

¿ Podría instaurarse una Jurisdicción Voluntaria Penal? .

POR SONIA CALAZA LÓPEZ. PROFESORA TITULAR DE DERECHO PROCESAL. VICEDECANA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.

La lentitud, carestía e ineficacia de nuestro vigente proceso penal ha impulsado, a un buen número de jueces, magistrados, fiscales, procesalistas y penalistas, a manifestarse a propósito de la urgente necesidad de alcanzar medidas alternativas que procuren una agilización de la Justicia, sin merma de garantías procesales, todas ellas, de algún modo, relacionadas, con el denominado “principio de oportunidad”, así, entre otras, las relativa a la “negociación del conflicto penal”, mediante la potenciación de la conformidad y de la mediación, así como de la “posible” – o “imposible”-, de ello trataremos en la presente comunicación – disposición, por parte de los órganos de acusación, del ejercicio de la acción penal y del mantenimiento de la pretensión conforme a parámetros discrecionales.

Es por ello por lo que nos preguntamos si, en efecto, sería posible, instaurar en nuestro vigente ordenamiento procesal, una Jurisdicción Voluntaria Penal, merced a la cual, en sintonía con los futuros procedimientos civiles de naturaleza jurisdiccional que integrarán la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria⁷⁶, pudiera otorgarse, a un operador jurídico, distinto al órgano de enjuiciamiento, la solución del conflicto penal, mediante una “privatización” de nuestra Justicia penal, en los casos de faltas y delitos de baja intensidad o escaso reproche social. Asimismo, hemos de preguntarnos, en los procedimientos que fueren de naturaleza jurisdiccional, si cabría, en virtud del supuesto “principio de oportunidad” otorgar a los órganos de acusación la facultad discrecional de incoar o mantener el proceso penal, en aquél tipo de faltas y delitos bagatela.

El tiempo dedicado a esta comunicación no permite una extensión a la totalidad de actuaciones que integrarían, caso de admitirse, esa supuesta “Jurisdicción Voluntaria Penal”, razón por la que centraremos el objeto de este ensayo en el estudio “principio de oportunidad” y su posible proyección sobre las actuaciones de los órganos de acusación y enjuiciamiento en el marco del proceso penal, dejando pendiente, para publicaciones posteriores, la reflexión sobre su posible alcance en el ámbito no jurisdiccional. A la hora de abordar el estudio de este supuesto “principio de la oportunidad”, debemos preguntarnos, en primer lugar, si la noción de “principio” puede, en verdad, aplicarse a la “oportunidad”, y ello debido a la circunstancia de que lo “oportuno” no se puede generalizar, siendo, en consecuencia, lo casual, lo particular o lo excepcional. Si lo “casuístico” no puede regir sino como “caso concreto” no podríamos hablar, en puridad, de un principio general o absoluto, ni mucho menos de un principio prevalente frente a otros principios y menos, desde luego, en el ámbito penal.

Lo oportuno – el kairós – tiene que ver con el caso concreto y, por tanto, no se puede generalizar bajo la forma de un principio. La generalización de lo oportuno o de lo casual – cuya eventual aplicación ha de ser siempre

-
- Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación “Stop Hate Crimes in Europe”, Programa Justicia Penal, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea, con referencia JLS/2009/JPEN/AG.

•

⁷⁶ Para un estudio pormenorizado y de conjunto sobre la nueva “Jurisdicción Voluntaria”, se remite al lector al máximo exponente en la materia, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Podrían citarse cientos de trabajos, pero he de conformarme, en este breve espacio, con citar el último, conforme a un criterio estrictamente cronológico, “La Jurisdicción Voluntaria en el plató”, Revista del Colegio Notarial de Madrid nº 41, enero-febrero, 2012.

limitativa y excepcional- podría eventualmente conducir a una actuación arbitraria, proscrita por el “principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”⁷⁷.

Y es que un principio siempre da razón de lo demás, mientras que la oportunidad está en función del caso concreto, no pudiendo nunca generalizarse, debido a su carácter excepcional. De hecho, la eventual legislación de “casos concretos” generaría una gran inseguridad jurídica. De ahí que la “oportunidad” no tenga contenido material en el ámbito general, sino solo realidad en el caso concreto. Los procesalistas que se han ocupado, con distinto criterio al respecto, de esta cuestión han partido del sostenimiento de la existencia de un sistema procesal regido por el “principio de oportunidad” cuando los órganos de persecución penal (Ministerio Fiscal y Policía) estuvieren expresamente autorizados, ante delitos que no revisten especial gravedad, para no instar el proceso penal o, en su caso, para provocar el sobreseimiento de la instrucción, atendiendo a razones tales como la escasa lesión social, la reparación del daño, la economía procesal o la rehabilitación del delincuente.

Por el contrario, en un sistema procesal regido por el “principio de legalidad” - al que nuestra doctrina procesal moderna atribuye un carácter antagónico respecto del supuesto principio de la “oportunidad”- la autoridad encargada del sostenimiento de la pretensión penal no está legitimada para abandonarla en tanto persistan los presupuestos materiales que la han provocado⁷⁸.

Frente a los autores partidarios de conferir al MF, en virtud de la “oportunidad” un papel director del proceso penal, gozando del monopolio, en determinados supuestos, tanto del ejercicio de la acción, como del mantenimiento de la pretensión, se alzan quienes entienden que “disminuir el poder de un órgano independiente, como son los jueces y magistrados, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo, como es el Ministerio Público”, mediante la concesión de una “facultad más o menos discrecional (oportunidad sin más u oportunidad reglada) - para 1.) bien no ejercitar la acción penal; 2.) bien pedir que se imponga al acusado una pena distinta o inferior a la prevista legalmente; o 3.) bien concluir el proceso sin que en el mismo llegue a dictarse sentencia condenatoria”, supone necesariamente la “perversión de todo el sistema material penal”⁷⁹. Si el criterio de la oportunidad se puede subordinar al principio de legalidad en el ámbito penal, entonces podría aceptarse, a nuestro entender, su aplicación discrecional, pero nunca podría aceptarse, por las razones anteriormente expuestas, su prevalencia o prioridad frente a un principio fundamental.

Todo principio, por lo demás, da causa de las cosas. La oportunidad no es “causal”, sino “casual”. La “causa” ordena. Lo “casual” excepciona. Una normativa sustentada en “lo casual” sería convertir el proceso judicial en un proceso excepcional – y, por ende, un estado social en un estado de excepción- caracterizado por una sucesión “casual” de actuaciones, sin principio general alguno que informase ese procedimiento.

La oportunidad no es susceptible, tal y como hemos avanzado, de ser regulada dada su falta de generalidad, pudiendo, en consecuencia, ser concebida, por los operadores jurídicos, como un “criterio” siempre que sea compatible con los principios jurídicos que informan el ordenamiento, y sin que, en modo alguno, pueda tomarse como un principio distinto o autónomo que pueda ponderarse con los demás principios.

Ahora bien, la “oportunidad” permite, en el caso concreto, discriminar o jerarquizar los principios. Es el criterio que permite poner en relación los principios en el caso concreto, sin ser al propio tiempo un principio autónomo, debido a que no tiene naturaleza de principio.

⁷⁷ Vid., sobre esta temática, CALAZA LÓPEZ, S., “De la arbitrariedad administrativa, con especial referencia al ámbito penal”, *Revista de Derecho, UNED*, núm. 4, Madrid, 2009 y “Recepción de la noción arbitrariedad en la Jurisdicción contencioso-administrativa española”, *Revista de Derecho UNED* n° 7, Madrid, 2010.

⁷⁸ Vid., en este sentido, GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados. Principio de oportunidad y proceso penal monitorio”, *Poder Judicial*, n° especial II, Madrid, 1988, pp. 34 y 35.

⁷⁹ Vid., a este respecto, MONTERO AROCA, J., “Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón”, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 73, 78 y 79, respectivamente.

La “oportunidad” permite, en el caso concreto, privilegiar a un principio frente a otro. De ahí su carácter dinámico, frente al carácter estático de los principios. La aplicación del criterio de la oportunidad es tan paradójica como que tiene una importancia superior y, al tiempo, inferior, a los principios del ordenamiento, dónde está llamado, siempre excepcionalmente, a ser aplicado. Su importancia práctica es superior a la de los principios que informan el proceso si reparamos en que la oportunidad, de ser aplicada, permitirá ordenarlos. Sin embargo, su relevancia dogmática o teórica, es inferior debido a que no tiene contenido material general, no tiene naturaleza de principio. Ahora bien, la ponderación de los distintos principios que fundamentan el proceso habrá de hacerse siempre en el marco de la Ley. Frente a la seguridad jurídica, por razones de oportunidad, podríamos estimar positiva la actuación de los operadores jurídicos partidarios, con su aplicación del criterio en curso de análisis, de “dinamizar” del proceso, pero siempre, insistimos, en el marco legal. Si consintiésemos que los distintos poderes del estado pudieran salirse del marco general de la Ley, en función del caso concreto, y crear una especie de “proceso particular” paralelo, regido por sus propios principios, al margen de los generales, entonces su actuación podría caer en la arbitrariedad.

La “oportunidad” se aplica constantemente en la toma de decisiones, pero todas ellas con base en un fundamento legal y sin que aquel criterio pueda, al propio tiempo, ser regulado, dado que no se le podría dotar de sentido jurídico alguno al margen del caso concreto. Respecto del momento procesal en que el criterio de la oportunidad pueda servir para ponderar los principios que inspiran un concreto proceso judicial, hemos de admitir que tan sólo resultará viable dentro del itinerario del procedimiento, pero nunca antes de que este se hubiere iniciado. El criterio de la oportunidad no podrá, por tanto, aplicarse a la hora de determinar la iniciación o no del proceso judicial. Y no cabe la oportunidad antes del proceso porque, de aceptarse su aplicación en este momento, operaría al margen del proceso y por su naturaleza “casual” no puede abstraerse del proceso, ni mucho menos servir como criterio general ex ante, esto es, con anterioridad al propio proceso y precisamente para instarlo o no. Si lo “casual” pudiese imponerse sobre lo “causal” – lo excepcional sobre la regla- entonces impondríamos, sin duda alguna, la arbitrariedad frente a la discrecionalidad. Y es que la disposición de la acción o, en su caso, la de la pretensión, así como, en el excepcional supuesto de los delitos privados, la de ambas, nada tiene que ver con el criterio de la oportunidad, sino con la relevancia del bien jurídico protegido.

El principio, por definición, es universal. Un criterio general es, pues, un principio. Un criterio particular, sin embargo, no lo es. En razón del bien jurídico protegido, la Ley podría conmutar una pena por otra. En tal caso, el Fiscal o el Juez, a su vez, podrían optar, solicitando o aplicando el criterio de la oportunidad, por una u otra. Ahora bien, el juicio ponderativo siempre habrá de estar previsto en la Ley penal, porque esta regula sus tipos delictivos en función del bien jurídico protegido y en modo alguno podría sortearse ni la tutela de ese bien, ni mucho menos la aplicación de la norma que lo protege.

El ejercicio de la oportunidad, al margen de la legalidad, traería, por toda consecuencia, la particularización de lo general y, en consecuencia, la conversión de la regla en una mera decisión que podría, incluso, vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Es por ello por lo que la oportunidad no puede operar al margen de la Ley, puesto que, en tal caso, incurriría en una manifestación de arbitrariedad. El criterio de la oportunidad sirve para adecuar la Ley al caso concreto, o, si se prefiere, para adecuar la legalidad a la justicia, para cohesionar estos dos principios, general uno: la legalidad; y particular, el otro, la justicia. Ahora bien, el criterio de la oportunidad no puede operar al margen de la ley ni del caso concreto.

Tanto el MF como el Juez, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá ejercerlo, si bien siempre dentro del marco legal, puesto que de lo contrario podrían incurrir, ambos profesionales, en una suerte de “decisionismo” o de “oportunismo” fiscal o judicial, muy próximo al fascismo. La legalidad corrige cualquier “decisionismo” u “oportunismo” particular, merced a la seguridad jurídica, unidad e igualdad que proporciona. Y es que no se puede ejercer la justicia sin una ley previa que permita informarla.

La oportunidad, por lo demás, está informada por la proporción y este ejercicio de la proporción constituye la única forma de pasar de lo general (la legalidad) a lo particular (la justicia), esto es, de adecuar la generalidad de la

norma a la particularidad del caso concreto. Una vez establecidos estas reflexiones generales a propósito de la imposibilidad de calificar a la “oportunidad” como un principio general, nuclear o rector del proceso penal, así como sobre la conveniencia de su utilización, como un criterio de ponderación, proporción o, en su caso, flexibilización, a cargo de jueces y fiscales, siempre en el marco de la ley, parece conveniente acometer una serie de consideraciones finales sobre el “objeto” y los “sujetos” de la oportunidad, ya en el plano de la práctica procesal cotidiana.

En primer lugar, resulta, a todas luces, imprescindible precisar cual sea, en concreto, el objeto de la oportunidad, debido a la ausencia de una doctrina unívoca al respecto.

Así, pues, hemos de concretar si la oportunidad se refiere, en exclusiva, conforme al parecer de los pioneros en su estudio, a la concesión, al Ministerio Fiscal, del poder de disposición sobre el ejercicio y mantenimiento de la pretensión penal o ha de incluirse, dentro de su ámbito de aplicación, tal y como apuntan algunos autores modernos, instituciones o mecanismos tales como la conformidad, la mediación o la concesión, al Poder Judicial, de una aplicación alternativa – en el marco del proceso – a la imposición de la sanción penal y su posible sustitución por otra suerte de medidas alternativas a la privación de libertad.

Parece razonable estimar, en sintonía con nuestra tesis, que tanto los órganos de enjuiciamiento, como los de la acusación y en cierta medida, los particulares – cada uno en el estricto ámbito de sus respectivas facultades y posibilidades procesales, so pena de incurrir en una “privatización” de la Justicia penal, mediante la inconveniente disponibilidad del objeto procesal penal - puedan, en los casos legalmente tasados al efecto – generalmente delitos de poca relevancia o de baja intensidad, a los que la doctrina suele referirse con la denominación de “delitos bagatela”-, y por razones de “oportunidad” – así, entre otras, la escasa lesión social, la inmediata reparación económica de la víctima, la evitación del contagio criminológico, la pronta rehabilitación, readaptación o reeducación del delincuente -, acometer una baremación, ponderación o proporción entre la legalidad y la justicia en el caso concreto.

En este sentido, y entroncando ahora con los “sujetos” legitimados para ejercer, en el ámbito de sus respectivas competencias, la oportunidad, resulta evidente afirmar, con PEDRAZ PENALVA, E.⁸⁰, que “solo el órgano judicial, motivadamente, a través del oportuno proceso, y convencido más allá de toda duda razonable, es el competente para declarar la existencia del delito y la participación culpable del acusado, así como para imponerle la pena prevista en la ley material o, en su caso, para declarar la concurrencia de las circunstancias despenalizadoras de la norma penal sustantiva”. Es por ello por lo que la pretensión de atribución, al MF, en virtud del denominado “principio de oportunidad”, de la facultad de no instar, de suspender o de poner término al proceso penal ha de asociarse, según este autor, con un supuesto de “desjudicialización” o de “no enjuiciamiento” de hechos que revisten caracteres de delito y no, desde luego, con una hipótesis de “despenalización”. Y es que, en tal caso, no nos estaríamos, como resulta obvio, ante un supuesto en el que el Juez, en el marco del proceso judicial, decide concluir el proceso en atención a la apreciación de circunstancias despenalizadoras o, en su caso, a la conveniencia de conmutar la pena con alguna medida alternativa que resulte igualmente eficaz, al tiempo que menos gravosa, sino ante el “no enjuiciamiento”.

La determinación de cuáles sean, por lo demás, las actuaciones calificadas como típicas – en abstracto – en cada momento histórico, tan solo compete al Legislador y su concreción – o subsunción de esa norma al caso concreto – a los Jueces y Magistrados, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De ahí que recientemente se haya estimado⁸¹, con todo acierto, que “no deben ser los órganos de persecución los que determinen la política criminal del Estado; quién debe determinarla son los órganos políticos: el legislador a través de la ley penal procesal y

⁸⁰ Vid., PEDRAZ PENALVA, E. (Vid. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Principios de Derecho Procesal Penal, Madrid, 2000, p. 175.

⁸¹ Vid., RODRÍGUEZ GARCÍA, M. y CONTRERAS ALFARO, L. H., “Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal”, *Diario La Ley* n° 6255, 2005.

sustantiva, y el Ejecutivo dentro del ámbito de sus competencias para diseñar la estrategia del Estado para enfrentar el fenómeno delictivo”. Así, pues, los órganos de acusación tan sólo podrán dejar de ejercitar o, en su caso, de mantener la pretensión penal cuando existan fundadas razones para estimar, a su juicio, tal y como acontece en la actualidad, la inexistencia del hecho, la ausencia de tipicidad o la imposible autoría, pero en modo alguno para convenir que ese hecho delictivo no merece ser perseguido, en atención a su “peculiaridad”, “particularidad” o “excepcionalidad”, conforme a un criterio subjetivo de “flexibilización”, “relativización” o “moderación” de la Justicia penal.

El criterio de la “oportunidad” habrá, pues, de concretarse, en el ámbito subjetivo, en la figura de los Jueces y Magistrados – titulares, en exclusiva, del ejercicio de la acusación y del enjuiciamiento – dentro del proceso, así como en la de los particulares, cuando la Ley les confiera cierta posibilidad de disposición y, en el ámbito objetivo, en los delitos legalmente estipulados al efecto, por el Poder Legislativo, en tanto que único titular de la política criminal del Estado, sin que se produzcan, como consecuencia de una interferencia recíproca de roles, injerencias de uno en otro, tal y como acontecería si se facultase a los Jueces y Magistrados o, en su caso, a los Fiscales, para acometer, en el caso concreto, una “descriminalización” ad hoc de determinadas conductas legalmente típicas por razones de utilidad, celeridad, economía o modernización procesal.

Por último, hemos de afirmar, a modo de conclusión, que la “oportunidad” habría de definirse, en sentido estricto, conforme al estudio que hemos acometido al respecto, como la facultad, atribuida a los órganos de enjuiciamiento, de sustituir o conmutar – en los casos legalmente previstos- unas penas más radicales, por otras, igualmente eficaces, al tiempo que menos lesivas para los intereses de su autor, y ello en atención a la apreciación discrecional de circunstancias concretas que habrán de quedar, al propio tiempo, convenientemente motivadas.

La posibilidad de conferir, al Juez o Magistrado, la facultad de optar, con un amplio margen de discrecionalidad, dentro de los parámetros legalmente fijados y una vez concluido el proceso penal, con todas sus fases, entre la aplicación de una pena o su subsunción por una medida igualmente efectiva pero menos gravosa constituye, por lo demás, una medida positiva, especialmente si, con ello, se ha contribuido a aligerar el procedimiento, así como a procurar una pronta reeducación del delincuente, al tiempo que a otorgar una inmediata satisfacción económica, psicológica y jurídica a la víctima