

Pena y proceso: fines comunes y fines específicos (1)

TERESA ARMENTA DEU

Catedrática de Derecho Procesal.
Universidad de Girona

SUMARIO: 1.1. Derecho penal y derecho procesal penal: finalidades.—2. Derecho penal como derecho privado: configuración procesal.—3. El tránsito a derecho público: efectos en el sistema procesal.—4. La evolución hasta el siglo XIX.—II.1. Las tendencias actuales.—2. Situación del enjuiciamiento penal en España: la crisis de la Administración de justicia y los medios arbitrados para su resolución.—3. La exclusión de la vía jurisdiccional y la remisión a otros órdenes: el caso de las sanciones administrativas.—4. Las modificaciones intraprocesales y su conexión con las finalidades de la pena: el principio de oportunidad y la conformidad.

I.1. DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL: FINALIDADES

Que derecho penal y derecho procesal penal constituyan dos órbitas complementarias de una misma finalidad social ¿implica necesariamente que hayan de obedecer a unos mismos principios e incluso que deban depender exclusiva y recíprocamente de sus tendencias respectivas? ¿Quiero ésto decir que fin del proceso penal y fin de la pena han de coincidir? ¿O que a determinada finalidad de la pena corresponde siempre un sistema específico de proceso penal?

(1) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada al Seminario de Actualidad Jurídica que con el título genérico «*La política criminal y el sistema de derecho penal*» se celebró en Barcelona los días 16 a 18 de junio de 1994, con motivo del nombramiento como doctor «honoris causa» del profesor Claus Roxin, organizado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, presidido por el profesor Jesús María Silva Sánchez.

Si bien una primera apreciación tiende a reclamar una orientación paralela, o al menos no contradictoria, entre fin del proceso y fin de la pena, no resulta exacto tampoco exigir una asimilación completa (2). Como la historia demuestra, es perfectamente posible aplicar un sistema procesal como el acusatorio, a códigos penales en los que la pena persigue objetivos tan diversos como los retributivos o los de prevención general. La explicación puede encontrarse en el diferente ámbito en que actúa el derecho penal material y el proceso penal, coincidente en algunos aspectos —y es ahí donde no cabe la contradicción— pero diverso en otros de índole propiamente procesal o que afectan generalmente al marco constitucional.

Para comprobar esta tesis partiré de un breve repaso de la evolución histórica, desde la implantación del derecho germánico, para centrarme posteriormente en el examen de las tendencias que se observan en el derecho y en el proceso penal, sus puntos de conexión, interjerencias, y lo que constituye su ámbito autonómico. Este iter persigue un doble objetivo: Comprobar que los factores de tensión existentes entre fines de lo punitivo y los fines garantistas no son recientes, sino que nacen con la primera construcción jurídica del delito y del proceso. Y paralelamente, constatar la frecuencia con que mecanismos propuestos en la actualidad para restaurar la paz social, recogen instrumentos contemplados en épocas muy pretéritas, lo que permitirá extraer las correspondientes lecciones sobre su funcionamiento, efectos y causa de desaparición.

2. En los orígenes del derecho penal germánico éste se equiparaba al derecho privado. La *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El castigo del culpa-

(2) Señala GÓMEZ ORBANEJA «Sólo un viraje radical hacia el principio de “prevención especial”, que implicase la individualización absoluta de la pena, con el abandono del acto como fundamento del derecho penal en favor del principio de la “personalidad”, obligaría, por lo menos para la última fase del proceso, la de fijación y medida de la pena, a renunciar a principios procesales (el debate oral, el principio acusatorio, la libre apreciación de la prueba por el juzgador) que han sido adquiridos históricamente con independencia, al menos relativa, de los cambios del derecho penal sustantivo. La maquinaria procesal, ideada principalmente para la investigación y valoración de los hechos, habría de ser entonces sustituida por un mecanismo más adecuado a la investigación y valoración caractereológica de los individuos; y como estos no se dejan reducir a tipos con igual facilidad que las acciones, la discrecionalidad del juez se sobrepondría a la legalidad, no sólo en la valoración sustantiva sino en la marcha y tratamiento del proceso.»

Ni tampoco el mayor o menor grado en que se haga pesar en el derecho penal el interés de la sociedad con subordinación del individuo, implica sin más la renuncia a las garantías históricas del proceso. Una acentuación del interés social en el derecho penal no presupone el abandono de las garantías individuales del proceso, producto histórico del liberalismo. Incluso puede sostenerse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud de la ingerencia de la colectividad a través del derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés estatal en la escrupulosa comprobación de la necesidad concreta de esta ingerencia.

ble comienza siendo un derecho del ofendido o de su grupo, ejercitable en sus inicios sin limitación alguna (3). El fenómeno punitivo surge, así, como fenómeno privado (venganza privada) puramente fáctico.

Constituye un primer avance social, la represión de los particulares instintos de venganza y el sometimiento del ejercicio de aquél derecho a unas formalidades y plazos. Esta limitación no obedece, sin embargo, a una atribución del derecho de penar al Estado, sino a la necesidad de que entre el hecho constitutivo del derecho y su ejecución se reserve la posibilidad de un reconocimiento judicial del derecho. No se persiguen entonces, al menos primariamente, funciones preventivas y de genero intimidatorio. El 'ius puniendi' desempeña una función de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de infligir un sufrimiento a quien previamente se lo infligió a ella) (4). Pero aun cabe elegir entre la *compositivo* y la vía judicial. No puede distinguirse, así, entre el principio del castigo y el del resarcimiento, ni, por ende, entre proceso civil y proceso penal.

3. Al ir apareciendo los delitos públicos, el derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad. Hace su entrada en la historia la acción popular, coincidiendo con el progresivo reforzamiento del poder público. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad.

Las funciones de naturaleza intimidatoria (general o individual) del *ius puniendi* se anteponen a la satisfacción de los intereses de la víctima y, pese a no poder afirmarse que esta última necesidad desaparezca del todo, el monopolio estatal sobre el *ius puniendi* y la erradicación de las reacciones privadas ponen de manifiesto la atención prioritaria hacia el efectivo cumplimiento de la amenaza penal, aunque de ello no quepa deducir consideraciones retribucionistas o de prevención general.

En todo caso, a medida que el derecho penal iba pasando al Estado, habían de producirse dos consecuencias de largo alcance tanto para la configuración del proceso como para la peculiar relación de este con el derecho para cuya realización actúa. La última, subsistente hoy en la gran mayoría de ordenamientos, y objeto actual de discusión en torno a su utilidad y conveniencia —lo que equivale, si bien se mira a desvincular los fines de la pena de la institución del proceso— es el principio *nulla poena sine iudicio*; la garantía jurisdiccional en términos de la doctrina penal sobre el principio de legalidad. Al tomar para sí el derecho de penar, el Estado debía destacar el deber implícito en ese derecho,

(3) GÓMEZ ORBANEJA, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», t. II, Bosch, 1951, p. 162.

(4) SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aproximación al derecho penal contemporáneo», Bosch, 1992, p. 189.

debía sentir como una carga la función de infligir la pena, tendiendo a reforzar en su propio interés la exigencia del proceso, establecida originariamente en favor del delincuente (5).

En cuanto a la configuración del proceso, la posición jurídica del Estado, en su papel de juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, provenía de un tiempo en el que el juicio tenía como objeto una relación en que el propio Estado no estaba implicado. La subsistencia y posterior incremento del principio acusatorio en estas condiciones ha sido sólo posible a través de una construcción artificial, en virtud de la cual la incorporación al proceso de un órgano como el ministerio fiscal permite salvaguardar la imparcialidad judicial a través de encomendar la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferenciados.

La introducción del fiscal en el proceso penal —que implica una quiebra incuestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio— se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegurar la persecución penal, y con ello la realización del derecho penal. Por otra, garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora. Resulta irrelevante a estos efectos cual de los dos posibles formas de atribución de estas funciones se acoga: un régimen de monopolio (sistema continental francés, italiano o alemán, por ejemplo) o un ejercicio compartido (sistema continental español). No lo es, en cambio, en torno a la función garantizadora de la persecución penal implícita en el principio de oficialidad y la idea subyacente de orden retributivo. El sistema de monopolio se compadece en mayor medida con la misma al permitir un control más directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal. De hecho, los países que han adoptado el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal, adoptaron tal modalidad en atención, tanto a una concepción pública del derecho penal que obligaba al Estado a procurar su realización, cuanto a la relegación de los órganos jurisdiccionales a su estricta función, y simultáneamente, a la configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos (6).

Retomando el hilo evolutivo, las quiebras denotadas en la aplicación del principio acusatorio (delaciones, falta de persecución por carencia de medios o interés de los particulares) unido a los cambios sociopolíticos y la falta de una dogmática elaborada en el ámbito penal, abrió paso de la mano del derecho canónico al sistema inquisitivo. Es difícil advertir en este largo período tendencias específicas desde la pers-

(5) «Hoy rige inderogablemente el principio de que ningún derecho de penar puede ser realizado antes de que sea declarado, tanto en su existencia como en su contenido, mediante sentencia, y de que la imposición de la pena no puede ser sino la ejecución legalmente regulada de una sentencia», BINDING, «*Hadbuch des Strafrechts*», I, 1985, p. 192.

(6) Una explicación más pormenorizada en mi obra «*Principio acusatorio y derecho penal*», Bosch, 1995, p. 42 y ss.

pectiva de las finalidades de la pena, que por otra parte se encontraban huérfanas de interés y elaboración dogmática. El imperio del principio de oficialidad ponía de relieve la atención principal hacia la satisfacción de los intereses públicos. Quizás incluso, en un esfuerzo interpretador 'ex post' y desde perspectivas actualizadas, cabría apreciar como meta secundaria fines correspondientes a la prevención general negativa en las frecuentes y pretendidamente ejemplarizantes ejecuciones públicas (7). Tanto la víctima como el acusado no son objeto de atención ni protección, resultanto especialmente grave las tremendas limitaciones del derecho de defensa, la erradicación de la publicidad y la tortura para obtener la confesión. Como contrapartida, no obstante, el proceso inquisitivo presentaba dos instituciones destinadas a limitar y controlar el poder judicial: la prueba legal y la doble instancia.

4. Entre finales del siglo XVIII y a través del XIX, diversos movimientos irán introduciendo cambios sustanciales en la orientación del derecho penal y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de Beccaria (8); su fundamento en el contrato social (9); y la codificación, como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplen una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la ya citada máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* (10).

A esta legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley: el proceso es una regulación legal. El artículo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que conserva plenamente su vigencia, consagra el principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, pero junto a ello sienta el principio previo de necesidad: «*nulla poena sine iudicio*». En consecuencia, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso. Cabe que exista proceso sin que exista delito o se imponga

(7) Así lo interpreta también GOLDSCHMIDT, «*Concepto del proceso penal. Los dos problemas que él plantea. Teorías penales*» en «*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*», Bosch, 1935, p. 13. Cita este autor el dicho del juez Burnet: «Man, thou are not to be hanged for stealing a horse, but that horses may not be stolen» (Hombre se te ahorca no porque has robado un caballo, sino para que no se roben caballos).

(8) «De los delitos y de las penas», 1746, cuya traducción al castellano se publicó en España en 1774.

(9) ROUSSEAU, J.J., 1762.

(10) a) sólo la lesión de las libertades aseguradas en el contrato pueden considerarse delito; b) los límites a la renuncia de las libertades deben ser ciertos e inamovibles; y c) los límites que el derecho penal implica deben configurarse desde el punto de vista de los derechos individuales. Cfr. HASSEMER, W., *Crisis y características del moderno derecho penal*, Act. Pen. 1993, n. 43.

una pena, ya que es la misma actividad procesal donde se deberá comprobar si existió aquél y si corresponde ésta.

Como se ha señalado en esto podremos encontrar la clave del concepto del derecho procesal penal y de buena parte de las relaciones entre derecho penal y proceso. En la concepción de nuestro sistema procesal penal, y al contrario del derecho privado, el derecho penal carece de realidad concreta fuera de su proceso correspondiente. El acto jurídico privado produce sus efectos dentro del mundo de las relaciones jurídico sustantivas, y la sentencia judicial (salvo en el supuesto de sentencia constitutiva) no hace sino declarar esos efectos como ya producidos y existentes. También el delito puede concebirse como un acto jurídico, pero su peculiar consecuencia la pena (o medida de seguridad) necesita del proceso, no en el sentido de que sólo en el proceso pueda declararse, sino en el de que sólo en el proceso se produce y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar, en el ámbito penal (11).

Constatar o no esta especificidad, se comprobará más adelante, resulta de singular interés a la hora de analizar tendencias actuales como la remisión de múltiples conductas a las sanciones administrativas, o la reparación, en su modalidad de alternativa a la imposición de una pena (12).

¿Existe un paralelismo entre las tesis retribucionistas y la adopción de un sistema procesal penal específico?

A primera vista, la función jurisdiccional en ejercicio a través del proceso acompañará, comunmente, a toda finalidad de la pena orientada hacia las consecuencias de la conducta ya llevada a cabo. Al menos en mayor medida que a aquéllas otras construcciones cuyo fin se sitúa en prevenirla, y en la que la pena, y sobre todo su realización a través del proceso, sólo tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal (13). Esta primera apreciación, sin embargo, debe ser muy matizada, como se intentará demostrar seguidamente.

Por otra parte, a tenor de la concepción kantiana, parece claro que un sistema de oficialidad de la acción penal resulta el más adecuado. Únicamente a través del mismo quedarla salvaguardada la realización de la justicia. Si la pena, según este planteamiento, más que justificarse tiene que imponerse, el sistema procesal debe garantizar dicha realización, encomendándola a órganos públicos. En un proceso genuinamente acusatorio donde la acusación corresponde a la iniciativa de los particula-

(11) GÓMEZ ORBANEJA, «Comentarios..», cit. t.I, p. 27 y ss.

(12) En el último caso porque la reparación parte de la utilidad de la indemnización desde el punto de vista de los fines de la pena, tanto desde perspectivas de prevención especial —el acuerdo delincuente-víctima motiva al delincuente a enfrentarse con el delincuente y sus consecuencias sociales y coadyuva a su resocialización— como de prevención general. En el supuesto de las sanciones administrativas porque éstas se imponen originariamente por órganos carentes de jurisdicción y sin la necesidad de un proceso.

(13) En este último sentido, MIR PUIG, «Derecho penal (Parte general)», PPU, 1991, p. 56.

res, ese fin restaría a la voluntad de los mismos con arreglo a criterios de oportunidad. Similar consideración cabría efectuar respecto de los delitos perseguibles a instancia de parte, e incluso de la acción popular, en cuanto implican una dejación por parte del Estado de la persecución penal en manos privadas. Esta primera apreciación, con haber estado muy extendida y ser objeto de continuo e interesado recordatorio, no es del todo correcta al reducir el fundamento del proceso y con él el principio de legalidad al derecho penal material, olvidando otras cuestiones de igual significación e incidencia, situadas más allá de este estricto ámbito.

Incluso desde la perspectiva garantista con que la retribución se contempla hoy en día, el principio de necesidad procesal actúa de manera tal que integra realmente el concepto de la pena y cabría eventualmente afirmar con CARNELUTTI que el delito es un hecho u omisión a causa del cual se inflige una pena mediante un proceso (14). Pero es que, además, la oficialidad se articula tanto a través de un proceso inquisitivo como de uno acusatorio en su modalidad mixta, al igual que la verificación de la justicia y de la verdad (15). Cuestión diversa será entonces la mayor adecuación de uno y otro a diferentes tipos de garantías —hoy en su mayoría constitucionalizadas— precisamente respecto del proceso penal como el derecho a un juez imparcial, al juez legal, a la defensa, a un proceso contradictorio... (art. 24,2 CE).

En este período histórico, como resulta conocido y se sintetiza aquí únicamente a efectos de delimitar el marco material de la cuestión, la dogmática penal ha ido elaborando paralelamente diferentes respuestas ante la pregunta sobre la finalidad de la pena, desde las denominadas teorías absolutas hasta las relativas. Desde una justificación de la misma independiente del fin que se alcance y encaminada a la idea de la reali-

(14) GOLDSCHMIDT, «Concepto del proceso penal...» en *Problemas...*, cit. pp. 7-8. Este autor, quien coincide con el procesalista italiano, añade que la explicación corriente a la necesidad del proceso para imponer la pena, consistente, en que éste constituye una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder estatal, no es satisfactoria; ya que la historia demuestra que la imposición de la pena corresponde al juez desde que hay juez y pena.

(15) En el primer sistema, el juez al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, procederá de oficio y recogerá por sí el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito. Otras personas (la víctima y el acusado) no se tienen en cuenta sino como medio de información. De ahí, que como el imputado es la mejor fuente de cognición, se le señala la exigencia de declarar conforme a verdad como un testigo imparcial, y se da vigor a esta exigencia por medio de la coacción. El sistema aborrece cualquier limitación al juez en cuanto a su intervención o la recogida del material probatorio; en tanto que omite cualquier tipo de cautela contra los prejuicios del juez frente al acusado. El sistema acusatorio coloca al juez penal en la única función de fallar las solicitudes interpuestas conforme al material aportado por las partes que defienden intereses contrapuestos. Se salvaguarda así la imparcialidad judicial, así como la dignidad del procesado. Presenta, empero, la dificultad de tener que resignarse a la actividad incompleta de las partes y ha reconocer el material defectuoso como base de la decisión. Vid. GOLDSCHMIDT, J., «Principios de la política procesal» en *Problemas...*, cit. pp. 67 y ss.

zación de la justicia (16), hasta otras que buscan la orientación de aquélla en prevenir las conductas, de forma individual o general. Ya sea a través de la prevención especial (17). Ya mediante la prevención general (18) en sus dos variantes: la prevención general negativa o intimidatoria y la prevención general positiva o afirmatoria de las convicciones penales (19). A ello conviene añadir la victimología como doctrina surgida frente al olvido que para la víctima había supuesto el tránsito del derecho penal de privado a público, y a cuya tutela se apela a la hora de fundamentar otras tendencias, como por ejemplo, la reparación (20).

(16) La justificación no se desprende de cualquier fin que se alcance a través de la pena, sino sólo de la idea de la realización de la justicia (el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa mediante la imposición de una mal penal. La pena no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia (KANT, «*Die Metaphysik der Sittens*»). La conocida fórmula dialéctica de HEGEL sobre la esencia de la pena como una negación de la negación del Derecho, significa exactamente lo mismo: el delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el derecho lesionado. La teología cristiana, a juicio de Roxin, sustenta asimismo esta opinión considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como la ejecución de la función judicial divina. ROXIN, «*Sentido y límites de la pena estatal*», en «*Problemas básicos del Derecho penal*», (trad. Luzón Peña), 1976, pp. 11 y ss. Pese a sus limitaciones de sobra conocidas, la idea de proporcionalidad de la pena con el delito y la garantía que ello implica para el ciudadano, han supuesto la posibilidad de su vigencia desde tiempos del absolutismo hasta nuestros días, como forma de impedir determinados excesos surgidos en aplicación de las teorías de la prevención.

(17) Teoría que surgió después de las dos guerras mundiales, en atención fundamentalmente a la falta de respuesta positiva de la retribución. Formulada ya en la época de la Ilustración había retrocedido ante la teoría de la retribución, para resurgir a finales del XIX gracias a v. LISTZ. A su tenor, la pena no debe retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor a través de tres instrumentos: corrigiendo lo corregible; intimidando al todavía intimidable; y, finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena privativa de libertad a los que no son ni corregibles ni intimidables. ROXIN, «*Sentidos y límites de la pena estatal*» en «*Problemas básicos del derecho penal*», cit. p. 15.

(18) Introducida en su sentido moderno por FEUREBACH, FILANGIERI y BENTHAM, concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad. Se previene frente a la colectividad y con anterioridad al delito. Este fin que en el Antiguo Régimen se confiaba a la ejemplaridad de la ejecución de la pena, fue traladado por el autor alemán, desde la perspectiva legalista propia del liberalismo, al momento de conminación contenida en la ley. La pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos para que no delincan. La ejecución de la pena sólo tiene sentido en esta construcción para confirmar la seriedad de la amenaza legal. MIR PUIG, *Derecho penal (Parte general)*, cit. p. 56.

(19) Armin KAUFMANN, citado por Mir, señala tres cometidos en la prevención general positiva: una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; y, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho, no una actitud moral. Cfr. *Derecho penal*, cit. p. 57.

(20) El delito se instituye en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado, como infracción de bienes estatales, como lesión de bienes jurídicos (valores) que la sociedad constituida en Estado estima necesario proteger. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el derecho Penal» en el libro colectivo coordinado por BERISTAIN y de la CUESTA donde se recogen

II.1. La aplicación partir de los años sesenta en norteamérica y países escandinavos de las tesis resocializadoras y los excesos que con ello se provocaron (21), condujeron a un movimiento denominado neoclásico o garantista, cuya principal aportación desde la perspectiva que aquí interesa es la relevancia otorgada a las garantías del Estado de Derecho, como elemento legitimador del Derecho penal en orden a la prevención general (22).

Una aproximación a la situación actual del derecho penal nos sitúa ante un complejo panorama en el que la doctrina destaca, entre otros y atendiendo a su relevancia desde la óptica del proceso, los siguientes elementos: a) la progresiva incriminación (23), en clara tensión con otras dos tendencias cuales son: la mínima intervención penal y el escepticismo ante la pena privativa de libertad como instrumento adecuado para la prevención especial, singularmente para la resocialización; y, b) la prevención como paradigma dominante, con grave riesgo —se

múltiples ponencias del «curso sobre victimología» organizado por el Instituto Vasco de Criminología, celebrado en San Sebastian del 1 al 4 de agosto de 1989.

En cuanto a la reparación, en sus múltiples versiones (pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito, junto a la sanción penal, así en España, Portugal y países iberoamericanos, o regulada a través de un proceso de adhesión, como Alemania; como circunstancia atenuante de la responsabilidad del delincuente, en Austria, Italia y Grecia; o, sin ánimo de exhaustividad, como condición de la concesión de una 'probation' o de instituciones próximas y presupuesto de beneficios penitenciarios, en Alemania, Dinamarca, Austria y los EE.UU. de norteamérica) actúa además como factor coadyuvante de la resocialización. La bibliografía es muy abundante, y puede hallarse en cualquiera de los trabajos monográficos elaborados por la doctrina penal.

(21) Determinados movimientos científicos fueron el origen de lo que se ha dado en denominar «despedida de Kant y Hegel» en la teoría de los fines de la pena y la aparición —sobre todo en los países escandinavos y norteamericanos— de teorías de prevención especial resocializadoras, a tenor de las cuales —en su versión más radical— la pena debía sustituirse por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (proporcionalidad, culpabilidad, principio de hecho) sino que debían atender a la constatación de una peligrosidad en el sujeto. Vid. entre otros y por todos MIR PUIG, «Introducción a las bases del Derecho penal», Barcelona, 1976, pp. 68 y ss., OCTAVIO DE TOLEDO, «Sobre el concepto de derecho penal», Madrid 1981 p. 210 y SILVA SÁNCHEZ, «Aproximación...», cit. p. 27. De su fracaso y exceso, dan noticia, GARCÍA PABLOS, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal» en «Estudios penales», Barcelona 1984, pp. 17 y ss. y, MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito» en Mir Puig (comp.) «La reforma del derecho penal», Bellaterra 1980, pp. 61 y ss.

(22) Se vuelve a planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX. La finalidad no es otra que el poder punitivo del Estado se someta a control y quede vinculado a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad. vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aproximación...», cit. pp. 35-36.

(23) En la que influye no poco la protección de bienes jurídicos, como criterio criminalizador, y no al contrario según actuaba originariamente. «Lo que clásicamente se formuló como una crítica al legislador para que se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas». HASSEMER, W., *Crisis...*, cit. p. 638.

afirma— para las garantías, entre otras la aplicación de los principios de igualdad y de tratamiento igualitario (24).

¿Cómo se ha desarrollado entretanto la ciencia procesal penal y su objeto de análisis?

¿Puede hablarse también en su seno de una constante crisis?

¿Cuales son sus principales problemas y las soluciones que se sugieren para remediarlos?

Si, como se admite unánimemente, el derecho procesal penal debe encaminarse a realizar el derecho penal material: ¿Han de formularse de manera idéntica los fines de la pena y los fines del proceso penal?

Sin perjuicio de posteriores matizaciones al hilo de cuestiones más concretas, conviene volver a recordar ahora que la relación derecho penal-derecho procesal penal se presenta, al menos, en dos planos diversos. En cuanto vía de materialización del derecho penal, éste suministra al proceso su objeto (la imputación y la consecuencia jurídica). En cuanto el fenómeno procesal constituye un suceso histórico y dinámico (una situación jurídica) que comprende no sólo las relaciones entre las partes, sino las de estas con el Estado, y en donde entran en juego principios constitucionales y procesales que directamente nada tienen que ver con el derecho penal material (derecho a proponer pruebas, derecho a conocer de las actuaciones, derecho a no declararse culpable, derecho a no declarar contra uno mismo, a no testificar, a no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio..... (25).

2. Por lo que hace al panorama procesal, el enjuiciamiento penal español o por mejor expresarlo, el legislador y un amplio sector de la doctrina, de manera similar al resto de los ordenamientos procesales de nuestro ámbito jurídico, sitúan el aspecto más negativo del orden procesal penal en su lentitud, lo que unido a la creciente incriminización ha abocado a un práctico colapso de la Administración de justicia que redundando inevitablemente en una pérdida de confianza en la misma y una ausencia de eficacia de la pena, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la prevención general (26).

(24) Una relación de autores y trabajos sobre la situación actual del derecho penal excede el marco de este trabajo; sirva a estos efectos el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, J.M., ya citado, por su actualidad y completa bibliografía.

(25) Señala HASSEMER, «El proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del Derecho penal. En él se realiza el Derecho penal material, que le suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisoria, no viene juzgada por el derecho penal material». cfr. *Introducción...*, cit. p. 125.

(26) La vía jurisdiccional de resolución de conflictos es frecuentemente acusada de varios aspectos negativos: su formalismo y rigidez que le impide adecuarse a la versátil realidad social; su duración y coste; la publicidad como elemento intimidador; la atención más centrada en los aspectos contradictorios que en los que pueden ser objeto de acuerdo.

En cuanto a la prevención general y la ineficacia de la pena, deben recordarse, las advertencias que ya formulara BECCARIA en 1764: «quanto la pena será piú pronta e piú vicina al delitto comesso, ella sara tanto piu giusta e tanto piu utile».

El proceso penal, la justicia penal, se afirma, no funciona. Resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la ya citada progresiva incriminación han vuelto a justificar una limitación de aquél a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado, como intentaré demostrar seguidamente. El carácter altamente formal, a su vez, provoca una duración de los procesos que se evalúa como excesiva. Las nuevas formas de criminalidad en el ámbito económico, de la criminalidad organizada o del medio ambiente parecen evidenciar, por su parte, una administración de justicia necesitada de instrumentos actualizadores.

Se produce, así, una huída del proceso hacia mecanismos alternativos, que abarca desde la despenalización de las conductas, hasta la remisión de las mismas a otros ordenamientos (singularmente el administrativo y el civil), pasando por el traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales de muy diversa índole como el arbitraje, la mediación, el consenso... (27).

Sin abandonar el proceso, pero modificándolo más o menos sustancialmente se adoptan las siguientes medidas:

A) Reducir al mínimo la fase instructora —o incluso eliminarla— ante la ausencia de necesidad de continuar la investigación, en atención a cuatro eventuales circunstancias: a) haberse reconocido los hechos (art. 789,V LECrim.); b) la flagrancia de estos últimos (art. 790,1, II y III y 790, 6,V y VI LECrim.); c) la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta (juicio de faltas, arts. 962 y concordantes) o d) resultar de la denuncia, querrela o cualquier actuación procesal (sic) la imputación de un delito, confirmada su verosimilitud (art. 24,1 LO 5/1995 de los Tribunales del Jurado). Y, B) ampliar notablemente los supuestos de conformidad existentes (arts. 791,3, 793,3 LECrim. y 50 LO 5/1995, de los Tribunales del Jurado), a fin y efecto de reducir la fase cognoscitiva o de juicio oral.

No son ajenos a dicha pretensión aceleradora la supresión de recursos contra resoluciones interlocutorias, y singularmente la drástica eliminación del recurso de casación en todos los supuestos de delitos perseguibles con penas inferiores a doce años de prisión, y su sustitución por el recurso de apelación, circunstancia que equivale a establecer un tratamiento diferenciado para los delitos castigados con pena inferior a la citada, y aquéllos cuya pena es superior (28).

Finalmente, lo general del problema se comprueba fácilmente por constituir uno de los aspectos tratados monográficamente por el Comité de Ministros de la CEE el 17 de septiembre de 1987, durante la 410 reunión de los Delegados de los Ministros, de donde surgió la Recomendación n. R(87)18 a los Estados miembros relativa a la simplificación de la justicia penal.

(27) Una primera relación, algo desordenada, en FAIRÉN GUILLÉN, *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid 1991. Los denominados «Alternative Dispute Resolution» comprenden instituciones de muy diversa índole. Unos dependen más o menos de la administración de justicia formal; la formación a partir de instancias comunitarias; la atribución de mayor o menor ámbito de decisión al mediador...vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Medios no judiciales de reparación a la víctima*, mecanografiado, p. 8.

(28) Al margen de la inexistente justificación de este desigual tratamiento jurídico, se provocan problemas añadidos señaladamente en el ámbito penal. Vid. mi trabajo, *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en RGD, julio-agosto 1994.

Completan, finalmente, las medidas adoptadas con este objetivo las limitaciones en cuanto a: los efectos de determinadas actuaciones del acusador privado en el proceso abreviado (29), el ofrecimiento de acciones (30), o la agilización del procedimiento (31).

Toda esta dinámica, que se enmarca en tendencias comunes de las últimas reformas de ordenamientos procesales vecinos como el portugués y el italiano implican, no obstante, una notable reducción de garantías que debe ponderarse en relación, precisamente, con las citadas finalidades de la pena. Evaluación que ha de atender, en definitiva, a los fines en tensión: del derecho penal (de lo punitivo), y del derecho (las garantías) (32). La meta, el objetivo común, consiste en procurar reducir las tirantezas existentes en tres ámbitos de no siempre fácil conciliación: la necesidad de protección de la sociedad, de la víctima, y del delincuente, desde una perspectiva penal, y los postulados que exige el Estado de Derecho en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de derechos de los ciudadanos ante esta última en textos legales fundamentales: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Constitución, etc.

(29) Singularmente en torno al artículos 790,1 LECrim —objeto en su día de resolución del Tribunal Constitucional, favorable— y conforme al cual, a la hora de acordar la apertura del juicio oral, y solicita de las partes acusadoras que se pronuncien sobre tal apertura, el sobreseimiento o la práctica de diligencias complementarias para esclarecer suficientemente los elementos de la acción penal (el sujeto o sujetos y los hechos); estableciendo que la solicitud del órgano de la acusación oficial es vinculante para el juez, y no lo es la que proviene de las restantes partes acusadoras.

(30) Que en el proceso ordinario por delitos graves obliga al juez a «buscar» entre todas las partes acusadoras, y en su defecto, a plantear el sostenimiento de la acción ante el superior del Ministerio fiscal; en tanto en el proceso abreviado se reduce a elevar la cuestión al superior del órgano oficial de la acusación.

(31) Reducción de la fase de instrucción preparatoria a las actuaciones mínimas si se estima suficientes las practicadas en el atestado (arts. 789,1, 2, 3 y 4, y 790,1); establecimiento de plazo común para las acusaciones y la defensa a efectos de formular el escrito de acusación o solicitar el sobreseimiento (arts. 790,1 y 791,1); utilización del recurso de queja en lugar del de apelación; limitación de las consecuencias anulatorias de la vista (art. 793,4); supresión de gran número de trámites (arts. 789,4, y los enumerados en el artículo 785, todos de la LECrim); o posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en determinadas circunstancias (art. 793,1), entre las más destacables.

(32) No es suficiente afirmar que el fin del derecho penal es el de las consecuencias jurídicas (penas y medidas), configurándose los demás fines como meros límites a esa fundamentación puramente preventiva. Debe tenerse en cuenta una tercera consecuencia jurídica: la libertad. Dada esa bilateralidad, necesidad de lo punitivo como remedio contra la proliferación de la violencia informal, y la imprescindibilidad de criterios de utilidad y garantísticos como freno a las tendencias tiránicas del poder y factor de progreso (minimización de la violencia estatal) debe hablarse de fines, en plural, del derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit. p. 193. En ningún caso puede el legislador llevar la desformalización hasta el punto de abandonar una de las tareas fundamentales del derecho penal, como son las garantías formales, con la correspondiente lesión del principio de legalidad». HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanc, 1989, p. 175.

Varias de estas soluciones, como se ha señalado, parten del previo rechazo de la que podríamos denominar «opción jurisdiccional». Nacen y se justifican, en efecto, por el fracaso del proceso judicial como medio idóneo para solventar el conflicto social originado por el hecho delictivo. Frente a las mismas parece elemental someter a consideración el peso de la historia, de una teoría del proceso elaborada durante siglos, y del recordatorio de los abusos que marcaron la necesidad de un proceso garantista como instrumento elemental para la justicia penal. El esfuerzo de depuración conceptual y de juridificación descrito al inicio de este trabajo, singularmente a partir del siglo XIX, o la desaparición de una concepción privada del derecho penal, deben al menos situarse en la balanza frente a otros elementos de signo más utilitarista. Máxime cuando a la postre, la mayoría de soluciones alternativas terminan buscando su legitimación en el cumplimiento de una serie de garantías tomadas directamente del derecho procesal. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto, actual y debatido de las sanciones administrativas, del que a modo de ejemplo, paso seguidamente a destacar algunos aspectos ilustrativos de la afirmación que acabo de realizar (33).

3. En España, pese a la concepción de la potestad sancionadora, conforme a la cual la recepción e interpretación de la separación de poderes no impedía en modo alguno a la administración ser titular de una potestad sancionadora propia, el constitucionalismo decimonónico atribuyó la potestad punitiva estatal a jueces y magistrados (34). Sintetizando al máximo una evolución estudiada por la dogmática administrativa y penal, a partir de la Dictadura de Primo de Rivera y a través de la República y la época franquista, una creciente politización y utilización del poder sancionador en materia de orden público o en relación con derechos fundamentales, ha disparado los poderes sancionadores de la Administración (35). A esta circunstancia se ha unido la ya señalada insuficiencia del sistema penal en un doble plano, el material en temas como el tráfico, la vivienda, el medio ambiente, o las actividades comerciales, en conjunción con tendencias en el ám-

(33) No puede ser otra la finalidad de las breves líneas que siguen, referidas a un tema de tanta enjundia y complejidad, que por otra parte, es objeto de profundo interés y análisis por muchos especialistas, desde diversas perspectivas.

(34) Los artículos 242 y 248 de la Constitución de Cádiz consagraban este monopolio y el artículo 172 prohibían al Rey «privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle por sí pena alguna». Esta negación se compatibilizaba, no obstante, con el reconocimiento de un cierto ámbito de competencias a los alcaldes. MATTES, H., *Problemas de Derecho penal administrativo: historia y Derecho comparado*, Madrid, 1979 y, PARADA, R., *Derecho administrativo*, I, pp. 456 y ss. Un análisis más pormenorizado del período decimonónico en la obra de NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 2 ed., Madrid, 1994, pp. 49 y ss, bajo el esclarecedor título: «La lección del siglo XIX».

(35) NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit. «passim»; PARADA, R., ob. cit. pp. 460 y ss., y, MARTÍN RETORTILLO, L., *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, 1973, entre otros.

bito penal hacia la mínima intervención (36); y el procesal, a causa singularmente de la rigidez de determinadas reglas (*nulla poena sine iudicio*), la disminución en el enjuiciamiento de una participación funcional, originada en la mayoría de las ocasiones en privilegios hoy en día difícilmente justificables, y muy especialmente, la que ha sido descrita como retirada de los jueces, desbordados por el trabajo (37).

En este tránsito del derecho penal al administrativo, la Constitución de 1978 y la posterior labor interpretativa del Tribunal Constitucional han incidido de manera relevante en el sentido específico de exigir la incorporación al ámbito sancionador administrativo de las garantías procesales —que en su mayoría referidas al proceso penal— se contemplan en el artículo 24 de la Norma Suprema (38). En esencia y muy apretado resumen, se condiciona la imposición de sanciones administrativas a la concurrencia de los siguientes requisitos (39): a) la aplicación del principio de legalidad; b) la interdicción de las penas privativas de libertad; c) el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el citado art. 24 (40); y, c) la subordinación de la potestad sancionadora de la administración a la autoridad judicial. Además, se condiciona el ejercicio de dicha potestad a la observancia de determinado procedimiento (41) y a la necesidad de audiencia del interesado.

(36) Ejemplo claro lo constituye la última reforma del código penal por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, y especialmente en aquéllos supuestos en que amén del criterio general justificador de la despenalización que alude a las exigencias de *ultima ratio* y del carácter fragmentario del derecho penal, se trata de conductas de mero incumplimiento de disposiciones del orden administrativo, por ejemplo el antiguo artículo 577,4 (falta de infracción de las disposiciones sanitarias dictadas por la administración sobre conducción de cadáveres y enterramientos) o el derogado artículo 581,4 (infracción de los reglamentos, ordenanzas y bandos de la autoridad sobre elaboración y custodia de materiales inflamables, corrosivos o productos químicos que produzcan estragos).

(37) NIETO, *Derecho sancionador*, cit. p. 82. Como indica este autor, si se hicieran realidad los sueños garantistas de GARCÍA DE ENTERRÍA y PARADA, se colapsaría de inmediato la Administración judicial o habría que multiplicar por diez mil (sic) la plantilla judicial. Desde una perspectiva procesal, GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, 1994.

(38) El art. 25 CE al establecer el principio de legalidad en materia punitiva, lo refiere tanto a la penal como a la administrativa, lo que en definitiva, constitucionaliza esta última; vid., además, el párrafo tercero donde se admite *a contrario sensu* sanciones administrativas, siempre que no impliquen privación de libertad. Y, finalmente, el art. 45.3 CE con respecto al medio ambiente.

(39) STC 77/1983, de 3 de octubre.

(40) Se han visto derogadas las disposiciones que permitían ejercer la potestad sancionadora sin procedimiento, impedían la revisión jurisdiccional o simplemente la obstaculizaban, como el principio *solvet et repete* o la prohibición de *reformatio in peius*. Y han debido incorporarse las garantías comprendidas en el derecho de audiencia y defensa y a la presunción de inocencia.

(41) Procedimiento al que serán aplicables las garantías contempladas en el art. 24 CE. Así, y ya recogidas por las Leyes administrativas: separación entre el órgano instructor y el órgano sancionador (art. 134,1 y 3 LRJAP y LPA); derechos de audiencia y defensa que comprenden (a) derecho a ser notificado de los hechos que se imputan y de la sanción que puede corresponder, así como de la autoridad competente y de la norma que le atribuye la competencia, y a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa pertinentes (art. 135 LRJA y LPA); derecho a la presunción de inocencia...

Con todo, y quizás porque la completa asimilación eliminarla las razones del mencionado tránsito y los efectos de la construcción jurisprudencial de «la doble potestad sancionadora», nacida de la «unidad superior» del *ius puniendi* (42), esta tendencial equiparación deja diversos y relevantes aspectos en el camino, y de ahí lo ilustrativo del ejemplo. Entre ellos y por citar tan sólo «las adecuaciones» y «matices» más relevantes (43): a) la exigencia de reserva legal que opera en materia penal, «rebajada» para las sanciones administrativas a la denominada por el TC «cobertura legal» y que permite que la tipicidad pueda remitirse a la potestad reglamentaria (44); b) la admisión de supuestos que vulneran el derecho a no declarar contra sí mismo (45); c) la exclusión del derecho a la asistencia letrada; y, d) la admisión de ejecución de la sanción, pendiente recurso contra la misma, en clara contradicción, tanto con el principio de presunción de inocencia, cuanto con la efectividad de la tutela judicial, que puede malograrse o devenir imposible si los efectos de la sanción ejecutada no son fáciles de remediar en caso de resolución posterior que anulara la

(42) STC 18/1981 y las consecuencias dogmático-conceptuales que de la misma extrae NIETO, ob. cit. pp. 86 y ss. y 156 y ss. Entre estas, singularmente, la inspiración del derecho administrativo sancionador en el derecho público estatal, de donde emana, y no del derecho penal, que es una de las variantes de aquél. Se apresura, no obstante, el autor a señalar, teorías al margen, la necesidad de aplicar un derecho penal más elaborado en atención a su mejor técnica y experiencia, y a la aplicación general de la garantía de los derechos individuales que la legislación penal ha consolidado.

(43) Se utilizan estos términos en el sentido exigido por la jurisprudencia, respecto de la aplicación de los principios penales a las sanciones administrativas. SSTC de 18 de junio de 1981; 66/1984; y 181/1990, así como una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, citada y analizada por NIETO, ob. cit. pp. 171 y ss.

(44) La ley formal sólo debe contemplar una descripción genérica de las conductas sancionables: las clases y cuantía de las sanciones; no la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas. SSTC 15 de octubre de 1982; 14 de junio y 3 de octubre de 1983; y 7 de abril de 1987. O como indica la más reciente STC 61/1990 la aplicación en el campo sancionador del requisito de legalidad formal y constitucional, no impide hablar de una adaptación a los casos de relaciones administración-administrado, en concordancia con la intensidad de la relación.

(45) La tipificación como infracción tributaria de la 'falta de aportación de pruebas contables o la negativa a su exhibición dentro de un expediente sancionador (art. 83,3f LGT) equivale a un deber de colaboración contra uno mismo, que con base en poco convincentes razones de garantía judicial efectiva (STC 166/1986), otorga a las inspecciones administrativas y tributarias poderes que no se reconocen al juez de instrucción por atentar contra el derecho del inculcado a guardar silencio y a no proporcionar pruebas o documentos que le comprometan. Como certeramente señala PARADA: «En definitiva, el fondo de la cuestión está en que sigue pesando la concepción dual del poder punitivo del Estado que, en contra de lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, separa de forma inadmisiblemente a efectos de garantías procesales la sanción penal de la administrativa para soslayar los principios garantizadores que inspiran la aplicación de cualquier derecho punitivo», «Derecho administrativo...», cit. p. 493.

sanción; o, la garantía del *nulla poena sine iudicio*, que obliga a respetar la situación previa a la sentencia de primera instancia (46).

Sirva este ejemplo para reflexionar, cuando menos, sobre dos cuestiones: la dificultad inherente a la mecánica traslación de institutos jurídicos a realidades diversas; y el camino 'de ida y vuelta' que con dicho trasiego se provoca, en razón generalmente de la búsqueda inicial de mayores garantías en su aplicación, que deriva en una segunda etapa de sustitución de estas por instrumentos que cedan a la eficacia, ya sea por adecuación a la propia naturaleza, ya por necesidad de mayor celeridad, para tornar finalmente a la necesidad de aplicar a estos segundos instrumentos mecanismos garantistas que quizá coincidan con los originariamente eliminados. Se tratará, a la postre, desde la perspectiva de las finalidades de la pena, de evitar el citado riesgo, incorporando una opción legislativa previa (de política criminal) consistente en ponderar el objetivo que debe perseguirse por medio de la pena, en relación con las garantías que a su través quedarán limitadas o sencillamente eliminadas (47).

4. Perfiles diferentes presenta la alternativa consistente en modificar los efectos del proceso a través de instrumentos más allá de la determinación e imposición de una pena o medida de seguridad (mediante la reparación, por ejemplo). O cuando el remedio se centra en la restricción del principio de legalidad. En estos casos, el juicio de valor afecta directamente al proceso, a sus mecanismos garantistas, y a la postre, a la Administración de justicia y la confianza depositada en ella por los ciudadanos. En tanto aquél primer juicio de política criminal actúa y resta en el ámbito legislativo, incidiendo en el jurisdiccional sólo en cuanto lo aligera de trabajo, éste, al tener un efecto más directo en la citada Administración de justicia, debe evaluar los efectos en todo su complejo

(46) PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo...*, cit. p. 515.

(47) El riesgo se incrementa cuando la se adoptan «soluciones desformalizadas» como arbitrajes, la composición o la misma conformidad. Si bien las mismas ofrecen la ventaja de aliviar la sobrecarga de la administración de justicia, y de ofrecer al implicado una forma de elaboración del conflicto más adecuada a sus intereses (en el círculo social de la empresa y corporación, por ejemplo); el propio implicado recibe menos garantías: se le obliga de algún modo a confesar y a arrepentirse; se limitan sus posibilidades de actuación y defensa; y no se elimina la estigmatización del proceso, sino muy al contrario, puede incrementarse, ya que todo se realiza y percibe en ámbitos reducidos y cercanos a la intimidad. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit. p. 127. Una perspectiva penal y procesal penal, donde se acomete la necesidad de modificar el proceso penal y las garantistas que debe tomarse en consideración la efectua WOLTER, J., *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, München, 1989.

entramado, enmarcándose en una opción coherente con el sistema procesal y las garantías que el mismo comprende (48).

En este orden de cosas y a partir de un argumento no siempre lineal, en virtud del cual, la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad, conduce ineludiblemente a la adopción del principio de oportunidad, una amplia corriente doctrinal aboga por la extensión del mismo a un creciente ámbito de aplicación (49). Este argumento se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden: a razones de interés social o utilidad pública (50); a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquéllos otros en los que la pena carece de significación (51).

(48) A raíz de la reforma que se produjo en 1988 (Ley de 28 de diciembre) y al hilo de su discusión previa se produjeron informes negativos respecto de la incorporación a nuestro ordenamiento de dos temas fundamentales: el principio de oportunidad, y la atribución al fiscal de la fase investigadora. Diversas Juntas de Fiscales, el CGPJ y un buen número de autores se pronunciaron en contra del entonces Proyecto. Y las críticas, como se deduce de la abundante bibliografía al respecto, no han mitigado. Reduciendo las citas a las monografías son especialmente ilustrativas cuatro: DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales investigadores, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, 1988.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, ANDRÉS IBÁÑEZ, CONDE-PUMPIDO TOURÓN; PÉREZ MARINO y VARELA CASTRO, *La reforma del proceso penal*, tecnos, 1990; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, 1991; y BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal español*, Tirant lo Blanc, 1994. Argumentos a favor pueden encontrarse en la obra de GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1990 y en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989.

(49) El razonamiento falla en su conclusión. La exclusión de la sujeción al principio de legalidad, como causa esencial del colapso de la administración de justicia, puede valorarse como un buen o el mejor remedio o no, pero en todo caso no es el único. Junto a él y en una primerísima aproximación figuran, cuando menos: el incremento de la dotación de la administración de justicia de medios personales y humanos, y la eliminación de determinadas conductas del código penal, y con ello, la necesidad de un proceso para imponer la pena en él prevista.

(50) La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y, favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación. Gran parte de estos motivos han sido incorporados por el ordenamiento procesal penal alemán, en los párrafos 153 y ss. StPO. A pesar de ello, no toda la doctrina alemana coincide en su bondad, vid. HÜNERFELD, *Kleinkriminalität und Strafverfahren*, en ZStW, 1978, pp. 909 y ss.; NAUCKE, *Emphielt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?*, Gutachten für 51 DJT, 1976, T. I., pp. 115 y ss.; MOOS, *Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte*, 1981, pp. 141 y ss.; y, entre otros, RIESS, P., en *Löwe-Rosenberg Grosskommentar*, 23 ed., 1986.

(51) ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*..., cit. pp. 194 y ss.

Sería reiterativo volver a exponer los problemas jurídicos que suscita la incorporación del citado principio al ordenamiento español, amén de los que diferentes voces han puesto de manifiesto sobre todo a partir de la nueva regulación de la conformidad por ley de 28 de diciembre de 1988 (52). En su defecto, señalaré las conclusiones —o más bien elementos para la reflexión— que desde un punto de vista general ofrece el principio de oportunidad en el conjunto del sistema procesal penal de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta perspectiva cuenta con la ventaja añadida de poderse trasladar en muchos aspectos a otras tendencias actuales, imposibles de pormenorizar aquí y ahora, que como la reparación constituyen en varias de sus manifestaciones también aplicación del principio de oportunidad (53); así como ser un ejemplo señero de la necesaria conexión, en ocasiones, entre fines de la pena y del proceso penal.

Las referencias incidirán fundamentalmente en aquéllas extereorizaciones —de entre las muchas que el principio de oportunidad ofrece (54)—

(52) A mero título indicativo, con carácter general, pueden consultarse, AAVV, *El nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1989; AAVV, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit. pp. 145 y ss.; CALVO SÁNCHEZ, *La reforma del proceso penal*, en Poder Judicial, n. 17; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Principio de legalidad y el uso de la oportunidad*, en Poder Judicial, 1987; FAIRÉN GUILLÉN, *Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988*, en Justicia 1989; GIMENO SENDRA, *La nueva regulación de la conformidad (Ley orgánica 7/1988)*, en La Ley 1990.3, pp. 977 y ss.; ORTELLS RAMOS, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia, 1989; DE LA OLIVA SANTOS, *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, en RGD, oct. nov., 1992, pp. 9853-9903; y, BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1994.

(53) La reparación presenta múltiples vertientes, cuyo análisis ha venido efectuando la dogmática penal, sobre todo a partir de que la victimología llamó la atención sobre el olvido en que aquélla había situado al perjudicado por el delito. En Alemania, país donde su estudio ha sido especialmente intenso y los defensores particularmente entusiastas como se pone de manifiesto en la obra «Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), Munich, 1992», se ha incorporado a su Ordenamiento Jurídico en el año 1995, limitado a la denominada criminalidad bagatelaria. Desde la perspectiva procesal, las cuestiones que suscita su aplicación —y cuya simple cita desbordaría los cauces de este trabajo— deben tener presente el sistema procesal al que se incorporaría, partiendo de aspectos esenciales como el principio de legalidad —que es el que aquí se resalta— para llegar a otros—, como el efecto que provocaría en la persecución penal (ejercicio de la acción, defensa del interés público, ejecución de la pena, etc) cuando la adopción de mecanismos como este conlleva sin duda una nueva aproximación a metodos propios del derecho privado.

(54) De carácter muy amplio, comprensivo de todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, como defiende BACIGALUPO, *Descriminalización y prevención*, en Poder Judicial, 1987, n. esp. II, pp. 14 y ss. De ámbito relativamente amplio, que abarca institutos como la querrela, denuncia, indulto, amnistía, etc...en opinión de GIMENO SENDRA, *Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*, Justicia, 1987, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad*, en Poder Judicial, 1987. Hasta, finalmente, un concepto estricto, que particularmente me parece el más correcto, limitado, subjetivamente, a los órganos públicos y, objetivamente, al marco exclusivo de aplicación del principio de legalidad en el proceso, ARMENTA DEU *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit. p. 210.

que afectan directamente al proceso de dos maneras concretas: no iniciándolo, a instancias del fiscal, con arreglo a la concurrencia de determinados requisitos (55); y poniéndole fin anticipadamente por efecto de la conformidad entre el acusado y los acusadores (56).

A) En cuanto a la primera manifestación conviene señalar inmediatamente que no existe en España un precepto legal semejante a los parágrafos 153 ss. de la StPO alemana. La reforma de 1988 pretendía, como se admite hoy sin ambagues, modificar el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encomendando la dirección de la fase instructora al fiscal, como paso previo para introducir una aplicación semejante del principio de oportunidad. Pese a que aquél primer objetivo se frustró, por la inclusión en el articulado de la obligación del fiscal de cesar en sus actividades instructoras así tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 785bis,3 LE-Crim), esta pretensión vuelve a manifestarse en la reciente Ley Orgánica de los Tribunales del Jurado (vid. Exposición de Motivos). La conformidad, por su parte, será objeto de unas consideraciones finales, al término de estas conclusiones en torno al principio de oportunidad.

Frente a los argumentos que militan a favor de la inclusión en nuestro ordenamientos procesal del principio de oportunidad en sus modalidades más amplias, deben ponderarse a mi juicio ineludiblemente las siguientes consideraciones:

a) El principio de oportunidad surge —la historia lo demuestra— ante la incapacidad de la Administración de justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor.

Si así sucede, las limitaciones al deber de persecución que su uso implica han de someterse en todo caso a requisitos de diversa índole. Por una parte, el respeto de los principios constitucionales y procesales y su configuración de manera tal que queden salvaguardados: la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la atribución de la función jurisdiccional a los órganos a quienes le viene encomendada (art. 117 CE). Por otra parte, la pretensión aceleradora no debe ser ni la única, ni quizá la finalidad prioritaria: las tendencias de política criminal y de derecho penal imperantes constituirán el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder ante la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así, las que concurren en el hecho, en el autor, en la víctima, los intereses del Estado...) (57).

(55) Apartado A).

(56) Apartado B).

(57) Son muy abundantes los trabajos de la doctrina alemana a este respecto. Destacan entre los que limitan el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a la concurrencia de una serie de garantías RIESS, «Die Zukunft des Legalitätsprinzips»,

b) Desde el momento en que el principio de oportunidad implica la excepción de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho —como garantía frente al abuso de las facultades públicas— su implantación debe arrostrar el peligro de desequilibrar aquéllos, especialmente en países en los que, como España, la fiscalía carece de la necesaria independencia (58). Asimismo han de constatarse, desde esta perspectiva, dos riesgos: el uso indebido de las facultades discrecionales en favor de los intereses del ejecutivo; y la quiebra de la imparcialidad, al aunar las funciones acusadoras y enjuicadoras, esta vez en manos del fiscal (59).

c) No es cierto, por otra parte, que la vigencia absoluta del principio de legalidad corresponda a una concepción kantiana del derecho penal. Como se ha demostrado cumplidamente a través de las diversas fundamentaciones que el principio de legalidad ha tenido a lo largo de la historia, esto es, garantizar la justicia sin consideraciones particulares hacia la persona; ser el correlato del monopolio de la acción penal en manos del fiscal; y establecer el derecho de pretensión material; el repetido principio no tiene una fundamentación única en el derecho penal, sino que obedece a otros motivos que exceden este marco y con los que debe conjugarse; así, las finalidades de la pena serán decisivas para el establecimiento de las excepciones al deber de perseguir un delito y sus requisitos. Pero este supuesto excepcional no deberá suponer atribuir a un órgano no jurisdiccional funciones que sólo a jueces y magistrados corresponden (60).

NSZ, 1981, y los comentarios correspondientes a los párrafos 151 bis a 157 y el 172 de los *Löwe-Rosemberg Grosskommentar*, 23 ed., 1986. Partidario de un ámbito de aplicación más amplio es WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978. Una completa referencia a todas las cuestiones en mi obra, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit. pp. 58 y ss.

(58) Como los recientes casos de corrupción política parecen haber puesto de manifiesto, toda precaución no es exagerada a la hora de salvaguardar las garantías del Estado de Derecho, la separación de poderes, y la independencia judicial, especialmente en aquéllos casos en que se plantearon conflictos entre los intereses generales y los particulares del Gobierno. El hincapié que el último Fiscal General del Estado (Sr. Granados) efectúa en todas sus declaraciones sobre la sujeción en su actuación al principio de legalidad, no dejan de servir de ilustración de lo afirmado en estas conclusiones.

(59) Y ello a pesar del límite que el cumplimiento del art. 10 CE implica, en cuanto a la necesidad de su adopción por un órgano jurisdiccional, respecto de toda medida limitativa de derechos fundamentales en la fase instructoria, y del certero argumento en virtud del cual, siendo el fiscal el órgano al que se encomienda la acusación, debe corresponderle igualmente la dirección de aquella fase que esta destinada a conocer si debe o no ejercitarse. Esta última circunstancia no impide, por otra parte, que en países como en Alemania, en donde la instrucción está encomendada al fiscal, sea un órgano jurisdiccional quien en la fase intermedia revise la corrección de aquélla y corrobore, por ende, la necesidad y conveniencia de apertura de la fase oral (pgfs. 198-212 StPO). Similar opción han adoptado las recientes modificaciones en los códigos procesales italiano y portugués.

(60) RIESS, *Die Zukunft...*, cit. Sobre la figura del fiscal y la atribución de funciones jurisdiccionales: KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, 1980.

d) La sujeción al principio de legalidad o la admisión del principio de oportunidad no llevan consigo una decisión sobre la configuración del proceso a través de un sistema inquisitivo u otro acusatorio (61). De ahí, que la conexión no surja directamente entre fin de la pena y sistema procesal adoptado, sino, en mayor medida, entre fin de la pena a través del principio de oportunidad y su efecto en determinadas garantías procesales: como por ejemplo la citada imparcialidad (62),

e) No conviene olvidar que si la aplicación del principio de legalidad garantiza la igualdad ante la ley, la vigencia del principio de oportunidad equivale a consagrar la desigualdad, de manera no siempre suficientemente justificada (63).

f) Aunque desde la perspectiva de las finalidades de la pena, el principio de oportunidad propicia la efectividad, al permitir la persecución de los delitos mas graves, omitiendo la de los llamados bagatelarios; sus consecuencias desde perspectivas de prevención general son ciertamente discutibles por su efecto perverso sobre la credibilidad del sistema y la seguridad jurídica (64).

g) Como las diversas legislaciones han ido demostrando, la aplicación del principio de oportunidad requiere, a modo de condición para su efectividad, la atribución del ejercicio de la acción penal a un órgano oficial en régimen de exclusiva. Circunstancia que no concurre en el sistema de la LECrim. La acción popular, contemplada en su artículo 101 y en el 125 de la Constitución, implica el ejercicio de un interés general, no particularizado, concebido como instrumento introducido en el proceso para mayor garantía de que el fiscal cumplirá con su función, con-

(61) Aun cuando es más natural someter al juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1935, p. 73.

(62) Un sopesado análisis de los fundamentos, ventajas y aspectos críticos de incorporar el principio de legalidad o el de oportunidad en el trabajo de HASSEMER, W., *Strafverfolgung und Strafverzeit* en «Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein», Heymans, 1992, pp. 529 y ss. Una frase de las condiciones que este autor señala como criterio optativo sirve de buen ejemplo de una opinión que comparto: «Die Legalität steht eher für die Gerechtigkeit, die Opportunität steht eher für die Zweckmäßigkeit (Effektivität, politische Klugheit). Damit ist über die Prinzipien noch nicht einmal ein beachten, dass die Gerechtigkeit das Ziel, die Zweckmäßigkeit aber die restriktive Bedingung der Zielverfolgung ist, vereinfacht ausgedrückt: So viel Legalität wie möglich, so viel Opportunität wie (aktuell politisch und ökonomisch) nötig», cit. p. 537.

(63) Este argumento se toma a favor para aquellos autores que preconizan un tratamiento diferenciado y adecuado a cada caso a través de la mayor amplitud del campo de discrecionalidad. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, 1978, p. 180.

(64) RIESS, P., *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, en NStZ, 1981; GÖSSEL, *Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren*, en «Festschrift für Dünnebiel», 1982; HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, en ZStW, 1980; ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, en DRZ, 1969; WOLTER, *Strafverfahrensrecht und Strafprozessreform*, en GA, 1985; y, HASSEMER, *Strafverfolgung...*, cit.

forme a la más estricta legalidad a la que la propia Constitución y su Estatuto le someten. En todo caso, parece incuestionable la dificultad de articular un uso discrecional del ejercicio de la acción penal que determine la persecución de determinados delitos, si la decisión negativa puede verse arrumbada por el legítimo ejercicio de la acción citada (65).

h) los intereses de la víctima son preteridos, a excepción de que su previa satisfacción figure como condición para aplicar el principio (66).

B) En cuanto a las conformidades, puede resultar de utilidad recordar algunas elementalidades sobre la esencia de nuestro proceso. Desde una perspectiva teleológica éste se orienta y estructura de acuerdo con la búsqueda de la verdad material, lo que configura el primer gran obstáculo para toda solución consensuada, fundada necesariamente en la búsqueda de la verdad formal (67). Esta circunstancia tiene no poco que ver con otra característica esencial: la no disponibilidad sobre el derecho objeto del proceso penal, en atención a la naturaleza pública del interés en juego, que determina la imposible disposición del derecho por parte de quien esta sujeto en su ejercicio a la legalidad, y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos (68).

A ello se une el efecto limitador, cuando no excluyente, que provoca sobre otras garantías fundamentales, singularmente:

a) la igualdad entre las partes negociadoras, ya que en tanto una se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad, lo que convierte el preten-

(65) De ahí, cabe pensar, la novedosa oposición que esta acción ha suscitado en determinados sectores doctrinales, vid. *Criminalidad de bagatela...*, cit. p. 201.

(66) Se trataría de supuestos como el contemplado en el parágrafo 153b StPO o en términos más generales los establecidos en la reciente ley alemana sobre «Wiedergutmachung».

(67) La modificación resultaría sustancial. A tenor de la misma, el fin último del proceso no sería alcanzar una verdad entendida como *adecuatio intellectus rei* sino solventar «razonablemente» los conflictos entre partes, porque la «verdad» de las resoluciones judiciales, no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una verdad consensual. VIVES ANTÓN, *Doctrina constitucional y reforma penal*, en Poder Judicial, n. especial, II, p. 106. El objetivo de la búsqueda de la verdad, ni objetiva ni absoluta, pero sí suficientemente contrastada, cede a una actividad no ya cognoscitiva, sino convencional. ANDRÉS IBÁÑEZ, ob. cit. p. 89.

(68) Los artículos 406 y 729 LECrim se encaminan, precisamente, a evitar, por una parte, que los esfuerzos del órgano investigador se enderecen a lograr la confesión del acusado, desatendiendo otras pruebas o simplemente no comprobando la veracidad de las mismas, y simultáneamente, por otra parte, a impedir un uso indebido de la admisión de la confesión del acusado. Erigir la confesión en 'regina probae' implica el indudable riesgo de admitir un poder de disposición sobre el objeto del proceso penal, y lo que pudiera resultar más grave, posibilitar la existencia de presiones sobre el acusado tendentes a obtenerla. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *El Ministerio fiscal entre «viejo» y «nuevo» proceso*, en la obra colectiva, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990, pp. 81 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, en RGD, oct.-nov. 1992, pp. 9853-9903.

dido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse (69), a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensua y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes (70). Y,

b) la renuncia, no sólo al derecho de defensa —aspecto que el Tribunal Constitucional ha declarado factible— sino a otros derechos como el no declarar contra uno mismo, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías (y especialmente al juicio oral o a la fase de prueba) y a la tutela judicial efectiva, en alguno de sus específicos contenidos, como el derecho a los recursos (71).

Los fines del derecho penal y de la pena no parecen salir mejor parados. El consenso, según señala la propia doctrina penal es cuestionable desde perspectivas como la justicia del caso particular, la función legitimadora de la culpabilidad, o la individualización de la pena... (72).

(69) En certera afirmación de SHÜNEMANN: «Como lo enseña la psicología del juego en la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica», «*¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*», en Cuadernos del Poder Judicial, n. 8; 1991, pp. 49 y ss.

(70) De manera señalada a tenor de la regulación legal introducida por la citada reforma de 28 de diciembre de 1988, cuya oscuridad y «carácter lagunar» lejos de garantizar conducen al efecto contrario. Convendría tener muy presente, a estos efectos, que en un país como EE.UU. de Norteamérica, donde la negociación está tan arraigada, los diversos mecanismos de *plea bargainig* son objeto de críticas respecto de la necesidad de evitar presiones psicológicas sobre el imputado, conducentes a confesar su culpabilidad, aun cuando pudiera ser inocente, como sucedió en el conocido «caso Ray», acusado del asesinato de M.L. King. Se exige, así, comprobar la voluntariedad («voluntariness»), la exactitud («accuracy, intelligence»), y la existencia de una base fáctica para la confesión («Federal Rules of Criminal Procedure»). DE DIEGO DíEZ, «Algunos apuntes sobre el “plea bargaining” de los USA», comunicación a las «Primeras Jornadas sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas» publicadas en *Poder Judicial*, n. especial, VI, pp. 37 y ss. Sobre la conformidad, con carácter monográfico, puede consultarse BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1994, y en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, «Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag», Munich, 1990.

(71) Sobre la disponibilidad del derecho al proceso y a la pena, FENECH, M., *Derecho procesal penal*, v.II, Bosch, 1960, y FAIREN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1969, p. 259. En cuanto al derecho a los recursos, vid. ARMENTA DEU, *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en RGD, cit., pp. 8105 y ss.

(72) Ni desde el punto de vista de prevención especial, resultaría adecuada la atenuación de la pena derivada del convenio, ya que el condenado —sintiéndose la parte más débil— no tomaría en serio la sentencia. Ni desde el de la prevención general positiva o integradora, ya que el sometimiento a una norma, y a la sentencia que en ella se fundamenta, sólo dará lugar a un efecto reafirmador de la norma, que podría justificar una atenuación de la pena, cuando dicho sometimiento tiene lugar de forma incondicionada. Además, si se atiende a la perspectiva de la prevención general intimidatoria, la amenaza de una pena esencialmente atenuada para el caso de estar dispuesto a confesar para reducir la duración del proceso penal, sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto del pueblo frente a tales prácticas. SCHÜNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal...*, cit. pp. 56-57.

Ante todas estas consideraciones, para concluir, resulta justificado volver a considerar si el principio de oportunidad (en un sentido amplio comprensivo de los mecanismos de consenso, y en buena medida otros, como la reparación en algunas de sus vertientes) y las dificultades que su introducción conllevaría, en relación con el problema originario que pretende solventar (la hipertrofia de la administración de justicia y su consecuente lentitud) no encontraría mejor solución (o al menos, no tan costosa en términos garantistas) a través de sus dos alternativas naturales: el incremento de los medios materiales y humanos a disposición de la misma y/o la simple despenalización de las conductas a que pretende aplicarse, por su escasa relevancia, que parece justificar suficientemente aquélla reducción (73).

A falta de un respuesta radical, probablemente inexistente, torna a surgir la necesidad de ponderar las ventajas que desde una perspectiva global, de derecho penal y procesal penal, avalan tan sustancial cambio en el sistema, sacrificando algunas de las conquistas fundamentales del Estado de Derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. O, por el contrario, fuerzan a continuar la búsqueda de una reforma, con fe en los fines y escepticismo en los medios, e informada en todo caso por la prudencia como arte del Derecho.

(73) Todas las razones que militan en favor de la adopción del principio de oportunidad (razones de interés social o utilidad pública: escasa lesión o falta de interés en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; o evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad-; contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; y constituir el único instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben perseguirse y otros en los que la pena carece de significación) alcanzarían una más amplia efectividad a través de uno u otro de los mecanismos citados.