

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA

ISABEL GONZÁLEZ CANO

MARÍA ISABEL ROMERO PRADAS

Doctorandos.

*Departamento de Derecho Penal y Procesal
(Universidad de Sevilla)*

SUMARIO: I. A favor del principio de oportunidad: 1. El principio de legalidad: definición y vigencia. 2. El principio de oportunidad: A) Concepto. B) Razones a favor de su implantación.—II. La oportunidad reglada. 1. Oportunidad libre-oportunidad reglada. 2. Sobre la instauración del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal.

I. A FAVOR DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. El principio de legalidad: definición y vigencia

Como principio relativo al objeto del proceso, esto es, a las condiciones en que el proceso penal debe iniciarse y finalizar, el de legalidad supone la necesidad de incoación ante la sospecha de comisión de un hecho punible, no estando legitimada la autoridad encargada del sostenimiento de la pretensión penal para abandonarla en tanto persistan los presupuestos materiales que la han provocado.

Conforme a la LECr, es obligado afirmar que el principio de legalidad está normativamente consagrado en nuestro ordenamiento procesal (arts. 1, 100, 105 y 271) (1), constituyendo además una garantía constitucional (arts. 25 y 124 de la CE) (2).

La igualdad, la justicia y la publicidad son a priori las más importantes consecuencias de la vigencia del principio de legalidad. En efecto, el principio de legalidad asegura la igualdad de trato al ciudadano desde el momento en que se obliga a una aplicación igualitaria de las normas jurídicas (3). Asimismo permite la consecución de la justicia

(1) GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pág. 195. V. artículo 1 del Código Penal.

(2) El FGE en su Memoria de 1987, en la que expone y justifica su proyecto para el predominio del MF en el proceso penal, dice en este sentido que «en el Derecho español el principio de legalidad es la básica garantía de todo el sistema procesal penal, constituyendo además, una garantía de naturaleza constitucional (arts. 25 y 124 CE). Ni cabe alterar la tipicidad de los hechos, ni arbitrar penas no previstas en la Ley ni alterar los terminos legales para su ejecución. Este principio condiciona a toda la actuación del MF hasta el punto de que impide cualquier pacto o intento de modificación de la acusación que no se ajuste, en más o menos, al estricto tratamiento legal que corresponda al hecho sometido a enjuiciamiento». V. MFG de 1987, pág. 16.

(3) HASSEMER, W., *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, en Rev. «Jueces para la Democracia», octubre, 1987, pág. 8.

material. Y, por último, garantiza la publicidad en el proceso penal al no permitir que existiendo los presupuestos necesarios se pueda eludir la apertura del juicio oral.

Sin embargo, este principio presenta dificultades que no podemos olvidar. Difícilmente se puede hablar de una plasmación real del principio de legalidad dada la falta de elementos cuantitativos y cualitativos suficientes para su consecución. En primer lugar, por el cuestionamiento sobre el alcance del logro efectivo de la justicia mediante el principio de legalidad, pues la idea acerca del nivel de realidad que subyace al mencionado principio son erróneas e ingenuas. En efecto, como afirma Hassemer (4), ni siquiera a través de una estricta aplicación del principio de legalidad se plasma el Derecho Penal material en la realidad, sino que cada norma tiene su propia «zona gris», por lo que la ética del principio de legalidad no puede llegar a convertirse en realidad. En segundo lugar, y a pesar de la vigencia del principio de legalidad no puede llegar a convertirse en realidad. En segundo lugar, y a pesar de la vigencia del principio de legalidad, el de oportunidad no está ausente de nuestra práctica forense: el gran número de sobreseimientos acordados cada año en nuestro país, en que rige el principio de legalidad más estricto, comparado con las causas en la RFA, en donde el principio de oportunidad está recogido en el ordenamiento procesal, llegan al juicio oral, ponen de manifiesto que el proceso penal es un proceso de selección o sistema de filtros en todo caso (5).

(4) V. HASSEMER, W., *op. cit.*, pág. 9.

(5) La instrucción penal surge así como un «sistema de filtros» de selección respecto de la «notitia criminis», que en diferentes niveles o grados va a condicionar la efectiva persecución del delito. Razones económicas (escasez de medios) obligan a los órganos auxiliares de la jurisdicción, MF y Policía, a esclarecer de diferente manera y con distinta intensidad unos determinados comportamientos presuntamente delictivos respecto de otros, lo que hará que no toda acción delictiva por el hecho de serlo llegue al juicio oral. Estos filtros vienen practicándose sin respaldo legal, hecho que nos parece censurable ya que más adecuado sería recogerlos en la Ley de la forma más taxativa posible en aras de la seguridad jurídica. V. GIMENO SENDRA, *op. cit.*, págs. 195 y 196.

En el nuevo procedimiento abreviado de la LO 7/1988 la investigación del MF puede finalizar con el archivo de las actuaciones por falta de tipicidad de los hechos, o solicitándose la incoación de las diligencias previas (art. 785 bis. 1). En el primer caso, y aún existiendo la posibilidad de la conformidad del imputado, se pierde esta ocasión para introducir la solicitud del sobreseimiento inmediato por razón de oportu-

2. El principio de oportunidad

A) *Concepto*

Frente a estos problemas derivados de una aplicación inflexible y rigurosa del principio de legalidad, cada vez con mayor fuerza en la doctrina se tiende hacia la instauración del principio de oportunidad en el proceso penal.

Con carácter general, el principio de oportunidad supone facultar al titular de la acción penal para disponer del ejercicio de la misma, a pesar o con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible, imputable a un autor determinado (6).

Esta definición de la oportunidad que, como veremos más adelante, está necesitada de matizaciones importantes a la hora de introducirla legalmente en nuestro sistema procesal penal, no debe en principio aparecer ante nuestros ojos como una vulneración u olvido del ideal de justicia que supone el principio de legalidad. A nada conducen las críticas escandalizadas hacia quienes defienden el no mantenimiento a ultranza de la legalidad como factor de igualdad de trato al ciudadano en la aplicación justa del Derecho, y propugnan la introducción del factor «oportunidad» como reacción frente a la actuación automática o «ciega» de jueces y fiscales contra todos los delitos. Y es que oportunidad y legalidad no son en todo caso conceptos o ideas contrarias (7), sino que en principio es perfectamente defendible la idea de la mezcla o de la coordinación de los dos principios, partiendo de la necesidad de compatibilizar el ideal de justicia absoluta que se

nidad respecto de pequeños delitos (hurtos insignificantes, p. ej.). V. en este sentido GIMENO SENDRA y otros, en *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988*, Valencia, 1989, pág. 105.

(6) Nos ajustamos aquí a la definición genérica aportada por GIMENO SENDRA, V. en *Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*, «Justicia-87», núm. II, págs. 355 y ss., destacando la necesidad de concretar dos temas importantes, como son la atribución de la facultad de disposición del titular de la acción penal en un sistema procesal regido por la no «oficialidad» de la acción penal (art. 100 de la LECr «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley»), y las condiciones que deben concurrir para poder efectivamente disponer de la acción al márgen del principio de legalidad.

(7) Memoria de la FGE de 1983, pág. 24.

persigue con el principio de legalidad con la ponderación del caso concreto y la orientación a las consecuencias que defiende el principio de oportunidad (8).

B) *Razones a favor de su implantación*

Partiendo de esta idea, podemos concretar las razones que se han ido argumentando por la doctrina como factores propiciadores de la oportunidad.

a) En primer lugar, nos ocuparemos de lo que se han venido a llamar «razones de economía procesal».

En muchos casos, la aplicación estricta del principio de legalidad perjudicaría gravemente al principio de economía procesal. La meticulosidad en la persecución de la más mínima infracción haría que «el poder de la Administración de Justicia se perdería sin remedio» (9). El principio de legalidad debe pues verse excepcionado en base a criterios de economía procesal en todos aquellos supuestos calificados de «bagatela» por la doctrina alemana, es decir, casos de pequeña criminalidad en masa en los que la culpabilidad del autor es leve y no existe un verdadero interés público en la persecución (10).

Esta necesidad de economía procesal podría ser conseguida en la práctica por dos vías: la despenalización y el principio de oportunidad en sentido procesal estricto.

Respecto de la primera posibilidad, su viabilidad y acierto cae fuera de los márgenes del Derecho Procesal Penal para caer de lleno

(8) La introducción del factor «oportunidad» en la justicia penal vendría justificada en este sentido por el artículo 108 de la CE, con arreglo al cual el Poder Ejecutivo, responsable de la política criminal ante el Parlamento, podría estar legitimado a impartir instrucciones sobre la conveniencia de atemperar la persecución penal respecto de determinados delitos, sin que por ello se vean infringidos ni la legalidad ni la igualdad. V. GIMENO SENDRA y otros, *El nuevo...*, *op. cit.*, pág. 69.

(9) V. BAUMAN, J., *El Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, 1986, pág. 62.

En el mismo sentido, la Recomendación N. R(87)18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal, recoge como una de las vías para remediar la lentitud de la justicia penal, recurrir al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

(10) Esta necesidad de economía procesal ha sido contemplada por el legislador de la RFA (epígrafes 153 y ss. StPo).

en el ámbito del Derecho Penal material. Sin ánimo de entrar en profundidad en el tema de la desincriminación jurídico-material, conviene apuntar en todo caso que una reforma penal material no puede tener como fin último descargar de trabajo a los tribunales. Esto no sería sino una consecuencia colateral, deseable desde luego, pero accesorio respecto de la auténtica motivación de una despenalización, que es la ausencia de una valoración negativa o de rechazo social respecto de una determinada conducta. En este sentido, conviene advertir que en la actualidad se procede a una actualización del Libro III del CP (Proyecto de Ley), reforma con la que se pretende la despenalización de las faltas del Título I (faltas de imprenta).

Respecto de la articulación legal del principio de oportunidad en cuanto a los comportamientos delictivos pertenecientes a la pequeña criminalidad en masa, se ha argumentado la ampliación de delitos semipúblicos a buena parte de las faltas (11), es decir, la persecución solo previa denuncia del ofendido o promoción privada.

b) Pero no sólo por esta vía podemos justificar la oportunidad. Evidentes razones de interés público podrían argumentarse al respecto.

El concepto de interés público, como una de las bases generales para la aplicación del principio de oportunidad (Principio 1.A) 4 de Recomendación número R(87)18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa) hace referencia a un cálculo político de las utilidades o beneficios que puede reparar al Estado como sociedad en general o bien común, una aplicación del Derecho Penal conforme a una regulación de la oportunidad (por ejemplo, la desarticulación de una banda terrorista o de una red de narcotraficantes). Sin que deje de parecernos válido, nos resulta en todo caso una argumentación peligrosa o «delicada» en cuando a la ponderación de los conceptos de «utilidad» o «beneficio», que, caso de ser muy amplia, puede provo-

(11) V. GIMENO SENDRA, *Los procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 335. El autor distingue entre la realización del principio de oportunidad en el momento del ejercicio de la acción penal o en el momento de la suspensión del procedimiento. En todo caso, la conversión en delitos semipúblicos de algunos tipos de faltas, que cae dentro de la primera vía de realización de la oportunidad, no se trataría de una manifestación de dicho principio en sentido estricto, como posibilidad de que el MF solicite el sobreseimiento.

car graves perjuicios a largo plazo (así, despreciar delitos graves por cálculos estratégicos de carácter político) (12).

El supuesto que mejor podría beneficiarse de esta fundamentación del «interés público» es el de los delitos de terrorismo, respecto a los que actualmente existe la figura de la Reinserción Social (art. 6.2 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre), remisión condicional aplicable al reo que colabore en la identificación de los terroristas para evitar el delito o el desarrollo del grupo terrorista. Por su parte, la doctrina alemana intenta potenciar la introducción legal del sobreseimiento del proceso ante un imputado que se preste a realizar importantes declaraciones sobre un grupo terrorista («testigos estelares» en delitos de terrorismo), regulación que fácilmente podría ser aplicable también respecto de las redes de narcotraficantes.

c) Por último, se ha construido todo un argumento a favor del principio de oportunidad partiendo de las últimas elaboraciones doctrinales sobre la finalidad de la pena privativa de libertad, que se centran básicamente en dos ideas. En primer lugar, la teoría de la orientación a las consecuencias en la aplicación del Derecho Penal, aportación doctrinal acogida por los penalistas alemanes (13), y que se contrapone a la clásica y ya afortunadamente desfasada teoría retributiva de la pena. No es la expiación de la culpa la motivación básica de la pena, sino que ésta se justifica por la reinserción y rehabilitación social (art. 25 de la CE). Si la aplicación social del Derecho Penal se orienta hacia los efectos sobre el imputado, una opción político-criminal moderna debe permitir la instauración del principio de oportunidad (14).

(12) El concepto de «interés público» como base del principio de oportunidad ha sido desarrollado principalmente en la RFA en base a la aplicación de la oportunidad respecto de los delitos políticos.

El epígrafe 153 d y e de la StPo hace referencia a la abstención de la persecución de hechos punibles destritos en los epígrafes 74 y 120 de la GVG, tales como la declaración política, alta traición, o agresión contra órganos y representantes de estados extranjeros. En estos supuestos, se podrá evitar la persecución o la acción ya que se podría poner en peligro al Estado, o evitar un peligro para la seguridad de la nación o del orden constitucional (el denominado privilegio del imputable-denunciante).

(13) V. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, pág. 34.

(14) Mal puede comprenderse esta argumentación por quienes sitúan objetivos como la seguridad ciudadana (cuya defensa puede conducir en algún caso a extremos demagógicos muy peligrosos) como preferentes frente a la consecución de una justicia efectiva, que comprende no sólo la satisfacción del ideal retributivo y espiratorio de la pena por parte de la sociedad, sino también del ideal rehabilitador del delincuente.

La necesidad de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad está contemplada en nuestro ordenamiento a través de la institución de la remisión condicional (arts. 92 y 97 del CP), existiendo importantes propuestas legislativas de cuyo futuro éxito dudamos mucho, como las medidas alternativas a la prisión (p. ej., la suspensión del fallo o «probation») y penas sustitutivas a la de privación de libertad (arresto de fin de semana o sistema de días-multa) (15).

II. LA OPORTUNIDAD REGLADA

1. Oportunidad libre-oportunidad reglada

Como instrumento procesal para salir de la crisis que padece nuestra justicia penal, y como medio de obtener su agilización, podemos proponer la instauración del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal. No son pocos los Estados «legalistas» que han introducido relevantes manifestaciones de este principio (16), tanto en el momento del ejercicio de la acción penal como en el de la suspensión del procedimiento a través del sobreseimiento por razones de oportunidad.

Como decíamos anteriormente, puede afirmarse que un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento. Pero la implantación de este principio permite múltiples variantes (17). En general, podemos distinguir entre el sistema «puro» («guilty plea») y «bajo condición» (cumplimiento por el imputado de deter-

(15) Las medidas alternativas a la prisión como la «probation» o suspensión del fallo bajo condición (PLOCPC de 1980 y PANCP de 1983) no deja de ser interesante, pero su implantación choca decididamente con la estructura de nuestro sistema procesal, en el que, a diferencia del sistema anglosajón que distingue entre «conviction» y «sentencia», la declaración de la culpabilidad del acusado y la pena a imponer quedan fijadas en la sentencia (art. 141 de la LECr).

(16) Así, por ejemplo, Francia, Alemania o Italia.

(17) V. DE LA OLIVA, A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pág. 77. Según el autor todo juicio de oportunidad supone un margen de decisión discrecional y aplicación casuística.

minadas condiciones) (18). Además, y como distinción más importante, hay que observar la contraposición entre oportunidad libre y reglada.

La oportunidad libre es tanto como la antinomia del principio de legalidad, pues la ley no va a determinar los supuestos en que el titular de la acción penal puede disponer de su ejercicio.

La oportunidad reglada (19) supone en cambio una articulación de la oportunidad exactamente determinada por la Ley, que debe regular los supuestos de su aplicación de forma imperativa por razones de seguridad jurídica (20), esto es, para que juegue la oportunidad han de cumplirse los presupuestos previstos por la norma (21).

Como hemos señalado, consideramos factible y altamente provechosa la instauración en nuestro sistema del principio de oportunidad. Ya en los últimos tiempos la cuestión viene siendo planteada por la doctrina (22).

2. Sobre la instauración del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal

Con todo, vamos a abordar a continuación cómo puede articularse la regulación del principio de oportunidad en nuestro proceso penal.

(18) V. GIMENO, MORENO y CORTÉS, *Derecho Procesal, Derecho Penal*, vol. 1, pág. 61.

(19) Esta visión del principio de oportunidad es la que mejor puede hacerse compatible con el principio de legalidad, v., *infra*, pág. 2.

(20) V., MFGE de 1987, págs. 166 y 17.

(21) Según GIMENO SENDRA, *Los procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 362 «El sobreseimiento por razones de oportunidad ha de estar sometido a criterios preestablecidos, que impidan la infracción del principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin perjuicio de que en su aplicación exista cierta flexibilidad por parte del Juez y del MF, a fin de que se puedan valorar adecuadamente las circunstancias del caso, tales como la lesión social, el comportamiento de la víctima o la personalidad del delincuente».

DE LA OLIVA, *op. cit.*, pág. 77, considera que la Ley debe señalar sólo el ámbito objetivo para el ejercicio del principio de oportunidad, siendo el Fiscal quien decida, tras un personal juicio de oportunidad, si acusa o no.

(22) A favor de la admisión del principio de oportunidad GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*, en «Actas del Primer

En primer lugar, como presupuestos para la aplicación de un sobreseimiento por razones de oportunidad, hemos de distinguir el ámbito material u objetivo (infracciones para las que están previstas penas leves) y el ámbito personal o subjetivo (que se trate del primer delito y que el imputado acepte las condiciones que se le fijen por el órgano jurisdiccional) (23).

Por otra parte y para salvaguardar el derecho a la tutela consagrada en el artículo 24 de la CE, tenemos que considerar la situación de la víctima, ya que la protección de sus derechos debe quedar garantizada. Por ello, una de las condiciones a cumplir por el imputado cuando se acuerde el sobreseimiento deberá ser la indemnización o reparación a la víctima (24).

En cuanto al momento procesal oportuno para acordar el sobreseimiento por razones de oportunidad, consideramos que lo constituye la fase de instrucción (25). Cabría preguntarse si el sobreseimiento así acordado vulnera la presunción de inocencia que como derecho fundamental consagra el artículo 24.2 de la CE, y, sobre todo, cuál es el valor procesal de la declaración del imputado. Los obstáculos que plantean estos interrogantes pueden salvarse si consideramos que

Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León», 1988, pág. 290; MFG de 1987, pág. 13; GIMENO SENDRA, *Los procedimientos...*, *op. cit.*, págs. 459 y ss.

V. en otra línea RUIZ VADILLO, *La actuación del MF en el proceso penal*, en «Poder Judicial», núm. II Justicia Penal, págs. 56 y 57; VÁZQUEZ SOTELO, *Crisis de la justicia penal y reforma del proceso penal*, en «Actas...», *op. cit.*, págs. 380 y ss.

(23) V. GIMENO SENDRA, *Los procedimientos...*, *op. cit.*, págs. 362 y 375, que señala el límite de prisión menor (el epígrafe 152(1) StPo establece este límite objetivo en las penas privativas de libertad de duración inferior a un año).

Igualmente entiende que requiere que se trate de imputado sin antecedentes penales y que el sobreseimiento se realice bajo el cumplimiento de determinadas condiciones.

(24) GIMENO SENDRA, en *Los procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 375, establece que «La víctima habría de ser pronta y previamente reparada con anterioridad al sobreseimiento». Aunque con impropia terminología, consideramos que el autor se está refiriendo a la idea que mantenemos.

En esta línea la Recomendación N. R(87) 18... *cit.*, Principio 1. A) 6 (en el párrafo 11 recomienda que la víctima disponga de acción para obtener la reparación de los daños).

V. GIMENO SENDRA y otros. en *El nuevo...*, *op. cit.*, pág. 89.

(25) A la misma solución llega GIMENO SENDRA, *Los procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 362, «...podría resultar muy positiva para la disminución de la sobrecarga de trabajo de nuestros juzgados un traslado de la conformidad (o institución similar) al interior de la fase instructora...».

estamos ante una manifestación del derecho de defensa, cuyo ejercicio puede requerir el voluntario sometimiento del inculcado al cumplimiento de una prestación para evitar el posible resultado más grave a que se podría llegar con el juicio oral.

La influencia que el principio de oportunidad puede llegar a tener sobre la actuación del Ministerio Fiscal ha sido objeto de estudio por la doctrina, y se ha convertido en un tema debatido en relación a la reforma de la Justicia Penal española. El Fiscal General del Estado en la Memoria de 1987 (p. 15), llegó a propugnar el «gran cambio» en el papel del MF dentro del proceso penal, que se concretaba en dos puntos: encomendarle «la fase de investigación del proceso penal» y establecer que su actuación se rigiese por el principio de oportunidad.

Iniciada, aunque de modo parcial, la reforma de nuestro ordenamiento procesal, y sin ánimo de centrarnos en el primero de esos «cambios» y en el interés que el mismo ha despertado en la doctrina (26), hemos de hacer constar que la separación de los órganos encargados de la instrucción y el enjuiciamiento (STC núm. 145/1988, de 12 de julio) deja abierta una puerta respecto del papel o intervención del MF en la instrucción. Recogiendo esta posibilidad, la LO 7/1988 de 28 de diciembre, encomienda al MF en el procedimiento penal abreviado la fase de investigación preliminar o diligencias preventivas (art. 785 bis. 1), fase que no tiene carácter judicial y que tiende al esclarecimiento del hecho delictivo y al descubrimiento de los delincentes para su puesta a disposición judicial.

(26) Recientemente la mayoría de la doctrina viene defendiendo, siguiendo las tendencias de los últimos códigos procesales propugnados en Europa Occidental, la atribución de la dirección de la investigación al MF, quedando el Juez Instructor como garante de los derechos de los ciudadanos (medidas que afecten a derechos fundamentales) y como órgano de control de acusación. En este sentido se expresan ALMAGRO NOSETE y otros, en *El nuevo...*, *op. cit.*, pág. 184 (v. obra completa).

En contra de esta potenciación del MF se ha manifestado DE LA OLIVA, *op. cit.*, pág. 70, para quien la separación entre los órganos encargados de la instrucción y el enjuiciamiento no exige la atribución de la fase de instrucción al MF, lo que procaría graves inconvenientes. Por su parte, GÓMEZ DE LIANO, *Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal. Comentario a la STC 12 de julio de 1988*, en *La Ley* número 2.071, 5 de octubre de 1988, pág. 2, encuentra tres graves inconvenientes para atribuir al MF esta función investigadora: el carácter plenamente jurisdiccional que deben tener algunas resoluciones (procesamiento, prisión provisional, etc.); vulneración del principio de imparcialidad que debe regir la actuación del Ministerio público; y, la imposibilidad de compatibilizar material y funcionalmente esta tarea, con las que le encomienda el artículo 3 del EOMF.

Por lo que hace al principio de oportunidad, y habiendo concretado la opción de su manifestación dentro de la instrucción, mediante la solicitud del sobreseimiento por razones de oportunidad, el MF, junto con el propio imputado, serían los legitimados para dicha solicitud, entendiendo que en el primer caso, dicha solicitud, deberá ser informada favorablemente por el MF para que la autoridad judicial pueda disponerlo.

Dos obstáculos o dificultades podrían argumentarse frente al esquema que proponemos.

En primer lugar, la incompatibilidad inicial que resulta entre la posibilidad de que el MF solicite el sobreseimiento por motivos de oportunidad y la función de defender la legalidad que se le atribuye por la CE (art. 124), la LOPJ (art. 435.1) y su estatuto orgánico (art. 1). Pero es que, como decíamos al aducir las razones a favor del principio de oportunidad, la motivación fundamental de su introducción radica en la consecución de un ideal de justicia lo más cercana posible a la realidad, lo que implica que sea lo más cercana posible a los intereses reales de la sociedad, a «los intereses o derechos de los ciudadanos y del interés público» (economía procesal, interés público respecto a la persecución del delito o, finalidad de la pena), que como afirma Gimeno Sendra también su defensa por el MF está reconocida en el texto constitucional.

El segundo de los obstáculos no es otro que el que se deriva de la naturaleza de la acción penal en nuestro ordenamiento procesal, que se configura como pública, consagrándose la falta de monopolio de la acción penal (art. 100 de la LECr). Si sólo reconocemos legitimación para solicitar el sobreseimiento por razón de oportunidad al MF, ¿qué papel representaría o qué participación tendría en este incidente el acusador particular si lo hubiese? Consideramos que su posible oposición a dicho sobreseimiento debería quedar garantizada mediante la vía del recurso, evitando en cualquier caso que las partes privadas entren en el esquema diseñado para la solicitud por motivos básicamente de seguridad jurídica (piensese que en caso contrario nada evitaría transacciones «particulares o privadas» que sí vulnerarían gravemente la legalidad (27).

(27) En este sentido GIMENO SENDRA, *Los procedimientos...*, op. cit., pág. 373.

En todo caso, la decisión del sobreseimiento correspondería al órgano jurisdiccional encargado de la instrucción, que deberá siempre realizar un mínimo examen de fondo de la petición, sobre todo en cuanto a los motivos aducidos como oportunos para que se acuerde el sobreseimiento. La resolución será por auto motivado.

El sobreseimiento por razones de oportunidad deberá quedar en todo caso configurado con arreglo a las categorías previstas en la LECr (libre o provisional), con una clara concreción de sus efectos (la posibilidad de someterlo a determinadas condiciones) y quedando recogida la posibilidad de su impugnación.

Nos inclinamos por una regulación legal de la oportunidad de acuerdo al modelo de sobreseimiento provisional bajo condición resolutoria.

Provisional, porque la continuación de la causa queda sometida no al hecho de que posteriormente el MF considere la no existencia de la razón de oportunidad inicialmente apreciada, sino a que el imputado cumpla una serie de condiciones fijadas por el órgano judicial en el auto de sobreseimiento, en atención a las razones aducidas por el mismo, cuyo incumplimiento provocará el levantamiento de la paralización o suspensión de la causa (28).

Como decimos, tanto la determinación de las condiciones a cumplir por el imputado (forma, tiempo, etc...), atendiendo a su caso concreto como el control efectivo de dicho cumplimiento quedaría en manos del órgano jurisdiccional.

Por último, el acusador particular tendrá la posibilidad de oponerse a dicho sobreseimiento mediante el recurso de apelación contra el auto que lo acuerde.

(28) Como afirma GIMENO SENDRA, *id.*, *op. cit.*, pág. 368, el sometimiento del imputado a las condiciones del sobreseimiento no provoca indefensión entre otras cosas, por su carácter voluntario o libre y, además, porque no es equiparable a la prueba de confesión y aunque lo fuese esto no sería determinante en base al principio de libre valoración en la prueba que rige en nuestro sistema procesal penal.