

# **TESIS DOCTORAL**

**2023**

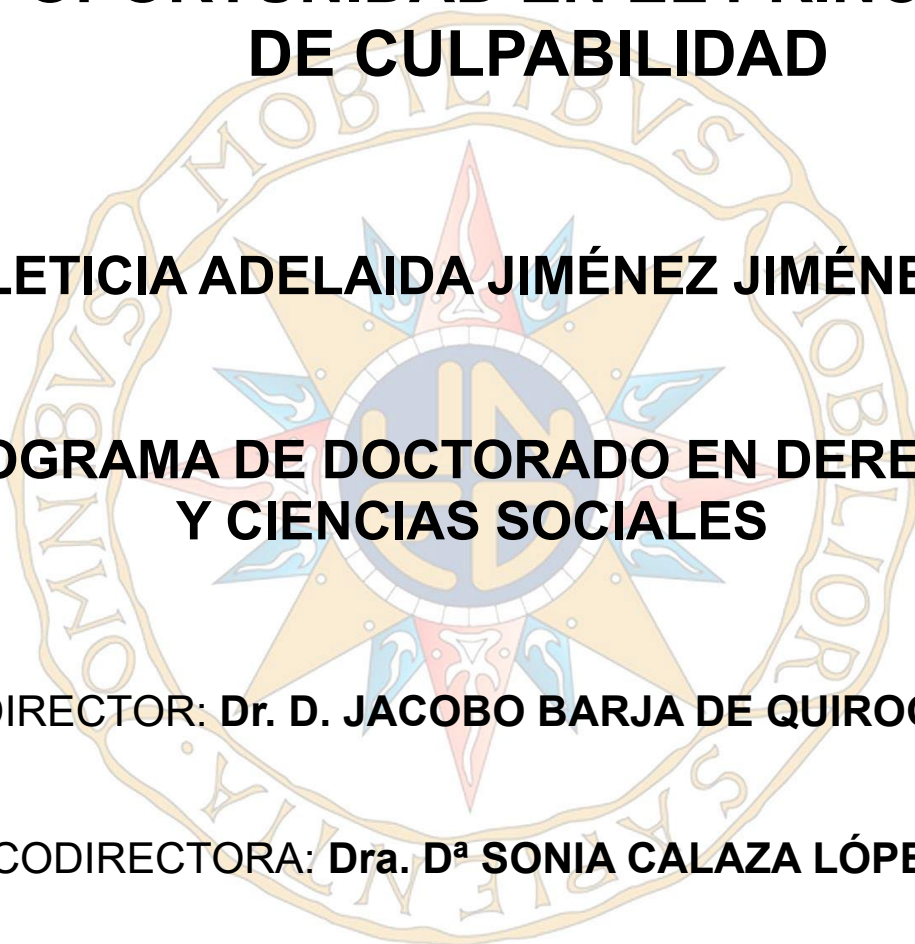
## **OPORTUNIDAD EN EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

**LETICIA ADELAIDA JIMÉNEZ JIMÉNEZ**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES**

**DIRECTOR: Dr. D. JACOBO BARJA DE QUIROGA**

**CODIRECTORA: Dra. D<sup>a</sup> SONIA CALAZA LÓPEZ**



## RESUMEN

### I. Índice de la tesis

La tesis titulada «Oportunidad en el principio de culpabilidad», ha seguido el siguiente índice:

Abreviaturas  
Introducción  
Resumen

#### CAPÍTULO PRIMERO. Principio de oportunidad

##### I. Concepto

- i. Definición
- ii. Matices dentro del concepto
- iii. Ubicación

##### II. Notas generales

- i. Oportunidad como selección
  - A. La cifra negra
  - B. Medios de selección
- ii. Evolución
  - A. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo
  - B. Ley 41/2015, de 5 de octubre
- iii. Regulación actual del principio de oportunidad
  - A. Manifestaciones de oportunidad en el ordenamiento español
  - B. Manifestaciones del principio de oportunidad en discusión
    - a. *El principio de oportunidad en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*
    - b. *Mediación*
    - c. *Personas Jurídicas*

##### III. Reflexión

#### CAPÍTULO SEGUNDO. Aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal

##### I. Figuras diferentes

- i. Principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en delitos semipúblicos y privados
- ii. La conformidad
  - A. Procedimiento ordinario
  - B. Procedimiento abreviado
  - C. Conformidad premiada
- iii. Aceptación por decreto
- iv. El particular caso del procedimiento por delitos leves

##### II. Principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal

- i. Contenido
- ii. Posturas de los autores sobre el principio de oportunidad

- A. Doctrina contraria a su aceptación
- B. Posturas intermedias
  - a. *Montero Aroca*
  - b. *Ruiz Vadillo*
  - c. *Calaza y Muinelo*
  - d. *Castillejo Manzanares*
- C. Posturas a favor
  - a. *Barja de Quiroga*
  - b. *Conde-Pumpido Ferreiro*
  - c. *Gimeno Sendra*
  - d. *Cortés Domínguez y Moreno Catena*
  - e. *Asencio Mellado*
- iii. Interpretación judicial.
  - A. Postura del Tribunal Supremo
  - B. Postura del Tribunal Constitucional
- III. Estado de la cuestión

### CAPÍTULO TERCERO. Principio de oportunidad contra principio de legalidad penal

- I. Relación entre principios
  - i. Legalidad versus oportunidad
  - ii. Oportunidad es legalidad
  - iii. Otras formulaciones
- II. Alternativa a la confrontación
  - i. Antecedentes
  - ii. Contenido del principio de legalidad
  - iii. Reconocimiento constitucional
  - iv. Doctrina constitucional
  - v. Código Penal
    - A. Antecedentes
    - B. Código Penal vigente
      - a. *Artículo 1 del Código Penal*
      - b. *Artículo 2 del Código Penal*
      - c. *Artículo 3 del Código Penal*
- III. Efectos del principio de legalidad

### CAPÍTULO CUARTO. Principio de oportunidad contra principio de legalidad procesal

- I. Principio de legalidad procesal
  - i. Derecho penal versus Derecho procesal
  - ii. Principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal pública
    - A. Antecedentes
    - B. Comentario de los autores
- II. El verdadero problema: una simple cuestión de legalidad
  - i. El ejercicio de la acción penal
  - ii. La promoción de la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos

- iii. La promoción de la acción de la justicia en defensa del interés público tutelado por la ley
- III. Reconocimiento del principio de oportunidad

#### CAPÍTULO QUINTO. Fundamento del principio de oportunidad

- I. Fundamento del principio de oportunidad
  - i. Recomendación n.º R (87) 18 del Consejo de Europa sobre procesos penales simplificados
  - ii. Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) en el Informe n.º 6 (2004)
  - iii. Convenio Europeo de Derechos Humanos
  - iv. Interpretación del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
  - v. Integración en nuestro ordenamiento jurídico
    - A. Introducción por vía de interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española
    - B. Interpretación conforme a la Constitución
- II. La justicia y el principio de seguridad jurídica
  - i. Justicia
  - ii. Seguridad jurídica
- III. La dignidad de la persona

#### CAPÍTULO SEXTO. Las teorías de la pena

- I. El poder Estatal
- II. Legitimación y límite del poder
  - i. Legitimación del poder
  - ii. Límites al poder
  - iii. Nueva situación
- III. Los fines de la pena
  - i. Punto de partida
  - ii. Teorías de la pena
    - A. Teorías absolutas
    - B. Teorías relativas.
    - C. Teorías de la unión.
  - iii. Teoría de la prevención general positiva
    - A. Concepto
    - B. Discusión
    - C. Toma de posición

#### CAPÍTULO SÉPTIMO. Consecuencias jurídicas del delito: la tercera vía

- I. Las consecuencias jurídicas del delito
  - i. La pena
  - ii. Las medidas de seguridad junto a la pena
  - iii. Los sistemas
    - A. Sistema monista o dualista
    - B. Sistema vicarial
    - C. Estado de la cuestión
- II. La tercera vía

- i. La reparación
  - A. Efectos en Derecho penal
  - B. Efectos en Derecho procesal penal
- ii. La reparación de la vigencia de la norma
  - A. Concepto
  - B. Diferencia entre reparación de la vigencia de la norma y reparación de la víctima por composición
  - C. Fundamento

### III. Reflexión

## CAPÍTULO OCTAVO. El problema de la libertad

### I. Planteamiento del problema

### II. El problema de la libertad de la persona

- i. Teorías tradicionales
  - A. Teoría Clásica
    - a. *Franz von Liszt*
    - b. *Ernst von Beling*
  - B. Teoría neoclásica o normativa
    - a. *Reinhard Frank*
    - b. *Edmund Mezger*
  - C. Teoría Finalista
    - a. *Hans Welzel*
    - b. *Armin Kaufmann*

- ii. Posturas actuales
  - A. Claus Roxin
  - B. Günter Jakobs
  - C. Enrique Bacigalupo
  - D. Jacobo Barja de Quiroga

### III. La libertad humana y su relación con el principio de culpabilidad y con las teorías de la pena

## CAPÍTULO NOVENO. El principio de culpabilidad (i) como fundamento de la pena

### I. El principio de culpabilidad

- i. Concepto
- ii. Aspectos diferenciados del principio de culpabilidad

### II. El principio de culpabilidad como fundamento de la pena

- i. Notas generales
  - A. Concepto
  - B. Vinculación subjetiva
  - C. Dignidad
  - D. Culpabilidad
  - E. Polémica sobre el principio de culpabilidad
  - F. Colisión con otras figuras
  - G. Disponibilidad de las normas
  - H. Personas jurídicas

### ii. Desarrollo

- A. Imputación objetiva
- B. Imputación subjetiva
- C. Culpabilidad funcional
- iii. Culpabilidad funcional en las personas jurídicas
  - A. La capacidad de acción
  - B. La capacidad de culpabilidad.
  - C. La capacidad de pena.
- iv. Necesidad de un nuevo concepto de sujeto culpable.

## CAPÍTULO DÉCIMO. El principio de culpabilidad (ii) como medida de la pena

### I. Notas generales

- i. Concepto
- ii. Polémica del principio de culpabilidad en su faceta de medida de la pena.
- iii. El principio de culpabilidad definido solo en su faceta de medida

### II. Desarrollo

- i. Relación del principio de culpabilidad con el principio *non bis in idem*
- ii. Relación del Principio de culpabilidad con otros principios
  - A. Principio de proporcionalidad
  - B. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad
  - C. Principio de proporcionalidad y principio de legalidad
  - D. Principio de proporcionalidad y principio de culpabilidad

### III. La individualización de la pena

- i. El momento de valorar la culpabilidad
- ii. La medida de la culpabilidad de la pena
- iii. La pena exacta o el arco de pena
- iv. La necesidad de la pena

### IV. La importancia del principio de culpabilidad

## CAPÍTULO UNDÉCIMO. Oportunidad en el principio de culpabilidad

### I. Legitimación

### II. Propuesta

- i. Reconocimiento constitucional del principio de oportunidad
- ii. El principio de oportunidad como decisión legítima
- iii. La clave: la reparación

### III. Reflexión

## CAPÍTULO DUODÉCIMO. Derecho comparado

### I. Visión general

### II. Sistemas penales

- i. Alemania
  - A. Antes de ejercitar la acción penal
  - B. Después de ejercitar la acción penal
- ii. Italia
- iii. Francia
- iv. Portugal
- v. Modelo Anglosajón

- A. Antes del ejercicio de la acción penal
- B. Después del ejercicio de la acción penal

## CAPÍTULO DECIMOTERCERO. La retribución y otras fórmulas

### I. Introducción

### II. Responsabilidad sin culpabilidad

### III. Figuras a destacar

- i. Ley de Responsabilidad penal de los menores
  - A. Fundamento
  - B. Doctrina del Tribunal Constitucional
  - C. Configuración
  - D. Desistimiento
  - E. Sobreseimiento
  - F. Análisis dogmático
- ii. Fiscalía Europea
  - A. Exposición de motivos
  - B. Regulación
  - C. Análisis doctrinal

## CAPÍTULO DECIMOCUARTO. Propuesta de aplicación del principio de oportunidad

### I. ¿A qué delitos puede aplicarse?

- i. Principio de legalidad y seguridad jurídica
- ii. Delitos del ordenamiento jurídico
  - A. Parámetro de identificación: el interés público
    - a. *Concepto*
    - b. *Efectos*
  - B. Delitos en particular
    - a. *Interés público por la severidad de la pena*
    - b. *Interés público por la (in)necesidad de la injerencia*
      - b.1. *La suspensión de la ejecución de la pena*
      - b.2. *La regla del artículo 76 del Código Penal*
      - b.3. *La conformidad*
      - b.4. *El chantaje*
      - b.5. *Delitos de alta complejidad instructora y juzgadora con múltiples perjudicados*
    - c. *Interés público por motivos políticos*

### II. ¿Qué grado de decisión debe tener el Ministerio Fiscal?

### III. ¿Qué grado de participación tiene o debe tener el Tribunal?

### IV. ¿Qué intervención puede tener el perjudicado, el sujeto responsable y la acción popular?

### V. Efectos

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFÍA

## Sentencias citadas

## II. Objetivos a alcanzar

Esta tesis se presenta con el objetivo de proponer una fórmula completa del principio de culpabilidad basado en la teoría de la prevención general positiva, correspondiendo al principio de oportunidad la función de dar virtualidad a la tercera vía mediante la aplicación de un equivalente funcional que permita cumplir con el fin de reafirmar la vigencia de la norma.

La idea de retribución mediante la imposición de un castigo parece acompañar al pensamiento humano de forma constante en la historia. El castigo se impone utilizando el Derecho penal de un Estado al que se legitima para el ejercicio del *ius puniendi* a través las teorías de la pena, y que usa del instrumento del proceso penal para su imposición. Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho esta idea de castigo debe acomodarse a la realidad social del tiempo actual y adoptar nuevas estrategias de corte político criminal en la lucha contra el delito. En este contexto surge una nueva figura a la que dedicaremos este trabajo, a saber: el principio de oportunidad.

## III. Metodología seguida en el trabajo

Se presenta la tesis doctoral «Oportunidad en el principio de culpabilidad» elaborada por D<sup>a</sup>. Leticia Adelaida Jiménez Jiménez, y codirigida por el Dr. D. Jacobo Barja de Quiroga y Dra. Dña. Sonia Calaza López, con un total de 494 páginas.

Este trabajo cumple con los requisitos establecidos por la Escuela de Doctorado de la UNED, toda vez que se trata de un trabajo inédito en idioma español, formato PDF, en tamaño DINA-4 (21 x 29,7 cm), que comienza con una introducción donde se presenta el estado actual del principio de oportunidad, así como su vinculación al principio de culpabilidad. Al final del texto, se han incluido las conclusiones a las que hemos llegado, así como las posibles sugerencias y futuros desarrollos del tema tratado. La tesis termina con un elenco de fuentes bibliográficas y las sentencias citadas de los diferentes órganos judiciales.

Asimismo, se ha presentado a la Comisión Académica en el trámite de depósito, junto con el Formulario «Presentación y Depósito de la Tesis», los siguientes documentos: tesis doctoral en formato PDF, resumen de la tesis, publicación original asociada a la tesis en la Revista Diario la Ley, clasificación de la Revista Diario La Ley: CIRC categoría D en Ciencias Sociales, certificado de estancia internacional.

La metodología seguida para la elaboración de la tesis se ha dividido en una primera fase donde se ha hecho acopio de aquellos materiales precisos para tener un conocimiento sobre la materia objeto de estudio, tales como libros, revistas, artículos, conferencias y demás textos de lectura.

En una segunda fase se ha procedido al estudio de la información, obteniendo de este proceso el material bruto plasmado en el trabajo mediante su



redacción. Y, una vez obtenido este material, ha tenido lugar una fase tendente a pulir su contenido, mediante la lectura y corrección de la tesis.

En particular, por resultar una materia tanto teórica como práctica, por un lado, se ha procedido al estudio de los autores, utilizando un criterio sistemático de las teorías y aportes doctrinales, de manera que solo se desarrolla la parte implicada en este tema; y, por otro, en cuanto a los pronunciamientos de los Tribunales internos e internacionales se ha seguido el mismo sistema, de manera que solo se citan las resoluciones que se han considerado relevantes en relación con este tema.

Se pretende, así, realizar un análisis de temas puramente conceptuales, sin que por el hecho de que ya existan obras y publicaciones que tratan la misma cuestión, deba quedar vedado cualquier intento de seguir profundizando en la materia.

Esta situación es la razón por la que en esta tesis se podrá leer un análisis historiográfico de forma asistemática, debido a que se ha considerado el formato más comprensible para abarcar toda la materia objeto de estudio y las conclusiones alcanzadas, sin perderse en el puro análisis tradicional. Tampoco la forma puramente histórica ha sido seguida, sino que en ocasiones se ha considerado mejor alterar el orden de las aportaciones por una razón metodológica en función de la materia que se esté tratando en ese momento.

#### **IV. Desarrollo teórico y principales aportaciones resultantes de la investigación**

En la investigación realizada, hemos centrado la atención exclusivamente en la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, y su posible atribución al Ministerio Fiscal, al tratarse de una manifestación huérfana de regulación que está siendo objeto de debate sobre su posible introducción en nuestro sistema penal-procesal.

Inicialmente hemos expuesto el concepto, contenido y regulación que existe del principio de oportunidad, en atención a lo cual podemos mantener que parece pacífico que en nuestro sistema legal el principio de oportunidad goza de muy diversas manifestaciones. El legislador ha decidido regular opciones propias del principio de oportunidad en diversos preceptos penales y procesales.

Por ello, con carácter previo, realizábamos algunas especificaciones para diferenciar este supuesto de otros como son: primero, el ejercicio del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en delitos semipúblicos y privados; segundo, la actuación del Ministerio Fiscal en la conformidad; tercero, la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso por aceptación de decreto; y cuarto, la actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento por delitos leves.

Centrado nuestro objeto de estudio en el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, hemos expuesto las diferentes posturas de rechazo o, en su caso, aceptación, con el objetivo de poder medir el estado actual de la cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos observado que cuando hablamos del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal parece que encuentra su principal obstáculo en su confrontación con el principio de legalidad, tanto en su manifestación relativa al principio de legalidad penal como la referida al principio de legalidad procesal, por lo que nos hemos adentrado en esta problemática con el objetivo de poder aportar una solución, si bien, partiendo de la íntima vinculación que opera entre la Constitución Española y el Derecho penal y procesal.

En cuanto a la confrontación con el principio de legalidad penal, hemos concluido que dicho principio no impide el reconocimiento del principio de oportunidad, pues su función está dirigida a limitar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en cuanto a la descripción de los delitos y sus penas.

En cuanto a la confrontación con el principio de legalidad procesal, éste significa que no hay pena sin previo juicio, y nada tiene que ver con el principio de oportunidad aquí estudiado consistente en su posible aplicación en el ejercicio de la acción penal, a efectos de evitar, precisamente, el proceso penal.

Ahora bien, si decimos que no cabe el principio de oportunidad porque la legalidad obliga a perseguir todos los delitos, entonces no es una cuestión de principio de legalidad, sino de lo que diga o no diga la ley. Y, en este caso, lo que dice la ley conforme al artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el ejercicio de la acción penal se ejercitará en los casos que se considere procedente, por tanto, no afecta a la ley, sino que se trata de un simple tema de legalidad, no de principio de legalidad.

Para alcanzar una respuesta sobre esta cuestión, hemos analizado la evolución legislativa de esta materia, así como de los autores de la época que interpretaron la norma (entre los que podemos destacar el Diccionario de Escriche o el Febrero Novísimo De Tapia). Actualmente es mayoritaria la postura que defiende que la función de promoción de la acción del Ministerio Fiscal no constituye una obligación absoluta más de allá de los casos que sean procedentes, pues la propia letra de la Ley lo impide cuando siempre anuda la obligación de acusar a su procedencia.

Es decir, es el propio artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que soluciona este problema, pues en su letra se contiene la respuesta cuando afirma que los funcionarios del Ministerio Fiscal tienen la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, donde lo procedente no es sinónimo de «en todo caso» y que, además, está sujeto a las disposiciones de la Ley.

Hemos considerado que, quizá, se encuentre aquí el quid de la cuestión, por cuanto el principio de legalidad al que está sometido el Ministerio Fiscal es el principio de legalidad penal, que impide que actúe más allá de lo que sea

considerado delito tipificado por la ley, y que no pueda solicitar más pena que la que corresponda al tipo. Sin que esta dimensión constitucional –artículo 124 en relación con el artículo 25 ambos de la Constitución Española– deba ser confundida con el principio de legalidad procesal que, como hemos expuesto, no impone una obligación absoluta de ejercer toda acción penal sino, simplemente, todas las acciones penales que sea procedentes.

En definitiva, una visión de conjunto de toda la problemática expuesta nos permite afirmar que la opción de atribuir al Ministerio Fiscal la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal se trata de una mera cuestión de legalidad ordinaria, o dicho con otras palabras, que es al Legislador a quien le corresponde dar entrada a esta opción, pues ni el principio de legalidad penal, ni el principio de legalidad procesal, ni la Constitución o la ley, impiden su acogimiento, sino que se trata simplemente de una fórmula legal sobre la posición del Estado en la definición de la política criminal, en el ejercicio de la titularidad del *ius puniendi*, por la que acuerde cuándo procede ejercer el principio de oportunidad dentro del proceso, o cuándo procede por razones del principio de oportunidad no ejercer la acción penal.

Salvada esta cuestión, a continuación corresponde darle contenido y virtualidad mediante la búsqueda del fundamento que legitime esta manifestación del principio de oportunidad.

En este punto de la investigación hemos propuesto como fundamento del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, a efectos de su posterior legitimación, la Recomendación n.º R (87) 18 del Consejo de Europa sobre procesos penales simplificados, que ya desde 1987 recomienda el principio de oportunidad incluso en aquellos Estados donde su tradición histórica no lo contemple, adoptando medidas encaminadas a su consecución.

Y aunque esta Recomendación no obliga por sí sola, sí lo hace la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza de los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que tiene entrada en la interpretación de nuestro texto constitucional y de nuestros derechos fundamentales por la vía del artículo 10.2 de la Constitución Española; por lo que si este Tribunal avala la aplicación de la Recomendación n.º R (87) 18 del Consejo de Europa sobre procesos penales simplificados, trasladando esta interpretación a nuestro derecho, se desvanece cualquier duda sobre la contradicción que el principio de oportunidad pudiera generar con la norma constitucional y con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, por su relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos claramente a favor de aplicar la Recomendación n.º R (87) 18, nos permite aportar un fundamento válido para admitir el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico. De manera que si al abordar el tema del principio de legalidad penal y del principio de legalidad procesal nos centrábamos en su contenido para descartar cualquier contraposición con el principio de oportunidad, ahora, en la búsqueda de un fundamento de admisión de este tan citado principio de oportunidad nos lleva a su valoración a nivel constitucional.

La solución que aportemos para integrar el principio de oportunidad debe cumplir con los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, por suponer una manifestación y garantía del Estado de Derecho, en especial cuando se trata de medidas que puedan afectar a la dignidad de la persona. Para ello hemos tratado de adoptar una respuesta en cuanto a la introducción del principio de oportunidad, valorando cómo se produce su plasmación en nuestro sistema legal, partiendo de la norma que goza de mayor jerarquía como es la Constitución Española, en cuyo artículo 1.1 proclama como valor superior del ordenamiento jurídico la justicia.

En consecuencia, si planteamos el principio de oportunidad como una figura de resolución de los conflictos penales, deberá estar orientado hacia la obtención de la justicia y con ello de la paz social, para lo cual es necesario que esté fundado en la seguridad jurídica, toda vez que el artículo 9.3 de la Constitución Española manifiesta que la Constitución garantiza, junto al principio de legalidad, la seguridad jurídica. La seguridad jurídica como fundamento para alcanzar la justicia y, con ello, la paz social, no solo tiene efectos en el estricto proceso penal, sino que se aplica en cualquier fórmula de resolución de conflictos que sea acorde y esté legitimada en un Estado de Derecho, dentro de un concepto más amplio de certeza.

Además, junto al criterio de interpretación del apartado segundo del artículo 10 de la Constitución Española, este precepto en su apartado primero recoge la dignidad como valor. Consideramos que la introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, y con su correspondiente reflejo en materia procesal penal, debe tener su base y absoluto respecto en la dignidad de la persona, toda vez que esta, la dignidad, impide al Estado traspasar ciertos límites en un ámbito donde los derechos fundamentales pueden verse muy limitados.

Y es que, si tratamos de introducir el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, y con ello aplicar una consecuencia jurídica del delito distinta a la que se produce en el proceso mediante la pena o la medida de seguridad, al constituir una forma de ejercicio del *ius puniendi* debe provenir de un Estado que esté legitimado para su imposición, lo que nos obliga a acudir al estudio de las teorías de la pena.

En este orden, la cuestión principal y previa que surge cuando de imponer una consecuencia jurídica del delito se trata, aunque sea una consecuencia distinta de la pena o medida de seguridad, es si el Estado está legitimado para su imposición. Por este motivo, el estudio de la manifestación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal nos ha adentrado en el análisis de la legitimación que tiene el poder estatal para el ejercicio del *ius puniendi*, así como sus límites. Esta distinción es importante, pues juega en dos momentos distintos, en primer lugar, debemos tener un Estado que esté legitimado para ejercer el *ius puniendi* y, en segundo lugar, una vez legitimado deberemos limitar su uso.

Sobre este particular, tras analizar las teorías de la pena (teoría absoluta, teoría relativa y teoría de la unión) hemos acogido la teoría de la prevención general positiva, pues nos permite legitimar al Estado para el ejercicio del *ius*

*puniendi* al margen del problema de la libertad y sobre una idea alejada de la pura retribución. Para la teoría de la prevención general positiva la pena tiene como fin restablecer la vigencia de la norma que la sido vulnerada, en donde se producen tres efectos en el reconocimiento de la norma: uno, la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma; dos, la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho; y tres, en la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido, aceptando las consecuencias.

Podemos, en síntesis, entender de las palabras de Jakobs que el fundamento de la pena reside en restablecer la vigencia de la norma conculcada por un sujeto partícipe de la comunicación que está dispuesto jurídicamente. La pena permite ratificar la vigencia de la norma vulnerada, y es el recurso que subsiste cuando no se disponga de otros equivalentes funcionales, puesto que si el hecho se objetiva al ser más que una simple afirmación, la culpabilidad también ha de objetivarse a través de la imposición de la pena o su equivalente funcional, lo que permite conocer cuándo se cumple el derecho y cuándo se vulnera la vigencia de la norma, mediante la función abierta que se produce en la comunicación personal, acogiendo el principio de oportunidad como instrumento para aplicar un equivalente funcional.

Pero, una vez legitimado el Estado para el ejercicio del *ius puniendi*, debemos limitar su uso, alejándonos de un castigo vengativo que solo admite la pena como consecuencia jurídica del delito. Es decir, sobre la base de la teoría preventivo general positiva que legitima al Estado para ejercer el *ius puniendi* al margen de la simple idea de retribución, alejándonos de un castigo vengativo que solo admite la pena como consecuencia jurídica del delito, esta teoría permite la entrada de otras consecuencias jurídicas del delito para acoger soluciones que estén basadas en un equivalente funcional como forma de restablecer la vigencia de la norma, cuya aplicación hemos propuesto que se produzca a través del principio de oportunidad que se encuentra vinculado al principio del culpabilidad.

La idea que se trata ahora de exponer resulta de suma importancia, puesto que, si legitimamos el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en función del fin que persiga la pena y que se estudia por medio de las teorías de la pena, una eventual división de la consecuencia jurídica del delito entre penas y medidas de seguridad afecta por completo a este tema. Para tratar esta cuestión hemos analizado los sistemas que han intentado dar respuesta a este aspecto, entre los que se encuentran el sistema monista o dualista y, como evolución, el sistema vicarial, sin que ninguno de ellos haya solucionado actualmente el problema.

Ante esta falta de solución, en este tema hemos acogido la teoría de la «tercera vía». Es decir, centrándonos en el significado de la pena, debemos atender al concepto comunicativo de esta, como pura idea de vigencia de la norma, donde lo único decisivo es confirmar la identidad de la sociedad como función manifiesta, sin perjuicio de las funciones latentes que pudieran producirse por añadidura.

Pero, dentro de este plano comunicativo, atendiendo a lo dispuesto por Jakobs, junto a la pena como sanción de mayor gravedad sería posible admitir otra solución a través de un equivalente funcional en aquellos casos donde la perturbación de la vigencia de la norma no va más allá del hecho o es reducido el riesgo de que se anuden otras conductas. Por tanto, el reconocimiento de la tercera vía supondría la posibilidad de acoger una consecuencia jurídica del delito diferente a la pena y la medida de seguridad, por medio de un equivalente funcional cuya aplicación tendría lugar a través del principio de oportunidad.

De este modo, en el marco de la tercera vía y sobre la base de la idea de la reparación como consecuencia jurídica y, en un ejercicio de unión con la teoría de la prevención general positiva de Jakobs, hemos propuesto una explicación que argumente la introducción del principio de oportunidad como instrumento para aplicar un equivalente funcional asentado en la idea de reafirmación de la vigencia de la norma, lo que permite operar con un concepto comunicativo de vigencia de la norma.

En este sentido, en la teoría de la prevención general positiva la pena permite el restablecimiento de la vigencia de la norma en un plano de comunicación social. Si bien, Jakobs también admite que no sería necesaria la pena cuando el autor procede de forma voluntaria a la reafirmación de la vigencia de la norma, mediante la asunción de su responsabilidad por el hecho, de manera que el *status quo* de la vigencia de la norma puesto en riesgo queda entonces salvaguardado, lo que permite operar con un concepto comunicativo de reparación que cumple con el fin de reafirmar la vigencia de la norma.

No obstante, dentro de la idea de reparación en sentido amplio que explica Jakobs como reparación que podría tener por fundamento la asunción de responsabilidad por el hecho, cita como ejemplo la reparación como composición entre autor y víctima, pero no lo identifica de forma absoluta con este supuesto, puesto que también admite como forma de reparación la resolución de conflictos informales donde se ofrece una disminución del *status* propio o una prestación especial. Tenemos, por tanto, que diferenciar ambos conceptos, aunque no sean excluyentes, es decir, aunque en la reparación de la vigencia de la norma se puedan incluir supuestos de composición como reparación entre autor-víctima u otros supuestos.

Debemos, por tanto, distinguir entre reparación de la vigencia de la norma y reparación de la víctima. Un ejemplo para su mejor comprensión podría apreciarse en los delitos donde no hay víctima. En estos casos, la idea de reparación de la víctima no puede funcionar, sin perjuicio de los efectos que la tercera vía pueda producir en todo tipo de delitos mediante la reparación de la vigencia de la norma como equivalente funcional, aplicado a través del instrumento del principio de oportunidad, con el fin de reafirmar la vigencia de la norma mediante la asunción de responsabilidad por el hecho.

No obstante lo anterior, el elemento esencial que diferencia a la reparación de la vigencia de la norma como tercera vía dentro de las consecuencias jurídicas del delito es su distinto fundamento. En nuestra opinión, pudiéramos entender que, si la pena se fundamenta en la culpabilidad, y las medidas de seguridad

se fundamentan en la peligrosidad, la reafirmación de la vigencia de la norma mediante la reparación se podría fundamentar en la asunción de la responsabilidad –que no de la culpabilidad– para afirmar dicha vigencia.

Es decir, la reafirmación de la vigencia de la norma por razón de la asunción de la responsabilidad voluntaria para afirmar su vigencia podrá tener lugar en aquellos supuestos donde quepa aplicar un equivalente funcional porque la perturbación de la vigencia de la norma no va más allá del hecho o esta podría ser leve cuando es reducido el riesgo de que se anuden otras conductas, de manera que el *status quo* de vigencia de la norma puesto en riesgo por el hecho queda entonces salvaguardado.

Conforme a este fundamento, el principio de oportunidad permitiría imponer un equivalente funcional que cumpliría con el efecto manifiesto de la pena de reafirmar la confianza en la vigencia de la norma, sin perjuicio de que también pudiera generar un efecto latente mediante la reparación de la víctima según el caso, que no debemos confundir con reparación de la vigencia de la norma.

La reparación como forma de articular la tercera vía no debiera ofrecer dudas desde la teoría de la prevención general positiva, ya que, según hemos expuesto, nada impide que actúe como una fórmula para reafirmar la vigencia de la norma a través de la aplicación de un equivalente funcional. Lo que nos interesa ahora es valorar si la reparación de la vigencia de la norma como equivalente funcional podría producirse mediante el principio de oportunidad.

Ya adelantamos nuestra respuesta afirmativa, pues, al superar la pena retributiva y acoger otras funciones de la pena, se puede admitir sin problemas que el principio de oportunidad actúe como un instrumento para establecer un sistema flexible que pueda propiciar la idea de reparación de la vigencia de la norma. Sin embargo, junto a esta afirmación, rápidamente nos surgen varias cuestiones, que pasamos a señalar.

Primera, debemos recordar que la pena solo puede imponerse sobre un sujeto culpable, pues no hay pena sin culpabilidad. Pero, además, en cuanto al principio de oportunidad, así viene exigido por la propia Recomendación n.º R (87) 18 del Consejo de Europa sobre procesos penales simplificados, cuando en su punto tercero dispone que la decisión de renunciar a la acusación, bajo este principio, sólo tiene lugar si la autoridad acusadora tiene pruebas suficientes de culpabilidad. Es decir, el principio de oportunidad como medio de solución de un conflicto penal solo puede aplicarse sobre un sujeto, en este caso, hipotéticamente culpable, toda vez que, un sujeto que no ha cometido un ilícito culpable no puede ser objeto de castigo, ya sea mediante una pena o mediante un equivalente funcional.

Segunda, la pena solo puede imponerse sobre un sujeto culpable en la medida de su culpabilidad como, además, también viene exigido por la propia Recomendación n.º R (87) 18 del Consejo de Europa sobre procesos penales simplificados, cuando en su punto quinto dispone que la autoridad competente, en el ejercicio de esta facultad, debe guiarse, de conformidad con su derecho interno, en particular por el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la

ley y la individualización de la justicia penal, y en especial por: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, entre otras. Es decir, el principio de oportunidad como medio de solución de un conflicto penal solo puede aplicarse sobre un sujeto hipotéticamente culpable en la medida justa de su gravedad, toda vez que, la consecuencia del delito, ya sea una pena o un equivalente funcional, debe ser proporcional a la gravedad.

Como es de imaginar, ambas cuestiones nos llevan al principio de culpabilidad, al ser el único que nos permite aplicar el principio de oportunidad sobre un sujeto hipotéticamente culpable y en su justa medida, limitando así el poder del Estado legitimado para el ejercicio del *ius puniendi*. Se produce, por tanto, un punto de unión entre límite y legitimación del poder.

Como decíamos, las teorías de la pena analizan la legitimación que tiene el Estado para poder justificar el ejercicio del *ius puniendi* sobre sus ciudadanos a través de la aplicación del Derecho penal y procesal. Sin embargo, la aplicación de este *ius puniendi* por un Estado legitimado no puede ser absoluto, sino que se encuentra limitado como consecuencia de la comisión de un ilícito concreto donde surge el importante problema de la libertad o determinación del actuar humano, pues no parece justo que se imponga una pena o su equivalente funcional a una persona que no era libre en su actuar, sino que estaba determinado en sus actos.

La importancia de este problema sobre la libertad de la persona alcanza gran importancia en nuestra investigación sobre el principio de oportunidad, toda vez que la pena solo puede ser impuesta a un sujeto culpable, y para valorar esa culpabilidad debemos solucionar este problema sobre la libertad, lo que afecta en consecuencia al equivalente funcional.

De esta forma, si consideramos que el Estado está legitimado para ejercer su *ius puniendi* sobre un sujeto que ha quebrantado la vigencia de la norma, pero en dicho quebranto no era libre, sino que actuaba determinado, no sería justo imponer una pena porque el poder del Estado estaría limitado por el principio de culpabilidad, que impide imponer una pena si no está fundamentada en la culpabilidad del sujeto, conforme al aforismo «sin culpabilidad no hay pena».

Como vemos, legitimación y limitación del poder están íntimamente vinculados, entremezclándose continuamente sus efectos, ya que necesitamos legitimar al Estado para imponer una pena, pero la imposición de dicha pena está limitada a un sujeto culpable en su justa medida conforme al principio de culpabilidad.

Por tanto, la solución que aportemos sobre el problema de la libertad humana afectará tanto a la legitimación del Estado para su ejercicio del *ius puniendi* cuando de imponer una pena o su equivalente funcional mediante el principio de oportunidad se trata, como al propio principio de culpabilidad como límite.

Por estos motivos, en este trabajo hemos examinado sucintamente cómo se ha tratado de resolver por los autores más representativos de cada corriente el problema de la libertad del individuo para exigirle culpabilidad por sus actos,



atribución necesaria para justificar la imposición de una pena o su equivalente funcional.

De las posturas tradicionales y actuales de los autores que hemos expuesto puede valorarse una tendencia a tratar de proponer un concepto de culpabilidad alejado del problema del axioma de la libertad de la persona, debido a que la construcción de un sistema penal-procesal sobre un elemento absolutamente indemostrable afecta a su legitimidad.

Ello es así porque cuando decimos que sin culpabilidad no hay pena, dicha culpabilidad debe estar asentada en un sistema que no dependa de la libertad humana, pues si no hay libertad no hay culpabilidad y, en consecuencia, no hay pena. Pero si solucionamos el problema de la libertad humana y aportamos un concepto de culpabilidad libre de dicho problema, entonces podremos imponer una pena a un sujeto culpable.

De manera que, por un lado, la pena solo se puede imponer por un Estado legitimado para el ejercicio del *ius puniendi*, siendo que esta legitimación se explica por las teorías de la pena, en cuyo caso, acogiendo la teoría de la prevención general positiva se legitima la pena por su función de mantener la vigencia de la norma.

No obstante, por otro lado, la culpabilidad está afectada por los fines que legitiman la pena, ya que, en el caso de la teoría de la prevención general positiva, solo puede imponerse una pena fundamentada en el sujeto que culpablemente ha infringido la norma por falta de fidelidad al Derecho y en la medida necesaria para estabilizar la vigencia de la norma.

En conclusión, la culpabilidad como fundamento y medida de la pena actúa de límite al ejercicio legítimo del *ius puniendi* del Estado, mientras que la teoría de legitimación de la pena actúa de límite sobre el principio de culpabilidad. Es decir, principio de culpabilidad y teoría de la legitimación se limitan mutuamente al encontrarse entrelazados la culpabilidad y fines de la pena, y ambos se encuentran, asimismo, afectados por el problema de la libertad humana.

Por ello, ante este avance de la ciencia penal-procesal, debemos continuar con el estudio del principio de culpabilidad en su relación con la teoría de la prevención general positiva, una vez que, a través de ello, hemos superado el problema de la libertad.

En cuanto al principio de culpabilidad como fundamento de la pena, si la imputación objetiva permite identificar al ser-incumbente, de manera que el sujeto solo responderá de las consecuencias de su acción que, debido a que su posición de garante, se encuentren fuera del riesgo permitido como límite a la imputación objetiva en su rol de ciudadano; y la imputación subjetiva estandariza la fidelidad suficiente al Derecho confiada solo al sujeto en el marco de su competencia individual de organización, fuera de los casos de naturaleza, y no de toda la sociedad; esta unión entre la imputación objetiva y la imputación subjetiva a mediante el proceso comunicativo permite identificar la culpabilidad funcional cuando la vigencia de la norma se quebranta por la falta de fidelidad al Derecho

del ciudadano, que se objetiva mediante la imposición de una pena que permite ratificar la norma.

Es decir, esta teoría atiende a un concepto de persona amplio alejado del tradicional concepto psico-físico, que permite atribuir una culpabilidad funcional, definida como la falta imputable de fidelidad al Derecho, conforme a la imputación subjetiva del sujeto con conciencia propia competente en el plano comunicativo por estar dispuesto jurídicamente, e imputable objetivamente conforme a su rol de ciudadano, de forma que si el hecho se objetiva al ser más que una simple afirmación, la culpabilidad también ha de objetivarse a través de la imposición de la pena, lo que permite conocer cuando se cumple el derecho y cuando se vulnera la vigencia de la norma, mediante la función abierta que se produce en la comunicación personal.

Por tanto, debemos mantener un concepto funcional de persona amplio que, alejado del tradicional concepto psico-físico, permita atribuir culpabilidad funcional a la persona tanto física como jurídica, entendiendo que si la culpabilidad es la falta imputable de fidelidad al Derecho, y entonces solo resulta culpable el sujeto con conciencia propia competente en el plano comunicativo, nada impide considerar que la persona jurídica, también definida por su incorporación a la sociedad como sujeto de derechos y deberes, pueda gozar de esa conciencia propia competente en el plano comunicativo que le sea atribuible de forma prejurídica según su rol, donde en vez de atribuirse un rol de ciudadano, será posible atribuir un rol de persona jurídica.

En cuanto al principio de culpabilidad en su faceta de medida de la pena, una vez fundamentada la pena debemos limitar su imposición a la medida que resulte proporcional a la gravedad de la culpabilidad, pues solo una pena que se impone en su justa medida, prohibiendo su exceso y respetando, a su vez, el principio *non bis in idem*, es conforme al principio de culpabilidad que, dentro del Estado de Derecho, protege la dignidad de la persona, toda vez que la culpabilidad no solo va a servir de límite para establecer la pena merecida, sino también la pena necesaria.

Junto a lo anterior, en estas páginas debemos mantener nuestra postura, acorde con las garantías reconocidas en un Estado de Derecho, por la que asumimos que la función del principio de oportunidad como instrumento para aplicar un equivalente funcional, conforme a la teoría de la prevención general positiva, exige como límite que su imposición recaiga sobre un sujeto hipotéticamente culpable y en la medida justa de gravedad, para cuya valoración debemos acudir al principio de culpabilidad en sus dos facetas, como fundamento de la pena y como medida de la pena, que se erige como garante protector de la dignidad y que, a su vez, se encuentra afectado por el principio de proporcionalidad.

Por tanto, atendiendo al límite que impone el principio de proporcionalidad en la aplicación de la denominada prohibición de exceso, dentro de la faceta de medida de la pena del principio de culpabilidad, donde la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, pero sin excederse de los límites exigibles, consideramos que el principio de oportunidad debe ser analizado a los efectos de valorar si su aplicación es proporcional.

Así, por un lado, en un sentido general consideramos que el principio de oportunidad puede considerarse una medida proporcional, toda vez que permite dar virtualidad a la tercera vía, al aplicar un equivalente funcional de la pena en consonancia con el principio de culpabilidad que actúa como límite al Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, mediante el cual se adopta una consecuencia jurídica del delito que respeta la dignidad de la persona en contraposición a la pena como forma más grave de castigo.

Por otro lado, desde un sentido particular, también debemos atender a la perspectiva de la aplicación del principio de oportunidad al caso concreto donde, para poder aplicarse, se deberá valorar la medida justa de la gravedad de la hipotética culpabilidad en la vulneración de la vigencia de la norma, de manera que el principio de oportunidad aplique el equivalente funcional más proporcional conforme al principio de culpabilidad como medida de la pena, dando con ello cumplimiento la prohibición de exceso.

En atención a lo expuesto, para concretar el *quantum* de la pena Jakobs considera que únicamente puede funcionar como teoría subsidiaria la prevención especial, ninguna más, para lo cual debemos acudir al concepto de necesidad de la pena acuñado por Roxin, si bien, antes debemos concretar el problema consistente en la diferencia entre la medida exacta de pena o dentro de un arco de medición.

De la palabras de Roxin podemos extraer que, con independencia de la existencia de una teoría a favor de la pena exacta y otra teoría a favor de un margen de libertad, Roxin defiende esta última, donde se permite un margen de libertad dentro de un arco de medida, rechazando de forma absoluta la teoría de la pena exacta, toda vez que la teoría del margen de libertad permite un mejor ajuste en la individualización de la pena en atención al grado de culpabilidad según el fin político-criminal que se ha de conseguir. En este marco, Roxin distingue entre merecimiento y necesidad de pena para referirse, por un lado, a la pena que se merece al cometer una conducta típica, antijurídica y culpable, y, por otro lado, a la pena que es necesaria por razón de una necesidad preventiva de punición.

Trasladando estas ideas a nuestra investigación, podemos entender que cuando un sujeto comete una conducta típica, antijurídica y culpable, merece una pena de forma que la pena está fundamentada en la culpabilidad del sujeto. Pero, acudiendo a la determinación de la medida de la pena conforme a la culpabilidad, a efectos de establecer el *quantum* o individualización correspondiente, habrá que valorar si la pena es necesaria en atención a los fines de la culpabilidad que, en nuestro caso, se corresponden con el restablecimiento de la vigencia de la norma.

De este modo, uniendo la teoría de la necesidad de la pena de Roxin a los fines de la pena de la teoría preventivo general positiva de Jakobs, podemos mantener que dentro de la faceta del principio de culpabilidad como medida de la pena, asumiendo la teoría del margen de libertad, si la culpabilidad no puede legitimar por sí sola la imposición de una pena, sino que la pena debe ser necesaria y, además, la culpabilidad está afectada por los fines que legitiman la pena,

en el caso de la teoría de la prevención general positiva solo se merece una pena el sujeto culpable por haber faltado a la fidelidad de la norma conforme a su rol establecido, y en la medida necesaria para estabilizar la vigencia de la norma.

Y, dentro del *quantum* o individualización en particular, al no existir una magnitud o cantidad penal que guarde una correspondencia exacta con el grado de culpabilidad, la pena tiene un arco o margen de libertad en su graduación que solo encuentra su límite en el grado máximo de pena adecuada a la culpabilidad, pero sin necesidad de imponer exactamente ese grado máximo, sino que puede moverse libremente dentro de ese arco en función de la necesidad de la pena por razón de los fines que persigue la culpabilidad.

Siguiendo este hilo de ideas, si para aplicar una pena merecida, además, ésta debe ser necesaria por razón de sus fines, podemos entender que, si la pena no es necesaria, podremos aplicar el principio de oportunidad. En consecuencia, dentro de la faceta de medida de la pena del principio de culpabilidad puede suceder que, conforme a la legalidad, imponamos una pena, o puede suceder que, conforme al principio de oportunidad, apliquemos un equivalente funcional.

Por tanto, ambas facetas del principio de culpabilidad son imprescindibles para poder imponer una pena al sujeto, motivo por el cual ambas facetas también resultan imprescindibles si, en vez de una pena, queremos aplicar un equivalente funcional en la forma ya explicada, por lo que no podemos prescindir de ninguna de sus dos facetas.

De este modo, si elevamos a categoría constitucional al principio de oportunidad por su vinculación con el principio de culpabilidad en sus dos facetas y con los fines de la pena, podemos considerar que su introducción supone una decisión legítima, toda vez que se trataría de una decisión del pueblo español cuya aceptación reside en su vinculación con el Estado de Derecho a través de la Constitución Española y el proceso por ésta establecido para tomar la decisión de opción de política criminal adoptada por el Legislador constitucionalmente legitimado por el poder constituyente.

Culpabilidad y pena están íntimamente relacionadas, ya que el principio de culpabilidad como límite sólo permite que a una persona, física o jurídica, por razón del rol que se le otorga, se le pueda aplicar una pena cuando ha quebrado la vigencia de la norma, por su falta de fidelidad como fundamento de la pena, pero, además, la medida de la pena legitimada no puede exceder de la precisa para restablecer la confianza, debiendo imponer la pena de forma limitada en su justa medida.

La tercera vía instrumentaliza el uso del principio de oportunidad para reafirmar la vigencia de la norma infringida a través de la imposición de un equivalente funcional de la pena que, además, exige que se imponga conforme al principio de culpabilidad, es decir, sobre un sujeto hipotéticamente culpable y en la medida exacta de gravedad. Lo anterior es consecuencia de que el Estado solo puede ejercer el *ius puniendi* cuando está legitimado, y para legitimar al Estado

debemos acudir a las teorías de la pena que, conforme a la teoría de la prevención general positiva, introduce la triada «pena, medida de seguridad y tercera vía».

Por tanto, si la tercera vía nos permite utilizar el principio de oportunidad para aplicar un equivalente funcional, fundamentado en el reconocimiento de la responsabilidad que produzca la reafirmación de la vigencia de la norma de forma voluntaria, pero el equivalente funcional solo puede imponerse sobre un sujeto hipotéticamente culpable y en su justa medida, en consecuencia, solo a través del límite del principio de culpabilidad podemos aplicar el equivalente funcional que corresponda conforme al principio de oportunidad.

Razones estas por la que consideramos que, si bien el principio de oportunidad tiene entrada mediante la teoría de la prevención general positiva, su aplicación se produce por vía del principio de culpabilidad, de lo que concluimos su vinculación a este principio.

Lo anterior, en relación con los fines de la pena, unido a que el principio de oportunidad se encuentra íntimamente relacionado con el principio de culpabilidad cuyo reconocimiento goza de nivel Constitucional como principio estructural básico del ordenamiento jurídico, y que conforme a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debemos realizar una interpretación a favor del principio de oportunidad, negando que su aplicación vulnere el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por aplicación del artículo 10.2 de la Constitución Española, nuestros derechos procesales equivalentes, nos lleva a proclamar el reconocimiento constitucional que debe concederse al principio de oportunidad.

En definitiva, el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad resulta de suma importancia, pues si el principio de oportunidad se encuentra íntimamente vinculado a dicho principio, así como con los fines de la pena reconocidos de forma amplia en el artículo 25 de la Constitución Española, su reconocimiento también debería elevarse a nivel constitucional con fundamento en la dignidad de la persona, mediante una proclamación al máximo rango dentro de la jerarquía normativa.

La clave, por tanto, se encuentra en la figura de la reparación de la vigencia de la norma que completa la triada «pena, medida de seguridad y tercera vía», aplicable a través del principio de oportunidad como equivalente funcional conforme a la teoría de la prevención general positiva que encuentra su amparo en los artículos 10 y 25 de la Constitución, como admite la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991, en cuanto al carácter abierto del texto constitucional sobre las teorías de la pena.

Con este argumento, proponemos introducir el principio de oportunidad como una forma de dar entrada a la tercera vía mediante la aplicación de un equivalente funcional, que cumple con el fin de reafirmar la confianza en la vigencia de la norma quebrada de forma voluntaria, sobre la base de un poder del Estado legitimado, pero, además, limitado conforme al principio de culpabilidad tanto en su faceta de fundamento de la pena, como también en su faceta de medida de la pena. Así, junto a la imposición de una pena o medida de seguridad,

el principio de oportunidad permitiría imponer un equivalente funcional que cumpliría con el efecto manifiesto de la pena de reafirmar la confianza en la vigencia de la norma, sin perjuicio de que también pudiera generar un efecto latente mediante la reparación de la víctima según el caso.

Por tanto, no existiendo ningún impedimento constitucional a la teoría de la prevención general positiva y, con ello, al principio de oportunidad vinculado al principio de culpabilidad donde, por un lado, se mantiene un concepto funcional de la culpabilidad en la faceta de fundamento de la pena y, por otro, se gradúa también el equivalente funcional en la faceta de medida de la pena, nos resta simplemente valorar si el principio de oportunidad verdaderamente cumple este cometido.

Siguiendo este hilo de ideas, en un sistema penal-procesal donde rige el principio de oportunidad, la tercera vía permite introducir un equivalente funcional que es acorde con la culpabilidad hipotética de la persona, y no sobrepasa la medida de la culpabilidad, de manera que se cumple con la finalidad de la prevención general positiva de reafirmar la vigencia de la norma conforme con la prohibición de exceso en la intervención del poder público, en un marco de seguridad jurídica que permite alcanzar el valor de justicia a través del principio de culpabilidad que materializa el principio de oportunidad en salvaguarda de la dignidad de la persona.

Por tanto, desde una idea integradora del aspecto político-criminal en el sistema penal-procesal, nada impide la imposición de un equivalente funcional por aplicación del principio de oportunidad, pues permite que el órgano de acusación pública, revestido de todas las garantías constitucionales y legales, goce de la facultad de no ejercitar la acción penal, sin que ello signifique despenalizar *ah doc* un tipo delictivo.

Así, dentro de un sistema que supera la pena retributiva y admite otras consecuencias jurídicas del delito, surgen modelos no coactivos donde, en este supuesto, el Ministerio Fiscal en aplicación del principio de oportunidad decida no ejercer la acción penal evitando con ello el inicio del proceso, con fundamento en la reafirmación de la vigencia de la norma que realiza el sujeto al asumir la responsabilidad; como punto final podemos concluir que su admisión y adopción constituye una decisión de pura legalidad, con base en un criterio de política criminal, sin necesidad de modificar nuestra legislación actual.

De esta manera, y como no puede ser de otro modo, al atribuir esta facultad al Ministerio Fiscal, el primer artículo que ampara su actuación es el 124 de la Constitución Española, respecto del cual, en cumplimiento de lo dispuesto en su apartado tercero, nos remite a la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y, en particular, en el ejercicio de la acción penal, el artículo de referencia se corresponde con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable sin necesidad de ninguna modificación.

Expuesto lo anterior, y con el objetivo de formular una aplicación práctica del principio de oportunidad como conclusión de todo el trabajo teórico, también hemos hecho una breve mención al tratamiento del principio de oportunidad

desde el Derecho comparado de los sistemas penales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y EE.UU. Asimismo, para completar el estudio del principio de oportunidad, hemos analizado una serie de figuras que nos interesan a efectos de aportar dicha solución al contenido que pudiera integrar el principio de oportunidad en el sistema penal-procesal español, que además son indicativos de una realidad latente que no se compagina bien con la postura de reacción y oposición que mantiene una parte de la doctrina española en cuanto a la admisión del principio de oportunidad, como son la Ley de Responsabilidad del Menor y la Fiscalía Europea, de manera que observamos cómo desde muy diversos ámbitos se trata de apostar por fórmulas diferentes para luchar contra la criminalidad.

Pese a todos estos avances, y al margen del reciente reconocimiento del principio de culpabilidad, es ahora, en el momento en que surge la discusión sobre el principio de oportunidad, cuando parece que la doctrina intenta oponer la culpabilidad para aplicar la pena, cuando en realidad lo que quieren es perpetuar una pena basada en una pura idea de retribución que es el sistema que se ha venido manteniendo con anterioridad mediante una responsabilidad objetiva y por el resultado, más aún cuando, precisamente, el principio de oportunidad se encuentra absolutamente vinculado al principio de culpabilidad lo que demuestra lo infundado de esta postura de oposición, ya que ambos, principio de culpabilidad y, por vinculación, principio de oportunidad, garantizan la protección de la dignidad de la persona.

Por estos motivos, debemos insistir en que la solución para integrar el principio de oportunidad debe cumplir con los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, por suponer una manifestación y garantía del Estado de Derecho, en especial respecto de la protección de la dignidad de la persona, de conformidad con la Constitución Española.

Precisamente, a través del principio de oportunidad se promueve una fórmula de resolución de conflictos penales donde, en vez de ser el Estado el que se atribuye las decisiones sobre el sujeto, en cuyo caso la persona queda reducida a un mero objeto, sea la persona la que pueda decidir y decida sobre su destino en garantía y protección de su dignidad, mediante la reafirmación voluntaria de la vigencia de la norma por motivo de su asunción de la responsabilidad.

Por tanto, si es el Estado el legitimado para el ejercicio del *ius puniendi*, éste puede establecer que, como regla general, se aplique el Código Penal conforme a la legalidad, o bien, como regla particular, se aplique el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal.

Es, por tanto, el momento de aportar soluciones que nos permitan avanzar en un plano tan relevante como el Derecho penal y el Derecho procesal, por su especial incidencia sobre la dignidad de la persona, por lo que consideramos que nuestra pretensión de proponer una fórmula completa del principio de culpabilidad basado en la teoría de la prevención general positiva, donde a través del principio de oportunidad se dé virtualidad a la tercera vía, por medio del cual se aplique un equivalente funcional que permita cumplir con el fin de reafirmar la vigencia de la norma, todo ello al margen del problema de la libertad, resulta una solución factible a considerar.

Por último, en el apartado conclusiones se resumen el conjunto de aportaciones realizadas, así como las propuestas que se consideran necesarias para alcanzar su logro de cara al futuro. Por todas estas razones, para obtener las conclusiones de esta tesis, ha sido necesario enfocar el estudio del principio de oportunidad tanto desde el punto de vista del Derecho penal como desde el Derecho procesal, motivo por el cual el trabajo, aunque se ha dividido en dos ramas, ambas se intercalan y estudian de forma conjunta, introduciéndose aportaciones inéditas correspondiente a cada una de estas materias, así como el punto de unión de ambas.

#### **IV. Resumen de las conclusiones**

En conclusión, y como solución práctica al estudio resultante de esta investigación, proponemos la introducción de un principio de oportunidad discrecional atribuido al Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, cuya aplicación podrá ser con o sin condiciones en función del caso. Por otro lado, el Tribunal asumirá la función de órgano de garantías que conecta con la protección que se reconoce al investigado, a la víctima o perjudicado; el responsable debe aceptar o al menos no impedir o rechazar la aplicación del principio de oportunidad a efectos de reafirmar de forma voluntaria la vigencia de la norma, sin que esta asunción de responsabilidad directa o indirecta suponga asunción de culpabilidad.

Como parámetro para valorar la aplicación del principio de oportunidad hemos acogido el interés público atendiendo al límite que impone el principio de proporcionalidad, donde la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, pero sin excederse de los límites exigibles, concretando como criterios de medición la severidad de la pena, la innecesaria injerencia, y los motivos políticos.

#### **V. Referencia a la publicación asociada a la tesis**

Brevemente indicar que, en cuanto a la publicación asociada a la tesis, que lleva por título «Antijuridicidad en su relación con la culpabilidad», versa sobre un aspecto relacionado con el principio de culpabilidad, pero que, por razón del tema principal de estudio, solo ha sido tratado en sus aspectos más relacionados con el objeto de la tesis, sin perjuicio de una mayor profundización que pueda realizarse en un futuro, como complemento al presente trabajo de investigación doctoral.