

LA “CONFORMIDAD” EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL¹

José Manuel CHOZAS ALONSO

SUMARIO: I. *Delimitación temática.* II. *El instituto de la conformidad en la actual regulación del proceso penal español.* III. *El auge de la “justicia penal negociada”: un pretendido y generalizado remedio frente a la crisis de la justicia penal.* IV. *Algunas reflexiones críticas en torno a la conformidad.*

I. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El presente trabajo pretende abordar un tema que desde hace ya mucho tiempo está haciendo correr ríos de tinta en el seno de la doctrina científica española, así como apasionados debates entre los profesionales encargados más o menos directamente de administrar justicia o, al menos, de colaborar con ella: jueces, fiscales, abogados, etcétera. Me estoy refiriendo a la llamada *conformidad del acusado en el proceso penal*.²

La *conformidad del acusado*, que en otros ordenamientos, naturalmente, *mutatis mutandi*, es denominada *plea bargaining*, *guilty plea* (Estados Unidos), *absprache* (Alemania), *patteggiamenti* (Italia), etcéte-

¹ Este texto ha sido elaborado en el seno del Proyecto de Investigación I+D, sobre el tema “La persecución procesal de la criminalidad organizada” (BJU 2000-0774), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de España, y sirvió de base a la ponencia que con idéntico título presenté a las II Jornadas de Otoño España-México de Derecho Procesal Penal, celebradas los días 22 a 25 de septiembre de 2003, organizadas por el Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial de México.

² Véanse sobre esta cuestión, entre otros trabajos monográficos, y con abundantes referencias bibliográfica: Aguilera Morales, M., *El principio del consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Barcelona, Cedecs, 1998; Barona Vilar, S., *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

ra, es una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva del proceso penal otorga su consentimiento, que vincula al tribunal, para que se le imponga la pena solicitada por la parte acusadora, o la más grave de las pedidas si fueran varias las acusaciones (Ministerio Fiscal y acusador particular, por ejemplo). Lógicamente, extrayendo el acusado algún beneficio a cambio.

No es este ni el momento ni el lugar más adecuado para realizar una prolífica disección dogmática de esta discutida y discutible figura procesal penal, pero sí para ofrecer, por una parte, un esbozo panorámico de su regulación legal en España, antes y después de la última reforma legislativa operada en nuestro proceso penal por la Ley 38/2002, del 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (coloquialmente denominada Ley de los “juicios rápidos”) y por la Ley Orgánica 8/2002, de igual fecha, complementaria de la anterior. Y por otra, posteriormente, apuntaré algunas consideraciones críticas más generales sobre la, a mi juicio, excesiva utilización del sistema de la conformidad que se ha ido imponiendo en la práctica judicial española durante los últimos años.

II. EL INSTITUTO DE LA CONFORMIDAD EN LA ACTUAL REGULACIÓN DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Como es sabido, el ordenamiento jurídico español no contempla un único proceso penal para el enjuiciamiento de todas las conductas delictivas. Simplificando el panorama procedural penal establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante, LECRIM), nos encontramos con dos *procesos ordinarios*³ para enjuiciar los delitos tipificados en el Código Penal de 1995: por una parte, el llamado *proceso*

³ Compartimos la opinión de Aragoneses Martínez, S. y Tomé García, J. A. (con De la Oliva Santos, A., Hinojosa Segovia, R. y Muerza Esparza, J.), *Derecho procesal penal*, 5a. ed, Madrid, CERA, 2002, p. 288, que consideran como *procesos ordinarios* aquellos que “pensados para hipótesis generales, responden a un criterio cuantitativo, cual es el de la gravedad de la pena con la que el delito está castigado en la ley sustancial. Los *procesos especiales* atienden, en cambio, a circunstancias específicas de distinta índole (generalmente, la persona del encausado o el tipo de delito)”.

por delitos graves (regulado minuciosamente en los libros II y III de la LECRIM), que tiene por objeto los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años, salvo aquellos cuyo conocimiento corresponde al Tribunal del Jurado, y por otra, el llamado *procedimiento abreviado para determinados delitos* (regulado curiosamente en el libro IV, LECRIM —artículos 779 y ss.— entre los procesos especiales, a pesar de tratarse de un proceso ordinario⁴), para el enjuiciamiento de los delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a nueve años, o con cualquier otra de distinta naturaleza, independientemente de su cuantía o duración. Finalmente, el legislador español regula el llamado *juicio de faltas* (libro VI, LECRIM, artículos 962-977), para enjuiciar este tipo de ilícitos que la ley castiga con pena leve, nunca privativa de libertad (privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año; privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año; multa de cinco días a dos meses; trabajos en beneficio de la comunidad de diecisésis a noventa y seis horas, etcétera), siempre que su comisión no estuviese relacionada con un delito sometido a otro procedimiento más grave (artículo 14.3, LECRIM).

Por otra parte, la legislación procesal penal regula una serie de procesos especiales, entre los que cabe destacar, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, los siguientes: el *proceso ante el Tribunal del Jurado* (regulado en la Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo), cuya especialidad radica, aparte de la propia configuración del tribunal popular, en que sólo conoce de determinados delitos estrictamente tasados⁵ (especialidad por razón de la materia); el *proceso de menores* (reglamentado en la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), a través del cual se enjuician, con

⁴ Véase nota anterior.

⁵ En concreto, al apartado segundo del artículo 1o. de la LO 5/95 delimita la competencia del Tribunal del Jurado al conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: homicidio (artículos 138-140); De las amenazas (artículo 169.1); De la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196); Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204); De los incendios forestales (artículos 352-354); De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413-415); Del cohecho (artículos 419-426); Del tráfico de influencias (artículos 428-430); De la malversación de caudales públicos (artículos 432-434); De los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436-438); De las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos (artículos 439 y 440); y De la infidelidad en la custodia de los presos (artículo 471).

carácter general, los delitos y faltas cometidos por jóvenes comprendidos entre los catorce y los dieciocho años (especialidad por razón de las personas), y, finalmente, las ya citadas Ley 38/2002, del 24 de octubre, y la Ley Orgánica 8/2002, de igual fecha, complementaria de la anterior, han introducido en el ordenamiento procesal español la nueva modalidad de los “juicios rápidos”. Por “juicios rápidos” cabe entender un proceso especial por razón del objeto, aplicable a los delitos flagrantes o con instrucción muy sencilla, especialmente los relacionados con la violencia doméstica (también denominada “de género”) y los delitos contra la seguridad del tráfico y de hurto y/o robo de vehículos a motor, en los que su autor sea detenido o esté a disposición del juez, que el proceso haya comenzado mediante atestado policial y que el tipo delictivo, cualquiera que fuera, no exceda de los cinco años de pena privativa de libertad, o de diez años si se tratara de otro tipo de pena.

Pues bien, ante este amplio panorama de tipos de enjuiciamiento, la LECRIM no regula la institución de la conformidad de forma general, sino distinguiendo los procedimientos, aunque con un paralelismo en todo lo esencial. Las divergencias procedimentales, como después veremos, se acentúan nídicamente en la reforma de 2002.

- 1. Las modalidades de conformidad del acusado en el procedimiento penal ordinario, en el abreviado y en el juicio de faltas*

- A. La conformidad del acusado en el procedimiento penal ordinario por delitos graves*

El proceso penal ordinario para delitos graves, que sigue siendo hoy en día el proceso tipo y común en materia penal, esto es, de aplicación supletoria a los procesos (especiales) que no tengan señalada alguna tramitación específica, tiene la siguiente estructura tripartita: a) una fase preliminar (llamada “sumario”),⁶ que se desarrolla ante un juez de ins-

⁶ Según establece el artículo 299, LECRIM, “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

trucción; b) concluida la fase de instrucción se incia la llamada *fase intermedia*, que se sitúa entre la preparación del juicio y el juicio oral. El órgano jurisdiccional competente para conocer de esta fase procesal es el tribunal sentenciador (normalmente la audiencia provincial) y tiene una doble finalidad: 1o.) comprobar si la anterior fase de instrucción ha concluido correctamente o no, es decir, si es necesario o no practicar nuevas diligencias que completen el material instructorio, y 2o.) determinar si concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral (o, en caso contrario, ordenar el sobreseimiento de la causa); c) tras la realización de la fase intermedia, y una vez que el tribunal sentenciador dicta el auto mediante el cual decreta la apertura del juicio comienza la tercera, y decisiva, fase del proceso, denominada *fase decisoria, plenario o juicio oral*.⁷

Pues bien, en este procedimiento ordinario se contemplan dos momentos procesales para que el acusado manifieste su conformidad, ambos dentro de la fase de juicio oral: a) en el escrito de calificación provisional⁸ de la defensa (previsto en el artículo 655), y b) el que se verifica al comienzo de las sesiones del juicio propiamente dicho (artículos 688.2 a 700, LECRIM), confesión oral.

En ambos casos la conformidad se presenta como un acto procesal de la parte pasiva (el acusado y su abogado⁹), por el que ésta manifiesta su voluntad de aceptar el contenido íntegro del escrito de calificación provisional de la acusación (o de la acusación más grave, si fuesen varias), y, en virtud del cual, sin necesidad de juicio oral, puede dictarse directamente una sentencia condenatoria. Sucede, sin embargo, que es requisito esencial para que se produzca lo anterior que la pena pedida por las partes acusadoras no

⁷ Una vez concluido el juicio oral, tras dictarse la sentencia podemos encontrarnos con una cuarta fase procesal, contingente, a diferencia de las tres anteriormente aludidas, que es la llamada *fase de impugnación*, si alguna de las partes del proceso interpone un recurso de casación. Y si, finalmente, una sentencia condenatoria deviene firme, se abre la fase de ejecución de la sentencia.

⁸ En el proceso ordinario, una vez decretada la apertura del juicio oral, se da traslado de las actuaciones a las partes acusadoras y acusadas (por su orden) para que, sucesivamente, presenten sus escritos de calificación provisional de los hechos, en los que han de formular sus pretensiones y, en su caso, proponer las pruebas de que intenten valerse.

⁹ La función que desempeña el abogado del acusado en el acto de la conformidad sobrepasa las fronteras de su habitual labor de director técnico de la defensa, pasando a convertirse en un complemento necesario de la voluntad del acusado, sin el cual aquel acto carecería de validez. Véase Aguilera Morales, M., *op. cit.*, p. 80.

exceda de “pena correccional” (en la actualidad, el equivalente a seis años de privación de libertad).¹⁰ Ello supone que en el proceso ordinario, como señala Tomé García,¹¹ la conformidad “sólo puede tener lugar en supuestos excepcionales en los que, a pesar de enjuiciarse conductas delictivas castigadas con penas superiores, la petición más grave de las partes acusadoras no excediere de seis años (como consecuencia, por ejemplo, de la aplicación de atenuantes o eximentes incompletas)” —y cabría añadir, a nuestro juicio, aquellos supuestos en que a través del cauce del proceso ordinario se están enjuiciando delitos conexos de menor entidad junto a otros ilícitos más graves.

B. La conformidad del acusado en el procedimiento penal abreviado para determinados delitos

La Ley Orgánica 7/1988, del 28 de diciembre, que introdujo el *procedimiento abreviado* en el panorama procesal penal español, ensanchó la tipología y los momentos procesales para eventuales conformidades, no siempre con eficacia extintiva respecto del proceso, pero ahora, tras la reforma operada por la Ley 38/2002, del 24 de octubre, el panorama de la conformidad se ha ampliado aún más.

En efecto, en este tipo de proceso, de estructura similar al ordinario —fase de instrucción (aquí denominada “diligencias previas”); fase intermedia (en este caso sustanciada ante el juez que instruye la causa) y juicio oral ante el tribunal sentenciador—, las posibilidades que tiene el acusado para *conformarse* son las siguientes:

¹⁰ Así lo considera la Fiscalía General del Estado –circular 2/1996, del 22 de mayo, sobre la incidencia del Código Penal de 1995 en el enjuiciamiento de hechos anteriores–: “...para el procedimiento ordinario, la LECRIM habla de pena correccional (artículos 655 y 688), con una terminología arcaica y ya desaparecida... y teniendo en cuenta que las referencias a las ‘penas correccionales’ han quedado ya vacías de contenido, se entiende como criterio más correcto... considerar que cabrá la conformidad siempre que la pena solicitada no sobrepase los seis años...”.

¹¹ Tomé García, J. A. (con De la Oliva Santos, A., Argoneses Martínez, S., Hinojosa Segovia, R. y Muerza Esparza, J.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 448.

a) La conformidad exteriorizada en el escrito de calificación provisional de la defensa, a través del juego combinado de los artículos 784.3 y 787, LECRIM.¹² El primero dispone:

En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787.

Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1.

Así pues, hasta el inicio de las sesiones del juicio oral es factible proceder a una conformidad formalizada conjuntamente entre acusación y defensa, lo cual comporta una gran flexibilidad procesal, y a buen seguro va a servir para que abunden más las conformidades.

Por su parte, como establece la LECRIM, la conformidad también puede ser prestada sin más en un escrito autónomo de defensa. Esta modalidad, como señala Del Moral García,¹³ “está condenada a ser un supuesto muy residual, pues normalmente la defensa intentará conseguir un acuerdo con el Fiscal que se refleje en un escrito conjunto y que suponga de una u otra forma alguna rebaja frente a la acusación inicial”.

Hay que advertir, no obstante, que este escrito de conformidad no consiste, sin más, en unas conclusiones correlativas con las del fiscal y

¹² Estos preceptos vienen a sustituir a la regulación anterior, prevista en el antiguo, y ya derogado, artículo 791.3, LECRIM, que premitía al acusado respaldar la pena solicitada por la parte acusadora, en su escrito de calificación provisional. A su vez, sobre la base del citado precepto cabían dos manifestaciones de la conformidad que, aunque proceduralmente tenían efectos muy similares, revelaban una diferente génesis:

1o. La conformidad junto al escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Esta modalidad presuponía necesariamente, aunque no lo dijera la ley, contactos y conversaciones extraprocesales entre las acusaciones y las defensas, con intervención activa de éstas en aras de llegar a un acuerdo sobre los hechos, sobre la calificación jurídica y, sobre todo, sobre la pena que se iba a solicitar.

2o. La que aparecía en la propia calificación provisional de la defensa y que, en principio, obedecía a una actitud espontánea, más que al resultado de unas negociaciones informales previas.

¹³ Del Moral García, A., “Novedades en el régimen de conformidad”, ponencia presentada al Curso sobre “Juicios Rápidos”, que se celebró en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Madrid), los días 11 a 13 de noviembre de 2002, p. 25 (en prensa).

aceptando las mismas. Se precisa algo más: la expresión clara de que el acusado se pliega a la acusación *in totum*, y que el abogado defensor, también conforme, no estime necesaria la celebración del juicio.

b) En segundo lugar, cabe también la conformidad al comienzo de las sesiones del juicio oral prevista en el artículo 787.1, LECRIM,¹⁴ cuyo texto señala:

Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediere de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.

Aunque sin duda esta modalidad de conformidad será la más utilizada en la práctica forense (así sucedió bajo el imperio del antiguo artículo 793.3, LECRIM), no nos parece que comporte grandes ventajas procesales. Esta conformidad al inicio del juicio, cuando ya se ha citado a todos los testigos y se ha llevado a cabo la mayor parte de la tramitación procesal, no reporta realmente grandes beneficios. Por eso nos parece preferible la conformidad en el trámite del apartado anterior (artículos 784.3 y 787, LECRIM).

En cualquier caso, una vez producida la voluntaria conformidad del acusado en estos preliminares del juicio oral, el juez o tribunal declarará el juicio visto para sentencia dictando “sentencia de conformidad”, salvo que concurra alguno de los supuestos que obligan a continuar el juicio pese a la conformidad.¹⁵

¹⁴ El precedente inmediato de este precepto era el derogado artículo 793.3, párrafo 1o.), de la LECRIM, que establecía: “antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave, que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada con las partes”.

¹⁵ Los supuestos de continuación del juicio son los siguientes: a) Que la pena excediera de seis años de privación de libertad; b) El juez o tribunal alberga dudas sobre la libertad de

c) Finalmente, cabe el llamado “reconocimiento de hechos” por parte del acusado que, sin ser técnicamente una conformidad, supone en la práctica la abolición de las fases de instrucción o investigación e intermedia y el consiguiente salto inmediato a la de enjuiciamiento. El actual artículo 779.1.5a., LECRIM, heredero del antiguo artículo 789.5.5a., dispone tras la reforma de 2002 lo siguiente:

Si, en cualquier momento anterior, el imputado, asistido de su abogado, hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulán escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.¹⁶

Se convierte ahora esta modalidad de reconocimiento de los hechos en una forma de acceder a la conformidad privilegiada del artículo 801, LECRIM, en principio, como veremos, prevista exclusivamente para los juicios rápidos. Así pues, en los procedimientos abreviados, si el imputado quiere gozar de los sustanciosos beneficios penológicos legales del artículo 801, tiene abierta esta posibilidad: reconocer los hechos a presencia judicial en cualquier momento anterior al auto de conclusión de las diligencias previas del artículo 779, LECRIM (a veces denominado en la práctica forense “auto de conversión”). En resumidas cuentas, si respetan una serie de condiciones legales —el reconocimiento ha de ser total y debe tratarse de delitos de que conozcan los juzgados de lo penal (cinco años de privación de libertad), siempre que la pena efectiva priva-

la conformidad; c) el juez o tribunal considera incorrecta la calificación o improcedente la pena y la acusación no ha accedido a corregirlas; d) la defensa técnica ha manifestado que considera necesaria la celebración del juicio, pese a la conformidad, y el juez o tribunal considera que tal petición es fundada.

¹⁶ El derogado artículo 789.5, regla quinta, de la LECRIM, disponía: “Si el hecho constituyere delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal, el de Instrucción podrá, a instancia del Ministerio Fiscal y del imputado que, asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto de conformidad con el artículo 794”.

tiva de libertad no exceda de tres años— el mero reconocimiento de hechos (cuestión fáctica) puede desembocar en una verdadera conformidad con la calificación y la pena correspondiente (cuestión jurídica).

C. ¿Cabe la conformidad del acusado en el juicio de faltas?

En ningún precepto de los que la LECRIM dedica al juicio de faltas (962 a 977) encontramos expresamente la posibilidad de que el acusado manifieste su conformidad, aunque creemos que no es posible la misma, tal y como a comienzos del siglo pasado declaró la sentencia del Tribunal Supremo, del 20 de enero de 1908, a pesar de que existan ciertamente argumentos a favor de aplicar supletoriamente las disposiciones relativas a la conformidad al juicio de faltas.¹⁷ Y ello porque, de una parte, como señala Aguilera Morales,¹⁸ ha de tenerse muy en cuenta que por la propia estructura de este tipo de juicio, la concreción punitiva e indemnizadora se produce una vez que ha tenido lugar la práctica de la prueba, momento en que el proceso queda visto para sentencia y la conformidad no comportaría ahorro procesal alguno. Y, además, el carácter no preceptivo de la asistencia letrada en el juicio de faltas situaría al acusado al borde de la indefensión si se le permitiera conformarse careciendo de los conocimientos jurídicos suficientes para valorar los efectos de su conducta.

2. La conformidad del acusado en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, la conformidad está regulada en el artículo 50 de la Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo, intitulado “Disolución del jurado por conformidad de las partes”, en unos términos amplios:

¹⁷ A favor de esta aplicación supletoria se podría argüir: 1) la simplicidad del procedimiento (se trata, propiamente, de un solo acto procesal, la vista); 2) la escasa gravedad de las infracciones (simples faltas, que nunca pueden dar lugar a una privación de libertad); 3) si la LECRIM permite la conformidad respecto de las faltas conexas a delitos en los procesos ordinario y abreviado, no resulta lógico entender que es posible la conformidad sobre faltas independientes.

¹⁸ Aguilera Morales, M., *op. cit.*, p. 72.

1. Igualmente, procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales. La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

2. El Magistrado-Presidente dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes, pero, si entendiese que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, no disolverá el Jurado y mandará seguir el juicio.

3. Asimismo, si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado, y, previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto del veredicto.

La doctrina mayoritaria viene entendiendo que, a pesar de que la LOTJ de 1995 sólo se refiere a la conformidad una vez constituido el jurado, es decir, en el trámite de conclusiones definitivas, tal posibilidad debe entenderse —en virtud de la supletoriedad de la LECRIM proclamada en el artículo 24.2, LOTJ— referida también a momentos procesales anteriores, como el inicio del juicio oral e, incluso, al trámite de calificación provisional, al igual que sucede en el procedimiento abreviado y en el ordinario por delitos graves,¹⁹ pues lo que se busca fundamentalmente es evitar el engorroso trámite de la constitución del jurado.

3. La conformidad privilegiada en el ámbito de los juicios rápidos (artículo 801, LECRIM, tras la reforma de 2002)

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos regulado en los artículos 795-803 cabe la aplicación de la conformidad prevista en el artículo 787, en principio, para el procedimiento abreviado (inciso inicial del artículo 801). Pero junto a esa figura genérica u “ordinaria” de manifestación de la conformidad aparece en el ordenamiento

¹⁹ Véase Tomé García, J. A. (con De la Oliva Santos, A., Argoneses Martínez, S., Hinojosa Segovia, R. y Muerza Esparza, J.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 741.

español tras la promulgación de la Ley 38/2002 y de la Ley Orgánica 8/2002, y que constituye una de las novedades más importantes de esta reforma legislativa, una nueva modalidad “singular” de conformidad que lleva aparejado un mecanismo premial que, sin disimulo alguno, privilegia explícitamente al acusado que actúa de una determinada manera. En efecto, esta conformidad funciona como una atenuante privilegiada con una eficacia especial: la reducción de la pena en un tercio de la fijada por la acusación, reducción que acuerda el propio juez de instrucción,²⁰ en servicio de guardia, a través de una resolución denominada “sentencia de conformidad”.

Como puede fácilmente observarse, la rebaja automática de la pena para el acusado que se conforma en ese momento procesal constituye un gran “incentivo” para que este tipo de conformidades tenga una importante implantación en la práctica ordinaria de este tipo de “juicios rápidos”.²¹

No obstante, para evitar que el sistema penalógico español de desvirtúe a través de un abuso incontrolable de esta práctica,²² el legislador ha establecido unos límites: sólo podrá admitirse la conformidad en la guardia —con reducción de la pena— si se trata de delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta tres años, o multa, o pena de otra naturaleza cuya cuantía no exceda de diez años. Y, en caso de que se trate de pena privativa

²⁰ Hay que tener en cuenta que el juez de instrucción en servicio de guardia no es competente, en principio, para el enjuiciamiento del asunto, misión que debe realizar normalmente el juez de lo penal. Por lo tanto, la conformidad en la guardia y la automática sentencia de conformidad del juez de instrucción prevista en el artículo 801, LECRIM supone una excepción a la regla general.

Podría pensarse, a simple vista, que permitir al juez de guardia dictar sentencias de conformidad conculca la regla según la cual “el juez que instruye no puede juzgar” y, en consecuencia, es contrario a la garantía constitucional de la imparcialidad judicial. Sin embargo, ésta es una apreciación apresurada y, a mi juicio, errónea: lo que verdaderamente es incompatible con la regla del “juez no prevenido” es que éste pueda enjuiciar los hechos y valorar la prueba tras haber realizado también la labor previa de instrucción; pero, si bien se mira, el juez de instrucción cuando dicta una sentencia de conformidad se ciñe, sin valoración probatoria alguna, al relato de hechos libremente aceptado por las partes del proceso.

²¹ Se trata, sin duda, de una forma eficacísima de hacer “atractiva” la conformidad, puesto que de no ser así pocos abogados aconsejarían a sus clientes conformarse con tanta precipitación, y recomendarían, por el contrario, esperar al comienzo del juicio oral, momento en el que también podrán hacerlo.

²² Es evidente que con la reducción automática de la pena solicitada en un tercio se produce, indirectamente, una auténtica modificación del Código Penal, lo que, unido a la alteración de la competencia para el enjuiciamiento, ha determinado la necesidad de conferir a este precepto el rango de ley orgánica.

de libertad, que la pena solicitada no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión (artículo 801.1, 2o. y 3o., LECRIM).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que existen dos momentos diversos en los que será de aplicación el régimen especial de conformidad en la guardia, en función de que la acusación la ejerza sólo el Ministerio Fiscal o también haya alguna acusación particular: a) si sólo actúa en la parte activa el Ministerio Fiscal y éste ha solicitado la apertura del juicio oral, y ya ha presentado escrito de acusación, el juez de guardia controlará que la conformidad se ajusta a lo legalmente prescrito, y dictará la sentencia de conformidad, en la que, a la vez de reducir en un tercio la pena pedida por el fiscal, decidirá si procede la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad (artículo 801.2, LECRIM). A continuación, la sentencia de conformidad será remitida al juzgado de lo penal para su inmediata ejecución (no la ejecutará, por tanto, el juzgado de instrucción, lo que excepciona la regla general en el derecho español de que la ejecución compete al tribunal sentenciador); b) si, por el contrario, junto al fiscal actúa también un acusador particular, la conformidad del acusado puede prestarse en dos momentos: 1o.) De forma oral, ante el juez de guardia, de igual manera que si sólo hubiera acusado el Ministerio Fiscal. Lo que ocurre es que el acusado deberá conformarse, en este caso, con la acusación más grave de las dos, y 2o.) en el escrito de defensa que se presenta, ya fuera del servicio de guardia, directamente ante el juez de lo penal, que será el encargado de dictar sentencia de conformidad. El legislador ha querido, ex artículo 801.4, LECRIM, que esta conformidad fuera del servicio de guardia siga el mismo régimen que aquél, con rebaja de la pena, para no perjudicar así al acusado que, en caso contrario, no podría beneficiarse de esta medida en función de una circunstancia contingente ajena a su voluntad, como es la presencia o no de acusación particular.

Queda así dibujado a grandes rasgos, pero suficientes, el panorama —¿demasiado variopinto?— de los diversos sistemas de conformidad existentes en el proceso penal español. La amplitud de la *plea bargaining* o conformidad consensuada, como pretendido remedio frente a la crisis de la justicia penal, es más que evidente.

Pues bien, llegados a este punto, no quisiera dejar pasar la ocasión para hacer unas reflexiones críticas sobre lo que eufemísticamente se ha denominado “principio del consenso”, que está propiciando, cada vez más, la reso-

lución de procesos penales mediante “acuerdos” que culminan en “sentencias de conformidad”.

III. EL AUGE DE LA “JUSTICIA PENAL NEGOCIADA”: UN PRETENDIDO Y GENERALIZADO REMEDIO FRENTE A LA CRISIS DE LA JUSTICIA PENAL

Ante el incremento en los últimos tiempos de la delincuencia en general, y de la llamada “criminalidad de bagatela”—infracciones penales menos graves, pero que crean, por su número y reiteración, una evidente alarma social—, en particular, y ante la insuficiente dotación de medios materiales y personales que suelen padecer los órganos jurisdiccionales, se está produciendo en todo el ámbito cultural europeo un fervoroso entusiasmo por crear procedimientos monitorios y abreviados que, además de agilizar la tramitación acortando los plazos de las actuaciones, pretenden la finalización anticipada de los mismos, o de alguna de sus fases, a través de la aceptación por parte del acusado de la propuesta de sanción que el fiscal eleva al juez. Es decir, muchos países europeos de tradición procesal continental están coincidiendo en adoptar, al objeto de aligerar la actividad judicial y reducir el trabajo de los órganos jurisdiccionales penales, determinadas fórmulas de “justicia negociada”, al más puro estilo de la *plea bargaining* de los Estados Unidos. Así, por ejemplo, nos encontramos con la *applicazione della pena su richiesta delle parti* en Italia, el archivo “bajo condición” en Alemania o la *suspensão provisória do processo* en Portugal, así como con la Recomendación núm. R (87) 18, del 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que, para superar la denominada crisis de la justicia penal, sugiere, entre otras medidas, que los Estados incorporen a sus ordenamientos “procedimientos de naturaleza transaccional”.²³

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, España no ha escapado a esta tendencia. Es principalmente a partir de 1988, con la introducción del procedimiento abreviado (Ley Orgánica 7/88, del 28 de diciembre), cuando se produjo el aldabonazo decisivo para incorporar esta nueva filosofía del proceso penal que, proveniente de los Estados Unidos, vino a presentarse como una solución adecuada para el “atasco” de nuestros juzgados penales. A partir de entonces se produjo un cambio radical del

²³ Véase Aguilera Morales, M., *op. cit.*, pp. 39 y ss.

clima imperante en el proceso penal español en pos de potenciar los mecanismos de solución consensuada del proceso. Incluso desde la propia Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/1989,²⁴ se produjo —como ha señalado algún autor—²⁵ una “auténtica apología” de la conformidad: “en cuanto al reforzamiento del consenso, la reforma se hace eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las que en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso, que eliminan conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena”. Ello implicaba, según señalaba la citada circular, “un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el artículo 781 (de la LECRIM) de procurar la simplificación del procedimiento, deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso...”.

Pero va a ser ahora, tras la introducción en el ordenamiento español del “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos” por medio de la Ley 38/2002, en conjunción con la Ley Orgánica 8/2002, y la nueva posibilidad “singular” de conformidad con reducción automática de la pena, cuando va a producirse, previsiblemente, un verdadero “boom”, de la “justicia penal consensuada”. Si durante los años noventa no era nada infrecuente el arreglo y la solución pactada entre el fiscal y el acusado, pensamos que con mayor motivo se va a producir este efecto con el nuevo marco legal, aunque sólo sea en el ámbito de aplicación de este tipo de procedimiento. El propio diseño de los juicios rápidos constituye, en sí mismo, una invitación a la conformidad del acusado en la mayoría de los casos, puesto que, de no actuar éste así, la sentencia condenatoria será inminente,²⁶ y no podrá beneficiarse de la reducción de la pena.

²⁴ Circular 1/1989, del 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que analiza cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988, del 28 de diciembre.

²⁵ Del Moral García, A., “Novedades en el régimen de conformidad”, *cit.*, p. 9.

²⁶ Establece el artículo 800.3, LECRIM, que, “el Juez de guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a tal fin...”.

Así pues, en España, como en buena parte de Europa, va avanzando la “marcha triunfal” del proceso penal consensuado proveniente de los Estados Unidos.²⁷

IV. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA CONFORMIDAD

La potenciación del “principio de consenso” en el proceso penal se presenta, por lo tanto, como una de las “soluciones” al atasco que viene padeciendo la administración de justicia, solución que pasa por el acortamiento del horizonte temporal de los procesos en los que se produce: se eliminan fases procesales enteras una vez que el acusado se aviene a reconocer los hechos y acepta la condena a cambio de que el fiscal rebaje la pena o, simplemente, expulse algunos delitos de la acusación. Y toda esta “negociación” se suele producir, de facto, con la complaciente aquiescencia de la autoridad judicial.

Pues bien, si recapacitamos fríamente sobre las consecuencias de este avance de la justicia penal “pactada”, podemos llegar a la conclusión de que han comenzado a tambalearse las estructuras básicas de nuestro proceso penal; es decir, el principio de legalidad penal, el principio de oficialidad y el derecho a un juicio justo con todas las garantías constitucionales. Y vamos a intentar demostrarlo.

En primer lugar, la institución de la conformidad cohonesta muy mal con el principio de legalidad penal, tanto en su vertiente sustantiva como procesal. Si toda conducta delictiva debe ser castigada conforme al Código Penal tras la prosecución del correspondiente proceso jurisdiccional contradictorio, y resulta que, por una negociación (implícita o explícita) se soslaya la aplicación del texto punitivo (total o parcialmente) —en función de que el fiscal decida acusar de una u otra forma sobre la base de la previsible, o segura, actitud posterior del acusado—, se está haciendo saltar por los aires dicho principio de legalidad, que se ve desplazado por otro, que va siempre unido a la posibilidad de “pacto”: el denominado “principio de oportunidad”, que, por cierto, no está reconocido en la Constitución española. El único principio que debe regir la actuación del fiscal debe ser, tal

²⁷ Schünemann, B., “Crisis del procedimiento penal” (¿marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?), Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 49 y ss.

y como establece el artículo 124.2 de nuestra carta magna, debe ser el de “legalidad”. Si el Ministerio Público “tiene” que acusar de una determinada manera de acuerdo con la ley penal, “debe hacerlo”, sin ningún margen de discrecionalidad.

Tampoco la conformidad responde al principio de oficialidad, sino que, antes al contrario, va en contra de dos de sus manifestaciones más importantes: por un lado, la búsqueda de la verdad material (la verdad histórica de los hechos sometidos a enjuiciamiento penal), y por otro, la libertad del juez penal para “salir” a la búsqueda de los hechos a través de la prueba *ex officio*. Si de lo que se trata es de que el acusado confirme el relato fáctico y que asuma la pena solicitada por el fiscal, con plena vinculación para el juez, ¿dónde queda la “verdad material”? , ¿para qué va a ordenar el juez la práctica de pruebas de oficio? Más bien se impone la “verdad formal” aceptada por el acusado, con el premio de una pena inferior a la que correspondería a los hechos realmente acaecidos, sin que el juez pueda reaccionar.

Finalmente, la justicia penal pactada impide que se celebre un verdadero juicio justo con todas las garantías, porque se da la paradoja de que con el “acuerdo” suele eludirse la celebración del juicio oral o plenario, que es la fase procesal en la que, de verdad, hay plena igualdad de partes, publicidad, oralidad, etcétera, y que sólo puede concluir con una sentencia condenatoria si ha habido suficiente prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. O sea que la Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se afanan en delimitar y establecer los derechos básicos del justiciable, en perfilar la “presunción de inocencia”, en ofrecer una cuidada determinación de la prueba de cargo, etcétera, y resulta que de lo que se trata es de evitar la aplicación de esa doctrina constitucional en la fase más importante del proceso penal, el juicio oral, que desaparece con la conformidad.

Así las cosas, creemos sinceramente que la conformidad pervierte nuestro sistema procesal penal. Se sacrifican cientos de años de experiencia legislativa y doctrinal que han permitido perfeccionar el principio de legalidad, en aras de lograr la pírrica victoria de “quitarse papeles de en medio cuanto antes”. En el trasfondo del *plea bargaining* late un criterio marcadamente utilitarista. Lo más importante no es que el sistema sea justo y de acuerdo con la legalidad penal, sino que sea más ágil a corto plazo.

La justicia, sin desaparecer, queda relegada a un segundo o tercer plano en aras de una pretendida eficacia judicial. Es un sistema que da la espalda a un proceso con todas las garantías para evitar, de momento, el colapso de los juzgados y para que se puedan maquillar las estadísticas judiciales. Se diseña con esmero un sistema de garantías procesales, basado en la presunción de inocencia del acusado, pero eludimos a toda costa el juicio propiamente dicho.

No quisiéramos aparentar un rechazo frontal y absoluto a cualquier mecanismo de consenso que en determinadas circunstancias puede evitar procesos absurdos o, al menos, puede acotarlos razonablemente. Por otra parte, es cierto que, en ocasiones, e individualizadamente, la asunción voluntaria de la culpa puede tener efectos rehabilitadores en el acusado, que puede fomentar el arrepentimiento de éste a la vez que la sociedad ve cómo se castiga esa conducta desviante; pero lo que no es admisible es que ciertos procesos penales se conviertan en una pura negociación con amplios poderes discrecionales en manos del fiscal que, a la postre, vinculan al tribunal. Y tampoco resulta admisible que se saquefique por entero la verdad y la justicia en aras del puro utilitarismo.

Quisiéramos que estas breves reflexiones sirvieran para recapacitar sobre cuál será el final del camino que muchas legislaciones han comenzado a andar siguiendo el ejemplo del pragmatismo estadounidense, y cuáles serán las consecuencias sobre los sistemas que, como el nuestro, se han fundamentado siempre en el principio de legalidad.