

El principio de inoportunidad

Jose María MENA ALVAREZ

Las normas penales y procesales, las estructuras orgánicas y las instituciones guardan entre sí una determinada coherencia impuesta por sus respectivas y recíprocas evoluciones históricas, y por sus funciones y cometidos presentes. Esta coherencia alcanza, lógicamente, a los principios que fundamentan a aquellas. No resulta fácil remover una pieza separada de este rompecabezas sin desordenar su conjunto, sin introducir la incoherencia en el sistema.

El servicio público de la justicia penal es insatisfactorio. Las reformas más recientes no tienen, tan siquiera, un firme propósito de permanencia. Esto, siendo entre nosotros un síntoma clásico de longevidad legislativa, parece que no ha de conseguir, sin embargo, evitar un proceso histórico irreversible. El Código Penal, hijo y nieto de sí mismo, merece una jubilación dos veces frustrada. La ley procesal, tantas veces reformada para agilizar los trámites, nunca consiguió imponer celeridad práctica a la máquina de la justicia. La organización y planta de los órganos judiciales, todavía hoy, tras las recientes reformas, parece generar más descontentos y críticas, razonados, que adhesiones.

En estas condiciones es razonable que proliferen las propuestas de reforma en profundidad del Código Penal, del proceso penal, y de las instituciones que deben aplicarse. Entre los reformadores en potencia algunos ceden a la tentación de incrustar en nuestro sistema piezas de sistemas foráneos. El posible desorden o incoherencia que de ello puede derivar merece algunas consideraciones.

El Ministerio Fiscal es una de las piezas institucionales de nuestro aparato de la justicia penal. Cuanto queda dicho sobre la coherencia del sistema es válido para esta institución y para los principios en que se basa.

El Ministerio Fiscal en España se ha basado tradicionalmente en el principio de legalidad. Los aires renovadores nos traen cada vez con más insistencia señales del foráneo principio de oportunidad.

Un principio de oportunidad propiamente dicho sería incompatible con el artículo 124.2 de la Constitución. También sería incompatible con el mandato de ejercicio de la acción penal que contiene el artículo 124.1. Por ello la inaplicación de la norma penal, cuando su mandato es taxativo, es imposible. La inoportunidad de tal aplicación no está prevista más que en el artículo 2 del Código Penal con una fórmula que opta por la inevitable vigencia, aunque inoportuna, antes que por la oportuna inaplicación, y sin más sistema corrector que el del indulto particular.

Por estas y otras razones ha sido generalmente

aceptada la feliz expresión y fórmula, de galaica sutileza, de «principio de oportunidad reglada».

La «oportunidad reglada» no es oportunidad. Es reglada, la regla, necesariamente ley, establece las opciones entre las que operaría el Fiscal con discrecionalidad. Es el precepto sustantivo el que, con pleno respeto al principio de legalidad, define las conductas merecedoras de reproche y advierte de las sanciones que conllevan, o de las medidas de otra índole que correspondan, sean de corrección, sean de tratamiento, sean de perdón, condicionado o no. Otorgar al Fiscal la facultad de elegir discrecionalmente entre las varias opciones previstas por el legislador es una fórmula impecable constitucionalmente, acorde con nuestra tradición, y no sería, siquiera, una total novedad en nuestro sistema, aunque, eso sí, en relación con el principio que estamos comentando, sería una oportunidad *light*.

Es evidente que un correcto análisis sobre la conveniencia de implantar este principio relativamente novedoso exigiría, en función de la coherencia antes aludida, el estudio de su incidencia sobre la totalidad de los principios y funciones del Ministerio Público, y del reflejo de todo ello sobre el conjunto del sistema de la justicia penal. Ello no es posible en estas páginas, por fortuna para el lector.

Cabe, por lo menos, analizar someramente este principio de oportunidad reglada en la medida de su adecuación a sus propios objetivos.

El objetivo confesado por los defensores del referido principio es «desatascar» los juzgados. Según esta fórmula el Fiscal procedería a dejar de acusar en determinados supuestos, con lo que la justicia penal ganaría en celeridad y en capacidad de superior atención a los casos más complejos.

Sin embargo no parece reservar al Fiscal, ni esperar, de él, un trabajo indiscriminado de fontanería procesal. La proposición razonada de las medidas alternativas a la pena requiere un estudio. A los jueces correspondería atender tales razones, así como las inevitables, y no necesariamente coincidentes, de las defensas. Serían necesarios dictámenes y otras pruebas conducentes a la motivación de la medida adoptada. El seguimiento de esta, y de su desigual eficacia, así como de sus consecuencias, sería necesariamente prolongado en el tiempo, además de complejo.

Esta nueva tramitación no es previsible que fuera más breve o simple que la actual instrucción y ejecución.

Así pues, descartada, por principio, una aplicación de la oportunidad reglada, burocratizada y sistemática, al modo de la frecuente concesión, hoy, de la condena condicional, resulta que la novedad no ha-

bría de aportar celeridad, ni generar agilidad y fluidez.

Por otra parte, es común estimar que el principio de oportunidad reglada sería el sistema idóneo para tratar las infracciones penales menos graves que, copiando a los alemanes, se denominan con el vaporoso nombre de «bagatelas».

En este punto se produce una especie de quiebra del argumento, como si se cruzaran dos conversaciones. La innovación tendría por objeto la agilización. Pero su resultado final, la decisión judicial, tiene por objeto lo que ordena la Constitución respecto de los fines de la pena y la medida de seguridad. No cabría una medida alternativa que fuera ajena a tales fines. Y estos deben alcanzarse con independencia de la celeridad del proceso.

Al vincular la aplicación de la oportunidad reglada con los delitos «bagatela», el problema reside en la determinación de este concepto. No hay más módulo objetivo de su concreción que el derivado del rigor, escaso, de la reacción punitiva. Sin embargo existen multitud de conductas punibles que merecen antes que represión convencional, tratamiento de su autor, perdón, condicionado o no, o incluso otras medidas alternativas a la pena como el trabajo al servicio de la comunidad, etc., pese a no constituir, aquellas conductas, delitos de escasa entidad. Por ejemplo, el delito de robo de escaso valor, con lesión muy leve pero que requiera más de una asistencia para tratamiento médico, desconcertantemente alojado hoy en el artículo 501, 4.º, por olvido, al parecer, del segundo párrafo del artículo 420, sería un supuesto claro de conducta grave no incluíble en el concepto de «bagatela» pero susceptible de ser cometida en la práctica, con frecuencia, por autores merecedores de la aplicación, según el principio de oportunidad reglada, de medidas alternativas.

En el polo opuesto existen conductas retribuidas con manifiesta benignidad (499 bis, 348 bis a, 347 bis...) que, según los módulos cuantitativos referidos, constituyen «bagatelas». La aplicación de eventuales criterios de oportunidad reglada significaría la eliminación del escaso contenido de prevención general y especial que contienen estos preceptos, nacidos, sin duda, como meros tipos *ad exhibendum*, de los que se ha dicho que son portadores de escasa reacción punitiva porque esta tiene por objeto la reinserción, y tal resultado está alcanzado de antemano en la generalidad de los autores de las conductas señaladas. Esta afirmación, frívola y cínica, parece, sin embargo, venir avalada por la objetiva y cuantitativa catalogación como «bagatela» de los comentados delitos, y la eventual aplicabilidad, mediante la oportunidad reglada, de medidas alternativas a las que no corresponde funciones de prevención general ni especial.

Definitivamente, si el objetivo de alternativa a la pena se corresponde con la oportunidad de alcanzar sus fines con otros medios, ello no debe venir acotado por criterios nacidos para la simple celeridad procesal y agilización de la oficina judicial.

La formulación del principio de oportunidad reglada constituye, objetivamente, una cobertura, por ahora simplemente teórica, arrojada sobre el insa-

tisfactorio servicio público de la justicia penal, al proponer un concepto relativamente nuevo como solución de los problemas que no ha de resolver pues mal podrá hoy el Fiscal optar o proponer la opción entre medidas alternativas inexistentes.

También se argumenta que el principio de oportunidad, aunque reglada, puede ser cauce de intromisión política, o de otra índole a través de la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal. Si tal ocurriera será ética y socialmente rechazable. Sin embargo no debe desconocerse que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal regula el incidente de discrepancia con más potencial de eficacia que la que contiene el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Más allá de estos marcos, está la prevaricación que no debe presumirse en unos cuerpos más o menos que en otros, no ya por razones morales, sino por simple regla de probabilidades.

Dejando de lado esta cuestión extrema, que, no obstante, debía ser anotada, lo cierto es que el mayor riesgo viene constituido por la posible aplicación automática, industrializada, del principio comentado, que comportaría una generalización de la impunidad de graves consecuencias.

Frente a estas características del pretendido principio de oportunidad *light*, debe pronunciarse el principio de inoportunidad.

Este significaría la radical vigencia del principio de legalidad del artículo 124.2 de la Constitución sin subterfugios que desvirtúen su espíritu.

Nuestro «principio de inoportunidad» refuerza los mejores propósitos de quienes, con gran sutileza, han aprovechado la oportunidad del debate para introducir en nuestra práctica las medidas alternativas a las penas, pese a que no se producen las necesarias reformas del Código Penal. En efecto, quedó anotado que la oportunidad reglada no generaría celeridad ni agilización; pero que era una vía idónea para tratamiento alternativo de determinados delitos. El obstáculo en este tratamiento era la limitación dada por el módulo objetivo de la levedad punitiva. Nuestro «principio de inoportunidad» rompe esta relación entre conceptos heterogéneos; devuelve el problema sustantivo a su lugar en el Código Penal; deja al descubierto la insatisfacción que produce, en los ciudadanos y en los jueces y fiscales, la lentitud de los trámites y la creciente acumulación de las causas penales, para que sus motivos se analicen y neutralicen, sin eludirlos con coberturas conceptuales ineficaces.

El principio que enunciarnos significa, simplemente, una formulación provocadora para desencadenar con urgencia un debate y una dinámica, al parecer, según la experiencia de los últimos años, inoportunos. El punto de partida debe ser el gran debate, ya iniciado, sobre un nuevo Código Penal. En el seno de este debate tiene cabida la articulación de medidas alternativas a las penas, con calculada coherencia con el conjunto del nuevo Código. Estas medidas alternativas, hoy inexistentes casi en su totalidad en España, serían el punto de arranque del ejercicio de la oportunidad reglada.

Con ello comenzaríamos, comenzaremos, a salir de nuestro siglo XIX. Que así sea.