EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL: ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

ALBA ROSELL CORBELLE

monografías
ALTA CALIDAD EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA
tirant lo blanch

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA
PRÓLOGO

ACCESO GRATIS *a la Lectura en la Nube*

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL: ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Manuel Díaz Martínez
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckmann Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL: ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

Alba Rosell Corbelle

tirant lo blanch
Valencia, 2023

Copyright ® 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Alba Rosell Corbelle

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-3712-2023
ISBN: 978-84-1197-235-2

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: *http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf*

A mi abuela Sole

Índice

Prólogo ***19***
Abreviaturas ***25***
Introducción ***29***

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y LEGALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Capítulo 1
Justicia penal y guerra ***41***
I. La relación entre la justicia penal y la guerra 41
II. La guerra justa en la antigüedad 46
III. La Edad Media 50
IV. La Edad Moderna 62
V. La Edad Contemporánea 64
A) El Siglo XIX 64
B) El Siglo XX 66
VI. Guerra, justicia y oportunidad 68

Capítulo 2
Crimen y castigo ***71***
I. La distinción entre las teorías absolutas y relativas de la pena ... 71
II. El miedo ancestral a la impunidad 73
III. De pecado a delito 79
A) La doctrina de la expiación de anselmo de canterbury 79
B) Santo Tomás de Aquino 85
IV. Kant: la retribución como exigencia racional 87
V. Hegel: la retribución como instrumento dialéctico 96
VI. La crítica de Schopenhauer 101

Capítulo 3

Entre el sacrificio aleatorio y la epiqueya ***107***

I. La retribución como realidad fáctica sacrificial 107

A) La pena y la idea de estado 107

B) La venganza razonable 111

C) Nietzsche: pena y voluntad de poder 113

D) El sacrificio 116

E) El filtrado de asuntos en el sistema de justicia penal 120

II. Persistencia en la tribulación 132

III. "Summum ius summa iniuria": la equidad 137

A) Cicerón 137

B) Aristóteles 142

C) Constantino 144

D) Santo Tomás de Aquino 145

E) Francisco Suárez 147

F) Leibniz 147

G) Benito Jerónimo Feijoo 148

H) Kant 149

I) Hegel 149

J) Desarrollo posterior 149

K) La equity 150

L) Equidad y oportunidad 151

Capítulo 4

Fundamentación constitucional ***153***

I. Imperio de la ley y oportunidad 153

II. Estado democrático de derecho y oportunidad 159

A) Legitimación democrática y confianza en la justicia 159

B) Delitos de especial cualificación 167

1. Por causa objetiva 167

2. Por causa subjetiva 171

III. El principio de publicidad 175

IV. El principio de igualdad 184

A) La igualdad como exigencia de legalidad 184

B) El tratamiento desigual de casos desiguales 187

C) La individualización como exigencia de justicia 189

D) La inexistencia de un derecho subjetivo a la oportunidad 193
E) La compra de la oportunidad 198
V. El principio de prohibición de exceso..... 200
VI. El derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de exclusividad jurisdiccional..... 203
VII. La función resocializadora de la pena 214
VIII. El principio acusatorio..... 216
IX. La presunción de inocencia 217
X. Non bis in idem 221
XI. Los principios rectores del Ministerio Fiscal 223
A) El principio de legalidad..... 223
B) El principio de unidad de actuación..... 224

Capítulo 5

Origen y evolución del principio*..... *227
I. La conveniencia de la oportunidad 227
II. Antecedentes históricos de la discrecionalidad del fiscal y evolución en el derecho estadounidense..... 235
A) El *"nolle prosequi"* y el *"testigo de la corona"* en el derecho inglés ... 235
B) La discrecionalidad acusatoria en EEUU 239
1. Evolución histórica 239
2. El manual de justicia: los principio de la persecución penal... 245
3. Principios de la persecución penal de las organizaciones empresariales 256
III. Influencia en el derecho continental..... 264
A) La república federal de Alemania 264
1. La relatividad del principio de legalidad..... 264
2. Los motivos de oportunidad 269
2.1. La insignificancia absoluta..... 269
2.1.1. Regulación general..... 269
2.1.2 Posesión de droga insignificante..... 277
2.2. El cumplimiento de condiciones y órdenes..... 277
2.3. Posible omisión de pena..... 281
2.4. Persecución de delitos por estados extranjeros..... 282
2.5. Concurrencia de intereses públicos predominantes en la persecución de delitos contra la seguridad del estado..... 284

2.6. Arrepentimiento activo *285*
2.7. Ausencia de conexión con Alemania de delitos previstos por el código penal internacional *286*
2.8. Persecución parcial de una pluralidad de delitos *287*
2.9. Limitación de la persecución de hechos o delitos separables ... *289*
2.10. Extradición o expulsión del sospechoso *290*
2.11. Amenaza o extorsión *291*
2.12. Cuestión prejudicial irresuelta *292*
2.13. Carácter privado del delito *292*
B) Portugal 293

Capítulo 6
La regulación del principio de oportunidad en España* *297
I. Lege lata 297
A) El principio de oportunidad en la justicia penal de menores 297
B) El principio de oportunidad en la justicia penal de adultos 308
1. El principio general de obligatoriedad para la fiscalía del ejercicio de la acción penal 308
2. La discrecionalidad de la Fiscalía para la acusación por delito de amenazas condicionales 311
3. La discrecionalidad de la Fiscalía para la persecución de los delitos de acoso sexual o agresión sexual 313
4. La oportunidad en la persecución de los delitos leves 314
5.Otras manifestaciones del principio de oportunidad 320
5.1. El valor de la voluntad de la víctima *320*
5.2 La conformidad *323*
5.2.1. El consenso en la justicia penal *323*
5.2.2. La conformidad con reducción de pena *328*
5.3. La expulsión del investigado o acusado extranjero *329*
5.4. La omisión de persecución por la extradición del investigado .. *330*
5.5. La suspensión de la pena privativa de libertad *331*
5.6. La licencia del órgano judicial para la persecución de injurias o calumnias vertidas en juicio *331*
5.7. La autorización del Congreso, del Senado o del Parlamento Europeo *333*
5.8. La acusación de los miembros del Gobierno por traición u otro delito contra la seguridad del Estado *334*
5.9. El derecho de gracia *335*
5.10. La circulación o entrega vigilada y el agente encubierto *335*

II. De lege ferenda 335
A) Trabajos prelegislativos de reforma 335
B) El Anteproyecto de 2011 336
C) La Propuesta de 2013 345
D) El Anteproyecto de 2020 348

SEGUNDA PARTE
JUSTICIA Y POLÍTICA

Capítulo 7
Oportunidad, política y justicia ***355***
I. Consideraciones generales 355
II. El Ministerio Fiscal y la política criminal 357
A) El Ministerio Fiscal 357
B) La política criminal 363
III. La prudencia como método de discernimiento en el ejercicio de la discrecionalidad persecutoria 368
IV. Las consideraciones políticas como motivo de oportunidad... 373
A) En el ámbito interno 373
B) En el ámbito internacional 380
V. La "judicialización de la política" como excusa para la impunidad: el juicio del *procés* 382
A) Introducción 382
B) El objeto de la causa: delitos acusados 384
C) Sujetos del juicio 386
1. Las acusaciones 386
2. Los acusados 387
D) Los acontecimientos en Cataluña 391
E) El desarrollo del proceso 398
F) La Sentencia 401
G) Decisiones relevantes aptas para servir como precedentes 404
1. Clarificación de cuestiones procesales 404
2. El derecho de los acusados a declarar en catalán 404
3. Los símbolos políticos durante el juicio 405
4. Derecho a no declarar y preguntas incontestadas 407

5. Interrogatorio cruzado de testigos 409
H) La desestimación de los recursos de amparo de los condenados 410
I) La ejecución de las penas privativas de libertad 412
J) El fiasco de las euroordenes 415

Capítulo 8
El derecho de gracia 419
I. La gracia 419
A) Concepto y clases 419
B) Antecedentes 420
C) Naturaleza y fundamento jurídico 424
D) El interés general 429
E) El control judicial 431
II. El indulto a los condenados por el *procés* 433
III. La gracia en la justicia transicional 442
A) Concepto y notas esenciales de la justicia transicional 442
B) Enfoques 446
1. Pluralidad de enfoques 446
2. El enfoque jurisdiccional 448
3. El enfoque del conocimiento: la verdad 461

TERCERA PARTE
LA OPORTUNIDAD PARA LA EFICACIA

Capítulo 9
La colaboración eficaz 471
I. Consideraciones generales 471
II. Historia de la delación 474
III. La colaboración eficaz 483
A) La figura en el derecho anglosajón 483
B) La colaboración eficaz en Iberoamérica 491
C) La colaboración eficaz en el continente europeo 494
1. Alemania 494
2. Italia 496
3. España 498

Capítulo 10

La circulación vigilada y el agente encubierto ***505***

I. Técnicas especiales de investigación y oportunidad 505

II. La circulación o entrega vigilada 506

III. El agente encubierto 510

A) Concepto 510

B) Distinción con el agente provocador 513

C) Evolución histórica 521

D) El agente encubierto físico 527

1. Requisitos 527

1.1 Objetivos *527*

1.1.1. La delincuencia organizada *527*

1.1.2. Catálogo de delitos *530*

1.1.3. La restricción del ámbito objetivo en el Anteproyecto de LECrim de 2020 ..... *531*

1.2 Subjetivos *532*

1.2.1. Pertenencia a la Policía Judicial *532*

1.2.2. Voluntariedad *538*

1.3. Formales *538*

1.3.1. Solicitud de infiltración *538*

1.3.2. Autorización judicial *540*

1.4. Plazo *543*

2. La identidad ficticia 543

E) Agente encubierto informático 546

1. Origen 546

2. Requisitos 549

2.1. Objetivo: ámbito *549*

2.2. Subjetivos *551*

2.2.1. Pertenencia a la Policía Judicial *551*

2.2.2. Voluntariedad *553*

2.3. Formales *553*

2.3.1. Solicitud para la infiltración *553*

2.3.2. Autorización judicial *554*

2.4. Plazo *558*

3. Identidad ficticia 559

4. El intercambio de archivos ilícitos 559

F) Exención de responsabilidad 563

1. Responsabilidad penal 563
2. Responsabilidad civil 567
3. Responsabilidad disciplinaria 568

***Conclusiones* 569**
***Bibliografía* 577**