

Principio de oportunidad y sistema penal

DULCE MARÍA SANTANA VEGA

Profesora de Derecho penal UPLGC

«Ser libres significa
no depender de nadie,
nada más que de la ley.»
(Voltaire)

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Que la Administración de Justicia, en sus diferentes órdenes (aquí nos vamos a centrar en el penal), está en crisis es una afirmación que muy pocos se atreverían a negar. A esta conclusión se llega no sólo a través de estudios estrictamente jurídicos (1), sino también desde sugerentes e innovadores análisis económicos (2).

Pero con ser triste lo certero de esta aseveración, quizá lo sea más la antigüedad de la misma. En efecto, la LECr. de 1882 ya lo ponía de manifiesto al decir en su Exposición de Motivos: «... los españoles... lejos de haber adquirido **confianza** en la Justicia y de

(1) Resulta a este respecto significativa la rúbrica elegida para el I Congreso de Derecho procesal de Castilla y León: «Crisis de la Justicia y Reformas Procesales», 1988; *vid.* también, entre otros: con sutil, cuando no lacerante ironía, RAMOS MÉNDEZ, «De como hacer las reformas procesales (manual del aprendiz de legislador)», en *Estudios procesales en honor de Víctor Fairén Guillén*, 1990, pp. 461 y ss.; GUTIÉRREZ ALVIZ, «Crisis de la Justicia y Reforma del Proceso penal», *RDP* (2), 1988, pp. 82 y ss.

(2) *Vid.* PASTOR PRIETO, «Administración de Justicia y Derecho procesal», en *Sistema jurídico y económico. Una introducción al análisis económico del Derecho*, 1989, pp. 206 y ss.; el mismo, «Elementos para un análisis económico de la Justicia. El gasto público en Justicia en España», en *Hacienda Pública Española*, pp. 155 y ss., 1990; el mismo, «El Análisis económico del acceso a la Justicia», en *Información Comercial Española* (687), 1990, pp. 23 y ss.

coadyuvar activamente en su recta administración, han formado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles». Esta vieja preocupación que expresaba nuestro legislador decimonónico parece nueva para el reformador de 30 de abril de 1992, quien, explicando las causas de las medidas urgentes que implanta, se expresa en los siguientes términos: «... se trata de mecanismos de agilización cuya posible utilización se deja en manos del Ministerio Fiscal y el Juez, de forma que se abra un margen de desarrollo de una política de represión penal que pretenda reforzar la **confianza** en el Derecho y la Justicia...», y más adelante recalca, «que la inmediata impartición de la Justicia produzca sus efectos positivos en la comunidad, reforzando su **confianza** en la Justicia» (3).

Pues bien, en este contexto de crisis y de ansia, cuando no de obsesión, por la celeridad en el proceso penal como generadora de confianza ciudadana, es donde hay que ubicar al principio de oportunidad.

Define Gimeno Sendra dicho principio como 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 (4)». Sin embargo, este concepto no deja de ser embrionario ya que no incluye una serie de supuestos que tanto otros autores, como el propio hacedor de la definición, contempla como manifestaciones de aquél (5). Pero es que, además, y de ahí la dificultad de una defini-

(3) Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de reforma procesal, ley curiosamente ordinaria y no orgánica. Sobre ley orgánica y materia penal, *vid.* QUE-RALT JIMÉNEZ, «Código penal y ley orgánica», *ADPCP*, 1992, pp. 78-79, «si el principio de legalidad penal es un derecho fundamental, la legislación que constituye su desarrollo debe acontecer por ley orgánica».

No se libran tampoco de estos «despistes» otros ámbitos de nuestro Ordenamiento jurídico. Así, en relación con el art. 211 del CC, regulado también por ley ordinaria, *vid.* MENA ÁLVAREZ, «Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, 1983, pp. 494-496. Y en el mismo sentido, DOLZ LAGO, «El internamiento psiquiátrico civil en España: aspectos legales», en *Justicia* (IV), 1992, pp. 907-908.

(4) GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)», en *Justicia* (2), 1987, p. 350.

(5) Así en nuestra doctrina, ROLDÁN BARBERO (*Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica reactiva de los tipos penales*, 1992, pp. 171 y ss.), bajo la denominación de «adecuación social en su reflejo procesal», incluye momentos sociológicos no formalizados (falta de denuncia de delitos por miedo, desconfianza en la Administración de Justicia, etc.); en un sentido también amplio, BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en *PJ* (especial II), 1987, pp. 14 y ss., refiere la oportunidad a todo tratamiento penal que desencadena el hecho delictivo. Por el contrario, desde un

ción amplia y comprensiva, la regulación positiva de la oportunidad es ciertamente diferente en el mundo anglosajón, en donde se recoge con gran generosidad de variantes y efectos (6), de la más restrictiva regulación alemana (7). Por último, la equivocidad del término «principio de oportunidad» aumenta si se tiene en cuenta que lo que algunos autores denominan «oportunidad o selección reglada» no es más que, como tendremos ocasión de apreciar, «legalidad adulterada».

En verdad, la aplicación estricta del principio de legalidad en materia penal por parte de la Escuela Clásica, y, en consecuencia, por las legislaciones que se inspiraron en sus principios, reveló numerosas deficiencias en orden a la prevención especial (en concreto, incremento de las cifras de reincidentes) (8). Esta situación se tradujo en una relativa «desconsagración» del principio de legalidad (v. gr. Escuela Positiva), apareciendo progresivamente una serie de técnicas tendentes a la individualización penal, algunas de las cuales son consideradas, impropiaemente, como manifestaciones del principio de oportunidad (sentencia indeterminada, suspensión del fallo, condena condicional, perdón judicial...) (9). En efecto, todas estas institucio-

punto de vista restrictivo, CONDE-PUMPIDO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *PJ* (especial VI), 1989, p. 23, excluye del principio de oportunidad los casos de «oportunidad reglada».

(6) De las distintas modalidades de confesión de culpabilidad, la más extrema es denominada en Estados Unidos *plea bargaining*. A tenor de la Norma 11 de las Federal Rules of Criminal Procedure, define dicha institución en nuestra Doctrina DIEGO DÍEZ [«Principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *PJ* (especial IV), 1989, p. 38], como «las negociaciones llevadas a cabo entre el Fiscal y la defensa, en torno a la obtención de un acuerdo transaccional mediante el cual el acusado se confiese culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación de indulgencia hecha por el fiscal». Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN, «Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1988», en *Justicia* (1), 1989, pp. 11-22, considera recogido el *plea bargaining* en el art. 793.3 y 4 de la LECr. Añadiendo: «no me opongo demasiado al bargaining; sí a que penetre solapadamente, en tal crisis, e intentándose cambiar ex abrupto la manera de pensar de jueces, fiscales, acusadores particulares y, en general, de las partes; todo singularmente complicado y responsable. Y más, con tales oscuridades, que hasta ocultan o dificultan la comprensión de qué figura se halla escondida tras las defectuosas redacciones e inclinan hacia la confusión, comenzando por mí mismo. Para qué están las **Exposiciones de Motivos.**»

(7) Vid. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, 1991, pp. 46 y ss., GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, 1985, pp. 47 y 48.

(8) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.^a ed. (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Benítez Merino), 1986, pp. 60 y ss.

(9) MIR PUIG, *Introducción a la bases del Derecho Penal. Concepto y método*, 1976, p. 148, señala, refiriéndose al abandono de los estrechos márgenes en los que se movía el principio de legalidad, que «las actuales corrientes político criminales y

nes al determinarlas la ley, ser competencia de los órganos judiciales y ser impuestas tras un proceso completo, difícilmente se ajustan al concepto de referencia, no siendo más que una flexibilización del principio de legalidad en aras de la prevención especial.

Por lo tanto, circunscribiremos el concepto de oportunidad, *stricto sensu*, a aquel principio procesal, opuesto al de legalidad, aunque a veces se valga de su cobertura formal, en el que concurren los siguientes requisitos:

a) subjetivo: atañe sólo al Ministerio Fiscal;
 b) objetivo: la actuación regida por la oportunidad se circunscribe al ejercicio de la acción penal (aunque esté formalmente condicionado por conceptos jurídicos indeterminados) y a la negociación del delito y/o de la pena.

c) teleológico: está dirigido a exceptuar las obligaciones que con carácter general impone la ley al titular público de la acción penal (10).

Pues bien, partiendo de este concepto, excluirémos del presente trabajo:

a) las técnicas de individualización penal (11);
 b) la denominada «oportunidad judicial» referida a la facultad de sobreseimiento concedida al órgano jurisdiccional (12), y
 c) la «oportunidad preprocesal», esto es, aquella que tiene lugar en el ámbito de la actuación policial (13).

iuscomparativistas abonan una relajación de este planteamiento. Ello es preciso tanto por la propia necesidad de justicia que obliga a tratar desigualmente a los casos desiguales, como por la función de prevención especial». En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 100, pone de manifiesto que «hasta ciertos límites bastante amplios la prevención general no se ve perturbada porque en algunos casos concretos, por razones de prevención especial, no se imponga, no se ejecute o no se cumpla totalmente la pena».

(10) ARMENTA DEU, *Criminalidad* (n. 7), 1991, p. 208. Esta autora, a quien hemos seguido en la estructuración del concepto, incluye dentro del elemento subjetivo, además, al órgano jurisdiccional.

(11) Éstas son denominadas por ARMENTA DEU, *Criminalidad* (n. 7), 1991, p. 210, gráficamente y esclarecedoramente, «criterios de oportunidad», diferentes, en todo caso, del «principio de oportunidad».

(12) ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, p. 184, considera viable, a través de una interpretación valorativa de la expresión «hecho no constitutivo de delito» del art. 637.2 de la LECrim., dar entrada a la oportunidad judicial en nuestro Derecho.

(13) *Vid.* a este respecto QUERALT JIMÉNEZ, *El policía y la ley*, 1986, pp. 84 y ss.; *Idem*, *Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)*, 1990, pp. 154 y 157, «... la oportunidad supone no cumplir con la legalidad, limitando su alcance efectivo a un número de supuestos, por calidad y cantidad, menores de los que resultaría de una más exacta correspondencia entre el diseño legal y los hechos legalmente acaecidos». Esto da lugar a que la policía (por el número de archivos producidos, tipo de delitos y la siempre alegada falta de medios personales y materiales), «... tienda a seleccionar las conductas criminales sobre las

II. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. SU INCIDENCIA EN LOS FINES DE LA PENA

Ha sido una tradición tristemente reiterada por nuestros diseñadores jurídicos, importar, como gran innovación y panacea de problemas, instituciones jurídicas en momentos en los que ya llevaban tiempo siendo cuestionadas en los países de origen. O, incluso, realizar esta importación sin preocupar la existencia de las condiciones necesarias para hacer funcionar aquellas instituciones en nuestro Ordenamiento. Esto parece estar pasando con el principio de oportunidad procesal, al introducirse manifestaciones del mismo a través de reformas parciales y urgentes o al postular su más amplia recepción. Y esto se hace así:

- a) sin pergeñar de forma global la nueva reforma procesal penal española (14);
- b) sin realizar la necesaria armonización de la legislación penal substantiva con la procesal (15);

que se va a operar...», olvidando que «... el legislador parece que ha querido ceñir la actuación policial lo más estrictamente posible al principio de legalidad, dejando a otros estamentos, y específicamente en la fase terminal del procedimiento, los aspectos más claramente discrecionales...». *Vid.* también, QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de policía judicial*, 2.^a ed., 1989, pp. 43 y ss. En esta misma línea, ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Ministerio Fiscal entre el viejo y el nuevo proceso», en *La reforma del proceso penal*, 1990, p. 118, llama la atención sobre el incremento de las denominadas «**prácticas policiales autónomas**, es decir, no preordenadas a un proceso... al margen del régimen de garantías del proceso (y), en general, reservadas para los sectores más marginales de población, que así soportarían una forma explícita de **sobremarginación procesal adicional**.» (sa). *Vid.* también ORTELLS RAMOS, «Nuevos poderes para el Ministerio fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica», en *RDP* (2), 1990, p. 258, «En el campo de la pequeña y mediana criminalidad la policía lleva autónomamente la investigación hasta el final. El MF ordena pocas investigaciones complementarias y se limita a dictar la disposición de conclusión.»

(14) Así, GIMENO SENDRA, «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», en *RDP* (3), 1992, p. 520, después de manifestar la necesidad de un nuevo «Código penal de la Democracia», considera preciso renunciar a la política de las reformas parciales y acometer la promulgación de un nuevo Código procesal penal que sustituya nuestra centenaria LECr. de 1882.» En el mismo sentido, aunque con el convencimiento de la posibilidad de un código procesal general, ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULE, *Instituciones de Derecho procesal*, III, 1993, p. 30, manifiestan que «España necesita un nuevo código procesal y en el conjunto de los enjuiciamientos posibles hay que otorgar especial relevancia al enjuiciamiento penal dentro de un orden general, con novedades de importancia respecto del proceso actual, que responda como instrumento eficaz y garantizando a las exigencias, cada vez más patentes, que demanda la aplicación de las leyes penales.»

(15) En este sentido, la Memoria de 1992 del Consejo General del Poder Judicial, pone de manifiesto, en su apartado 1.3-2.º que «Son absolutamente indispensa-

c) sin detenerse a ponderar las significativas diferencias existentes entre, por ejemplo, el *Public Prosecutor o Attorney* anglosajón y el Ministerio Fiscal español (16) y,

d) lo que parece más grave, sin terminar de esclarecer los puntos de fricción entre el principio en cuestión y los parámetros de nuestra Constitución (17).

En efecto, las corruptelas y disfunciones a que dio lugar la generalizada utilización de la negociación, pese a ser concebida como una excepción en el ámbito del proceso penal, motivó que en Estados Unidos la *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*, emitiera un informe en el que se recomendaba la progresiva limitación de las negociaciones penales, hasta su total abolición en 1978 (18). En Alemania, país donde también funciona el principio de oportunidad desde los años veinte, «Der Spiegel», en el número 38 de 1993, califica la situación de la Justicia alemana «*Am Rande des Infarkts*» («Al borde del infarto»). Por ello, *das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege* (Ley para descongestionar la Administración de Justicia), propone la sustitución de las penas privativas de libertad de duración inferior al año por libertad vigilada, lo cual es ciertamente plausible. Pero, el método elegido para su imposición es el de un proceso escrito sin publicidad. La voces de los expertos, que apuntan reformas en otras direcciones, no se han dejado esperar. Así, por ejemplo, el presidente de la Audiencia de Darmstadt augura que la ley traerá más problemas que soluciones (19). En Japón, donde

bles reformas que adapten los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la nueva configuración del derecho material, atendiendo especialmente al nuevo contenido de la penalidad».

(16) Vid. SCHMID, *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, 1986, p. 78. Así, por ejemplo, los equivalentes a nuestros fiscales en Estados Unidos de Norteamérica, país de procedencia del principio de oportunidad, los «district attorney, county attorney y states attorney», son seleccionados no por el sistema de oposición, sino bien por elección democrática de la población, bien por designación (y, en su caso, remoción) del gobernador. Es, por lo tanto, un órgano político cuyos titulares, en caso de ser elegidos, lo son por periodos de dos a cuatro años, según los Estados, pudiendo presentarse de manera independiente o ser designados por partidos políticos; el mismo, *Strafverfahren und Strafrecht in der Vereinigten Staaten. Eine Einführung*, 1993, 2.^a ed., pp. 39 y ss.

(17) Este aspecto será abordado en el tercer epígrafe de este trabajo.

(18) Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Justicia a cien por hora. El principio del consenso en el procedimiento abreviado», en *Justicia* (1), 1992, p. 54. En el mismo sentido, FAIRÉN GUILLÉN, «Imagen preliminar y fragmentaria de las Reforma Procesal Penal a fines de 1991», en *RDP* (1), 1992, p. 27, señala a clásicos de la Doctrina procesal norteamericana que han levantado sus voces en contra del *plea bargaining*: Alschuler, Langbehn, Althuser etc. Y WEINREB, *Denial of Justice. Criminal Process in The United States*, 1977, p. 72, concluye: «a la vista de la escasa frecuencia de los juicios en nuestro país, nuestra insistencia en nuestra superioridad deja mucho que desear».

(19) Vid. sobre los antecedentes y proceso de progresiva asunción del principio

en 1945 —la fecha es muy significativa— fue establecido el sistema procesal norteamericano, los especialistas se inclinan ahora por la limitación del principio de oportunidad y la vuelta al modelo continental europeo (20). En Italia, tampoco se han hecho esperar las voces críticas hacia las modalidades de negociación penal de importación norteamericana, que en ese país tiene su traducción en el denominado *patteggiamento* (21).

Como se ve y por si sirviera de algún consuelo, no hemos sido los únicos en quedar deslumbrados y copiar el modelo procesal-cinematográfico norteamericano. Eso sí, hay que reconocer que hemos llevado a revelar las copias con cierto retraso, y que estamos tardando en apreciar que han salido borrosas.

Pero, ¿cuáles son las ventajas del principio de oportunidad que seducen a nuestra Doctrina más cualificada, llevándola a postular su recepción en nuestro Ordenamiento?

Señala Gimeno Sendra que «el fundamento del principio de oportunidad no hay que encontrarlo ni en la lenidad, ni en la arbitrariedad, sino en razones de utilidad o interés social, las cuales se concretan en el Derecho comparado en las siguientes causas (22) —tradúzcase «**ventajas**»— que iremos exponiendo y rebatiendo en los apartados siguientes:

a) «**La escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal**». Esto es, la denominada «criminalidad de bagatela», terminología generalizada

de oportunidad en el Derecho alemán, ARMENTA DEU, *Criminalidad* (n. 7), 1991, pp. 51 y ss. En cuanto a las críticas realizadas a la regulación del principio de oportunidad en Alemania, *vid.* SCHÖNE, «Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma)» en *Justicia* (3), 1989, pp. 700 y ss.; ARMENTA DEU, «Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos des-criminalizadores arbitrarios en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad» en *Justicia* (1), 1990, pp. 213 y ss.; SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)» (traducción Silvana Bacigalupo), en *Cuadernos del CGPJ* «Jornadas sobre la reforma del Derecho penal alemán», 1991, p. 51.

(20) SAITO, «El proceso penal japonés: un compromiso entre el modelo alemán y el angloamericano» (trad. Muñoz Conde), en *Justicia* (3), 1992, pone de manifiesto cómo en este país «el principio de oportunidad se vio inicialmente como una forma de evitar el excesivo costo económico de los procesos penales...» y reconoce que «recientemente se está produciendo en Japón un movimiento para limitar el principio de oportunidad».

(21) *Vid.* AMODIO, «Il modello acusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della Giustizia americana», en *Il processo penales negli Stati Uniti d'America*, 1988, p. VII y ss., augura que el Derecho procesal continental europeo estará pintado con los colores de la bandera norteamericana.

(22) Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, II, 3.^a ed., 1990, pp. 163 y ss.; *idem*, «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», en *RDP* (3), 1992, p. 517.

ya en la doctrina, y con la cual se quiere hacer referencia a hechos tipificados por la ley penal bien como falta, bien como delito, pero cuya reprochabilidad es, sin embargo, escasa (23). «La ventaja que se introduce aquí —sigue diciendo Gimeno— mediante la no persecución de estas infracciones, pese a su tipificación legal, es la de descongestionar la Justicia penal, al **eliminar** de ella la mayor parte de las infracciones menores o faltas que, en nuestro país son la mayoría y suelen acabar, tras la celebración del juicio, con la remisión condicional». En definitiva, se trataría con esta técnica de instaurar un principio de intervención mínima pero no en su correcto entendimiento y enclave sustantivo sino en un extraño ámbito procesal que le es ajeno. En consecuencia, la descriminalización de las conductas no se produciría por la deslegalización de las mismas, sino por la progresiva o intermitente inaplicación de determinados preceptos a través de la inactividad del órgano encargado de la persecución penal (24).

Es cierto, como ha puesto de manifiesto gráficamente Roxin, que en los Estados sociales se aprecia «una fácil huida hacia el Derecho penal». Pero, lo que no parece correcto es querer compensar esta situación, en sede procesal, por «una fácil escapada» a través del principio de oportunidad (25).

(23) Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas Mir Puig y Muñoz Conde), 1981, pp. 341 y ss. En el mismo sentido, la 4.ª ed. (trad. Manzanares Samaniego), 1993, pp. 227 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., 1990, pp. 567 y ss.; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, pp. 39 y ss.

(24) Sobre el correcto entendimiento del principio de intervención mínima, vid. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, pp. 59 y ss.; CABAÑAS GARCÍA, «El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada», en *Justicia* (4), 1990, p. 270.

Por lo demás, encontramos ejemplos del principio de intervención mínima en su adecuada aplicación legislativa: en la Exposición de Motivos del PCP de 1980; en la LO 3/1989, de 21 de junio, en donde dicho principio se erigió en el principal causante de la reducción numérica de las faltas del Libro III, principales generadoras de la mencionada criminalidad de bagatela y en el non nato PCP de 1992, cuya Exposición de Motivos señala como cuestión de fondo la de «si los bienes que se protegen merecen protección, si la conducta que se sanciona merece la sanción penal y si la sanción penal es la única o última de las medidas contra la conducta que se reprueba».

(25) Según estudios del Department of Justice, Bureau of Justice, realizados en 1984 bajo el título *The prevalence of guilty pleas*, Washintong, 1984, la relación entre juicios resueltos transaccionalmente y los decididos previa celebración de juicio era de once a uno (Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 50). Igualmente se hace eco de esta realidad, LÓPEZ-REY ARROJO, *Compendio de Criminología y Política criminal*, 1985, p. 96, al señalar que «en los Estados Unidos entre el 80 y el 90 por 100 de los casos penales se resuelven mediante el *plea bargaining* o regateo de admisión conforme al cual el defensor y el ministerio público llegan a un acuerdo sobre la modalidad del tipo delictivo que ha de admitir el imputado, lo que permite acelerar el proceso y llegar a la sentencia».

Dice Roxin, fundamentando el principio de intervención mínima, que si se utiliza la pena donde basten otros preceptos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, no sólo le falta al Estado la legitimación de la necesidad social, sino que la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales (26). Pero el Estado al que hay que referir esa legitimación es, obviamente, el «Estado-legislador» y no el «Estado-ejecutivo». De lo contrario, se estaría convirtiendo al Ministerio Fiscal en un pseudolegislator y volviendo a resucitar la vieja técnica medieval del desuso como medio de derogación legal, desconociendo el elemental art. 2.2 CC.

Por otro lado, no puede tampoco postularse para el ordenamiento penal lo que García de Enterría denomina «desconexión de normas», construcción que se justifica como balón de oxígeno para el «polucionado» mundo normativo del Derecho administrativo, pero que resulta inadmisibles, como veremos más adelante, para los fines del Derecho penal. Según este autor, «... son constantes los ejemplos de normas que dejan un día de aplicarse sin que hayan sido desplazadas o derogadas por otras nuevas...». En estos casos «... la explicación se encuentra de nuevo en el carácter global y fáctico del ordenamiento... que ha desconectado de él la norma en cuestión, por lo que ésta deja de valer como tal» (27).

Es cierto, y constituye ya una frase hecha, que el legislador va siempre a remolque de la realidad y, por tanto, con el principio de oportunidad se subsanarían las dificultades inherentes a la elaboración y derogación de las leyes orgánicas, o cuando no, las exageraciones y disfunciones derivadas de legislar al compás del corazón de la opinión pública (28). Pero hay que rechazar, en todo caso, la pretensión de suplantar al legislador precisamente en un ámbito como el Derecho penal donde no sólo los bienes jurídicos protegidos por el delito, sino también los que resultan afectados por la pena tienen consecuencias de tal magnitud que han hecho de la ley no ya la

(26) Vid. ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. Muñoz Conde y Luzón Peña), 1976, pp. 21 y ss.

(27) GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., 1993, pp. 70-72. En definitiva, el propio autor reconoce que «... la norma escrita ha de tener por fuerza otro significado en el Derecho Administrativo que en esos otros Derechos más estables y serenos.» Como lo ha de ser, sin duda, el Derecho penal.

(28) Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 307, establece que «una concepción legitimadora de la intervención penal no puede permitir que ésta se vea regida por las tendencias irracionales, subconscientes, de la sociedad, que se manifiestan en una determinada configuración de las necesidades de pena. Al contrario... el estudio de las connotaciones psicosociales del castigo debería tener como finalidad, más que un sometimiento a tales tendencias profundas, una crítica a las mismas, cuya consecuencia habría de ser la racionalización plena de la intervención punitiva».

«vedette», sino «la única protagonista» del sistema de prelación de fuentes. De ahí que principios como el de oportunidad justifiquen preceptos como el art. 2 del CP que si no fuera, quizás, por los augurios que sintió el legislador sobre los posibles ataques de los que podía ser objeto el principio de legalidad, habría que considerar redundante del art. 1 que le precede (29).

Como diría Von Liszt «... por paradójico que pueda sonar, el Código penal es la Carta Magna del delincuente (30). Protege... no a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra ella, le garantiza el derecho de ser castigado... sólo si se dan los preceptos legales y sólo dentro de los límites legales... El Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal... El Derecho penal es el dueño y señor absoluto del “sí”, y la política criminal, la exclusiva soberana del “cómo” de la pena.» (31) En análogo sentido, Hassemmer pone de manifiesto que «... si el Derecho penal no cumple su misión

(29) Dispone el art. 2 del CP: *En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal.*

Del mismo modo, acudirá al gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito. En efecto, advierte SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (n. 28), 1992, p. 251, que «“la desformalización” puede conllevar en realidad —bajo apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito— una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras o “incontroladas”). En toda discusión de propuestas despenalizadoras o de alternativas a la pena debe, pues, junto a los argumentos favorables derivados de consideraciones de resocialización o de menor violencia en la solución del conflicto, ponderarse también, como argumento negativo, el riesgo de desformalización».

(30) Entre nosotros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, PG, 2.ª Ed., 1992, pp. 35 y 36, pone de manifiesto que «en un Estado democrático de Derecho el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia y que es el destinatario de la protección del principio de legalidad; en consecuencia, este principio se debe entender como la Magna Cartha del ciudadano y toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales».

(31) Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (traducción y notas Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), 1984, p. 48. En el mismo sentido QUERALT, «El principio de legalidad», *Memoria Cátedra de Derecho penal ULPGC*, 1991, pp. 46-47, «el principio de legalidad en cuanto a su contenido es un derecho de autocontención del Estado en el más puro cuño liberal, aunque con mayores garantías de virtualidad» y añade que el principio de legalidad «se concibe como un derecho fundamental de la persona destinado a servirle de garantía ante injerencias indebidas del *ius puniendi* del Estado en su esfera de libertad...».

de barrera infranqueable entre el delincuente y la política criminal, si se convierte, por tanto, en funcional para la política criminal y se inserta en sus fines, el delincuente queda enfrentado sin protección formal al interés político-criminal que pretenderá corregirlo y tratarlo e intimidar a los demás a través de su persona.» (32) Por ello, cuando principios como el de oportunidad, por razones de celeridad, postulan un poder indeterminado de actuación para el órgano encargado de encauzar la política criminal del poder ejecutivo, esto es, el Ministerio Fiscal, de tal forma, que éste no queda sometido o, muy vagamente, a la legalidad, se crea el peligro de hacer franqueable el Derecho penal a la política criminal del Estado.

b) «Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad», es otra de las ventajas a las que alude Gimeno Sendra. Sin embargo, paradójicamente, el principio de oportunidad pensado para contrarrestar este efecto, ciertamente pernicioso, resultaría, en la práctica, «como agua para chocolate». En efecto, la existencia contraproducente de penas cortas privativas de libertad no es obra del proceso en sí, que se limita a aplicarlas, sino de las deficiencias de la ley penal substantiva, necesitada de una profunda renovación que acabe con los sucesivos parches legislativos (de cuyo número es preferible no acordarse) (33). En efecto, se hace ya necesario un nuevo Código penal que conecte con los nuevos postulados de la política criminal que exige un Estado social y democrático de derecho, legítima aspiración, en estado de pendencia, desde la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma parcial y urgente del Código penal. Por ello, resulta sorprendente que siendo aquéllas las causas del problema se aplique un «tratamiento» procesal donde se demanda una «terapia» sustantiva, la puesta en funcionamiento de las alternativas a las penas cortas privativas de libertad y un efectivo cumplimiento de la legislación penitenciaria. Como dice Cabañas «el mero no ejercicio de la acción penal una vez que hay constancia de la ejecución de un hecho delictivo, o el archivar la causa una vez ini-

(32) Cfr. HASSEMER, *Fundamentos* (n. 31), 1984, pp. 49 y ss.

(33) Sin embargo, profesión obliga, y, en concreto, han sido treinta y ocho (38) las reformas parciales que ha sufrido, desde la fecha de su publicación (1973), nuestro Código penal vigente hasta el 31 de diciembre de 1993. Y aunque, quizás, en el ámbito penal sean más graves sus consecuencias, no es éste un fenómeno aislado. En efecto, DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, 1990, p. 36, manifiesta que «es un hecho muchas veces constatado que el Estado contemporáneo, en su frenesí legislativo —probablemente inevitable—, ha hecho perder a la ley no solamente su naturaleza general y abstracta, sino también su antigua vocación de permanencia y estabilidad».

Por otro lado, resultan a este respecto significativas, las Exposiciones de Motivos de la Reformas llevadas a cabo por LO 8/1983, de 25 de junio, y LO 3/1989, de 21 de junio, las cuales rezuman confianza en la «inminencia» de un nuevo Código penal. (Sobre las valoraciones que el proyecto de Código penal de 1992, *Vid.* III Semana de Derecho penal de Las Palmas en Foro Canario, (89), 1994).

ciado el proceso —con o sin condiciones— es una descriminalización procesal a cuya aprobación no puede llegarse por asistemática y chapucera.» (34) Chapuza, que como dice Fernández Entralgo, «queda para las bagatelas; para los eternos perdedores, cuyo caso no interesa a nadie. Sin embargo, estos casos son los que permiten descubrir, con toda su crudeza, los ecosistemas del crimen; las condiciones estructurales que generan la delincuencia. Su enjuiciamiento, según pautas auténticamente comunicativas, podría resultar realmente subversivo. Y la subversión no parece interesar a nadie» (35).

c) **«El obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación».** Solución ya contemplada en el art. 93 bis del CP español con relación a los drogodependientes y cuyas posibilidades de virtualidad son ciertamente escasas, acordes con la línea instaurada por la reforma llevada a cabo por la LO 1/1988 de endurecer la reacción penal ante estas infracciones. En efecto, el carácter imperativo del sometimiento al tratamiento y el cúmulo de condiciones impuestas al drogodependiente para acceder a la condena condicional son de tal entidad, que reducen esta medida a un mero ofrecimiento formal (36).

d) **«El obtener la reinserción social de presuntos terroristas y una mejor información acerca de las bandas armadas»**, lo cual recoge nuestro CP en el art. 57 bis b) y 98 bis. Sin embargo, como argumenta con razón Terradillos, basándose en los principios de búsqueda de la verdad material y del hecho, privilegiar a los delatores es «una vía que ha tenido que ser abandonada en la propia Italia, donde tan espectaculares resultados se le atribuyeron. En nuestro caso, las numerosas objeciones críticas no han sido suficientemente convincentes para un legislador que insiste en mantener un proceso inquisitivo, en el que la defensa se transforma en asistencia a la acusación y cuyo objetivo natural —la búsqueda de la verdad forense— se sustituye por la averiguación de la actitud subjetiva del acusado. Así, quien más se beneficia es quien más sabe, y se corre el

(34) Cfr. CABAÑAS GARCÍA, *El proceso* (n. 24), 1990, p. 270.

(35) Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 100. De otra opinión, MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», en *Doctrina penal* (1), 1978, p. 323, al afirmar que «... si un hecho no debe ser punible por su **adecuación al sentimiento generalizado del buen proceder**, o del obrar fuera de la zona del comportamiento socialmente desviado no es necesario que ello se exprese en una sentencia de absolución, sino mucho más equitativo y práctico que se evite la persecución. Se logra así una efectiva *descriminalización* de comportamientos y un control sobre los criterios que hoy rigen la selección».

(36) Vid. MORILLAS CUEVAS, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, 1991, p. 127; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., 1991, p. 733; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, PE, 2.ª ed., 1992, p. 519; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Características de la actual política criminal en materia de drogas ilícitas», en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, 1993, pp. 71 y ss.

riesgo, particularmente grave en el contexto español, de que sea la propia ley quien estimule un comportamiento policial orientado primordialmente a obtener la delación. Hay que postular, en consecuencia con lo anterior, una recuperación de los principios penales y procesales más consolidados, devolviendo al proceso y a la pena los fines que les son propios y prescindiendo del sustancioso premio que a la delación reservan los artículos comentados, máxime si, conocidos sus riesgos, no se cuenta con datos que avalen su utilidad» (37).

En suma, en ninguno de estos dos casos [apartados c) y d)] existe principio de oportunidad, puesto que no concurre, ni discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, ni negociación fijadora de delito y pena, sino sólo —desaciertos legislativos aparte— potestad judicial de aplicar, concurriendo los requisitos que la ley establece, técnicas de individualización penal, bien por la vía de los sustitutivos penales, bien por la de las atenuantes (38).

e) Por último, fundamenta Gimeno Sendra la bondad del principio de oportunidad, argumentando «**el estímulo a la pronta reparación a la víctima**». Pero esta indudable ventaja choca con dos datos que merecen reflexión:

1.e) la clientela de la delincuencia de «bagatelas» tiene, en su inmensa mayoría, como demuestra la realidad forense cotidiana, un bajo nivel económico, lo cual suele traer como consecuencia las consiguientes declaraciones de insolvencia, o lo que es igual, la imposibilidad de reparar a la víctima;

2.e) no existiendo esta insolvencia, el problema, como señala Martínez Arrieta, más que legal es «... el excesivo conformismo con los estereotipos de los formularios en la indagación de los bienes del acusado. Esa inercia impide una correcta indagación de sus bienes para procurar el resarcimiento de la víctima con los bienes del agresor.» (39)

Es una lástima que el «generoso mimetismo» que se practica, o se sugiere, con la legislación europea al postular la importación del principio de oportunidad, no se sostenga también a la hora de articular fórmulas que verdadera y eficazmente supongan la protección de las víctimas en nuestro sistema, entre otras, dar entrada a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (40).

(37) TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, p. 80.

(38) En definitiva, en estos dos casos, como afirma RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso penal. Lectura constitucional*, 1991, p. 28, «la actuación [procesal] se coloca después del juicio y en un campo en el que nunca ha habido discusión acerca de su legitimidad».

(39) MARTÍNEZ ARRIETA, «Hacia una ley de protección a las víctimas de delitos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* (31), 1991, p. 2.

(40) Así, por ejemplo, en Alemania en 1986 se publica la *Opferschutzgesetz* (ley de protección de las víctimas). *Vid.*, sobre responsabilidad subsidiaria del Estado, ZIPF, *Introducción a la Política criminal* (trad. Izquierdo Macías-Picavea), 1979,

Por otro lado, y por una vía más imaginativa aunque no compartimos el momento procesal propuesto para su aplicación, un grupo de juristas alemanes, austriacos y suizos, entre los que se encuentra el Profesor Roxin, han elaborado el denominado «Proyecto Alternativo de la reparación» (*Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung*) (41). En el mismo se propone a la citada reparación como una tercera sanción autónoma, complementaria o subsidiaria de la pena y la medida. Dicha reparación tiene la ventaja de superar los estrechos márgenes de la tradicional compensación jurídico-civil de daños, configurándola como un auténtico instrumento para la consecución de metas político-criminales. Para ello, se convierte en eje regulador de la institución al principio de «aplicabilidad universal», esto es, la posibilidad de especificar la reparación en función de las circunstancias del caso y de las necesidades sociales (prestaciones profesionales para reos insolventes, indemnizaciones como si el delito se hubiese consumado en caso de tentativa, prestaciones de utilidad común como el limpiado de calles, etc.). La razón de postular su regulación es doble:

a) Desde el punto de vista de la prevención especial, se busca enfrentar al delincuente a la víctima, al delito cometido y a las consecuencias sociales derivadas del mismo. De esta forma, se consigue librar al sujeto activo de la pequeña y mediana delincuencia de las consecuencias discriminatorias y nocivas de las penas privativas de libertad. Pero, además, aquél tiene la impresión, una vez realizada la prestación, de ser aceptado de nuevo en sociedad con menos costes para el Estado que los derivados del tratamiento penitenciario.

b) Desde el punto de vista de la prevención general positiva, que es la realmente relevante a los efectos de la penalidad, la reparación conseguiría:

1.b) el efecto didáctico de la interpretación de los preceptos penales en la vista pública y sentencia,

2.b) la confianza ciudadana de observar la imposición del Derecho penal y

3.b) la satisfacción de ver cómo, a través de la reparación, se ha conseguido eliminar los efectos del delito (42).

pp. 178 y ss.; con enumeración de disposiciones legales españolas que denotan una tendencia expansiva en materia de responsabilidad estatal, *vid.* GIMENO SENDRA, *La reforma* (n. 22), 1992, p. 519.

(41) *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, Entwurf eines Arbeitskreises deutschen, osterreichischen und schweizerischen Strafrechtslehrer (Jürgen Baumann et alii)*, Munich, 1992.

(42) Cfr. ROXIN, «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones» (trad. Manzanares Samaniego) en «Jornada sobre la Reforma del Derecho penal en Alemania», en *Cuadernos del CGPJ*, 1991, pp. 19-30. *Vid.*, asimismo, MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal», en *Foro Canario, III Semanas de Derecho penal de Las Palmas*, (89), 1994, pp. 69 y ss.

Pero hay más, la puesta en funcionamiento del principio de oportunidad en Estados Unidos, más concretamente del *plea bargaining*, ha puesto de manifiesto numerosos inconvenientes de nefastas consecuencias en el sistema penal. Como resaltan Zimring y Frase:

a) «Las negociaciones tienen lugar en un momento en que el conocimiento sobre el caso es fragmentario, en consecuencia, la decisión del Fiscal se toma, generalmente, sin la ventaja que supone tener en consideración una más completa información relativa a las circunstancias del hecho delictivo del acusado... ello ha provocado que las declaraciones de culpabilidad respecto de los delitos menores... se haya convertido en rutinarias, con reducciones estándar de ciertas penas...» Como dice gráficamente otro autor norteamericano, Feeley, «la práctica del *plea bargaining* dista muy poco de los supermercados modernos en los que los precios de los distintos productos están claramente fijados y etiquetados... En un supermercado, los clientes pueden quejarse de los precios, pero raras veces regatean (*bargaining*) para que se les baje.»

b) «La informalidad y la gran variedad de criterios que existen en la práctica, entre los distintos Fiscales y Jueces, con relación al *plea bargaining* causa, a menudo, desconcierto y una sensación de injusticia y falta de seguridad entre los acusados» (43).

En nuestro Derecho procesal, la larga tradición del principio de legalidad generaba lo que Gómez Orbaneja llamaba «discrecionalidad del Ministerio Fiscal», en virtud de la cual aquél decidirá ejercitar o no la acción penal teniendo en cuenta: el material probatorio de que dispone, la trascendencia social del hecho y las posibilidades de éxito (44). Pues bien, si esto sucedía con la existencia y exigencias que se derivaban del sometimiento a aquel principio, no sería descabellado esperar una transformación de aquella discrecionalidad en peligrosa arbitrariedad, cuando la nueva pauta de acción fuese la oportunidad.

c) Pero, quizás, el problema más grave que presenta esta negociación sea, como dicen Zimring y Frase, «que el acusado inocente se confiese culpable por el temor a ser más duramente condenado después del juicio, o bien para evitar una publicidad dañina por cargos manifiestamente repugnantes, como suele suceder con los delitos sexuales» (45). Sin embargo, también habría que añadir los efectos perniciosos que el *plea bargaining* introduciría no sólo en esta clase de delitos, sino también en los demás y, singularmente, en los patrimoniales, los más numerosos. En efecto, las dificultades probatorias

(43) Cfr. en DIEGO DíEZ, «Algunos apuntes sobre la *plea bargaining* de los USA», en *Justicia* (4), 1989, pp. 945 y ss., FEELEY, *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*, 1979, p. 178.

(44) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, 1951, pp. 258-259.

(45) *Idem*, nota 44, p. 946.

que podrían presentar muchos de ellos, harían del principio de oportunidad, al que nada o muy poco importa la verdad material, un camino de evasión de tales dificultades con la subsiguiente reconversión de delitos de mayor entidad (violación, robo con armas...) en otros de menor pena (agresiones sexuales, hurto), descuidando la peligrosidad del sujeto y, por ende, la prevención especial.

Ahora bien, hay que reconocer que en esta negociación cada parte puede salir contenta del reparto:

a) **el acusado** evita gastos, retrasos, incertidumbres y la repercusión pública que el juicio supone, eludiendo el riesgo de una condena más grave que la que de hecho se le impone y puede que, además, dada la discrecionalidad del Fiscal, le alcance exención de algún cargo o agravante (46);

b) **el abogado defensor**, obtiene sus honorarios con menos esfuerzos. No se nos escape que muchas de estas negociaciones afectarán a inculpados usuarios del turno de oficio, o lo que es igual, a abogados desmotivados por la representación de honorarios exiguos y tardíos. Sirva como ejemplo la siguiente crónica: «En un juzgado de instrucción de esta nuestra justicia posmoderna, se ha dado un caso bien digno de consideración como exponente de algunas de las potencialidades implícitas en el celebrado modelo de la justicia consensual.

Un detenido como posible implicado en un delito de robo se autolesionó, produciéndose un corte en el cuello. Explicó así al Juez lo ocurrido: «... *la abogada del turno de oficio que le asistió en la declaración habló con él en calabozos y le dijo que había hecho un arreglo con el fiscal y que habían quedado en que cumplierse seis meses y un día por ese delito. Que dado que el dicente no es culpable de tal delito y para demostrarle al juez que no estaba conforme con dicha petición cogió una cuchilla que llevaba en el bolsillo del pantalón y se hizo un corte en el cuello cuando estaba en la celda. Acababa de hablar con la abogada cuando realizo tal acción*» (47);

c) **el Fiscal**, que «tampoco es de piedra», mata dos pájaros de un tiro, pues consigue un buen número de condenas sin riesgos y con menos trabajo que el que implica la preparación del juicio oral. Cierto es que el carácter no electivo del Ministerio Fiscal español,

(46) Como pone de manifiesto ZARZALEJOS, «El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)», en *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal*, 1989, p. 188, «No hace falta gran imaginación para llegar a la conclusión de que un acusado sólo aceptará la pena solicitada por el Ministerio Fiscal cuando le beneficie. Es decir, si la FGE —se refiere a la Circular 1/1989— aconseja a los Fiscales la suavización de sus acusaciones para hacerlas más aceptables, la única forma de llegar al deseado consenso es ignorar, en el acta de acusación, la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad, incluso la correcta calificación de los hechos, sustituyéndola por otra más benévola».

(47) Cfr. Apuntes (Sección a cargo de la Redacción), «El triste encanto de la justicia por consenso», en *Revista Jueces para la Democracia* (8), 1989, p. 95.

eliminaría el peligro indirecto que supone en el sistema norteamericano el denominado *conviction record* (cuota de condenas logradas por cada Fiscal), y que constituye el principal respaldo del candidato ante sus electores, con el consiguiente peligro de pervisión de los fines del proceso. Pero queda pendiente, no obstante en el Sistema español, la no menos peligrosa «ley del mínimo esfuerzo» y la cada vez más sensible vinculación de esta institución a los intereses del poder político;

d) y, por último, **el Estado** determina la pena a precio de costo, evitando las secuelas antieconómicas que se derivan de la «muy poco rentable» presunción de inocencia y consiguiente «inversión» de la carga de la prueba (48).

Pero, ante tanta «rentabilidad», ¿hay algún perjudicado? Sí, de un lado, el derecho de las víctimas a ser oídas y ver satisfechas, no sólo las responsabilidades civiles derivadas del delito, sino también su confianza en que el sistema judicial reaccionará en proporción a la gravedad del ataque del que han sido objeto, sin acudir al «fácil expediente» que implica la negociación procesal (49). Y, de otro, el interés público en desarrollar un adecuado sistema penal que el principio de oportunidad, tal como lo venimos entendiendo aquí, degrada irremediabilmente.

(48) En este sentido, no le cabe duda a ANDRÉS IBÁÑEZ, «El papel de la justicia penal en el estado en crisis», en *Jueces para la Democracia* (10), 1990, que «el gasto de justicia es uno de los considerados improductivos en el marco del vigente modelo de Estado. Así es ya una idea ampliamente difundida que resulta obligado abaratar los costes de la justicia, por vía de **deflacionar el proceso**, de reservar el juicio oral para un reducido porcentaje de casos, en la línea de la justicia americana». De la misma opinión, FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 100, «la eficacia del aparato judicial parece medirse más por su productividad, entendida en función de la *conviction rate*, de la tasa de condenas conseguidas, que por la calidad de sus decisiones o por su capacidad de proporcionar respuestas eficaces a los conflictos de intereses planteados ante los órganos jurisdiccionales». Sin embargo, PINTOS y PASTOR, «La economía y el derecho: una colaboración difícil pero provechosa», en *Revista de Economía* (13), 1992, p. 99, consideran conveniente, mediante el establecimiento de sistemas de conciliación entre el Ministerio fiscal y el acusado, el «liberar recursos de casos menos graves o de condenas más dudosas para su ulterior aplicación a casos más graves».

(49) Como pone de manifiesto GARCÍA-PABLOS, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 1992, p. 38: «La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono... Tal vez porque nadie quiera identificarse con el “perdedor”, la víctima soporta los efectos del crimen (físicos, psíquicos, económicos, sociales, etc.), pero también la insensibilidad del sistema legal, el rechazo y la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos. En el denominado Estado Social de Derecho, aunque parezca paradójico, las actitudes reales hacia la víctima del delito oscilan entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación.» HASSEMER, *Fundamentos* (n. 31), 1984, p. 92, hace notar cómo «el Derecho penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima»; en el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, 1990, p. 22.

En efecto, coincide la mayor parte de los autores (50), si bien con distintos matices, en señalar como fines de la pena, o si se quiere del Derecho penal, los de prevención general y especial. Pues bien, cada uno de ellos va a resultar afectado por la oportunidad procesal:

a) Por lo que respecta a la **prevención general**, esta clase de negociación se traduce en una abreviación del proceso y en prontitud en la adopción de la sanción, lo cual resulta en principio favorable para la prevención general. Pero, sin embargo, esta inicial ventaja queda diluida por la relativización que se produce del *ius puniendi* del Estado, ya que la amenaza de la pena que incorpora la ley dentro de unos márgenes, resulta impuesta, por obra y gracia de la negociación, a «precio de saldo», desapareciendo el efecto disuasorio y la convicción jurídica fundamental de la mayoría (51).

b) Tampoco se satisface con el principio de oportunidad la **prevención especial**, ya que la pena impuesta no será proporcional al delito cometido sino al oficialmente calificado. El sujeto condenado es consciente, en el curso de esta negociación, de que no está siendo castigado por la gravedad de sus actos sino por consideraciones extrañas a los mismos. Más concretamente, como resultado de un «trueque» en el que a cambio de descongestionar la Administración de Justicia y «echarle un cabo» a los Presupuestos Generales del Estado, mediante la aceptación del delito y/o la pena propuesta por el Ministerio Fiscal, recibirá un tratamiento más ventajoso que si se empecina en hacer perder el tiempo a la maquinaria judicial (52). Sin embargo, muchas de las conductas punibles incardinadas dentro de

(50) Entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, (n. 23), 1990, pp. 51 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal* (n. 36), 1991, pp. 167 y ss.; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 1993, pp. 44 y ss.

(51) MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2.^a ed., 1982, p. 31: «La prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delinquentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad... Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho: junto al aspecto de la prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa) debe concurrir, el aspecto de la prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva).»

(52) Así lo reconoce la STS de 17-6-1991, R. 4728, Ponente Martín Pallín, quien en su f.j. 3, con relación a la conformidad del acusado del art. 793.3 de la LECr., dice refiriéndose a la calificación del Ministerio Fiscal, que ésta «tiene un carácter abstracto en cuanto que se desconoce cuál sería el resultado de las pruebas practicadas en las sesiones públicas en el caso de que se hubiese celebrado el juicio, y no se tiene en cuenta la actitud colaboracionista del propio acusado que se somete voluntariamente a la sanción penal aceptando su culpa y descargando a la sociedad de la tarea de acopiar y verificar toda la prueba con la consiguientes disminución de la actividad procesal y del gasto público».

la delincuencia de bagatelas, necesitarían un adecuado tratamiento (trabajo en beneficio de la comunidad, asistencia a cursos de educación vial, etcétera) antes que la mera ausencia de persecución o una pena fijada por el trámite, meramente burocrático, del consenso. No hay que olvidar tampoco que es en esta franja de la criminalidad, donde más altos son los índices de reincidencia. Por lo tanto, resulta más que inconveniente, peligroso, que en donde debiera operar un adecuado tratamiento penal se de la mera inactividad judicial o la fijación de una pena consensuada por respuesta. Pero,... hay prisas.

III. CONSTITUCION, SISTEMA PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Como ponen de manifiesto Hassemmer y Muñoz Conde, «el proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del Derecho penal. En él se realiza el Derecho penal material que suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisora, no viene prejuzgada por el Derecho penal material. El curso procesal mismo se rige por los principios de economía y comunicación y la determinación de los límites de la acción, por la Constitución y la tradición del Estado de Derecho» (53). Como dice gráficamente Almagro: «Hay que hacer vivir en los preceptos concretos los mandatos de la Constitución» (54).

Por tanto, habría que analizar, si bien sintéticamente, como cuestión fundamental pese a ser tratada al final, si el principio de oportunidad, tal como lo venimos entendiendo, choca con los preceptos y principios constitucionales. Veamos algunos aspectos:

1.º **Art. 24.2 de la CE.** En la dualidad legalidad *versus* oportunidad, laten en tensión, paralela y recíprocamente, dos derechos fundamentales: **el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.** Pues bien, es este último derecho el que ha venido obsesionando a nuestro legislador en los últimos años, llevándolo, junto con un sector numeroso de la doctrina, a una euforia por la oportunidad procesal y «bajando la guardia» de las garantías procesales que un Estado Democrático de Derecho no puede obviar. Como pone de manifiesto Gutiérrez Alviz, «los principios que rigen el procedimiento penal no concuerdan con la legislación positiva. Es sabido que las sucesivas reformas legales han venido impuestas más con el criterio de dar solución a

(53) Vid. HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, 1989, p. 125.

(54) ALMAGRO NOSETE, «Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cumplirse su centenario», en *Justicia* (2), 1990, p. 77.

problemas derivados de la acumulación de asuntos pendientes ante los Tribunales, y no se ha cuidado de atender, y menos de respetar, el sistema de principios establecidos por el legislador. Esto ha dado lugar a una profusión de procedimientos rápidos o acelerados que han desvirtuado el esquema legal inicial» (55).

Por otra parte, la **Recomendación 87** del Consejo de Europa, sobre **simplificación de la Justicia penal**, destaca que en el caso de los Estados en que —como el nuestro— impere el principio de legalidad, contrapuesto al de oportunidad, al no disponer de facultades discrecionales de ejercicio de la acción, entiende la recomendación que deben entonces introducirse o desarrollarse medidas que cumplan el mismo objetivo y, en particular, se menciona el aumento de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujeta a una condición (como es el caso de denuncia o consentimiento de la víctima), y el que la ley faculte al juez para que se suspenda, bajo determinadas condiciones, la instrucción o que pueda sobreseer en casos análogos a los contemplados por la oportunidad en el ejercicio de la acción (56).

En definitiva, hay que desconfiar de la excesiva celeridad en el proceso penal, pues no hay que olvidar que los «momentos autoritarios» fueron siempre acompañados de suspensiones o modificaciones procesales, amén de penales, que permitían una «Justicia rápida» (57). Como pone de manifiesto la **Recomendación 87** del Con-

(55) GUTIÉRREZ ALVIZ, *Crisis* (n. 1), 1989, p. 94. En el mismo sentido, ALMAGRO NOSETE, *El nuevo proceso penal*, 1989, p. 155, llama la atención sobre el modelo procesal que se deriva del plea bargaining «basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis» y «de los peligros de una intromisión sinuosa y clandestina que minara los cimientos de una manera de entender el Derecho ajeno a concepciones culturales en las que premia un transfondo puramente economicistas»; RAMOS MÉNDEZ, *El proceso* (n. 38), 1991, p. 28, considera más acertado «revisar adecuadamente la tipificación penal de ciertas conductas, de acuerdo con las exigencias sociales, para, por esta vía ortodoxa, evitar poner en solfa todo el sistema procesal penal.»

(56) R (87) de 17 de septiembre, reunión 410 del Comité de Ministros. Cfr. MARTÍN MARTÍN, «Anotaciones en torno a las recientes manifestaciones legislativas sobre procesos penales simplificados o acelerados», en *Foro Canario* (83), 1991, p. 98.

(57) QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal*, 1981, p. 43.

Por lo demás, la obsesión por la celeridad y economía en el proceso penal es un fenómeno que se pone de manifiesto, de forma generalizada, en las recientes reformas procesales. Y así, ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Ministerio Fiscal* (n. 13), 1990, p. 77, se refiere a «la búsqueda de un abaratamiento de los costes de la criminalidad» dentro de un contexto de «deflación del proceso penal»; GIMENO SENDRA, «La nueva regulación de la conformidad (LO 7/1988)», en *La Ley* (3), 1990, p. 978, admite que «La institución de la conformidad responde pues, fundamentalmente, a razones de economía procesal»; MARCHENA GÓMEZ, «Aproximación crítica al procedimiento penal directísimo en el anteproyecto de Ley de Medidas urgentes de reforma procesal», en *AP* (3), 1992, señala los numerosos inconvenientes que, en aras de la economía procesal

sejo de Europa «administrar justicia por el procedimiento más rápido y eficaz no es necesariamente la mejor manera de descubrir la verdad»; verdad, que como hemos visto, importa poco al principio de oportunidad.

Pero, ¿cuáles son los menoscabos más significativos que la celeridad produce en las garantías procesales y penales? Se podrían centrar en las siguientes:

a) La conculcación del principio de proporcionalidad pues, como hemos puesto de manifiesto más arriba, la pena no va a ser proporcional a la gravedad del hecho sino a las incidencias de la negociación.

b) La igualdad de las partes no sale mejor parada, en cuanto como hemos visto, esa suerte de negociación, conlleva para el imputado, en muchos casos, una —«mala»— suerte de coacción. En efecto, mientras para el Ministerio Fiscal la negociación es un caso más y lo que puede perder, a lo sumo, es tiempo de una jornada laboral, para el acusado es el momento en que se decide su futuro, su definitiva estigmatización como condenado y su libertad. Por ello, la igualdad de las partes contratantes que acompañaba a la negociación contractual privada tradicional, aquí no existe. Hablar de negociación procesal es hacer uso de un eufemismo tras el cual se halla, en la mayoría de la veces, un «lo tomas o mayor pena». En definitiva, no cabe hablar de «negociación» sino de «adhesión» (58).

c) La contradicción, básica en el sistema acusatorio, también resulta mermada por cuanto el inculcado se plegará, en ocasiones, a una calificación más leve, renunciando a su derecho de defensa, por temor a la anunciada calificación más grave del delito y consiguiente mayor entidad de la pena. Y en este sentido, no hay que olvidar que nuestro TC viene dando prevalencia al derecho de defensa sobre el de economía procesal «... de inferior rango en una escala axiológica de los principios procesales...» (STC 30/1981, f.j. 4)

produce, el por él denominado «señalamiento a ciegas» del art. 790.6 de la LECr.; BERZOSA, «Principios del proceso», en *Justicia* (3), 1992, p. 588, señala como finalidad de la introducción del principio de oportunidad la de «... hacer frente al aumento de la pequeña y mediana criminalidad que se considera causa esencial del colapso de la Administración de Justicia, consiguiendo, a su vez, agilizar o simplificar el proceso penal»; ZARZALEJOS, *El nuevo* (n. 46), 1989, p. 191, auguraba que dicho proceso se convertirá en «un instrumento sumamente eficaz para **desescombrar** los juzgados españoles, pero no para proteger debidamente el interés de la justicia y los derechos de los justiciables»; y por último y cerrando el catálogo de ejemplos, RAMOS MÉNDEZ, en *Justicia* (3), 1992, califica de *Juicios a la carrerilla*, con «riesgo de publicidad engañosa», los juicios penales inmediatos introducidos por la Ley 10/1992, de 10 de abril.

(58) Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Ministerio Fiscal* (n. 13), 1990, p. 91. También, SCHÜNEMANN, *Crisis* (n. 19), 1991, p. 56, «como lo señala la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición más fuerte y no por su mejor posición jurídica».

2.º **La presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo** recogidos en el art. 24.2 y tradicionalmente aparejados a la justicia penal, resultan igualmente lesionados (59). En efecto, como ha puesto de manifiesto el TC (sentencia 26/1990, f.j. 8, apdo B) «el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones...» y añade: «toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos...».

La negociación procesal derivada del principio de oportunidad se caracteriza por sustituir la fase probatoria del proceso por un sistema en el que se persigue que el inculpado pruebe su responsabilidad penal por sus propios medios. Se produce así, de un lado, una sobrevaloración de la declaración formal de la culpabilidad del acusado (*structurally induced*, confesiones estructuralmente inducidas y prestadas de forma anticipada) y, de otra, un abandono del clásico objetivo del proceso penal de búsqueda de la verdad material y del consiguiente deber judicial de esclarecimiento de los hechos (60).

Siguiendo el ejemplo gráfico del Profesor Fanchiotti, podríamos concluir en este punto que nuestra justicia penal parece encaminarse, cada vez más, a la que practicaba la tan entrañable como peligrosa Reina de Corazones de Alicia en el País de las Maravillas. La citada reina, aparte de ser una fervorosa partidaria de la pena de muerte: «off with his head» («que le corten la cabeza»), repetía amenazadora contra los que le estropeaban sus rosales, era también una fiel seguidora de la justicia rápida: «first the sentence, then the evidence»

(59) Así, el diputado Peces Barba en el proceso de discusión del art. 24.2 y refiriéndose, en concreto, a la presunción de inocencia, frente al argumento que pretendía incluir a los procesos civiles y contencioso-administrativos, se opuso con las siguientes palabras: «Efectivamente, este número dos se refiere al proceso penal» (cfr. Constitución Española. Trabajos parlamentarios, Cortes Generales, Servicio de estudios y publicaciones, tomo I, pp. 1118-1121). No obstante, nuestro TC la extiende a todo el Derecho sancionador ya desde la STC 13/1982.

(60) Como «verdad forense» la califica HASSEMER, *Fundamentos* (n. 31), 1984, p. 190, después de ponderar sus dificultades y fijar sus límites, señalando como meta del proceso penal «la obtención formalizada de la verdad». Y añade SCHÜNMANN, *Crisis* (n. 16), 1991, pp. 54-56, «dado que la investigación (en el caso de España la instrucción), según la estructura básica de la Ley Procesal Penal sólo tiene una función puramente preparatoria, la prueba del hecho se debe agotar y reproducir íntegramente en el juicio oral». En definitiva, sigue diciendo este autor, «el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos». Por ello, «la renuncia al juicio oral y la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción» supone «una inversión de todos los valores en los que se basa la práctica continental europea».

(primero la sentencia, después la evidencia»). Alicia, imbuida en el espíritu de las garantías procesales, le repetía impotente a la reina que aquello era una «soberana insensatez». ¡Pobre niña! ¡No sabía que Su Majestad era una precursora! (61).

3.º **El principio de publicidad** recogido en los arts. 24.2 y 120.1 de nuestra Constitución, resulta igualmente lesionado (62). En efecto, este principio tiene, como ha puesto de manifiesto el TC en sus sentencia 96/87 (f.j. 2), «una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho». En definitiva, la publicidad, de especial relieve en materia procesal-penal, no sólo supone posibilidad de control social de la Justicia, sino que como pone de manifiesto Pedraz Penalva, «connota también un control de la verdad de la ley por parte de la sociedad actuante» (63). Pero, ¿cómo se produce el menoscabo de la publicidad con el ejercicio de la oportunidad? Las negociaciones entre defensa y acusación se llevan a cabo no en sesión pública, sino en los despachos de los juzgados, sin presencia ni siquiera del juez, quedando fijado el delito y/o la pena «consensuados» como fruto de tratos secretos en donde las partes actúan, muchas veces, movidas por intereses ajenos a la justicia. Y es más, lo cual dependerá de la forma de la regulación de la negociación, puede ser que ni el juez llegue a conocer la realidad de los hechos o se convierta en un observador de la transacción. En suma, al colocar la negociación al final de la fase sumarial o en

(61) Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 101. Por su parte, RUIZ VADILLO, «Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente. (Programa de Reglas mínimas de Naciones Unidas. Palma, 1992)» en *PJ* (25), p. 88, hace notar cómo «el Estado puede tener siempre la tentación, muchas veces de buena fe, de que todo es válido para alcanzar “su” verdad. El proceso penal es uno de los instrumentos jurídicos en los que la tensión del poder frente al ciudadano acusado, todavía no culpable, se percibe mejor».

(62) Este principio ha merecido desde antiguo la preocupación de los penalistas y así, BECCARIA en su clásica obra *De los delitos y de las penas* (Introducción, traducción y notas de Tomás y Valiente), 1982, p. 85, ya la manifestaba en los siguientes términos: «sean públicos los jueces y las pruebas de un delito para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones».

(63) Vid. PEDRAZ PENALVA, «Notas sobre publicidad en el proceso» en *Estudios de Derecho procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, 1990, p. 417. Este autor pone de manifiesto cómo la publicidad, que jugaba, tradicionalmente, un papel central en el control externo de la actividad judicial, queda en el estado social, convertida en «mera propaganda». Y se pregunta «cómo encajaría una progresiva e indiscriminada introducción en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad que connota, entre otras consecuencias, la negación de la publicidad»; vid. también ZIPF, *Introducción* (n. 40), 1979, p. 139.

el transcurso de la misma, se está convirtiendo al «proceso penal de las bagatelas» en inquisitorial (64).

4.º Otra de las vulneraciones que cabe atribuir al principio de oportunidad es la del **principio y derecho de igualdad (arts. 1 y 14 de la CE)**. A efectos penales, el derecho fundamental de igualdad podría ser definido como el derecho a recibir la misma consecuencia jurídica (pena), ante la realización de un mismo supuesto de hecho (conducta delictiva). Siguiendo a la STC 150/1991, f.j. 6, a propósito de la reincidencia, ésta centra en dos las exigencias del principio de igualdad: «impedir las discriminaciones específicamente descritas» y «no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes a la diferenciación normativa». Como pone de manifiesto Queralt «... no es menos cierto —aunque esto, en ocasiones, se olvide— que no sólo ha de hacerse justicia en el caso concreto, sino que se ha de ser coherente con los casos análogos que el operador tenga, haya tenido o vaya a tener planteados ante sí o conozca que otro operador se encuentre, se haya encontrado o vaya a encontrarse ante situaciones igualmente análogas. La interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) así como en buena medida, el principio de igualdad (art. 14), imponen al operador tal coherencia consigo mismo y con el resto del sistema...» (65). Pues bien, la discrecionalidad, concedida al Ministerio Fiscal, tanto en el ámbito de la negociación a la que aquí nos venimos refiriendo, como en su facultad de archivo (sometida a conceptos jurídicos indeterminados de difícil precisión), producirá una diversidad de trato tal (pensemos, por ejemplo, en la concurrencia de notoriedad pública en el inculpa-do, en la diferente capacidad económica, etc.) que devengará en arbitrariedad en la actuación penal. En definitiva, todo esto se traduciría, sin duda alguna, en una mayor, si aun cabe, pérdida de la confianza, que tan denodadamente busca el legislador, en la Administración de Justicia.

Por otra parte, no parece correcto traer a colación para fundamentar el principio de oportunidad, la técnica de las *discriminaciones favorables* consistente, siguiendo a las SSTC 114/1983 (f.j. 2),

(64) Cfr. DE DIEGO, *Principio* (n. 6), 1989, p. 59: «El Ministerio Fiscal conduce el *plea bargaining* en secreto, sin que quede vestigio alguno de cuanto en la negociación se dice, se amenaza, se deja entrever o se impone. Es aquí donde radica el mayor peligro de abuso: en que los poderes discrecionales del Ministerio Fiscal pueden ser ejercitados sin control, en plena y absoluta libertad.»

(65) QUERALT JIMÉNEZ, «Praxis y dogmática jurídico-penal», en *Foro Canario* (83), 1991, p. 72. Por su parte, afirma POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal*, PG, 1, 2.ª ed., 1990, p. 127, «que el pensamiento de la igualdad es aportado por la idea de la Justicia, y en él se fundamenta en último extremo principios como los de la legalidad penal y procesal».

98/1985 (f.j. 9), 49/1990 (f.j. 3) y 5/1994 (f.j. 3-4), en justificar un mínimo de desigualdad formal para progresar en la consecución de la igualdad sustancial y que encontrarían su fundamento en el art. 9.2 de la CE. Pues, en efecto, aunque se discrepa en la doctrina sobre qué grupos sociales (mujeres, minusválidos, parados...) y qué aspectos englobaría la citada técnica, si hay práctica unanimidad en incluir en esta técnica sólo medidas de carácter económico-social y colectivas (66). En consecuencia, dichas medidas harían referencia a todas aquéllas que, de acuerdo con el principio de **última ratio**, han de actuar con carácter previo al Derecho penal. Éste, por el contrario, dada la gravedad de sus consecuencias, está sometido no sólo al principio de estricta legalidad, sino también sensiblemente anudado a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En consecuencia, no cabe admitir en él más discriminación que aquella que se introduce dentro de los márgenes legales y de forma individual a través de la prevención especial (67).

Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es óbice para que en el ámbito del Derecho penal se pueda trascender de la mera igualdad formal y conseguir la igualdad material. Muy por el contrario, como pone de manifiesto Zugaldía Espinar, «la legitimidad del Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho pasa por remover los obstáculos que impiden la criminalización secundaria de los sectores sociales altos y por tomar conciencia de la «trampa» que puede suponer la carencia por parte del Estado de un intento serio en prevenir la delincuencia marginal para poder seguir utilizando al desposeído criminalizado como carne de cañón (las cárceles, se quiera o no, están llenas, aunque siempre con los mismos), esto es, como expresión simbólica del buen funcionamiento de un sistema que se lava la cara criminalizando (aunque sólo a nivel primario) la delincuencia de los sectores sociales más favorecidos» (68).

5.º **El principio de legalidad** que con carácter general, contempla el art. 9.3 de nuestra Constitución y, de forma específica, referido a la garantía penal, **art. 25.1 de la CE**, se opone a la introducción

(66) *Vid.*, a este respecto, SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, 1985, pp. 83 y ss.; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, p. 178.

(67) Así LUZÓN PEÑA, «Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones» en *Estudios Penales*, 1991, p. 820, «el principio de prevención especial no infringe ni rebasa para nada las garantías de libertad y seguridad que suponen las ideas de proporcionalidad y del Derecho penal del hecho... beneficiando en algunos casos a algunos sujetos por sus características especiales».

(68) ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, 1993, p. 58. *Vid.*, también, BARATTA, «Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social» (trad. Guinarte Cabada), en *Estudios penales y criminológicos* (XII), 1989, pp. 47 y ss.; CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal (Una orientación a los orígenes)*, 1991, p. 61.

del principio de oportunidad en nuestro Ordenamiento, por las siguientes razones:

a) La exigencia de taxatividad, consecuencia de la asunción del principio de legalidad penal («*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*»), de nada o muy poco va a servir, si los conceptos jurídicos indeterminados que las sucesivas reformas penales sustantivas se han ido preocupando en suprimir (honestidad, buenas costumbres...), son reemplazados por otros nuevos en las normas procesales penales introductoras del principio de oportunidad: «interés nacional», «falta de interés público», «injusticia obvia»... (69) ¿No supone esto un intento, por vía indirecta, de administrativizar el Derecho penal? En efecto, en el Estado social se observa una instrumentación e hipertrofia del sistema penal como consecuencia de su administrativización. Y esto se advierte no sólo en el contenido de la tutela, sino también en lo que respecta al ejercicio del *ius puniendi*, aunque se emplee el revestimiento formal del proceso y de los órganos jurisdiccionales, con el consiguiente peligro para las garantías procesales y penales de los ciudadanos (70).

Lo cierto es que la administrativización del Derecho penal tendría que ser calificada en los Estados de Derecho, de peligrosa y paradójica. Peligrosa, por cuanto que la utilización de técnicas y métodos administrativos se traduciría en merma de garantías (71). Paradójica, porque, tal como ha puesto de manifiesto el TC, es el Derecho ad-

(69) *Vid.*, a este respecto, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, 1976, p. 146, «las cláusulas generales... dificultan la precisión de los confines del supuesto de hecho legal y, consiguientemente, la clara delimitación del ámbito de lo punible.»; QUERALT JIMÉNEZ, «De algunas bases del Derecho penal español», en *ADPCP*, 1985, p. 316, «poco se dice, por contra, del contenido material de la ley penal; y lo que es más grave: quedaría burlado el edificio garantista sin dar entrada a una vinculación del mismo. Esta concretización viene de la mano del principio de la ley estricta...» *Vid.* también STSC 60/1991 (f.j. 7), que sintetiza la doctrina de este Tribunal sobre el doble aspecto, material y formal, del principio de legalidad y la 4/1994 (f.j. 4).

(70) *Vid.*, sobre este proceso, FAIRÉN GULLÉN, «El Ministerio Fiscal en la Reforma procesal de 1988 (II)», en *Tapia* (45), 1989, p. 70; MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos (XIV)*, 1991, pp. 212-213; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, p. 186; ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULÉ, *Instituciones* (n. 14), 1993, p. 28. *Vid.*, también, sobre el proceso de administrativización del Derecho penal dentro de un contexto de administrativización del Estado, JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsguterverletzung», en *ZStW* (97), 1985, pp. 755-785; DENNINGER, «Der Prävention-Staat», en *KJ* (21), 1989, pp. 1 a 15; BARATTA, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica», en *Pena y Estado* (1), 1991, p. 45.

(71) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, «La incidencia de la constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», en *REDA* (29), 1981, p. 359, afirma que «sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionario es un derecho represivo preberariano».

ministrativo sancionador el que tiene que observar los principios del Derecho penal establecidos constitucionalmente y no el Derecho penal el que ha de sucumbir ante la idiosincrasia del Derecho administrativo (72).

En definitiva, es cierto que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador forman conjuntamente el denominado «Derecho garantizador» (73). Sin embargo, no hay que olvidar que desde el punto de vista del ámbito a garantizar y de las consecuencias del ataque, el Derecho administrativo sancionador anda por casa en zapatillas mientras que el Derecho penal calza un riguroso y elevado zapato de tacón que ha de caminar por la superficie altamente frágil de los bienes jurídicos fundamentales.

b) La seguridad jurídica ligada a la legalidad penal, se tornará en incertidumbre, pues el infractor dependerá más de las pautas señaladas en cada fiscalía, tamizadas, además, por la personalidad del fiscal de turno, que de lo preceptuado en la ley penal (74).

No compartimos, a este respecto, la estrecha concepción que sobre el principio de legalidad mantienen autores como Marchena Gómez, el cual, tras afirmar que «no existe escollo para el acogimiento de criterios de oportunidad en el proceso penal español», sostiene que el citado principio de legalidad se circunscribe a «la teoría de las fuentes en el orden punitivo», excluyéndolo en lo concerniente a «la forma o los criterios que han de presidir el

(72) En efecto, no hay que olvidar que las señeras SSTC 2/1981 [f.j. 4 y 7 b)] y la 77/1983 (fj. 2 y 3), pusieron de manifiesto la necesidad de observar, entre otros, los principios de legalidad y tipicidad, con la consiguiente exigencia de determinación. Esta doctrina ha sido reiterada por el propio TC [entre otras, SSTC 83/1984, 42/1987, 3/1988, 60/1991 (sintetizando la doctrina anterior), 6/1994, 26/1994] y por el TS (sent. 10 de noviembre de 1986). *Vid.* también, SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, 1989, pp. 174 y ss.; QUINTERO OLIVARES, «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal» en *REDA* (126), 1991, p. 258. En suma, como afirma, NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 1993, pp. 143-144, «... hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute "si" los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo sancionador, puesto que así se acepta con práctica unanimidad... Ahora bien, la principal dificultad se encuentra en la determinación de "qué" principios van a ser aplicados y, sobre todo, "hasta qué punto" van a serlo». En esta línea, por lo que respecta a la flexibilización de la cobertura legal de la actuación sancionadora de la Administración, *vid.*, entre otras, SSTC 6/1994 (f.j. 2) y 26/1994 (f.j. 4).

(73) SUAY RINCÓN, «El Derecho administrativo sancionador como Derecho garantizador y como alternativa al Derecho penal», en *Foro Canario* (87), 1993, p. 186.

(74) DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 1991, p. 142, «en cuanto principio estructurador de un Estado constitucional la democracia significa que ningún poder del Estado es ajeno a la voluntad popular y que sólo en ella puede tener su legitimación... lo que elimina de raíz la posibilidad de afirmar que existan... presunciones en contra de la voluntad popular».

ejercicio de la acción penal.» (75) Cuando así se concibe tal garantía se olvida:

a) Que, tal como pusiera de manifiesto Jescheck, la actuación punitiva del Estado se apoya en tres pilares: el Derecho penal material, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución de penas (76). Por lo tanto, si es una cualitativamente la misma la actuación estatal, aunque atravesando distintas etapas, ¿por qué se priva a una de ellas del principio de legalidad?

b) Como viene reconociendo reiteradamente la generalidad de la doctrina, el principio de legalidad entraña cuatro tipos de garantías: dos de carácter sustantivo (la criminal y la penal) y dos de carácter procesal (la jurisdiccional y de ejecución de penas) (77). Por tanto, al excluir del principio de legalidad todo lo concerniente a las formas o criterios relativos al ejercicio de la acción penal se está menoscabando la garantía jurisdiccional.

En efecto, el derecho a ser condenado exclusivamente en virtud de sentencia firme presupone no sólo la culminación de un proceso desarrollado con todas las garantías (art. 24.2 CE), sino también que éste se ha iniciado, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con la garantía de certeza (art. 9.3 CE) que tanto para la víctima como para el sujeto activo del delito, implica el reconocimiento del principio de legalidad penal (78).

c) No parece correcto contraponer como antitéticos y deslindables los términos de «fuentes del orden punitivo» y «criterios de

(75) MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, 1992, pp. 138-140.

(76) JESCHECK, *Tratado* (n. 23), 1981, pp. 23 y ss. En el mismo sentido QUE-RALT JIMÉNEZ, *Praxis* (n. 63), 1991, p. 78, quien incluye, además, al Derecho policial. Y añade que «al descuidar otros sectores normativos interdependientes, se corre el riesgo de actuar en el vacío y caer en el formalismo, por más que las construcciones dogmáticas sean, desde el punto de vista conceptual, dignas de elogio.»

(77) Entre otros, STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, 1953, p. 179; MUÑOZ CONDE, *Introducción* (n. 24), 1975, p. 88; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad», *NEJ*, XIV, 1971, p. 888; COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador» en *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982, pp. 194 y ss. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, 2.^a ed., 1989, pp. 15 y ss., reconoce, sin embargo, de forma más sintética sólo dos: la penal y la procesal; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, 3.^a ed., 1985, pp. 166 y ss.

(78) Como ponen de manifiesto ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULÉ, *Instituciones* (n. 14), 1993, p. 19, «el principio de legalidad no se agota en la claridad y concreción de los tipos delictivos —lo que supone una elección en favor del derecho penal del hecho, frente al derecho penal del autor—... Esencial a su noción es también la dimensión procesal jurisdiccional. La indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia confieren al proceso penal un carácter de necesidad, que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo» (cfr. art. 1 de la LECr.).

ejercicio de la acción penal», pues el orden punitivo se instrumentaliza y se hace efectivo mediante el ejercicio de la correspondiente acción penal. Parafraseando a Beling, de poco serviría el principio de legalidad si las leyes que le dieran cobertura formal se expresaran en los siguiente términos: «*aquel que cometa una acción antijurídica e imputable será castigado según el criterio del juez, en aquellos casos que el Ministerio Fiscal considere conveniente ejercitar la acción penal*» (79).

6.º Por último, el Estado democrático de Derecho y la separación de poderes, reflejados en la Constitución en los arts. 1, 9.1 y 3, 66.2, 97 y 117, aparecen desdibujados con el principio de oportunidad (80). En efecto, a un órgano, el Ministerio Fiscal, que no forma parte del poder legislativo ni tampoco del judicial, se le concede, como hemos podido apreciar más arriba, capacidad derogatoria tácita de normas penales, al poder obviar la persecución y proceder al archivo de la acción penal, pese a haber existido delito, en base a criterios de su exclusiva interpretación. En consecuencia, por obra y gracia del principio de oportunidad, será el Fiscal el que no sólo ejercite discrecionalmente la acción penal, sino el que, además, im-

(79) Cfr. BELING, «Il significato del principio "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale», en *Giustizia penale* (I), 1931, pp. 319-320; *idem*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 31 y 115. *Vid.* también, BAUMANN, *Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos* (trad. a la 4.ª ed. alemana C.A. Finzi), 1981, pp. 58-62; ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 1992, pp. 89-92. En el ámbito procesal pone de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, 1987, p. 97, que «El principio de legalidad (el único adecuado a la naturaleza del derecho represivo) es el complemento imprescindible del sistema de la acusación oficial. Significa tal principio que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley. El punto de vista del MF ha de ser el de la ley, ya que es un órgano público en función de la justicia, y no de la administración política o de la razón de Estado. Lo contrario es dejar en cada caso concreto la acusación (y, por tanto, la actuación del derecho penal) al arbitrio del que monopoliza la función (principio de oportunidad). Con ello, el MF podrá eximir de la pena a cualquier acto punible por la sola razón de que la persecución le parezca inoportuna o intrascendente; y el Derecho penal quedará mediatizado por consideraciones y reservas que no son las suyas propias».

(80) Son muchas la teorías esgrimidas en cuanto a la naturaleza del Ministerio Fiscal: **órgano integrado en el poder ejecutivo** [ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Ministerio* (n. 13), 1990, p. 118; ORTELLS RAMOS, *Nuevos* (n. 13), 1990, p. 232]; **órgano administrativo, cualificado por su actividad de colaborar con la Administración de Justicia** (GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, 1988, p. 68); **órgano del Estado, no del Gobierno** [ALAMILLO CANILLAS, *El Ministerio Fiscal español (organización y funcionamiento)*, 1990, p. 20]; eclécticas, **órgano del Estado cooperador de la Administración de Justicia** [GRANADOS, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, 1989, p. 71], pero en lo que coinciden todas ellas es en afirmar su exclusión del poder legislativo y judicial.

pute cargos, negocie y fije la pena. ¿No es esto manifestación de una anacrónica confusión de poderes? (81).

Cuando se afirma, en aras de un Derecho penal democrático, que el principio de intervención mínima «debe trascender al proceso penal, permitiendo la inhibición de la justicia penal frente a hechos que la sociedad no reprueba» (82), se olvida que tal misión de representación de la voluntad social corresponde, precisamente en los estados democráticos, al poder legislativo y su concreción, al poder judicial. Por lo tanto, no se puede convertir a un funcionario sin representación democrática y sin incardinación judicial en un cuarto poder sin previsión constitucional (83).

Resulta paradójico que, precisamente, el órgano al que constitucionalmente (art. 124) se le encomienda «la defensa de la legalidad», se le quiera colocar en tesitura tal que en lugar de proteger acabe menoscabando la citada «legalidad» (84).

(81) MENA ÁLVAREZ, «El principio de inoportunidad», en *Revista Jueces para la Democracia* (8), 1989, p. 12, aun reconociendo lo extremo del supuesto y la existencia del incidente de discrepancia, no deja de ver el peligro del principio de oportunidad reglada como «cauce de intromisión política, o de otra índole a través de la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal.»

(82) CONDE-PUMPIDO, «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona», en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, 1989, p. 1022.

(83) GIMBERNAT ORDEIG, «Estado de derecho y estado de deshecho», en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., 1991, p. 34. «... Al ejecutivo corresponde presentar los proyectos de ley que estime oportunos y a las Cortes aprobar las leyes; pero, una vez aprobadas, cual sea el contenido de éstas es algo que sólo pueden decidir, con carácter excluyente, los jueces y los tribunales. Cualquier alteración de ese reparto de competencias significa una agresión al principio de la división de poderes sobre el que se basa el Estado de Derecho: un funcionario —por muy alta que sea su jerarquía— está invadiendo competencias del poder judicial si... pretende que su personal interpretación de las leyes prevalezca sobre la opinión de la única instancia que monopolísticamente tiene la facultad de decidir —frente a los demás poderes del estado y, también y por supuesto, frente a los particulares— cuál es el contenido de las normas jurídicas»; ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy* (trad. Muñoz Conde y Luzón Peña), 1984, p. 103, destaca cómo «este principio fundamental de la división de poderes garantiza el principio *nullum crimen*, al distribuir el poder punitivo entre dos poderes (el Parlamento, que promulga leyes penales, y el poder judicial que pronuncia las condenas penales) y excluir de esta materia al tercer poder (el Gobierno); ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos* (n. 68), 1993, p. 55, reconoce que «la única regla fija que existe en el sistema jurídico español para seleccionar y jerarquizar los bienes jurídicos (intereses o valores) que van a ser objeto de protección penal, es la de que dicha función está encomendada exclusivamente a las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado) en tanto órgano de representación del pueblo español». Y es sólo este órgano «el que tiene un importante margen de libertad a la hora de definir y seleccionar las conductas delictivas».

(84) Otro ejemplo de «esquizofrenia funcional» en la atribución de competencias al Ministerio Fiscal, lo encontramos en materia de menores, cfr. STC 36/1991.

En definitiva, cuando se convierte al Ministerio Fiscal en un «ejecutivo agresivo» con facultad de hacer del delito y la pena fijada en la ley «valores de cambio y bolsa», transformando lo que debiera ser búsqueda de la verdad histórica, considerada como una de las notas diferenciadoras de la justicia civil, en mera fijación de la verdad negociada, poco o nada, aunque sea con sólo una franja de la criminalidad, le quedará de singular al proceso penal y a su quintaesencia quedarán reducidas las garantías penales (85).

Por otra parte, no hay que olvidar tampoco que el fundamental principio del Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, configura la ley penal como la síntesis normativa de un amplio espectro de concepciones socioculturales lo que se garantiza técnicamente por la mayoría cualificada de la Ley Orgánica. Por ello, la función desplegada por aquél de crítica del sistema penal vigente es esencial no sólo en los procesos mismos de tipificación y destipificación de conductas, sino también en la forma en la que estos procesos son llevados a cabo, los cuales han de tener sede legislativa (86).

Vid., asimismo, DOLZ LAGO, «El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica», *La Ley*, 2985, 1992.

(85) *Vid.* PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ BABIEDES, *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., 1987, pp. 90-91.

Por su parte, VÁZQUEZ SOTELO, *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, 1988, p. 382, pone de manifiesto que «el proceso penal moderno ha sido concebido siempre y diseñado como un instrumento sumamente delicado que no debe poder ser privatizado, en el sentido de que no puede dejarse su funcionamiento en manos de los particulares y al exclusivo servicio de sus intereses. Incluso en los delitos reservados a la iniciativa de la querrela o de la denuncia (en contra de lo que no pocas veces se dice) el particular no dispone de la dirección subjetiva de la acción penal y el *ius puniendi* se ejercita igual una vez removido el requisito preliminar de la iniciativa del particular afectado. La acción penal es siempre pública (lo que es tanto como reconocer que no es de nadie, ni siquiera del Ministerio Fiscal), tanto si se ejercita por el órgano instruido al efecto, como si se procede a instancia de un ciudadano agraviado o no por el hecho... y su ejercicio no es disponible, sino cabalmente irrefractable, según la configuración doctrinal más autorizada». En el mismo sentido, MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», en *Doctrina penal*, 1, 1978, pp. 305 y 306, después de constatar la evolución histórica paralela entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, afirma que «... la teoría procesal penal fundada en el concepto de *acción procesal*, trasladada del derecho procesal civil, es absolutamente inidónea para resolver problemas en el derecho procesal penal y no responde a la clara conformación histórico-político criminal de éste último».

(86) *Vid.* a este respecto, MIR PUIG, «Objeto del delito», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, 1982, pp. 766 y ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di Bene giuridico*, 1983, pp. 237 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, 1984, p. 180; HORMAZABAL MALARÉE, «Política penal en el Estado Democrático», en *El Poder del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985, pp. 168 y ss.; *idem*, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido*

En todo caso, no estamos ante un supuesto aislado. Siguiendo a Andrés Ibáñez, paralelamente a la pérdida de protagonismo político de la institución parlamentaria, asistimos a una «sobrepolitización patológica» del poder judicial. El juez aparece como «un político por subrogación» en un contexto de «utilización estratégica de la jurisdicción para incidir sobre algunas gravísimas disfuncionalidades o inadecuaciones del sistema al modelo constitucional y legal». La finalidad y las consecuencias de este proceder son claras: «neutralización de la instacia judicial y su descrédito». En efecto, no hay que olvidar que «el poder judicial ha demostrado en este punto ser particularmente incómodo e incluso en ocasiones insoportable en la forma que aparece diseñado en la Constitución. Tanto por razones de carácter económico como político» (87). Y es que corren malos tiempos para el principio de legalidad penal y no parecen tener mejor fortuna sus mecenas: el Estado de Derecho y la separación de poderes.

por la norma penal), 1991, pp. 155-156; PAVARINI, «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo» (trad. Domínguez y Bergalli), en *Poder y Control* (1), 1987; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 1993, p. 56.

(87) ANDRÉS IBÁÑEZ, *El papel* (n. 48), 1990, pp. 6-8. De «historia de una instrumentalización» califica Pedraz Penalva la historia de la Administración de Justicia (Sobre la crisis de la Justicia en Constitución, Jurisdicción y Proceso, 1990, p. 228).