

NOTAS SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL

NOTES ON THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL OPPORTUNITY

JUAN MANUEL ALONSO FURELOS

Profesor Titular de Universidad de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia. U.N.E.D.

Resumen: Abordo en esta ponencia la difícil delimitación y concreción del principio de oportunidad procesal por la pluralidad de fines a que responde.

Me centro en supuestos del proceso civil, laboral, penal y contencioso administrativo, según sean anteriores al proceso para evitarlo; se produzcan durante su pendencia para ponerlo fin sea en la primera o sucesivas instancias, o incluso tras su firmeza.

Termino con unas conclusiones.

Palabras clave: Principios procesales: legalidad y oportunidad.

Abstract: I address in this paper the difficult delimitation and concretion of the principle of procedural opportunity due to the plurality of purposes to which it responds.

I focus on cases of civil, labor, criminal and administrative litigation process, as they arise prior to the process of avoiding it; they occur during their penance to put an end to it either in the first or successive instances, or even after his firmness.

I conclude with some conclusions.

Keywords: Procedural principles: legality and opportunity.

Recepción original: 03/09/2019

Aceptación original: 13/12/2019

Sumario: I.- En torno al concepto. Su difícil concreción y delimitación. II.- Fines u objetivos del principio de oportunidad respecto al momento en que tiene lugar. Supuestos. III.- A modo de conclusión.

Ponencia aceptada y enviada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal “Postmodernidad y proceso europeo: el principio de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad de las empresas”.

En breve está previsto celebrar el I Congreso Internacional de Derecho Procesal titulado “Postmodernidad y Proceso Europeo: el principio de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad penal de las empresas” al que fui invitado expresamente por la Dra. Dña. Sonia Calaza López directora del Departamento de Derecho Procesal de la UNED y codirectora de este Congreso (junto a D. José Carlos Muínelo Cobo, profesor Titular de Universidad de Filosofía del Derecho de la UNED ambos en representación de la UNED). En su día remití a Dña. Sonia Calaza la presente comunicación.

Se celebrará en las instalaciones del Colegio Universitario Villanueva de Madrid los días 6 y 7 de Mayo de 2019 y está organizado dicho Congreso por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (U.N.E.D.), el Colegio Universitario Villanueva de Madrid (siendo también codirectora de este Congreso Dña. Mercedes de Prada a la vez de directora del área de Derecho del CU Villanueva) y la Universidad Pontificia de Comillas. I.C.A.D.E.

Dicho Congreso se celebra en el marco del Proyecto de Excelencia I+D+I titulado “Postmodernidad y proceso: la oportunidad como principio informador del proceso judicial” del Ministerio de Economía y competitividad con REF DER 2017-87144-P desde el 1 de Enero del 2018 hasta el 31 de Diciembre del 2020. Son investigadores principales del citado proyecto Dña. Sonia Calaza López Catedrática de Derecho Procesal de la UNED y Directora del Departamento de Derecho Procesal y D.José Carlos Muínelo Cobo Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la UNED y codirector de dicho Congreso.

I. EN TORNO AL CONCEPTO. SU DIFÍCIL CONCRECIÓN Y DELIMITACIÓN.

TERMINOLOGÍA. El diccionario “Espasa”, de la Real Academia de la Lengua Española, dedica tres voces añadidas a una cuarta —oportunidad— para referirse al término: oportunismo, oportunista y oportuno. Y para definirlos se utilizan las siguientes palabras o expresiones: sazón; coyuntura; conveniencia de tiempo y lugar; ocasión; pertinencia; sistema político que prescinde en cierta medida de los principios fundamentales, tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar; que se hace cuando conviene; que es pertinente o adecuado; el que es ocurrente y pronto en la conversación.

CONCEPTO. CONCRECIÓN Y DELIMITACIÓN. Ante tal diversidad de expresiones, ajenas a la terminología jurídica y a la específica del Derecho procesal se pueden ir seleccionando algunos de los términos que más lo aproximan o concretan, aún dentro del sentido vulgar o coloquial del mismo, como: conveniencia de tiempo y lugar; pertinencia; llevado a cabo apartándose por razones de conveniencia de los principios fundamentales del proceso como es el principio de legalidad; tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar; y que además es pertinente y adecuado.

Así, el principio de oportunidad —en sentido estricto— parece contraponerse al principio de legalidad del que se apartaría en todo o parte; y lo haría por razones de conveniencia, oportunidad, adecuación o pertinencia social en un momento, lugar y en el ámbito jurídico del derecho material y sobre todo el del derecho procesal.

Y esa conveniencia, adecuación, oportunidad o pertinencia la delimitan los poderes públicos establecidos incluido el legislativo y ejecutivo; los operadores jurídicos involucrados en su aplicación al margen del legislador, pero que detectan la jurisdicción o que son sus cooperadores o colaboradores, así como los abogados y procuradores; la propia Sociedad; el propio legislador, como acabo de señalar, al “abrir la puerta” al principio de oportunidad. Se hablaría entonces del principio de oportunidad reglada (a caballo entre el principio de legalidad y la discrecionalidad legal o técnica), o del principio de oportunidad técnica cuando se “abre la puerta” al principio de discrecionalidad técnica fuera de dicha reglamentación o determinación normativa.

En este sentido, el principio de oportunidad guarda relación con el principio de discrecionalidad desde el plano legal, pero con el límite fronterizo de la arbitrariedad. Y con el límite de que esa dis-

crecionalidad además esté dentro de lo oportuno, conveniente, necesario, adecuado o pertinente. Una discrecionalidad que fuera innecesaria, inoportuna, inconveniente, inadecuada o impertinente, aun sin ser arbitraria, estaría o quedaría fuera del principio de oportunidad.

Debe quedar claro, desde el principio, que el principio de oportunidad debe quedar al margen (al menos desde una puridad lógica, otra cosa es lo que puede suceder en supuestos concretos) de toda arbitrariedad.

Justificar la arbitrariedad séalo como una manifestación de la “Escuela libre” del Derecho dando un margen injustificable de actuación al propio legislador (sistemas totalitarios en la época de entreguerras), o dentro de la “aplicación libre del derecho” dando un margen injustificable a la propia jurisdicción ejercida a través de sus órganos jurisdiccionales predeterminados y fuera del cauce del art. 24 y 117 CE, sería justificar algo inconstitucional (art. 1 y 14 CE) y por ello debe quedar fuera de los confines de toda manifestación del principio de oportunidad en nuestro sistema constitucional.

Principio de oportunidad versus principio de legalidad. Principio de oportunidad versus arbitrariedad. Principio de oportunidad dentro del principio de legalidad que de forma reglada permite la oportunidad y a la vez autolimita la propia legalidad y la discrecionalidad en este caso incluso, al margen de la ley.

Principio de oportunidad que además es un principio social conforme a lo expuesto y que estando permitido, controlado y reglamentado por el de legalidad, al que no se opone. Puede incluso estimular futuras reformas que se acomoden a la propia legalidad, como una opción, por razones de conveniencia, adecuación y pertinencia social.

O al margen del principio de legalidad, dentro de la discrecionalidad técnica, con el límite de la arbitrariedad o de la discrecionalidad aun técnica que sea inconveniente, inadecuada, inoportuna e impertinente.

Este principio de oportunidad (más o menos reglada) no tiene que ver con los principios de alternatividad procesal versus necesidad procesal, aunque puede incidir en ambos.

El principio de alternatividad procesal supone que el conflicto jurídico entre las partes objeto de la futura contienda o del proceso (cuando nazca o se produzca su litispendencia) puede ser solucionado a través de los medios alternativos al proceso por las propias

partes mediante la autocomposición (por iniciativa propia de las partes, entre sí, directamente; o en virtud de la intervención de un mediador o conciliador que acerque sus posiciones respectivas hasta que éstas lleguen al acuerdo); o por un tercero (árbitro) ajeno a la propia jurisdicción (arbitraje de equidad o derecho), siempre que ese objeto sea disponible o al menos pueda serlo (de ser disponible), dentro de los límites legales.

Se materializa la autocomposición en una transacción extrajudicial o judicial con los efectos que conlleva; o a través de la decisión del tercero no jurisdiccional, árbitro, mediante el laudo, en el caso del arbitraje sea de derecho o de equidad.

Sucede en el proceso civil cuando el objeto es disponible (no cuando es indisponible); en el laboral, aunque muchos objetos están excluidos o sujetos a límites por ser materias de derecho necesario del que nacen derechos “adquiridos” indisponibles; e incluso en el proceso contencioso administrativo, pero en este caso parece necesario iniciado el proceso administrativo la autorización de la Dirección General de lo Contencioso del Estado o del órgano equivalente en la Administración local, Autonómica o Institucional para llegar a acuerdos con plenitud de efectos, fuera de la decisión judicial.

El principio de necesidad procesal por el contrario supone que el conflicto jurídico existente entre las partes o la futura contienda objeto del proceso solo puede ser decidida mediante una resolución jurisdiccional definitiva y firme (sentencia de fondo o resolución equivalente) y por un órgano jurisdiccional siempre en el ejercicio de su actividad jurisdiccional (Con lo que se limita en extremo o se impide la autocomposición dentro del proceso) y tiene su razón de ser en que el objeto es indisponible. Art. 24 y 117 CE.

En el proceso penal, en tanto en cuanto el “ius puniendi” corresponde exclusivamente al Estado que lo ejercita materialmente a través de la jurisdicción (art. 24 y 117 CE) del órgano jurisdiccional competente en la sentencia o en una resolución firme equivalente que se pronuncia sobre el fondo, parecería claro que las partes no pueden disponer de un derecho que carecen. Incluso el Fiscal es un mero instrumento en el proceso penal al servicio del Estado para sostener la acusación, dado que un proceso penal sin acusación está condenado a su terminación.

Pero el derecho (de acción del MF) de acusar o acusación en el proceso penal no es en ningún caso el ejercicio del “ius puniendi” del que carece (al menos en puridad, fuera del principio de oportunidad) el MF, pues corresponde sólo al Estado que lo ejercita a través

del órgano jurisdiccional en la sentencia de condena o absolutoria que dicta.

Si las partes del proceso penal (actoras o pasivas) pudieran disponer libremente del derecho material de penar o “ius puniendi”, quiere decir que estaríamos ante manifestaciones de una justicia privada penal como sucedió en los albores de la historia ante la inexistencia de un Estado fuerte que pudiera ejecutar el ius puniendi o contenido de la propia jurisdicción.

Incluso en los delitos privados existen límites al propio “ius puniendi” pues el hecho de que se pueda disponer del proceso (no iniciándolo, es decir no acusando, al faltar la querella privada; exigiendo otros presupuestos en ellos como licencia del juez, o suplicatorio; por acuerdo económico a través de la conciliación); o de la pena mediante el perdón, no supone que la parte actora pueda imponer a la parte pasiva la pena desproporcionada que quiera (ya que si así fuera sería una pena privada y estaríamos ante una justicia penal privada).

Algo semejante sucede en el proceso civil indisponible, o cuando siendo disponible debe intervenir el MF, —especialmente— en caso de menores, incapaces, ausentes o personas totalmente desvalidas (para la defensa de sus derechos, la propia legalidad que lo prescribe y el interés público que circunscribe sus derechos); igual ocurre en muchos ámbitos del derecho administrativo e incluso en el proceso laboral sobre materias de derecho necesario (conflictos colectivos, convenios colectivos... que conllevan “derechos adquiridos”) o respecto a derechos indisponibles.

Sin embargo, es conveniente destacar que el principio de oportunidad procesal no sigue una senda paralela con el principio dispositivo y el de alternatividad procesal, (aunque caben estos principios en el proceso regido por la oportunidad), como después veremos de la misma forma que el de legalidad procesal sirve para regir el principio dispositivo y el de alternatividad.

De la misma forma el principio de necesidad procesal (propio del proceso penal y del proceso civil indisponible o del de otro orden jurisdiccional indisponible) y el de indisponibilidad procesal no sigue tampoco una senda paralela con el principio de legalidad pues puede estar regido por el principio de oportunidad (reglada o menos reglada o incluso sin reglamentación por una amplia discrecionalidad).

El principio de legalidad, en principio, tampoco coincide con el de normalidad procesal. Según el principio de legalidad parecería “normal” que todo proceso desde su inicio hasta su finalización normal discurriera por los cauces previstos en la norma procesal que lo regula (Art. 1 y 4 LEC y Art. 1 LECRIM) y que el contenido de su sentencia (definitiva o resolución equivalente) se ajuste a lo previsto en la norma material, en especial a los art. 1 y ss. CC y CP, 1 y 14 CE (pues es esencia de la jurisdicción la aplicación de la norma material al caso concreto, en la sentencia que pone fin a la instancia respectiva y debidamente motivada, art. 24, 117 y 120-3 CE).

Por el contrario, el principio de oportunidad, debería suponer que el proceso “puede” discurrir desde su inicio hasta su fin por otros cauces que anticipen (supuestos de avance anormal) esa decisión de fondo (y donde la oportunidad “no sé” si debería exigir de una “mayor dosis” de motivación o de “una dosis un poquito menor” de motivación si es reglada e incluso de “ninguna dosis” de motivación si no es reglada y es exclusivamente discrecional).

Si convertimos el principio de oportunidad en algo normal (incluso estando reglado), “quizá ello supondría” que lo regulado legalmente para ser aplicado (reserva de ley en materia procesal y siempre por L.O. para la ley material penal y la procesal penal) es lo anormal. Con lo que las garantías procesales podrían sufrir “algún” riesgo. So pena que el principio de oportunidad colme todas esas garantías materiales y procesales del derecho penal y del proceso penal conforme a la doctrina del TS y TC.

Muchas veces va ligada la oportunidad procesal con la conformidad procesal (en el proceso penal, entre MF y las partes pasivas sean estas personas físicas o jurídicas con capacidad para delinquir a las que en ocasiones se pueden adherir las otras partes penales actoras) o con los acuerdos procesales (conciliaciones intraprocesales) que terminan de forma anticipada con el proceso en virtud de una transacción judicial o de una sentencia (condenatoria) de conformidad.

Incluso originando crisis procesales en el propio proceso, a consecuencia de anticipar la resolución de fondo en el proceso civil, laboral o contencioso mediante la renuncia a la acción o a otras acciones, desistimiento, allanamiento, su paralización, o caducidad. Y en el proceso penal con una sentencia de conformidad.

De todas formas, la conformidad en el proceso penal puede ser de varios tipos según su objeto. No entraremos por tanto en los orígenes históricos de esta figura desde la LECRIM de 1872 y la posterior de 1882. En su origen inicial fruto de una importación del dere-

cho penal y procesal inglés. Y que después en sucesivas reformas de la LECRIM, a partir de 1980, se fue acomodando a la modalidad de la conformidad del derecho americano.

Así dentro de esta tipología objetiva, su objeto puede ser: reconocer y admitir los hechos delictivos (justificados y probados); admitir la calificación jurídica más grave sobre esos hechos al margen de su reconocimiento y así indirectamente la consecuencia o sanción jurídica; admitir sólo la consecuencia jurídica más grave solicitada por el acusador sea cual sea la calificación jurídica de los hechos; admitir la consecuencia jurídica o pena solicitada por el fiscal siempre que sea la prevista en la ley o sobre todo cuando la pena sea de menor duración o gravedad o de diferente entidad que la prevista en la ley (así sustituir la pena privativa de libertad por el trabajo en beneficio de la comunidad).

De todas formas, la defensa de la parte pasiva en el proceso penal mostrará su conformidad anticipadamente cuando su objeto previsiblemente sea más favorable que el de la sentencia que en su día se dicte sin conformidad. En otro caso esperará a ésta. En este sentido podría considerarse ese actuar de la defensa de la parte pasiva como de un cierto chantaje al negociar con el fiscal (acepto si la pena es suave) y en cierta medida una justificación “legal” del fraude procesal bajo el amparo del principio de oportunidad.

El aspecto procesal de poner fin al proceso anticipadamente (en fase de sumario, antes de abrir las sesiones del juicio oral, acordada ya su apertura) como el fin material de lograr una sentencia o resolución de fondo condenatoria con penas determinadas o indeterminadas (sanción jurídica o pena) es una manifestación de la interrelación proceso penal y derecho penal material muy difícil de escindir.

Dicha conformidad debe respetar las garantías constitucionalizadas del proceso, el derecho a la defensa jurídica de todas las partes del proceso penal y no sólo de las pasivas, sean estas personas físicas o jurídicas, y en ningún caso ser la salvaguarda o una vía de escape para la permisión del fraude en el procesal penal o en el derecho penal (ámbito de la pena o *ius puniendi*) o del propio chantaje al Fiscal o al órgano jurisdiccional. En este sentido quedaría justificado que con respecto a determinados delitos (corrupción, bandas armadas, terrorismo, crimen organizado) se excluyera toda conformidad entre el MF, partes actoras y partes pasivas.

En el proceso penal existen ciertos ámbitos que se pueden fundamentar en el principio de legalidad o de oportunidad. Que el Fiscal asuma la dirección del sumario puede justificarse y fundamen-

tarse en el principio de legalidad si la futura LECRIM así determina y concreta cada una de sus funciones. Modificando además el Estatuto del MF, cuando actúe en el proceso penal dejando de depender del Fiscal General del Estado y del Ministerio de Justicia (que pueden determinar el ámbito de su actuación y acusación como ocurrió en el caso Filesa, con Marino Barbero) e integrarlo en el CGPJ o en un órgano independiente análogo...

O en el de oportunidad si le permite que ejercite o no sus funciones, según su conveniencia o su “discreción” más o menos reglada o discrecional.

Lo mismo sucede con la agilización del proceso que puede serlo bajo el principio de legalidad (reduciendo trámites y plazos, acudiendo de forma intensiva a internet sirviéndose de programas más o menos sofisticados realizados por los programadores del Ministerio de Justicia mucho más eficiente que el actual...) o bajo el principio de oportunidad buscando acuerdos que permitan la terminación extraordinaria del proceso penal de forma anticipada. En ocasiones pueden existir supuestos fronterizos versus principio de legalidad y oportunidad.

No parece, o al menos así lo entiendo yo en contraposición a un sector mayoritario de la doctrina, que el principio de legalidad procesal y el de oportunidad procesal penal puedan servir como un sucedáneo y a la vez ser el sustituto del derecho material. Que la norma material quede salvaguardada por el principio de legalidad, o que dentro de este se admita una discrecionalidad, no debe suponer que el proceso penal asuma cometidos que no son del mismo y sí de la norma material penal; y tratar de hacerlo entendiendo que la sentencia es una resolución procesal que forma parte exclusivamente del derecho procesal penal creo, sinceramente, que no es la solución.

En efecto en la sentencia penal, se aplica la norma material al caso concreto (aplicación del *ius puniendi* al condenado, o no se aplica si es absuelto) pero ello forma parte ya del derecho sustantivo o material y no del procesal.

El proceso penal por tanto no debe ser un sucedáneo o un sustitutivo del derecho penal encubierto bajo la conformidad procesal (acuerdo entre el Fiscal y las partes pasivas se manifieste en un Decreto, en una propuesta de resolución, en un acuerdo que se formaliza por escrito) es decir del futuro contenido de la sentencia penal condenatoria de conformidad. Ni de sentencias indeterminadas, con ejecución revisable, y con penas modificables... esto debe ser objeto

de la regulación material o derecho penal y no del derecho procesal penal que como un sucedáneo o sustitutivo acoja esas funciones.

II. FINES U OBJETIVOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD RESPECTO AL MOMENTO EN QUE TIENE LUGAR. SUPUESTOS.

Puede responder a varios objetivos:

II.A. Evitar el proceso.

Conforme o según los cauces previstos y permitidos (sea en el orden civil, social, penal o contencioso administrativo).

a) **ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.** En el proceso civil dispositivo iniciado a instancia de parte privada, la mediación común a instancia de un tercero para conseguir el acuerdo entre las partes privadas que todavía no acudieron al proceso o las mediaciones especiales sujetas a determinados requisitos subjetivos, objetivos, formales, incluso temporales.

La conciliación voluntaria y previa al proceso civil donde un tercero (en la actualidad puede intentarse ante el Letrado de la Administración de justicia —antes denominado secretario judicial—, el notario, o el registrador de la propiedad o mercantil, según la vigente Ley de la Jurisdicción voluntaria) busca conciliar e intermedia entre las partes a fin de que estas alcancen un acuerdo dentro del límite subjetivo previsto (capacidad) u objetivo determinado (asuntos admisibles y excluidos) impuesto por la ley.

O los acuerdos entre las propias partes si la iniciativa para alcanzarlos parte de ellas.

En los tres supuestos (mediación, conciliación, acuerdos a iniciativa de las propias partes materiales) el acuerdo alcanzado por las partes, que son las únicas que pueden alcanzarlo y siempre al margen de la propuesta del mediador y conciliador (equivale a la transacción) debe materializarse documentalmente para que tenga efectos y pueda ser título ejecutivo, en virtud de la transacción extrajudicial o judicial.

O a través del arbitraje de Derecho o de equidad, donde un tercero denominado árbitro-s ajeno e independiente a las partes y que puede ser una persona física o jurídica, individual o múltiple (nú-

mero impar) y que no es órgano jurisdiccional (aunque puede considerarse el arbitraje un equivalente jurisdiccional) decide el conflicto intersubjetivo entre las partes, según el derecho establecido y vigente o según su leal saber y entender, en una resolución que se pronuncia sobre el fondo denominada laudo, contra la que no cabe recurso por tanto firme desde que se dicta (salvo que se previera el recurso de apelación contra el laudo dictado por un árbitro unipersonal ante otra instancia arbitral colegiada) y que es ejecutivo —en cuanto título ejecutivo extra jurisdiccional— ese laudo que permite el acceso a la ejecución ordinaria.

b) **ORDEN JURISDICCIONAL PENAL.** La Conciliación previa y obligatoria penal (según la LECRIM, CP y Ley de la Jurisdicción Voluntaria respecto a los delitos privados (o mejor dicho sujetos a procedibilidad y perseguibilidad privada); el suplicatorio previo requerido y concedido por las Cámaras del Parlamento para proceder contra Diputados y Senadores por los delitos cometidos en la Cámara en el ejercicio de su actividad parlamentaria; la autorización del juez para proceder contra injurias vertidas en juicio.

La falta de denuncia previa en los delitos en que se exija dicha denuncia para la iniciación del proceso penal sin la cual no puede iniciarlo el MF, siendo esta una condición positiva de procedibilidad o un óbice negativo de procedibilidad. O en el caso de los delitos privados no solicitar la conciliación previa, pues evita que se pueda acudir al proceso penal directamente (se exige que se intente y sin acuerdo) o el caso de acuerdo en la conciliación, acuerdo que versará sobre la compensación económica que también excluye que se pueda iniciar.

Otro supuesto más preocupante, incluido dentro del principio de oportunidad es limitar o impedir la acción popular en los delitos sujetos a procedibilidad pública. Así exigiendo fianzas desproporcionadas en el primer caso, en cuanto opera como límite. O incluso impidiéndola bajo el pretexto (“al socaire”) de falta de interés, de falta de legitimación activa del actor popular, o de falta de carácter de éste, repito en los delitos sujetos a procedibilidad y perseguibilidad pública.

Así que el interés público, en el proceso penal, en los delitos sujetos a procedibilidad pública, no es determinante (¿...? para el ejercicio de la acción popular cuando el querellante particular no sufre un perjuicio directo derivado del delito; o no tenga vínculo previo con la persona jurídica que cometió el delito o a través de la que se cometió el delito; o cuando lo cometieron sus representantes o administra-

dores legales. (Pensemos en las estafas bancarias, los fraudes bancarios, los delitos contra los accionistas...). El TS tuvo ocasión de pronunciarse en el caso del Banco Santander.

c) **ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL.** Así la conciliación obligatoria previa laboral, los acuerdos de intermediación entre Comisiones paritarias de las organizaciones empresariales y sindicales, y el arbitraje laboral (voluntario y en otras ocasiones “no tanto”). Remito a lo dicho para el proceso civil en la letra a y con el límite subjetivo y objetivo, junto con la indisponibilidad del derecho laboral y de los acuerdos en convenios colectivos sectoriales.

d) **ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** La reclamación administrativa previa obligatoria (que busca el resultado positivo de toda conciliación —encubierta o no— y que además sirve para retrasar o dilatar el ejercicio del derecho de acción procesal (de acceso a la jurisdicción) de los juzgados o tribunales de lo contencioso administrativo) o la reclamación administrativa voluntaria (en ocasiones solapada bajo recursos administrativos voluntarios cuya no utilización permite acceder o acudir directamente a través del derecho de acción (así sin límite o restricción a este derecho) a la jurisdicción contenciosa a través del recurso contencioso administrativo).

Existen también conciliaciones obligatorias especiales en ámbitos sectoriales. En casos especiales arbitrajes obligatorios previos ante los órganos administrativos de la propia administración decisoria en vía administrativa. Caben acuerdos previos equivalentes a una previa transacción, aunque muy limitados por su ámbito subjetivo y objetivo.

Acuerdos con la Administración —previa autorización de la Dirección General de lo Contencioso del Estado— entre el abogado del Estado de la parte demandada y el de la parte demandante (sea un abogado particular o un abogado público que defienda a un ente administrativo en caso de conflicto entre dos Administraciones), o la autorización del acuerdo por el órgano administrativo autonómico, local o institucional correspondiente y con efectos semejantes a una transacción administrativa o civil.

e) **JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL** En ocasiones se exigen actuaciones previas antes de acudir al TC en los procesos constitucionales entre los altos poderes del Estado sobre cuestiones competenciales (entre el Estado y las CCAA, entre CCAA entre sí, o entre los poderes legislativo, ejecutivo o judicial entre sí).

f) **LIMITACIONES DEL DERECHO DE ACCIÓN DE CARÁCTER GENERAL BAJO EL MANTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** En ocasiones se impide el propio proceso civil o laboral exigiendo cantidades o cuantías determinadas sobre la valoración del objeto (no existe en España, pero pensemos que se estableciera la suma de 50 euros, y por debajo de esa cantidad forzar a las partes a acudir a un arbitraje en equidad o derecho). O a sensu contrario en el orden penal despenalizando determinadas conductas penales (como el caso de las faltas no hace mucho tiempo) o si se pide para delitos de poca gravedad o “bagatela” y de poca frecuencia al no originar esa infrecuencia alarma social.

g) **FOMENTAR EL ARBITRAJE DE DERECHO O EQUIDAD.** El arbitraje es un medio alternativo al proceso en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el penal, y así sería una alternativa para fomentar el principio de oportunidad si su objeto fuera exclusivamente evitar la saturación del trabajo de nuestros tribunales y que ante la desconfianza de la ciudadanía en la justicia comenzaran a confiar en el arbitraje. O “incluso” estableciendo arbitrajes “obligatorios” que supondrían la exclusión del derecho de acción y así excluir a la ciudadanía del acceso a la jurisdicción. Art. 24 CE. En ocasiones los arbitrajes obligatorios se encubren bajo conciliaciones obligatorias ante el temor a que se “ruborice” la propia ciudadanía.

Las manifestaciones de los párrafos anteriores lo son a título de ejemplo. Alguna siempre se queda en el tintero. Buscan evitar el proceso y la excusa es la saturación de la Administración de Justicia por el exceso de asuntos pendientes.

Queja que siempre viene referida desde los propios jueces y magistrados y su personal cooperador o colaborador y muchas veces con razón pues muchos juzgados todavía no tienen acceso a internet y los que lo tienen lo hacen bajo un programa ciertamente mejorable. “Afortunadamente” los despachos de abogados y procuradores no se quejan de la saturación de su trabajo que tendría fácil solución colocando a otras personas, sino de la de la Administración de Justicia por su lentitud, ineficacia y otros efectos que son su consecuencia. Parece, pues, que “no hay mal que por bien no venga”.

La solución podría ser que los jueces y magistrados jubilados (cualquiera que sea su edad, a partir de la que puedan jubilarse), sin perjuicio de respetar el importe íntegro de su pensión con la retención pertinente del IRPF, pudieran seguir ejerciendo la jurisdicción (Art. 117 CE con la reforma de la LOPJ, respecto a la edad) y cobrar una asignación u honorarios (libres del IRPF, por tanto con exen-

ción fiscal total) que fuera la mitad de los honorarios que cobra o suele cobrar el abogado de cada parte y en caso de beneficio de justicia gratuita cobrar la misma que se asigna a los abogados inscritos en dicho turno).

Desaparecería, con toda seguridad esa saturación de trabajo en la Administración de Justicia y nos saldría seguro que más barata a la ciudadanía.

II.B. Poner fin al proceso iniciado.

Mediante una resolución de fondo que ponga fin al litigio anticipadamente o incluso mediante una resolución que sin pronunciarse sobre el fondo ponga fin a éste (en ocasiones porque existe un acuerdo de fondo que la sustituye (desistir, renuncia, allanarse, acuerdo procesal, transacción, paralizar el proceso...). No se evita el proceso, pero se agiliza la justicia y también puede ser una pequeña solución al colapso en la administración de justicia.

a) EN EL PROCESO CIVIL. Mediante una conciliación intraprocesal al comienzo de la audiencia previa o tras la misma. El juez debe adoptar un papel conciliador activo, que le es impuesto por la propia LEC, semejante al del Letrado de la Administración de justicia, notario o registrador en la conciliación previa.

Si existe acuerdo, lo homologa y parece que contra el mismo no cabe recurso alguno por falta de todo gravamen justificador del recurso (a salvo de la acción de nulidad por vicios del consentimiento o si recae sobre un objeto excluido de la conciliación; es semejante por tanto el régimen jurídico al de la conciliación previa y transacción) y así se evita la segunda instancia, y se agiliza la justicia y su retardo congénito. Ese acuerdo homologado es título para iniciar el proceso de ejecución. (Igual que la conciliación previa).

Pero dicha conciliación intraprocesal regulada en la LEC en dos momentos distintos para el juicio ordinario (aplicable al juicio verbal y juicios especiales si se solicitara al juez su intento por las partes), no impide que las partes en cualquier momento del proceso a través de sus abogados y procuradores puedan solicitar al juez que intente una conciliación, o manifestarle que ya alcanzaron un acuerdo (transaccional) para poner fin al proceso o que están a punto de alcanzar el acuerdo y piden al juez que les ayude como conciliador a cerrarlo al necesitar la simple concreción jurídica.

La transacción, iniciado el proceso, puede ser judicial o extrajudicial. Con la primera, en presencia del juez, se logra un título ejecutivo que sirve para iniciar el proceso de ejecución. Caben también los acuerdos procesales, a los que se refiere expresamente la LEC y con esos efectos. (Art. 22 LEC).

Transacción o acuerdos procesales, que una vez alcanzado el acuerdo pueden suponer desde el punto de vista procesal una renuncia a la acción, el desistimiento a la misma para el actor; o el allanamiento para el demandado. O pueden solicitar las partes que para alcanzarlos convenga interrumpir el proceso (paralizar o suspender el proceso y que si luego no se pide su reanudación por haberse alcanzado el acuerdo se produzca la caducidad. (Art. 19 y ss. LEC)

b) EN EL PROCESO PENAL. En el proceso penal común o para delitos menos graves (y en el de menores) existen figuras a través de las que se le puede poner fin.

En el caso de los delitos privados se admite el perdón que evita la prosecución del proceso penal (e incluso para otros que no eran privados, antes del vigente Código Penal, como eran los delitos contra la honestidad se admitía el perdón; en la actualidad pasan a denominarse delitos contra la libertad sexual y el perdón de la víctima no produce en el vigente CP el efecto jurídico de terminar anticipadamente el proceso penal con exclusión de la pena, es decir con la absolución de su autor).

Para los delitos sujetos a procedibilidad pública (o semipública) prevé la LECRIM múltiples conformidades.

Han sido denominadas de múltiples formas atendiendo a su objeto (desistimiento y allanamiento por Alcalá Zamora, confesión o reconocimiento de hechos, conformidad con la pena más grave solicitada por los acusadores o con la propuesta por el MF de no existir acusadores o cuando la titularidad en otros sistemas corresponde al MF exclusivamente). Se previó primero para el proceso penal para delitos, en las LECRIM de 1872 y 1882. En esta última, por su influencia inglesa, los art. 689 y ss. y el art. 700 preveían dos modalidades cuya aplicación hoy es inadmisibles pues están vaciados de contenido estos preceptos (art. 689 a 700 LECRIM) y por tanto fuera del presupuesto legal previsto, pues no cabe su aplicación en los delitos más graves.

La LECRIM prevé otras modalidades de conformidades en el procedimiento penal abreviado y en los procedimientos penales rápidos para delitos menos graves y leves.

El archivo del sumario suele estar ligado a supuestos de sobreseimiento provisional (falta de prueba del hecho o falta de identidad del sujeto que lo cometió). O al sobreseimiento libre. Pero puede ser una consecuencia de otras formas de terminación anticipada y anormal del proceso penal. (V.gr. Triunfo de una excepción de litispendencia penal o de una excepción de cosa juzgada penal que pueda ser apreciada de oficio).

Es importante destacar que no es lo mismo el reconocimiento de hechos en el proceso penal (sin olvidar que se busca en éste la verdad real y no la formal y que el reconocimiento de hechos o la “confesión” puede ser falsa aun inculpándose quien no es el autor para conseguir la absolución de otras personas, sobre todo en el caso del crimen organizado y bandas armadas o terrorismo), que la conformidad con la pena (consecuencia jurídica penal) solicitada por el Fiscal y aceptada por el Fiscal, la defensa del acusado (e incluso las defensas de los otros acusadores cuando procede).

Conformidad que se manifestará, en su caso por la defensa del acusado o acusados al Fiscal, cuando la pena solicitada sea la previsible en la ley o sobre todo sea mucho más benévola que ésta. Parece que los abogados defensores de los acusados nunca prestarían su conformidad a penas muy duras, más de las previsibles por la ley (CP). Por lo tanto, lo es a la pena (consecuencias penales), aunque parece que dicha conformidad al menos de forma implícita (y sólo implícita, recalco) suponga el reconocimiento de los hechos cometidos, al menos, por la defensa del acusado que presta su conformidad.

Conformidad de las personas jurídicas. Debe partirse que el vigente CP, por primera vez, admite la capacidad criminal de las personas jurídicas siguiendo el modelo americano desde mediados del S. XX e introducido en Europa posteriormente desde donde llega a España a finales del S. XX. Por lo tanto, de esta forma, reconoce su derecho a su defensa como parte pasiva en el proceso penal (plano procesal) y además que por virtud de su capacidad delictiva (plano material o del “ius puniendi”) pueden ser objeto de condena a penas o medidas de seguridad, sin perjuicio y con independencia de que la sentencia penal absuelva o condene a sus administradores o representantes legales.

A diferencia con el CP anterior que siguiendo el sistema continental europeo del S.XIX y S.XX, negaba capacidad criminal a las personas jurídicas (y con ello su derecho a actuar como parte pasiva en ese proceso penal para su defensa jurídica) en el proceso penal

como parte pasiva y que sólo se la reconocía a sus administradores o representantes legales y en el que como efecto de la sentencia de condena a estos se preveía, en su caso, la disolución de esa persona jurídica o el cese temporal.

Ese plano procesal supondrá que la persona jurídica desde que sea investigada, imputada o inculpada y pueda constituirse formalmente en parte pasiva del proceso penal podrá ejercitar su derecho de defensa (art. 118 LECRIM). Parece que lo lógico sería que el abogado y su procurador no fuera el mismo que el que defiende a los administradores y representantes legales que sean parte pasiva del mismo por la incompatibilidad de intereses. Además, parecería lógico que a ese fin se le nombrase un defensor judicial que defiende igualmente la contraposición de intereses de la persona jurídica en cuanto parte pasiva y sus administradores o representantes legales en cuanto parte pasiva.

El riesgo de la conformidad de la persona jurídica en cuanto parte pasiva mostrado a la pena solicitada por el fiscal, a través de su letrado (e incluso el defensor judicial) estriba en que esté dispuesta a asumir penas más graves o económicas a cambio de la absolución de sus administradores o representantes legales (lo que supondría un fraude procesal, un chantaje a la justicia y convertir la conformidad en un negocio en el que prime un interés económico, es decir comprar la absolución de sus administradores representantes legales a través del pago de una multa que resulte importante económicamente, que a su vez impide la disolución de la persona jurídica por un cierre momentáneo y a veces ni esto).

Se ha propugnado que en el caso de la persona jurídica como parte pasiva que se establezca un proceso penal separado y con objeto de una regulación detallada. Otros propugnan que todo se lleve a cabo en un macrojuicio penal, en un mismo proceso penal entre las distintas partes pasivas físicas (administradores legales) y la persona jurídica y en la fase sumarial acudir a la ayuda de las “piezas separadas”.

El tema es muy complejo si un mismo proceso (partes pasivas físicas y jurídica, como se hace con los delitos conexos) o en dos (uno seguido contra las partes pasivas físicas y otro para la jurídica, al ser distintos los delitos y por tanto susceptibles de distintos sumarios).

Controvertido es también si puede asumir la defensa de la persona jurídica y sus administradores en cuanto parte pasiva el mismo abogado y la misma representación o deben ser diferentes y de serlo si es procedente nombrar un defensor judicial a la persona jurídica

para que ampare la contraposición de intereses entre ésta y sus administradores y representantes legales.

En cuanto a la pena a imponer a la persona jurídica es muy discutida. Para unos debería ser su disolución sin más. Otros hablan del cese temporal o multas pecuniarias de alto valor. Todo depende del delito cometido, pues no es igual los delitos económicos y su blanqueo que la corrupción (que debería estar excluida de toda conformidad).

Entra en juego además muchos otros aspectos. Los derechos de los trabajadores que se irían al paro, sin tener muchas veces culpa alguna en la comisión del delito, el interés de los proveedores de esa persona jurídica, los intermediarios que siempre existen en toda actividad económica, las empresas que reciban suministros de esa persona jurídica, el interés de la propia oficina tributaria por los impuestos que dejaría de recaudar con la disolución o cese temporal y por lo dicho todo ello afecta a la economía nacional en mayor o menor medida según la dimensión de dicha persona jurídica con responsabilidad delictiva.

También debe valorarse a la hora de establecer la pena o medidas de seguridad a la persona jurídica responsable criminalmente (gravedad, duración, tipología), su comportamiento previo o posterior (colaborar con la justicia, reparar los efectos derivados del delito tomando medidas inmediatas, arrepentimiento activo, denunciar el delito cometido por sus administradores, pago inmediato de multas, prevención general y prevención social futura, falta de reincidencia, adopción de medidas administrativas o laborales pertinentes, publicidad...)

Para los procesos por delitos menos graves se prevén múltiples modalidades de conformidades en las que no entro pues serán objeto de especial atención por los ponentes del congreso. también es objeto de gran uso y utilidad la conformidad por el Fiscal en el proceso de menores.

La cuestión determinante es si con la conformidad estamos ante un principio de oportunidad para terminar de forma extraordinaria y anticipadamente el proceso penal conforme a la LECRIM o incluso dentro de las fronteras de la misma; o tiene un mero carácter social sin apartarse del principio de legalidad que busca reducir los trámites y una anticipación de la justicia.

O por el contrario si la conformidad es un principio de oportunidad alternativo al de legalidad, es decir ante un principio de oportu-

tunidad reglada (fuera del principio de legalidad que quedaría desdibujado, art. 1 y ss. CP y art. 1 LECRIM) para la consecución de efectos más favorables al acusado (o al menor en el proceso de menores) que se conforma y sólo desde el plano procesal.

Si la oportunidad afecta al cauce material de la pena que procede imponer (derecho penal), mediante penas sustitutivas a las previstas en la ley, alternativas a las previstas en el CP, si estuvieran condicionadas en la sentencia penal fuera de la previsión legal, o se admitiera una sentencia penal indeterminada sujeta a ulterior determinación, el principio de oportunidad no sería ya procesal si no penal o mixto procesal y penal. Pero esto que parece muy discutible para las personas físicas es posible que sea positivo y conveniente en las personas jurídicas como parte pasiva sobre todo cuando se trata de delitos económicos.

c) EN EL PROCESO LABORAL. Subsidiariamente, es aplicable lo dicho para el proceso civil. De todas formas, en los procesos laborales debe tenerse en cuenta que la aplicación del Estatuto de los Trabajadores supone la aplicación de normas imperativas o de derecho necesario. Además, los abogados de las partes suelen ser abogados sindicalistas (centrales sindicales) o de las confederaciones empresariales y no suelen ser frecuentes los acuerdos durante el proceso que antes se intentaron y no llegaron a “buen puerto” en la conciliación previa. Habrá que ver si la materia objeto del proceso es disponible o no, es decir si resulta de derecho necesario o no.

d) EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Existen manifestaciones, pero suelen ser previas al inicio del proceso como los arbitrajes obligatorios, la reclamación previa administrativa, la publicación de edictos en periódicos oficiales o en tablones de anuncios de ayuntamientos (dependiendo de la Administración Central, Autonómica, Local o Institucional) cuando puedan existir otros afectados como parte pasiva (para que se constituyan como coadyuvantes con la Administración) o como parte pasiva para que en su caso apoyen a ésta.

No suele ser frecuente la actividad conciliadora o mediadora del órgano jurisdiccional contencioso administrativo por dos motivos:

- a') El recurso contencioso administrativo supone una actividad revisora por tanto es como si fuera (o al menos, opera, como) una segunda instancia, de la cual la primera fue administrativa y la segunda es jurisdiccional (pero es la primera jurisdiccional en el tiempo). Y si afirmamos que es la primera actividad juris-

diccional, en cuanto revisora se haya condicionada por la previa actividad administrativa (que equivale en los otros órdenes jurisdiccionales a la primera instancia). Parece, pues, que dentro de la primera fase administrativa es el momento para llegar a acuerdos pues no cabrían o se verían muy limitados en la segunda, en cuanto fase revisora.

- b') El objeto no suele ser enteramente disponible y cuando lo es está muy condicionado.

Incluso cuando es disponible, existe un remedio para poner fin al mismo, en cuanto condicionado. Pero este condicionamiento no depende de la actividad mediadora o conciliadora del órgano jurisdiccional si no de una previa actividad de la parte actora y pasiva, es decir de dos administraciones (demandante y demandada) o de la Administración y del Administrado.

En ambos casos a través de sus respectivos Abogados del Estado (que defienden y representan en juicio a las dos Administraciones, si fuera ese el supuesto) o de su Abogado del Estado y el Abogado (sujeto privado) del Administrado, pueden proponer un acuerdo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado (o al Organismo que haga sus veces en la Administración Autonómica, Local o Institucional).

Si el mismo es aprobado por ésta (muestra su conformidad al mismo si entiende se ajusta a la legalidad), vincula a las partes y al propio órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso (Juzgados de lo Contencioso, Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de CA, o Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional). Equivale pues a una transacción judicial con los efectos que la misma supone de cara a que se lleve efecto en el ámbito de lo contencioso administrativo.

ii.C. Evitar el acceso a las instancias superiores o a una jurisdicción especial.

a) Puede hacerse de dos formas: suprimiendo la segunda instancia en los supuestos en que la cuantía del objeto del proceso sea muy escasa o cuando se trate de juicios sumarios que permitan el acceso, sin límites, a un proceso plenario; o exigiendo requisitos especiales o presupuestos que dificulten el acceso a la segunda instancia (cauciones, permitir el recurso solo para ciertos objetos deducidos, o exista un interés especial en el recurso...) o que incluso socialmente lo im-

pidan (V.gr. Para poder recurrir en apelación un objeto cuya cuantía sea de 250 euros exigir prestar una fianza de 1000).

b) Limitando o impidiendo el acceso al recurso de casación cualquiera que sea el orden jurisdiccional afectado; ya lo sea ante el TS o ante el TSJ en la casación autonómica. Exigir cauciones desproporcionadas, o exigir que el objeto del proceso se refiera a cuantías altísimas para poder acceder al mismo, o sin más impidiéndolo. El ámbito de la casación civil, ante el TS, es excesivamente restrictivo por la cuantía 600000 € sin que se justifique su razón de ser, se entienda o no, es decir, “tanto si se quiere como si no se quiere entender”.

O negar la casación en otros juicios por razón de la materia (cualquiera que fuera su posible valor) lo cual en términos comparativos con otros en que se permite con cierta amplitud puede resultar muy discutible.

No se olvide que el recurso de casación es la mejor forma de defender la ley material (o antes la procesal), y por tanto la mejor defensa del principio de legalidad. Desconozco el ámbito que tiene para la defensa del principio de oportunidad sea o no reglado.

c) Exigiendo que se agoten todos los recursos existentes para acceder a una jurisdicción especial como la del TC, en caso del recurso de amparo, con la dilación que puede suponer tener que pasar por la apelación o casación. O el cumplimiento de otros requisitos añadidos en los otros procesos constitucionales ajenos al recurso de amparo. (Inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad o conflictos competenciales entre los poderes del Estado o entre dos CA).

II.D. Tras la sentencia firme.

Remito a lo expuesto en la transacción anterior al proceso y durante éste. Caben acuerdos para modificar el contenido de la sentencia si el objeto es disponible, pues se considera que es preferible un acuerdo posterior que agrade a ambas partes, que una sentencia firme que desagrade a ambas. El CC es claro al regular la transacción en los art. 1809 y ss. Es aplicable al proceso civil, contencioso administrativo si el acuerdo es aprobado por el órgano competente (Dirección General de lo Contencioso del Estado o equivalente). Remito a lo dicho en el proceso penal para sentencias indeterminadas, como a la sustitución o modificación de las penas impuestas por otras, tras la sentencia firme.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

La multiplicidad de supuestos en que el principio de oportunidad puede tener incidencia o relevancia dificultan su examen. De la misma forma el momento en que es determinante para impedir o dificultar el inicio de un proceso; para facilitar su terminación anormal; o para impedir que puede proseguir en instancias superiores e incluso en una jurisdicción especial.

El principio de oportunidad puede ser una manifestación del principio de legalidad cuanto más reglado esté. Se habla entonces de oportunidad reglada y en ocasiones más que sustituir al principio de legalidad trata de dar solución a situaciones sociales como el retraso de la justicia agilizándola. (impidiendo procesos, o que duren lo menos posible los iniciados poniéndolos fin de manera extraordinaria y anticipada (mediante conformidades penales, la mediación judicial y transacciones judiciales), o impidiendo su prosecución en ulteriores instancias.

Puede en este sentido cumplir una función social, política o... conforme al deseo del legislador, la propia Administración o el Poder judicial, a través del órgano jurisdiccional sus colaboradores o los operadores jurídicos (abogados, procuradores, Fiscal, Abogado del Estado).

O puede ser una vía de escape al principio de legalidad, dentro de una discrecionalidad judicial más o menos técnica permisible como oportunidad reglada (con el límite prohibido de la arbitrariedad), en las antípodas o fronteras del mismo, o dentro de una legalidad permitida que no prohibida.

En el ámbito penal, permitir la discrecionalidad del Ministerio Fiscal para una mejor investigación sumarial, de asumir éste la dirección del sumario (excluido el ámbito que suponga la limitación de los derechos fundamentales que previamente debe autorizar el órgano jurisdiccional competente) debería suponer, en todo caso, una profunda reforma legal de la LECRIM

Pero, también del Estatuto del Ministerio Fiscal, al menos para los fiscales a los que se encomiende la dirección del sumario y tendente a evitar toda dependencia del Fiscal con sus superiores y con el Ministerio de Justicia y donde quizá debería crearse un órgano independiente análogo al CGPJ.

Establecer en la nueva LECRIM sus respectivas funciones en el proceso penal tanto en el sumario como en el juicio oral. Si puede

ser o no el mismo fiscal quien investiga en el sumario y quien acusa en el juicio oral, pues no se olvide la STC que declaró como inconstitucional que el órgano que instruye no puede fallar y fallar es decidir archivando, sobreseyendo, acordando o autorizando conformidades. En todo caso esa nueva regulación supondrá un reto sobre los nuevos horizontes que se avistan en la posible reforma de la LECRIM que no sé si parece cercana o lejana dado el horizonte político actual y la necesidad de que lo sea mediante Ley Orgánica.