conegut i fóra dels casos en que és obligatòria la seva remissió, correspondrà o bé al fiscal o bé el jutge decidir si iniciar



diligències respecte del mateix; en altres paraules, aquest article permet al fiscal no iniciar l'acció penal quan ho consideri oportú, en efecte, es tracta d'una manifestació del principi d'oportunitat. De fet, concorren els tres elements necessaris per predicar-ne la seva presència: 1) Es tracta d'una mesura que incumbeix al fiscal i al jutge en el seu cas 2) és una mesura que incideix directament en les obligacions que aquests tenen d'acord amb el principi de legalitat, 3) faculta al fiscal o al jutge per no actuar d'acord amb aquesta obligació general quan així li sembli oportú (la obligació seria la d'exercir l'acció penal davant del coneixement d'un fet delictiu). Sumat a l'anterior, també concorre l'element espiritual, doncs dèiem és tracta d'una mesura la motivació de la qual radica almenys en part en un afany de descongestió.

## 10. Control de la discrecionalitat reglada

En aquest apartat ens referirem a les garanties que envolten –o haruein d’envoltar- a qualsevol exercici d’aquelles facultats que revesteixen un àmbit de discrecionalitat o oportunitat en la presa de decisions de l’acusador públic. Concretament, interessa i al efecte em dedicat la major part del temps, la qüestió de **l’acció popular**; institució vestigial en els Ordenament Jurídics de caire continental i que s’ha anat eliminant en dret comparat. En efecte, la coexistència d’una altra o altres acusacions a banda de l’oficial (incloent-hi la particular) brinda la possibilitat de representar postures diferents amb motivacions no necessàriament iguals que al cap i a la fi es reflecteixen en les seves peticions i objectius en el procediment penal, cosa que no pot més que suposar la representació de les diferents concepcions de justícia que cadascuna sosté. De fet, l’acusació particular juntament amb la popular, funcionen com una autèntica forma de control de la inacció del Ministeri Públic, en la mesura en que aquest pot tenir certs marges de decisió pel que fa la continuació de l’acció penal. Paral·lelament, i a mode d’àrbitre en el conflicte, el **jutge instructor** constitueix la màxima garantia d’imparcialitat i de correcció objectiva de les decisions preses pel Fiscal i les demás parts, en la mesura en que puguin decidir. En aquests termes, el jutge esdevé per una banda, encarregat de la garantia dels drets fonamentals de les parts en el procés, i per altra, garantia del compliment del principi de legalitat. En efecte, tota decisió discrecional presa pel Fiscal o les parts, està sotmesa a un previ control jurisdiccional; com és el cas de l’examen que realitza el jutge abans de dictar sentència de conformitat, comentat abans, en que aquest ha de prestar el seu vist-i-plau respecta la qualificació realitzada i la pena que se’n deriva, així com la comprovació de la lliure acceptació de la conformitat de l’acusat<sup>71</sup>. Feta aquesta breu aproximació, analitzem l’acusació popular.

### *10.1 L’acció popular*

L’acció popular o acusació popular, prevista a l’article 125 de la Constitució, es configura juntament amb el jurat, com un mitjà i garantia de participació de la ciutadania en l’administració de justícia. És precisament ànim d’involucrament històric

---

<sup>71</sup> Vid. Articles 782.2 i 3

de la societat en la justícia la raó originària i motiu principal d'aquesta institució. Tanmateix en els últims anys, han aparegut força detractors que amb més o menys raó li han atribuït finalitats diferents a les oficials. Pot ser la denúncia més coneguda entorn l'acusació popular és aquella que la concep com un mitjà fruit de la desconfiança històrica de la societat Espanyola vers l'ús de l'acció oficial. Altres sectors opinen que els seus fins originaris s'han vist truncats en favor del seu ús amb objectius polítics, particulars fins al punt de concebre-la com un mecanisme més propi del dret privat articulat sobre la base de la venjança. Aquest últim posicionament és el que ha adoptat la Fiscalia General de l'Estat en diverses ocasions. Tanmateix, no interessa aprofundir en conjetures sobre la raó de ser de l'acció popular, sinó identificar els elements predicables d'aquesta institució que fan que *de facto*, esdevingui un mecanisme de control en l'exercici de l'acció oficial. Partint d'aquesta premissa, hem d'assumir que una acusació popular sempre es constitueix sobre la base d'un ànim d'ingerència en els assumptes aliens; ànim que materialitzat en forma d'acusació, i si no s'acredita que la seva constitució respon a una intenció dilatòria, obstaculitzadora o fraudulenta, no fa més que contribuir a un millor acostament a la justícia material. Però no ens enganyem, l'acusació popular no es constitueix de forma homogènia o aleatòria, es tracta d'una institució que revesteix especial èxit en els judicis en que s'hi veuen implicats personatges maniàtics, amb especial consideració els de les esferes política i econòmica, sobretot ara en temps de crisi, dit de manera col·loquial, l'acusació popular és més aviat pròpia de judicis d'elit, a raó de qui sigui l'encausat. Lluny de tractar-se d'un inconvenient, aquesta "selectivitat" pròpia de l'acusació popular és un avantatge, ja que cap sentit té, i se'm perdoni l'expressió, témer que un Fiscal deixi d'acusar a un pobre "roba gallines" per raons polítiques o responen a interessos aliens a l'estricta legalitat o oportunitat. En efecte, les entitats o persones particulars reunides per l'ocasió que es dediquen a formular acusacions populars ho fan mogudes, segons el meu entendre, més per un afany de justícia social, fruit de la reprotxabilitat predicable d'un delictes comés per determinada persona, donada la seva posició en l'esfera social, política o econòmica; sent precisament aquesta posició privilegiada, motiu d'una major capacitat d'influència en les institucions de l'estat. En aquest sentit, no comparteixo el temor d'aquell sector de la doctrina<sup>72</sup> que denuncia que l'acusació popular no és un

---

72 En aquest sentit, vegi's TINOCO PASTRANA, A., a "Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal" Cuadernos de Política Criminal, 1997, pp.727-728

mecanisme eficaç de control de l'aplicació del principi d'oportunitat sobre la petita criminalitat. En aquests termes ALMEIDA SILVA<sup>73</sup> diu *“De ahí que, a priori, en lo que corresponde al marco restricto de aplicación del principio de oportunidad reglada, limitado a los casos referentes a la criminalidad leve, es posible poner en tela de juicio la eficacia de la acción popular como mecanismo de control del ejercicio de la acción penal.”*. Tot el contrari, precisament l'acusació popular es constitueix davant d'aquells casos on per raó del subjecte, de l'entitat del crim o simplement l'interès social que aquest revesteix, i amb independència de si es tracta d'un delictes lleu o greu. es considera oportú constituir-se com acusació, ja sigui per un afany de justícia social, ja sigui per evitar que determinats conflictes d'interessos puguin truncar el desenvolupament normal del procés. En aquest ordre de coses, podem afirmar que l'acusació popular actua a mode d'autèntic filtre que processa només aquells procediments amb major potencialitat trasbalsadora del degut procés, per les raons adduïdes. En aquest sentit, no comparteixo l'opinió sostinguda per ALMEIDA SILVA i TINOCO PASTRANA entre d'altres.

Un altre punt interessant i segons el meu entendre més decisiu alhora de valorar l'eficàcia de l'acusació popular com a institut de control de l'acció oficial, és el tema de la seva procedibilitat i autonomia. Pel que fa el primer aspecte, és reconeix un àmbit subjectiu o objectiu força ampli, de manera que els legitimats per al seu exercici són conforme l'art 101 en relació al 113, "tots els ciutadans espanyols" sense necessitat d'acreditar un interès legítim, ja que l'acció popular respondria del mateix interès general predicable de delictes i faltes que fonamenta l'acció oficial. Només s'excepciona de l'exercici de l'acció popular, conforme els articles 102 i 103, aquelles persones que estan privades dels seus drets civils, els condemnats dues vegades per sentència ferma com autors de calúmnia, els jutges i magistrats, els cònjuges entre si, tret per delictes comesos contra els seus fills i entre els ascendents, descendents i germans consanguinis o afins. Pel que fa l'àmbit objectiu, no són susceptibles d'acció popular els delictes privats i semiprivats. Descartada una possible restricció en l'exercici de la acció popular en aquest àmbit, ja avanço que la batalla sobre el seu exercici s'està duent en seu jurisdiccional per via de sentències, on es discuteix, si s'ha de concebre en

---

<sup>73</sup> ALMEIDA SILVA, K.C, *“La incorporación del principio...”* op. Cit. Pàg. 428

un pla d'igualtat amb l'acusació oficial i particular pel que fa l'abast de les seves pretensions o si al contrari, s'ha de concebre més aviat com una acció condicionada a la direcció que prenguin les altres dos o amb facultats restringides. Ja en la **STS 2123/1992 de 12 de març de 1992**, es va descartar que l'acusador popular pogués interessar acció civil, restringint el contingut de les peticions a la pura acció penal: *“En cualquier caso, la acción popular carece aquí de legitimación para solicitar y pedir cosa distinta de lo que es la pura acción penal. Carece de legitimación para instar una especial condena en las costas, como erróneamente acontece ahora, problema este del que volverá a tratarse cuando se hable de la responsabilidad civil del Estado.* Amb tot, els pronunciaments amb més impacte pel que fa la autonomia de l'acció popular i en conseqüència, en el tema del control del principi d'oportunitat va tenir lloc amb l'adopció de la famosa **doctrina Botín** i posteriorment la **Atutxa**, plasmades per primer cop en les **SSTS 17 de desembre de 2007 i 8 d'abril del 2008**, respectivament. Aquestes sentències van tancar de forma més o menys definitiva el debat sobre l'autonomia de l'acció popular en l'àmbit del sobreseïment i arxiu de les causes en els procediments abreujats –al que hi hem dedicat un punt exclusiu anteriorment- en la que s'estableix que no s'admetrà l'obertura del judici oral quan solament sigui sustentada per l'acusació popular, conforme l'art 782 Lecrim. Les raons que la Sala addueix amb la STS de 17 de desembre de 2007 (Botín) per donar suport a la seva decisió resulten interessants en tant que acudeixen a la naturalesa i esperit de la institució de l'acusació popular. Abans d'analitzar-les, és imprescindible avançar que aquest debat parteix de la premissa que el legislador ja va optar per descartar *ex lege* l'acusació popular d'aquesta possibilitat, és a dir, tal i com està redactat l'article 782 al temps de fer aquest treball, només el Ministeri Fiscal i l'acusador particular són subjectes hàbils per sol·licitar el sobreseïment, i per tant, en les seves mans recau decidir si continuar o no sostenint l'acusació (és clar sempre que apreciïn la concurrència dels motius de sobreseïment dels articles 637 i 41). En aquest ordre de coses, la part recurrent articula un argument que en última instància, passa per negar la competència del legislador de restringir l'acció popular en els termes de l'article 782, basant-se en que l'acció popular es fonamenta en una “desconfiança històrica cap al Ministeri Fiscal”. En resposta a això, la Sala nega que aquest sigui el fonament de l'acció popular, sinó que és un mitjà per fer valer el dret dels ciutadans a la participació en la justícia, per tant, ha de ser entesa com un mitjà per

a garantir aquest dret<sup>74</sup> –en realitat no diu res que no s'extregui d'una interpretació literal de l'article 125 de la CE-, a continuació diu que si el fiscal i el propi perjudicat consideren que la causa està sobreseïda, conferir a l'acusació popular la virtualitat de demanar per si sola l'obertura del judici oral, implicaria atorgar-li millor dret que a les altres parts: *“En este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas.”*. En resum, aquesta sentència no només descarta una possible interpretació extensiva del text de la llei, justificant-ho tant del punt de vista objectiu com subjectiu<sup>75</sup> –vegi's nota al peu-, sinó que per la manera a la que es refereix al seu esperit, descarta de forma tàcita que l'acusació popular pugui concebre's en cap mesura com un sistema de control de l'acusació oficial.

Posteriorment amb la **STS de 8 d'abril del 2008 (cas Atutxa)**, es torna a fer doctrina i es matisen els criteris adoptats al Cas Botín. Dic es matisen, perquè no s'abandona l'idea de que l'acusació popular per si sola no és suficient per sol·licitar l'obertura del judici oral quan no ho fan ni el Fiscal ni el perjudicat *“El ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de*

---

<sup>74</sup> STS nº 1045/2007 de 17 de desembre del 2007, Vid. FJ 11: *“Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal.”*

<sup>75</sup> La present sentència té la virtualitat d'adoptar amb un mateix propòsit dues teories tradicionalment enfrontades de la interpretació jurídica: Doctrina objectiva i subjectiva, a saber, justifica la interpretació que fa de l'article 782 tot recuperant la intenció del legislador a la que contínuament en fa referència: FJ 14 *“«Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1. Ley de Enjuiciamiento Criminal es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional,(...)”* però al mateix temps li atribueix un fonament o “voluntat” autònom: *Vide nota al peu 60*. En efecte, aconsegueix blindar la seva interpretació per totes les bandes. Per més informació sobre doctrines de la interpretació veure: MORESO I MATEOS, J.J., a *“La interpretación del derecho y la argumentación jurídica”*

*sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito.*”<sup>76</sup>. Però d'altra banda es reconeix que en el cas de delictes en què no es presenta acusació particular perquè el delictes comés afecti a béns de titularitat col·lectiva o difusos<sup>77</sup>, no es pot permetre que el Fiscal monopolitzi l'exercici de l'acció de manera que la restricció de l'article 782.1 provoqui que el sobreseïment de la causa depengui de la seva sola voluntat, en efecte, quan concorri solament acusació popular i acusació oficial, en delictes de les citades característiques, la interpretació restrictiva establida per la doctrina Botín no es pot aplicar.

*“Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim, no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. (...) De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal.”*

De la matisació efectuada per aquesta última sentència, podem concloure que la incidència de l'acusació popular en el sobreseïment no és pacífica del tot, doncs com hem vist, hem passat d'una doctrina que prohibia del tot la seva capacitat d'intervenció a una altra, que la permet en determinats casos. L'estat actual de coses, és que el Fiscal en l'àmbit del sobreseïment no pot actuar en solitari tret que es tracti de delictes que no es refereixin a béns de titularitat col·lectiva. Segons el meu parer, sembla encertada aquesta decisió, ja que en última instància s'està cerciorant l'actuació de l'acusació popular i, ens agradi o no, el seu control, en l'àmbit d'aquells delictes on no hi pot haver acusació particular. Al seu torn, en aquells delictes on hi hagi o hi pugui haver un perjudicat –*que recordem queden sotmesos a la restricció de la Doctrina Botín*- tampoc es troba a faltar per innecessària l'intervenció de l'acusació popular, ja que al cap i a la

---

<sup>76</sup> **FJ 1 STS 54/2008 de 8 d'abril**

<sup>77</sup> **FJ 1 STS 54/2008 de 8 d'abril** *“Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.”*

fi, no hi ha part més interessada en què es faci justícia que la que representa al propi perjudicat.

El lector crític podria oposar-me que pressuposant com he pressuposat que l'acció popular té certa virtualitat fiscalitzadora de l'actuació del ministeri públic en l'àmbit del sobreseïment en els termes explicats per la Doctrina Atutxa, estaria contradient-me en la mesura que quan abordàvem el tema del sobreseïment en el punt 8.4 d'aquest treball, he conclòs que aquest no trobava una raó subjacent en el principi d'oportunitat. D'altra banda, se'm podria oposar que conforme la interpretació "oficial" atorgada pels tribunals sobre l'esperit de l'acció popular (a saber, un mer vehicle per fer valer el dret constitucionals a la participació en l'administració de justícia dels ciutadans) no té sentit predicar de l'acció popular una funció que no respon d'aquest esperit.

En resposta a la primera auto-crítica, argüiré que onsevulla que l'acció popular es personi de forma efectiva i independent, per la seva pròpia naturalesa, esdevé un obstacle a l'aplicació, no només del principi d'oportunitat, sinó també a moltes de les institucions que utilitzen o són en si mateixes el que la doctrina anomena "criteris d'oportunitat" –anteriorment comentats- és a dir, tots aquells supòsits que no reunint els elements necessaris per considerar-los principi d'oportunitat, brinden alternatives al procés, a la pena o l'acció penal en ares a combatre la petita criminalitat. Així les coses, resulta hipòcrita pensar que aquelles institucions que sense ser fruit del principi d'oportunitat tenen una estructura idònia per al seu implantament: *v.gr. el sobreseïment, indult, perdó de l'ofés, la no acusació sobre el delicte la revelació del qual s'amenaça etc.* no són utilitzades mai i en cap cas per aplicar-ho. Dit en altres paraules, res no prejutja que en el plànol informal i vistos els possibles conflictes d'interessos, per una banda, i la pressió a la que està sotmès l'ordre penal, per altra, s'estigui aplicant el principi d'oportunitat a la pràctica aprofitant el "motlle" d'unes institucions ideades per altres finalitats. En aquest sentit, autoritats en la matèria com LANZAROTE MARTÍNEZ, va afirmar que *"No existe en nuestro derecho manifestacion alguna del principio de Oportunidad en el sentido que aquí se postula (sentido estricto). Otra cosa bien distinta es que en la práctica se esté aplicando el referido principio ante la ausencia de*



*una cobertura legal que lo permita*”<sup>78</sup> o CONDE PUMPIDO “*Igualmente tras muchos archivos decretados por el juez y aprobados por el Fiscal, yace un desistimiento de la acción que en estricta legalidad debiera haber sido ejercitada. Y, en contra de lo que pudiera pensarse, no se trata de simples corruptelas, sino de algo más trascendente y que pesa en el ánimo de los operadores del proceso*”<sup>79</sup>. Vist això, espero haver justificat la importància de l’explicació de l’acusació popular i acreditar la seva estreta relació amb el principi d’oportunitat.

En referència a la segona auto crítica: sobre el “sense-sentit” de predicar una funció de control a una institució que té com a finalitat fer de mer vehicle del dret a la participació ciutadana del art 125 CE; suposo i espero que el lector ha inferit de tot l’anterior la meua oposició a donar-li el significat que la doctrina jurisprudencial pretén atorgar-li a l’acció popular, en efecte, em sembla com a mínim insuficient la funció i esperit que els tribunals i certs sectors de la doctrina insisteixen en atribuir a l’acció popular; a saber, resulta redundant i buit de contingut concebre-la com un mer mitjà d’accés dels ciutadans a l’administració de justícia sense més propòsit i sense més justificació que afirmar-ho “perquè així ho diu la Constitució”. De fet, només tenim que veure quines entitats estan darrera de les acusacions populars per saber el propòsit al que responen, que pot ser de molt diversa índole: ja sigui per interferir legítima o il·legítimament en el decurs d’un procés, ja sigui per desconfiança, ja sigui per amor a la justícia, a una causa concreta etc.

---

<sup>78</sup> LANZAROTE MARTINEZ, P.A., “*La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva*” Revista del Ministerio Fiscal, núm 3, 1996, pàg. 181

<sup>79</sup> ORTIZ ÚRCULO en referencia a CONDE PUMPIDO (Font no explicitada) a “*El principio de oportunidad (...) op. Cit., pàg 3414.*”

## 11. Conclusions

En el present treball es materialitzen els aspectes més rellevants que segons el meu parer, han de concórrer en qualsevol aproximació a la noció de principi d'oportunitat. En efecte, aquest principi difícilment pot entendre's sinó és partint des d'una perspectiva general del mateix, doncs com dèiem al començament, es tracta d'un aspecte transversal del ordenament jurídic, que en conforma les seves bases i n'informa el seu esperit. En tant que així, com s'ha vist, aquest principi com qualsevol altre principi informador no es pot aprehendre sinó es mitjançant un anàlisi cas per cas, previ el seu emmarcament teòric. És per això, que l'estructura que ha adoptat aquest treball és precisament aquesta: partir d'un pla teòric, no exempt de discussió doctrinal que segons el meu parer, a banda de mitjà per comprendre l'aplicació pràctica, no deixa de revestir molt d'interès. I és també per això, que aquestes conclusions seguiran la mateixa estructura, a saber, en primer lloc, faré una reflexió sobre el que entenc és, el punt més controvertit d'aquesta primera part, i és una reflexió sobre la concepció àmplia o estricta del principi de legalitat. En segon lloc, i com no podia ser d'altra manera, resulta imprescindible qüestionar-se la viabilitat del model actual i la direcció que en termes d'aquest treball millor convindria prendre. En aquest últim apartat, exposarem els principals models que es podrien adoptar.

***PRIMER.- Sobre la premissa teòrica.*** Des del moment en que hom comença a qüestionar-se si determinada mesura pot entendre's o inserir-se en l'àmbit del principi d'oportunitat comencen a sorgir els dubtes; que venen en sintetitzar-se en la qüestió del major o menor abast del mateix. Convé fer un breu recordatori sobre les diferents concepcions doctrinals a les que pot respondre el mateix. Per una banda, BACIGALUPO entre d'altres abanderen la concepció més àmplia del principi en qüestió; de manera que, a banda de la tradicional "renúncia a l'acció, o renúncia parcial a l'acció pel Fiscal" aquest principi comprendria el "*tot tractament penal diferenciat del conflicte social representat pel fet delictiu*", -vegi's nota al peu 39-. En efecte, dins d'aquesta definició es subsumirien una ingent quantitat de mesures, recordant el que diuen autors de la posició contrària, com ARMENTA DEU a tenor d'aquesta concepció "*sus contornos serían, sin embargo, muy ambiguos, pudiendo incluso extenderse al resto de los instrumentos de derecho administrativo y civil utilizables al mismo fin (...)*"

*Quedaría desdibujado su contorno de manera que lo mismo podría corresponder al concepto de principio de oportunidad que a las líneas directrices que informan la lucha contra la pequeña y mediana criminalidad*<sup>80</sup>”. En aquest cas ARMENTA, a propòsit, abanderada d’una concepció més estricta de principi d’oportunitat, rebutja assumir aquesta definició per la raó òbvia que de fer-ho entràriem en un entramat indesxifrable; de fet, aquesta és l’opció més raonable, des del meu punt de vista. De fet, es va abandonar aquesta teoria excessivament àmplia alhora d’abordar l’anàlisi d’aquest principi, amb la salvetat, del cas del sobreseïment, en que recordo vam adoptar una postura flexible. Tanmateix, arribats a aquest punt del treball hom es qüestiona sèriament si pot ser que els arbres no ens hagin deixat veure el bosc.

**SEGON.- Sobre un replantejament de la premissa teòrica.** Aquí la meua reflexió: ¿És possible concebre el principi d’oportunitat com una institució amb una dimensió paral·lela a la ciència jurídica? I en conseqüència: ¿caldría re-interpretar la concepció àmplia del principi d’oportunitat de manera que no s’abordi des de la perspectiva jurídica (que queda demostrat que no pot assumir-se) sinó des d’una concepció política (extrajurídica)? Certament considero que si s’hauria com a mínim de clarificar. En realitat, el que ocorre, és que no hi ha hagut un plantejament seriós crec, de la doctrina sobre aquest extrem; és a dir, aquells que s’han especialitzat en l’estudi d’aquest principi, bé s’han encarregat de delimitar en quins casos opera el principi d’oportunitat en el pla jurídic, però han deixat oblidat de quina forma opera en el pla extra jurídic; cosa que no és estranya tenint en compte que aquest altre pla no incumbeix a la ciència jurídica. En aquest sentit, el Fiscal General del Estat en la seva memòria de 1987 va abordar aquest tema, en el sentit que distingia entre aquests dos plans diferenciats del principi d’oportunitat, en referència al pla extra jurídic fa la següent relació: “*la oportunidad de indultar a un determinado sujeto; la de remitir condicionalmente una pena o dejar de perseguir un hecho cometido en el extranjero. El criterio de oportunidad implícito en enviar determinadas conductas anteriormente ilícitos penal, al ordenamiento administrativo o; aquel que se deriva de destipificar una conducta etc.*” Relació que vindria a conformar el que infortunadament es coneix com a concepció àmplia del principi d’oportunitat. En aquest paràgraf es fa servir “criteris

---

<sup>80</sup> ARMENTA DEU, T., “*La criminalidad de bagatela (...) op. Cit*” pàg 209.

d'oportunitat" per referir-se a la gràcia comuna a la que responen aquestes mesures, que no és el mateix que referir-s'hi com a "principi"; sobre aquest extrem ja hi hem parlat anteriorment en l'apartat 8 del treball, a propòsit de la distinció entre ambdues dimensions de la oportunitat que proposava ARMENTA DEU, inspirada en aquesta mateixa memòria. Sense ànims de voler reeditar-me sobre el mateix, la meua conclusió és que quan parlem de criteris d'oportunitat o quan parlem d'oportunitat en sentit ample o oportunitat a seques, ens estem referint a tot aquell conjunt d'accions, objectius i sobretot omissions que defineixen la direcció i sentit en què la política de persecució criminal centra els seus esforços i recursos. Sense deixar de prendre els exemples proposats pels Fiscal General abans citats afegeixo les següents qüestions **¿no són oportunitat les directius que la Fiscalía General ordena als fiscal sobre quins delictes perseguir i quines penes interessar?** O sense anar més enllà **¿no és oportunitat la decisió dels cossos policials d'invertir el seu temps i recursos en la investigació de determinades trames de delictes en detriment d'unes altres?** ¿no és oportunitat la decisió del govern d'endurir, modificar, actualitzar determinats delictes i no uns altres segons la política imperant? O la decisió de destipificar-los? en efecte, tota decisió que revesteix conseqüències en la manera com es persegueixen els delictes forma part del que es coneix com a oportunitat sense més matisos. De fet, l'oportunitat en aquests termes no és sinònim d'inoperància del sistema, simplement és la conseqüència directa de la racionalització dels recursos, tenint en compte, que són limitats i sempre ho seran. Abans de concloure, volia fer referència a un tema d'actualitat al moment de concloure aquest treball, i és la situació d'alegalitat en la que perviuen els clubs de cànnabis i inclòs les conegudes com a "*Grow shops*". En efecte, en un context polític i legal de criminalització del tràfic i promoció del consum de substàncies estupefacients, aquestes entitats han aconseguit establir-se i expandir-se de forma exorbitant en els últims anys, de forma pública, oficial i evidentment, d'acord amb la legalitat, gràcies al llimb legal que les empara. Per les raons que sigui, segurament una falta de consens polític, encara no s'ha afrontat de manera definitiva – igual passa en molts altres països- el tema de la legalització o prohibició definitiva del consum d'aquesta droga en concret; i segons la meua opinió, res obstant a que una interpretació més àmplia o més estricta de l'article 368 CP (*delicte de promoció i tràfic de drogues*) posés fi de manera definitiva a aquesta qüestió sense ni tant sols necessitat de modificació legislativa. Doncs en efecte, el fet de que una institució es mogui en la alegalitat (i al fil de la ilegalitat) dóna peu a que decisions preses en un sentit o un altre

totalment contrari, es vegin justificades sota l'empara d'una oportunitat latent que respondria evidentment a la sensibilitat de l'autoritat de que dimana. En aquest sentit, igualment justificada podria estar la mesura proposada pel Consistori Barceloní<sup>81</sup> consistent en la prohibició de presència de clubs cannàbics a menys de 150 metres dels espais públics i privats utilitzats habitualment per menors, com la posició contrària, que passaria per argüir que assumir això implicaria una criminalització indeguda d'aquests col·lectius; en efecte tot depèn de la línia política que es vulgui seguir.

**TERCER.- Síntesi sobre la premissa teòrica.** En conclusió, amb aquest discerniment he volgut deixar palès que la dimensió àmplia del principi d'oportunitat correspon en moltes ocasions, a una dimensió extra jurídica del mateix; que tot i no respondre als mateixos criteris, no vol dir que no sigui un objecte digne i necessari d'estudi, no obstant, no en seu jurídica, sinó en seu política. És per això que veig necessari fer una **crida** a la Ciència Política i als politòlegs en general per a que s'ocupin d'aquesta qüestió, doncs considero que revesteix una entitat suficient com per ésser tractada com a fenomen polític que és i que a dia d'avui, el seu tractament des d'aquest nou punt de vista és nul.

**QUART.- Del marc pràctic.** Toca abandonar ja la part més argumentativa i reflexionar entorn la realitat actual. Haig de confessar que al principi d'aquest treball poc m'esperava que la doctrina s'hagués bolcat tant intensament en el desenvolupament del principi d'oportunitat i tants autors s'haguessin posicionat al respecte, igualment em va sorprendre que bona part d'aquest compendi teòric estigui ben definit des de fa més de vint anys. A la vista d'aquesta consideració, un servidor arriba a dues conclusions:

1) Primer, hom se n'adona que la importància i implicacions que té la vigència d'un principi o d'un altre com a informador oficial del ordenament jurídic és tal que un canvi definitiu en un o altre sentit comporta la necessitat d'un consens ampli, no només en el pla polític, sinó també en el doctrinal, que doni el vist i plau a una reforma definitiva de les bases del sistema penal.

---

81 Vid. LA VANGUARDIA (versió digital) "Asociaciones y oposición rechazan el plan de regulación de clubes cannábicos" Maig del 2015.

2) Que la presa d'una eventual direcció definitiva cap a la introducció del principi d'oportunitat necessita d'una reforma que necessàriament ha d'afectar a quasi la totalitat de la llei processal i part del Codi Penal. Ha quedat més que comprovat que l'actual reforma, tot i els canvis que suposa, és insuficient per definir una nova línia en el sentit d'adoptar el principi d'oportunitat, en efecte, de les poques reformes introduïdes com a molt dos d'elles es poden considerar materialització del mateix. Arribat a aquest punt, hom es planteja si realment la vocació política passa per fer un canvi de rumb en aquest sentit. Efectivament no és així, ni en aquest sentit ni en cap altre. De res serveix acudir al calaix de sastre i implantar una mesura de cada sense més intenció que complir amb el deure i veure si sona la campana. Es fa necessari doncs un replantejament estructural del sistema penal, i per això primer, s'ha de decidir quin model és més convenient.

No és la meua intenció ni procedeix en seu d'aquest treball fer més comentaris sobre les raons que motiven l'immobilisme d'aquest i anteriors governs per posar definitivament sobre la taula la qüestió processal penal. Tanmateix, no m'equivoco si afirmo que la situació d'anquilosament actual és una preocupació comuna tant pels partidaris d'un sistema com els d'un altre. Considerant això, i sense perdre l'esperit fins a cert punt neutral que intentat guardar en aquest treball, exposaré breument els diferents escenaris, tots ells plausibles, que podrien posar fi a aquesta eterna discussió.

**CINQUÈ.-** *Sobre la primera alternativa. Manteniment del sistema informat principalment pel principi de legalitat:* No es pot caure en l'error de pensar que prendre aquesta decisió sigui la decisió fàcil, ja que precisament, mantenir un sistema operatiu i eficient on el principi de legalitat informi a títol principal, requereix sobretot inversió. Inversió econòmica que passi per augmentar els recursos humans i materials en nombre suficient com per descongestionar els jutjats. Una altra manera d'afrontar el problema en base al principi de legalitat és la d'articular formes de despenalització –comentades al punt 3 d'aquest treball- sempre i quan evidentment, no impliquin mesures que responguin a l'oportunitat. Per exemple, l'eliminació de totes aquelles penes o faltes que revesteixin menor desvalor i la seva consecutiva regulació en un altre ordre, com l'administratiu o el civil. Tanmateix, aquesta última mesura no és suficient sinó es configura juntament amb la primera. No obstant no sembla la solució més viable ni raonable, tenint en compte que existeixen alternatives més econòmiques

per a combatre la petita criminalitat i tenint en consideració que el desvalor que revesteixen la major part de delictes i faltes dins d'aquesta categoria, no justifica la utilització de l'ordre penal en tant que *ultima ratio* que és; sobra dir que els efectes sociològics que el processament penal produeix en les parts pot ser immerescut.

**SISE.**- *Sobre la segona alternativa. Informar el sistema penal en base al principi d'oportunitat.* Quan parlem d'informar el sistema penal en base a aquest principi sempre ha de ser tenint en compte i mai sense oblidar el principi de legalitat, ja que aquest està consagrat en seu constitucional. És a dir, i tot i semblar una contradicció a aquestes alçades, el cert és que quan parlem de principi d'oportunitat o fem sempre en referència al de legalitat, ja sigui per configurar-ho com idea oposada o com alternativa o com a derivat. Dit això, no es pot concebre un sistema penal que oblidí en absolut la legalitat, en altres paraules, l'oportunitat serà predicable només de determinades actuacions o instruments que compleixin amb els requisits als que tants cops ens hem referit (subjectiu-objectiu-teleològic-espiritual). En aquest ordre de coses, un sistema processal penal informat pel principi d'oportunitat principalment, es podria definir com aquell que posa a l'abast del acusador públic o del jutge el màxim de facultats possibles per, sota el seu criteri, decidir si encurtir, arxivar, sobreseure o en general, redirigir un procediment cap a una alternativa més pragmàtica; cosa que en absolut vol dir que en aquest sistema pugui el fiscal o jutge disposar lliurement i sense mesura, és a dir, rebutgem un sistema basat en la oportunitat pura per ser obertament inconstitucional. En aquesta situació hom es pregunta ¿quines noves mesures es podrien incorporar en ordre a maximitzar la presència d'aquest principi (oportunitat)? Certament, i en consideració a la necessitat de preservar un rerefons de legalitat en les mesures (oportunitat reglada) no són moltes les mesures a considerar. Més aviat, i en ares a materialitzar aquest propòsit, s'haurien de perfeccionar institucions ja vigents tot atorgant-li una orientació més accentuada en el sentit que interessa. Vegem les mesures potencials en aquest àmbit:

- **Modificació del règim de la conformitat:** per exemple, augmentar les ocasions en què l'acusat té la oportunitat de negociar amb el fiscal, no limitant-ho a la possibilitat de redacció conjunta d'un nou escrit d'acusació amb el fiscal un cop obert el judici oral (Art. 784.3.II Lecrim), i que aquesta negociació, pugui ésser oferta tant a instàncies de l'acusació pública com de l'acusat, tal i com ocorre als EE.UU, recordi's el règim de la negociació al que hem fet referència a l'ap. 7.1.

- Una altra opció, seria l'introducció d'una **nova modalitat de sobreseïment** que contemplés penes alternatives. És el que es coneix com a **sobreseïment condicional** i constitueix ja una figura comuna en varis ordenaments jurídics europeus. Es tractaria d'un procediment pel qual el fiscal, amb el consentiment de l'acusació, davant de determinades infraccions penals i sota determinats criteris preestablerts, podria acordar el suspens de l'acusació i derivar-la a un programa de rehabilitació. Aquest programa podria des d'incloure assistència, formació i ajuda per trobar feina o simplement consistir en un programa de reinserció social. La idea és que el compliment de les condicions proposades donessin lloc a l'arxiu de l'acusació penal. A Alemanya es preveu la possibilitat d'excepcionar el principi de legalitat per mitjà de l'arxiu quan es compleixin condicions tal com la realització de treballs al servei de la comunitat o la reparació del dany davant de la comissió de delictes lleus (*Art 152 (2) Codi Processal Penal Alemany*). Formes similars es preveuen al Codi Processal Penal Portuguès (arts 280 i ss.), al Codi Processal Francès (art 41.1), a Bèlgica (art 216 Codi Processal) Holanda (art 74 Codi Processal) etc.
- Fórmules de mediació:** La mediació es presenta com una alternativa al procés penal ordinari que pretén un acostament entre la víctima i l'agressor amb la finalitat de que s'arribi a un acord entre ambdues parts. S'insereix dins de les tècniques que es coneixen com a "justícia reparadora"; on podríem incloure també el sobreseïment condicional. D'entre els ordenaments jurídics europeus que regulen fórmules de justícia restaurativa tenim Bèlgica, Àustria, Alemanya o Regne Unit; fóra de l'àmbit comunitari, també existeix a països com Canadà (el primer en incorporar-ho) EE.UU o Nova Zelanda. Tanmateix, no existeix una definició clara i uniforme del que s'ha d'entendre per justícia reparadora. En aquest sentit, segons la Declaració de Principis Bàsics dels Programes de Justícia Reparadora en Assumptes Penals realitzat pel Consell Econòmic i Social de les NN.UU (ECOSOC) al 2002, com a tal s'entén "*qualsevol procés en el qual la víctima i l'infractor, i quan sigui apropiat, qualsevol altre individu o membre de la comunitat afectada pel delicte, participi de manera cooperativa i activament en la resolució de les qüestions originades pel delicte, generalment amb l'assistència d'un mediador professional*". Altres autors ho entenen com un conjunt de principis que es dirigeixin a orientar la pràctica de qualsevol agència o grup en relació amb la resolució del conflicte penal. Sigui com sigui, allò important aquí és que es tracta d'una mesura que estaria en les mans de qualsevol país que, sense haver de realitzar una adaptació substancial en el seu



sistema, volgués implantar fórmules alternatives o basades en la oportunitat. En efecte, si bé la justícia reparadora es pot definir como una nova teoria de la justícia, no constitueix però, la creació d'un nou sistema de justícia. A Espanya es reconeix la mediació en l'àmbit de la responsabilitat penal dels menor (art 19 LO Responsabilitat del menor), més motiu per considerar-la, juntament amb les anteriors com una molt bona alternativa al procés.

**SETÈ.-** *Sobre la tercera alternativa. Atorgar al Fiscal la instrucció de la causa.* Aquesta és potser la opció que porta més temps sobre la taula i la que probablement, si algun dia es fa un canvi en aquest país, es faci en aquest sentit. L'atorgament de la instrucció al fiscal podria configurar-se com una solució viable sempre i quan es reformés el seu estatut i s'adaptés a la realitat. De fet, de res serviria atorgar-li la instrucció sinó va unit per començar, a un augment considerable del nombre de fiscals, del contrari ens trobaríem en la mateixa situació de saturació que la que tenim actualment amb els jutges. D'altra banda, es faria necessari adaptar l'actual fase d'instrucció, de manera que es contemplés per exemple, l'existència d'un jutge de garanties la funció del qual passaria per assegurar que les diligències que es practiquin no comportin restricció de drets fonamentals. Tampoc estaria de més distingir entre dues fases dintre de la instrucció processal, com es fa en la majoria de països on aquest instrueix, amb la finalitat de possibilitar la realització d'unes mínimes averiguacions en torn la versemblança de la *notitia criminis* abans de considerar oberta la investigació principal. S'haurien també de realitzar els ajustos processals necessaris per assegurar que es manté un equilibri entre les parts, impedit que les possibilitats de l'acusació siguin majors que les de la defensa (tenint en compte que el fiscal seguiria mantenint l'acusació oficial).

**VUITÈ.-** *Síntesi del marc pràctic.* En conclusió, les anteriors són les mesures mínimes que segons el meu parer, s'haurien de considerar al temps d'atorgar la instrucció al Fiscal. De fet, són tant mínimes que en cap moment he entrat a valorar el possible greuge que suposaria que el fiscal seguís depenent del executiu, ni que la seva funció seguís sent la d'acusar. La qüestió del trasllat de la instrucció al fiscal, recordem, podria articular-se tant en un sistema on imperés el principi de legalitat a títol principal

com en un informat principalment pel d'oportunitat, ara bé, s'haurien de fer ajustos més exhaustius pel cas d'articular-ho en un sistema basat en la legalitat estricta.

Aquests són doncs els models que una futura reforma processal penal podria acollir. Sobra dir, que els diferents models proposats són “a la carta” de manera que les combinacions són obertes; sempre i quan siguin compatibles amb el sistema que es pretén adoptar. Arribat a aquest punt del treball i de les conclusions, el més convenient seria que un servidor donés la fórmula secreta que posés fi a la controvèrsia plantejada. Evidentment no serà així, ja que, no existeix fórmula secreta, sinó que la solució al problema passa per obtenir un consens polític i doctrinal suficient en determinat sentit, i que aquest sentit es vegi materialitzat en forma d'una reforma unitària i estructural de la llei processal i el Codi Penal si s'escau. Vist això, si puc i faré unes consideracions que crec, s'han de tenir en compte alhora de prendre un sentit o un altre:

1) *El sistema judicial Espanyol és altament garantista.* Garantista amb el drets del detingut, de les parts, garantista del compliment dels principis inherents al sistema acusatori (igualtat, audiència) i garantista del compliment dels principis que informen el dret material (principi de necessitat, d'oficialitat, de legalitat, d'aportació de part). Ho és fins a tal punt, vull pensar, que la falta de consens en dur a terme un canvi substancial en el procediment, subjau en un temor a la pèrdua de tot això.

2) *El sistema judicial Espanyol respon a un model de sistema continental.* Tenim la sort de que el nostre sistema troba en la llei la font original del dret, i on la seguretat jurídica que comporta el coneixement cert de les conseqüències jurídiques de qualsevol actuació és incomparable amb qualsevol altre sistema on la font primària no sigui aquesta (v.gr. model anglosaxó basat en el precedent).

3) Que el principi de legalitat informa l'ordenament jurídic amb caràcter fonamental, així es desprèn de manera expressa de la Constitució (art 9.3). Aquest punt que de vegades sembla obviar-se ha de tenir-se present sempre i en tot cas.

4) Que sense perdre de vista les consideracions anteriors, l'estat d'anquilosament de la justícia actual requereix d'una actuació severa que, per una banda, no oblidí mai els principis bàsics i la tradició jurídica a la que respon el nostre sistema, però per altra, sigui suficientment agressiva com per donar l'impuls que necessita.

De les anteriors consideracions, es desprenen els *límits* que no s'han d'ultrapassar en l'adopció de qualsevol postura en els termes que en aquest treball s'ha plantejat:

**I.** Que qualsevol postura per la que es defensi l'introducció de mesures basades en el principi d'oportunitat, haurà de fer-se sense perdre de vista la concepció de legalitat vigent en cada moment.

**II.** En conseqüència, el principi d'oportunitat i les seves manifestacions, no podran concebre's o articular-se com quelcom antitètic al principi de legalitat, a risc d'esdevenir inconstitucionals.

**III.** Que és necessari que qualsevol reforma respongui de *l'esperit* en què es basa el nostre ordenament jurídic, a saber, el sistema continental. No m'estic referint al compliment asèptic de la legalitat, sinó a la voluntat que en tot cas, ha d'assistir al legislador per justificar les mesures que es prenguin.

**IV.** Que es segueixin respectant ara i en el futur les garanties i drets de les parts, doncs forma part dels elements més evidents que han d'estar presents en qualsevol procés que es vulgui merèixer com a just. Per que això sigui possible, és necessari complir amb les anteriors premisses.

**V.** Que es fa necessària una resposta política contundent, definida i agressiva per posar fi de manera definitiva a aquesta qüestió, entre d'altres coses, per evitar que la ineficiència del sistema es tradueixi en una resposta penal ineficient, o en el pitjor dels casos, en una resposta alegal, tal i com en el seu dia LANAZAROTE MARTÍNEZ<sup>82</sup> va vaticinar:

*“No existe en nuestro Derecho, manifestación alguna del principio de oportunidad en el sentido que aquí se postula (sentido estricto). Otra cosa bien distinta es que en la práctica se esté aplicando el referido principio de oportunidad ante la ausencia de una cobertura legal que lo permita”*

---

<sup>82</sup> LANAZAROTE MARTINEZ, P.A., *“La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”* Revista del Ministerio Fiscal, núm 3, 1996, pàg. 181

## **BIBLIOGRAFIA**

### **MANUALS**

ARMENTA DEU, T. “*Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad*” Ed. El Sistema Penal, 1ª Edició, Madrid, 1991.

ARMENTA DEU, T. “*Lecciones de Derecho Procesal Penal*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 214.

BERGALLI, R., “*Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático*”, Tirant lo Blanch, 2003.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “*Hacia un nuevo proceso penal: Cambios Necesarios*”, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

CUADRADO SALINAS, C., (Coord.), JOSE M<sup>a</sup> ASECIO MELLADO, OLGA FUENTES SORIANO (directors), “*La Reforma del Proceso Penal: El principio de oportunidad*”, 1ª. Edició, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

FRIONI, I., “*Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*”, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2002.

FUENTES SORIANO, O., “*La investigación por el fiscal en el proceso penal Abreviado y en los Juicios Rápidos: perspectivas de futuro*” Ed. Tirant Lo Blanch, 2006.

GIMENO SENDRA, V., a “*Los procedimientos penales simplificados. (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*” Any i font no apareixen.

GÓMEZ ORBANEJA, “*El derecho procesal penal*”, Madrid 1987.

LANZAROTE MARTINEZ, P.A., “*La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva*” Revista del Ministerio Fiscal, núm 3, 1996.

MACIÁ GÓMEZ, R., “*Sistemas de Proceso Penal en Europa*”, CEDECS Editorial SL, Barcelona, 1999.

MIRA ROS, C., “*Régimen actual de la conformidad (Incidencia de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal)*”, Colex, Madrid, 1998.

MORENO CATENA, V., “*Los nuevos procesos penales (I) El procedimiento abreviado,*” Tirant lo blanch reformas, Valencia, 2004.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “*Análisis de la nueva regulación del ‘principio del consenso’ en el procedimiento penal abreviado español*”, Ed. Coimbra, 2003.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “*Análisis de la nueva regulación del ‘principio del consenso’ en el procedimiento penal abreviado español*”, Ed. Coimbra, 2003.

ROXIN, C., “*La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal*”, Ed. Tirant lo blanch, 2000.

THAMAN, S. “*Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos*”, a *Proceso Penal y sistemas acusatorios* (coord. BACHMAIER WINTER) Marcial Pons, Madrid.

### **ARTICLES, RESENYES**

Abstracte de NAVARRO MIRANDA, J, R., “*La instrucción del fiscal y la agilización de las causas, claves de reforma del proceso penal para el presidente de AN*”, *Notícias Jurídicas*, 2014.

Autor desconegut, “*El Gobierno aprueba el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, *Notícias Jurídicas*, 2014.

Autor desconegut, “*Las reformas legislativas de 2015 (I)*” *Redacció Notícias Jurídicas*, Març de 2015.

BACIGALUPO ZAPATER, E. “*Descriminalización y prevención*” a *Poder Judicial*, 1987.

BOYÉ TUSET, G., “ *El Fiscal Instructor y el Principio de Oportunidad*”, Boyé-Elbal y Asociados, 2014.

CONDE-PUMPIDO, C. F., “*El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*”, Revista del Poder Judicial, n.º VI, Madrid. Congreso de Derecho Procesal, 2001.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “*El Ministerio Fiscal ¿Eje de la Reforma Procesal Penal?*”, Any i font desconegudes.

GOÑI, A., “*Los jueces decanos, contra el proyecto de ley de enjuiciamiento criminal del Gobierno*”, El confidencial, Diciembre de 2014.

LA VANGUARDIA (versió digital) “*Asociaciones y oposición rechazan el plan de regulación de clubes cannábicos*” Maig del 2015.

LIFANTE VIDAL, I., “*Poderes discrecionales*”, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

LUDEÑA BENÍTEZ, O.D., “*Breves reflexiones sobre la justicia penal negociada en el Derecho Español y comparado*”, Artículos Doctrinales: Procesal Penal (Noticias Jurídicas), 2008.

MORENO CATENA , “*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*”, a AA.VV., *Sistemas Penales europeos,*” CGPJ, 2002.

ORITZ ÚRCULO, J.C., “*El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites*”, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, 2004.

PRIETO GONÁZLEZ, H., “*El cambio de modelo procesal penal: una procrastinación secular*” El Notario del Siglo XXI, Febrer de 2015.

RINCÓN CALDERÓN R., “*El Poder Judicial rechaza generalizar el ‘pinchazo’ de teléfonos sin permiso*” El País, Gener de 2015.

RUIZ VADILLO, E. “*La actuación del MF en el proceso penal*”, en “*Jornadas sobre la justicia penal en España*”, CGPJ.

RUIZ VADILLO, E., “*Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*”, Primer Congrés de Dret Processal de Castella i Lleó.

TINOCO PASTRANA, A., a *“Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal”* Cuadernos de Política Criminal, 1997.

TODOLÍ GÓMEZ, *“Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por ministerio fiscal”*, Noticias Jurídicas, 2008.

YLLANES SUÁREZ, J. P., *El estatuto de la víctima: aspectos esenciales*, en AA.VV., (dir.) CARMONA, R. M., *Hacia un nuevo proceso penal*, CGPJ, n.º 32-2005, Madrid, 2006.

### ***ESTUDIS, TESIS***

ALMEIDA SILVA, K. C., *“La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal”*, 2008.

Autor desconegut, *“Guia sobre los procesos penales en EE.UU”*

### ***FILMOGRAFÍA***

ROMAN WAUGH, R., *“El Misssatger”*, 2013

### ***PONÈNCIES***

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS i CASADEVALL BARNEDA, J.M., a Seminari permanent *“Qüestions actuals de Dret Processal”. La reforma de la justícia penal de 2015”*, 26 de març de 2015, Universitat de Girona.