

Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad

Sumario

Este trabajo pretende analizar la figura de la conformidad en tanto problema de Derecho penal sustantivo, una dimensión habitualmente desatendida por la doctrina a pesar de su enorme importancia en la práctica de nuestros tribunales. Se estudiará en primer lugar lo que constituye su principal “riesgo constitucional” (que por distintas razones lleguen a conformarse personas inocentes o que de haber ido a juicio hubieran podido obtener una calificación más benigna que la pactada), pues de lo que allí se trata es de un exceso del ejercicio de poder punitivo; y se abordará también su vertiente de beneficio para el acusado (asumamos que culpable) que decide aportar a la Administración de justicia su renuncia al juicio oral a cambio de un tratamiento más benigno, lo que nos sitúa en el contexto de las disposiciones premiales que ya conoce nuestro ordenamiento y nos obliga a valorar su compatibilidad con los fines de la respuesta estatal al delito, tanto en términos de prevención general como especial. El trabajo incluye asimismo un estudio jurisprudencial sobre una muestra de sentencias de conformidad en delitos contra la libertad sexual, con el que se pretende ejemplificar hasta qué punto toman cuerpo en la práctica los inconvenientes –tanto por excesos como por defectos de punición– previamente destacados.

Abstract

This work aims to analyze plea bargaining as a problem of substantive Criminal Law, a dimension often neglected by doctrine despite its significant importance in our courts' practice. First, we will focus on plea bargaining's main constitutional risk: that, for various reasons, innocent people may end up accepting a guilty plea, or that defendants agree to a harsher penalty than they would have received if they had risked going to trial, as this involves an excess in the exercise of punitive power. Secondly, we will examine plea bargaining as a benefit for the accused (assumed to be guilty) who decides to waive their right to a trial in exchange for more lenient treatment. This places us in the context of the award provisions already known to our legislation and compels us to assess its compatibility with the goals of the state's response to crime, both in terms of general and special deterrence. The paper also includes a jurisprudential study on a sample of rulings in crimes against sexual freedom, which aims to illustrate the extent to which the previously highlighted disadvantages –both due to excessive and insufficient punishment– manifest in practice.

Zusammenfassung

In dem vorliegenden Beitrag soll die Figur der Verständigung als ein Problem des materiellen Strafrechts analysiert werden, eine Dimension, die trotz ihrer enormen Bedeutung für die Praxis unserer Gerichte von der Lehre gewöhnlich vernachlässigt wird. Zunächst wird der Aspekt untersucht, der das größte „verfassungsrechtliche Risiko“ darstellt (dass diejenige Angeklagte, die aus verschiedenen Gründen dem Verständigungsvorschlag zustimmen, unschuldig sind oder, wenn sie vor dem Gericht beurteilt worden wären, eine harmlosere rechtliche Qualifizierung als die vereinbarte hätten erhalten können). Denn es geht hier um eine übermäßige Ausübung der Strafgewalt. Ferner wird auch erörtert, inwiefern die Verständigung einen Vorteil für denjenigen Angeklagten darstellen kann, der sich unter der Voraussetzung, dass er schuldig ist, dazu entschließt, der Justizverwaltung den Verzicht auf die Hauptverhandlung als Gegenleistung für eine mildere Behandlung anzubieten. Dies führt uns zu dem Kontext des positiven Nachtatverhaltens und zwingt uns dazu, ihre Vereinbarkeit mit den Zielen der

staatlichen Kriminalitätsbekämpfung sowohl unter general- als auch spezialpräventiven Gesichtspunkten zu untersuchen. Der hiesige Beitrag analysiert zudem ausgewählte Urteile wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die auf Verständigungen beruhen; sie sollen exemplarisch aufzeigen, inwieweit sich die beiden genannten Nachteile –sowohl Strafexzesse als auch Strafdefizite– in der Praxis niederschlagen.

Title: *Negotiated justice, at any cost? On the substantive implications of plea bargaining*

Titel: *Gerechtigkeit: um jeden Preis? Zu den materiellrechtlichen Auswirkungen der Verständigung*

-

Palabras clave: conformidad, justicia negociada, reparación, confesión, disposiciones premiales

Keywords: *plea bargaining, negotiated justice, reparation, confession, reward.*

Stichwörter: *Verständigung, Verhandlungsjustiz, Wiedergutmachung, Geständnis, positives Nachtatverhaltens.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i4.06

-

Recepción
12/04/2024

-

Aceptación
07/06/2024

-

Índice

-

- 1. Introducción y planteamiento**
- 2. La conformidad en el ordenamiento jurídico español. Breve panorámica en función de su componente negocial**
 - 2.1. La conformidad sin negociación (conformidad «en la guardia» o «premiada»)
 - 2.2. Conformidades con negociación (en procedimiento ordinario por delitos graves, procedimiento abreviado y juicios por jurado). La difícil cognoscibilidad de la verdadera rebaja negociada
 - 2.3. Pacto sobre la pena y articulación formal
- 3. Algunas consideraciones de constitucionalidad**
 - 3.1. Reparos de constitucionalidad *ad intra* y *ad extra*
 - 3.2. Breve apunte de Derecho comparado. La jurisprudencia constitucional norteamericana como punto de referencia
 - 3.3. Problemática constitucional de la conformidad en el ordenamiento español
 - a. El castigo por juicio como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable
 - b. La coerción y la deficiente información como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable
 - c. ¿Hay conformidad de inocentes en el sistema español?
 - d. Las rebajas de pena en la conformidad como vulneración del principio de proporcionalidad por defecto
 - e. La conformidad negociada como instrumento constitutivamente desigualitario
- 4. Conformidad y justificación de la renuncia (parcial) a la pena**
 - 4.1. Conformidad y colaboración. Relación entre conformidad y la atenuante de confesión
 - 4.2. Conformidad, disposiciones premiales y justificación de la renuncia a la pena
 - 4.3. La atenuante de reparación del daño como instrumento central en las conformidades
- 5. El papel de la víctima en la conformidad**
 - 5.1. La diversidad de valoraciones sobre las repercusiones del pacto de conformidad para la víctima
 - 5.2. Víctima y conformidad en el ordenamiento español
- 6. Estudio jurisprudencial**
- 7. Algunas reflexiones**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción y planteamiento

En su obra *Derecho y razón*, hace ahora algo más de treinta años, FERRAJOLI se pronunciaba sobre la figura del *patteggiamento*, que acababa de ser introducida en el ordenamiento italiano, en términos tan demoledores como estos:

«El pacto en materia penal (...) no puede sino fundamentarse en un intercambio perverso: ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados? Y ¿qué garantiza que un ciudadano inocente, pero privado de defensa, viendo frustradas sus protestas de inocencia y desconfiando de la justicia, no acepte a pesar suyo acceder al acuerdo...?»¹. «Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales (...)»².

Invectivas como esta, o las de muchas otras voces críticas en países europeos³, Estados Unidos⁴ o en nuestro país⁵, no han servido para detener el avance imparable de la conformidad, que en ordenamientos de todo el mundo e inscritos en diversas tradiciones jurídicas se está

¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., 1997, p. 748.

² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2ª ed., 1997, p. 749.

³ En Alemania destacadamente los diversos trabajos de SCHÜNEMANN, para quien la incorporación del modelo negocial en el ámbito continental europeo supone «una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso» (SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global», *Derecho Penal y Criminología*, [25-76], 2004, pp. 175 ss., 181).

⁴ Como muestra de voces especialmente autorizadas (entre muchísimos otros) pueden verse los numerosos trabajos publicados por ALSCHULER a lo largo de varias décadas (uno de los más recientes: ALSCHULER, «*Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*», *Duquesne Law Review*, [51], 2013, pp. 673 ss.), el conocido artículo de LANGBEIN, «*Torture and Plea Bargaining*», *The University of Chicago Law Review*, (46-1), 1978, pp. 3 ss., o el de SCHULHOFER «*Plea Bargaining as Disaster*», *Yale Law Journal*, (101), 1992, pp. 1979 ss.

⁵ Sirva de ejemplo GARCÍA-PABLOS MOLINA, para quien se trata de modelos que «de hecho, ponen en tela de juicio la naturaleza pública del *ius puniendi*, minando los pilares del sistema acusatorio (principio de contradicción, de publicidad, de igualdad de armas, de legalidad y seguridad jurídica, etc.), y las garantías fundamentales del ciudadano que el proceso penal pretende hacer valer» (GARCÍA-PABLOS MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, t. I, 5ª ed., 2012, pp. 20-21) o SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 74-82, que inscribe la justicia negociada en una dinámica gerencialista en la que el Derecho penal aparece, «ante todo, como mecanismo de gestión eficiente de determinados problemas, sin conexión alguna con valores» (p. 76). A lo largo del trabajo se mencionarán las contribuciones de autores críticos con la conformidad desde distintas perspectivas; por su carácter general en relación con todo tipo de medidas aceleradoras del proceso que pongan en riesgo el delicadísimo equilibrio de derechos que informa la dinámica procesal penal, merece la cita el ponderado trabajo de HERNÁNDEZ GARCÍA, «*Rapidez y reforma del Derecho penal*», *Jueces para la Democracia*, (44), 2002, pp. 27 ss.

consolidando como modo muy frecuente, cuando no el prevalente, de terminación del proceso⁶. En el caso de España, año tras año las estadísticas recogidas por las Memorias de la Fiscalía General del Estado ilustran una progresión que solo cabe calificar de arrolladora⁷. Cierto es que en nuestro sistema procesal, unido salvo excepciones (art. 963.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante LECrim– respecto de los delitos leves) al principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal –a diferencia de otros con un mayor reconocimiento del principio de oportunidad en relación a la no persecución de la delincuencia leve, como es el caso de Alemania con la no acusación condicionada o la figura de la *Strafbefehl* de los §§ 153 y 407 ss. *StPO* respectivamente, que en cualquier caso también implican una posibilidad de negociación– casi toda la carga de agilización de la justicia se hace recaer sobre las conformidades; una mayor apertura de nuestro sistema a estos otros mecanismos asociados con el principio de oportunidad, que ya se anuncia en los diversos intentos de reforma global del sistema de los últimos quince años, posiblemente redundaría en un menor recurso a la conformidad. Pero con todo y con esto, el ritmo de la progresión deja pocas dudas sobre hacia dónde seguirán evolucionando las cosas.

No cabe descartar que en relación a la delincuencia de las personas jurídicas terminen incorporándose también a nuestro ordenamiento instrumentos del sistema norteamericano ligados al principio de oportunidad dotados de un importante componente negocial como los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) y *Non-Prosecution Agreements* (NPA), en los que la no iniciación de la persecución penal o su interrupción en una fase temprana –dada la especial carga de los costes reputacionales para las personas jurídicas– se someten al cumplimiento de determinadas condiciones (que pueden llegar a implicar un grado notorio de intervención por los poderes públicos)⁸. Este trabajo, por otra parte, se centra en la conformidad de las personas físicas y deja al margen los particulares problemas de la prestada por las personas jurídicas (recogida en el art. 787.8 LECrim).

Este grado de implantación absolutamente consolidado e *in crescendo* informa en buena medida, especialmente en los últimos años, la textura de las aproximaciones académicas al fenómeno; incluso desde perspectivas críticas con la figura, se acepta ya como un *prius* su papel central para la propia supervivencia del sistema de justicia penal –que, se reconoce, necesita de ella para no caer en el colapso–, y deslegitimaciones rotundas como las que todavía podían encontrarse hace

⁶ Puede consultarse el conocido informe *The disappearing Trial*, de 2017 (disponible en: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial/> [consultado por última vez el 11 de abril de 2024]), así como el actualizado estudio de LANGER, «Plea-bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Conviction», *Annual Review of Criminology*, (4), 2021, pp. 377 ss.

⁷ Según la Memoria de la FGE elevada al Gobierno en 2023 (con los datos de 2022), en este último año el 75% del total de las diligencias urgentes calificadas concluyeron en sentencia de conformidad ante el Juzgado de Instrucción por el procedimiento previsto en el art. 801 LECrim (la llamada conformidad «premiada»). El mismo porcentaje del 75% (ligeramente superior al 73% del año 2021) se aprecia en las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal (condenatorias y absolutorias). En las Audiencias provinciales, la tendencia creciente de años anteriores (66% en 2017, 71% en 2018, 70% en 2019, y 72% en 2020) se ha reducido claramente en los dos últimos (58% en 2021 y 43,8% en 2022), pero incluso así el porcentaje sigue siendo enormemente relevante (Memoria FGE 2023, Cap. IV, apartados 1.1.9.1 y 1.1.9.2).

⁸ Una competente exposición puede encontrarse en TURIENZO FERNÁNDEZ, «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», *InDret*, (2), 2020, pp. 508-557. Con instrumentos menos perfilados que estos, caminos similares habían sido ya transitados varios lustros antes en sobreesimientos condicionados como los de los casos «Contergan» y «Holzschutzmittel» en Alemania, con la peculiaridad de que las cargas asumidas por las empresas (creación de una fundación para los niños afectados por la talidomida, y constitución de una cátedra de química medioambiental, respectivamente) implicaba la no exigencia de responsabilidades penales a las personas físicas imputadas.

unos años en la línea del filósofo italiano⁹ van cediendo espacio a enfoques que, con mayor o menor grado de resignación, optan por formular propuestas de mejora que contrarresten sus efectos más perniciosos¹⁰, y/o por defender la necesidad de constreñir su operatividad a unos límites que –a juzgar por las diversas iniciativas de reforma de nuestro proceso penal aparecidas en la última década– el legislador parece dispuesto a traspasar, si es que la propia práctica del foro no los ha eliminado ya¹¹.

A pesar de la ocasional intervención del TS anulando sentencias de este tipo, es de todos conocida la práctica de las llamadas «conformidades encubiertas», en las que con el fin de burlar la limitación de la pena conformada a un máximo de 6 años (prevista en los arts. 655 –según la interpretación asentada de su referencia a la «pena correccional»– y 787.1 LECrim para el procedimiento ordinario y abreviado respectivamente, y en el art. 50 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado) se lleva a cabo un simulacro de juicio cuya única práctica probatoria se reduce (previamente acordada con la acusación hechos, calificación y pena) al reconocimiento de los hechos por el encausado, lo que da lugar a una sentencia que pretende presentarse como de no conformidad aun siéndolo materialmente¹². En otras ocasiones los tribunales acuden sin tapujos a la conformidad pero pretenden justificarla con argumentos cuando menos discutibles¹³, y no faltan tampoco supuestos en los que simple y llanamente se desprecia la expresa prohibición legal sin ningún tipo de rebozo¹⁴.

Ha de reconocerse, por otra parte, que el factor negociación no se reduce en nuestro sistema a la operatividad (deficientemente regulada, pero regulada al fin y al cabo) de la conformidad. En no

⁹ Es el caso, entre los penalistas, de OLAIZOLA NOGALES, «El principio de oportunidad: ¿modernización o crisis del Derecho penal?», *Nuevo Foro Penal*, (82-1), 2014, pp. 15 ss., o anteriormente, SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (47-2), 1994, pp. 105 ss., 119-135.

¹⁰ Cita destacada merece el conocido trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss., que tras identificar la presión del resto de los coimputados (propensos al acuerdo) como uno de los factores que más claramente pueden determinar la conformidad del inocente, proponen la reforma del art. 697 LECrim para consagrar una desvinculación que sí se admite ya para las personas jurídicas (art. 787.8 LECrim). Este enfoque «resignado» sobre la figura es mucho más frecuente en la doctrina –especialmente la penal– que posturas que la valoren en términos claramente positivos, caso de CUGAT MAURI, «La conformidad en los delitos socioeconómicos», en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 313 ss., 364, que considera que ha dado «excelentes frutos».

¹¹ La tendencia de la justicia negociada a instaurarse y expandirse de modo «informal» (antes de ser regulada y/o por encima de los límites legales existentes en su caso) no es desde luego privativa de nuestro país; esta fue su vía de entrada en el propio Estados Unidos (durante unos decenios, incluso con una primera jurisprudencia reacia del TS) y lo ha sido en Alemania hasta su regulación en 2009.

¹² STS 291/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1505) (anula la condena a catorce años y tres meses por agresión sexual continuada y ordena la realización del juicio), que subraya lo inadmisibles de la práctica, o en idénticos términos STS 808/2016, Penal, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4663) (respecto de una condena a 15 años por asesinato y lesiones). A pesar de una jurisprudencia consolidada que aprecia en la conformidad una renuncia implícita al recurso, el TS ha venido configurando una serie de excepciones a esta regla, entre ellas la de (como en estos casos) haberse incumplido los requisitos legales de la figura. Denuncia estas prácticas DEL MORAL GARCÍA, «Capítulo VI: Declaración del delincuente», en RIVES SEVA (dir.), *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, t. I, 2021, pp. 559 ss., 771-772.

¹³ Así, SAP Granada 405/2015, Sección 2ª, de 23 de junio (ECLI:ES:APGR:2015:1134), que aun reconociendo el límite legal (que erróneamente atribuye al juego supletorio del art. 655 LECrim, cuando se recoge expresamente en el art. 50 LOTJ) argumenta que «en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal del Jurado se está generalizando una práctica forense que no se sujeta a este último requisito, en atención a que, asumidos los hechos de la acusación por parte del reo sin ninguna reserva, se diluye el ámbito objetivo del enjuiciamiento encomendado a los ciudadanos miembros del Jurado», que es únicamente el de la valoración de la prueba. La pena conformada para un asesinato alevoso con agravante de parentesco y eximente incompleta de trastorno psíquico fue 9 años de prisión.

¹⁴ SAP Palencia 1/2015, de 3 julio (ECLI:ES:APP:2015:142), que impone 10 años de prisión por un homicidio doloso. La Audiencia repasa el art. 50 LOTJ en relación con el momento procesal oportuno para prestar la conformidad en los juicios por Jurado –cuestión de la que no nos ocuparemos aquí–, pero ignora olímpicamente la prohibición expresa del precepto sobre el límite de la pena.

pocas ocasiones, especialmente en delincuencia socioeconómica, aun habiéndose celebrado el juicio resulta evidente la existencia de un pacto previo entre Fiscalía y defensa, por el que el acusado deposita antes del juicio una determinada cantidad y la Fiscalía se compromete a solicitar una atenuante de reparación muy cualificada; o supuestos en los que incluso puede pactarse la retirada de la acusación o la petición de sobreseimiento¹⁵.

Parece, pues, que aunque todavía no hayamos llegado al extremo de Estados Unidos, sí nos es aplicable la resignada apreciación de uno de los más destacados críticos del sistema, ALSCHULER, en el sentido de que «el tiempo de la cruzada para prohibir el *plea-bargaining* ha pasado ya»¹⁶. Poco importa ya a estas alturas dónde radiquen las verdaderas causas de esta suerte de oxímoron de una «emergencia permanente» que han convertido en imprescindible el recurso a una figura *a priori* tan discutible –falta de inversión de recursos públicos en el sistema de justicia, una legislación penal exenta de las mínimas exigencias de racionalidad instalada en la continua creación de nuevas figuras delictivas, un incremento real de la criminalidad, el aumento del número de instrucciones inevitablemente muy complejas en contextos de delincuencia progresivamente más sofisticada sobre todo económica, un diseño caduco del proceso penal que lo aboca a la lentitud, o el conjunto de todas ellas–; lo cierto es que nos encontramos inmersos en una paradoja, ya convertida en permanente, que ha sido acertadamente descrita (no solo en relación a la conformidad, sino también respecto de otras manifestaciones del principio de oportunidad) como cada vez «más Derecho penal, y menos proceso»¹⁷. La opción del legislador, pero sobre todo de los operadores jurídicos (Fiscalía General del Estado¹⁸, Abogacía –véase el Protocolo suscrito entre ambos en 2009¹⁹–, los propios tribunales), que son quienes en los últimos quince o veinte años vienen realmente impulsando y expandiendo la práctica de la conformidad muy por encima de lo inicialmente previsto por el legislador, es tan clara en su objetivo eficientista (acortar la duración del proceso, con el ahorro de recursos públicos y de esfuerzos y molestias de distinta índole a los que toman parte en su desarrollo) como –y con ello

¹⁵ Véase por ej. la sentencia del caso Gran Tibidabo, SAP Barcelona 1/2008, Sección 2ª, de 12 de febrero (ECLI:ES:APB:2008), comentada por ASÚA BATARRITA, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, 2008, pp. 145 ss., 155-158. Rechaza la posibilidad de recurrir el supuesto incumplimiento por la Fiscalía de estos pactos «informales» la STS 522/2008, Penal, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4289).

¹⁶ ALSCHULER, *Duq. L. Rev.*, (51), 2013, p. 706. Con una tasa de terminaciones del proceso por acuerdo superior al 95%, en Estados Unidos se ha ido mucho más allá de la admisión por el TS, en su sentencia de 1971 *Santobello v. New York*, de que el *plea bargaining* constituye un «componente esencial de la administración de justicia» (404 U.S. 257 [1971], p. 260), y ha de convenirse que la justicia negociada, como ya se ha reconocido en *Lafler* con las derivaciones que luego comentaremos, es el sistema de justicia de ese país.

¹⁷ BARONA VILAR, «El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?», *Revista Boliviana de Derecho*, (31), 2021, pp. 208 ss., pp. 217-225; OLAIZOLA NOGALES, *Nuevo Foro Penal*, (82-1), 2014, *passim*; similar, ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 158.

¹⁸ Actitud de la que deja temprana constancia ya la Circular FGE 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que DEL MORAL GARCÍA, «La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, pp. 1 ss., 2, considera una «auténtica apología del sistema de conformidades», y que se mantiene constante hasta la actualidad (así, en la Memoria del Ministerio Fiscal de 2020 «se insiste en la necesidad de potenciar la aplicación de las conformidades y de hacerlo en los primeros momentos procesales para obtener los máximos beneficios posibles»).

¹⁹ Protocolo de 1 de abril de 2009, suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía, que –constatada la escasa eficiencia de las prestadas al inicio del juicio oral– pretende promover las conformidades tempranas. Al mismo siguió la Instrucción FGE 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española (el texto de la Instrucción incorpora el del propio Protocolo).

nos introducimos en los aspectos que aquí más pretenden estudiarse– discutibles y problemáticos sus costes y efectos.

En la deriva que ha adoptado nuestro sistema de justicia penal en la actualidad, ha llegado a decirse que «el fin principal del proceso penal es hoy en verdad que el juicio oral no tenga lugar»²⁰. Lo cierto es que la presión del sistema para llegar a la conformidad es enorme, y a menudo discurre por cauces procesales no solo no previstos, sino muy cuestionables desde el punto de vista de las garantías para el encausado. Así, con mucha frecuencia es el propio Juez o la Audiencia Provincial quien convoca a las partes a una audiencia preliminar (no prevista en la normativa procesal) y todavía no agendada como sesión del juicio oral, para plantear la posibilidad de una negociación –asumiendo de modo más o menos directo un cierto papel de promotor del acuerdo–; a pesar de que expresamente lo desaconseje el Protocolo de 2009 (punto 5.3.2), también es frecuente en la práctica que la negociación se debata en sala sin que el juez opte por abandonarla, lo que resulta particularmente inadmisibles a la luz de la garantía de imparcialidad en caso de que la conformidad no prospere²¹.

No se pretende partir aquí, desde luego, de un rechazo a objetivos de eficiencia en la agilización de la Administración de Justicia, perfectamente legítimos y deseables en sí mismos, que resultaría sesgado contraponer sin más a la noción de las garantías²². La importancia de una respuesta pronta al delito para la eficacia y la propia legitimación de la pena es algo asumido cuando menos desde la obra de BECCARIA²³, y no es necesario insistir en la naturaleza iusfundamental del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que también es responsabilidad estatal intentar garantizar. La cuestión radica, por supuesto, en qué es lo que estamos dispuestos a sacrificar para ello; en ese sentido, las diferencias entre nuestros respectivos sistemas procesales no son óbice para que resulte muy conveniente una mirada al *plea-bargaining* estadounidense, aunque solo sea para constatar los límites que no estamos dispuestos a traspasar²⁴.

²⁰ GÓMEZ COLOMER, «El proceso penal español a comienzos del siglo XXI», *InDret*, (1), 2017, pp. 1 ss., 12, quien en tono muy crítico señala que «se quiere evitar a toda costa, sin reparo ideológico ni dogmático alguno».

²¹ Particularmente crítico con la intervención proactiva de los jueces y magistrados en favor del acuerdo, DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, p. 3, así como la STS 767/2013, Penal, de 25 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4998), que insta al distanciamiento para no comprometer la imparcialidad del eventual juzgador. Quedan ya muy lejos las rotundas críticas de la entonces mayoritaria Asociación Profesional de la Magistratura, que en referencia a las cláusulas premiales subrayaban la «inmoralidad» de la «negociación y el cambalache» (ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. GABINETE DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (47), 1992, pp. 309 ss.).

²² En referencia a las cláusulas premiales, *vid.* CUERDA ARNAU, «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 2005, pp. 4 ss., 12.

²³ «Cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil», BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1969, p. 81.

²⁴ BARQUÍN SANZ, «Retos de la justicia penal: avance de un diagnóstico», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, pp. 27 ss., 33-41; una mirada necesaria si convenimos con SILVA SÁNCHEZ que se trata de «un modelo que tampoco nos es tan ajeno como pudiera parecer a primera vista» (SILVA SÁNCHEZ, «Acuerdos ¿proceso sin Derecho?», *InDret*, [4], 2010, p. 2, n. 3). A la luz de la evolución descrita, las intenciones de prelegisladores de diversas tendencias ideológicas, y la propia tendencia de la conformidad a una práctica expansiva que desborda los límites legales, no parece ocioso plantear la necesidad de debatir, por ejemplo, sobre la voluntariedad de la conformidad prestada para evitar la acusación por un delito castigado con prisión permanente revisable, o la prestada a cambio de que no se ejerza acusación alguna contra una determinada persona (el conocido *charge-bargaining* norteamericano respecto de terceros).

Para los penalistas –sobre todo quienes carecen de un contacto directo con el ejercicio de la profesión–, la conformidad se ha convertido en el «elefante en la habitación» al que preferimos no conceder demasiada atención; la percepción del instituto como puramente procesal (aun con indudable proyección constitucional), y la escasa relevancia de las sentencias dictadas a su amparo (en su inmensa mayoría carentes por completo de razonamiento jurídico alguno que invite a su lectura) contribuyen a sostener nuestro desinterés por su evolución. Quizás parezca excesivo el temor expresado por algún autor al asociar su imparable avance con la desaparición de la dogmática²⁵; pero lo cierto es que la idea misma de la justicia negociada –propensa a desembocar en una «justicia del cadí»²⁶– ataca la línea de flotación de aquello a lo que sirve tanto la teoría del delito como el esfuerzo interpretativo sobre el alcance de los concretos tipos penales: construir un instrumento teórico capaz de captar y categorizar los matices de la conducta delictiva y dotar así a la reacción estatal de un mayor grado de justicia material, pero siempre con una pretensión de generalidad al servicio tanto de la seguridad jurídica como de la igualdad en la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales²⁷. Deviene así inexcusable reflexionar sobre esta (ya no tan) nueva realidad no solo desde la perspectiva de las garantías procesales, sino insertándola en el conjunto del sistema punitivo sustantivo, desde el punto de vista de su incidencia en la respuesta penal y los fines que la informan; una tarea que en el actual grado de implantación en nuestro sistema requiere, para empezar, de análisis empíricos que demuestren cómo funciona realmente en las diferentes clases de delitos, a qué tipo de rebajas de pena da lugar y en función de qué variables, cómo se combina con la atenuante de reparación del daño y hasta qué punto esta incide en la negociación, qué papel juegan en la realidad las acusaciones particulares, cual podría ser la tasa de personas inocentes que se conforman o si existe o no un verdadero control judicial (resultaría del mayor interés conocer qué porcentaje de acuerdos de conformidad son rebajados por el juez para aplicar una pena menor o incluso absolver, y cuál el de supuestos en que por considerarse incorrectamente calificados los hechos y estimarse más correcta una pena mayor, son remitidos a juicio); un conocimiento empírico imprescindible para evaluar hacia dónde se está desplazando nuestro sistema penal y tomar postura al respecto²⁸.

Indudablemente, analizar un fenómeno de tan amplísima implantación como este exige considerar sus múltiples matices en función del contexto en el que opera: al ofrecerse tanto a acusados culpables como inocentes; con muy distintas posibilidades de salir absueltos en caso de celebrarse

²⁵ VOLK, *FS-Detlef Krauß*, 2006, pp. 89 ss., 92 ss. (citado por SILVA SÁNCHEZ, «Acuerdos ¿proceso sin Derecho?», *InDret*, [4], 2010, p. 2).

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 77.

²⁷ Cuestión distinta es que en su conjunto y del modo en que habitualmente se concibe, esta tarea –en principio al servicio de la previsibilidad de la reacción penal como derecho del ciudadano– haya desembocado en una continua superposición de teorías ajenas a las palabras de la ley que, desigualmente asumidas a su vez por los tribunales, disuelve toda garantía y genere precisamente el efecto contrario al pretendido. Sobre este fracaso de la dogmática como ciencia ha insistido VIVES ANTÓN (entre otras muchas obras en VIVES ANTÓN, «Principios penales y dogmática penal», *Derecho y Cambio Social*, [22], 2011, pp. 174 ss.), seguido por CUERDA ARNAU, «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho*, (8), 2010, pp. 121 ss., pp. 126-130, o CARBONELL MATEU, «El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis», *Teoría y Derecho*, (10), 2011, pp. 296 ss., 303.

²⁸ En esta línea se inscriben los recientes trabajos de VARONA GÓMEZ «La suspensión de la pena de prisión: ¿una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, 2021, pp. 281 ss.; VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret*, (1), 2022, pp. 307 ss. Este tipo de análisis empírico se encuentra muy presente en la doctrina norteamericana, donde cobran especial interés variables como la raza o la situación económica del acusado.

el juicio oral y la correspondiente práctica de la prueba²⁹; aplicarse en casi cualquier tipo de delitos (que sin embargo pueden presentar diferencias muy notables entre sí en relación a aspectos relevantes de cara a la conformidad –dificultades probatorias de sus elementos típicos, mayores problemas interpretativos sustantivos, marcos abstractos más o menos «inflados»–); comportar resultados diversos en cuanto a la rebaja de pena; operar en delitos con y sin víctima –y, en el primer caso, con o sin víctima personada como acusación particular–; incorporar o no al pacto el pago de la responsabilidad civil, etc., resulta imposible referirse a la conformidad como un todo. La figura juega de modo muy distinto –por poner algunos ejemplos– en delitos contra la seguridad en el tráfico, contra la libertad sexual, delitos contra el patrimonio o socioeconómicos (sin olvidar que además puede ser también prestada por la persona jurídica, con todas las particularidades que ello comporta).

Este trabajo se inscribe en la línea arriba descrita. Después de exponer brevemente las modalidades de conformidad en el sistema español y el modo en el que se articula en la práctica la llamada conformidad negociada (*infra* 2), realizaremos algunas consideraciones de carácter constitucional, centradas sobre todo en su aspecto más problemático desde esta perspectiva, esto es, el riesgo de que la figura dé lugar a un exceso de castigo (*infra* 3). Nos referiremos después (*infra* 4), a la vertiente premial del instituto, pues no cabe duda de que en la mayoría de los casos en que se aplica sí supone un beneficio para el acusado en términos de pena, lo que nos obliga a contextualizar la conformidad en las disposiciones premiales que ya conoce nuestro sistema penal al servicio de fines utilitarios, y a valorar su relación de tensión con los distintos fines de la pena (se tratará aquí de valorar, por tanto, si la conformidad puede conducir a un «defecto» de reacción penal que perjudique el cumplimiento de los fines de aquella). Solo después (*infra* 5) analizaremos la posición de la víctima del delito en el juego de la conformidad, y aportaremos (*infra* 6) un estudio jurisprudencial de sentencias de conformidad dictadas por dos Audiencias Provinciales en delitos contra la libertad sexual, que permita –con toda la prudencia necesaria a la luz de los muy diversos contextos en que opera la institución– constatar hasta qué punto se realizan los riesgos y desventajas previamente estudiados. Concluiremos (*infra* 7) con algunas reflexiones y propuestas de cara a una regulación de la figura que tarde o temprano (cuando nuestro legislador consiga alumbrar por fin la eternamente pospuesta nueva ley procesal penal) terminará produciéndose en nuestro país, y que todo apunta avanzará en un nuevo ensanchamiento que considero del todo desaconsejable.

2. La conformidad en el ordenamiento jurídico español. Breve panorama en función de su componente negocial

2.1. La conformidad sin negociación (conformidad «en la guardia» o «premiada»)

En la compleja regulación procesal del instituto que nos ocupa en el ordenamiento jurídico español (no cabe en puridad hablar de «la» conformidad, sino de «las» conformidades), existen dos modalidades que (al menos en principio)³⁰ no incorporan el elemento de negociación sobre la entidad de la ventaja que al imputado le reporta el avenirse a las pretensiones de la acusación. La segunda de ellas (el llamado procedimiento por aceptación de decreto), introducido por la reforma de la LECrim operada por la LO 41/2015, de 5 de octubre, ha devenido en una vía claramente inaplicada y de ahí que la excluyamos de estas páginas.

²⁹ El incentivo para conformarse es obviamente mayor cuanto más sólida la evidencia probatoria; de ahí las estadísticas tan altas de conformidad, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial, como muestra el estudio de VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, *InDret*, (1), 2022, p. 327.

³⁰ Matizaremos el supuesto componente no negocial de los descuentos fijos de pena *infra* 7.

La regulación prevista para los llamados juicios rápidos, conformidad «en la guardia» o «premio» (procedimiento introducido en nuestro ordenamiento a través de la reforma de la LECrim por Ley 38/2002, que lo regula en los arts. 795 a 803) incorpora una disposición de carácter sustantivo que disciplina su repercusión penológica: la reducción en un tercio de la pena solicitada (art. 801.2 LECrim)³¹. Esta previsión específica de lo que en realidad viene a ser una verdadera «atenuante por conformidad», que en caso de acuerdo *obliga* al juzgador (o mejor dicho, a un juez de instrucción que en puridad no ejerce una función jurisdiccional en sentido estricto³²) a aplicar una notable reducción de la pena, implica una verdadera modificación del Código penal³³, que sin embargo en principio no fue explicada ni entendida como tal: llama la atención que la aprobación del nuevo art. 801 LECrim con rango de ley orgánica (LO 8/2002, de 24 de octubre) obedeciera, según la escueta Exposición de Motivos de esta última, al hecho de que con esta conformidad en la guardia se viniera a atribuir a los juzgados de instrucción una nueva competencia no prevista en el art. 87 a) de la LOPJ –precepto cuya nueva redacción sí se incluye en dicha norma orgánica–, sin que el legislador considerara necesario no ya modificar expresamente el Código para introducir esta nueva disposición premial, sino incluir siquiera una mención a la incidencia del nuevo art. 801.2 sobre el texto punitivo. La efectiva aprobación del precepto con el rango de orgánico permitió –fuesen cuales fuesen los motivos que la determinaran– salvar cualquier objeción desde el punto de vista del principio de legalidad, pero parece claro que esta puerta de introducción en nuestro Derecho contribuye a explicar –más aún en una organización académica como la española, con su consabida cesura entre las disciplinas penal y procesal– la falta de conocimiento e interés (al menos inicial) de la academia penalista por una disposición premial de una relevancia práctica infinitamente mayor que cualquiera de las otras de esta misma naturaleza a las que en cambio se ha dispensado mucha mayor atención.

Aun cuando se trate de casos que en principio no satisfacen los requisitos del procedimiento rápido (por ejemplo porque no se hayan iniciado como consecuencia de atestado policial), el art. 779.1.5ª LECrim permite el llamado «reconocimiento de hechos» del acusado ante el Juez de instrucción, que en caso de cumplirse los requisitos del art. 801 en cuanto al límite de pena desembocan en la conformidad premiada reconocida en dicho precepto. Se trata con ello de estimular la conformidad temprana –pues cuanto antes se produzca mayor será su utilidad desde el punto de vista del ahorro de recursos públicos y molestias de todo tipo a los involucrados en el proceso–, permitiendo la importante rebaja del tercio de la pena solicitada. En potenciar esta vía se centraba el ya citado Protocolo de 1 de abril de 2009, suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, y la Instrucción de la FGE subsiguiente (2/2009), aunque con resultado, por lo que

³¹ El art. 801 LECrim limita esta posibilidad a que 1) el delito objeto de acusación no tuviere prevista pena superior a tres años de prisión, pena de multa de cualquier cuantía o pena de distinta naturaleza no superior a 10 años; 2) que la pena, en caso de ser de prisión, no supere (una vez reducida en un tercio), los dos años –es indiferente que la pena así reducida quede por debajo del límite mínimo del marco abstracto–. La sentencia se dictará en el acto, lo mismo que la decisión sobre la suspensión, para la que bastará «el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles (...) en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije». Importa también recordar que de acuerdo con el art. 795 LECrim el procedimiento abreviado solo es aplicable (aparte del límite de pena no superior a cinco años) si el procedimiento se ha incoado en virtud de atestado policial, siempre que se trate además de delitos o bien flagrantes, o bien de instrucción sencilla, o bien constitutivos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal; hurto; robo; hurto y robo de uso de vehículos; contra la seguridad del tráfico; daños del art. 263 CP; contra la salud pública del tipo atenuado del art. 368 2.º CP, o delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 CP.

³² Muy claro al respecto GASCÓN INCHAUSTI, «La reforma del proceso penal español por Ley Orgánica 8/2002 y por Ley 38/2002 de 24 de octubre: “juicios rápidos” y nuevo juicio de faltas», *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (3), 2004, pp. 193 ss., p. 209.

³³ Así lo entiende el TS en STS 422/2017, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354), donde la califica de «atenuante privilegiada con una eficacia especial».

parece, menos exitoso de lo deseado (para frustración de una FGE que año tras año insiste en sus Memorias en la conveniencia de «generalizar la previsión legal establecida en el art. 779.5 LECrim»³⁴); desde el punto de vista de un acusado que se considera inocente o con posibilidades de una buena defensa, parece lógico esperar a la conclusión de la instrucción para valorar –solo si esta concluye con el decreto de apertura del juicio oral– la conveniencia de conformarse.

2.2. Conformidades con negociación (en procedimiento ordinario por delitos graves, procedimiento abreviado y juicios por jurado). La difícil cognoscibilidad de la verdadera rebaja negociada

La modalidad más habitual de conformidad es la que se presta en el procedimiento abreviado, prevista en los arts. 784.3 y 787 LECrim, aunque como ya se ha señalado también puede operar en el procedimiento ordinario (arts. 655 a 700) y en los juicios por jurado (art. 50 LOTJ). Importa recordar que la limitación respecto de la pena de 6 años (pena máxima que se puede solicitar con la que cabe conformarse³⁵) no ha de ser entendida en el sentido de que solo quepan conformidades respecto de delitos que no puedan superar esa pena. La práctica habitual (mucho más frecuente que la alternativa de que desde un principio acusación y defensa presenten un escrito conjunto en un momento anterior) es que la conformidad se preste en el momento de inicio del juicio oral, una vez modificado, como consecuencia de la negociación, el escrito de acusación inicial; nada impide por tanto que la conformidad opere con respecto a delitos con pena abstracta mucho más elevada, y respecto de los que inicialmente se hubiera solicitado mucho más de seis años, siempre que se respete dicho límite en la pena *finalmente* solicitada y conformada³⁶. Cuestión distinta, como se señalaba en la introducción de este trabajo, es que dicho tope legal se respete realmente en la práctica.

La tarea de desentrañar la operatividad real de esta clase de conformidades se ve enormemente dificultada por la opacidad en que se desenvuelve (una de las características que sus detractores suelen destacar y que como después mencionaremos constituye una de las «debilidades constitucionales» del instituto), que vela al observador externo aspectos esenciales cuyo conocimiento sería determinante para poder valorarla con realismo. A no ser que se haya sido parte en el proceso (o que excepcionalmente se haya producido una cobertura mediática que haga pública dicha información), con la lectura de una sentencia no es posible conocer cuáles eran la calificación y la petición de pena inicialmente pretendidas, lo que impide calibrar, para empezar, hasta qué punto se incurrió en el famoso *overcharging* o «sobreacusación» con el fin de forzar más fácilmente la conformidad.

³⁴ Memoria FGE, 2023, Capítulo IV, apdo. 1.1.9.1.

³⁵ Respecto de las personas jurídicas no existe, en cambio, límite máximo de pena conformable, lo que no ha impedido que, en consonancia con la exclusión de las penas más graves vigente para las personas físicas, la pena de disolución suela considerarse no conformable (entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Análisis jurisprudencial de las conformidades en los procesos penales», en GÓMEZ-JARA DÍEZ *et al.* [coords.], *LH Maza Martín*, 2018, pp. 319 ss., 325).

³⁶ De ahí que sencillamente no se corresponda con la práctica ya muy asentada el argumento de la STS 767/2013, Penal, de 25 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4998), según el cual la solicitud inicial de unas penas superiores a 6 años «hacían inviable, por tanto, cualquier acuerdo que permitiera un desenlace consensuado entre las partes, como expresión de una justicia pactada que, por su propia naturaleza, es inidónea para el enjuiciamiento de delitos de especial gravedad, como el que iba a ser objeto de enjuiciamiento». Como más adelante se comprobará, son absolutamente corrientes las conformidades en delitos graves contra la libertad sexual –como el enjuiciado en la sentencia– inicialmente conminados con penas muy elevadas. Cuestión distinta, por supuesto, es que, como dice el Tribunal, la gravedad de los delitos y sus consiguientes penas inciden en la idoneidad del instrumento.

Solo en algunos casos mediáticos puede conocerse, por informaciones de prensa, la calificación y pena inicialmente solicitadas por la Fiscalía. La consulta de sentencias de conformidad proporciona, por tanto, solo una lectura parcial de la realidad, de modo que los análisis empíricos a los que antes nos referíamos obviamente requieren el contacto con operadores jurídicos dispuestos a aportar una visión más completa.

Por otro lado, dada la esencia misma de la figura (una declaración de hechos probados pactada) al observador puede serle muy complejo discernir cuál es el verdadero beneficio que para un acusado –partamos ahora de un acusado culpable– se ha derivado del mero dato de haberse conformado. Solo cabe deducirlo a partir de los únicos hechos probados de que se dispone (los que han sido objeto de conformidad), y del tipo penal en el que encajan (el conformado), para valorar después hasta qué punto se han aplicado las atenuantes propias del contexto de la conformidad (reparación, confesión, otras posibles) y con qué efectos (simple o cualificado). Pero a nadie se le escapa que a menudo la cuestión se halla en el propio pacto sobre los hechos mismos, que pueden presentarse del modo necesario para acomodarlos a la calificación y la pena pretendidas, ya sea en sí mismos o con el añadido de ulteriores circunstancias modificativas³⁷.

2.3. Pacto sobre la pena y articulación formal

En las conformidades negociadas la regulación procesal española deja completamente abierto a los operadores jurídicos el modo de articular el pacto hasta llegar al objetivo pretendido³⁸; el control judicial del pacto de conformidad ha de constatar únicamente que calificación jurídica y

³⁷ Afirman con rotundidad la frecuencia del pacto sobre los hechos, CÓRDOBA RODA, «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, (7898), 2012, p. 4; LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, 3/2018, p. 10, o, en tono especialmente crítico, DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, *passim*. Sirva de ejemplo la antes citada SAP Palencia 1/2015, de 3 julio (ECLI:ES:APP:2015:142), un supuesto de conformidad contraria al art. 50 LOTJ, cuyos telegráficos hechos probados acordados («Luisa acudió al domicilio de Horacio y entre las 23:00 horas del día 18 y la 01:00 de la madrugada del día 19 con intención de acabar con su vida, repetidamente y hasta que lo consiguió, le clavó un cuchillo en 42 ocasiones, causándole heridas en cabeza, cuello y tórax. Heridas que afectaron a órganos vitales y a consecuencia de las cuales murió Horacio») se acomodan a la calificación de homicidio doloso sin circunstancias con pena de 10 años de prisión. Huelga decir que el pacto sobre los hechos excluye cualquier referencia a la modalidad del ataque o el sufrimiento experimentado por la víctima, que pudieran generar dudas en cuanto a la calificación como asesinato por alevosía o ensañamiento, una baza con la que es imaginable que jugara la acusación para obtener la conformidad.

Ciertamente, como se apunta en el texto, las posibilidades del pacto sobre hechos varían en función del tipo de delito y la fortaleza de los indicios de prueba con que se cuente en fase de instrucción; pero incluso en aquellos en que pueda parecer más complejo, una decidida voluntad *pro* pacto de la Fiscalía puede encontrar resquicios para ello. Así, en el delito fiscal, donde la intervención de la Agencia Tributaria parece dificultar el pacto sobre hechos en la medida en que aporta una carga probatoria indudable, la presencia de elementos normativos en los criterios de cálculo de la cantidad defraudada pueden dar lugar a un acuerdo sobre su interpretación que modifique a la baja este elemento fáctico fundamental, como sucedió, por ejemplo, en el caso *Ronaldo* (crítico con la sentencia de conformidad y las penas «extraordinariamente generosas» que a su juicio no satisfacen las necesidades sobre todo preventivo-generales, CARDENAL MONTRAVETA, «La respuesta del Derecho penal a los delitos fiscales de Cristiano Ronaldo (y de otros)», *La Ley Penal*, (136), 2019, pp. 1-8, trabajo en el que se citan otras sentencias de conformidad en delitos fiscales por cuantías muy elevadas, que concluyen con la suspensión de la pena de prisión. *Vid.* igualmente CUGAT MAURI, en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 347 ss.

³⁸ Resulta muy expresiva la STS 938/2008, Penal, de 3 diciembre (ECLI:ES:TS:2008:7275): «Como es práctica usual en el foro (...) la conformidad en un determinado relato inculpativo y en las consecuencias penales y civiles derivadas de él, no surge de forma espontánea, sino que es el fruto de una expresa negociación entre el Ministerio Fiscal y otras acusaciones que pueden existir con la defensa. En aras a conseguir tal conformidad, es normal que acusadores y acusados, dentro del respeto al principio de legalidad, traten de acercar posiciones, rebajando las acusaciones sus peticiones, ya en relación a la calificación jurídica, concurrencia de agravantes o admisión de atenuantes con evidente incidencia en la pena a solicitar».

pena son acordes al principio de legalidad, lo que en la inmensa mayoría de los casos se reduce a comprobar si –siempre a partir de los hechos conformados– la pena alcanzada es matemáticamente posible con la calificación acordada.

Al margen del control por el juzgador del carácter voluntario e informado de la decisión (que en caso de suscitarle dudas le obliga a ordenar la continuación del juicio *ex art. 787.4 LECrim*), en caso de que «considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente» tiene como es natural vedado modificarla y sustituirla por una pena superior en la propia sentencia de conformidad, lo que vulneraría tanto el principio acusatorio como el de contradicción³⁹. En tales supuestos, el art. 787.3 LECrim establece que se ha de requerir a la parte para que manifieste si se ratifica o no en su calificación, y, en caso de ratificación, el juez ha de ordenar la continuación del juicio, con los problemas de cara a la imparcialidad derivados de ser conocedor de la conformidad que él mismo anula (precisamente para evitar esta contaminación, por cierto, los distintos proyectos de regulación del instituto obligan a que el juez que controla la conformidad sea distinto del eventualmente llamado a enjuiciar el caso). Aunque el precepto no diferencia entre ambas posibilidades, el procedimiento descrito se interpreta en el sentido de vedar una calificación más grave; sí que resulta posible al juez, en cambio, apreciar de oficio una calificación más benévola o incluso absolver, y resultaría del mayor interés conocer –como se decía al principio de este trabajo– hasta qué punto esta posibilidad de control se ejerce efectivamente⁴⁰.

Los cauces para lograr el efecto atenuatorio con el que la defensa accede a conformarse son así múltiples: previo pacto que matice los hechos, en su caso, para que estos puedan acomodarse a la calificación y la pena acordadas, cabe la renuncia de la Fiscalía a acusar por un determinado delito o a solicitar una pena facultativa; la acusación por un tipo menos grave que el inicialmente sugerido (sea con un cambio de figura delictiva o descartando un subtipo agravado); dejar de solicitar una agravante genérica o la apreciación de delito continuado; matizar el grado de intervención (en los últimos años se ha incrementado, por ejemplo, la antes casi inviable apreciación de complicidad en los delitos de tráfico de drogas); calificar por concurso medial o ideal en lugar de real en casos de pluralidad delictiva; o, en fin, pactar la apreciación de alguna atenuante que permita justificar la imposición de la pena mínima del delito por el que se acusa (por ejemplo, una interpretación especialmente laxa de las dilaciones indebidas, circunstancia frecuente en las conformidades y cuya imprecisa redacción –«extraordinaria», «indebida», «complejidad de la causa»– se presta perfectamente a convertirla en factor de negociación) y/o un régimen especialmente generoso en la suspensión de la condena⁴¹. Cuando se pacta el límite inferior del marco penal, la tendencia jurisprudencial a imponer las penas mínimas aun sin atenuantes permitiría hasta cierto punto (no, por ejemplo, si concurre una agravante que es necesario compensar) prescindir del recurso a una atenuante genérica, pero aun así es frecuente que se incluya (especialmente, la reparación y la confesión tardía) para apuntalar mejor la pena conformada.

³⁹ Entre otras, STS 211/2012, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2200), o STS 188/2015, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1389).

⁴⁰ Un amplio repaso a la jurisprudencia del TS al respecto, no siempre uniforme, puede encontrarse en DEL MORAL GARCÍA, en RIVES SEVA (dir.), *La prueba en el proceso penal*, t. I, 2021, pp. 703 ss. Especialmente tortuoso resulta el control de la conformidad en el caso resuelto en STS 606/2007, Penal, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2007:5053).

⁴¹ Por más que el acuerdo sobre la suspensión corresponda siempre al Juez, en los delitos de tráfico de drogas del art. 368 ss. resulta esencial en la negociación la apreciación de la dependencia que permita atenuar la pena (incluso con el efecto privilegiado del art. 376, párrafo segundo) y determinar la entrada en juego del art. 80.5 CP (suspensión de penas de hasta cinco años).

Al margen de todo lo anterior, sin embargo, en muchas ocasiones la pena pactada⁴² solo puede alcanzarse merced a una rebaja en grado (con frecuencia, en dos) del marco abstracto de pena del tipo por el que se califica, lo que sí requiere la combinación de dos atenuantes o la apreciación de una muy cualificada (art. 66.1.2ª)⁴³. Pues bien, como cualquier estudio de sentencias de conformidad permite comprobar, el enorme grado de arbitrio judicial en la determinación de la pena propiciado por esta regla penológica –excesivo o no es otra cuestión– es plenamente aprovechado por acusaciones y defensas en el contexto de la conformidad, pues permite que reducciones de pena de gran importancia superen el posterior control de legalidad encomendado al tribunal. Es en este contexto donde el juego de las atenuantes de confesión (art. 24.4ª CP) y sobre todo de reparación (art. 24.5ª) deviene esencial, puesto que (al menos en la interpretación doctrinal y jurisprudencial hoy consolidada como claramente mayoritaria) las dos atenuantes que recogen el comportamiento postdelictivo positivo se prestan a ser «construidas» a lo largo del proceso –y a utilizarse por una defensa hábil del modo que dentro de ese interregno más favorezca los intereses del acusado–⁴⁴, lo que las convierte, como veremos posteriormente, en recursos idóneos para cumplir esa función instrumental en la justificación de la pena negociada como acorde a la legalidad.

Dentro de este contexto de negociación y enorme flexibilidad en la fijación de la pena, no parece tener mucho sentido mantener la regla de que la rebaja aplicada a una de las penas acumulativamente previstas en el tipo ha de aplicarse imperativamente a las restantes (STS 754/2009, Penal, de 13 de julio [ECLI:ES:TS:2009:4715], que expresamente señala que el Fiscal y las partes pueden alcanzar «cualquier acuerdo», pero siempre que la penalidad acordada se acomode a «los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el Código»).

Esta extraordinaria flexibilidad del sistema español favorece un rasgo presente, si no en todas, sí –en lo que se nos alcanza– en la mayoría de las conformidades: la dificultad de individualizar en qué medida ha beneficiado al acusado el hecho de conformarse. Dejando ahora al margen el beneficio que pueda suponer el pacto sobre los hechos (incognoscible para quien no ha sido parte en el proceso), el beneficio «individualizable» por el mero hecho de conformarse solo aparece claro cuando se aplica la atenuante (analógica) de confesión tardía, directamente conectada con esa aportación de utilidad⁴⁵. Respecto de todo el resto de elementos que concurran en la calificación con una incidencia en la pena, apreciar el grado en que benefician al reo requiere verificar hasta qué punto se ha producido una interpretación «generosa», algo muy evidente en algunos casos (por ejemplo, aplicar la complicidad en delitos de tráfico de drogas) pero no en muchos otros.

⁴² Huelga insistir en la importancia para la defensa de alcanzar la pena de dos años de prisión, aunque no solo esta, siempre que deje abiertas posibilidades de suspensión; véase p. ej. la SAP Barcelona 39/2021, Sección 5ª, de 12 de enero (ECLI:ES:APB:2021:1098), en la que se imponen dos años por cada uno de los dos abusos sexuales cometidos, con suspensión del ingreso al amparo del art. 80.3 CP.

⁴³ No queda excluida tampoco la posibilidad de eximentes incompletas, lo que genera cierta inquietud en el caso de la semiimputabilidad (*vid. infra* 3), que al menos en lo que se refiere a la anomalía mental del art. 21.1 CP no parece un elemento apropiado para ser objeto de negociación.

⁴⁴ ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, *passim*, desde una perspectiva muy crítica con el enfoque doctrinal y jurisprudencial mayoritario de ambas atenuantes, con y sin recurso a la conformidad.

⁴⁵ Sobre ello con mayor detalle, *infra* 4.

3. Algunas consideraciones de constitucionalidad

3.1. Reparos de constitucionalidad *ad intra* y *ad extra*

En la discusión inabarcable sobre su legitimidad desde el punto de vista constitucional, la justicia negociada ha recibido todo tipo de objeciones. Las más comunes se refieren, obviamente, a los derechos del imputado en un proceso penal (lo que cabría calificar de objeciones *ad intra*): presunción de inocencia, derecho a no confesarse culpable o el derecho a un juicio público con todas las garantías; considerarlos renunciables por parte de quien sabiéndose culpable se conforma libremente para obtener con ello una ventaja en términos de pena no obsta al carácter constitucionalmente problemático de la figura respecto de quienes por razones de diverso signo se conforman sabiéndose inocentes o aquellos que –a pesar de contar con cierto grado de posibilidades de salir absueltos o con una pena menor a la pactada– aceptan el pacto por temor a una condena superior a la ofrecida⁴⁶. La idea de que la conformidad supone en realidad un castigo para quien decide ejercer su derecho al juicio constituye también, por su parte, una de las objeciones habituales a la figura. De ellas nos ocuparemos enseguida con algo más de detalle, al comentar si y cómo han sido tratadas por nuestra jurisprudencia constitucional.

Al margen de lo anterior, la figura de la conformidad suscita objeciones constitucionales, por así decirlo, *ad extra*, que van más allá de la afectación de los derechos procesales del imputado. Así, por ejemplo, se ha puesto en cuestión su encaje con la propia división de poderes, ya sea por el poder casi ilimitado que se deposita en la Fiscalía para adoptar las decisiones clave en materia penal sin ningún control efectivo –una crítica que se agudiza en los ordenamientos en que su poder para negociar se potencia con una operatividad sin límites del principio de oportunidad⁴⁷–, ya sea en lo que su actividad tiene de ejercicio de funciones cuasi jurisdiccionales⁴⁸; una asunción de funciones que agrava más, si cabe, el problema de base que ya supone la generalización de una deficiente técnica legislativa (disminución de la taxatividad de los tipos, excesiva amplitud de los marcos penales, problemas de *bis in idem*, etc.) ante la que el intérprete judicial asume cada vez más un papel de pseudo-legislador. No parece tampoco menor la objeción relativa a su opacidad, problemática en términos constitucionales tanto por lo que se refiere al secretismo de las negociaciones (que pese a ese carácter cuasi jurisdiccional escapan, por lo que al ordenamiento español se refiere, a la exigencia de publicidad del art. 120.1 CE) como por la casi absoluta falta de motivación de las sentencias, difícilmente cohonorable con la exigencia derivada del art. 120.3 CE. Es verdad, ha de admitirse, que la conformidad del acusado

⁴⁶ Sobre los distintos motivos de la conformidad del inocente resulta esencial el ya citado trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, pp. 13-20, que los sintetizan en tres: para evitar el riesgo de una condena grave, para evitar los costes inherentes al proceso, y para evitar costes a terceros.

⁴⁷ Como sucede en Estados Unidos, pero no entre nosotros. Relevante BARKOW, «Separation of Powers and the Criminal Law», *Stanford Law Review*, (58), 2006, pp. 989 ss., 1044 ss.

⁴⁸ Por todos, recientemente, VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, *InDret*, (1), 2022, pp. 313-314; en relación con delitos de corrupción, RODRÍGUEZ GARCÍA, «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ/MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, 2020, pp. 397 ss., 408-409. Al margen de que no las formule en tono crítico, sino al contrario, resulta interesante la descripción realizada por el Juez LYNCH en un conocido trabajo, según la cual el proceso del *plea* no constituye una mera negociación descarnada, sino un debate de fondo entre defensa y fiscalía sobre los elementos fácticos, posibles argumentos favorables, etc., lo que lo acerca a un verdadero enjuiciamiento (LYNCH, «Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off?», *Stanford Law Review*, [55], 2003, pp. 1399 ss., 1403-1404). Aunque se trata de unas reflexiones breves, parece cercana a esta idea la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (4), 2010, pp. 1-2, de alejar las conformidades de una mera lucha estratégica en la que el Derecho penal sustantivo se utilice simplemente para vestir el acuerdo, para articularlas como «escenarios de debate sobre el Derecho aplicable en marcos de incertidumbre fáctica».

permitiría hasta cierto punto prescindir de estas exigencias en lo que tienen de garantía de sus propios derechos –en este particular contexto la motivación no despliega su esencial función de garantía de la presunción de inocencia, ni opera su conexión con el derecho de defensa y la posibilidad del recurso del art. 24 CE⁴⁹–, pero no ocurre lo mismo con la otra función (extraprocesal, institucional o *erga omnes*, como se quiera llamarla) derivada de ambas exigencias, que conectan con la confianza de la comunidad en los Tribunales –convirtiéndose en condición de legitimidad de la administración de Justicia⁵⁰– y con el propio control del ejercicio arbitrario del poder (lo que implica como destinatarios de las sentencias a todos los integrantes de la comunidad jurídica, y no solo a las partes⁵¹).

3.2. Breve apunte de Derecho comparado. La jurisprudencia constitucional norteamericana como punto de referencia

En vivo contraste con este señalado carácter «sospechoso» para el delicado conjunto de garantías que informan el proceso penal, las jurisdicciones constitucionales –y también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– comparten un enfoque en principio deferente con la figura, en gran parte explicado por la ya mencionada consolidación como pieza clave del funcionamiento de sus respectivos sistemas de justicia. Aunque las importantes diferencias de articulación en los distintos ordenamientos exigen prudencia a la hora de realizar afirmaciones generales, puede decirse que las jurisdicciones constitucionales aceptan la premisa de que, siempre que se trate de una decisión voluntaria e informada del acusado, no repugna a las exigencias constitucionales la compensación con algún tipo de beneficio (sujeto a diversos grados de negociación) al acusado que renuncia al ejercicio del derecho al juicio y a la práctica de la prueba (orientada, con todo lo discutible del concepto, a la fijación de la verdad material) que este comporta. A partir de aquí, los pronunciamientos de jurisdicciones constitucionales en Alemania, Italia o Francia han introducido condiciones o matices interpretativos a sus respectivas normativas reguladoras⁵²; algo que, como veremos, no se ha producido en nuestro país, pues no contamos con ningún

⁴⁹ Y es de esta dimensión de la que parte la STS 511/1998, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:1998:2385), al afirmar que «resulta incongruente que se impugne la fundamentación de una sanción impuesta en una sentencia de conformidad, dado que la propia conformidad exime a la Sala sentenciadora de una motivación detallada»; cfr. STS 489/2006, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2839), que se muestra algo más exigente sobre una sentencia de conformidad que «carece en absoluto de motivación. Si bien hemos dicho que en los casos de conformidad la motivación puede ser más sintética, no se puede prescindir de ella de manera tan drástica como ha hecho la presente resolución».

⁵⁰ Por todas, STC (Sala 1^a) 96/1987, de 10 de junio (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987), FJ 2.

⁵¹ Sobre esta dimensión extraprocesal de la exigencia de motivación, ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, (12), 1992, pp. 257 ss., 261. Resulta difícil asumir que sentencias en las que se condena a penas de prisión de varios años se liquiden con un breve párrafo de exposición de hechos, unas líneas en las que se informa que la calificación acordada es conforme con la legalidad, y poco más (las exigencias de publicidad y motivación son en cambio mucho mayores en la regulación alemana).

⁵² Sobre la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de marzo de 2013 –y las varias del Tribunal Supremo anteriores a la regulación de la figura por la ley de 2009– resulta muy ilustrativo el detallado comentario de WEIGEND/IONTCHEVA, «The constitutionality of negotiated Criminal Judgements in Germany», *German Law Journal*, (15-1), 2014, pp. 1 ss.; sobre los pronunciamientos de la Corte francesa y del TEDH, útil CZERWIŃSKA, «The role of the constitutional courts and ECtHR in shaping negotiated justice mechanisms – a comparative perspective», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (8-1), 2022, pp. 115 ss. Varias sentencias de la más restrictiva *Corte Costituzionale* italiana (con la sentencia seminal de 2 de julio de 1990, que condiciona la legitimidad constitucional de la figura a un control judicial efectivo de la legalidad del pacto, que ha de reflejarse de modo motivado en la sentencia) son comentadas por CHOZAS ALONSO, «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano», *La Ley Penal*, (104), 2013, pp. 1 ss., 14-6; sobre la muy interesante evolución reciente de la cuestión en Italia y el papel decisivo que en ella ha desempeñado la *Corte Costituzionale* volveremos –aunque no pueda tratarse en profundidad– en el último apartado de este trabajo, donde se destacarán aquellos extremos relevantes para nuestras conclusiones.

pronunciamiento específico del TC sobre la compatibilidad constitucional de la figura ni de su regulación en la LECrim. Tampoco la jurisprudencia del TEDH resulta de gran orientación para nuestro sistema, pues –presupuesta la renunciabilidad del derecho del art. 6 CEDH– su análisis se limita a las condiciones de voluntariedad de la decisión, en una línea que ha sido además acertadamente criticada por no conceder el peso adecuado, en la valoración del carácter coercitivo de la oferta de conformidad, al contexto y la fiabilidad del sistema de justicia en que se presta⁵³.

En el caso del país más influyente en toda esta materia, Estados Unidos, el enfoque del sistema de *pleas* –que ya en el momento de los primeros pronunciamientos constituía una práctica asentada en la penumbra derivada de una completa falta de regulación– puede considerarse, de hecho, enormemente deferente: a pesar de sentencias anteriores sobre confesiones «premiadas» y de algún precedente a finales de los años sesenta que parecían apuntar en otro sentido⁵⁴, en los años setenta –a partir sobre todo de la sentencia *Brady*– se consolida la idea de no considerar constitucionalmente ilegítimo el hecho de que las ofertas y la consiguiente presión ejercida por la Fiscalía persigan como objetivo la renuncia al ejercicio del derecho fundamental a la celebración del juicio⁵⁵; sobre esta premisa, el análisis del Tribunal Supremo norteamericano se ha reducido fundamentalmente al examen de la voluntariedad de la decisión y su carácter informado. El estándar tan laxo utilizado especialmente en la valoración de la primera, que solo se considera excluida por el empleo directo de coerción o en casos claros de engaño, constituye sin embargo un cedazo tan amplio que pocas veces actúa como filtro –elementos como la magnitud de la pena que se corre el riesgo de recibir en caso de ir a juicio⁵⁶, o la enorme desproporción entre la pena posible en ese caso y la que se ofrece en el pacto⁵⁷, no se han

⁵³ Véase *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, de 29 de abril de 2014, sometida a detenida crítica por BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *Revista General de Derecho Procesal*, (44), 2018, pp. 1 ss. Vid. igualmente *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, de 23 de febrero de 2016, § 100.

⁵⁴ Especialmente interesante por lo que afecta al efecto desaliento de toda esta construcción, *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968). La sentencia declaró inconstitucional la ley federal que para el delito de secuestro sin liberación de la persona preveía la pena de muerte si la condena era resultado de un juicio por jurado, pena que en cambio no podía imponerse si aquella procedía de un *guilty-plea* o de un *bench trial*. Excluido por el Tribunal que el único objetivo y efecto de la disposición radicara en el desaliento del ejercicio del derecho fundamental al juicio a través de la penalización indirecta de su ejercicio –en cuyo caso, se precisa, sí resultaría constitucionalmente inadmisibles–, y admitido que también se persiguiera el objetivo (garantista para el reo) de reservar la condena de muerte únicamente a juicios con jurado, la sentencia ancló la inconstitucionalidad no en el carácter necesariamente coercitivo de las ofertas de *plea* en este contexto, sino en la innecesariedad de promover la renuncia a un derecho fundamental como medio para conseguir el objetivo señalado. Sobre la compleja relación entre esta fundamentación de *Jackson* y las sentencias *Brady* y posteriores, detalladamente, BECKER, «Plea Bargaining and the Supreme Court», *Loyola and Los Angeles Law Review*, (21), 1988, pp. 757 ss., 790-799. Un resumen de la jurisprudencia previa a *Brady* puede encontrarse en RODRÍGUEZ-GARCÍA/MACHADO DE SOUZA, «La justicia negociada en el sistema penal de Estados Unidos: mitos y realidades», *Revista General de Derecho Procesal*, (55), 2021, pp. 11 ss., 7-18.

⁵⁵ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), o *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971) –que da la razón al demandante al no haber respetado el acuerdo la Fiscalía–. A pesar de que en otros contextos el TS estadounidense ha considerado constitucionalmente inadmisibles condicionar una oferta de los poderes públicos a la renuncia de un derecho fundamental (la que suele etiquetarse como «doctrina de las condiciones inconstitucionales»), el *plea-bargaining* es tratado como un supuesto *sui generis* en el que se separa de esta línea; sobre ello, ampliamente, BECKER, *Loy. L.A. L. Rev.*, (21), 1988, 787 ss.

⁵⁶ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970): el temor a una pena más alta de no aceptarse el pacto ofrecido por la Fiscalía no convierte la oferta en coercitiva, ni siquiera cuando se arriesga la pena de muerte; *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970); *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790 (1970).

⁵⁷ *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 364 (1978): si el acusado es libre de aceptar o rechazarla, es admisible la oferta del Fiscal de recomendar al juez la imposición de una pena de cinco años amenazando, para el caso de no

estimado de entidad suficiente como para calificar la oferta de (indirectamente) coercitiva-. Por lo que se refiere a la falta de información, se ha considerado que no satisface el estándar constitucionalmente exigible, por ejemplo, el *guilty-plea* prestado por quien desconocía que implicaba su deportación⁵⁸, aunque solo si se pudiera probar que con la información o el consejo adecuado se hubiera optado por ir a juicio.

En tiempos relativamente recientes se ha producido un giro extremadamente interesante en la jurisprudencia norteamericana, en una línea de cierto mayor control constitucional (siempre limitado) del sistema de *pleas*. A diferencia de la perspectiva tradicional, que siempre había implicado casos de aceptación de la oferta de la Fiscalía y por tanto de una *renuncia al derecho fundamental a un juicio* por jurado cuya voluntariedad o carácter informado es lo que se pone en cuestión –de tal manera que el derecho constitucional vulnerado sería el derecho al juicio por jurado reconocido en la VI Enmienda–, en dos sentencias de gran repercusión dictadas en 2012 el Tribunal se pronunció (en ambos casos en sentido favorable al recurso) sobre dos supuestos en los que la oferta de la Fiscalía *había sido rechazada por el acusado*, y en los que se alegaba que una actuación deficiente de la defensa –vulneradora del derecho al *assistance of counsel* de la VI Enmienda– no le había permitido aceptar una oferta que le hubiera resultado más ventajosa que la pena que finalmente le fue impuesta en el juicio⁵⁹. La mera posibilidad de que un asesoramiento defectuoso pueda implicar la vulneración de derechos fundamentales en este tipo de supuestos plantea multitud de cuestiones propias del sistema legal norteamericano de las que no resulta posible ocuparnos aquí (la necesidad de probar un perjuicio, cuál haya de ser el estándar de valoración de la deficiencia del asesoramiento, o cómo articular el remedio más adecuado en caso de que un tribunal posterior al juicio aprecie ese *defective counsel*). Pero al margen de todas ellas, la contraposición argumental entre la opinión mayoritaria por el juez KENNEDY en *Lafler* y el voto disidente del juez SCALIA plantea una cuestión a mi juicio de interés, y en cierta medida, como después veremos, extrapolable a nuestro ordenamiento: ¿dónde estriba el perjuicio –primer elemento exigido para la vulneración del derecho– cuando la condena recibida por el acusado procede precisamente del juicio?

SCALIA rechaza de plano que la imposición de la pena derivada del juicio ante el jurado pueda vulnerar derechos del imputado: sea cual sea la condena, no cabe apreciar lesión alguna cuando, en puridad, se ha impuesto la pena legalmente prevista en un juicio con todas las garantías; esta última pena es identificada como la «merecida» o «justa», mientras que el castigo menor que se hubiera derivado del pacto constituye una pena rebajada (a la que, viene a decirse, no se tiene derecho *per se*)⁶⁰. Esta afirmación –que en principio parece razonable– es sin embargo puesta en duda por la mayoría, con el argumento (frecuente en la doctrina norteamericana, pero cuando menos llamativo en boca del Tribunal Supremo) de que la enorme severidad en las penas propia

aceptarse, con solicitar (dada la aplicabilidad de una ley de «*three strikes and you're out*» al tratarse de un tercer delito) cadena perpetua.

⁵⁸ *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).

⁵⁹ *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012) –aconsejado por su abogado, que le aseguraba que no podría probarse el dolo homicida en su conducta, el recurrente rechazó el acuerdo ofrecido por la Fiscalía y fue condenado en juicio a una pena tres veces y media más alta que la ofertada– y *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012) –tras no haber podido conformarse con una oferta de la Fiscalía que no le fue comunicada por su abogado, el recurrente resultó condenado en juicio a una pena superior a la ofertada–.

⁶⁰ *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012), voto discrepante de SCALIA. Con la sentencia, lamenta irónicamente el juez, el TS «ha elevado el *plea bargaining* de mal necesario a derecho constitucional», concibiendo el papel del Estado en el sistema de justicia como el de «un diligente croupier de casino, que da a cada jugador una oportunidad justa de ganar a la casa, es decir, de obtener menos condena de la que la ley dice que merece. Y cuando el jugador es excluido de las mesas, sus derechos constitucionales han sido violados».

de su ordenamiento no refleja el castigo proporcionado, sino que responde al objetivo de servir de medio de presión en el sistema de *pleas*, de tal modo que el haber sido impuestas en juicio no las convierte en las penas justas⁶¹. Dicha premisa, unida a la apreciación de que el sistema de justicia penal real norteamericano ya no es hoy el juicio por jurado sino el propio *plea-bargaining*, justifica según la sentencia *Frye* que sea en la negociación misma donde hayan de focalizarse las garantías, y permite atribuir relevancia constitucional a un *defective counsel* que a la postre –viene implícitamente a decirse– ha impedido obtener no ya una rebaja, sino la pena realmente más justa y acorde con el hecho cometido⁶². Más adelante habremos de volver sobre esta cuestión.

3.3. Problemática constitucional de la conformidad en el ordenamiento español

Teniendo en cuenta los múltiples aspectos problemáticos de la conformidad desde una perspectiva constitucional, y si consideramos además la enorme envergadura que su práctica ha cobrado en nuestro sistema y las penas tan elevadas que llegan a acordarse, resulta sorprendente el escasísimo número de casos en que ha sido objeto de atención por el TC. No es solo que no exista ningún pronunciamiento sobre la constitucionalidad de su regulación (como sí los ha habido en Estados Unidos, Francia, Italia o Alemania), sino que prácticamente no existen tampoco sentencias resolutorias de recursos de amparo. En lo que sigue examinaremos las cuestiones más fundamentales desde esta perspectiva (dejando al margen alguna ya mencionada más arriba, como la relativa a la falta de motivación de las sentencias) para comentar el modo en que han sido abordadas por el TC o por el TS, y para (aun cuando no lo hayan sido) ofrecer algunas ideas fundamentales sobre en qué medida nuestro ordenamiento favorece ciertos «riesgos constitucionales» en relación con la conformidad.

a. *El castigo por juicio como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable*

Solo en una ocasión ha abordado el Tribunal directamente una de las desventajas que con mayor frecuencia se achacan a la institución: la de hacer recaer en el imputado algún tipo de coste por no haberse conformado (lo que los anglosajones suelen denominar «castigo por juicio»)⁶³. Aunque habitualmente esta cuestión suele enfocarse en la repercusión sobre la pena impuesta, es obvio que puede también plantearse en relación con cualquier decisión del juzgador que incida sobre derechos del imputado, como la concesión de la libertad condicional: en el caso objeto del recurso, la sentencia estima inconstitucional –«a todas luces manifiestamente irrazonable y

⁶¹ *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012), B. La idea puede encontrarse por ejemplo en BARKOW, *Stan. L. Rev.*, (58), 2006, p. 1034 («those who do take their case to trial and lose receive longer sentences than even Congress or the prosecutor might think appropriate, because the longer sentences exist on the books largely for bargaining purposes») o LYNCH, *Stan. L. Rev.*, (55), 2003, pp. 1401-1403.

⁶² *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012), I.A (citando expresamente la frase arriba reproducida de BARKOW). Claro es que desde una perspectiva crítica con el *plea bargaining*, el reconocimiento de las conminaciones penales como intrínsecamente desproporcionadas puede interpretarse en sentido diverso al del TS (que a la postre no discute la legitimidad del sistema), y alegarse como clave de lo insostenible de todo el edificio, en la medida en que impregna toda oferta de rebaja de un carácter coercitivo. Este es precisamente el punto de vista de ALSCHULER: toda oferta de rebaja que parta de la amenaza de una pena desproporcionada equivale a un «la bolsa o la vida», y como oferta coercitiva ha de entenderse toda aquella que coloca a quien la rechaza en una posición más desventajosa de lo que en justicia le corresponde (ALSCHULER, *Duq. L. Rev.*, [51], 2013, pp. 685 ss., 696 ss.).

⁶³ Que mecanismos supuestamente premiales pueden pasar a convertirse en sancionatorios es algo ya suscitado alrededor de las cláusulas premiales en delitos de terrorismo; *vid. p. ej.* CUERDA ARNAU, *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 2005, pp. 27 ss., en relación con la regulación de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional introducidos por la LO 7/2003.

constitucionalmente inadmisibles»⁶⁴– la argumentación de la sentencia origen del recurso, que en un alarde de sinceridad justificaba la no imposición de la pena en su límite mínimo posible y la denegación de la suspensión en el hecho de no haberse conformado el acusado y haber obligado con ello a la celebración de un complejo juicio. Deja con ello sentada el TC, desde luego, la inconstitucionalidad de asociar cualquier tipo de castigo al hecho de no conformarse; el problema radica en que en el modo habitual de operar la figura resulta complejo distinguir (desde luego, mucho más que en el caso objeto de recurso, en el que la argumentación de la sentencia del Juzgado de lo Penal de Murcia lo hacía muy evidente) cuándo la pérdida de la ventaja que hubiera podido obtenerse en caso de conformidad se torna en un castigo por no haberla aceptado. El Tribunal Supremo, por su parte, asume expresamente que se trata de una línea «muy tenue», lo que tiñe de cierto voluntarismo su afirmación (guiada por un propósito sin duda garantista para quien no se conforma) de que, pese a ello, ha de distinguirse claramente entre ambos⁶⁵.

Al margen de que se considere vulneración del art. 24 CE en el aspecto escogido por el TC (el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable⁶⁶) o en el del derecho a «un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías» (que es realmente el que el no conformado desea ejercitar), la aclaración de cuándo estamos realmente ante un «castigo por juicio» constitucionalmente inadmisibles requiere algunas precisiones, pues la noción se emplea para designar situaciones en puridad muy distintas.

Una de las críticas clásicas a la conformidad es precisamente la que identifica en ella este componente como elemento consustancial, sobre la premisa de que premiar la renuncia al ejercicio del derecho equivale conceptualmente a sancionar al que lo ejerce⁶⁷. Es esta objeción de base la que las jurisdicciones constitucionales siempre han descartado, sobre el presupuesto de que si la renuncia al derecho es libre e informada, nada hay de problemático en premiarla, sin que ello signifique penalizar su ejercicio. A partir de ahí, si el premio a la conformidad no implica *per se* un castigo por juicio –cosa que asumiremos en este trabajo–, este se identifica con otras prácticas: hacer recaer sobre el no conformado consecuencias desfavorables por encima de la reacción estatal adecuada a su hecho delictivo, en una suerte de venganza por no haber facilitado las cosas al sistema de justicia (tal y como aconteció en la sentencia del TC antes citada), o como sucedería si pudiera apreciarse una interpretación claramente contraria a los intereses del imputado que no hubiera sido «esperable». Es precisamente por la importancia de clarificar al acusado ese horizonte de condena esperable en caso de juicio por lo que algunos sistemas (caso de Inglaterra y Gales) establecen un estadio intermedio de intervención judicial en el que se informa al acusado de cuál sería la pena probable en caso de condena tras el juicio (o el máximo que podría recaer), una *presumptive sentence* por encima de la cual se produciría (a menos que pudiera motivarse) el castigo por juicio⁶⁸.

⁶⁴ STC (Sala 1ª) 75/2007, de 16 de abril (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2007), FFJJ 5 y 6.

⁶⁵ SSTS 487/2007, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3928), y especialmente 457/2013, Penal, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2013:4074).

⁶⁶ Sobre su configuración en la jurisprudencia del TC y el TEDH, recientemente GÓMEZ TOMILLO, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), 2022, pp. 1-4.

⁶⁷ Por todos, SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 184: «la promesa de ventajas (...) tienen como reverso una amenaza concluyente de la desventaja en caso de rebeldía y, de esta manera, constituye una forma de coaccionar a la confesión».

⁶⁸ Para una sistematización de los posibles modos de incurrir en las *trial penalties*, que insiste en distinguir el premio por la renuncia al derecho, LIPPKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, 2011, pp. 10-37; como medio de evitarlas desarrolla el autor estadounidense esta propuesta de la audiencia con el juez, en la línea del sistema inglés.

b. *La coerción y la deficiente información como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable*

La mencionada STC 75/2007 opta por considerar el castigo al no conformado, como acaba de explicarse, una vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, identificando así la conformidad con la noción de confesión (como el «*non plus ultra*» de la confesión)⁶⁹. Ya sea sobre este anclaje o sobre el antes propuesto del derecho al proceso con todas las garantías, el art. 24 CE es el espacio adecuado para valorar en términos constitucionales el problema, clave en toda la construcción de la conformidad, de si determinadas características de una oferta la dotan de un carácter coercitivo vulnerador de dicho derecho. La cuestión (que se liga íntimamente, en realidad, con la del problema de la conformidad de las personas inocentes, puesto que este es precisamente el riesgo generado por el carácter coercitivo) ha sido profusamente analizada por la doctrina, y solo podemos ofrecer aquí algunas ideas generales que proyectaremos después al ordenamiento español.

La idea de que la oferta de una ventaja por declararse culpable implica *per se* una coerción⁷⁰, tesis que deslegitima de entrada cualquier forma de justicia negociada, no es admitida por ninguna jurisdicción constitucional. Existe acuerdo, sin embargo, en que determinadas características de la oferta –dejo ahora al margen condiciones ajenas a ella como la propia fiabilidad del sistema de justicia– sí pueden suponer una presión que elimine la voluntariedad de la decisión de pactar. Sin entrar ahora en el debate filosófico de fondo, cabe resaltar los factores que suelen destacarse como favorecedores del carácter coercitivo: la extrema dureza de la pena imponible en caso de juicio (haría bien nuestro legislador en plantearse la cuestión antes de extender la posibilidad de conformidad a todo tipo de penas incluida la prisión permanente revisable, tal como prevé en todas las propuestas de reforma formuladas hasta el momento⁷¹); el hecho de que la oferta implique una pena que no suponga ingreso en prisión frente a una segura privación de libertad en caso de ser condenado en juicio (supuesto este que no parece suscitar preocupación en nuestro país, donde es absolutamente frecuente); el hecho de que el acusado se encuentre en prisión preventiva y aceptar la oferta suponga la puesta en libertad, o, en fin, la existencia de una gran diferencia entre la pena ofrecida y la imponible en caso de juicio⁷². Ninguna de estas características, como antes se apuntaba, ha preocupado al Tribunal Supremo norteamericano cuando ha tenido que ocuparse de ellas; sí, en cambio, al *Bundesverfassungsgericht*, que en su decisión de 19 de marzo de 2013 (en la que acumuló el análisis de tres demandas concretas planteadas por ciudadanos que habían hecho uso de la figura regulada en la ley de 2009) consideró inconstitucional –precisamente por la razón que comentamos– una oferta de pacto que implicaba una pena suspendida de dos años frente a la de cuatro años de prisión –un

⁶⁹ Cuestión distinta, en la que no podemos entrar aquí, es la de si la confesión y asunción de los hechos por el conformado puede considerarse prueba de los hechos en sentido procesal; claramente en contra (la conformidad no obedece al paradigma de la confesión sino al de la negociación), derivando de ello diversas consecuencias, LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, pp. 22-25; CÓRDOBA RODA, *Diario La Ley*, (7898), 2012, pp. 3-4; RODRÍGUEZ MOURULLO, en GÓMEZ-JARA DÍEZ *et al.* (coords.), *LH Maza Martín*, 2018, p. 322. Así lo ha entendido el propio TS en diversas sentencias –por todas, SSTS 339/2005, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1752), o 422/2017, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354), en la que cita y parece dar por buena la idea de que «no es un acto de prueba, sino un medio de poner fin al proceso», de manera que «la conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión».

⁷⁰ El clásico de LANGBEIN citado supra, n. 4.

⁷¹ Volveremos sobre ello *infra*, en el último apartado del trabajo.

⁷² *Vid.* el resumen de estos elementos favorecedores del carácter coercitivo de la oferta en TURNER/WEIGEND, «Negotiated case dispositions in Germany, England and the United States», en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND (eds.), *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, pp. 389 ss., 410-413 y los trabajos allí citados.

estándar, de nuevo, que parece muy exigente para las prácticas habituales en nuestro país; tampoco el Tribunal alemán concretó ningún criterio, por cierto, para medir ese «descuento coercitivo»⁷³–.

El diseño de la conformidad en nuestro país (o el modo en que se ha consolidado en la práctica) analizado como es obligado en el conjunto del sistema jurídico-penal sustantivo en el que opera –marcos penales muy amplios, tendencia a la sobrecusación, penas de prisión por lo general elevadas pero susceptibles de quedar reducidas a dos años suspendibles con el juego de las dos atenuantes o una muy cualificada, un grado de imprevisibilidad notable sobre cuál puede ser el resultado del juicio (ya no en el plano probatorio, sino en la propia aplicación del Derecho) al menos en algunos contextos–, no ofrece un panorama halagüeño a este respecto. Resultaría del mayor interés que llegara a plantearse algún recurso de amparo a este respecto –sobre la base, por ejemplo, de una diferencia muy notable entre la pena en principio solicitada por la Fiscalía y la finalmente pactada–.

Tampoco se ha planteado el TC, aunque sí el TS, la relevancia que para la voluntariedad de la conformidad pueden suponer defectos de información que, de ser conocida, hubiera comportado la decisión de no pactar; así, p. ej., la STS 200/2007 anula una condena en conformidad por estimar que el acusado podía no haber comprendido que ello implicaba la expulsión del país; por su parte, la STS 422/2017 se basa en la importancia de «la necesaria información para un uso consciente y cabal por los acusados del derecho a no declarar contra sí mismo» para anular la condena por conformidad a los acusados que en el momento de prestarla no conocían el carácter ilícito de las iniciales pruebas de cargo contra ellos⁷⁴. Las peculiares características de este último caso permitieron el descubrimiento posterior del carácter ilícito de las pruebas iniciales; pero el caso ilustra bien otro de los problemas constitucionales de la conformidad –que pueda prestarse sin conocer la ilicitud de las pruebas sobre las que la Fiscalía sustenta la acusación y ulterior negociación–, un problema que se agudiza si se promueve la prestación de la conformidad en fases tempranas, cuando la defensa puede no disponer todavía de información que haga dudar de la legitimidad de tales pruebas⁷⁵.

c. ¿Hay conformidades de inocentes en el sistema español?

El caso anterior no es sino un ejemplo más de la conformidad del inocente, entendido el término en sentido amplio (aquí se trataría, en la terminología de LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN INCHAUSTI, del «inocente procesal»), el riesgo de exceso de intervención punitiva, y por ello, sin duda, el más

⁷³ 133 BVerfGE 168, nm. 130. Aunque la normativa alemana no impone un descuento fijo ni un límite máximo de pena reducible, se afirma que en la práctica la rebaja no suele ser superior a un tercio de la pena esperable en caso de juicio (vid. TURNER/WEIGEND, en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND [eds.], *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, p. 406).

⁷⁴ SSTS 200/2007, Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1487); 422/2017, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354). La STSJ Castilla-La Mancha 17/2020, Civil y Penal, de 5 de junio (ECLI:ES:TSJCLM:2020:1113) desestima en cambio un recurso de apelación en el que el condenado en conformidad alegaba no haber comprendido el alcance de la pena de inhabilitación como pérdida de la condición de Guardia Civil.

⁷⁵ Sobre ello detalladamente, WEIGEND, «Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedure», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (7-1), 2021, pp. 247 ss., esp. a nuestros efectos pp. 262-263. La sospecha de que los rasgos de la conformidad en los juicios rápidos del procedimiento español pudieran no satisfacer los estándares mínimos de derechos fundamentales constituyó la base de la conocida sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 23 de enero de 2017 (relativa a una conformidad de un hincha alemán acusado de atentado a un policía durante un partido de fútbol en Sevilla, que ya en su país impugnó la inscripción de la resolución en el Registro Federal Central).

inadmisible de toda la institución de la conformidad⁷⁶. Un repaso a las sentencias de revisión anulatorias de sentencias de conformidad permite observar que no se trata en modo alguno de un riesgo insignificante –especialmente en las conformidades premiadas de los juicios rápidos–⁷⁷, y que por diversas razones puede llegar a prestarse conformidad en casos de atipicidad de la conducta⁷⁸, o a pesar de existir una condena previa y vulnerarse el *non bis in idem*⁷⁹; lo que demuestra, en primer lugar, el modo en que la agilidad que a toda costa quiere imprimirse a la tramitación del proceso, especialmente en los juicios rápidos, perjudica el cumplimiento adecuado de sus respectivas funciones a Fiscal, abogado y especialmente el Juez en la satisfacción de la labor de control legalmente encomendada. En cualquier caso, aunque el recurso de revisión permita enmendar algunos de estos errores –aquellos en los que con posterioridad se dispone de elementos fácticos que no podían acreditarse en el momento de plantearse la conformidad y que hacen evidente la atipicidad de la conducta, art. 954 LECrim–, es importante destacar que este remedio ni opera de facto en todos los supuestos que podrían acogerse a él (no hay duda de que por diversas razones, entre ellas la económica, muchos de los erróneamente condenados por delitos contra la seguridad en el tráfico simplemente renunciarán a plantear la revisión) ni, sobre todo, puede operar (como tampoco la casación) en muchos otros contextos en los que sin duda se producen conformidades de inocentes, y que no tienen que ver con la disponibilidad en ese momento de elementos probatorios que acreditaran la inocencia (o cuando menos una condena menor a la impuesta) sino con la subsunción de los hechos bajo el tipo penal o una posible eximente o atenuante. Un mal asesoramiento por parte del abogado combinado con la dejación por parte del juez de una mínima tarea interpretativa de los elementos del tipo⁸⁰ o de la posibilidad de aplicar una eximente o atenuante⁸¹ (algo que no puede sorprendernos en una

⁷⁶ Para una tipología del «inocente», LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, p. 12. Interesan especialmente, a nuestros efectos, las nociones de inocente «fáctico» (quien no ha realizado los hechos imputados) vs el inocente «jurídico» (quien sí ha realizado los hechos que, sin embargo, no se adaptan el tipo penal –o cabría añadir, merecedores de una calificación más favorable que la pretendida por la acusación y ofrecida al pacto–), así como el concepto del inocente «procesal» (aquel «del que no se puede probar que haya realizado el hecho delictivo»).

⁷⁷ Un reciente y exhaustivo estudio sobre las sentencias de revisión dictadas en los últimos cinco años revela que casi el 60% tiene por objeto sentencias de conformidad. *Vid.* OUBIÑA BARBOLA, «El riesgo de la conformidad y la celeridad: condenar erróneamente», en GONZÁLEZ GRANDA/DAMIÁN MORENO/ARIZA COLMENAREJO (dirs.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos: Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, 2022, pp. 727 ss.

⁷⁸ No son extrañas, por ejemplo, las revisiones de sentencias de conformidad que condenan a ciudadanos extranjeros por el delito de conducción sin permiso, cuando posteriormente se demuestra que sí tenían permiso en vigor emitido por en su país de origen, lo que determina la atipicidad de la conducta. Entre otras, SSTS 1032/2013, Penal, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8802), que alude a la relativa novedad del precepto y la «confusión interpretativa» para justificar la revisión al tratarse de una conformidad prestada sin conocer la atipicidad de la conducta; 236/2016, Penal, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1226); 335/2016, Penal, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1696); 555/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3819); 557/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3815); similar también la 803/2013, Penal, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5416). La STS 204/2015, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1495), por su parte, elimina de la pena conformada los meses correspondientes a una agravante de reincidencia que posteriormente se demuestra incorrecta por cómputo indebido de antecedentes.

⁷⁹ Sobre estos supuestos, normalmente relativos al delito de quebrantamiento de condena, OUBIÑA BARBOLA, *LH Valentín Cortés Domínguez*, 2022, notas 39 ss.

⁸⁰ Cuando se conoce a fondo la jurisprudencia sobre un tema no es raro encontrar sentencias de conformidad respecto de conductas atípicas; así, en materia de propiedad intelectual puede citarse la SJP núm. 3 de Pontevedra 281/2008, de 16 de junio (ECLI:ES:JP:2008:17) (conducta claramente atípica por falta de ánimo de lucro); en relación al art. 143 CP llama la atención la condena por una conducta obviamente atípica de complicidad en una cooperación necesaria al suicidio en SJP núm. 1 de Avilés 135/2016, de 24 de mayo (ECLI:ES:JP:2016:74) (al margen de la aceptación de la condena por un delito del art. 368 CP).

⁸¹ *Vid.* por ejemplo SJP núm. 1 Jaén 59/2018, de 5 de febrero (condena por delito contra los sentimientos religiosos por un fotomontaje que inserta la cara del autor en la imagen de Cristo).

figura destinada a ahorrar los costes no solo de la celebración del juicio, sino del tiempo y esfuerzo que el análisis del caso implica para el juzgador) puede determinar condenas erróneas que no parecen susceptibles de recurso alguno; del mismo modo, cuando se trata de conformidades prestadas por sujetos que en caso de celebrarse el juicio hubieran podido quedar absueltos por falta de pruebas (pensemos en contextos probatorios complejos, como ocurre en los delitos sexuales cuando solo existe la declaración de la víctima), o que se conforman con penas mayores que las que podrían haber obtenido de celebrarse el juicio (si, por ejemplo, el tribunal hubiera optado por una opción interpretativa discutida que favorece al acusado), ni el control de la conformidad previsto en la LECrim, ni el recurso de casación (admitido solo en supuestos excepcionales) ni el de revisión constituyen cauces adecuados para neutralizar el riesgo⁸². El riesgo de la condena de inocentes o de condenas más graves a las que hubieran podido imponerse tras el juicio es así consustancial al mecanismo de la conformidad; la argumentación esgrimida por la STS 339/2005 para rebatir la oposición de la Fiscalía a la concesión de una revisión, que descarta atribuir a la conformidad prestada por el acusado el carácter de prueba por confesión «dado que no se basa en el expreso reconocimiento de la autoría, sino en la *presión que ejercía en el caso concreto sobre la defensa y el acusado el riesgo de ser sometido a una pena mayor*» si no se le creía y «no podía aportar nada más para contradecir la acusación», es en realidad extensible a toda conformidad prestada en un contexto de incerteza probatoria⁸³.

Lo anterior conecta con una cuestión interesante relacionada con la posibilidad de que terminen condenadas en conformidad personas que hubieran podido ser absueltas o recibir una pena menor en función de su inimputabilidad o semiimputabilidad. La celeridad de la conformidad premiada en los juicios rápidos puede generar supuestos como el tratado en un recurso de revisión resuelto por el TS en 2021, pues el escasísimo trato entre el acusado y la defensa (especialmente si es de oficio) puede determinar que esta desconozca un problema de salud mental que hubiera podido incidir en el juicio de culpabilidad del acusado y que tampoco es percibido por el juzgador⁸⁴. Al margen de estos casos de completo desconocimiento –que sí puede dar lugar a una revisión–, también merece reflexión el hecho de que en ocasiones se incluya en el pacto de conformidad una atenuación de la pena basada en una disminución de la imputabilidad cuyo verdadero alcance (quizás mayor que el pactado) debiera a mi juicio analizarse siempre en el juicio oral, al menos cuando se trata de

⁸² Dado que su ajuste al principio de legalidad es uno de los requisitos exigidos por la LECrim a las sentencias de conformidad, cuyo incumplimiento posibilitaría la interposición de recurso de casación según la doctrina del TS, la atipicidad de la conducta debería considerarse a mi juicio motivo suficiente de recurso. Se trata, en cualquier caso, de un tema controvertido (en contra, p. ej., DEL MORAL GARCÍA, en RIVES SEVA [dir.], *La prueba en el proceso penal*, t. I, 2021, p. 752). En la práctica jurisprudencial, sin embargo, solo se recurren (en revisión) supuestos en los que la atipicidad se deduce tras la aparición de elementos fácticos no conocidos, y la estimación en casación es excepcional (como en STS 789/2003, Penal, de 29 de mayo [ECLI:ES:TS:2003:3669]).

⁸³ STS 339/2005, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1752) (cursiva añadida). Se concedió la revisión a un condenado en conformidad por hurto, que solo con posterioridad puede disponer de la demostración de que el vehículo le fue voluntariamente prestado por su dueño; una revisión a la que la Fiscalía se oponía identificando conformidad con confesión y prueba de los hechos.

⁸⁴ STS 681/2021, Penal, de 1 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3505). La sentencia atiende la petición de revisión (el acusado, enfermo de trastorno delirante crónico, con numerosos ingresos psiquiátricos, se había conformado en un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 CP), pero remite el caso de nuevo al Juzgado para la celebración del juicio; el TS precisa que este último solo habrá de centrarse en la comprobación de la imputabilidad, pero insiste en que los hechos ya deben darse por probados a partir de la conformidad prestada –que de modo implícito se considera así válidamente emitida–. Respecto de este último extremo se suscitan toda una serie de cuestiones en las que no resulta posible entrar aquí: la valoración de la capacidad para conformarse de las personas con algún tipo de discapacidad intelectual y/o enfermedad mental; la incidencia en este punto de la reforma de la capacidad operada por la Ley 8/2021 (con su previsión genérica de provisión de apoyos, etc.); la necesidad de un control judicial reforzado que respecto de estos acusados, *per se* especialmente vulnerables, se asegure de la libertad de la decisión y de la comprensión de su verdadero alcance, etc. Sobre todo ello puede verse el competente trabajo de MUÑOZ BUSSAC, «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual», *InDret*, (1), 2023, pp. 150 ss.

eximente incompleta por anomalía psíquica del art. 20.1^a CP; a ello se añade, por otra parte, el hecho de que las medidas de seguridad no puedan ser objeto de conformidad (así parece poder interpretarse el tenor literal del art. 787.5 LECrim), de manera que puede producirse el desconcertante supuesto de una condena en conformidad a un semiimputable sin posibilidad de imposición de medidas⁸⁵. Pretender solucionar la cuestión remitiendo la decisión sobre su adopción a una resolución posterior (como ocurre con la decisión sobre la suspensión de la condena) no constituye tampoco, creo, un expediente satisfactorio: por su propia naturaleza el juicio de peligrosidad que sustenta la imposición de medidas no debería ser objeto de pacto –tanto para afirmarlo como para negarlo–; pero sin juicio no existe actividad probatoria alguna sobre la peligrosidad criminal, que como elemento diferenciado de la semiimputabilidad debe ser sometido a contradicción.

Una reciente sentencia de la AP de las Islas Baleares ofrece un excelente ejemplo de lo que quiere decirse. Disuelto el jurado por haberse presentado conformidad, se condena a seis años de prisión a un acusado –afectado según los hechos pactados por un trastorno psicótico diagnosticado que alteraba parcialmente sus facultades– que provisto de un pasamontañas y armado con un hacha entró en el domicilio de dos vecinas, destrozó mobiliario con dicho instrumento y conminó a una de ellas a que saltara por la ventana de un primer piso –como ya había hecho la otra– si no quería que la matara. La sentencia no hace mención a medida de seguridad de ningún tipo (algo cuando menos sorprendente a la luz del escueto relato de hechos) ni remite a ninguna otra resolución al respecto, y la pena se justifica merced a la aplicación conjunta de la atenuante de dilaciones indebidas (a pesar de que la sentencia se dicta exactamente un año después de los hechos) y la atenuante (que no eximente incompleta) del art. 21.1^a⁸⁶.

d. Las rebajas de pena en la conformidad como vulneración del principio de proporcionalidad por defecto

En lo que tiene de beneficio para sujetos culpables, las reducciones de pena (con frecuencia notables) alcanzadas en acuerdos de conformidad dan lugar a objeciones en relación con el principio de proporcionalidad⁸⁷. La del defecto o insuficiencia de pena (si se quiere, lo que en ocasiones se denomina vulneración del principio de proporcionalidad por defecto o prohibición de infraprotección) no es sin embargo, a mi juicio, una cuestión que haya de plantearse en términos constitucionales; lo que ha de justificarse en estos términos es el castigo, y no la falta de él (o su disminución)⁸⁸. Ello no quiere decir, obviamente, que las exigencias de racionalidad que han de presidir (reforzadamente) cualquier intervención criminalizadora desaparezcan cuando de disminución de la pena se trata; como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «en un sistema jurídico que se tome en serio sus prohibiciones penales, la extinción de una responsabilidad penal exigible [idea que más tarde hace extensible a la atenuación] debe ofrecer argumentos materiales que la justifiquen», y hacerlo de un modo coherente con el sentido de la intervención

⁸⁵ En este sentido, MUYO BUSSAC, *InDret*, (1), 2023, pp. 165-166.

⁸⁶ SAP Islas Baleares 1/2022, Sección 1^a, de 5 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:866). Otro ejemplo de conformidad con eximente incompleta de trastorno psíquico lo constituye la ya citada SAP Granada 405/2015, Sección 2^a, de 23 de junio (ECLI:ECLI:ES:APGR:2015:1134), que (ilegalmente) impone como pena conformada para un asesinato alevoso con agravante de parentesco y eximente incompleta de trastorno psíquico 9 años de prisión. Nada se dice en ella, ni se remite a ninguna otra resolución, sobre la adopción de medidas.

⁸⁷ Entre otros, SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 186, que respecto de los delitos económicos en Alemania se refiere a «concesiones en favor de la defensa que resultan grotescas, y además insoportables desde el punto de vista de la justicia y del tratamiento igualitario».

⁸⁸ Sí detectan en las rebajas de pena propias de la justicia negociada un problema de proporcionalidad (que también expresan en términos de respeto al principio de culpabilidad), WEIGEND/IONTCHEVA, *German Law Journal*, (15-1), 2014, pp. 3, 11-12, donde reprochan al *Bundesverfassungsgericht* la superficialidad de su análisis en la sentencia de 19 de marzo de 2013.

penal⁸⁹; por otra parte, que el efecto de dar lugar a importantes rebajas de pena no implique *per se* la contradicción de la figura con los valores constitucionales no excluye la apreciación de dicha incompatibilidad si con ello se dan lugar a formas de privilegio no cohonestables con el principio de igualdad. Junto a la posibilidad de la condena de inocentes, el de la desigualdad es a mi juicio el más grave problema constitucional de la figura.

e. *La conformidad negociada como instrumento constitutivamente desigualitario*

Como se ha dicho muchas veces (basten las contundentes afirmaciones de FERRAJOLI reproducidas al principio de estas páginas), la conformidad⁹⁰ conduce, *per se*, a una aplicación desigualitaria de la ley penal, a esa «justicia del cadí» o del caso concreto (en su peor sentido) ajena a la pretensión de generalidad que ha de informar las normas penales. No se trata aquí, obviamente, de hacer gravitar exclusivamente sobre la justicia negociada problemas que también existen en la determinación de la responsabilidad aun con celebración del juicio oral (diferencias de trato no justificables debidas a interpretaciones divergentes de las leyes penales, obviamente favorecidas por una mala técnica legislativa); pero al margen de ello, no parece discutible que la noción misma de pacto en la determinación de la responsabilidad penal favorece extraordinariamente la desigualdad de trato no justificada. Como se ha dicho hasta la saciedad, en cualquier contexto de negociación los resultados dependerán de la correlación de fuerzas entre las partes, de manera que supuestos idénticos –partamos ahora de delitos efectivamente cometidos, en idénticos términos de injusto y culpabilidad– podrán recibir sanciones considerablemente distintas. La mayor o menor rebaja de pena para el acusado dependerá así de múltiples factores: la presión sobre la propia Fiscalía para lograr el pacto (a más complejidad del juicio, mejor punto de partida para el acusado)⁹¹; el propio marco de pena del que se parte (con toda la cautela que el estudio aportado en este trabajo requiere, dado su limitado objeto, sí puede apreciarse claramente que los acusados con marcos de partida más cercanos a los dos años suspendibles se benefician de menos descuentos de pena que autores de conductas más graves, donde alcanzar la frontera de los dos años por los que la defensa presiona requiere de una rebaja en uno o incluso en dos grados); la tantas veces mencionada solvencia económica del acusado para sostener los gastos del proceso, costear una buena asistencia letrada (un factor que si bien opera obviamente en cualquier proceso penal, parece adquirir una especial relevancia en la conformidad) o pagar una reparación del daño que sí puede ser decisiva al menos para conseguir que la acusación particular se avenga al pacto⁹²; la solidez de los elementos probatorios de que se disponga en fase de instrucción; su propia aversión al riesgo, etc. No parece necesario insistir en que una vez abierto el sistema a la posibilidad del pacto en materia penal, la aplicación desigualitaria (*rectius*: el resultado desigualitario, puesto que es dudoso que exista aquí una verdadera actividad jurisdiccional de aplicación del Derecho) deviene inevitable.

⁸⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, «El indulto y sus razones», en EL MISMO (coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, 2009, pp. 251 ss., 255 (de donde procede la cita), 258, n. 11. De esta justificación nos ocupamos *infra* 3.

⁹⁰ Me refiero ahora ante todo a la variante «negociada»; el descuento fijo de pena previsto para la variante premiada de los juicios rápidos parece –aparentemente– soportar mejor el test igualitario, si bien, como veremos más adelante (*infra* 7), los descuentos fijos no impiden (más bien quizás enmascaran) la probable negociación en la calificación.

⁹¹ En casos en los que la falta de pacto aboca a un juicio muy largo y complejo, la actitud del único coacusado que bloquea el acuerdo puede de hecho conducir a la Fiscalía –en un efecto inverso al descrito por LASCURAÍN SÁNCHEZ Y GASCÓN INCHAUSTI para el coimputado inocente– no ya a ofrecer una mayor rebaja de pena, sino incluso a la retirada de la acusación

⁹² Sobre el sesgo desigualitario de la reparación, *vid. infra* 4.3.

4. Conformidad y justificación de la renuncia (parcial) a la pena

Al margen de las consideraciones ya realizadas sobre la vertiente de exceso punitivo que la conformidad puede propiciar respecto de acusados que se avienen al pacto a pesar de contar con ciertas posibilidades de salir absueltos o bien parados en caso de celebrarse el juicio oral, no cabe duda de que en infinidad de supuestos (al menos en aquellos en los que existen pruebas de cargo sólidas, y un encaje claro en una conducta típica) la conformidad supone un beneficio para el imputado, que además del evitarse el contenido afflictivo inherente al propio juicio oral, obtiene una ventaja en términos de pena. Procede por tanto valorar esta vertiente del instituto en el contexto de las disposiciones premiales de nuestro ordenamiento y las circunstancias atenuantes genéricas que son mayoritariamente tenidas como tales (las de confesión y reparación del daño) y que de hecho se aplican con mucha frecuencia para vehicular la atenuación de pena por conformidad.

4.1. Conformidad y colaboración. Relación entre la conformidad y la atenuante de confesión

Como es conocido, la supresión por el Código penal de 1995 del requisito de «arrepentimiento espontáneo» de la anterior atenuante unitaria (hoy desdoblada en las de confesión y reparación) ha propiciado una interpretación doctrinal y jurisprudencial de la atenuante de confesión en clave claramente utilitarista, que sitúa su fundamento en el objetivo (si se quiere, político-criminal) de fomentar la colaboración con la Administración de Justicia en el esclarecimiento de los hechos; lo relevante es el ahorro de esfuerzos de investigación y la facilitación de la instrucción propiciados por la confesión⁹³, y resulta indiferente que esta obedezca a una actitud interna de arrepentimiento o al simple propósito de obtener con ello un rédito o ventaja⁹⁴. Aunque la jurisprudencia no resulte ni mucho menos uniforme⁹⁵, puede señalarse que, en línea con una tendencia cada vez más generalizada a ampliar el campo de juego de las circunstancias atenuantes (tanto genéricas como –lo que es más cuestionable– específicas) y a suplir el

⁹³ Entre muchísimas otras SSTS 394/2002, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1676); 613/2006, Penal, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2006:3989); 359/2008, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2961), (aunque se introducen también consideraciones de menor merecimiento de pena); 240/2012, Penal, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2206); 16/2018, Penal, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2018:38) (también con idea de acto contrario). En la doctrina, este fundamento objetivo es totalmente mayoritario (baste citar BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 164; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 388-389; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 115-116 («obvias razones utilitarias de política criminal»); SÁNCHEZ MELGAR, «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *Diario La Ley*, (7862), 2012, p. 1; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, p. 639. Un resumen de la evolución doctrinal hacia esta orientación utilitaria (que no comparte) en GARRO CARRERA, «La atenuante de confesión de la infracción», en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 79 ss., 84-98.

⁹⁴ Remarca este extremo, entre otros, BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 159. En la jurisprudencia, entre muchas STS 1069/2003, Penal, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2003:5275). Con todo, en un ejercicio que no logra equilibrar lo que en puridad son dos lógicas distintas, la jurisprudencia no pocas veces añade al fundamento utilitario básico el elemento de resocialización inherente a la colaboración o su contribución al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma (así, p. ej., en SSTS 1258/1999, Penal, de 17 de septiembre [ECLI:ES:TS:1999:5580STS]; 359/2008, Penal, de 19 de junio [ECLI:ES:TS:2008:2961], o la 16/2018, Penal, de 16 de enero [ECLI:ES:TS:2018:38] o la idea de que los actos de colaboración «contribuyen también a la reparación simbólica del daño» –STS 284/2004, Penal, de 10 de marzo [ECLI:ES:TS:2004:1641]–).

⁹⁵ El trabajo de POZUELO PÉREZ, «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-17), 2020, pp. 1-28, resulta muy ilustrativo de la disparidad de criterios jurisprudenciales en la aplicación de la atenuante ordinaria, analógica y cualificada, y de la frecuente confusión entre las tres categorías.

incumplimiento de sus requisitos a través de la atenuante del art. 21.7^{a96}, con mucha frecuencia se aplica la atenuante analógica de confesión a supuestos que rebasan ampliamente el requisito temporal impuesto por el tenor literal del art. 21.4^a (haber procedido el culpable, *antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él*, a confesar la infracción a las autoridades); a pesar de que en tales casos el valor auxiliar de la confesión resulta menor por conocer ya la Administración de justicia tanto el delito como la identidad del autor –que confiesa, por ejemplo, en el momento de ser detenido–, al menos un sector amplio de la jurisprudencia se abre en estos casos a la aplicación de la atenuante por entender que incluso con un principio de prueba en su contra, el reconocimiento de los hechos puede resultar útil a la investigación y contribuir a su completo esclarecimiento⁹⁷. En casos de colaboraciones valoradas como especialmente relevantes se ha considerado que el incumplimiento del requisito temporal (reconocimiento de los hechos tras la detención, durante la tramitación del procedimiento o incluso durante el mismo juicio oral) no impide la apreciación como circunstancia cualificada, especialmente si ha posibilitado o facilitado la detención de otros intervinientes en el delito⁹⁸.

En estos últimos supuestos, la atenuante –mutada más en colaboración que en confesión– y aplicada por analogía al ser extemporánea, se convierte en una disposición premial genérica para cubrir el mismo papel que las disposiciones premiales específicas por colaboración previstas por el Código respecto de determinados delitos, señaladamente los clásicos de terrorismo (art. 579.3) y tráfico de drogas (376).

Aunque sólo se utilice en un porcentaje moderado de las sentencias de conformidad, pues como se comentaba *supra* existen muchas otras vías para poder justificar la pena pactada, el recurso a la atenuante de confesión como cauce para justificar la rebaja de pena pactada en la conformidad se compadece bien con esta interpretación objetiva y utilitaria de la circunstancia, pues indudablemente –este es el sentido mismo de la figura– conformarse supone una colaboración con la Administración de justicia que ahorra a esta esfuerzo, tiempo y recursos ya no en la investigación y esclarecimiento de los hechos, pero sí en la consecución del objetivo final del proceso –la fijación de la sanción penal y, en su caso, la responsabilidad civil derivada del delito–. Aunque en las (normalmente brevísimas) sentencias de conformidad que aprecian confesión suele renunciarse a aportar justificación alguna, implícitamente parece partirse de que al prestarse conformidad concurre el núcleo esencial del aporte de utilidad que (según este entendimiento mayoritario) fundamenta la circunstancia, y el hecho de que la conformidad «raramente (...) se preste por un reconocimiento de la propia responsabilidad y la asunción de una actitud resocializadora»⁹⁹ no constituiría impedimento alguno. El incumplimiento del requisito temporal, que como hemos visto también fuera de la conformidad se suple por vía de la atenuante analógica, no supone tampoco dificultad para los tribunales a la hora de controlar la adecuación a la legalidad del pacto de conformidad en lo que a la atenuación por confesión se refiere, aunque es claro que con ello se viene a prescindir en realidad de cualquier límite

⁹⁶ Críticamente, POZUELO PÉREZ, *RECPC*, (22-17), 2020, *passim*.

⁹⁷ SSTS 127/2011, Penal, de 1 de marzo (ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1097); detalladamente, 240/2012, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2206); 215/2015, Penal, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1889); 750/2017, Penal, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4152).

⁹⁸ SSTS 1365/2005, Penal, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7170); 359/2008, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2961), que en cualquier caso entiende que la atenuación muy cualificada en casos de circunstancia analógica ha de ser «excepcional».

⁹⁹ CÓRDOBA RODA, *Diario La Ley*, (7898), 2012, p. 3.

temporal¹⁰⁰. En tanto no se prevea para los procesos ordinario, abreviado y por Jurado una atenuación específica por conformidad –y después volveremos sobre la utilidad de hacerlo–, es esta atenuante de confesión, interpretada como disposición premial por un aporte de utilidad a la Administración de justicia, la que mejor acoge ese elemento específico de toda conformidad, que en la regulación del instituto en los juicios rápidos el legislador sí tradujo en previsión expresa de la reducción de la pena en un tercio del art. 801 LECrim¹⁰¹.

Cuestión distinta, por supuesto, es que la interpretación utilitarista que ha terminado imponiéndose –y que en su versión de «atenuante analógica de confesión tardía» se muestra apta para vehicular la rebaja por conformidad– resulte la más correcta a la luz del art. 24.4ª CP. Como convincentemente han argumentado algunas autoras, el elemento temporal de la dicción legal, «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él» atribuye a la autoinculpación un significado específico que habría de servir de referencia para explicar el fundamento de la circunstancia, que no residiría en la función premial de incentivar la colaboración, sino en reconocer la menor necesidad de pena derivada de que el autor asuma, a su costa, una responsabilidad con la que hubiera podido no tener que cargar de no ser por su propia confesión; «una espontaneidad en la decisión de afrontar las consecuencias del hecho delictivo que marca la diferencia sustancial respecto de otras formas de colaborar con la justicia»¹⁰², que dota de valor de acción a la conducta, permite entenderla desde una perspectiva intersubjetiva como verdadero «acto contrario» o de revocación parcial de la decisión de lesionar el bien jurídico, y despliega por ello un significado comunicativo de pacificación que (en lo que la pena tiene de elemento simbólico-expresivo) reduce la necesidad de sanción¹⁰³.

¹⁰⁰ Aunque no se trataba de un caso de conformidad en sentido estricto, resulta ilustrativa la STS 394/2002, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1676): «La colaboración, en el caso presente, no se ve desvanecida por el hecho de que ante el Juez de Instrucción, negare momentáneamente lo anteriormente manifestado, ya que, en el momento culminante y decisivo del juicio oral, reconoce los hechos y muestra su conformidad con el relato fáctico de las conclusiones provisionales de la acusación pública, aligerando notablemente el trámite de las sesiones del plenario, lo cual constituye un nuevo acto de auxilio a la justicia». A la hora de valorarla como muy cualificada, aun habiendo sostenido un fundamento en clave utilitarista, la sentencia se refiere también al «deseo de resocialización que puede desprenderse de la actitud colaboracionista [sic] del acusado». Se muestra contrario a esta utilización de la atenuante analógica en sede de conformidad, MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 2019, pp. 167 ss., 186-187.

¹⁰¹ Un significativo ejemplo de la utilización de la atenuante analógica de confesión tardía para justificar una rebaja de pena en dos grados en sentencia de conformidad puede encontrarse en STS 211/2012, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2200).

¹⁰² GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 80.

¹⁰³ GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 102-105. Conferir uno u otro fundamento a la circunstancia incide en la interpretación de la solución más correcta para determinados supuestos: así, al poner el acento en la eficacia objetiva de la colaboración, la interpretación mayoritaria descarta aplicar la atenuante en casos de poca o nula utilidad, mientras que en la interpretación defendida por GARRO CARRERA esta última no empecería a la aplicación de la atenuante si a pesar de ello sí concurría el elemento cognitivo-temporal (que el autor no supiera en aquel momento que el procedimiento ya se dirigía contra él, p. 86). La utilidad sería así el efecto o consecuencia que se derivará en algunos casos, pero en modo alguno el núcleo de la circunstancia.

Por lo que a nuestro tema se refiere, un problema análogo (se haga o no uso de la atenuante de confesión para vehicular la rebaja de pena) se plantea respecto de acusados que han accedido a conformarse sin que finalmente haya podido evitarse el juicio por falta de acuerdo de la acusación particular o de los coimputados. No parece ocioso preguntarse si tal cosa habría de ser tenida en cuenta por la Fiscalía a la hora de moderar su petición de pena (interesante a este respecto el ATC (Sección 2ª) 353/2003, de 6 de noviembre [ECLI:ES:TC:2003:353A], que aunque se centra en otra cuestión sí se refiere en inicio a un caso de este tipo).

4.2. Conformidad, disposiciones premiales y justificación de la renuncia a la pena

La renuncia parcial a la pena por motivos ajenos al injusto culpable y en concreto por razones de eficacia dada la utilidad que ciertas colaboraciones comportan a la Administración de justicia – no nos ocuparemos ahora de si ello se inserta en la categoría dogmática de la punibilidad o fuera de ella en la teoría de la pena–, no constituye en absoluto una novedad del Derecho penal actual; forma parte desde antiguo de muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y en el caso español toma cuerpo en las atenuantes privilegiadas de los arts. 376 (tráfico de drogas) y 579 bis 3 (terrorismo), a las que tras la reforma operada por LO 5/2010 se añade una similar disposición aplicable a los colaboradores de cualquier tipo de organización o grupo criminal (art. 570 *quater* 4) y (por LO 1/2015) en materia de malversación (art. 434 CP). La presentación de la conformidad como parte de ese contexto ya conocido, con lo que se pretende disminuir su percepción como problemática –un intento en el que se afanan algunos de sus más destacados defensores– no suele tener en cuenta, sin embargo, las notables diferencias entre ese tipo de disposiciones y la dimensión premial de la conformidad, que suele responder –es cierto que a menudo combinado con el elemento de la reparación del daño al que enseguida nos referiremos– a un objetivo de eficacia a mi juicio más desnudo que en aquellas. Veamos por qué.

Desde una visión de conjunto, las disposiciones premiales clásicas se han configurado siempre como un instrumento excepcional para combatir una delincuencia compleja (la organizada) donde la colaboración del miembro del grupo se plantea como especialmente valiosa para dicho fin; sin perjuicio de la inevitable tensión con la satisfacción de los fines de la pena que la disminución del castigo suscita, ese especial valor del auxilio a la justicia (ya no global, sino incluso individualmente considerado), enmarcado en una suerte de estado de necesidad en la lucha contra ese tipo especialmente insidioso de delincuencia, constituye cuando menos un argumento de peso en favor del premio a quien lo facilita. Además de lo anterior, la tensión con los fines de la pena (difícilmente soportable sin duda en el caso de la hoy desaparecida cláusula de remisión completa de la pena para los delitos de terrorismo) puede matizarse en la medida en que las conductas de colaboración en el marco de la delincuencia organizada, sobre todo las más genuinas (si implican el abandono de la organización, lo que las aproxima materialmente a un desistimiento por más que se trate obviamente de un delito ya consumado) como las relativas a otros comportamientos, pueden revestir unos tintes que sí justifiquen una cierta disminución de la necesidad de pena tanto en términos de prevención general como especial¹⁰⁴.

La rebaja de pena por conformidad (tanto la en principio más igualitaria del tercio de pena en la modalidad premiada como la atenuación *ex ante* indeterminada y flexible que resulte del pacto en la modalidad negociada) no coincide con los rasgos que acaban de describirse. Para comenzar, ya no tiene nada de excepcional, sino todo lo contrario (tras el desbordamiento al que aludíamos al principio de estas páginas está absolutamente normalizada); por otro lado, aunque el «valor» de esa renuncia al juicio varía dependiendo de los casos (será directamente proporcional a la complejidad de aquel y de la actividad probatoria que con la conformidad se evita), su utilidad para el sistema de justicia no es ni mucho menos tan elevada en términos individuales, sino solo acumulativos, lo que cuando son elevadas hace más compleja la justificación de las rebajas de pena que en las disposiciones premiales clásicas. A esta mayor dificultad contribuye el hecho de que, en contra de lo que a menudo se defiende, a la conformidad no le es inherente *per se* ningún elemento que indique una menor necesidad de pena; a diferencia de lo que sucede en las cláusulas premiales –en las que la colaboración puede presentar un coste en términos, por

¹⁰⁴ Por todos, CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, 1995, pp. 322-332.

ejemplo, de riesgo de represalias, que el colaborador ha necesariamente de asumir–, el acusado culpable que se conforma con una pena menor que la que le sería imponible se ahorra la carga afflictiva que el propio juicio supone y la propia pena que se le descuenta, sin coste alguno para él más allá del que puede suponer en su caso el pago de una cantidad económica en concepto de reparación, que no es más que el adelanto de la responsabilidad civil que en todo caso le sería exigible y que normalmente, como estudiaremos enseguida, no se presta en condiciones de las que quepa deducir ningún valor de revocación. Coincido más con la ya citada visión de CÓRDOBA RODA (que presenta la fiabilidad añadida de formularse por un experimentado ejerciente de la profesión) de que la conformidad «raramente (...) se presta por un reconocimiento de la propia responsabilidad y la asunción de una actitud resocializadora», en la que coincide SCHÜNEMANN (que cuando intermedia una negociación no vislumbra –desde el punto de vista de la prevención general positiva– un efecto reafirmador de la norma)¹⁰⁵.

No es difícil encontrar, sin embargo, visiones a mi juicio edulcoradas de la conformidad que pretenden justificar la rebaja de pena en consideraciones preventivo-especiales. La idea de que «el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena (...), y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral» es utilizada tanto por una FGE que persigue legitimar y promover la figura¹⁰⁶, como por diversas sentencias del TS¹⁰⁷. En parecidos términos se pronunciaba en su momento el TS norteamericano en su sentencia seminal *Brady*: «*But we cannot hold that it is unconstitutional for the State to extend a benefit to a defendant who in turn extends a substantial benefit to the State and who demonstrates by his plea that he is ready and willing to admit his crime and to enter the correctional system in a frame of mind that affords hope for success in rehabilitation over a shorter period of time than might otherwise be necessary*»¹⁰⁸.

Un buen ejemplo de este intento de disfrazar la conformidad como lo que no es puede encontrarse en la reciente SAP Pontevedra 324/2022 (a la que nos referimos *infra* en el estudio jurisprudencial), que para justificar la enorme rebaja de pena en un caso de abusos sexuales a una menor (gracias a la aplicación de las atenuantes de reparación y analógica de confesión) identifica la conformidad, por vía de esta última atenuante, con una «colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado»¹⁰⁹. También en la doctrina se ha defendido esta idea de la conformidad

¹⁰⁵ CÓRDOBA RODA, *Diario La Ley*, (7898), 2012, p. 3; SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 188 (donde también descarta que en casos de negociación se aprecie una menor necesidad preventivo-especial de pena).

¹⁰⁶ Ya en Circular FGE 1/1989, de 8 de marzo.

¹⁰⁷ Así, SSTS 778/2006, Penal (Pleno), de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4280); 422/2017, Penal (Pleno), de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354), si bien es cierto que se hace referencia a estas visiones de la conformidad sin que quede del todo claro si el Tribunal las hace o no suyas.

¹⁰⁸ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), pp. 752-753.

¹⁰⁹ En su excurso sobre la atenuación de la pena en la conformidad premiada, y sin negar el claro fundamento utilitario de la previsión del art. 801 LECrim en aras de una administración de justicia más ágil, busca también GARRO CARRERA (desde su propia interpretación previa en relación con la atenuante de confesión) ese otro factor añadido que permita afirmar una menor necesidad de pena a pesar de no tratarse de una colaboración espontánea, y que parece identificar con «un efecto de confianza en la recuperación del respeto a las normas, un efecto pacificador asociado a la rapidez en la resolución del caso» (GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA [dirs.], *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 136); en sentido similar, atiende a la «inmediatez» del reconocimiento, aunque en cualquier caso en el contexto de «delitos menos graves en los que la necesidad de cumplir la pena queda reducida», ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 152-153.

como acto de consenso con «un efecto de pacificación de las relaciones sociales alteradas por el hecho delictivo»¹¹⁰.

Que a la figura de la conformidad no le sea inherente *per se* una menor necesidad de pena (que contribuya a reforzar su justificación desde este punto de vista añadiéndose al argumento de eficiencia) no supone que en sí misma necesariamente perjudique los fines a los que ha de ir orientada toda intervención punitiva. El hecho de aplicarse de modo tan desigual, con rebajas de pena muy distintas según los casos (muy moderadas en algunos, muy notables en otros¹¹¹), y el que opere sobre delitos de gravedad muy diversa impide realizar afirmaciones generales en este sentido. Sí parece posible, con todo, realizar una serie de observaciones al respecto.

La primera de ellas se refiere a un aspecto del ejercicio del *ius puniendi* en el que sí creo que la conformidad repercute negativamente *per se*. Si se acepta que la reacción estatal ante el delito se construye tanto por un aspecto simbólico-expresivo (centrado en el reproche que contiene toda sentencia condenatoria en la que se responsabiliza al autor de un injusto culpable) como por un elemento fáctico-aflictivo (la privación de derechos en que la pena consiste)¹¹², ha de reconocerse que (con independencia ahora de cómo y en qué grado se atempere el segundo) la desformalización que toda conformidad comporta resta peso al primero; aunque exista una condena plasmada en sentencia, el mensaje de reproche simbólico que en ella se transmite resulta diluido –en cierto modo, «devaluado»–, al menos en parte, cuando no procede de un juicio público –con toda la carga de formalidad que este comporta– y por el hecho mismo de aparecer como fruto de un pacto (por esa dimensión privatizadora exenta de «la sacralización tradicionalmente propia de lo público»)¹¹³.

Por otra parte, cuando a lo anterior se añaden –especialmente respecto de delincuencia grave– rebajas muy notables del contenido aflictivo de la pena (computadas no ya con respecto a las con frecuencia hinchadas calificaciones iniciales de la Fiscalía, sino sobre los marcos penales ajustados al hecho), difícilmente explicables a la ciudadanía, el efecto comunicativo de reproche –que también se expresa en parte a través de la pena impuesta y ejecutada¹¹⁴– puede verse aún más afectado (como señalan SCHÜNEMANN para la delincuencia económica y ambiental en Alemania, o ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL respecto de supuestos de delincuencia sexual en nuestro país en los que se satisface una importante reparación económica a la víctima)¹¹⁵.

Es en este punto en el que ha de traerse a colación una cuestión a la que ya nos hemos referido al bosquejar la jurisprudencia del TS norteamericano sobre el *plea-bargaining*: la necesidad de observar el fenómeno en el contexto del concreto sistema en el que opera. Mi impresión es que el rigor punitivo del Código penal (desigualmente distribuido, desde luego), presidido no solo por un recurso desmedido a la pena de prisión, sino con marcos penológicos por lo general

¹¹⁰ BELTRÁN MIRALLES/SOSPEDRA NAVAS, «Procedimiento abreviado: el juicio oral: la conformidad», en LOS MISMOS (eds.), *Práctica de los procesos jurisdiccionales. Proceso penal*, t. I, 2011, pp. 1 ss., 2.

¹¹¹ Aun con el modesto alcance que determina su limitado objeto de estudio, el análisis jurisprudencial aportado *infra* 6 permite corroborar esta afirmación.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 113-117.

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 74-82 (la cita procede de esta última página). En igual sentido, HERRERA, «La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano», *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 229 ss., 247.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis*, 2018, pp. 115-116.

¹¹⁵ SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 188; ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «De fisuras que tornan grietas en la prevención democrática», *Diario La Ley*, (9931), 2021, p. 5. En la misma línea, HERRERA, *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 245-254.

elevados en relación al tipo de delito, contribuye a explicar al menos en un porcentaje de casos que tanto la Fiscalía en sus pactos como los jueces en su labor de control se muestren dispuestos, en aras del objetivo eficientista, a renunciar a magnitudes de pena –con el coste en términos preventivo-generales que ello supone– que ya en su marco penal abstracto no se consideran acordes con la verdadera entidad del injusto. Ahora bien: que en un porcentaje de conformidades se alcance así una pena más proporcionada (como efecto positivo que se añade a la buscada utilidad de celeridad en el proceso) no puede erigirse, sin embargo, en un argumento que refuerce la legitimación de la figura, y ello por varias razones: 1) la inflación punitiva de nuestro Código no es uniforme, y en los tipos en que sí concurre la conformidad da lugar, como venimos insistiendo, a una muy desigual benevolencia, por lo que no todos los conformados se benefician por igual de ese efecto «nivelador» de la figura; 2) que la conformidad pueda servir para atemperar la severidad punitiva de algunos delitos en nada beneficia, obviamente, a quienes (por razones diversas) optan por no conformarse y en caso de condena terminan recibiendo (incluso sin ninguna «pena por juicio») penas proporcionalmente elevadas; de hecho, en relación con estos casos de oferta de conformidad finalmente no aceptada por el acusado, especialmente si la rebaja era sustanciosa, se suscita un grave problema de justificación de la imposición de una pena a la que tan fácilmente el sistema punitivo –que en la justicia negociada se encarna mucho más en la Fiscalía que en el juez– se ha mostrado dispuesto a renunciar; 3) además de por el factor anterior, contribuir a asentar el binomio «penas abstractas elevadas o incluso desmesuradas/fácil rebaja por conformidad» –recordemos la expresa admisión por el TS norteamericano de que esa es la esencia de su sistema– no sólo devalúa la seriedad de las prohibiciones penales en su percepción por una ciudadanía poco propensa a cuestionar su dureza, sino que, como argumenta en Estados Unidos, institucionaliza las penas elevadas (incluso, insisto, sin ser artificiosamente infladas por la Fiscalía) como armas de presión para obtener la conformidad.

Por lo que a los fines preventivo-especiales se refiere, el hecho de que no interpretemos la conformidad como una asunción de responsabilidad que implique una menor necesidad de pena desde esta perspectiva no implica que necesariamente resulte contraproducente a tal efecto, aunque sí pueda serlo, por ejemplo, si el haberse pactado una pena suspendible de menos de dos años inclina a los tribunales a una concesión cuasiautomática de la suspensión¹¹⁶.

Resta por examinar ahora el modo en que la conformidad se vincula en nuestro sistema con la atenuante de reparación del daño, concebida mayoritariamente en la actualidad como una disposición en clave premial, que busca incentivar la satisfacción de los intereses de la víctima y que (en el modo en que suele aplicársela en las conformidades) no se inserta adecuadamente, a mi juicio, en los fines de la intervención punitiva.

4.3. La atenuante de reparación del daño como instrumento central en las conformidades

En la misma línea que la atenuante de confesión, la enorme expansión experimentada por la reparación del daño en nuestro ordenamiento (que junto a la de drogadicción la ha convertido en la atenuante más aplicada en la actualidad) ha corrido paralela a una interpretación fundamentalmente en clave victimológica que a partir del CP de 1995 concibe la circunstancia ante todo –con frecuencia recurriendo al argumento de la supresión del requisito del arrepentimiento espontáneo de la anterior formulación– como un instrumento para incentivar

¹¹⁶ Muy ilustrativa a este respecto la SAP Málaga 181/2022, Sección 8ª, de 26 de abril (ECLI:ES:APMA:2022:1885), que se comenta en el apartado siguiente.

la satisfacción de los intereses de la víctima, un objetivo que ciertamente parece tener presente el legislador con la enorme ampliación del elemento temporal, lo que aunque no exclusivamente (pues nadie niega la posibilidad de reparaciones de tipo simbólico, petición de disculpas, etc., por más que en la práctica su aplicación sea casi excepcional) viene a identificarse básicamente con un resarcimiento económico indemnizatorio, esto es, el pago de la responsabilidad civil¹¹⁷. Otras interpretaciones –que buscan cohesionar la atenuante con el sentido y los fines de la intervención penal– insisten en cambio en la necesidad de no hacerla pivotar sobre los intereses de la concreta víctima del delito; su fundamento radicaría así en una asunción de responsabilidad y reconocimiento de la vigencia de la norma, capaz de producir «un efecto de confianza social en el funcionamiento del sistema jurídico» –lo que desde un entendimiento de la pena en clave simbólico expresiva permitiría apreciar una equivalencia funcional (parcial) con aquella que disminuya su necesidad–¹¹⁸, o susceptible de interpretarse como una «señal de rehabilitación» que –desde perspectivas preventivo-especiales– incida en el mismo sentido y justifique por tanto la disminución de la reacción punitiva más allá del premio a la aportación de utilidad para la víctima¹¹⁹.

La posición jurisprudencial sobre el fundamento de la atenuante puede calificarse de un tanto ambivalente: aunque prácticamente en todas las sentencias que la desarrollan se parte del fundamento victimológico, a menudo se añade (si quiera a modo de coda, para no prescindir por completo de una justificación acorde con las finalidades de la pena) una alusión a la reparación como reconocimiento de la norma o como un *actus contrarius* del que se derivaría una menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo¹²⁰. Quizás sea un cierto malestar ante su propia interpretación objetiva/utilitaria la que explique también –como apunta GARRO CARRERA– la resistencia del TS a admitir como fuente de la atenuante la mera consignación de la cantidad

¹¹⁷ En esta línea, entre muchos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 117-118; BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 174. Otra corriente interpretativa confiere a la circunstancia un indudable fundamento victimológico, pero se separa por completo de la identificación con el mero pago de la responsabilidad civil (así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, «La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española», *Revista General de Derecho Penal*, [7], 2007, pp. 1 ss.), como lo hacen quienes la aproximan a la noción de justicia restaurativa (*vid. infra* apartado 5).

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 122-127 (la cita en p. 124); o previamente en EL MISMO, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en EL MISMO (dir.), *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, 1998, pp. 191 ss. En la línea de exigir una configuración de la atenuante coherente con las finalidades simbólico-expresivas de la pena, lo que requiere un esfuerzo de significado de significado revocador, destacan de nuevo los trabajos de GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 19 ss.; LA MISMA, «De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho penal*, 2021, pp. 137 ss.; ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del art. 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, (21), 2001, pp. 71 ss., 93. Especialmente clarificador resulta asimismo el ya citado trabajo de ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 145 ss.

¹¹⁹ Ello no significa desconocer, por supuesto, la diferente operatividad de la reparación del daño en función de la naturaleza del delito, como el propio Código reconoce con la regulación de la regularización tributaria (art. 305.1 y 4), o las atenuantes específicas en delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente (art. 340), la malversación (art. 434) o el fraude fiscal (art. 305.6).

¹²⁰ Así, SSTS 1237/2003, Penal, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:5951), que la equipara a un «reconocimiento de la validez de las normas infringidas»; 542/2005, Penal, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2705) (una «forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito» en que «lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida»); o 203/2011, Penal, de 22 de marzo, (ECLI:ES:TS:2011:2146). Lleva razón por su parte TAMARIT SUMALLA al señalar la contradicción que supone apreciar una supuesta actitud reparadora cuando el acusado no reconoce los hechos, un elemento que (desde su propia perspectiva victimológica de la atenuante) considera el autor un *prius* inexcusable para su apreciación (TAMARIT SUMALLA, *Revista General de Derecho Penal*, [7], 2007, pp. 12-14).

previamente exigida por auto judicial como fianza de una eventual responsabilidad civil, que solo se entiende apta para dar lugar a la circunstancia si se acompaña de una expresa declaración del autor de su afectación a la reparación de la víctima; pero en realidad, como dice la autora, con ello se sobredimensiona una declaración que «solo con mucho voluntarismo y de forma muy remota» puede conectarse con esa intención de «reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados» a la que suele referirse esta jurisprudencia para describir el requisito¹²¹, y en cualquier caso con ello no se elimina la idea fundamental: identificar la atenuante con un simple pago resarcitorio de los perjuicios causados.

Es pues en esa identificación, que computa lo que en puridad no es sino el cumplimiento de una obligación *civil* de *resarcimiento patrimonial* –en la práctica sin aditamento real alguno y con una buena dosis de lo que ha sido acertadamente descrito como un «automatismo pro-reo»¹²²– como un equivalente (parcial) a la respuesta *penal*, donde reside el núcleo de la cuestión y la que (identificado en daño producido por el delito únicamente con los perjuicios a la víctima y no en la dimensión colectiva que todo delito comporta) desemboca en un sesgo privatizador de la reacción penal que encuentra en las conformidades su máxima y más peligrosa expresión¹²³.

Aun fundamentando la circunstancia en la satisfacción de los intereses de la víctima (que desde ese enfoque no puede ser otra que la víctima concreta, con sus deseos y percepciones) la jurisprudencia se ve forzada en ocasiones –para evitar condicionar la rebaja de la pena a su percepción de haber sido o no suficientemente reparada, pero sobre todo para eliminar el riesgo de una aplicación desigualitaria de la atenuación en función de la solvencia del acusado– a introducir parámetros intersubjetivos de suficiencia (es frecuente de hecho que la atenuante se aprecie sobre la base de la cuantía indemnizatoria solicitada por el Ministerio Fiscal, aunque esté muy debajo de la reclamada por la víctima¹²⁴), y a contextualizar la valoración de la prestación en función de la capacidad del acusado (no es infrecuente la alusión al «esfuerzo» reparador emprendido)¹²⁵; la misma matización digamos más genuinamente reparadora (al margen de que se justifique con la mera alusión al requisito legal de que la reparación sea prestada por el autor) puede explicar también que se rechace la atenuación cuando el pago procede de una aseguradora en cumplimiento de sus deberes contractuales¹²⁶. En cualquier caso, estas matizaciones de su propio punto de partida victimológico

¹²¹ GARRO CARRERA, en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho penal*, 2021, p. 158. En esa línea p. ej. STS 145/2020, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882).

¹²² GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA en sus conclusiones conjuntas a su obra (GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 196).

¹²³ Desarrollan esta argumentación los trabajos citados de SILVA SÁNCHEZ, ALCÁCER GUIRAO, GARRO CARRERA o ASÚA BATARRITA.

¹²⁴ ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 150, citando a GÓMEZ BENÍTEZ.

¹²⁵ Vid p. ej. SAP Valladolid 149/2012, Sección 2ª, de 30 de abril (ECLI:ES:APVA:2012:628) (en la que se recoge una mediación), o SAP Barcelona 1014/2009, Sección 3ª, de 17 de noviembre (ECLI:ES:APB:2009:13735). Aunque en esta ambivalencia jurisprudencial que se viene comentando, este tipo de matizaciones conviven con interpretaciones plenamente objetivadoras que sin duda sí desembocan en una circunstancia discriminatoria en función de la situación patrimonial (así, la STS 1112/2007, Penal, de 27 de diciembre [ECLI:ES:TS:2007:8780], cuando concede solo una importancia «colateral» al «contexto económico o posibilidades patrimoniales del encausado y su entorno para indemnizar», pues «en cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo sea solvente o insolvente»). Una argumentación ciertamente inadmisibles (como con toda claridad argumenta GARRO CARRERA, en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO [coords.], *El papel de la víctima en el Derecho penal*, 2021, p. 154) y que convertiría en insoportable la aplicación de la atenuante si no conviviera con las matizaciones aludidas en el texto.

¹²⁶ Punto jurisprudencialmente controvertido: excluyen esta posibilidad STS 1787/2000, Penal, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2000:8445); STS de 20 de noviembre de 2005; SAP Sevilla 566/2007, Sección 1ª, de 10 de octubre (ECLI:ES:APSE:2007:3327); o SAP Barcelona 925/2010, Sección 3ª, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APB:2010:9284), que termina sin embargo aplicándola como reparación moral por la petición inmediata de perdón a la víctima.

y «civilista» no consiguen ocultar ciertas disfunciones inevitables: así, por ejemplo, parece difícil evitar que quien puede consignar una fuerte cantidad cuente con más posibilidades de que la atenuante le sea aplicada como muy cualificada; y desde esta misma perspectiva resultará muy complejo fundamentar –al menos cuando de bienes personalísimos se trata– que pueda aplicarse la atenuante cuando la víctima se niega radicalmente a recibir ningún tipo de cantidad –por ejemplo, por considerarlo humillante–.

Y es que, en efecto, si este panorama resulta criticable cuando la atenuante es valorada por el juzgador o el tribunal que conoce de ella en vía de recurso, cuando entra en juego en el marco de una conformidad (lo que es absolutamente frecuente) las disfunciones se intensifican; sobre todo en los casos en que concurre acusación particular, la dimensión negocial del instituto acentúa este enfoque utilitario y en la actualidad ha llegado a impulsarlo hasta un extremo que, a mi juicio, ha de llamar a reflexión. Esta debería atender al menos a dos cuestiones: la intensificación del sesgo privatizador –ya presente en toda justicia negociada– que se imprime a la respuesta penal fruto de un pacto cuando este incluye un elemento de reparación económica¹²⁷, y el riesgo de que la mayor solvencia constituya un favor de privilegio mayor de lo que ya (en parte) es extramuros de la conformidad.

Por lo que al segundo punto se refiere, es verdad que, del mismo modo que en procesos sin conformidad, resultaría en exceso simplista describir la aplicación de la atenuante (y valorarla críticamente) como un instrumento privilegiador sin más de los acusados de mayor solvencia económica¹²⁸; en las conformidades la reparación también se aplica (en ocasiones quizás como mero recurso para vehicular una rebaja de pena por la simple conformidad que como antes se ha dicho quizás encontraría mejor acomodo en la analógica de confesión tardía, al menos tal y como se concibe mayoritariamente la atenuante) en supuestos de un pago muy modesto, como puede observarse en el estudio jurisprudencial aportado en este trabajo; también aquí puede apreciarse (*rectius*: intuirse, dado que las normalmente muy parcas sentencias de conformidad no suelen ofrecer explicaciones) la contextualización en la situación económica del penado. Con todo, este sesgo privilegiador sí puede presentarse claramente en algunos contextos: especialmente en caso de concurrir acusación particular, aquí sí serán los estándares de la víctima los que inevitablemente decidirán si se bloquea o no el acuerdo (supeditando avenirse al pacto a que se llegue a una determinada cantidad, por ejemplo notablemente superior a la fijada por los baremos con los que se opera para los delitos de lesiones), y la solvencia del acusado sí será entonces fundamental para llegar a satisfacerlos¹²⁹. Por otra parte, aunque en ocasiones se llama la atención sobre las posibilidades de extorsión que todo ello pone en manos de la víctima, estimo mucho más preocupante el modo en que su propia vulnerabilidad social puede influir en el acuerdo, de modo que una buena oferta económica pueda inducir a víctimas en situación desfavorecida a no poner problemas a la conformidad; con ello se resucita el viejo fantasma de

¹²⁷ Se refiere TAMARIT SUMALLA al «uso frívolo» de la atenuante con carácter general pero especialmente en las conformidades (TAMARIT SUMALLA, *Revista General de Derecho Penal*, [7], 2007, p. 3).

¹²⁸ Sobre la conveniencia de huir de apriorismos a este respecto, CUGAT MAURI, en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, p. 361, que señala cómo en delitos contra intereses jurídico-públicos la obligada actuación de la Administración a través de Abogados del Estado, Comunidades Autónomas o entes locales equilibrará las fuerzas con el delincuente económico.

¹²⁹ Considera evidente que la mayor facilidad de «fabricarse» la atenuante con que cuenta quien dispone de medios económicos afecta «al principio de igualdad, en su relación con el criterio de proporcionalidad comparativa», ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 158.

la «compra de penas» que con respecto a los delitos sexuales fundamentó en su momento la supresión de la figura del perdón del ofendido¹³⁰.

Al margen del sesgo desigualitario, resulta muy preocupante el profundo grado de privatización de la justicia penal que toda esta dinámica significa. Como antes se señalaba, la lógica civilista de la compensación del daño no puede constituirse en el parámetro *penal* de interpretación de la reparación del daño con efectos en la pena. Coincidiendo plenamente con la síntesis de ASÚA BATARRITA –que incluye también la atenuante de confesión en su reflexión–: «Bajo la advocación del tópico “satisfacción a la víctima” o contribución a la investigación del delito parece resultar indiferente la mayor o menor prontitud de la reparación, el mayor o menor esfuerzo –riesgos asumidos, ventajas a las que se renuncia– asociado a la confesión, en el caso concreto. Esta ausencia de matización conduce al lógico recelo que despierta la contemplación de sustanciosas rebajas de la pena por acuerdos tardíos de reparación, que convierten todo el discurso político-criminal en pactos de conveniencia. Cuando se trata de casos que adquieren notoriedad mediática, no puede extrañar que generen cierto escándalo, y no siempre infundado»¹³¹.

Plenamente justificado resulta desde luego el impacto y desaprobación en la opinión pública (y publicada) generado por algunos casos recientes de conformidades en delitos sexuales. Es el caso de la SAP de Málaga 181/2022, que gracias a la consignación de 80.000 euros aplica la atenuante de reparación del daño muy cualificada (lo que termina suponiendo dos años de prisión sin oposición a la suspensión, con dos años de inhabilitación especial) a dos policías a los que se condena por delito de abuso sexual con penetración sobre una joven muy embriagada (en cuya casa se presentan, de uniforme y estando todavía de servicio); en la resolución posterior sobre la suspensión, resulta del mayor interés el voto particular discrepante del presidente de la Sección 8ª de la Audiencia, en el que se pone de manifiesto que ni la conformidad en sí misma ni la reparación del daño (que se había satisfecho además sobre la fianza de responsabilidad civil prestada por los padres y no por el condenado) revelan *per se* un buen pronóstico que justificara la suspensión.

Lo cierto es que el pago de una cantidad como elemento que puede llegar a reducir notablemente la pena en delitos contra la libertad sexual en las conformidades (con frecuencia con efecto de cualificada en sí misma o combinada con la analógica de confesión o alguna otra atenuante) se ha convertido en absolutamente habitual. Queda ya muy lejos lo afirmado por el TS en una resolución de 2007 en la que abogaba enfáticamente por aplicaciones «enormemente restringidas» de la atenuante en estos delitos (y en otros contra bienes personalísimos) exigiendo que se encontrara «plenamente justificada» y «adecuadamente razonada» (además de «de alguna manera admitida por el perjudicado o la víctima del delito»), por cuanto «difícilmente pueden repararse con una

¹³⁰ En este sentido, en tono extremadamente crítico, ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, *Diario La Ley*, (9931), 2021, p. 5, así como ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 152, quien insiste en excluir cualquier «compra» de la rebaja penal «que se convierte en un refuerzo de una posición de poder del infractor en lugar de un refuerzo de la reprobación de su conducta»; alude a ello, aunque no en relación a la conformidad, TAMARIT SUMALLA, *Revista General de Derecho Penal*, (7), 2007, p. 14. Significativa resulta a este respecto la SAP A Coruña 86/2015, Sección 6ª, de 4 de marzo (ECLI:ES:APC:2015:595), que condena a dos años –con suspensión de ingreso– al sujeto que agrede sexualmente en varias ocasiones a la empleada de hogar cuidadora de su mujer inválida (se califica por delito continuado del art. 178), con aplicación de reparación del daño por el pago de 10.000 euros; *vid.* igualmente SAP Islas Baleares 458/2022, Sección 1ª, de 23 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2022:3127), en la que por un delito de trata (con límite mínimo de cinco años) cometido sobre una mujer nigeriana explotada sexualmente durante varios meses se imponen dos años suspendibles por aplicación de la atenuante de reparación del daño muy cualificada (de 3.000 euros); o SAP Barcelona 39/2021, Sección 5ª, de 12 de enero (ECLI:ES:APB:2021:1098). Aunque no esté constituida en acusación particular y carezca por ello de la posibilidad de bloquear el pacto, puede pensarse que al menos cuando se trata de delitos contra bienes jurídicos personalísimos (p. ej. libertad sexual) la Fiscalía sí consulta a la víctima a la hora de cerrar la negociación –así se aconseja al menos en la Circular 2/2009–.

¹³¹ ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 153.

indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal»¹³²; que estas afirmaciones sean repetidas en sentencias mucho más recientes –cuando esta práctica en las conformidades se encuentra ya totalmente consolidada–, como en la STS 145/2020, de 14 de mayo (que insiste además en que «en el caso de delitos de agresión sexual (...) debe tener especial relevancia el momento donde se consigna, cómo se lleva a cabo y el proceder en la forma de alegarlo en el plenario»), da cuenta (al margen de que el tenor de la sentencia sea en sí mismo loable, puesto que precisamente pretende separarse de la lógica que venimos criticando) de la muy diferente suerte que puede correr el autor de un delito, asumamos que culpable de los hechos que se le imputan, en función de que haya decidido conformarse o de que la víctima personada haya querido aceptar la cantidad ofrecida¹³³.

Estas últimas reflexiones aconsejan una referencia algo más detenida a la situación de la víctima en la negociación de la conformidad.

5. El papel de la víctima en la conformidad

Las consecuencias del sistema de conformidad con respecto a la víctima del delito son objeto de valoraciones tremendamente contrapuestas, lo que produce no poca perplejidad en quien se aproxima al tema.

5.1. La diversidad de valoraciones sobre las repercusiones del pacto de conformidad para la víctima

Los defensores más entusiastas de la figura suelen ponderar sus ventajas en este ámbito con el mantra de que los acuerdos de conformidad conducen a una mejor reparación a las víctimas; concebida esta como uno de los fines del proceso penal, en pie de igualdad con la realización del *ius puniendi*, se insiste en que las conformidades facilitan (sin discriminar entre víctima personada y la que no lo está) una reparación del daño más rápida y cierta frente a una posibilidad indemnizatoria insegura y en cualquier caso, diferida en el tiempo¹³⁴. A ello se añade el evitar a la víctima pasar por la celebración de un juicio que, más allá de las molestias e inversión de tiempo que para todos los involucrados supone, puede comportar para ella –al menos en el caso de determinados delitos– el tan temido efecto revictimizador.

Por su parte, las críticas a la conformidad desde la perspectiva de sus implicaciones para la víctima del delito se formulan desde distintos frentes, que examinaremos primero desde una perspectiva más general para centrarnos después en el estado de la cuestión en nuestro país. La visión más radical –que objetaría a la institución *in toto*– podría identificarse con las posturas próximas a la idea de un verdadero derecho de la víctima al castigo (pleno) del autor, un punto de partida contrario o cuando menos reticente a la renuncia por el Estado al castigo (o a parte de él) por motivos de mera oportunidad ajenos al injusto culpable; en su versión extrema de fundamentar un rechazo a la figura *per se*, esta visión –que de sustentarse resulta obviamente

¹³² STS 1112/2007, Penal, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2007:8780).

¹³³ STS 145/2020, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882).

¹³⁴ Por todos, GIMENO SENDRA, *La simplificación de la Justicia penal y civil*, 2020, pp. 36, 44 (con la supeditación de la conformidad al compromiso de satisfacer la responsabilidad civil introducido para los juicios rápidos en el art. 801.3 LECrim por la LO 8/2002, «es obvio que la conformidad ha pasado a desempeñar una nueva función, yuxtapuesta a la economía procesal, cual es la de convertirse en un instrumento de la justicia restaurativa de la víctima»); compromiso de reparación que el autor propone extender como condición de la conformidad en todo tipo de procesos. Se alude también a ello en el ya citada Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española.

extensible, por lo demás, al resto de manifestaciones de la moderación o exclusión de la pena por motivos puramente político-criminales¹³⁵ resulta del todo infrecuente, por más que en ocasiones sí se llame la atención, en tono crítico, sobre el perjuicio que para «los intereses» de la víctima supone la rebaja de pena pactada en la conformidad¹³⁶.

Mayor interés revisten, a mi entender, las objeciones basadas en lo que podríamos denominar un cierto derecho de la víctima «al proceso» y, más en concreto, a la celebración del juicio. Como he tratado de poner de manifiesto en un trabajo anterior relativo a los enfoques teóricos que (aun sin excluir su compatibilidad con otras finalidades) atribuyen a la pena una especial dimensión sobre todo simbólico-expresiva respecto de la víctima, este tipo de aproximaciones conceden especial relevancia a la declaración de atribución del injusto al autor –con el carácter público, formalizado y solemne que el proceso le confiere– como mensaje de solidaridad reparador para la víctima; una dimensión esta que –aunque no suela hacerse expreso, puesto que es notoria la parquedad de la mayoría de los autores inscritos en esta línea a la hora de traducirla en consecuencias jurídico positivas– parece casar mejor con la búsqueda y declaración de la verdad material que con una declaración de hechos «pactada» sin celebración de juicio oral¹³⁷.

Con todo, lo cierto es que en las escasas menciones a la conformidad por parte de autores inscritos en esta línea, la crítica no se traduce, en lo que se me alcanza, en una impugnación de la figura *per se*; y ni siquiera es así desde puntos de vista (conexos con el anterior) que, como la Corte Constitucional colombiana, han elevado a rango constitucional para las víctimas de cualesquiera delitos los derechos a la «verdad, justicia y reparación» inicialmente decantados por la jurisprudencia internacional (especialmente la Corte Interamericana) respecto de las víctimas de graves crímenes contra los derechos humanos¹³⁸. Probablemente por lo compartido de la percepción (más o menos resignada) de la justicia negociada como una realidad irreversible, las premisas mencionadas no desembocan en un rechazo frontal a la conformidad –ni en su dimensión de renuncia parcial a la pena, ni en la de renuncia al juicio–, sino que suelen traducirse, en un sentido más modesto, en la exigencia de un mayor reconocimiento al papel de

¹³⁵ Sobre esta contraposición entre derecho de la víctima a la pena y cláusulas de renuncia en sede de punibilidad, aplicado a los delitos de terrorismo, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo», en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017, pp. 243 ss., 255 ss. El trabajo de GARCÍA DEL BLANCO, «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas*, 2017, pp. 275 ss., 278 ss., puede considerarse igualmente una muestra de una visión reticente de las cláusulas premiales por colaboración (como también de la expulsión de extranjeros procesados incurso en causa administrativa para ello) por perjudicar los intereses de la víctima.

¹³⁶ Llama la atención sobre «la nula consideración a la víctima (no parte acusadora) cuando se pacta a sus espaldas una sentencia de conformidad con una rebaja considerable de la pena a imponer», ETXEBERRIA GURIDI, «Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos», *Revista General de Derecho Procesal*, (45), 2018, pp. 1 ss., 32.

¹³⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *Revista General de Derecho Penal*, (35), 2021, pp. 1 ss. Sí hacen expreso este punto de vista WEIGEND/IONTCHEVA, cuya crítica a la excesiva desatención a la víctima en el proceso negociador parte de considerar que este sustituye al juicio, «en el que las víctimas reciben reconocimiento y una cierta reparación» (WEIGEND/IONTCHEVA, *German Law Journal*, [15-1], 2014, p. 12).

¹³⁸ Un repaso a su propia doctrina respecto de los derechos de las víctimas puede encontrarse entre otras muchas en sentencia C-454/2006, que en sus §§ 30 a 35 los condensa así: derecho a la verdad (que en su dimensión individual se entiende como «derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso»); derecho a la justicia (entendido como «derecho a que no haya impunidad», lo que para el Estado deriva en las obligaciones positivas de investigación y sanción, traducidas para la víctima en «un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a *participar*» en él –cursiva en el original–); y derecho a la reparación. *Vid.* igualmente las sentencias 1260/2005, o 059/2010.

la víctima en la adopción del acuerdo; un papel que no se identifica con un derecho de veto (propuesta muy minoritaria)¹³⁹, sino, más modestamente, con derechos como ser informada de las negociaciones, participar en ellas, ser escuchada por el juez que ha de aprobar el acuerdo, o poseer legitimación activa para recurrir la sentencia basada en el acuerdo del que discrepa¹⁴⁰.

Esta última es la línea adoptada a partir de finales de los años 70 y de modo creciente desde entonces en Estados Unidos: si se tiene en cuenta que instrumentos como los conocidos *victim's impact statements* (que se habían asentado con anterioridad en la legislación y práctica) solo pueden desplegar una influencia muy moderada sobre el juez encargado de fijar una pena que en gran parte ya viene predeterminada por lo previamente pactado en el acuerdo, desde la perspectiva favorable al reconocimiento de los derechos de la víctima tiene todo el sentido posibilitarle influir en esa fase previa de fijación de los cargos, de la que tradicionalmente había permanecido excluida por completo. La forma y el momento en que dicha intervención se concreta dentro del proceso de negociación varía notablemente en la legislación de los distintos estados (no pocos han incorporado este derecho incluso en enmiendas constitucionales) y en función de su propio sistema de *plea-bargaining*, pero en cualquier caso interesa hacer notar que ni a nivel federal ni en ninguno de los estados se concede a la víctima el derecho a vetar el acuerdo¹⁴¹. El derecho de veto, en lo que se me alcanza, es absolutamente inusual en los sistemas de *plea bargaining* en Derecho comparado.

Por lo que se refiere al TEDH, la perspectiva desde la que prácticamente siempre se analiza la figura del *plea-bargaining* no es la de los derechos de la víctima del delito, sino la de su compatibilidad con los derechos del acusado derivados del art. 6 CEDH, a la que ya nos hemos referido. Es cierto que – en el contexto de su doctrina sobre las obligaciones positivas del Estado en materia penal (los conocidos deberes de previsión, investigación, enjuiciamiento y sanción suficiente de cuando menos las vulneraciones graves de los derechos convencionales)– la tercera de estas obligaciones puede interpretarse como el correlativo de un cierto derecho de la víctima *al proceso*; pero el tribunal nunca ha identificado tal cosa con un derecho al juicio oral en sí mismo o a un esclarecimiento de los hechos que necesariamente haya de pasar por su celebración.

5.2. Víctima y conformidad en el ordenamiento español

Centrémonos ahora algo más en el caso español, en el que la intervención de la víctima se configura de forma radicalmente distinta en función de que se encuentre o no personada como acusación particular. Caso de estarlo, de modo coherente con su estatus de parte acusadora en igualdad de condiciones que la acusación pública, la víctima tiene en su mano la posibilidad de

¹³⁹ No es casual que sí la formulara en su día FLETCHER, uno de los autores más rotundos en la afirmación del derecho de la víctima al castigo del autor (FLETCHER, *With justice for some: victims' rights in criminal trials*, 1995, pp. 247-248).

¹⁴⁰ En esta línea se mueve la propia Corte Constitucional colombiana en sentencia C-516/2007 relativa a la interpretación de la regulación de la figura del «preacuerdo» en los arts. 348 a 352 del Código Procesal colombiano. Especialmente crítico con la práctica de pactar en el preacuerdo unos hechos más favorables que los acaecidos, lo que supone una desnaturalización de la realidad y (al sumarse a la propia rebaja por conformidad) un «doble beneficio» que vulnera los citados derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación, PEÑA BERNAL, «Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (40-108), 2019, pp. 37 ss., *passim*.

¹⁴¹ Como ocurre con cualquier otro aspecto del *plea-bargaining* en Estados Unidos, la bibliografía es inabarcable. Entre muchísimos trabajos resulta útil la panorámica ofrecida por TOBOLOWSKI *et. al.*, *Crime Victim Rights and Remedies*, 3ª ed., 2016, pp. 83-97; JONES, «The Ascending Role of Crime Victims in Plea-Bargaining and Beyond», *West Virginia Law Review*, (117), 2014, pp. 97 ss. La antes citada propuesta de FLETCHER de atribuir a la víctima un derecho de veto fue en su día mayoritariamente criticada, entre otras razones, como muestra de inaceptable privatización de la justicia; así, HENDERSON, «Whose Justice? Which Victims?», *Michigan Law Review*, (94), 1996, pp. 1596 ss., 1606-1607; SCHULHOFER, «The Trouble with Trials; the Trouble with Us», *Yale Law Journal*, (105), 1995, pp. 825 ss., 847, quien se pregunta «por qué han de tener las víctimas el control sobre decisiones que pretendemos que sirvan a finalidades públicas, no privadas».

vetar el acuerdo y con ello de imponer la celebración del juicio –una atribución, como hemos dicho, absolutamente infrecuente en Derecho comparado, y que se extiende en iguales términos a la acusación popular–: si cualquiera de ellas sostiene una petición de pena superior a la solicitada por la Fiscalía (estando el acusado dispuesto a conformarse solo con esta última), el juicio ha de celebrarse¹⁴². Probablemente en nuestro sistema procesal no existe otra solución posible que reconocer a la víctima personada este poder de veto, pero en cualquier caso ha de destacarse el grado de poder que ello le confiere. Por supuesto, tras el juicio al que su falta de conformidad obliga puede el juzgador llegar a una calificación incluso más benigna que la rechazada por la acusación particular y que el acusado sí estaba dispuesto a aceptar; pero en caso de condena, el haberse celebrado el juicio sí parecería bloquear el descuento de pena correspondiente a la conformidad (especialmente si es fijo y notable).

A la víctima no personada, en cambio, no se le atribuye en el plano normativo papel alguno en el proceso negociador que subyace a las conformidades, y tampoco en la práctica –a pesar de las bienintencionadas recomendaciones contenidas en la Instrucción 2/2009 de la FGE– suele ser consultada por la Fiscalía¹⁴³; voces doctrinales cercanas a la reivindicación de los derechos de las víctimas en el proceso critican el que con frecuencia tan solo sea sorpresivamente notificada de un acuerdo de conformidad del que nada ha sabido hasta el momento¹⁴⁴. De ahí que desde estas perspectivas se haya propuesto diversas alternativas para reforzar su posición, como la de conceder a la víctima legitimación activa para recurrir la sentencia de conformidad, excluir la conformidad respecto de determinados delitos «de especial gravedad desde el punto de vista de las víctimas» o supeditar la rebaja de pena pactada en conformidad a la satisfacción de las responsabilidades civiles¹⁴⁵; desde un plano más general que implicaría un cambio muy profundo y parece que poco probable, se sugiere también reorientar la conformidad como instrumento de verdadera reparación en términos de justicia restaurativa¹⁴⁶.

La situación no ha variado con la aprobación de la norma reguladora del Estatuto de la víctima del delito. La LEV, en efecto, no menciona en absoluto la posición de la víctima no personada en la conformidad, lo que cuando menos contrasta con disposiciones como su legitimación activa para recurrir el auto de sobreseimiento, lo que en un trabajo anterior he valorado como evidencia de que cuando más intensamente está en juego la tan ansiada conclusión anticipada del proceso, menos firme se muestra el Estado en ese «compromiso con la víctima» que la LEV pretende encarnar¹⁴⁷.

¹⁴² Vid. STS 767/2013, Penal, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4998), que considera que la no aceptación de la conformidad por parte de la víctima «forma parte del legítimo ejercicio de las facultades que su estatuto procesal le confiere» y no ha de entenderse como «un acto procesal de insolidaria intransigencia».

¹⁴³ Instrucción 2/2009 FGE, apdo. III.2. Tampoco se otorga papel alguno a la víctima no personada en el Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española.

¹⁴⁴ En esta línea los trabajos de AGUILERA MORALES, «Víctima y conformidad: el encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir», en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, 2017, pp. 99 ss.; o GADDI, «Materiales para una justicia restaurativa», en GARCÍA-ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 271 ss.

¹⁴⁵ Las citas y propuestas corresponden a AGUILERA MORALES, en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, 2017, pp. 115-116. No por casualidad sugiere la autora que los delitos excluidos sean los mismos respecto de los que el art. 13.1 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEV) confiere a la víctima un papel activo en sede de ejecución de la pena. Los intereses resarcitorios de la víctima no personada sí son objeto de mayor atención en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020; en adelante, APLECrim 2020, cuyo art. 172.1 establece que «si no se encuentra suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima, el Juez de la Conformidad rechazará sin más trámites la solicitud formulada».

¹⁴⁶ GADDI, en GARCÍA-ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 302-307.

¹⁴⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Revista General de Derecho Penal*, (35), 2021, p. 20.

No es esta la línea seguida por las distintas propuestas de reforma del sistema procesal que hemos conocido en los últimos quince años, que más bien tienden a limitar –dentro de un orden– la intervención de la víctima (personada) en sede de conformidad. En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (en adelante, APLECrim 2011), la limitación, más liviana, afectaba únicamente al modo de ventilarse la responsabilidad civil en caso de no haber acuerdo sobre ella (pero sí sobre la pena); la solución todavía hoy vigente (que haya de celebrarse el juicio aunque únicamente sobre los aspectos relevantes para la fijación de esta última) se sustituía en el art. 141 por la terminación definitiva del proceso penal, con reserva de acciones a la víctima que decidiera reclamar ante la jurisdicción civil; una propuesta que se reproduce en el art. 168.2 APLECrim 2020. Más incisiva resultaba, por su parte, la propuesta del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (en adelante, BCPP 2013), que, aun manteniendo en principio la necesidad de acuerdo con la acusación particular en la pena conformada, preveía un así llamado «Incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena», que en definitiva permitía al Tribunal aprobar el acuerdo entre Fiscalía y defensa, aun en contra de las restantes partes acusadoras, si la postura de estas últimas se considerase «de todo punto irrazonable o contrarias a la ley o a la buena fe procesal»¹⁴⁸. Resulta difícil aventurar cuál podría llegar a ser el verdadero rendimiento práctico de una disposición de esta índole (la que ha ido más lejos en la limitación del poder de la acusación particular/popular en sede de conformidad); a pesar de las críticas que en su momento suscitó a valedores de los derechos de la víctimas como muestra de una inaceptable relegación de sus intereses¹⁴⁹, no es descartable que hubiera sido concebida como un instrumento con el que contrarrestar más bien a la acusación popular, cuyo ejercicio es más proclive a la instrumentalización por motivos espurios (piénsese, por ejemplo, en el campo de los delitos relacionados con la corrupción, y en el papel que puede desempeñar para bloquear pactos que puedan ser ventajosos para Fiscalía y defensa)¹⁵⁰.

6. Estudio jurisprudencial

Con toda la prudencia a la que obliga la muy variada operatividad de la conformidad en función del contexto y el ámbito delictivo de que se trate, hemos considerado de interés incorporar a estas páginas un estudio jurisprudencial que nos permita constatar hasta qué punto toman cuerpo en la práctica los riesgos y desventajas que se han ido comentando hasta aquí. Para ello se ha utilizado una muestra de sentencias de conformidad sobre delitos contra la libertad sexual dictadas por dos Audiencias Provinciales de distintas Comunidades Autónomas (Islas Baleares, y Pontevedra) durante el año 2022. La elección de estas concretas figuras delictivas como campo de estudio obedece a las numerosas características que lo convierten es especialmente idóneo para poner sobre él el foco en relación con la conformidad. Son delitos con marcos penales abstractos amplios ya en el tipo básico (problema acrecentado si cabe con las últimas reformas),

¹⁴⁸ Art. 110 BCPP 2013.

¹⁴⁹ Así DOIG DÍAZ, «La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal», *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, pp. 1 ss., 18. Sobre la base de entenderla como de excepcional aplicación AGUILERA MORALES, «La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius» en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, 2015, pp. 829 ss., pp. 860-861.

¹⁵⁰ Y ello a pesar de que el propio BCPP 2013 ya establece limitaciones previas a la figura de la acusación popular, destinadas precisamente a evitar su ejercicio por motivos espurios. Sobre el tema, aunque no mencione su incidencia en materia de conformidad, BOIX REIG, «Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración Pública», en JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, 2014, pp. 15 ss., 33-39.

que en sus modalidades más graves pueden llegar a traducirse en penas de prisión enormemente elevadas¹⁵¹; cuentan con numerosas circunstancias específicas que conducen a subtipos agravados¹⁵²; son especialmente proclives a problemas probatorios y –en determinados contextos– a que pueda concurrir un error de tipo (sobre el consentimiento del sujeto pasivo o sobre su edad) de incierta apreciación por el juzgador; contienen cláusulas de exoneración de la responsabilidad muy abiertas a interpretación y cuya eventual aplicación puede resultar muy incierta para el acusado (me refiero obviamente a la cláusula de cercanía de edad y madurez del art. 183 bis que de un plumazo permite al tribunal no sancionar conductas que inicialmente pueden estar, en caso de haber habido relaciones sexuales plenas, en la franja nada menos que de ocho a doce de prisión –diez a doce si se aprecia delito continuado–); dan lugar (aunque ni mucho menos siempre) al ejercicio de la acusación particular, y, por último (pero obviamente fundamental) en estos delitos la terminación anticipada del proceso mediante sentencia de conformidad, también con acusación particular, resulta muy frecuente (mucho más, de hecho, de lo que puede pensarse), lo que por cierto revela lo tergiversador del discurso –insoportablemente presente en la tortuosa reciente reforma y contrarreforma de estos delitos– del castigo «completo» como algo debido a la dignidad de las tan traídas y llevadas víctimas.

Dado que, como se ha apuntado *supra*, el pacto sobre los hechos es un elemento incognoscible para el observador, en lo que sigue prescindiremos de este elemento y evaluaremos los beneficios de la conformidad tal como se presentan en las sentencias estudiadas, partiendo del tipo penal pactado ajustado a los hechos conformados.

Pues bien, sobre la base de las sentencias consultadas, con toda la prudencia que requiere elevar a afirmación general lo que de momento es tan solo un análisis de un sector muy específico de la realidad (y tampoco definitivo), sí creo posible identificar algunos rasgos, cada uno de los cuales será objeto de comentario.

1. En primer lugar, y esta es una afirmación que sí parece extrapolable con carácter general, es claro que *la frontera de los dos años de prisión en la pena conformada, a los que se añade la no oposición de MF y en su caso acusación particular a la suspensión del ingreso, juega un papel absolutamente esencial en las conformidades*¹⁵³. Ahora bien, en la extrema importancia que el no ingreso en prisión determina para cualquier acusado de un delito –lo que la convierte en un «mecanismo extraordinariamente importante para incentivar la conformidad»–¹⁵⁴, es curioso comprobar (de nuevo, con todas las cautelas necesarias) que ello juega en una doble dirección. Por un lado, en las *conductas de menor entidad*, muchos acusados se conforman con la pena de dos años que en realidad les hubiera sido imponible con facilidad como límite mínimo de la pena abstracta prevista para su delito (por ejemplo, el tipo básico del art. 183.1 previo a las últimas reformas), de modo que el hecho de haberse conformado no les supone un beneficio claro (menos apreciable aún si hubiera existido reparación del daño). Pareciera que en muchos de estos casos

¹⁵¹ Sobre los delitos sexuales, especialmente los relativos a menores, como paradigma de la irracionalidad legislativa, entre otros autores, CUERDA ARNAU, «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *RECPC*, (19-09), 2017, pp. 1 ss.

¹⁵² Al margen de todos los subtipos agravados específicos previstos en los arts. 180 y 181, en marcos penales tan amplios como los de estos delitos se antoja especialmente relevante la aplicabilidad –ya apreciada en varias sentencias del TS pero que todavía no puede considerarse consolidada– de la agravante genérica de comisión del delito por discriminación en razón de género del art. 22.2 CP.

¹⁵³ Cfr. VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, *InDret*, (1), 2022, pp. 326, cuyo estudio cifra en una probabilidad de conformarse casi tres veces mayor cuando la pena de prisión va a ser suspendida.

¹⁵⁴ VARONA GÓMEZ, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, 2021, p. 294.

más leves al MF le resulta fácil obtener la conformidad del acusado sin necesidad de hacer grandes concesiones en términos de pena, y o bien ni siquiera se aplica atenuante alguna, o bien en caso de ser aplicadas la reparación o confesión no comporta la disminución en un grado (y mucho menos en dos) que en cambio sí es tan frecuente en conductas mucho más graves, a las que en no pocas ocasiones se aplica generosamente, además, unas dilaciones indebidas que en estos casos más leves no parecen interesar a la Fiscalía a pesar de constatarse con frecuencia trascurros temporales similares. Digamos que al MF en estos supuestos la conformidad le sale barata y al acusado, en cambio, le sale menos ventajosa en términos de pena que a autores de modalidades más graves (le basta con la suspensión del ingreso y con el hecho, valioso *per se*, de ahorrarse la carga aflictiva inherente al juicio)¹⁵⁵. Una muestra, pues, del sesgo desigualitario inherente a la conformidad.

Numerosas sentencias de entre las examinadas para este estudio presentan este patrón (en todas ellas la pena conformada es de 2 años de prisión, más libertad vigilada en distintas extensiones): SAP Islas Baleares 66/2022, Sección 2ª, de 4 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:417) (aproximarse en la playa a una niña de once años, a la que se toca el pecho y la vagina por dentro del bañador, sancionado por el art. 183.1); SAP Islas Baleares 69/2022, Sección 2ª, de 7 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:1337) (entrar varias veces desnudo en la habitación de su casa donde duermen dos menores que han consumido previamente alcohol, y poner el pene en la mano de una de ellas; se sanciona por el art. 183.1, más multa por exhibicionismo del art. 185); SAP Islas Baleares 46/2022, Sección 1ª, de 9 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:154) (ofrecer pagar a dos menores de trece años por hacerle una felación, sancionado por corrupción de menores *ex art.* 188.4); SAP Islas Baleares 165/2022, Sección 2ª, de 28 de marzo (ECLI:ES:APIB:2022:502) (amigo de la familia que varias veces el mismo día acaricia a una menor de trece años metiendo su mano por debajo de la falda subiendo hasta la ingle, hasta que la menor se levanta y se marcha: se aplica el art. 181.1 con agravante de abuso de confianza que se compensa con la reparación); SAP Islas Baleares 138/2022, Sección 1ª, de 11 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1257) (hacer en una ocasión que la hija de un amigo, de siete años, le masajee los genitales por encima de la ropa; se aplica el art. 183.1 sin circunstancias, a pesar de parecer claras además unas dilaciones indebidas); SAP Pontevedra 87/2022, Sección 5ª, de 2 de marzo (ECLI:ES:APPO:2022:574) (profesor de inglés que tras la clase en su casa toca a niña de once años consiguiendo meter su mano por el pantalón y tocarle las nalgas, art. 183.1); SAP Pontevedra 289/2022, Sección 5ª, de 5 de julio (ECLI:ES:APPO:2022:1836) (tocar la vagina de una niña de 7 años en una ocasión, imponiéndose la pena mínima del art. 183.1); SAP Pontevedra 293/2022, Sección 2ª, de 27 de octubre (ECLI:ES:APPO:2022:2850) (posesión de numerosos archivos de pornografía infantil, sancionado con dos años –ni siquiera se aplica la pena mínima del marco abstracto del art. 189.1 b)–). *Muestras especialmente llamativas de conformidades poco ventajosas* son SAP Islas Baleares 117/2022, Sección 2ª, de 3 de marzo (ECLI:ES:APIB:2022:708) (inmigrante colombiano sin residencia legal que acepta dos años *ex art.* 183.1 por tocar los pechos por detrás a una adolescente por encima de la ropa, más seis meses por delito de exhibicionismo *ex art.* 185 –; cuando tiene pena alternativa de multa!–, y una expulsión con prohibición de entrada por diez años cuando se cumplan los dos tercios de una prisión a cuya suspensión se opone el MF); o SAP Pontevedra 34/2022, Sección 5ª, de 2 de febrero (ECLI:ES:APPO:2022:548), en la que a pesar de la evidente poca importancia de la conducta –tocar sorpresivamente el pecho por encima de la

¹⁵⁵ No puede desconocerse tampoco la importancia que en esta clase de delitos (especialmente todo lo referido a abusos de menores) puede desempeñar para el acusado, además de la suspensión, el sustraerse a un juicio público sobre una conducta que pueda ser desconocida en su entorno y que –incluso sin llegar a ser grave– es socialmente percibida como especialmente disvaliosa, un factor que sin duda favorece estas conformidades poco ventajosas en términos de pena.

ropa a una niña de trece años en un centro comercial– la conformidad no le vale al acusado ninguna ventaja, más allá de la condena por el límite mínimo del art. 183.1 que en todo caso le hubiera sido imponible.

Es en este tipo de contextos donde mejor encaja la conclusión defendida por VARONA GÓMEZ del uso de la suspensión como «anzuelo» para las conformidades¹⁵⁶, en conexión, además, con otra cuestión analizada por el mismo autor: la presión para que el acusado asuma el compromiso de pago de una responsabilidad civil –parte del acuerdo de conformidad– para la que puede no ser suficientemente solvente. Es cierto que la asunción del compromiso de pago es propia del régimen general de la suspensión, y que el impago puede siempre dar lugar a la revocación; pero parece correcta la interpretación de VARONA GÓMEZ de que la propia presión del sistema para obtener la conformidad que le interesa («confórmate aunque seas insolvente y no puedas pagar la responsabilidad civil, y con ello te recompensaremos con una suspensión de la pena de prisión que luego ya revocaremos (...)»¹⁵⁷).

2. En cambio, parece poder afirmarse que *la Fiscalía se muestra mucho más generosa con las rebajas de pena por conformidad en conductas de clara mayor gravedad* que las anteriores, que a menudo terminan igualmente con una pena de dos años de prisión con suspensión de la pena merced a la aplicación de la rebaja de uno o incluso dos grados, ya sea por el juego de una atenuante muy cualificada (normalmente la reparación) o la suma de la reparación y confesión (ocasionalmente se aprecian dilaciones indebidas). Presuponiendo un acusado culpable de los hechos conformados, la conformidad le resulta mucho más ventajosa que con respecto a supuestos más leves¹⁵⁸.

Para poder apreciar la corrección de lo que acaba de afirmarse, no parece superfluo dar cuenta con cierto detalle de los hechos de numerosas sentencias que concluyen con dos años de prisión suspendibles (más libertad vigilada en distintas extensiones): SAP Islas Baleares 174/2022, Sección 2ª, de 26 de enero (ECLI:ES:APIB:2022:834) (penetración de víctima bebida, «aturdida, sin capacidad de decisión», se aplica el art. 181.4, con atenuante muy cualificada de reparación del daño por la consignación de 25.000 euros); SAP Baleares 376/2022, Sección 2ª, de 6 de septiembre (ECLI:ES:APIB:2022:2361) (fisioterapeuta que realiza tocamientos a menor hasta introducirle el dedo pulgar en la vagina durante un minuto; se sanciona por el art. 183.1 y 3, con reparación del daño por consignación de 7.000 euros y unas dilaciones indebidas que no se argumentan en absoluto); SAP Baleares 464/2022, Sección 2ª, de 11 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2022:3338) (penetrar a una conocida muy embriagada en estado de semiinconsciencia, art. 181.2º y 4º, reparación del daño muy cualificada por pago de 15.000 euros); SAP Baleares 467/2022, Sección 2ª, de 15 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2022:3161) (padre que desde los nueve años de su hija y durante varios años «la obligaba a dormir en la misma cama y le tocaba los genitales, los pechos y los glúteos, incluso se masturbaba en la cama en presencia

¹⁵⁶ VARONA GÓMEZ, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, 2021, pp. 281 ss., *passim*.

¹⁵⁷ VARONA GÓMEZ, «Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto», *InDret*, (3), 2022, p. 4. Precisamente de un caso de ese tipo se ocupa la STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), si bien la cuestión no se analiza en los términos que aquí interesan.

¹⁵⁸ No se nos oculta que para determinadas víctimas el deseo de evitar el juicio puede ser especialmente intenso en estos delitos, y que para la propia Fiscalía este factor puede constituir también un elemento que incline a favorecer especialmente el pacto. Cuestión distinta, por supuesto, es el peso que desde un punto de vista de merecimiento de pena ha de concedérsele, pues el efecto eventualmente revictimizador del juicio no puede convertirse en decisivo (algo a lo que ha de contribuir un tratamiento especialmente cuidadoso de la víctima en el juicio oral, línea en la que ya ha avanzado la Ley del Estatuto de la Víctima).

de la menor», diagnosticada después de daño psicológico y estrés postraumático, hechos calificados como delito continuado del art. 183.1 y 4 d), aplicada reparación del daño muy cualificada –10.000 euros–); SAP Baleares 497/2022, Sección 1ª, de 15 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2022:3329) (violación del art. 179 a un adolescente de dieciséis años, con atenuantes de intoxicación –por consumo de cocaína, elemento fáctico añadido en las conclusiones definitivas–, y una reparación del daño por el compromiso de completar el pago de los 3.000 euros de responsabilidad civil –en este caso sí había habido prisión provisional–).

3. Las importantes rebajas de pena obtenidas gracias a la conformidad se traducen en *diferencias de trato muy relevantes respecto de sustratos fácticos muy similares*. El mejor modo de comprobar la incidencia real de la conformidad en el segundo grupo de casos comentado anteriormente (aquellos de cierta gravedad en los que sí se produce una importante atenuación de la pena con el fin de alcanzar la pena de prisión suspendible) pasa por contrastar las sanciones impuestas en casos similares (de nuevo: con *hechos pactados* similares a los sí probados en sentencia). La revisión de casos realizada permite localizar con facilidad llamativos contrastes de esta índole.

En SAP Islas Baleares 159/2022, Sección 1ª, de 27 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1056) se condena a dos años suspendibles al bisabuelo de una niña de siete años que en múltiples ocasiones a lo largo de un año la somete a tocamientos vaginales por debajo de la ropa, lame su vagina en varias ocasiones, y le hace acariciarle los genitales. Consignados 10.000 euros, se aprecia delito continuado del art. 183. 1 y 4 –obviamente desconocemos si existe ya un pacto en los hechos para que el contacto bucal no aparezca como «introducción de la lengua», lo que variaría enormemente la calificación– con las atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas, lo que implica que la pena inicialmente aplicable de cinco a seis años de prisión quede en dos años con suspensión. Tan solo unos días antes, la misma Audiencia Provincial en sentencia 197/2022, Sección 2ª, de 19 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1338) impone una pena de cuatro años de prisión, en sentencia no de conformidad, al abuelo que, según rezan los hechos probados tras el juicio oral, en una ocasión se sienta en el sofá junto a su nieto de nueve años, le coge el pene e inicia la acción de masturbarlo, hasta que el niño, que intenta retirar su mano varias veces, se termina levantando. Al aplicarse dilaciones indebidas, la pena se impone en su mínima extensión (que abarca de 4 a 6 años por apreciarse el subtipo agravado del art. 183.1.4 d)). Una pena de cinco años de prisión (la mínima dentro del marco de cinco a seis años), también en sentencia ordinaria sin conformidad (SAP Islas Baleares 132/2022, Sección 2ª, de 9 de marzo [ECLI:ES:APIB:2022:1332]), se impone al padre separado que de modo continuado toca los pechos de su hija de 8 años, y que en una ocasión, en la ducha, chupa uno de ellos. Los dos años transcurridos entre la denuncia y la sentencia no inclinan aquí al tribunal por apreciar la atenuante de dilaciones.

Diferencias muy notables de pena pueden apreciarse también en relación con tipos más graves en los que el factor diferencial para la conformidad del acusado no radica ya en la pena de dos años suspendible, de los que expondré un ejemplo muy ilustrativo.

En SAP Pontevedra 324/2022, Sección 2ª, de 7 de diciembre (ECLI:ES:APPO:2022:2910), de conformidad, se condena a *cinco años de prisión* –partiendo del marco abstracto de diez a doce años, por calificarse como delito del art. 183.3 y 4 d)– al padre que durante al menos año y medio somete a su hija de once años a tocamientos, sexo oral e introducción de dedos en la vagina; la disminución de la pena en un grado completo obedece a acumularse las atenuantes de reparación (se consignaron 10.000 euros) y analógica de confesión. En cambio, en SAP Islas Baleares 99/2022, Sección 2ª, de 21 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:385) –no de conformidad–, se

imponen *trece años y seis meses de prisión* al sujeto que durante dos años somete a la hija de su pareja a un continuo abuso consistente en tocamientos vaginales por debajo de la ropa, con introducción de dedos, y hacer que la niña le tocara a él. A pesar de aplicarse reparación del daño, por haberse consignado 5.000 euros, la pena aparece como desproporcionadamente alta en relación a la impuesta en el caso conformado, en los que además concurre una conducta no contenida en el segundo (sexo oral) que no parece de menor importancia. Dado que en ambas se aprecia la reparación, y en ninguna de ellas concurren dilaciones u otros factores que alteren la comparación, la diferencia estriba únicamente en esa colaboración con la justicia, acto contrario supuestamente «reparador del orden jurídico», a la que en tono justificativo (con cita del ATS 147/2021, Penal, de 4 de marzo [ECLI:ES:TS:2021:3362A]) alude la SAP de Pontevedra.

4. *La cláusula de exención de responsabilidad del art. 183 bis, con sus extremos efectos* (recordemos que relaciones con acceso carnal consentido por el menor de 16 años comportan, si se aplica la continuidad delictiva, un marco de partida entre diez y doce años *ex art. 183.1 y 3*), a lo que se suma la inseguridad inherente a la amplitud de los términos en que está redactado, *puede operar de modo pernicioso en relación con la conformidad*. Dos sentencias de la AP de Pontevedra, separadas solo por unos días, pueden servirnos de ejemplo.

La SAP Pontevedra 21/2022, Sección 4ª, de 31 de mayo (ECLI:ES:APPO:2022:1421) condena a una pena de *cinco años* de prisión (con expulsión, al tratarse de un extranjero sin arraigo conocido) a un sujeto de veintiséis años que en diversos encuentros con una chica de catorce mantiene con ella relaciones sexuales, a resulta de las cuales queda embarazada. La pena se rebaja en un grado completo por concurrir reparación del daño (6.000 euros que ha consignado parcialmente) y confesión tardía, a las que se añade una confusa «atenuante de enajenación mental», que se explica telegráficamente por constar en el sujeto «una madurez psicológica inferior a su madurez cronológica», que se cifra entre catorce y diecisiete años. Esta última precisión, de ser correcta, hubiera abierto al acusado posibilidades de quedar exento tras el juicio oral por aplicación de la cláusula del art. 183 bis, tal y como unas semanas antes había acontecido en otro caso –este de no conformidad– juzgado en la misma Audiencia, que en SAP Pontevedra 20/2022, Sección 4ª, de 10 de mayo (ECLI:ES:APPO:2022:1377) absolvió a un joven de veintiún años que había sostenido una relación de noviazgo, con relaciones sexuales plenas, con una chica de catorce, y para el que el Ministerio Fiscal solicitaba nada menos que diez años y tres meses de prisión. Cabe suponer que a este segundo acusado se le ofrecería un pacto de conformidad –que con la consignación de unos pocos miles de euros le hubiera comportado una pena similar a la del anterior caso–, pero que decidió correr el riesgo de ir a juicio; en el supuesto anterior, en cambio, se prefirió una pena conformada (no baja) ante la incertidumbre sobre la aplicación de una cláusula vaga respecto de un delito sancionado con una pena ya muy alta en su límite mínimo (desproporcionadamente o no, no es ahora la cuestión).

El caso que acaba de exponerse concita a mi juicio todos los males inherentes a la conformidad.

7. Algunas reflexiones

Reconocía en las primeras páginas de este trabajo que sin duda el tiempo de abogar por la completa desaparición de la justicia negociada ha pasado ya; por muchas objeciones que podamos oponerle, una vuelta atrás respecto de lo absolutamente consolidado resultaría

completamente irrealizable¹⁵⁹. Soy de hecho pesimista respecto de la posibilidad siquiera de contener con limitaciones legales como las aún vigentes una figura cuyo hábitat natural es la opacidad y penumbra y por cuya expansión apuestan todos los operadores jurídicos –Fiscalía, profesionales de la Abogacía y sobre todo, los jueces y magistrados que están llamados a controlarla–. A quienes desde la academia pretendemos realizar alguna contribución mínimamente útil nos corresponde movernos dentro de propuestas plausibles, y quizás las llamadas a la contención del instituto ya hayan devenido ilusorias en el contexto actual de nuestro agarrotado sistema de justicia; sea como fuere, dado que la siempre demorada reforma de la ley procesal penal aún tardará un tiempo en producirse, todavía tiene algún sentido aportar algunas reflexiones de cara al futuro.

1. Al margen de la valoración favorable que merecen algunos aspectos de los varios intentos de regulación que han visto la luz en los últimos quince años –tanto la opción de dotar a la figura de un régimen jurídico unificado en contraposición a la dispersa y poco uniforme regulación vigente, como la de reforzar la ahora maltrecha garantía de imparcialidad al atribuirse el conocimiento del trámite de la prestación de conformidad a un órgano distinto del llamado a enjuiciar el delito en caso de no superar aquella el control judicial–, la apuesta por extender su operatividad a todo tipo de delitos y sin límite de pena alguno, común a las cuatro propuestas, resulta del todo rechazable¹⁶⁰. En criminalidad tan grave que ni siquiera con la rebaja pactada puede llegarse al actual límite de seis años (que contando con posibles rebajas en grado ya hace operativa la figura, como hemos podido constatar, para marcos abstractos muy altos), no es admisible prescindir de la búsqueda de la verdad material a través de la práctica de la prueba (tanto como garantía obvia de la presunción de inocencia, como en lo que a causas completas o incompletas de exclusión del injusto o de la culpabilidad se refiere, que en delitos muy graves tiene sentido exigir que sean probadas por la defensa), ni de la carga simbólica del juicio oral, sin el cual se produce una merma del componente comunicativo y estabilizador de la pena. Por otra parte, aunque no comparto en absoluto la idea de un derecho de la víctima al castigo o a la pena, sí creo que tiene sentido, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva de la víctima cuando menos de los delitos graves, defender un cierto derecho de esta (aunque no esté personada como acusación particular) a un juicio con una actividad probatoria encaminada a establecer la verdad

¹⁵⁹ Estimo que ya lo es, por ejemplo, la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal de limitar su operatividad a delitos con una pena abstracta (no una pena conformada) prevista no mayor de cinco años (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, 2014, p. 47).

¹⁶⁰ Las cuatro iniciativas de reforma coinciden en este punto; así, el APLECrim 2011, cuya Exposición de motivos justifica la supresión de la limitación en la pretensión de legislar «desde el realismo» ya que la limitación «no ha tenido un reflejo real en la práctica» y se hacen necesarias reforzadas garantías; expresamente también el art. 103 del BCPP 2013; implícitamente, los arts. 166.2 y 172.3 del APLECrim de 2020, que a modo de garantía reforzada para las penas acordadas «superiores a cinco años» exigen, respectivamente, que el letrado facilite por escrito a su cliente la información sobre el acuerdo alcanzado, y que el Juez de la conformidad haya de oír a todas las partes «acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos», sin que se mencione ningún límite máximo a las penas acordables; o, en fin, la expresa mención a la extensión a todo tipo de delitos sin límite de pena contenida en la propuesta de modificación de los arts. 655, 688 y 787 LECrim por el más reciente Proyecto de ley de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 22 de abril de 2022, núm. 97-1). El TS, por su parte, apuntaba en STS 291/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1505) que «es razonable defender que la limitación punitiva establecida por la Ley para las sentencias de conformidad pueda ser elevada o suprimida en una reforma futura».

de lo acontecido (con toda las limitaciones que se quiera atribuir al concepto «verdad»), y a que los hechos no queden devaluados a la consideración de mero pacto¹⁶¹.

Todas las desventajas que se han venido poniendo de manifiesto (primero y principal, un posible exceso de castigo, pero también su defecto, así como vulneraciones del principio de igualdad en la aplicación de la ley) se intensifican cuanto más grave el delito y la pena que pudiera llegar a imponerse. ¿Queremos seriamente admitir que la Fiscalía pueda presionar a quien ha dado muerte a otro con solicitar la imposición de la pena de prisión permanente revisable, ofreciendo a cambio de la renuncia al juicio calificar como homicidio doloso, homicidio agravado o asesinato del tipo básico, en su caso con alguna atenuante? Incluso dejando ahora fuera los casos de incertidumbre sobre la prueba (es cierto que la «utilidad» que para un acusado supone ahorrarse pena de prisión es altísima respecto del ingreso y primeros años y va decreciendo respecto de los años posteriores, de manera que puede asumirse que difícilmente se conformará con una pena de prisión ejecutable y alta quien piensa que cuenta con posibilidades de salir absuelto), ha de tenerse muy presente también el contexto de nuestro ordenamiento, aquejado, entre otros males y por lo que ahora importa, de una técnica legislativa enormemente defectuosa en no pocos tipos penales con penas muy elevadas y marcos abstractos desmedidamente amplios (como los del art. 139.1 CP). Volviendo a los delitos de homicidio y asesinato: dada la caótica regulación de estas figuras tras la reforma por LO 1/2015 y la vacilante interpretación jurisprudencial en cuestiones clave para poder llegar al asesinato hiperagravado con prisión permanente revisable –sobre todo, la relación de *bis in idem* entre circunstancias cualificantes del art. 139.1 y agravantes del art. 140–, ¿podemos tolerar la presión que la amenaza de la prisión permanente revisable implicaría para quien tiene cuando menos difícil prever cuál será la calificación final?¹⁶²

La importancia de mantener el límite vigente de la pena máxima conformada (en sí mismo a mi entender ya excesivamente elevado) y de ser estricto en la anulación de conformidades encubiertas se refuerza si consideramos la escasa virtualidad limitadora que a mi juicio ha de reconocerse a otros intentos de contención, entre los que destaca la propuesta de un descuento de pena fijo o tasado, de la que nos ocupamos a continuación.

2. La previsión de un descuento fijo de pena con el que se premie la aportación de utilidad que a la Administración de justicia comporta la renuncia al juicio (que puede arbitrarse de modos

¹⁶¹ Compárese el alcance de las propuestas de reforma en nuestro sistema con la situación, por ejemplo, de Italia, donde el ámbito de operatividad inicial del *patteggiamento* (penas no superiores a dos años de prisión una vez aplicado el descuento de un tercio, es decir, muy similar a nuestra conformidad premiada) fue ampliado hasta los cinco años en una reforma de 2003, considerada constitucional por la Corte Constitucional en su sentencia de 9 de julio de 2004. Con todo, este *patteggiamento allargato* queda excluido para determinadas clases de delitos (criminalidad organizada, terrorismo, violencia sexual y explotación sexual de menores de edad, art. 444 comma 1 bis CPPi).

Las distintas propuestas de ampliación del prelegislador español, de hecho, han sido mayoritariamente objeto de crítica doctrinal. Así, por ejemplo, AGUILERA MORALES, en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2015, *passim*; BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss., 6; DOIG DÍAZ, *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, p. 16; CHOZAS ALONSO, *La Ley Penal*, (104), 2013, p. 17; FERNÁNDEZ FUSTES, «La conformidad en el borrador de Código Procesal Penal», en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2015, pp. 871 ss., 876; RODRÍGUEZ GARCÍA, «La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (5), 2022, pp. 11 ss., 46.

¹⁶² Un inmejorable ejemplo al respecto puede encontrarse en la STS 187/2023, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1282), que confirma la condena a prisión permanente revisable por asesinato hiperagravado en comisión por omisión.

diversos) constituye una vieja propuesta con la que se persigue contrarrestar varias de las desventajas inherentes a la negociación en la articulación de la respuesta penal: la aplicación desigualitaria (que hemos podido constatar en la muestra jurisprudencial estudiada) y –cuando a la propuesta del carácter fijo del descuento se une, como suele ser habitual, la de su moderación cuantitativa– la posibilidad de que el ofrecimiento de descuentos muy sustanciosos conviertan la oferta en indirectamente coercitiva ante la incertidumbre de una posible condena mucho mayor¹⁶³; como muy bien expresan LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «el problema con que un inocente se conforme con una pena no reside en que tal opción no sea razonable sino precisamente en que termine siéndolo (...), en que termine siendo sensata la aceptación de una consecuencia que en principio debería ser innegociable»¹⁶⁴. Un descuento fijo y moderado –como el previsto en la regulación del *patteggiamento* italiano¹⁶⁵–, contribuiría, se estima, a paliar estas dos desventajas, y en esta dirección avanzan, de hecho, las propuestas del prelegislador¹⁶⁶.

Puestos a mantener la conformidad en el sistema, atenuar su componente negocial y por tanto intrínsecamente desigualitario parecería, sin duda, la orientación correcta. La cuestión es, sin embargo, cómo puede insertarse este descuento pretendidamente fijo en el contexto de esa actividad cuasijurisdiccional de la Fiscalía en la que se tienen en cuenta todo tipo de elementos para fijar esa pena sobre la cual ha de operar: si se pacta sobre los propios hechos (eliminando de ellos factores que situarían la pena en una calificación con marco abstracto más alto), la aplicación de un tipo atenuado, una posible semiimputabilidad con mayor o menor incidencia en la pena, atenuantes (unas dilaciones indebidas generosas, la reparación del daño) etc., el carácter fijo del descuento aplicado resulta en puridad ficticio. En la modalidad premial del art. 801 LECrim este factor negocial queda atemperado por las propias condiciones legalmente exigidas para su operatividad, no solo porque en un porcentaje muy elevado de los casos (delitos contra la seguridad en el tráfico) se trata de hechos sustentados en atestados policiales sobre los que cabrá poca negociación y que no suelen presentar circunstancias modificativas (obviamente nunca, para empezar, las maleables dilaciones indebidas tan frecuentes en el procedimiento abreviado), sino sobre todo porque ya con el mero descuento de un tercio será posible llegar a la pena de los dos años suspendibles, lo que para el acusado disminuye enormemente la necesidad de mayor negociación; fuera de estos casos, contener el factor negocial para convertirlo en puramente premial no parece sencillo. Mucho más factible parece antojarse que, una vez pactada

¹⁶³ Añade que el descuento expresamente recogido en la ley permite mucho mejor evitar que la ventaja se torne en castigo para el no conformado, DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, p. 18, además de que permite «la reconducción de la conformidad a sus justos términos».

¹⁶⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, pp. 12-13.

¹⁶⁵ Valorado positivamente precisamente por ello por OLIVER CALDERÓN, «A 35 años de la creación del *patteggiamento* italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico», *Revista Ius et Praxis*, (29-1), 2023, pp.187 ss., 198. La regulación alemana no prevé tampoco una limitación específica, aunque se indica que las rebajas no suelen superar más de un tercio de la pena, como tampoco en el sistema de Inglaterra y Gales (TURNER/WEIGEND, en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND [eds.], *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, pp. 389 ss.). Otros autores formulan propuestas aún más restrictivas: así, ASHWORTH/REDMAYNE proponen que la reducción no pueda superar un 10% respecto de la sentencia esperable tras el juicio (ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process*, 4ª ed., 2010, p. 154, citado por TURNER/WEIGEND, *supra*).

¹⁶⁶ Extender a toda la conformidad la disposición premial del art. 801 LECrim para los juicios rápidos ha sido sugerido, entre otros, por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 2019, p. 190; o (implícitamente) por DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, p. 18, y recogido por el art. 102.2 del BCPP –que con una clara voluntad incentivadora de la conformidad temprana la condiciona sin embargo a que se preste antes de que expire el plazo para la presentación del escrito de defensa (art. 104)–; por su parte, los arts. 16 y 143.5 del APLECrim de 2011 autorizan «la imposición de la pena inferior en grado a la mínima prevista para la infracción en la ley penal sustantiva», el mismo descuento que «podrá solicitar» el Fiscal respecto de la pena «prevista legalmente» según el art. 170 del APLECrim de 2020, condicionado a que se preste en los primeros veinte días después de la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral.

la pena con la que ambas partes se muestren dispuestas a transigir, el descuento «fijo» se integre con el resto de posibilidades en juego (apreciación de un tipo atenuado, de complicidad en lugar de cooperación necesaria, aplicación de atenuantes, etc.) que permitan alcanzarla¹⁶⁷.

La posibilidad de que sea esta la opción que vaya a acogerse en el futuro invita, con todo, a una ulterior reflexión.

3. Esta individualización del elemento de renuncia al juicio al que se asocia un descuento fijo de pena implicaría (como ya se ha reconocido respecto del art. 801.1.3º LECrim) convertirlo en una circunstancia atenuante, dotada de un fundamento propio (no «disfrazada» con elementos de actitud reparadora o resocializadora que le son ajenos, o entremezclada con ellos), y respecto de cuya apreciación es obligado plantearse el carácter potestativo o automático¹⁶⁸. Pues bien: en la medida en que la evitación del juicio supone *per se* un aporte de utilidad a la Administración de justicia –con o sin reparación del daño, con o sin dilaciones indebidas, etc.– me inclino por pensar que necesariamente habría de dar lugar a una disminución de la pena, tal como se opera en la actualidad en la conformidad premiada. Pongámonos en el caso en el que más claramente operaría ese descuento fijo: el del autor de un delito flagrante que no aspire a negociar ningún aspecto de su calificación, y que simplemente solicite conformarse para (a cambio de ese aporte de utilidad) obtener un descuento de pena. Una vez abierto este descuento a todo tipo de delitos y de penas –y sin disfrazar su fundamento utilitario de elementos que le son ajenos–, no parece fácil negar la atenuación (como no lo es, en la interpretación objetivizante de la atenuante de confesión hoy mayoritaria, denegar esta última al autor de un delito que aporta utilidad indudable a la investigación). Si el descuento de pena previsto (pretendidamente fijo) fuera notable, como de hecho lo es el de un tercio de la pena, el legislador habría de ponderar la posibilidad de no permitir esta rebaja –no hacer por tanto susceptibles de conformidad– en determinados delitos especialmente graves (que es de hecho la opción del legislador italiano en relación con el *patteggiamento allargato*, y la introducida recientemente para el *giudizio abbreviato*), una opción que sin embargo suscita alguna dudas desde el punto de vista del principio de igualdad. Lo que sí me parece plausible, en cualquier caso, es que la consolidación del perverso binomio penas muy altas/descuentos de cierta entidad por conformidad, unida a la de la propuesta apertura de la figura a todo tipo de penas, y con un descuento pretendidamente fijo, terminase suscitando esta cuestión del «derecho a conformarse».

Sin perjuicio de un estudio más detallado que no se ha podido acometer aquí, y que diferimos a un trabajo posterior, resulta de interés mencionar brevemente el modo en que la cuestión se ha planteado en Italia, no solo en relación con el *patteggiamento*, sino ya antes en relación con el *giudizio abbreviato* (uno de los varios procedimientos especiales introducidos en la gran reforma procesal de 1988 para agilizar el sistema de justicia), figura esta que sin implicar negociación alguna sobre la pena final con la Fiscalía permite al acusado –en su versión original sin ningún límite en función de la clase de delito objeto de acusación o de la entidad de la pena imponible– renunciar a la fase oral del juicio a cambio de una reducción en un tercio de la pena que resultara impuesta por el juez tras dicho «juicio abreviado». Al disponer este importante descuento exclusivamente en función de la modalidad de juicio elegido –sin intermediación de negociaciones sobre otros aspectos con

¹⁶⁷ Ilustrativa al respecto ya respecto del *patteggiamento* italiano, VAN CLEAVE, «An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System», *Emory International Law Review*, (11), 1997, pp. 419 ss., 443-444.

¹⁶⁸ No comparto la opinión de DOIG DÍAZ, *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, p. 24, que liga la falta de carácter material de las disposiciones que la prevén al hecho de que dependa –como en el BCPC– del momento procesal del acuerdo. Se trataría a mi juicio en cualquier caso de disposiciones sustantivas que, al igual que sucedió con el art. 801 LECrim, deberían revestir carácter orgánico.

incidencia en la pena– el sistema italiano viene así a articular una disposición premial sustantiva directa e individualmente ligada a la aportación de utilidad a la Administración de justicia, una característica que hace interesante esta figura para ilustrar lo que quiere explicarse en relación a eventual configuración futura similar del ordenamiento español.

Pues bien, en tres sentencias emitidas entre 1990 y 1991, la Corte Constitucional italiana formuló importantes precisiones a la figura en orden a su compatibilidad con el principio de igualdad del art. 3 de la Constitución italiana: en primer lugar, aun sin eliminar el derecho de veto del fiscal a la celebración del juicio abreviado, se impuso la obligación de que dicha denegación fuera motivada. Y en segundo lugar –y más relevante– se estableció la posibilidad de que, si celebrado el juicio ordinario el juez considerase indebida la denegación del juicio abreviado por parte de la Fiscalía, se apreciara la mencionada atenuación de la pena en un tercio sobre la impuesta en la sentencia¹⁶⁹. Aunque sin duda la idea hubiera resultado más contundente de haberse establecido esta última atenuación como obligatoria, el razonamiento evidencia claramente dónde se encuentra el núcleo de la cuestión: al posibilitarse al juez a aplicar finalmente lo que desde el punto de vista sustantivo es una atenuante basada en la utilidad y que ha sido indebidamente bloqueada por la decisión de la Fiscalía, y permitir apreciarla plenamente incluso cuando el resultado valioso no se ha producido en absoluto (y sin que pueda hablarse aquí de «valor de acción» alguno por parte del acusado al solicitar el juicio abreviado, que se hiciera merecedor cuando menos de algún descuento de pena), lo que se quiere compensar es simplemente una denegación vulneradora del principio de igualdad. El hecho de que la reciente Ley núm. 3 de 2019 haya eliminado del ordenamiento italiano la posibilidad de celebrar juicio abreviado cuando el delito objeto de acusación estuviere castigado con *ergastolo* o prisión perpetua (pena por cierto que una casi simultánea modificación del Código penal asigna a los homicidios por violencia de género y doméstica) evidencia que también las disposiciones utilitarias netas (al margen de la negociación, como sin duda es el caso de la ventaja por solicitar *giudizio abbreviato*) al servicio de la agilización de la justicia resultan problemáticas cuando implican importantes descuentos de pena para toda clase de delitos¹⁷⁰.

Por lo que se refiere al *patteggiamento*, resulta interesante la sentencia de la Corte Constitucional de 20 de febrero de 2019, que declara la inconstitucionalidad de privar al acusado de la posibilidad de solicitar el acuerdo al haberse ampliado posteriormente la acusación por encima de los hechos inicialmente recogidos. Más allá de los términos concretos de la sentencia, lo que parece revelarse es, de algún modo, una evolución hacia el entendimiento de un cierto derecho a conformarse y obtener así la reducción de la condena (recuérdese que al menos nominalmente el *patteggiamento* implica un descuento fijo); no está de más recordar en este punto la ya citada sentencia *Lafler* del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que, aun desde una perspectiva diferente, también viene a configurar la «pérdida de la oportunidad de conformarse» (en ese caso imputable a un deficiente consejo legal) como vulneración de derechos constitucionales.

8. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «Víctima y conformidad: el encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir», en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 99 ss.

———, «La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius», en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso*

¹⁶⁹ Sobre estas sentencias, *vid.* la competente explicación de VAN CLEAVE, *Emory Int. L. Rev.*, (11), 1997, pp. 450-456.

¹⁷⁰ Críticos con la restricción, que asocian al sesgo punitivista que recorre la evolución reciente del Derecho penal, PULITANÒ, «Sulle politiche penali in discussione», *Giurisprudenza Penale Web*, (11), 2018, pp. 1 ss., o DI CHIARA, «Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto», *Processo penale e giustizia*, (5), 2019, pp. 1037 ss.

penal. *Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 829 ss.

ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del art 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, (21), 2001, pp. 71-120.

ALSCHULER, «*Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*», *Duquesne Law Review*, (51), 2013, pp. 673 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «De fisuras que tornan grietas en la prevención democrática», *Diario La Ley*, (9931), 2021, pp. 1-11.

ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, (12), 1992, pp. 257-299.

ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. GABINETE DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (47), 1992, pp. 309 ss.

ASÚA BATARRITA, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145 ss.

BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *Revista General de Derecho Procesal*, (44), 2018, pp. 1 ss.

BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss.

BARKOW, «Separation of Powers and the Criminal Law», *Stanford Law Review*, (58), 2006, pp. 989 ss.

BARONA VILAR, «El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?», *Revista Boliviana de Derecho*, (31), 2021, pp. 208-235.

BARQUÍN SANZ, «Retos de la justicia penal: avance de un diagnóstico», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 27 ss.

BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1969.

BECKER, «Plea Bargaining and the Supreme Court», *Loyola and Los Angeles Law Review*, (21), 1988, pp. 757 ss.

BELTRÁN MIRALLES/SOSPEDRA NAVAS, «Procedimiento abreviado: el juicio oral: la conformidad», en LOS MISMOS (eds.), *Práctica de los procesos jurisdiccionales. Proceso penal*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BOIX REIG, «Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración Pública», en JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 15 ss.

BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CARBONELL MATEU, «El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis», *Teoría y Derecho*, (10), 2011, pp. 296 ss.

CARDENAL MONTRAVETA, «La respuesta del Derecho penal a los delitos fiscales de Cristiano Ronaldo (y de otros)», *La Ley Penal*, (136), 2019, pp. 1-8.

CÓRDOBA RODA, «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, (7898), 2012, pp. 1 ss.

DI CHIARA, «Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto», *Processo penale e giustizia*, (5), 2019, pp. 1037 ss.

CHOZAS ALONSO, «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano», *La Ley Penal*, (104), 2013, pp. 1 ss.

CUERDA ARNAU, «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-9), 2017, pp. 1-45.

———, «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho*, (8), 2010, pp. 121 ss.

———, «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 2005, pp. 3-68.

———, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

CUGAT MAURI, «La conformidad en los delitos socioeconómicos», en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 313 ss.

CZERWIŃSKA, «The role of the constitutional courts and ECtHR in shaping negotiated justice mechanisms – a comparative perspective», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (8-1), 2022, pp. 115 ss.

DOIG DÍAZ, «La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal», *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, pp. 1 ss.

ETXEBERRIA GURIDI, «Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos», *Revista General de Derecho Procesal*, (45), 2018, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ FUSTES, «La conformidad en el borrador de Código Procesal Penal», en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 871 ss.

FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.

FLETCHER, *With justice for some: victims' rights in criminal trials*, Addison-Wesley Publishing, Reading, 1995.

GADDI, «Materiales para una justicia restaurativa», en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 271 ss.

GARCÍA DEL BLANCO, «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal» en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 275 ss.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, t. I, 5ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

GARRO CARRERA, «De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 137 ss.

———, «La atenuante de confesión de la infracción», en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 79 ss.

———, «La atenuante de reparación del daño», en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 19 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, «La reforma del proceso penal español por Ley Orgánica 8/2002 y por Ley 38/2002 de 24 de octubre: “juicios rápidos” y nuevo juicio de faltas», *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (3), 2004, pp. 193 ss.

GIMENO SENDRA, *La simplificación de la Justicia penal y civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

GÓMEZ COLOMER, «El proceso penal español a comienzos del siglo XXI», *InDret*, (1), 2017, pp. 1 ss.

GÓMEZ TOMILLO, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), 2022, pp. 1-33.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

HENDERSON, «Whose Justice? Which Victims?», *Michigan Law Review*, (94), 1996, pp. 1596 ss.

HERNÁNDEZ GARCÍA, «Rapidez y reforma del Derecho penal», *Jueces para la Democracia*, (44), 2002, pp. 27 ss.

HERRERA, «La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano», *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 229 ss.

JONES, «The Ascending Role of Crime Victims in Plea-Bargaining and Beyond», *West Virginia Law Review*, (117), 2014, pp. 97 ss.

LANGBEIN, «Torture and Plea Bargaining», *The University of Chicago Law Review*, (46-1), 1978, pp. 3 ss.

LANGER, «Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Conviction», *Annual Review of Criminology*, (4), 2021, pp. 377 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.

LIPPKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

LYNCH, «Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off?», *Stanford Law Review*, (55), 2003, pp. 1399 ss.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 2019, pp. 167 ss.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, «El indulto y sus razones», en EL MISMO (coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, Buenos Aires, 2009, pp. 251 ss.

DEL MORAL GARCÍA, «Capítulo VI: Declaración del delincuente», en RIVES SEVA (dir.), *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 559 ss.

———, «La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, pp. 1 ss.

MUYO BUSSAC, «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual», *InDret*, (1), 2023, pp. 150 ss.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo», en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 243-273.

OLAIZOLA NOGALES, «El principio de oportunidad: ¿modernización o crisis del Derecho penal?», *Nuevo Foro Penal*, (82-1), 2014, pp. 15 ss.

OLIVER CALDERÓN, «A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico», *Revista Ius et Praxis*, (29-1), 2023, pp.187 ss.

OUBIÑA BARBOLA, «El riesgo de la conformidad y la celeridad: condenar erróneamente», en GONZÁLEZ GRANDA/DAMIÁN MORENO/ARIZA COLMENAREJO (dirs.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos: Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 727-750.

PEÑA BERNAL, «Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (40-108), 2019, pp. 37 ss.

POZUELO PÉREZ, «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-17), 2020, pp. 1-28.

———, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PULITANÒ, «Sulle politiche penali in discussione», *Giurisprudenza Penale Web*, (11), 2018, pp. 1 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, «La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (5), 2022, pp. 11 ss.

———, «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ/MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 397 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA/MACHADO DE SOUZA, «La justicia negociada en el sistema penal de Estados Unidos: mitos y realidades», *Revista General de Derecho Procesal*, (55), 2021, pp. 11 ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, «Análisis jurisprudencial de las conformidades en los procesos penales», en GÓMEZ-JARA DÍEZ *et al.* (coords.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 319-331.

———, *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ MELGAR, «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *Diario La Ley*, (7862), 2012, pp. 1 ss.

SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (47-2), 1994, pp. 105 ss.

SCHULHOFER, «The Trouble with Trials; the Trouble with Us», *Yale Law Journal*, (105), 1995, pp. 825 ss.

———, «Plea Bargaining as Disaster», *Yale Law Journal*, (101), 1992, pp. 1979 ss.

SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global», *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, pp. 175 ss.

SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

———, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

———, «Acuerdos ¿proceso sin Derecho?», *InDret*, (4), 2010, pp. 1 ss.

———, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en EL MISMO (dir.), *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 191 ss.

TAMARIT SUMALLA, «La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española», *Revista General de Derecho Penal*, (7), 2007, pp. 1 ss.

TOBOLOWSKI *et al.*, *Crime Victim Rights and Remedies*, 3ª ed., Carolina Academic Press, Durham, 2016.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *Revista General de Derecho Penal*, (35), 2021, pp. 1 ss.

TURIENZO FERNÁNDEZ, «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», *InDret*, (2), 2020, pp. 508-557.

TURNER/WEIGEND, «Negotiated case dispositions in Germany, England and the United States», en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND (eds.), *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 389 ss.

VAN CLEAVE, «An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System», *Emory International Law Review*, (11), 1997, pp. 419 ss.

VARONA GÓMEZ, «Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto», *InDret*, (3), 2022, pp. 1-4.

———, «La suspensión de la pena de prisión: ¿una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 281 ss.

VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret*, (1), 2022, pp. 307 ss.

VIVES ANTÓN, «Principios penales y dogmática penal», *Derecho y Cambio Social*, (22), 2011, pp. 174 ss.

WEIGEND, «Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedure», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (7-1), 2021, pp. 247 ss.

WEIGEND/IONTCHEVA, «The constitutionality of negotiated Criminal Judgements in Germany», *German Law Journal*, (15-1), 2014, pp. 81-105.