

Diálogos para el futuro judicial XXVI. Legalidad y Oportunidad: presente y futuro del proceso penal

Coordinación e introducción:

Álvaro Perea González

(Letrado de la Administración de Justicia)

Autores:

Miguel Ángel López Marchena

(Magistrado)

Manuel E. Rosso Pérez

(Letrado de la Administración de Justicia)

Miquel Fortuny Cendra

(Abogado)

Verónica López Yagües

(Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

Luis Lafont Nicuesa

(Fiscal)

Diario La Ley, Nº 9869, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 11 de Junio de 2021, Wolters Kluwer

• ÍNDICE

- Introducción
- 1º. ¿Qué está ocurriendo en las últimas décadas para que la legalidad —entendida como la imperativa aplicación de la norma jurídica— esté dando lugar a mayores espacios de flexibilidad aplicativa, por ejemplo, con la potenciación de la mediación o, de forma más general, de los MASC?
- 2º. Puede parecer una pregunta con respuesta pacífica, pero no siempre existe consenso. ¿Qué es el «principio de oportunidad»? ¿Por qué su planteamiento en el Derecho Procesal Penal suele situarse como antítesis del principio de legalidad? ¿Es realmente un «principio»?
- 3º. El «principio de oportunidad» para poder encontrar virtualidad en la praxis jurídica exige de una previsión certera en la ley. ¿Cómo se articula esa relación entre la ley —general y abstracta— y la oportunidad —singular y concreta— en el caso a caso? ¿Qué criterios debería seguir una correcta regulación legal para no hacer de la oportunidad un campo abierto a la arbitrariedad del aplicador?

- 4º. En el Anteproyecto de LECRIM y en todas las reformas planteadas con relación al «principio de oportunidad» el Ministerio Fiscal se alza como el gran protagonista de esta herramienta procesal. ¿Cómo se concilia la función del Fiscal como defensor de la legalidad y decisor sobre la «oportunidad»? ¿Qué pautas deberían observarse para que la aplicación del «principio de oportunidad» en la práctica respondiese a elementos previsibles? ¿Es precisa alguna reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal más allá de su nueva atribución competencial?
- 5º. La «oportunidad» se presenta como una opción procesal idónea para mejorar el derecho a la reparación de la víctima, así como para estimular la asunción de la responsabilidad por parte del delincuente. Siendo así, cuál sería el momento procesal óptimo para encuadrar la negociación que significa el paso previo a la realidad de la «oportunidad»: ¿la fase de investigación? ¿el enjuiciamiento? ¿la ejecución de la pena?
- 6º. «Principio de oportunidad», mediación penal, Justicia restaurativa... ¿Qué tienen en común todos estos instrumentos del «nuevo» proceso penal y por qué se reivindican frente a las herramientas clásicas del ius puniendi? ¿Enfrenta el Estado de Derecho, en el plano sancionador, un nuevo marco de relaciones entre poder público, víctimas y delincuentes? ¿Estamos dulcificando el derecho a castigar?
- 7º. La pregunta supera el objeto delimitado por el «principio de oportunidad» pero: ¿qué horizonte le queda por delante al proceso español si, finalmente, se incorporan estos nuevos institutos? ¿Caminamos hacia un proceso flexible? ¿Cómo afectará ello al concepto de delito y, de forma amplia, a la Justicia penal?

Resumen

Desde hace décadas, la tensión entre los principios de legalidad y oportunidad viene conformando un nuevo escenario en la investigación y el enjuiciamiento penal. La propuesta por la flexibilidad normativa y la agilidad en la sanción y la obtención de la reparación para la víctima son señas de un (mal llamado) «principio de oportunidad» convertido en una tendencia que roza la realidad legislativa. Pero ¿qué es realmente el «principio de oportunidad»? ¿Qué ventajas propone? ¿Qué riesgos conlleva? ¿Cuál ha de ser el papel del Ministerio Fiscal? ¿Y el de la víctima o perjudicado?

Introducción

Ocurre siempre que las grandes transformaciones, los movimientos subterráneos que confieren posición a la realidad tangible, acontecen de forma silenciosa, imperceptible. En el marco del proceso penal, su histórico e

incuestionable principio elemental —la legalidad— afronta ahora, por virtud de los nuevos paradigmas jurídicos, la aparición de una tendencia que apuesta por la flexibilización de la imperatividad normativa: el «principio de oportunidad»; o mejor dicho (el mal llamado) «principio de oportunidad», emerge entre nosotros como un enfoque (casi) novísimo en la relación de la ley penal con el delincuente y también con la víctima. ¿Pero qué es propiamente el «principio de oportunidad»? ¿Qué ventajas propone y qué riesgos conlleva?

Lejos de cualquier planteamiento cándido o poco realista, urge irremediable el debate sobre un paradigma que proclama la apertura del históricamente rígido proceso penal a formas abiertas y dúctiles en las que el ejercicio del ius puniendi del Estado se convierte en una función del Derecho Penal; importante, sí, pero a la misma altura que la reparación de la víctima, la agilidad en la obtención de la convivencia, o la eficiencia y eficacia en la aplicación de la Justicia criminal y en el empleo de sus medios materiales y personales.

El proceso penal español, regulado por una mejorable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, diana de múltiples iniciativas derogatorias en las últimas décadas, se sitúa en el año 2021 como un marco de investigación y enjuiciamiento exigido de reformas normativas lo suficientemente profundas para conseguir que el Estado de Derecho siga siendo una estructura poderosa, al servicio de todos los ciudadanos, y sobre todo, con capacidad suficiente para preservar la paz social mediante el castigo al culpable y el resarcimiento a la víctima. No obstante, frente al tradicional perspectivismo que localiza en la legalidad estricta y no dispositiva el fundamento esencial del Derecho Penal y su proceso, la modernidad importa para este orden jurisdiccional nuevos instrumentos de comprensión de la lógica procesal. Así, frente al rigor procedimental y penológico, la «oportunidad» se torna en una más laxa opción para el ejercicio de la acción penal, en determinados casos, y con un protagonista singular: el Ministerio Fiscal.

El defensor de la legalidad por definición (artículo 124 Constitución Española) se erige en este espacio libre de la «severidad normativa», precisamente, en un promotor de la «deslegalización», haciendo de la «oportunidad» para el caso concreto una «ley» ajustada a los hechos y a la consecuencia jurídica que merecen los mismos. ¿Justicia flexibilizada en la aplicación de la pena o huida de la legalidad en un camino lindero con la arbitrariedad?

El juicio que confronta legalidad y oportunidad como principios del presente y el futuro, como paradigmas (falsamente) antagónicos de un ordenamiento procesal en constante revisión, no es en absoluto superficial; hiere con toda su fuerza en la esencia misma del Derecho —el mantenimiento de la convivencia a través de la realización de un ideal de Justicia— y con él en el de toda la sociedad. «Legalidad» y «Oportunidad», dos palabras que en contraposición encierran el dilema más intenso de toda la ciencia jurídica: ¿Cuál es el valor que esconde la aplicación de una norma?

1º. ¿Qué está ocurriendo en las últimas décadas para que la legalidad —entendida como la imperativa aplicación de la norma jurídica— esté dando lugar a mayores espacios de flexibilidad aplicativa, por ejemplo, con la potenciación de la mediación o, de forma más general, de los MASC?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«Creo que debemos diferenciar claramente la justicia penal de la civil. Así, mientras en el caso de la primera, rige el principio de oficialidad o legalidad, en la segunda, el principio dispositivo (salvo en los procesos sobre filiación, capacidad y estado civil). También hemos de reconocer que en la LEC se contienen instrumentos para evitar el proceso —acto de conciliación previo—, así como mecanismos procesales para fomentar el acuerdo —intento de avenencia en la audiencia previa del proceso ordinario—, sin olvidar que también están previstas en la legislación soluciones extrajudiciales —arbitraje—.

Dicho esto, hemos de reconocer que en nuestro país falta una cultura del acuerdo, y ello, se evidencia en el constante aumento de la litigiosidad. Ahora bien, la potenciación de mecanismos alternativos a la solución de los conflictos es una preocupación en la Unión Europea. Así, debemos destacar la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 5/2012, de 6 de julio. También debemos destacar la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introdujo la conciliación judicial, notarial o registral.

Otro paso importante, en esta dirección, es el Anteproyecto de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 15 diciembre del 2020, que introduce nuevos mecanismos alternativos a la justicia contenciosa (MASC) con

la finalidad de romper la dinámica de la confrontación; la conciliación privada, la opinión neutral de experto independiente, la negociación directamente entre las partes o a través sus abogados, la novedosa oferta vinculante confidencial, la reclamación extrajudicial previa en los casos de acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios frente a empresas o profesionales, y "cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada... ". Se pretende con ellos evitar el proceso, requiriéndose, para accionar, una prueba de acreditación del intento del acuerdo previo.

En definitiva, en el ámbito de la justicia civil la introducción de figuras que potencien mecanismos de solución de conflictos que eviten el juicio no son incompatibles con el principio de legalidad, salvo en materias concretas, por la propia configuración del proceso civil, antes al contrario, pueden suponer instrumentos valiosos para el fomento de la cultura del acuerdo en los casos en los que se presente como posible, evitando el proceso y sus costos, así como el colapso creciente de los juzgados. En cualquier caso, estas medidas pueden tener un recorrido limitado si no van acompañadas de otras, como las formativas de los operadores jurídicos a fin de crear cultura de uso y fomento de estos mecanismos, y, por otro lado, plantean problemas jurídicos en cuanto se configuran como requisito necesario para accionar en la vía jurisdiccional.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«El fenómeno de la motorización legislativa, la aparición de nuevos tipos penales adaptados a la realidad de nuestro tiempo, la ampliación del Derecho Penal a campos antes vedados a la sanción penal y únicamente ocupados por la sanción administrativa, el incremento de los asuntos penales que soportan los Juzgados Penales... todas estas cuestiones han dado lugar a espacios de mayor flexibilidad penal, a potenciar la mediación penal, las conformidades con el Fiscal. Antes de caer en el instituto de la prescripción penal, aplicable de oficio y por razones de seguridad jurídica, y en aras a una justicia material se hace necesario agilizar y flexibilizar la tramitación de los procesos penales.»

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«El camino iniciado en nuestro país con los MASC, como fórmulas autocompositivas de resolución de conflictos, es ya imparable. Los MASC, en mi opinión, obedecen principalmente a un proceso de modernización de la sociedad

española en general, que demanda soluciones rápidas a sus problemas jurídicos, los cuales, tradicionalmente, tan solo podían ser resueltos a través de la judicialización. Hoy en día el tiempo es dinero. De ahí que alternativas como la mediación o el arbitraje permiten ganar tiempo a las partes en litigio, encontrando soluciones pragmáticas y especializadas para ser aplicadas en el momento en que se producen los problemas y necesitan las soluciones, y no años o décadas después, cuando ya es demasiado tarde.

La congestión de los Juzgados y Tribunales, producida por la endémica escasez de recursos de la justicia, unida a una mayor complejidad técnica de los asuntos jurídicos "modernos", en los cuales deben actuar especialistas de distintas ramas del derecho y otros perfiles multidisciplinares, provocan que los jueces y demás operadores jurídicos judiciales, en ocasiones, sean vistos por las partes como herramientas "insuficientes" para encontrar la mejor solución jurídica al conflicto planteado.

A veces por falta de especialización, otras por escasez de recursos, la justicia ordinaria puede "quedarse corta" o no ser la solución más útil para las partes, que pueden ver en los MASC una alternativa real y efectiva para canalizar sus asuntos jurídicos.»

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«En los últimos años, efectivamente, hemos asistido al paradójico fenómeno de ver cómo en el marco del proceso civil iba comprimiéndose el principio dispositivo y, en el penal, cedía el principio de legalidad, mediante la incorporación de reglas o criterios de oportunidad que han sentado las bases de la, puede que cercana, transformación del Sistema de Justicia Penal en España. El sistema vigente —y esta es la razón que torna inaplazable el cambio— se sostiene exclusivamente sobre un proceso vertebrado por principios que no responden ya, o lo hacen con dificultad, a las exigencias que impone un eficaz y eficiente enjuiciamiento de la criminalidad actual. La vigencia de un estricto principio de legalidad, rector —en el plano formal— del proceso que acoge la vetusta LECrim ha sido muestra de ello y es hoy uno de los aspectos necesitados de mayor revisión, puesto que en él reside una de las claves para la superación de la compleja situación que atraviesa la Justicia penal en este país.

Aun a riesgo de ser tachada de pragmática o servirme de argumentos economicistas, cuando no es esta —o solo ella— la óptica desde la que ha de ponderarse la entrada del principio de oportunidad, no puedo volver la vista a la realidad que refleja la estadística judicial: un desorbitado número de asuntos penales abocados a ser jurisdiccionalmente resueltos, cuyo descenso es ya una necesidad acuciante. La sobrecarga que padecen juzgados y tribunales penales —desconocida por la ciudadanía, al menos, en su real y cruda dimensión— amenaza la calidad de una Justicia que, por tardía, puede no ser tal, solo salvada gracias al ingente esfuerzo de quienes la sirven. En este escenario, la rigurosa aplicación del principio de legalidad que obliga a la persecución y, en su caso, castigo de todo hecho delictivo, resulta un mandato de imposible realización. Nos guste o no, el nuestro es un modelo de enjuiciamiento social y económicamente, insostenible; descongestionar la Jurisdicción penal —particularmente, con el descenso del gran número de asuntos menores que saturan y ralentizan el enjuiciamiento de los de mayor entidad, además de reducir los recursos disponibles es, aunque no único o principal, uno de los fines de la revitalización del principio de oportunidad.

A este propósito obedecieron las reformas procesales de los años 2003 y 2015, ambas de peso y cegadas por la necesidad de imprimir celeridad al proceso antes que explotar la verdadera potencialidad de la oportunidad, que no lograron, en verdad, cubrir las expectativas de mejora perseguidas. Desde entonces hasta hoy y, especialmente, en el nuevo tiempo abierto por la crisis, de todo orden, desatada en España y la comunidad internacional a comienzos del año 2020, son precisas nuevas soluciones que pasan por dar cabida, definitivamente, a instituciones y fórmulas que, sin perder de vista la legalidad, se sustenten en reglas de oportunidad con ese primer objetivo, pero también, e inexcusablemente, al servicio de la satisfacción de esos otros fines constitucionales, siempre postergados al de aplicar derecho penal en sus estrictos términos, a los que ha de servir el proceso, cuales son, garantizar la protección del encausado y procurar, en caso de condena, su reinserción social, así como hacer efectiva la tutela de los derechos e intereses de la víctima. Al puntual cumplimiento de todos ellos obedece la necesidad de integrar en el Sistema fórmulas de Justicia Restaurativa como la que representa la mediación que, bien entendidas, no entrañan la privatización del delito ni del proceso penal, con el que conviven y del que son claro complemento. Tomar conciencia de esa realidad ha llevado al replanteamiento de las funciones que debe cumplir el

proceso penal en la sociedad del siglo XXI, auténtico motor de esta transformación.»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«Varias son las razones. Una es pragmática, pero tiene rango constitucional como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art.24 CE). La aplicación estricta de la ley en el marco de un proceso encorsetado supone una sobrecarga creciente de trabajo para los tribunales y es una fuente de dilaciones que amenaza con colapsar el sistema. Las fórmulas de conciliación y acuerdo agilizan el sistema y alivian el sistema tradicional de juicios. Otra razón nos remonta al pacto por la justicia de principios de siglo que conceptúa la justicia como un servicio público. La implantación del principio de oportunidad supone dirigir al ciudadano una oferta más completa. Redunda además en la mejor calidad del servicio al conferir al justiciable un amplio y efectivo espectro de soluciones no encorsetadas frente a la mera expectativa de un juicio sine die y con un resultado incierto. Se ha perfilado también el principio de oportunidad como un instrumento idóneo para el logro de un valor constitucional esencial como es el de la justicia material (art. 1 CE).

Yo traería también a colación un aspecto fundamental como es el de la investigación eficaz asociada a fórmula de desviación de juicios para personas jurídicas. En Estados Unidos existe el Deferred Prosecution Agreement por el que una persona jurídica reconoce el crimen, y a cambio Fiscalía presenta un documento de acusación ante el tribunal y simultáneamente solicita que se posponga el enjuiciamiento para permitir que el acusado demuestre su buena conducta. La empresa paga una multa y entra en un compromiso de cumplimiento, que incluye la colaboración con los investigadores públicos y potencialmente un monitor corporativo que asegure la vuelta de la empresa al principio de legalidad. Si la empresa no cumple con sus obligaciones, el Fiscal reactiva la acusación. Esta fórmula se ha implantado, añadiéndose un control judicial en numerosos países como Francia, Reino Unido, Canadá, Argentina e incluso recientemente en Japón, sistema jurídico poco proclive al principio de oportunidad. La empresa ve en este acuerdo un producto procesal atractivo para expiar el crimen sin el estigma de una condena penal y colabora en la investigación de forma decidida, permitiendo a los fiscales llegar a resultados que nunca hubieran obtenido con sus propios medios, permitiendo ahorrar un

tiempo que pueden dedicar a otras investigaciones. Así ha ocurrido en la investigación conjunta de Estados Unidos, Reino Unido y Francia en el caso Airbus por conductas criminales de soborno en actividades de contratación de la corporación en el extranjero que desembocaron en el 2020 en tres acuerdos de enjuiciamiento diferido por cantidades multimillonarias. España, al carecer de esta figura jurídica se ha limitado a ser una mera espectadora de la investigación. La delación premiada también va ligada al completo éxito de la investigación.»

2º. Puede parecer una pregunta con respuesta pacífica, pero no siempre existe consenso. ¿Qué es el «principio de oportunidad»? ¿Por qué su planteamiento en el Derecho Procesal Penal suele situarse como antítesis del principio de legalidad? ¿Es realmente un «principio»?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«Efectivamente, en el Derecho Procesal Penal el principio de legalidad y el de oportunidad, en principio, pueden resultar enfrentados, pero un estudio más en profundidad permite contextualizar y establecer, con mayor precisión, las diferencias entre uno y otro. Siguiendo a Gimeno Sendra podemos sostener que el principio de legalidad significa que, existiendo indicios de delito y puestos estos en conocimiento de la autoridad judicial, el proceso ha de incoarse sin que el fiscal pueda dejar de ejercer la acción penal, ni el Juez instructor tenga facultades para dejar de incoarlo, ni archivarlo mientras existan indicios de delito, ni el tribunal sentenciador tiene facultades para dejar de ejecutar la pena impuesta.

Por el contrario, el principio de oportunidad implica que, concurriendo determinadas condiciones, puede dejarse de incoar un proceso penal por razones de política criminal, sobreseerse concurriendo determinados requisitos y presupuestos sin llegar a la apertura de juicio oral, y dejarse en suspenso la pena de prisión impuesta en sentencia, o sustituirse por otra.

Desde el nacimiento del Estado liberal el principio legalidad se ha enfrentado a la idea de mitigar los efectos del delito y a la resocialización del delincuente como última finalidad de la pena. En nuestra legislación existen muchas concreciones del principio de oportunidad, como veremos a continuación, y en la jurisdicción de menores está plenamente instalado por la LO 5/2000 LOPOM, siendo aceptado por la totalidad de la doctrina.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«Un sistema procesal regido por el principio de oportunidad, indica que los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a ejercitarla, incoando el procedimiento o facilitando su sobreseimiento. En opinión de Gimeno Sendra, el principio de oportunidad implica la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.

El fundamento del principio de oportunidad no sólo habría que buscarlo en motivos de descarga a la Administración de justicia del gran número de asuntos penales que no puede tramitar adecuadamente por falta de medios, básicamente, sino además por utilidad pública o interés social, como, por ejemplo: la escasa lesión social producida por el delito; la falta de interés público en la persecución; el estimular a la pronta reparación a la víctima.

No obstante, este principio inspirador de los procesos penales no debe entenderse como un exponente de arbitrariedad de aquel que aplica la ley, los supuestos de aplicación de este principio deben venir fijados taxativamente en el Ley para no conculcar el principio de legalidad.»

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«Así como el principio de legalidad penal se encuentra expresamente regulado y recogido como tal en diversos preceptos (v.gr. arts. 124.1 CE 100 y 105.1 LECrim), 1,3,4 y 6 EOMF), el principio de oportunidad no se encuentra expresamente proclamado en nuestro ordenamiento. Respecto del principio de oportunidad, encontramos diversas manifestaciones a través de distintas fórmulas, instrumentos o mecanismos contenidos fundamentalmente en el Código Penal o en la LECrim. (v.gr. art. 963.1 1ª LECrim).

El fundamento del principio de legalidad es la necesidad del proceso como única vía para encontrar respuesta a las pretensiones de las partes. Actualmente, en nuestro ordenamiento procesal, el principio de oportunidad no se opone al de legalidad, sino que constituye una "oportunidad reglada", una suerte de válvula de escape a la rigurosidad del principio de legalidad, aplicable solo cuando se dan las circunstancias legalmente previstas para su operatividad. Por ejemplo, el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal en el enjuiciamiento de delitos

leves ex art. 963.1.1ª LECrim, o bien aquellos casos de aplicación del denominado Derecho penal premial, como puede ser la excusa legal absoluta en los casos de regularización voluntaria por delito fiscal (art. 305.4 CP o la aplicación de la atenuante cualificada por reconocimiento de los hechos y pago de la deuda tributaria en los dos meses siguientes a la citación del investigado (art. 305.6 CP).

Por tanto, en mi opinión, lo denominamos principio de oportunidad cuando en realidad se trata de facultades que nacen en determinadas situaciones procesales, reguladas ex lege, que permiten dejar de ejercitar la acción penal en delitos de escasa gravedad o intrascendentes, o bien permitir al encausado beneficiarse de una rebaja punitiva significativa cuando se dan determinados requisitos, permitiendo así agilizar la resolución de los procesos penales.

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«Pocas cuestiones, efectivamente, despiertan un debate tan intenso y plural como el que rodea a la oportunidad, que abarca cuestiones tan elementales como las que atañen a su concepción y naturaleza jurídica, cuando no a su fundamento y contenido, lo que evidencia la dificultad con la que se tropieza de cara a valorar la conveniencia de su incorporación y, de ser así, la amplitud o intensidad con la que hacerlo. Se cuestiona, incluso, lo acertado de su consideración como "principio" al modo en que, indiscutiblemente, viene concebido el secular principio de legalidad y, quizás, no falta razón a esa consideración. Sin negar su interés en el plano teórico, en mi opinión, plantear esa discusión solo es útil y cobra sentido en la medida en que ofrezca respuesta a esta doble cuestión: si la oportunidad determina el modo en que, en el proceso, opera uno de sus sujetos —responsable de la acusación— y si admite ser regulada, a la vista de la dificultad de su formulación como máxima o conjunto de reglas que han de ser aplicadas al caso concreto. A ello responde la oportunidad tanto, o tan poco, como lo hacen otros principios —v. gr. los irrenunciables principios de igualdad o proporcionalidad— en los que el paso de la abstracción a la concreción tampoco es sencilla.

Además, como bien se apunta, durante largo tiempo se han considerado principios antitéticos o, si se prefiere, se ha concebido el de oportunidad como principio opuesto al de legalidad que impone la necesaria persecución y castigo

de todo hecho delictivo, sin excepción. A día de hoy —aunque hay quien se aferra a esta disyuntiva para justificar un inexpugnable principio de legalidad— es dialéctica que puede afirmarse superada. Legalidad y oportunidad no se contraponen, ni servirse de la segunda implica ignorar o infringir la primera. Bien entendida, la oportunidad no se opone a la legalidad, es más, la primera solo es aplicable dentro de la segunda —de ahí su compatibilidad— y tiene perfecto ajuste constitucional. De acuerdo con la Norma Fundamental, la legalidad es límite al ejercicio del ius puniendi estatal, en absoluto incompatible con criterios de oportunidad reglada que son los que permiten la aplicación de la ley al servicio de los fines a los que el propio Texto obliga a dar cumplimiento, a los que antes me refería.

En definitiva, la oportunidad —que, sea o no, acaba operando como principio— se identifica con la facultad conferida al responsable del ejercicio de la acción penal —el órgano fiscal— para disponer de este —y perseguir o no, el delito y sostener, o no, la pretensión penal— bajo determinadas condiciones, aun en el caso de que conste acreditada la existencia de un hecho delictivo concreto cometido por un sujeto también determinado, con el fin de dar efectiva satisfacción a los fines de reparación de la víctima y resocialización del delincuente y permitir la conducción del esfuerzo en la persecución del delito hacia las formas de criminalidad de mayor entidad.»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«Entiendo que el "principio de oportunidad" es aquel que canaliza la resolución de la perturbación creada por un delito por medio de fórmulas alternativas al tradicional proceso y su resultado absolutorio o condenatorio

Su consideración como una antítesis al principio de legalidad parte del análisis del modelo estadounidense en que la oportunidad actúa al margen de la ley y de forma generalizada de modo que los asuntos que desembocan en un juicio son mínimos. Es un sistema que parte de la concepción del delito como un conflicto exclusivo entre el Estado y el ciudadano de modo que si el Gobierno de los Estados Unidos o el de un Estado de la Unión, representado por la Fiscalía, decide por la razón que sea, que no tiene un conflicto con el sr. Smith, aunque haya cometido un delito, el Juez no tiene ni puede decir nada al respecto. Esto es algo inimaginable en España a la luz de nuestros principios penales y la concepción del ius puniendi. A ello se une que en Estados Unidos nos

encontramos ante una Fiscalía con un elevado poder, un Fiscal fuerte al que el poder político no mira con desconfianza porque en cierta forma es uno más entre ellos al tener que responder también ante un electorado. En consecuencia, el Fiscal goza de un amplio margen de maniobra. Tampoco es un sistema arbitrario. Hay codes memos que fijan pautas de actuación para los fiscales, si bien no siempre imperativas y mecanismos de control que residen en una opinión pública muy activa y vigilante. Este conflicto entre ley-oportunidad no puede darse nunca en España. Las manifestaciones del principio de oportunidad están tasadas y contempladas por la ley por lo que no caben disputas ni solapamientos entre ambos principios. Otra cosa es que estemos de acuerdo o no con dicha ley. No es ese nuestro sistema. En España, a diferencia de Estados Unidos, nos encontramos con un Fiscal débil valorando su margen de maniobra respecto a la ley por lo que el principio de oportunidad es muy limitado. Siempre pongo el mismo ejemplo. Nuestra Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos dice "No procederá desde luego el archivo por razones de oportunidad, principio éste que con puntuales excepciones —vid.. art. 171.3 CP — no es admisible en nuestro vigente sistema procesal" frente a lo que a nuestros colegas estadounidense se les decía los principles of Federal Prosecution of Business Organizations U.S. Attorneys' Manual y Sally Quillian Yates, Deputy Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing "Los fiscales tienen una gran libertad para determinar cuándo, quién, cómo e incluso si se procesa por violaciones de la ley penal federal".

En España, cualquier manifestación del "principio de oportunidad" va a estar reglado con cobertura en la ley. No obstante, desde amplios sectores es visto con desconfianza, como una carta blanca para no investigar por oscuras intenciones determinadas conductas constitutivas de ilícitos penal. Lejos de ello, el principio de oportunidad enriquece la ley, no la contamina suprimiendo su tradicional certeza por una tirada de dados y el culto a la arbitrariedad. No comparto panoramas apocalípticos en un escenario de procedimientos reglados. En último término subyace una desconfianza hacia la Fiscalía que no es percibida como una institución autónoma sino como un ente fagocitado por los intereses del Gobierno y la política legislativa del momento.

El "principio de oportunidad" en un sentido amplio es un criterio rector que sintetiza una amalgama de figuras muy diversas entre sí como la delación

premiada, la conformidad ante el tribunal, la restauración o la desviación del proceso de las personas jurídicas. El término oportunidad sintetiza muy bien el elemento unificador de todas estas figuras: la conveniencia de no ir en determinados casos a juicio. Es un traje que engloba con precisión prendas muy diversas entre sí.»

3º. El «principio de oportunidad» para poder encontrar virtualidad en la praxis jurídica exige de una previsión certera en la ley. ¿Cómo se articula esa relación entre la ley —general y abstracta— y la oportunidad —singular y concreta— en el caso a caso? ¿Qué criterios debería seguir una correcta regulación legal para no hacer de la oportunidad un campo abierto a la arbitrariedad del aplicador?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«La introducción del principio de oportunidad ha de estar ligada al principio de legalidad, es decir, que todas sus manifestaciones deben concretarse y definirse previamente para evitar el margen de discrecionalidad en su aplicación. En el Anteproyecto de Ley de reforma de la LECrim, 2020, se recogen supuestos en los que cumpliéndose los requisitos previstos puede el fiscal no ejercitar la acción penal. Son los siguientes;

a) Archivo por oportunidad. Se prevé para los delitos con penas no superiores a 2 años de prisión, multa cualquiera que sea su cuantía y pena de hasta de 10 años de privación de derechos. Se trata de un supuesto de suspensión del proceso, concretándose los requisitos exigidos (delincuentes primarios), los supuestos en los que no cabe su apreciación (hechos violentos, delincuentes con antecedentes, casos de violencia de género, corrupción), el derecho de la víctima a obtener la reparación civil (se debería de exigir al que se le aplique esta modalidad que la satisfaga como requisito para su concesión), previsión de que, en caso de reincidencia, se reabrirá el proceso, y posibilidad de control judicial ante el Juez de Garantías por los perjudicados si no se cumplen los elementos reglados.

b) Archivo con condición. Se regula para los delitos castigados con penas de hasta 5 años de prisión, siempre que se cumplan los requisitos para el archivo por oportunidad, a los que se añaden; pago de responsabilidad civil, cumplimiento de obligaciones específicas, consentimiento de las víctimas,

control judicial para su aplicación (ante el Juez de Garantías, o ante el Juez de la Audiencia Preliminar), y posibilidad de dejarlo sin efecto si se reincide.

c) Archivo para preservar la investigación de una organización criminal. Se trata de un supuesto para el caso de que la incoación del proceso pueda poner en peligro una investigación secreta sobre una organización criminal, limitado al tiempo en el que se pueda frustrar esa investigación.

d) Archivo relacionado con la persecución de una organización delictiva. En los casos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión se podrá conceder un archivo condicionado a que no delinca el investigado en el plazo de 5 años, siempre que haya abandonado las actividades delictivas, colaborado con la investigación y satisfecho las responsabilidades civiles. Este supuesto, de no desarrollarse la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas penales, estimo que no va a tener el recorrido pretendido.

Ahora bien, se parte de que el fiscal es quien tiene la facultad aplicarlos y con un margen de discrecionalidad, sin que el investigado pueda solicitarlo.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«La relación entre la Ley abstracta y general y la oportunidad singular y concreta es una relación complementaria y al mismo tiempo subsidiaria de la oportunidad a la Ley; no olvidemos la Ley puesto que no la debemos transgredir en un Estado de Derecho y es la Ley la que establece los marcos genéricos entre los que debe moverse la negociación. Debe existir una regulación legal para no caer en arbitrariedad y fijar unos protocolos claros donde debe moverse la negociación.»

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«Cuando nos planteamos reconocer abiertamente la cohabitación entre principio de legalidad y oportunidad, más propio de sistemas anglosajones, se abre la caja de pandora a determinados riesgos como son la arbitrariedad, el oportunismo o la influencia política, el uso de parámetros extralegales para determinar el ejercicio de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, etc.

La apreciación al caso concreto del principio de oportunidad debería pasar por una regulación procesal que, dejando un determinado margen de actuación al Ministerio Fiscal, creara un contexto y un marco temporal claro para su ejercicio. Debería pasarse de una regulación diseminada en varios artículos como la que

tenemos, a una regulación procesal ad hoc y organizada de forma sistemática, que dote en abstracto de un marco general al ejercicio de la oportunidad, pero con precisión suficiente para facilitar su posterior control judicial y dotarla de la seguridad jurídica necesaria. La regulación ad hoc debería establecer claramente los requisitos generales para poder aplicar el principio de oportunidad, entre otros aspectos: establecer un límite punitivo por encima del cual no pueda aplicarse, tener presente las características, circunstancias y naturaleza del delito cometido, la antigüedad del hecho, el grado de afectación de los intereses de la víctima, las circunstancias referentes a la culpabilidad del investigado, etc.

En definitiva, la regulación debe ponderar los dos aspectos que se encuentran en liza. Por un lado, el interés público entendido como el ejercicio del "ius puniendi" del Estado y, por el otro, los derechos de los ciudadanos, particularmente el derecho de la víctima a la pronta reparación del daño sufrido, y el del encausado a su reinserción social y a una respuesta proporcionada frente al delito cometido.»

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«Ante lo erróneo y poco fructífero de contraponer oportunidad a legalidad, de cara a resolver si, y con qué alcance, puede el responsable de la acusación —el órgano fiscal— disponer del ejercicio de la acción penal, la disyuntiva que creo interesante plantear es la configuración de esta facultad —o, para otras voces, "potestad"— de acusar, de forma libre o reglada. La segunda de estas fórmulas es la que acoge la vigente LECrim, que impone al Fiscal la obligación de ejercitar la acción si los hechos reúnen caracteres de delito, obligación que puede ceder en supuestos concretos —actualmente, en el marco de los ilícitos penales de menor entidad (delitos leves), aunque cometidos en mayor número, lo que obliga a dedicar mayor tiempo y recursos y contribuye a congestionar la actividad de los tribunales— en atención a circunstancias y de acuerdo con los requisitos legalmente fijados. Se quiera o no, el ejercicio último de la acción está sujeta a un juicio de conveniencia, aunque acotado, a la vista de la exigencia de falta de interés público en la persecución del delito o la posible satisfacción de ese interés mediante una solución distinta a la imposición de la pena legalmente prevista, en el que opera la oportunidad y, por estrecho que sea, cierto margen de

apreciación queda y debe quedar al Fiscal, si bien, sujeto a cautelas que cierren la puerta a la arbitrariedad, por liviana que esta sea.

En este punto creo importante anotar que, si no concibo la vigencia en el proceso penal actual de una estricta o inflexible legalidad, tampoco la presencia en él de una oportunidad ilimitada. Abogar, como hago, por la introducción de un principio o criterios de oportunidad en el que, deseo, sea el nuevo proceso penal español, no incluye la aceptación, sin reservas, de una aplicación incondicionada de sus reglas y efectos. Evitar el proceso o, si se prefiere, lograr su aceleración o simplificación —y el ahorro de costes, de todo orden, que ello comporta— para ventaja, tanto del Estado, cuanto del justiciable y de la misma sociedad, son necesidades o valores a atender, pero no a costa de una disminución de las garantías procesales que consagra el art. 24 CE. Estos límites y la persecución de los fines que el Texto Constitucional señala, son auténticas líneas rojas que no han de cruzarse al delimitar legalmente los supuestos en los que han de operar criterios de oportunidad que, también con claridad y precisión han de ser determinados, y todo ello acompañado de un sólido control judicial al que sujetar su aplicación. Esta es labor del legislador que no ha de ser cubierta por la Jurisprudencia —a pesar de su indiscutible valor para completar, ser directriz y auxiliar en la interpretación de la norma, más allá de su función de aplicación del Derecho al caso concreto, como expresión de la ley— ni, por lo que aquí interesa —tampoco por las Circulares de la FGE— de no menor valor y, en algunas, inagotable en la articulación de depurados y coherentes criterios de actuación que, por uniformadoras y vinculantes que resulten para el completo cuerpo de fiscales, carecen, sin embargo, de la fuerza normativa que exige y garantiza la necesaria seguridad jurídica, especialmente en el orden penal.»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«Mediante un desarrollo "reglamentario" de la Ley a través de circulares de Fiscalía, instrumentos normativos que vinculan a todos los fiscales. La Circular puede detectar los problemas prácticos que plantea la aplicación de las previsiones generales y elaborar soluciones motivadas con una elevada técnica y rigor jurídico.

Una correcta regulación normativa debe recordar líneas rojas, principalmente vinculadas a los fines de la ley penal que no pueden traspasarse y enumerar criterios claros de oportunidad que puede permitir no acusar. Debe también

fijarse el peso y entidad de cada criterio de oportunidad. En Estados Unidos se recuerda a los fiscales que deben garantizar los propósitos generales de la ley penal como son el castigo apropiado para el acusado, la disuasión de una conducta delictiva por parte del acusado o de otros, la protección del público de conductas peligrosas y fraudulentas y la rehabilitación e indemnización para las víctimas.

A continuación, se introducen los criterios de oportunidad. Tras indicárseles que deben sopesar la suficiencia de la evidencia y la probabilidad de éxito en el juicio se enumeran como indicadores para valorar si se acusa. Deben ponderarse la omnipresencia de las fechorías dentro de la corporación; el historial de mala conducta similar de la corporación, incluidas las acciones penales, civiles y regulatorias anteriores en su contra; la existencia y efectividad del programa de compliance preexistente de la empresa; la divulgación oportuna y voluntaria por parte de la corporación de las fechorías (credit of cooperation); las acciones correctivas de la corporación, incluidos los esfuerzos para implementar un programa efectivo de cumplimiento corporativo o mejorar uno existente, para reemplazar la gestión responsable para disciplinar o despedir a los infractores, pagar la restitución y cooperar con las agencias gubernamentales pertinentes; también deben tomarse en consideración las consecuencias colaterales, incluyendo si existe un daño desproporcionado para los accionistas, los titulares de pensiones, los empleados y otras personas que no hayan sido personalmente culpables, así como el impacto en el público derivado de la acusación y la idoneidad de otros remedios, como las acciones de aplicación civil o regulatoria civil (regulatory enforcement actions). Todo ello sin olvidar que incluso el esfuerzo más sincero y completo para cooperar no puede necesariamente absolver a una corporación que, por ejemplo, se haya involucrado en un fraude atroz, orquestado y generalizado.»

4º. En el Anteproyecto de LECRIM y en todas las reformas planteadas con relación al «principio de oportunidad» el Ministerio Fiscal se alza como el gran protagonista de esta herramienta procesal. ¿Cómo se concilia la función del Fiscal como defensor de la legalidad y decisor sobre la «oportunidad»? ¿Qué pautas deberían observarse para que la aplicación del «principio de oportunidad» en la práctica respondiese a elementos previsibles? ¿Es precisa

alguna reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal más allá de su nueva atribución competencial?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«El fiscal, en el Anteproyecto, se configura como el titular de "la apreciación discrecional" de las causas que permiten terminar el proceso por aplicación del principio de oportunidad. Se parte de que el fiscal está obligado al ejercicio de la acción penal, salvo en los supuestos en los que se le dispensa de esa obligación por entender que puede aplicar el archivo por oportunidad. El investigado o las acusaciones no tienen la posibilidad de solicitar que se apliquen los supuestos de archivo anticipado previstos en el Anteproyecto. En este se establecen los supuestos que permiten la aplicación de los supuestos de archivo por oportunidad, las causas que impiden su aplicación, las obligaciones que asume el beneficiario del archivo, y las consecuencias en caso de incumplimiento de estas, así como la posibilidad de que el perjudicado pueda acudir al Juez de Garantías en caso de que entienda que no se ha respetado por el fiscal el cumplimiento de los requisitos reglados que se requieren para la aplicación del supuesto. Se echa en falta que, en el supuesto de archivo por oportunidad, no se exija que el investigado tenga que satisfacer las responsabilidades civiles, y se le obligue, al perjudicado, a acudir a un proceso civil independiente, situación que no ocurre en los demás supuestos en los que se exige como elemento reglado que el investigado satisfaga las responsabilidades civiles. Otra de las cuestiones que presenta problemas es la previsión que sea la FGE la que fije la unidad de criterios de actuación, lo cual implica que se configura la regulación otorgando un margen discrecional de actuación al fiscal, pues tal y como está redactada la norma dice que el fiscal "podrá" dictar decreto de archivo. En todo caso, siempre serían los Jueces de Garantías, o de la Audiencia Preliminar, los que decidieran sobre la observancia de los requisitos legales. A mi juicio, se debería permitir al investigado solicitar al Juez de Garantías la aplicación del archivo por oportunidad si el fiscal no lo concede, siempre que concurren los requisitos legales, ya la solución puede presentar problemas de legalidad y de posibles vulneraciones del principio de igualdad.

Como conclusión, estamos ante dos supuestos, archivo por oportunidad y condicionado, que no son sino una anticipación procesal de los supuestos de suspensión de la pena ordinaria y extraordinaria, dejando en suspenso el

proceso en la fase de investigación, que, de aprobarse la reforma, obligarían a una revisión de las previsiones contenidas en el Código Penal sobre la suspensión de la pena. La reforma del EOMF es necesaria si se confiere a los fiscales la fase de investigación previa en las causas penales.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«Resulta con claridad que el Ministerio Fiscal es el gran protagonista de esta herramienta procesal, por ello deben existir protocolos claros de negociación aprovechando la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal y no es descartable una reforma del Estatuto Orgánico para encauzar esta nueva atribución competencial.

La función de defensor de la legalidad del Ministerio Fiscal no impide llegar a una negociación por utilidad e interés social, no olvidemos que el Fiscal también velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«En el Anteproyecto de LECrim, que prevé la figura del Fiscal Instructor, se regula expresamente el principio de oportunidad (art. 90) estableciéndose expresamente que "La apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al Ministerio Fiscal". Por otro lado, el Ministerio Fiscal se encuentra obligado a defender en el proceso la legalidad con absoluta objetividad.

En mi opinión, la previsibilidad vendría dada por diversos factores. Por un lado, como dijimos más arriba, por una regulación procesal específica que establezca y delimite claramente, y de la forma lo más objetivable posible, el marco y el contexto que facultan al Ministerio Fiscal para aplicar el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Por otro lado, cualquier decisión en materia de oportunidad adoptada por el Ministerio Fiscal debería poder ser objeto de impugnación y revisión, tanto por parte de las víctimas como de los perjudicados, así como por el resto de las acusaciones personadas. De esta forma se diluirían los efectos negativos que pudiera comportar el monopolio de la apreciación de la oportunidad por parte del Ministerio Fiscal, y los eventuales conflictos de objetividad de éste en la toma de este tipo de decisiones.

Finalmente, y en los términos que recoge el reciente Anteproyecto de LECRim, un instrumento importante en aras a alcanzar un grado asumible de previsibilidad en el ejercicio de la oportunidad procesal podría venir a través del dictado por parte del Fiscal General del Estado de las oportunas Circulares e Instrucciones, asegurando una unidad de actuación, así como el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal.»

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«A pesar de la aparente incompatibilidad de las funciones que, en esa doble condición, vienen confiadas al Fiscal, son realmente conciliables de acuerdo con la clave que ofrece el juego de los arts. 124 CE y 105 de la LECrim. El primero de estos preceptos le confiere la condición de garante cuando le atribuye la muy elevada función —que es también deber— de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" —fines a los que ha de orientar su labor— de donde no ha de inferirse la exigencia de ejercitar, en todo caso y particularmente, la acción penal. Esta otra es obligación impuesta por la Ley procesal, la misma que establece los supuestos y condiciones en las que admite excepción, y lo indiscutible es que, en su actuación —sea ejercitando o no la acción penal— el Fiscal viene sujeto a la legalidad, esto es, ha de actuar en la forma que la LECrim determine y nunca de espaldas a esta.

Al Fiscal corresponde, efectivamente, aplicar las distintas reglas que, sustentadas en criterios de oportunidad, llevan a resolver la no persecución del delito o, una vez iniciada, a no sostener la acusación; a interesar una atenuación de la pena; e, incluso, suspender su ejecución. No se olvide que, por encima de otras consideraciones, la oportunidad es un instrumento de política criminal y, como responsable de su desarrollo, razones de este carácter —falta de necesidad de la pena o su reducción, ligada al cumplimiento de otros fines— mueven a este órgano a la persecución y, en su caso, castigo de cierto tipo de delitos o a la posible remisión de otros a soluciones distintas de la respuesta judicial en forma de sentencia, en atención a las circunstancias sociopolíticas del momento. La intención del legislador —según revela el ALECRim— es reforzar, de forma extraordinaria, el papel del Fiscal al punto de constreñir, inconcebiblemente, el que corresponde al órgano jurisdiccional. En particular, y

por lo que atañe a la potestad de disposición de la pretensión que pretende atribuirse a los Fiscales, inquieta que su ampliación, no se corresponda con una intensificación, no menor, de la potestad de control propia del órgano judicial que, para mayor sorpresa, respecto de ciertas decisiones no menores, se minimiza, cuando no desaparece —la decisión de "archivo por razones de oportunidad" del art. 175 ALECrim es muestra de ello—. No nos engañemos: la labor de la FGE consistente en dirigir a "sus fiscales" Circulares e Instrucciones generales no es fórmula que neutralice esos riesgos. Se dirige a garantizar la unidad de actuación con aspiración de garantizar la igualdad en la aplicación de la ley penal y esto último, en una institución carente de autonomía respecto del gobierno y erigida en baluarte de su política legislativa, es cuestión que cobra mayor trascendencia.

Sin ninguna duda, un cambio de esta magnitud y el que representa la conversión de este órgano en director de la instrucción, han de ir, no en paralelo, sino precedidos de una profunda reforma del Ministerio Fiscal. Si, por razón de eficacia, eficiencia y coherencia o idoneidad procesal, el Fiscal asume la función que ahora desarrolla el juez instructor, la garantía de independencia en el ejercicio de la que este goza —frente al resto de poderes estatales e individual, de cada juez/a o magistrado/a, que son además inamovibles— ha de quedar coherentemente salvaguardada. El fiscal español actúa con imparcialidad y sujeción a la ley, con autonomía funcional, pero clara dependencia jerárquica, y expuesto al riesgo de interferencias de otros poderes y, en particular, del ejecutivo —del que depende orgánica y económicamente— y, cómo no, de las que eventualmente provengan del superior jerárquico, salvables —pero menos— y no creo que mejor con la sola creación de los llamados "equipos de fiscales".»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«Como señaló el informe de la Asociación de Fiscales al Anteproyecto de LECRIM el problema no es sólo la conciliación con la legalidad sino el riesgo de desnaturalizar principios tradicionales de nuestro proceso penal como la indisponibilidad del objeto, la búsqueda de la verdad material, la oralidad y la contradicción, intermediación y valoración de la prueba por el órgano judicial. El Fiscal de forma muy novedosa, fortalecerá su posición frente al órgano enjuiciador, más aún lo desplazará. Varios son los elementos que el Anteproyecto deberá reformar para atenuar un cambio tan traumático. Así, archivar por razones de oportunidad causas por delito de hasta seis años de

prisión supone dar un ámbito de excesiva discrecionalidad al Fiscal que debe ir acompañada de una supervisión por parte del Juez de garantías más profunda que no se limite al control de los elementos reglados.

Respecto a la justicia restaurativa, es preciso delimitar de manera más clara su ámbito. La única exclusión de la mediación de la violencia de género no parece suficiente, debiendo establecerse más limitaciones a la mediación, dependiendo del bien jurídico atacado y de la gravedad del delito. La generalidad y ambigüedad de los términos del anteproyecto por el que el Ministerio Fiscal "según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima", podrá remitir a las partes a un proceso restaurativo es evidente. La regulación de los arts.181-183 del Anteproyecto es parca, casi un telegrama, manifiestamente insuficiente en una materia tan novedosa e importante. Como propone la Asociación es precisa una Ley de mediación penal. Sin embargo, el Anteproyecto no prevé ninguna ley de este tipo en sus disposiciones finales.

Por último, entiendo que hemos dejado pasar una oportunidad para introducir fórmulas de desviación del juicio para las investigaciones complejas de personas jurídicas.

La atribución en exclusiva al Fiscal de los principios de oportunidad y la remisión a las partes de un proceso restaurativo requiere una reforma del EOMF que vaya más allá de una adecuación orgánica al Anteproyecto. Debe profundizarse en la autonomía de la Fiscalía. Si la principal amenaza que se advierte en el principio de oportunidad es el riesgo de que la Fiscalía proyecte criterios de oportunidad política y no jurídica, es clave mejorar nuestra autonomía. En particular, conceder una vieja reivindicación de la carrera Fiscal como es la autonomía presupuestaria. Nadie puede ser realmente autónomo si no puede gestionar su propio dinero y depende de la "paga" que el ejecutivo tenga a bien concederle.»

5º. La «oportunidad» se presenta como una opción procesal idónea para mejorar el derecho a la reparación de la víctima, así como para estimular la asunción de la responsabilidad por parte del delincuente. Siendo así, cuál sería el momento procesal óptimo para encuadrar la negociación que significa el paso previo a la realidad de la «oportunidad»: ¿la fase de investigación? ¿el enjuiciamiento? ¿la ejecución de la pena?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«El principio de oportunidad no tiene que ceñirse a una fase del proceso, sino que, por el contrario, tiene manifestaciones tanto en el Código Penal, como en la LECrim (LA LEY 1/1882) actual, en cada una de sus fases, como vamos a concretar a continuación, y que no tiene por qué dejar de tenerlas si se aprueba la reforma del proceso penal.

Fase de investigación; en principio, el fiscal está obligado legalmente al ejercicio de la acción penal —art 105 LECrim—, sin embargo, existen excepciones; delitos de agresiones, acoso y abuso sexual —art 191.1 CP— (supuesto contemplado en Alemania); supuestos de sobreseimiento a instancias del fiscal por razones de oportunidad en los delitos leves —art 963 LECrim —, atendiendo a la escasa gravedad del hecho y circunstancias del autor; delitos leves que requieren para su persecución denuncia de la persona agraviada (lesiones —art 147.2 del CP—, coacciones —art 172.3 del CP)—, amenazas —art 171.7 del CP).

Fase de acusación y enjuiciamiento; posibilidad de no acusar por el fiscal —art 171.3 CP— en los supuestos previstos en el mismo; el suplicatorio para proceder contra un Diputado o Senador —art 71.2 de la CE —; el perdón del ofendido —art 215.3 CP— en los supuestos de delito privado; el perdón del ofendido en los delitos semipúblicos, salvo cuando afecte a menores (descubrimiento y revelación de secretos —art. 201.3 CP, daños causados por imprudencia grave de cuantía superior a 80 mil Euros —art. 267.3 CP); la conformidad —art 655, art 694 y 700 LECrim, art 50 LO 5/1995 del Jurado), y proceso por aceptación de Decreto art 803 bis.a a 803 bis.j LECrim—.

Fase de ejecución de la sentencia; el indulto —art 130.1.4 LECrim —; el perdón del ofendido —art 130.1.5 LECrim)— en los delitos leves perseguibles a instancia de la persona agraviada o cuando exista previsión legal; suspensión de la pena —art 80 a 87 del CP)—; sustitución de la pena —art 89 del CP (remisión de la pena —art 87 del CP)—; sustitución de la pena de prisión y privación del permiso de conducir en el proceso por aceptación de Decreto —art 803 bis.a a 803 bis.j LECrim—. En el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya hemos concretado en la pregunta cuarta cómo se articulan y delimitan las manifestaciones del principio de oportunidad.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«La fase de investigación no es el momento procesal óptimo para una negociación puesto que en esta fase aún se está depurando la eventual responsabilidad penal atribuible por los hechos investigados.

En la fase previa al enjuiciamiento caben celebrar comparecencias de conformidad y entiendo que es el momento procesal idóneo para la negociación y que los beneficios para el acusado de esta negociación se podrán trasladar a la fase de ejecución de sentencia (suspensión de penas privativas de libertad, fraccionamiento de penas de multa, etc.).»

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«Partiendo de la base de la actual regulación del principio de oportunidad, varios son los momentos y diferentes las circunstancias por las cuales puede gozar de operatividad dicho principio. Por ello, su aplicación puede suponer desde la no incoación del proceso penal, hasta el sobreseimiento y la resolución absolutoria, pasando por la posibilidad de suspensión de una pena privativa de libertad o bien la rebaja sustancial de la pena por reparación de la víctima.

Resulta difícil dar una respuesta unívoca. Depende de muchísimos factores y de la posición que adopten las partes durante el proceso. Por ejemplo, en el campo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la evitación del daño reputacional y financiero que supone para una empresa la pena de banquillo puede hacer idónea la mediación penal, favorecido también por el hecho de la posibilidad de conformidad separada de la persona jurídica respecto del resto de investigados.

La experiencia práctica nos enseña que la mayor parte de acuerdos llegan a puertas del juicio oral. La escasa tradición de mediación penal provoca que la oportunidad para alcanzar un acuerdo dependa, la mayor parte de veces, de la posición que adopte el investigado una vez conocidas la gravedad de las acusaciones. En mi opinión, en general, el momento procesal óptimo sería durante la fase de investigación habida cuenta que, por un lado, se produce la pronta reparación de la víctima y, por el otro, el investigado evita la incertidumbre del resultado del proceso a la vez que puede verse beneficiado por la aplicación de un régimen de atenuantes privilegiado.»

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«La incorporación al proceso de reglas e instituciones sustentadas en criterios de oportunidad, efectivamente, favorece la consecución de esos otros fines constitucionales difícilmente realizables en el marco que ofrece el actual modelo de Justicia Penal. La comisión del delito comporta una lesión a los bienes e intereses jurídicos de la víctima, que ha de obtener una pronta y adecuada reparación del daño padecido. Sin embargo, si absurdo es pensar que ello se logra con una respuesta estatal centrada exclusivamente en la punición, ingenuo —salvo por desconocimiento— es seguir confiando en la eficacia del sistema de reparación (económica) a las víctimas vigente. Según revelan rigurosos estudios, en España, las víctimas de delito no reciben —o lo hacen solo en parte, y a menudo nimia— la indemnización que, en concepto de responsabilidad civil, señalan las sentencias de condena, siquiera cuando esta es resultado de una conformidad.

Dotar de nueva configuración a este instituto, desde una nueva óptica orientada a la víctima y, en definitiva, explotar su potencialidad, es un paso decisivo hacia la efectividad de ese derecho. El texto ALECrim atiende a esta necesidad y abiertamente otorga al fiscal potestad para el "pacto" o, por ser más rigurosa, la potestad de ofrecer al encausado una rebaja de la pena en el marco de una solución consensuada, haciendo al juez garante de que el acuerdo permita reparar debidamente a la víctima, de quien, en algunos supuestos, se requiere el consentimiento. Sin embargo, la llave que puede abrir la puerta a la efectiva tutela del derecho no es sino la articulación de mecanismos que, guiados por criterios de oportunidad, operan como alternativos al proceso judicial —"el archivo o sobreseimiento bajo condición" que deja en suspenso la causa, hasta su cierre definitivo, supeditado al cumplimiento por el encausado de ciertas prestaciones y conductas tendentes a la reparación del daño— es clara expresión y, sin lugar a dudas, la articulación de fórmulas o métodos que permitan alcanzar un acuerdo "restaurador" gestado por el infractor y la víctima —y, avalado por el Estado a través de sus órganos fiscal y judicial— en cualquiera de los momentos y fases por las que el proceso atraviesa.

Es cierto, además, que la activación de criterios de oportunidad alienta el sentido de responsabilidad del infractor; el reconocimiento de los hechos y la aceptación de la pena que comporta la conformidad —a menudo asociada a la suspensión del cumplimiento de la pena impuesta, condicionada a la no reiteración delictiva— y el desarrollo de la mediación u otras intervenciones restaurativas,

abren un magnífico espacio a la toma de conciencia, por el autor, de las consecuencias derivadas del delito, de la que nace la voluntad de afrontarlas, sea al inicio del proceso o en sus postrimerías, desde la instrucción a la misma fase de ejecución penal. El resultado de la experiencia desarrollada en el marco de diferentes Programas y Servicios de mediación intrajudicial y penitenciaria, existentes en el territorio nacional —pueden conocerse en la web del CGPJ, que los impulsa— me lleva esta convicción. En definitiva, son muchos los instrumentos o instituciones procesales permeables a la oportunidad instalados en diferentes momentos y fases procesales, al margen de la mayor ventaja que, en mi opinión, tienen los más tempranos que evitan el proceso o permiten obviar la siempre incierta instrucción; la previsión de incentivos a la colaboración con la investigación, entre otros instrumentos, abre la puerta a una mayor eficacia y eficiencia en la persecución de complejas formas de criminalidad, que es lo mismo que cerrarla a la impunidad, muy alta, por cierto, en este tipo de asuntos.»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«Es cierto que más vale tarde que nunca, pero en mi opinión cuanto antes mejor. Desde esta perspectiva las diligencias de investigación de Fiscalía se muestran como un marco flexible, en que el Fiscal tiene amplias capacidades de actuación que podrían abarcar el impulso de acuerdos, es un escenario preprocesal coherente con la naturaleza del principio de oportunidad de evitar el procedimiento. Dicha cobertura jurídica es un marco temprano donde denunciante y víctima pueden reconocerse recíprocamente como interlocutores capaces de resolver el conflicto y explorar posibles soluciones satisfactorias. Todos los implicados gozarían de un espacio seguro, la dirección de un mediador garantiza garantías efectivas para llegar a un acuerdo eficaz.»

6º. «Principio de oportunidad», mediación penal, Justicia restaurativa... ¿Qué tienen en común todos estos instrumentos del «nuevo» proceso penal y por qué se reivindican frente a las herramientas clásicas del *ius puniendi*? ¿Enfrenta el Estado de Derecho, en el plano sancionador, un nuevo marco de relaciones entre poder público, víctimas y delincuentes? ¿Estamos dulcificando el derecho a castigar?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«La justicia restaurativa se configura en el Anteproyecto como un complemento del principio de oportunidad aplicable en los casos de delitos castigados con pena de hasta dos años. Es cierto que se trata de mecanismos voluntarios, pero, a mi juicio, presentan varios déficits de regulación; no se prevé si se aplica solo a los delincuentes primarios, no se regulan las medidas en caso de incumplimiento del acuerdo (la solución lógica sería dejar sin efecto el acuerdo y volver a la tramitación del proceso), concede un amplio margen al fiscal para aprobar el acuerdo, echando en falta una homologación judicial cuando estén afectadas personas con discapacidad, vulnerables o menores. A mi modo de ver, la regulación de esta cuestión plantea problemas que se deberían resolver.

Obviamente, asistimos a una ampliación de las soluciones anticipadas de terminación del proceso penal en relación con los delitos castigados con penas menos graves, pero no creo que estemos ante una dulcificación del Derecho Penal porque los casos son limitados en su aplicación. Estas medidas no están mal enfocadas para delincuentes primarios, al contrario, pueden ser útiles en muchos casos.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«Todos estos instrumentos del nuevo proceso penal tienen en común el que tienden a agilizar y simplificar la tramitación del procedimiento, a conseguir una pronta reparación para la víctima del delito y a evitar la tramitación del proceso penal cuando no existe un verdadero interés social en la persecución del delito, así como a procurar que el Derecho Penal se convierta en una verdadera última ratio, todo ello frente a las herramientas clásicas del ius puniendi del Estado.

No se trata de buscar un enfrentamiento con el Estado de Derecho porque las soluciones alternativas deben moverse dentro de la legalidad y de protocolos establecidos previamente y, finalmente, no creo que estemos dulcificando del derecho a castigar porque cuando tratamos los delitos graves aplicamos penas adecuadas.

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«La agilización de la justicia, la necesidad de reparación de la víctima, y la búsqueda de instrumentos procesales más modernos y acordes con las demandas de la sociedad actual, son aspectos comunes que se incorporan cada

vez más en el Derecho procesal penal moderno. Los distintos intentos de reforma procesal de 2011, 2013 y el de 2021, tienen en común la introducción del principio de oportunidad reglada y la mediación como fórmulas alternativas al proceso penal tradicional o decimonónico. La posibilidad de adoptar soluciones menos traumáticas para las víctimas, menos costosas para el Estado, y la búsqueda de salidas anticipadas al proceso penal, forman parte también del denominado proceso de modernización de la justicia.

La insuficiencia de recursos públicos para la prevención y persecución de ilícitos penales, ha comportado que los Estados encuentren en la colaboración público-privada una herramienta eficaz para afrontar dicho escenario de una manera más pragmática. No obstante, el riesgo que corremos es el de percibir como obstáculos a la gestión de la justicia los principios y garantías propios del Derecho penal clásico.

Estos instrumentos tienen en común que todos ellos obedecen a la búsqueda de estructuras más flexibles, ágiles, modernas y eficientes, las cuales beben de fuentes anglosajonas en su mayor parte, con esquemas que incentivan la negociación y adopción de acuerdos en etapas tempranas del proceso. Un ejemplo de ello son los acuerdos con la fiscalía americana denominados DPA (deferred prosecution agreements) o NPA (non-prosecution agreements) que las personas jurídicas suelen alcanzar para evitar o diferir su imputación, a cambio de reconocer los hechos y colaborar con la justicia.»

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«No es sólo la necesidad de corregir las deficiencias e incrementar la eficacia y eficiencia de las herramientas e instituciones procesales tradicionales, en definitiva, del proceso como instrumento, la que ha llevado a la búsqueda y hace inexcusable la articulación de nuevas fórmulas o métodos que permitan mejorar la respuesta al delito y sus consecuencias que, en el complejo siglo XXI, puede ofrecer un Sistema de Justicia Penal agotado como el vigente. Una solución eficaz al conflicto penal, más pronta y eficiente, que otorgue plena satisfacción a los derechos que han de ser tutelados y pacifique la convivencia, solución a la que pueden conducir fórmulas fundadas en criterios de oportunidad como, en particular, aunque no solo, representa la mediación penal.

Creo, además, importante corregir el discurso que ha llevado a ver en la incorporación de estas fórmulas el riesgo evidente de la privatización del proceso penal. El desarrollo de un procedimiento de mediación en el seno de un proceso —en el marco, pues, institucional— o la articulación de otros instrumentos de Justicia Restaurativa no es ni puede entenderse una suerte de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del ius puniendi, sino un vehículo o instrumento al servicio de la decisión —que, por tanto, solo a este corresponde— de dar al conflicto penal una solución distinta a la imposición de la pena que el CP anuda al delito, por entenderla innecesaria a los fines públicos de prevención e idónea, en cambio, para la adecuada satisfacción de otros intereses dignos de protección, que remiten a la víctima, al infractor y a la comunidad a la que pertenecen, a los que coloca en un plano o posición de relativa simetría. Conviene anotar que la remisión a las partes a un proceso restaurativo, de acuerdo con el ALECrim, es decisión que corresponde al Fiscal, en atención a "las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima"; no insisto —por obvia— en la necesidad de reforma del EOMF (LA LEY 2938/1981) si, definitivamente, le viene atribuida en exclusiva esta poderosa facultad.

No es suavizar o minusvalorar el delito, sino abandonar el ciego retribucionismo en el que parece instalado el legislador español y vive, probablemente sin ser consciente de ello, la ciudadanía. Si este es un síntoma de la remisión de la preocupante tendencia a la expansión del derecho penal de las últimas décadas —reflejada en el incremento de tipos delictivos e intensificación de las sanciones— ha llevado a priorización de la pena como respuesta jurídica, creo que estamos en el buen camino. No puede verse en ello un retroceso sino un paso decisivo en la construcción de un modelo de Justicia acorde con la Sociedad española del nuevo siglo, una sociedad democrática madura que reconoce la madurez de sus miembros para afrontar sus conflictos y ser partícipes en la consecución de soluciones.»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«El "principio de oportunidad" reivindicará ante la sociedad una Fiscalía autónoma que aprovecha la libertad que le concede la ley, no para proyectar sus errores o corromper el sistema sino para que el Fiscal lleve a cabo un juicio reflexivo y pragmático y demuestre su capacidad de equilibrar factores de oportunidad en la búsqueda de una solución justa.

La mediación y justicia restaurativa crea un nuevo marco relacional en que víctimas y delincuentes no son meros espectadores o destinatarios de la voluntad tasada y encorsetada de los poderes públicos, sino que dentro del margen de dirección y moderación de un mediador se reconoce a las partes un ámbito de autodeterminación negociadora para resolver el conflicto y de decidir hacerlo en un entorno libre y flexible pero no exento de formalidades y garantías.

No se dulcifica el derecho al castigo ni es una excusa o expediente al que agarrarse para lograr la impunidad. El menor peso de las condenas duras es una consecuencia lógica de algunas manifestaciones del "principio de oportunidad" pero hay otras que aseguran un castigo más pleno y eficaz. Una delación premiada de un arrepentido puede llevar a la condena de una organización que sin dicha colaboración no hubiera sido posible o las figuras de desviación de juicio de las personas jurídicas que hemos analizado permiten llegar a un completo esclarecimiento de los hechos investigados. Es la empresa la principal investigadora y la que nos permite acceder a la verdad en forma que la Fiscalía nunca hubiera conseguido por sus propios medios. Permite además eludir complejos procedimientos de resultado incierto.»

7º. La pregunta supera el objeto delimitado por el «principio de oportunidad» pero: ¿qué horizonte le queda por delante al proceso español si, finalmente, se incorporan estos nuevos institutos? ¿Caminamos hacia un proceso flexible? ¿Cómo afectará ello al concepto de delito y, de forma amplia, a la Justicia penal?

Miguel Ángel López Marchena (Magistrado)

«La respuesta está ya plenamente respondida. En cierta medida caminamos hacia un proceso más flexible en cierto arco de penalidad. Si bien, es cierto que los supuestos en los que se aplican estos institutos son limitados, y están ya previstos para otras fases del proceso actual, lo que se ha producido es introducir, junto a los supuestos de suspensiones de penas actuales, los supuestos de suspensión del proceso en los casos archivos condicionados. Como hemos visto, ya existen muchas manifestaciones del principio de oportunidad en todas las fases del proceso. Sí que se pueden plantear problemas de constitucionalidad si no se corrige y se confiere al investigado la posibilidad de recurrir al Juez de Garantías, en caso de negativa del fiscal a

aplicar los supuestos de archivo por oportunidad si concurren los presupuestos legales.

También se pueden plantear problemas con la justicia restaurativa al dejarse a la libre determinación de las partes el acuerdo, permitiendo que el fiscal acuerde el archivo sin establecerse requisitos reglados como sí que ocurre para los supuestos de archivo por oportunidad y condicional. Otro problema para destacar es que podemos adentrarnos en supuestos en los que la capacidad económica del agresor, incluso en delitos menos graves, prime sobre otros valores constitucionales, sobre todo cuando se trate víctimas vulnerables, o menores, pues la regulación para el fiscal es flexible.»

Manuel E. Rosso Pérez (Letrado de la Administración de Justicia)

«El horizonte del proceso penal español debe ser lo más ágil y flexible posible dentro de la legalidad, debemos atender a reducir los tiempos de respuesta judicial —no se puede tardar más de dos o tres años en enjuiciar los procedimientos— para conseguir el objetivo de una justa reparación de la víctima.

Una justicia tardía no cumple con los fines de prevención general ni especial del delito ni con los fines de resocialización del delincuente y reparación de la víctima, y ello nos llevará a conseguir una Justicia penal más eficaz.»

Miquel Fortuny Cendra (Abogado)

«Considero que el proceso penal español se ve irremediabilmente abocado a una reforma de calado en los próximos 10 años, que seguramente supondrá una "americanización" de algunos instrumentos y mecanismos procesales. Ello ya lo estamos viendo con la interpretación de algunos derechos constitucionales de nueva generación, el régimen de aportación de prueba ilícita por parte de particulares (v.gr. doctrina Falciani) o las investigaciones internas en el mundo del compliance penal, etc.

A mi modo de ver, especialmente en el ámbito del derecho penal corporativo, se están abriendo nuevas vías a la colaboración público-privada. Por ejemplo, a través de la investigación privada de ilícitos empresariales, que deberían ser en un futuro objeto de regulación expresa. Ello es debido a la mejor posición que ostentan las empresas para investigar hechos cometidos en su seno, lo que lleva

a una progresiva privatización de las investigaciones de ilícitos que luego serán aportadas y surtirán efectos en un proceso penal posterior. En mi opinión, se trata de una nueva era en cuanto a la forma de ejercer el ius puniendi, basada en la colaboración incentivada, en los intercambios y las negociaciones, en definitiva, en el modelo del "palo y la zanahoria".

Para ello puede ser determinante el cambio de paradigma que comportaría introducir la figura del fiscal instructor, favoreciéndose con ello el principio de oportunidad y la apreciación de salidas del proceso penal que actualmente son impensables con las estructuras e instrumentos propios del actual modelo. La experiencia vivida con el fiscal Instructor en la Jurisdicción de Menores nos permite vislumbrar una fórmula no desconocida para nuestro ordenamiento jurídico y que puede ser un modelo que permita la modernización de la jurisdicción de adultos, siempre con las garantías y cautelas necesarias.»

Verónica López Yagües (Profesora titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante)

«Es tiempo de abordar grandes retos y el legislador procesal tiene ante sí — antes se anotaba— el de extraordinario alcance consistente en dar vida a nuevo modelo de Justicia Penal y, en lo que atañe al proceso, el desafío no es menor y se afronta desde una nueva forma de entender sus funciones. A ello, insisto, responde la incorporación de la oportunidad que, según anuncia el ALECRim, será "limitada". Dar idea del horizonte que ello abre al proceso, en este limitado espacio, no es tarea fácil. Apuntaré tres rasgos o notas del que, creo, puede llegar a ser.

Agilidad y simplificación del proceso será, confío, uno de los efectos derivados de la articulación de instrumentos sustentados en criterios de oportunidad. El margen, mayor o menor, de disposición que venga conferido al Fiscal — responsable de la acusación— o, si se prefiere, de discrecionalidad en la decisión de no persecución o archivo de la causa, de un lado, y de otro, el alcance de la facultad de acuerdo o negociación de la solución al conflicto penal, permitirá, el descenso —más o menos intenso— del número de asuntos de nuevo ingreso y/o la agilización en la tramitación de los que accedan, con lo que ello implica de menor dilación en el enjuiciamiento de los que hayan de ser resueltos, junto al nada desdeñable ahorro de costes, en recursos personales y materiales, que redunde en la mejora de los que se disponen para afrontar

asuntos de mayor gravedad o distinta entidad. En definitiva, la mejora, si no la deseable superación, de la crítica situación que lleva años padeciendo la Jurisdicción penal.

La oportunidad, puesta al servicio de la tutela de la víctima, abre al proceso nuevos horizontes en lo que atañe a la satisfacción de su derecho a ser reparada; es tarea pendiente del legislador articular cauces idóneos para asegurar no solo la reparación o resarcimiento económico de las víctimas, sino también su recuperación moral y, a ese efecto, articular medidas que eleven el nivel de cumplimiento de las obligaciones económicas —a ofendidos y perjudicados— a las que sumar las consistentes en la realización por el condenado de prestaciones o conductas orientadas a una reparación integral. Si a la consecución de este primero, se suma la del fin de resocialización del delincuente, en el que ha de poner también foco la reforma, una mayor humanización del proceso será un claro logro, en definitivo beneficio de las víctimas, de los delincuentes, y de la misma Sociedad.

Son otros, y no menores, los retos que afronta el proceso y el enjuiciamiento de los delitos que comportan responsabilidad de las personas jurídicas, recoge muchos de ellos. La necesaria articulación de canales de denuncia a través de los que informantes o delatores —la figura del whistleblower que la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre obliga regular de forma inminente— ponen en conocimiento de los responsables internos y/o las autoridades, la existencia del delito y el traslado a sociedades y empresas la labor de averiguación a través del desarrollo de investigaciones internas, extramuros del proceso, abre un amplio escenario de problemas procesales de calado que es necesario abordar. El Estado precisa de la cooperación, por parte de este sujeto y/o de la persona jurídica, en una investigación penal cuyo coste, en tiempo y recursos, difícilmente puede asumir y, de cara a su obtención, ha de articular incentivos o premios que pasan por la articulación de instrumentos que permitan al Fiscal mayor margen de disposición de la acción penal. El silencio de la vigente LECrim (LA LEY 1/1882) en esta materia es prácticamente absoluto, y el ALECrím no le dedica la atención que, por su importancia, creo que merece.»

Luis Lafont Nicuesa (Fiscal)

«Nos encaminamos hacia un sistema más flexible en que el proceso tradicional se verá complementado por mecanismos de libertad limitados. La autonomía de

la voluntad debe jugar un rol, pero no exento de garantías y cierta supervisión. No cambiará el concepto de delito, pero la plasmación legal de una pena deja de ser un valladar infranqueable para rechazar formulas negociadoras que no sólo aspiren a la rebaja de la pena sino también a su exclusión total. El ius puniendi seguirá existiendo y protegiendo los intereses públicos, pero no con soluciones monopolísticas ligadas al derecho, sino que admitirá mecanismos de satisfacción de los derechos e intereses de las partes.

Un último dato. Curiosamente, ciertas manifestaciones del "principio de oportunidad" pueden proteger el principio de legalidad. La introducción de fórmulas de desviación de juicio para las empresas nos evitara, como han tenido que hacer el TS y el TC, llevar a cabo complejos alambiques y equilibrios con el principio de legalidad y el art.11 LOPJ para avalar conductas como la de la lista "Falciani" ligadas a la obtención de datos de evasores fiscales en bancos suizos mediante mecanismo de dudosa licitud. Es preferible importar productos procesales atractivos que permitan el retorno voluntario de las personas jurídicas al lado de la legalidad para eludir un proceso y una condena. Estados Unidos elaboró en el 2013 un programa de desviación de juicio específico para los bancos suizos que tuvieran razones para creer en la presencia de delitos relacionados con la evasión de impuestos respecto de cuentas no declaradas relacionadas con ciudadanos estadounidenses. Para ser incluidos en el programa, los bancos tenían que proporcionar información detallada sobre cuentas en que los contribuyentes estadounidenses tuvieran un interés directo o indirecto o sobre otros bancos que transfirieron fondos de ciudadanos norteamericanos a cuentas secretas. A cambio de una sanción económica, eludían un procesamiento criminal, El programa se allanó con la decisión del Consejo Federal Suizo en abril de 2012 de permitir que los bancos investigados por el Departamento de Justicia facilitaran a las autoridades estadounidenses información de empleados y terceros. Desde entonces se han acogido al programa numerosos bancos.»