



LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA PENAL:
PERSPECTIVAS DE FUTURO

*LEGALITY AND OPPORTUNITY IN CRIMINAL JUSTICE:
FUTURE PERSPECTIVES*

ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS

Fiscalía Provincial de Badajoz

Recibido: 05/05/2020 Aceptado: 08/07/2020

RESUMEN

Los efectos negativos provocados en la justicia penal por la pandemia del COVID-19 han supuesto que se piense en el principio de oportunidad como un mecanismo para agilizar el proceso penal. Prueba de ello es el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que potencia este principio, el cual, de llegar a buen término esta iniciativa legislativa, pasaría a tener una importancia de la que actualmente carece por la fortaleza del principio de legalidad.

Palabras clave: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, principio de oportunidad, conformidad, mediación penal.

ABSTRACT

The negative effects on criminal justice of the COVID-19 pandemic has meant that the discretionary principle is seen as a mechanism to speed up the criminal proceeding. Proof of this is the Draft Criminal Procedure Act 2020, which promotes this principle, if

this legislative initiative is successful, it will become more important than it is at present because of the strength of the principle of legality.

Keywords: Draft Criminal Procedure Act 2020, opportunity principle, conformity, criminal mediation.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Situación actual.* 3. *La pandemia de COVID 19 y el principio de oportunidad.* 4. *El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020;* 4.1. *El principio de oportunidad;* 4.2. *La conformidad;* 4.3. *La justicia restaurativa. La mediación penal.* 5. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal español tal y como lo regula la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) está fuertemente inspirado en el principio de legalidad, de manera que las manifestaciones del principio de oportunidad, dejando al margen la conformidad, no pasan de ser anecdóticas; es más, el indudable éxito de la justicia negociada se debe a la práctica de los operadores jurídicos, práctica que no solo ha superado las expectativas del legislador, sino que en algunos casos ha desbordado sus propios límites normativos.

Sin embargo, parece que las tradicionales trabas puestas al principio de oportunidad, tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo, están desapareciendo, de manera que previsiblemente este principio entrará con fuerza en la futura ley procesal penal; así se deduce del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que no hace sino ratificar y profundizar la apuesta por este principio que ya se contenía en los malogrados Anteproyecto de 2011 y Proyecto de Código Procesal Penal de 2013.

Es más, sin necesidad de esperar a la aprobación de una nueva Ley que sustituya a nuestra centenaria LECrim, la crisis sanitaria provocada por la pandemia de coronavirus COVID-19 y sus efectos negativos sobre la justicia penal ha hecho que volvamos la vista a figuras procesales poco utilizadas, como la conformidad previa al juicio oral y la mediación penal, como pone de manifiesto el

documento “Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia de coronavirus COVID-19”, elaborado por la Fiscalía General del Estado (FGE).

Ambos textos, Anteproyecto y Propuestas de la FGE, serán objeto de estudio en este trabajo, partiendo de una somera, pero necesaria, exposición de la regulación contenida en la vigente LECrim.

2. SITUACIÓN ACTUAL

El proceso penal español está construido bajo el principio de legalidad, en virtud del cual de todo delito nace acción para el castigo del culpable (artículo 100 LECrim), por lo que los miembros del Ministerio Fiscal están obligados a ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal (CP) reserva exclusivamente a la querrela privada (artículo 105. 1 LECrim). Esto no es impedimento para que desde hace tiempo se admita que la vigencia del principio de legalidad no obstaculiza la introducción del de oportunidad, en su modalidad reglada y no discrecional, con lo cual se intenta paliar la llamada crisis del principio de legalidad, que, si bien al garantizar que todos los que transgredan la ley penal serán perseguidos y que ningún delito permanecerá impune, es una salvaguarda del principio de igual ante la ley y un requisito para que los ciudadanos confíen en la administración de justicia¹, genera en el sistema penal una sobrecarga de trabajo que puede afectar a los derechos de las partes al dilatar los procesos por encima de lo admisible².

En realidad, el principio de oportunidad, más allá de la justicia negociada y de la conformidad, tiene muy escasas manifestaciones en el proceso penal español, en concreto las siguientes.

1 Vid. Miguel Ángel Lamadrid Luengas, *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal* (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2015), 45.

2 En tal sentido, Fernando Velásquez Velásquez, *La justicia penal: legalidad y oportunidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 23.

En primer lugar, en el seno del proceso penal de menores, el artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (LORPM) permite al Ministerio Fiscal, que ostenta la competencia para la instrucción del procedimiento (artículo 16. 1), desistir de la incoación del expediente siempre que los hechos denunciados constituyan delitos leves o menos graves sin violencia o intimidación en las personas, y que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de igual naturaleza. En segundo lugar, en los juicios por delitos leves, el artículo 963. 1. 1ª LECrim establece que el juez de instrucción podrá acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias seguidas por delito leve cuando lo solicite el Ministerio Fiscal y concurren las siguientes circunstancias: a) que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. Nos encontramos ante una manifestación del principio de oportunidad con todas sus consecuencias, y, aunque se reserva al campo de los delitos leves, su introducción por LO 1/2015 supuso un significativo cambio de orientación. En tercer lugar, el CP permite la imposición de la pena inferior en uno o dos grados en delitos contra salud pública (artículo 376. 1 CP) y delitos de terrorismo (artículo 579 bis. 3 CP) a los sujetos que hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y hayan colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción del delito o para la identificación o captura de otros responsables. Se trata de dos supuestos de tipos privilegiados, no circunstancias atenuantes, que, como recuerda el Tribunal Supremo (TS) (SS 115/2014, de 25 de febrero y 541/2015, de 18 de septiembre), al analizar la previsión del artículo 376. 1 CP, obedecen a razones de política criminal, orientadas a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas³.

No obstante, es la conformidad, y su regulación en los procesos penales más recientes, lo que verdaderamente ha supuesto la irrupción del principio de oportunidad dentro nuestro proceso penal, ya que resulta difícil asistir a un juicio

3 Vid. Vicente Gimeno Sendra, "El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal", *Diario La Ley*, 8.746 (2016): 4.

oral penal al que no le haya precedido una negociación entre acusaciones y defensa para intentar llegar a un acuerdo, y no solo en delitos leves o menos graves, sino incluso en los graves⁴.

Dejando al margen el procedimiento ordinario y el procedimiento ante el tribunal de jurado, son dos los procedimientos donde la conformidad tiene una extraordinaria incidencia, el abreviado y el de enjuiciamiento rápido de determinados delitos. En el primero de ellos la LECrim establece tres momentos procesales en que puede alcanzarse la conformidad: en fase de diligencias previas (artículo 779. 1. 5^a), en fase intermedia (artículo 784. 3) y en fase de juicio oral (artículo 787. 1), si bien casi todos los acuerdos se alcanzan en esta última fase, justo momentos antes de comenzar el juicio oral. Respecto al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el artículo 801 LECrim regula la llamada conformidad premiada, cuya principal característica es que en la sentencia dictada por el juez de guardia se impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el CP. Este es el único supuesto en el que el beneficio que conlleva la conformidad para el acusado está expresamente previsto en la ley, con lo que supone de mejora de la seguridad jurídica de esta institución, y su importancia ha sido destacada por el TS (SS 752/2014, de 11 de noviembre y 422/2017, de 13 de junio), al señalar que la reforma de la LECrim supuso una auténtica modificación por vía indirecta del CP, al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al artículo 801 LECrim el rango de ley orgánica del que carecía el original proyecto legislativo.

Aparte de los dos anteriores, el proceso por aceptación de decreto, introducido en la LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre, y desarrollado en los artículos 803 bis a) a bis i), contiene otra regulación de la conformidad, con la peculiaridad de que en este caso la conformidad es consustancial al proceso, de

4 Vid. Antonio Mateos Rodríguez-Arias: "Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 35 (2019): 167-194.

manera que, si no se alcanza el acuerdo, la causa se transformará en otro tipo de proceso. Sin embargo, se trata de una modalidad de muy escasa aplicación frente al exitoso juicio rápido, entre otras razones porque al acusado le resultará más conveniente acogerse a la conformidad del artículo 801 LECrim que está premiada con una reducción de un tercio de la pena.

Para terminar esta breve exposición de las actuales manifestaciones del principio de oportunidad, hay que hacer referencia a la mediación penal. La mediación penal es la figura a través de la cual se da entrada a lo que se conoce como justicia reparadora o restaurativa frente a la clásica justicia retributiva, justicia que se presenta como un paliativo a la victimización secundaria y como una forma de reparación del daño que conlleva no solo la paz jurídica sino también la paz social a través de los acuerdos alcanzados entre imputado y víctima⁵, y ello gracias a que víctima e infractor, reconociéndose mutua capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito, se someten voluntariamente a un proceso de diálogo, dirigido por un mediador imparcial con el objetivo de que la víctima sea escuchada y resarcida y el imputado asuma su responsabilidad personal.

En la mediación penal concurren dos circunstancias que la convierten en una figura procesal en la que el legislador tiene una gran capacidad de innovación. En primer lugar, porque se trata de una institución que, dejando a salvo la jurisdicción de menores, resulta desconocida en nuestro proceso penal. Efectivamente, el artículo 19 LORPM regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, convirtiéndose en el único supuesto de regulación legal expresa de la mediación penal. En segundo lugar, porque la normativa europea marca una serie de pautas para la implantación de la justicia restaurativa, cuya principal vía de aplicación es la mediación penal. Ya la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), en sus artículos 10 y 17, establecía la obligación de los estados miembros de procurar impulsar la mediación en las causas penales y velar para

5 Vid. Mar Jimeno Bulnes, “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley* 8.624 (2015): 7.

que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación. Posteriormente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye a la Decisión Marco, para cuya transposición España aprobó Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, obliga a los estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria, y para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a dichos servicios. En la misma línea se pronuncia la Recomendación CM/ReGRC (2018) del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La ausencia de regulación no ha impedido que se hayan puesto en marcha por parte del Consejo General del Poder Judicial varias experiencias piloto de mediación que, en general, han merecido el aplauso de los participantes⁶, y que han sido tenidas en cuenta en la elaboración del Anteproyecto LECrim 2020, el cual apuesta por esta figura procesal, como ya lo hicieron los proyectos legislativos de 2011 y 2013.

3. LA PANDEMIA DE COVID 19 Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La crisis sanitaria provocada por la pandemia de coronavirus COVID-19 ha supuesto en el año 2020 la práctica paralización de la Administración de Justicia durante casi dos meses y, pese a las medidas adoptadas en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, presumiblemente se tardará tiempo en volver a los niveles de productividad anteriores a la crisis, lo que ha generado altos niveles de atascos en nuestros juzgados y tribunales.

6 Vid. Rodrigo Miguel Barrios, *Justicia Restaurativa y Justicia Penal* (Barcelona: Atelier, 2019), 103.

Esta circunstancia ha hecho que nos fijemos en figuras procesales poco utilizadas, y que, a día de hoy, siguen generando reticencias entre la doctrina, la jurisprudencia e incluso el legislador, de manera que la crisis sanitaria puede servir para potenciarlas y asumirlas, de modo que pasado el tiempo podamos afirmar que llegaron a nuestro proceso para quedarse gracias a la pandemia, resultando extrañas beneficiarias de ésta. Así, en el campo de la jurisdicción penal, nos fijamos en el principio de oportunidad, y como manifestaciones del mismo, la conformidad previa al juicio oral y la mediación. Las tres, además de las relativas a la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación, se encuentran entre las 60 medidas propuestas por la Fiscalía General del Estado (FGE) para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia de coronavirus COVID-19, sin olvidar, como señala la propuesta de la FGE, que hay que partir de la irrenunciable garantía de los derechos fundamentales, del derecho de defensa y de los derechos de la víctima, que no pueden verse ni vulnerados ni disminuidos por las medidas que se adopten para la superar la crisis.

Medidas propuestas por la FGE respecto al principio de oportunidad

En primer lugar, respecto al principio de oportunidad en sentido estricto, la propuesta n.º 48 de la FGE parte de la base de que “la actual regulación del principio de oportunidad en los delitos leves resulta poco operativa, pues se ciñe a muy escasos supuestos”, lo cual no es más que una constatación de la realidad, si bien hay que añadir que la casi nula aplicación del precepto no solo se debe a su ámbito, sino al poco eco que ha encontrado entre los jueces de instrucción y los fiscales, que no lo han hecho suyo, no lo han interiorizado.

En el ámbito de los delitos menos graves la FGE propone la introducción de un nuevo artículo 774 bis en la LECrim que permitiera al fiscal valorar la procedencia de desistir de la investigación del delito, con sujeción a requisitos reglados y en atención al interés público y, en su caso, de la víctima. Esta reforma no parece fácil que se produzca sino en el seno de una nueva LECrim que otorgue

la investigación de los delitos al fiscal, en la línea propuesta por el Anteproyecto LECrim 2020.

Medidas propuestas por la FGE respecto a la conformidad

El argumento justificativo de la conformidad en base a la economía procesal que conlleva y como un instrumento eficaz para aliviar el atasco de juzgados y tribunales ante la creciente conflictividad penal, decae en gran parte al comprobar que en la práctica ha triunfado de un modo casi absoluto la modalidad de conformidad que se alcanza justo en el momento previo de comenzar el juicio oral, con lo cual pierde utilidad; es cierto que se evita el juicio oral y un hipotético recurso, pero es lo único que se evita, ya que todas las fases anteriores se han desarrollado íntegramente, la instrucción, la interminable fase intermedia y la preparación del juicio oral, con citación de acusados, testigos y peritos, que incluso llegan a comparecer ante el órgano de enjuiciamiento⁷.

Frente a ello, la FGE propone dos medidas de tipo organizativo que no necesitan reforma legislativa.

En primer lugar, la propuesta n.º 13, se refiere a la potenciación del Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito en 2009 entre la FGE y el Colegio General de la Abogacía. En base a este Protocolo se suscribieron los correspondientes protocolos entre las distintas fiscalías y los colegios de abogados, con el objetivo principal de facilitar las conformidades del artículo 784, 3 LECrim, previas al juicio oral. Sin duda, se trata de una medida acertada, pero para tener eficacia habrá de vencer la tendencia de las partes a no acudir a esta conformidad previa y la inercia de estos últimos 12 años de ignorar la existencia de estos protocolos, lo cual requerirá un esfuerzo por parte de las fiscalías y de los colegios de abogados.

7 Vid. Antonio del Moral García, "Otra vez sobre la conformidad y conformidades en el proceso penal", *Fernando Herrero Tejedor – Liber Amicorum*, dir. por Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo (Madrid: Colex, 2015), 487.

En segundo lugar, la propuesta n.º 14, anima a los órganos de enjuiciamiento, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, a intensificar las jornadas de señalamientos en los que, con exclusiva citación del encausado y de la defensa, se concentraran juicios a los solos efectos de posibles conformidades. Se trata de una medida que ya viene siendo utilizada con éxito por muchos juzgados de lo penal y audiencias provinciales y que conlleva los beneficios de evitar la comparecencia en juicio de la víctima, y con ello la segunda victimización, así como de los testigos y peritos, y rebajar la tarea de los juzgados de proceder a su citación. Es una medida fácil de aplicar, que, si bien no evita la fase intermedia y solo suprime parte de la preparación del juicio oral, sí conlleva claros beneficios frente a la conformidad alcanzada en el acto de juicio oral. En contra de este tipo de señalamientos se argumenta que si es el juez o tribunal el que indica cuáles son los juicios susceptibles de ser conformados ya está prejuzgando la causa. Entendemos que este argumento no tiene fuerza suficiente para hacer decaer esta práctica, pero, en cualquier caso, una forma de solventarlo sería que fuera el fiscal el que indicara qué causas son merecedoras de este tipo de señalamientos.

En el campo de las medidas que requieren reforma legislativa la FGE propone tres.

En primer lugar, la propuesta n.º 44, interesa la modificación del artículo 801 LECrim que regula la conformidad premiada del procedimiento de enjuiciamiento rápido, de manera que se extienda su ámbito a hechos calificados como delito castigado con pena de hasta cinco años de prisión, superando los tres años actualmente fijados como límite. Se trata una reforma sencilla que permitiría encuadrar en este tipo de conformidades delitos que en ocasiones son de investigación simple, como los robos con fuerza en casa habitada, en local abierto al público, o los robos con violencia o intimidación, que se ven abocados al trámite de procedimiento abreviado perdiendo el acusado la posibilidad de beneficiarse de la reducción de un tercio en su condena.

En segundo lugar, la propuesta n.º 45, se refiere al artículo 784 LECrim, que regula la conformidad en procedimiento abreviado previa a la celebración

del juicio oral, interesando su reforma para que en este caso el acusado también se beneficie de la reducción de un tercio de su condena, al igual que ocurre en el procedimiento de enjuiciamiento rápido. Nuevamente, se trata de una reforma fácil de abordar que potenciaría las conformidades y aliviaría la carga de trabajo de la Administración de Justicia, si bien para ello es necesario insistir, como hace la FGE, en que esta conformidad privilegiada solo sería aplicable cuando se prestara con anterioridad a la celebración del juicio oral, pues si no se perderían gran parte de esos beneficios. Además, extender el beneficio de reducción de un tercio de la condena a la conformidad prestada en el procedimiento abreviado, de manera que la rebaja venga impuesta por ley, ayudaría a disipar las dudas expuestas por el propio TS respecto a si es admisible que la negativa a la conformidad de un coacusado frente a la admisión de las imputaciones por parte de los demás sirva de motivación para fundamentar la distinta entidad de las penas impuestas a uno y a otros (SSTS 487/2007, de 29 de mayo y 457/2013, de 30 de abril), dudas que tienen su fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional (SS 75 y 76/2007, de 16 de abril) según la cual penalizar a aquél que solo ejerció su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable es una práctica constitucionalmente inadmisibles por lesiva para los citados derechos fundamentales.

En tercer y último lugar, la propuesta n.º 52 se refiere al procedimiento por aceptación por decreto, entendiéndose que una manera de superar su limitada aplicación (más bien nula) sería modificar el artículo 803 bis a) LECrim para extender su ámbito de aplicación a los mismos supuestos que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Este procedimiento por aceptación por decreto tiene la ventaja frente al de enjuiciamiento rápido de que no requiere comparecencia judicial, pero seguirá siendo de poca aplicación mientras al acusado no se beneficie con una reducción de un tercio de la pena, como prevé el artículo 801 LECrim y mientras no se supere la actual situación de falta de empatía de los operadores jurídicos hacia este tipo de procesos.

Medidas propuestas por la FGE respecto a la mediación penal

La propuesta n.º 28 de la FGE recoge el fomento de la justicia restaurativa en los términos del artículo 15 del Estatuto de la víctima como medio de descongestionar la Administración de Justicia en el campo de los delitos leves, medida plausible, pero que necesitaría un impulso legislativo o, al menos, la elaboración de protocolos al estilo de los que se firmaron para favorecer las conformidades, mientras ello no se produzca, no pasaremos del mero voluntarismo.

4. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Desde su aprobación en 1882 la LECrim ha sufrido innumerables reformas, pero existe un cierto consenso a la hora de afirmar que es necesario dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una nueva ley procesal penal. Fallidas las iniciativas de 2011 y 2013 el actual Anteproyecto 2020, aparte de simplificar el número de procedimientos penales actualmente vigentes, tiene como novedad más significativa frente a la ley vigente la desaparición de los jueces instrucción y el otorgamiento de la investigación de los hechos delictivos al fiscal. Esto, unido a la posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad, a la ampliación del marco normativo de la conformidad, y a la regulación por primera vez en la historia de nuestro proceso penal de la mediación penal, conllevará un considerable aumento del poder de disposición del Ministerio Fiscal sobre la pretensión penal, en la línea ya marcada por las reformas procesales más recientes⁸.

4.1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad está prevista en los artículos 174 a 180 del Anteproyecto, que representan un enorme paso cualitativo y cuantitativo respecto a la exigua e irrelevante

8 Vid. Nicolás Cabezudo Rodríguez, “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada: las claves del nuevo modelo procesal español”, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, coordinado por Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez, 829-847 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 836.

regulación contenida del artículo 963. 1. 1ª de la vigente LECrim, que en su artículo 963. 1. 1ª limita la posibilidad de archivo a los delitos leves de muy escasa gravedad.

Son cuatro las previsiones del Anteproyecto:

Archivo por razones de oportunidad (artículo 175). El fiscal podrá decretar el archivo total o parcial de la investigación para delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión o con privación de derechos que no exceda de diez años, siempre que concurren determinados requisitos y con exclusión de algunos supuestos en que no será posible aplicar este precepto.

Suspensión del procedimiento por razones de oportunidad (artículo 176). El fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación para delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurren los requisitos del artículo anterior, condicionándola al cumplimiento por la persona encausada de una o varias obligaciones o reglas de conducta. Cumplidas estas obligaciones en el plazo fijado y transcurridos dos años sin que el investigado haya delinquido, el fiscal remitirá el procedimiento al juez de garantías, que acordará su sobreseimiento.

Archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal (artículo 178). El fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal, decreto que remitirá de forma inmediata al juez de garantías y que surtirá efectos hasta que haya desaparecido el riesgo generado para la investigación principal o se haya alzado el secreto de la misma, momento en que el juez acordará a petición del fiscal la reapertura del procedimiento archivado.

Archivo por colaboración activa contra una organización criminal (artículo 179). El fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento en los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra

naturaleza, cualquiera que sea su extensión, cometidos en el seno de una organización criminal, para el investigado arrepentido siempre que el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y las víctimas del delito cometido hayan sido debidamente resarcidas.

Dejando al margen el archivo temporal del artículo 178, en los otros tres supuestos nos encontramos con el que fiscal tiene la posibilidad de archivar procedimientos incoados por delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, límite que alcanza los cinco años de prisión en el caso de que el fiscal opte por la suspensión del procedimiento, suspensión que terminaría también en archivo caso de cumplirse las obligaciones impuestas al investigado, y que llega aún más lejos (delitos castigados con penas de prisión de hasta seis años) en los supuestos de colaboración activa contra una organización criminal. Teniendo en cuenta que actualmente solo se regula el archivo por razones de oportunidad para delitos leves de muy escasa gravedad (artículo 963. 1. 1ª LECrim) y que para la figura del arrepentido solo se prevé en los delitos de terrorismo un tipo privilegiado con posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados (artículo 579 bis. 3 CP), se puede inferir que el legislador pretende incluir un cambio radical en nuestro proceso penal, dotando de un enorme protagonismo al Ministerio Fiscal, que se nos presenta como auténtico dueño del proceso en detrimento de los órganos de enjuiciamiento.

Es loable el intento del Anteproyecto de acabar con una realidad práctica en la que el principio de oportunidad se aplica de forma sistemática bajo la cobertura de otras figuras procesales, básicamente la conformidad, no obstante, hay que advertir que el Anteproyecto va mucho más allá, pues en las conformidades se acuerda una condena, al menos para alguno de los acusados, mientras que en estos preceptos se regula el archivo del procedimiento antes de que se formule la acusación. Además, si bien la decisión del fiscal de archivo está sujeta a control judicial, no por eso deja de ser una decisión discrecional, ya que, de acuerdo con el artículo 180 del Anteproyecto lo único que el juez de garantías puede controlar son los elementos reglados fijados en los artículos 176, 178 y 179, que no son más que el campo de juego dentro del cual opera el principio de oportunidad.

4.2. LA CONFORMIDAD

La terminación del procedimiento por conformidad está regulada en los artículos 164 a 173 del Anteproyecto, y lo primero que llama la atención y debe ser motivo de aplauso es la reducción del número de formas de conformidad con que puede finalizar el procedimiento, ya que frente a las ocho previstas en la vigente LECrim pasamos a una sola modalidad.

Por lo demás, las grandes novedades del Anteproyecto son tres: se suprime con sistema actual de limitación de la conformidad en función del criterio de la gravedad de la pena, de manera que puede alcanzarse el acuerdo independientemente de la extensión de ésta; se potencia el control judicial del acuerdo, que no recae sobre el órgano de enjuiciamiento, sino sobre el llamado juez de la conformidad; y, en el caso de pluralidad de personas encausadas por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa, solo cabe la conformidad cuando sea prestada por todas las personas encausadas.

Las tres novedades obedecen a críticas que ha recibido la regulación contenida en la vigente LECrim y, sobre todo prácticas forenses poco respetuosas con los derechos de los acusados. Así, en primer lugar, la imposibilidad de alcanzar la conformidad cuando la pena supera los seis años de prisión ha generado la rechazable técnica de las llamadas “conformidades encubiertas”, esto es, cuando la conformidad no es formal, sino oficiosa, de manera que se celebra el juicio, pero el fiscal anuncia modificación de sus conclusiones con reducción de la pena según lo pactado y todas partes renuncian a la prueba, excepto la confesión del acusado, práctica que ha merecido en repetidas ocasiones el rechazo del TS, así en sentencias 291/2016, de 7 de abril y 808/2016, de 27 de octubre⁹. En segundo lugar, otorgar la competencia para el control judicial del acuerdo a un órgano distinto del de enjuiciamiento evitará la actitud de jueces y tribunales de

9 Vid. Mateos Rodríguez-Arias, “Algunas reflexiones críticas...”, 191.

beneficiar los acuerdos como mejor forma de terminar el proceso penal¹⁰. Por último, la exigencia de la conformidad sea prestada por todos los coacusados evita que la negativa al acuerdo de un coacusado frente a la admisión de las imputaciones por parte de los demás sirva de motivación para fundamentar la distinta entidad de las penas impuestas a uno y a otros.

4.3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA. LA MEDIACIÓN PENAL

En los artículos 181 a 185 del Anteproyecto, y en la línea marcada por el artículo 19 LORPM, se prevé la instauración por primera vez en nuestro proceso penal de la justicia restaurativa.

Una vez más se otorga un papel principal al fiscal, ya que es a éste al que corresponde, valoradas las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, que puede concluir sin acuerdo, en cuyo caso continuará el procedimiento penal en curso con todas sus consecuencias, o con acuerdo, supuestos en los que el fiscal, valorando el acuerdo alcanzado por las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, deberá o bien decretar el archivo por oportunidad, según lo previsto en los artículos 175 y 176, o bien proceder por las reglas del procedimiento de conformidad, en cuyo caso se dictaría una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada.

Sin duda es positivo que le legislador penal explore la figura de la mediación, en línea con la normativa europea antes enunciada que marca una serie de pautas para la implantación de la justicia restaurativa frente a la clásica justicia retributiva, si bien hay que advertir del peligro de ver en esta institución un instrumento para descargar los juzgados y tribunales, lo que nos alejaría de su esencia, que no es otra que restaurar aquello que el delito rompió mediante el encuentro entre víctima y delincuente que propicie un acuerdo entre ambos.

10 En tal sentido, Juan Carlos Ferré Olive, "El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20, n.º 6 (2018): 16. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>.

Por otra parte, se echa de menos una mejor delimitación del ámbito de aplicación de la mediación. Actualmente el único supuesto en que está expresamente vedada la mediación son los delitos de violencia de género (artículo 44. 5 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y artículo 87 ter. 5 LOPJ), no obstante, deberían existir prohibiciones a la mediación en función de cuáles hayan sido los bienes jurídicos lesionados y de la gravedad de los delitos¹¹. Frente a ello el Anteproyecto se limita a señalar que el Ministerio Fiscal, “según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima”, podrá remitir a las partes a un proceso restaurativo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La potenciación del principio de oportunidad como instrumento para agilizar la justicia penal frente a los efectos negativos de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19 y, más a largo plazo, la decidida apuesta por este principio contenida en el Anteproyecto LECrim 2020, junto a los beneficios pretendidos, generará el riesgo de desnaturalizar principios básicos del proceso penal, como los de legalidad, indisponibilidad del objeto del proceso penal, búsqueda de la verdad material, oralidad, contradicción, inmediatez y valoración de la prueba por un órgano jurisdiccional¹², pero además conllevará un fortalecimiento de los poderes del Ministerio Fiscal, en contraste con los del órgano de enjuiciamiento, no siendo exagerado afirmar que se producirá un

11 Vid. Juan Ignacio Echano Basaldúa, “Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción”, *Cuadernos penales José María Lidón* 89 (2013): 156-204.

12 El TS en sentencia 422/2017, de 13 de junio, que recoge otras anteriores, hace hincapié en que, frente al proceso civil que se rige por el principio dispositivo y de verdad formal, en el proceso penal prepondera el principio de legalidad y el de indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso.

En esta línea, de forma contundente, se expresa este Tribunal en sentencia 8/2011, de 11 de febrero, según la cual: “Es lógico, pues, el recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio del consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialógica del proceso penal, y la necesidad de que el reproche penal sea el resultado de una apreciación probatoria verificada por un órgano jurisdiccional que ha de valorar los elementos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes.”

desplazamiento del eje central del proceso penal desde el juez o tribunal hacia la acusación¹³.

Todo ello se enmarca dentro de la previsión contenida en el Anteproyecto de convertir al fiscal en el director de la investigación de las causas penales, con supresión de la clásica figura del juez de instrucción, reforma de gran trascendencia que encuentra no pocas reticencias en quienes ven en el actual modelo de Ministerio Fiscal una falta de autonomía incompatible con la atribución de esta función y que exigirá algunas reformas que aumenten la autonomía con la que actualmente cuentan los fiscales¹⁴.

Sin poder profundizar en esta cuestión que supera los objetivos y límites de este trabajo, sí podemos extraer la conclusión de que el Anteproyecto otorga un poder demasiado amplio al Ministerio Fiscal forzando en exceso los principios básicos del proceso penal antes mencionados, así hay que entender el hecho de que el fiscal pueda archivar por razones de oportunidad procedimientos abiertos por delitos castigados con pena de hasta cinco años, límite que se eleva hasta los seis años en caso de archivos por colaboración activa contra una organización criminal, así como que en la terminación del procedimiento por conformidad se suprima todo límite en función de la gravedad de la pena. Sentencias condenatorias por encima de un determinado número de años merecerían ser dictadas tras un juicio oral con todas las garantías y regido por los principios de oralidad, contradicción, inmediación y valoración de la prueba por el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabezudo Rodríguez, Nicolás. “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada: las claves del nuevo modelo procesal español”, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*.

13 En tal sentido, Velásquez, *La justicia penal ...*, 61

14 Vid. Antonio Mateos Rodríguez-Arias: “Otra vez sobre la aprobación de una nueva Ley Procesal Penal y la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley* 9.666 (2020): 3.

- Coordinado por Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez. 829-847. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Del Moral García, Antonio. “Otra vez sobre la conformidad y conformidades en el proceso penal”. En *Fernando Herrero Tejedor – Liber Amicorum*. Dirigido por Antonio Del Moral García y Jaime Moreno Verdejo. 481-508. Madrid: Colex, 2015.
- Echano Basaldua, Juan Ignacio. “Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción”. *Cuadernos penales José María Lidón* 89 (2013): 156-204.
- Ferré Olive, Juan Carlos. “El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20, n.º 6 (2018). <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>.
- Gimeno Sendra, Vicente. “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley* 8.746 (2016).
- Jimeno Bulnes, Mar. “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”. *Diario La Ley* 8.624 (2015).
- Lamadrid Luengas, Miguel Ángel. *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2015.
- Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. “Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 35 (2019): 167-194.
- Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. “Otra vez sobre la aprobación de una nueva Ley Procesal Penal y la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley* 9.666 (2020).
- Miguel Barrio, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier, 2019.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *La justicia penal: legalidad y oportunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Antonio Mateos Rodríguez-Arias
Fiscal
Fiscalía Provincial de Badajoz
amatrod@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-5043-921X>