

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS GARANTÍAS PENALES EN EL MARCO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL**

Luis GORDILLO SANTANA*

DOCTOR EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

s u m a r i o

Introducción. I. Derecho penal subjetivo y principio de intervención mínima o última ratio. II. El principio de legalidad versus el principio de oportunidad. III. El principio de seguridad jurídica. IV. El principio de igualdad. V. El principio de proporcionalidad. VI. El principio de presunción de inocencia.

r e s u m e n

El presente artículo pretende analizar la figura de la mediación, como principal instrumento de la denominada Justicia Restaurativa, en el marco de los principios constitucionales y, más especialmente, en el ámbito de las garantías penales. Cuestionando la viabilidad que la inclusión que esta figura de regulación de conflictos puede tener en proceso penal. Para ello, se realiza un recorrido exhaustivo por los diferentes principios y garantías de nuestro marco constitucional-penal, valorándose las vías más adecuadas para que la referida figura pueda-a futuro-conjugar sus atractivas características con las garantías propias de todo proceso judicial.

** El presente artículo es un extracto del Capítulo 3 de la tesis doctoral: «La mediación en el ámbito penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia», defendida el 22 de Septiembre de 2005 en la Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, con la calificación de sobresaliente *cum laude*.

* Doctor en Derecho, especialista en Criminología y mediación en procesos penales. Actualmente, Director de la Oficina de Atención a la Víctima del Gobierno de La Rioja. Representante por el Estado español ante el Programa de Investigación científica COST21 de la Unión Europea sobre Justicia Restaurativa y miembro del programa AGIS de la Unión Europea (Foro Europeo de mediación víctima-victimario y Justicia Restaurativa) sobre implementación de Justicia Restaurativa en los países mediterráneos.

*Enseñar a mirar la otra cara del Derecho penal
ha de otorgar el coraje de dirigir la obscenidad de
la justicia penal en las consecuencias*

Pavarini M.

Introducción.

Durante los últimos años estamos asistiendo a la progresiva aparición de prácticas enfocadas a la introducción de técnicas alternativas de regulación de conflictos en el marco del proceso penal¹. La inclusión de tales herramientas viene impulsada, principalmente, desde el denominado movimiento de Justicia Restaurativa². En este sentido, la mediación entre víctima e imputado se presenta como la principal herramienta de este nuevo modelo. Como correlato de estas prácticas, son diversos los países que han introducido en el marco legislativo su aplicación. Una primera conclusión en relación a este aspecto es que en aquellos países en los que rige el principio de oportunidad es más factible la incorporación de esta figura por vía de la «diversión»³, pero ello no es óbice para que en países donde rige el principio de legalidad

¹ Fiel reflejo de esta corriente es la *Decisión Marco del Consejo de Europa* relativa al Estatuto Europeo de la Víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001. En el artículo 10. –*Mediación penal en el marco del proceso penal*– expresa: «1.–Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2.–Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales».

Aún reconociendo que el artículo no refleja una obligación taxativa sino una recomendación en la actuación de los diferentes Estados en esta materia, se abre una nueva vía, que precisamente ha derivado en que los Estados miembros integren una comisión para el estudio de la aplicación de la Decisión en el marco del análisis de las prácticas europeas e internacionales, abriendo la ventana del Derecho penal a la mediación.

En el mismo sentido, la *Iniciativa del Reino de Bélgica* para la adopción de una decisión del Consejo de la Unión Europea de trabajar en un documento sobre los puntos de la Justicia Restaurativa en Europa, 2002, que establece la definición y las formas de la Justicia Restaurativa, la necesidad de crear un punto de intercambio de experiencias europeas y de cooperación.

La creación del *European Forum for Victim–Offender Mediation and Restorative Justice* con fondos del programa de la Unión Europea en 1999, área de Justicia, Grotius, y que se ha consolidado como organismo de referencia en la Unión Europea para la promoción y unificación de la figura de la Justicia Restaurativa y la mediación víctima–victimario. Entre sus actividades más importantes podemos resaltar la participación en diferentes programas europeos de impulso de la Justicia Restaurativa, entre ellos, el programa COST A21 (*Vid.*, <http://cost.cordis.lu> y «Introducing Victim–Offender Mediation in Central and Easter Europe–Haltim reflections on the current AGIS proyect of the European Forum», *Newsletter of the European Forum for Victim–offender mediation and Restorative Justice*, volumen 5, parte 3, Diciembre, 2004, pp.1–4) y el desarrollo de tres programas AGIS (<http://www.euroforumrj.org/>)

² MARSHALL, T., citado por BRAITHWAITE, J., «Restorative Justice: Assensing Optimistic and Pessimistic Accounts» en TONRY, M., (eds), *Crime and Justice, A Review of research*, 25, Chicago, University Chicago Press, 1999, p.5 y ASHWOTRH, A., «Responsibilities, Rights and Restorative Justice», *The British Journal of Criminology*, Special Issue, 2002, vol. 42, n° 3, p.578, citados por LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», en *In Memoriam Alexandri Baratta*, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p. 443.

³ Aplicación del principio de oportunidad y remisión del asunto penal a otras áreas del Derecho.

también se recoja dentro de sus legislaciones penales la figura de la mediación aplicando los esfuerzos reparadores en la determinación de las consecuencias jurídicas del delito⁴.

Como definición de partida, la Justicia Restaurativa consiste en un proceso por el cual todas las partes que tienen interés en un determinado conflicto se juntan para resolverlo colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro. En esta definición, se recogen sus tres notas esenciales⁵: *la idea de proceso*⁶, *la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores*⁷. Constituye un camino de apertura de la Justicia que pone el énfasis en la reparación de las consecuencias del conflicto. El crimen es entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. Se caracteriza por ser integradora e inclusiva, genera y supone la participación de la víctima, del victimario y de la comunidad afectada por el hecho, buscando una solución que se encamine a la reparación del daño y de la armonía rota⁸. El principal propósito de la intervención es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro de los bienes jurídicos, evitar la re-victimación, bajo un paradigma de Justicia construido bajo los elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación⁹.

Lejos de concepciones que sitúan este nuevo modelo lejos del sistema penal¹⁰, nos decantamos por una interpretación del mismo que lo sitúa en el seno del Derecho Penal. De hecho, necesita de él para decidir qué es un delito, quién es el autor y quién la víctima.¹¹

⁴ *Vid.*, para mayor ahogamiento en el Derecho comparado, GORDILLO SANTANA, L.F., La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia., Capítulo 2., pp. 242-316, tesis doctoral depositada en Universidad de La Rioja.

⁵ *Vid.*, ASHWOTRH, A., «Responsibilities, Rights and Restorative Justice», *The British Journal of Criminology*, Special Issue, vol. 42, n° 3, 2002, p.578.

⁶ Entenderemos proceso como diálogo.

⁷ Es aquel acuerdo que repara simbólicamente o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada. *Vid.*, LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», *op. cit.*, p.447.

⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA DE CANADÁ, en «Values and Principles of Restorative Justice in Criminal matters», Ministerio de Justicia de Canadá, 2003, ejemplar manuscrito.

⁹ FATTAH, E., «How valid are the arguments frequently made against mediation and restorative justice?», 2003, p.3, texto manuscrito.

¹⁰ *Vid.*, CHRISTIE, N., «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Trad. Al español, en MAIER, J., (comp.): *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc., 1992; ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for crime and Justice*, Scottsdale, PA Herald Press, 1990 y VAN NESS, D., «Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice» *ICCA Journal of Community Corrections*, n° 8, 1997, p.7-12, quienes propugnan un modelo de Justicia Restaurativa alternativo al sistema penal. Este nuevo modelo es visto frecuentemente como un nuevo paradigma de justicia penal que difiere tremendamente del sistema dominante de paradigma de Justicia Retributiva.

¹¹ *Vid.*, MARSHALL, T., «Out of Court: More or less Justice», in MATTHEWS, R., *Informed Justice?*, London, Sage, pp-25-50, , 1998, p 30 citado en JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, *op. cit.*, p.14. *Cfr.*, MCCOLD, P., «Restorative Justice and the role of Community», in Walgrave L., *Restorative Justice for Juveniles: Potentialities, Risks and Problems for research*, Leuven, University Press, 1998, citado en JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, *op. cit.*, p.14. , que considera que si este modelo es introducido dentro del sistema penal clásico corre el peligro de ser instrumentalizado por éste.

No obstante, los sectores más críticos con la incorporación de este modelo de Justicia se plantean la pregunta de cómo es posible incorporar esta herramienta en el sistema penal sin vulnerar los principios constitucionales y las garantías penales tal largamente trabajadas por todos. Dar respuesta a esta cuestión es el principal objetivo de este artículo, que pretende analizar estas relaciones y valorar esa potencial vulneración que tanto preocupa¹².

¹² *Vid.*, entre otros., MUÑOZ CONDE, F., «El Derecho penal a finales del siglo XX», en *Papers d'Estudis i Formació* n° 8, 1992, pp.176, prólogo FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado, Tirant lo Blanch*, 1997, pp. 13 y 14., y HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001., pp.203 y ss., advierten sobre los riesgos que supone articular la reparación a partir de procesos extrajudiciales de mediación en el sentido de vulnerar *las garantías propias de un Derecho penal liberal, en concreto las que se derivan de los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y el principio procesal de presunción de inocencia*; BERDUGO, I., y otros., en *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Experiencia S. L. Manuales Universidad, dic. 2004., pp.536-540; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídica penal de la realización de actos de reparación», *Revista del Poder Judicial*, n° 45, tercera época, 1997. También en «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», p.188; GARCÍA ARÁN, M., «Despenalización y privatización ¿tendencias contrarias?», *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín, Colección Estudios, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 191; QUERALT, J. J., «La mediación en España y perspectivas internacionales», *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, Coor. Luis Miguel Reyna Alfaro, Ara Editores, Lima, Perú, 2003, pp.319-368. También en *Derecho, Proceso penal y Victimología*, Director: Luis Miguel Reyna, Ed. jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, pp.211-250, pp. 341-367; SERRANO PIEDECASAS, J. R., en «2º Curso de Política criminal de la Escuela de Criminología de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria», citado por TRUJILLO, J., «Mediation: would it work in Spain too?», *Faculty of Law, Master in European Criminology*, 2000, texto manuscrito pp.17 y ss; PÉREZ CEPEDA, A. I., «La víctima ante el Derecho penal; especial referencia a las vías formales e informales de reparación y conciliación», *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Crimonología*, Nueva serie, Universidad de Córdoba, Argentina, n° 3, 2000, p.251, «estas tendencias inciden negativamente en una de las conquistas más importantes del Estado de Derecho: el derecho del acusado a la presunción de inocencia (...) el derecho a un juicio objetivo, imparcial y justo, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, el derecho a no declarar contra si mismo, etc.»...«...estos procesos son vistos con ciertas reservas por un sector de la doctrina que percibe el peligro de que puedan llevar a una funcionalización y desformalización de la Justicia penal, lo que sería incompatible con los principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad y oficialidad propios del Derecho penal del moderno Estado del Derecho, conculcando el principio de imparcialidad que más que en ningún otro proceso debe estar presente en el proceso penal»; ARMENTA DEU, T., «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Revista del Poder Judicial* n°41-42, 1996, www.poderjudicial.es y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. L., *Derecho penal, Parte general, IV, Las consecuencias jurídica del delito, El Derecho penal de ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.77. *Vid.*, en el mismo sentido, FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, Tirant lo Blanch, 1997, p.259, «...resulta impropio cuando el Ministerio Fiscal "mercadea" con el acusado esperando su cooperación, prescindiendo éste de su Derecho a juicio. La sola idea de que las autoridades puedan cerrar tratos con determinados acusados ofende al imperio de la Ley...La Justicia deber de ser igual para todos bajo el imperio de la Ley...todos deben recibir el mismo trato, sin indulgencia para aquellos que prometen algo a cambio...» y SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», *op. cit.*, pp.188 y ss., quien manifiesta: «no obstante, estos razonamientos (refiriéndose a los que abogan por la mediación penal) parecen desconocer que el Derecho penal tiene como fines la prevención y la regulación social, además, se trata de un Derecho Público y garantista por excelencia. Estos fines pueden menoscabarse por las alternativas de los que defienden que la reparación se fije en un procedimiento o acuerdo extrajudicial de las partes...Argumentan que la desformalización del proceso judicial no puede llevarse hasta el extremo de abandonar una de las tareas fundamentales en la aplicación del Derecho penal, las garantías formales, lesionado con todo ello el principio de legalidad y... la flexibilidad de los acuerdos también puede llegar a vulnerar los principios de igualdad y proporcionalidad»...«El uso de estas vías extra penales bien podría flexibilizar el principio de legalidad, lo que debilitaría el fin de la

Evidentemente, estas razones expuestas por parte de la doctrina bien merecen ser valoradas y analizadas¹³.

Hablar de las garantías constitucionales y de Derecho penal en relación a los procesos de mediación víctima–víctimario requiere, en primer lugar, definir el marco de referencia en el que nos encontramos, que no es otro sino el del «*Estado social y democrático del Derecho*», conforme preceptúa el art. 1.1 de la C. E. Conviene desentrañar el sentido general de tal fórmula, contemplada en su totalidad y en sus tres componentes¹⁴. Por un lado, nos encontramos ante una fórmula que pretende aunar, superándolos, los modelos del Estado liberal y Estado social bajo una vertiente democrática. Del Estado liberal adopta la idea de Estado de Derecho¹⁵, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el que radica la soberanía nacional (art. 1.2 C. E) en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres. Así, vemos el art. 9.1 de la C. E que dice que: «*los ciudadanos y los poderes políticos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*». Es decir, se define la exigencia de que los poderes públicos respeten la exigencia de determinadas garantías formales, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. Se trata de defender a la sociedad del Estado que se pretende conseguir con la técnica de la división de poderes y el principio de legalidad. Por otro lado, el Estado social¹⁶ supone el esfuerzo por derrumbar las barreras que en el Estado liberal separan a Estado y sociedad. El Estado social se erige como continuación o motor activo de la vida social. Si el Estado liberal pretende asegurar las garantías jurídicas, meramente formales, el Estado

prevención general que tiene el Derecho penal generando una gran inestabilidad y desconfianza en el sistema, puesto que la desigualdad en las respuestas lleva al descrédito».

¹³ No obstante, llamamos a la reflexión inicial a quienes manifiestan sus miedos ante la posible vulneración de las garantías constitucionales y penales con la inclusión de la figura de la mediación en el ámbito del proceso penal, para que valoren si deberían de sentirse preocupados por la potencial vulneración que en la praxis generan la aplicación de figuras tales como la de la conformidad en instrucción, especialmente, tras la entrada en vigor de las leyes 8 y 38 de 2002, de 24 de octubre, sobre los denominados «*Juicios rápidos*» e «*Inmediatos de faltas*» y que faculta al juez de instrucción a dictar sentencias en supuestos de delitos cuando el imputado reconoce los hechos, relegando toda la carga probatoria a una confesión no practicada con la suficiente contradicción. O, por ejemplo, la desigualdad que las mismas leyes generan respecto a las denuncias que se interponen en el Juzgado o ante la policía, generándose lo que llamaríamos una vulneración manifiesta del principio de legalidad y, desde luego, del principio de igualdad. Así como la realidad procesal que supone el ejercicio de un principio de oportunidad no reglado que en muchos casos genera archivos de causas penales y renunciadas a ejercicios de acciones penales, dejando «*morir*» los procesos. Y, sin embargo, muchos apoyan estas prácticas bajo el argumento de que la promulgación de este nuevo proceso de «*juicios rápidos e inmediatos*», por ejemplo, generan una mayor operatividad y economía procesal. Precisamente, los mismos argumentos que en muchos casos estos mismos detractores utilizan en contra de la mediación en el proceso penal. En definitiva, no se trata de oponerse por oponerse a una figura en concreto, bien sea la mediación o bien sea la conformidad, cualquier figura puede generar nuevas vías para la regulación de los conflictos alternativas a la entrada en prisión y el restablecimiento de la paz social. De lo que se trata es de aplicarlas con un respeto escrupuloso del principio de legalidad y, dando un margen de maniobra al principio de oportunidad. Oportunidad que debiera de orientarse hacia una visión reglada de la misma.

¹⁴ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 19.

¹⁵ La expresión procede de VON MOHL, R., *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen*, 1932, citado en MIR PUIG, S., *Función de la pena y ...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶ Acuñado por HELLER, H.

social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. Hablamos del «*Estado intervencionista*».

Estos dos conceptos que en principio son antitéticos pueden conjugarse mediante el sometimiento de la actuación del Estado social a los límites formales. Se persigue una orientación material hacia la democracia real, preservada por el control del ciudadano de las condiciones sociales que favorecen la vida del individuo, mediante un *Estado democrático del Derecho*. Esto nos lleva a desarrollar la idea de que el Estado social bien puede aunar y recoger las demandas propias de una sociedad civil que, hoy por hoy, se decanta a pasos agigantados por la recuperación de cierto protagonismo y madurez en la resolución de sus propios conflictos. Y esto va a generar el hecho de que tarde o temprano, el Estado social intervendrá en la modificación de aspectos del entramado social y de las relaciones jurídicas que favorezcan la mejora y adecuación de las respuestas a las demandas del ciudadano. Ahora bien, ¿es ello viable sin traspasar el límite que nos establecen las garantías constitucionales y del propio Derecho dentro del juego del Estado del Derecho? Evidentemente, la respuesta, inicialmente, debería ser negativa¹⁷.

Pasemos a adentrarnos con más profundidad en la cuestión.

I. Derecho penal subjetivo y principio de intervención mínima o última ratio.

Cuestionándonos cuáles pueden ser los criterios o principios inspiradores para la incorporación de la mediación en el sistema penal español, tres son los principios a mencionar. El primero, *el principio de subsidiariedad o ultima ratio*; el segundo, *el principio de respeto a la autonomía del sujeto*, derivado del reconocimiento de la dignidad personal y, el tercero, *el principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo*¹⁸.

En relación al principio de última ratio, definimos Derecho penal subjetivo como el derecho del Estado a establecer normas penales y a aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos. Al hablar del Derecho penal subjetivo se cuestiona el fundamento mismo del Derecho penal objetivo¹⁹ porque este no puede desplegar su eficacia sino a condición de que se atribuya al Estado la facultad de establecer normas penales, de exigir la imposición y el cumplimiento de la pena cuando se comprueba la existencia del delito. El *ius puniendi* cuenta

¹⁷ FLETCHEr, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, op. cit, p.208. En esta línea se definen los elementos de garantía, dentro del modelo de justicia anglosajón¹⁷, en la palabra «*fair play*» (juego limpio) que refiere la exigencia de un juicio justo y público tanto en los procesos penales y civiles. Vid., RAWLS, J., *The Theory of Justice*, 1971, citado por FLETCHEr, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, op. cit, p.209, quien manifiesta que: «Es inherente a los derechos fundamentales y, denota, en sí, un significado mayor que la propia Justicia». El concepto refiere a la necesidad de liberarse no sólo de los prejuicios contra el acusado, sino también de cualquier prejuicio contra la acusación. Los fieles de la balanza entre el acusado y la acusación deben de mantenerse iguales.

¹⁸ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999., p.406.

¹⁹ *ius poenale*.

con tres límites fundamentales: a) la titularidad²⁰, b) la vinculación al Derecho penal objetivo²¹, c) la garantía jurisdiccional²². Hablar de Derecho penal subjetivo significa referirse a los problemas de legitimidad del poder punitivo o *ius puniendi* del Estado²³. La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo proviene, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art.10.2), respetándolos y garantizándolos en su ejercicio²⁴. Nos referimos a los aspectos de legitimación extrínseca. Sin embargo, existe también una legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo representada por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Todos son igual de importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y la libertad humana, meta y límite del Estado social, democrático del Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico.²⁵

El poder punitivo del Estado debe de estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*. Es decir, el Derecho penal sólo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes²⁶. Las perturbaciones más leves del orden

²⁰ Aunque en etapas pasadas haya habido titulares distintos del Estado, la opinión dominante es que sólo el Estado, que es quien ha promulgado la ley penal, es quien tiene Derecho a imponer las penas por la comisión de los actos delictivos.

²¹ El Derecho del Estado a imponer está vinculado al Derecho penal objetivo, es decir, a la ley penal, constituyendo ésta su presupuesto y límite.

²² El poder del Estado de imponer penas ha de ejercitarse necesariamente a través de un órgano jurisdiccional. El proceso penal aparece, desde este punto de vista, como un conjunto de garantías a favor del reo y también de la sociedad, con el fin de que el ejercicio de este Derecho a castigar no exceda del límite trazado por el Derecho penal objetivo.

²³ En este orden de referencia, el Estado español se configura como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1º de la C.E). Por ello, el Derecho Penal, como una de las ramas del Derecho que es y, debido a su carácter público, debe adaptarse a este modelo de Estado.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, p.70. Vid, al respecto de Derecho penal y Constitución, entre otros, BERDUGO, I y otros, en *Curso de Derecho penal, Parte General, op. cit.*, pp.43-47 y QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Parte general*, Aranzadi, Elcano, 2002., pp.97-98 y 106-II.

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, p.70.

²⁶ Corresponde a la responsabilidad penal restablecer la paz social perturbada por el delito mientras que otras disciplinas del Derecho tienen otras finalidades. La defensa de un Derecho penal mínimo no significa la desprotección de los intereses colectivos sino la despenalización de algunos de los bienes tradicionalmente clásicos, puesto que en un Derecho penal mínimo, el fin es el de la «*minimización de la reacción violenta frente al delito*», lo que supone no ya sólo la exigencia de que las prohibiciones penales sean «*reducidas al mínimo*» sino que además se emplee el «*mínimo sufrimiento necesario para infligir a la minoría de los desviados*». Vid., en este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G., «La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales», *op. cit.*, pp.118-120 y FERRAJOLI, L., «El Derecho penal mínimo» en *Poder y Control*, núm.0 , 1986, pp.37 y ss, este autor considera que «*en el Estado democrático de Derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia formal o política, en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los Derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la sustancia (o el significado) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se pueden caracterizar la democracia sustancial*».

jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. Sólo puede intervenir ante el fracaso de otros medios de solución del problema, por ello la pena es la «*última ratio*» de la política social y se define su misión como de protección subsidiaria de bienes jurídicos. Y en la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos e, incluso, no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza «*fragmentaria*» del Derecho penal. De ahí la denominación de subsidiariedad²⁷ frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.

El principio de subsidiariedad²⁸ o carácter subsidiario del Derecho penal es una manifestación del principio de intervención mínima del Derecho penal y como tal presenta dos manifestaciones, *una externa y otra interna*²⁹. La primera, relaciona al Derecho penal con las restantes instancias del control social, tanto jurídicas como no jurídicas y dispone que el Derecho penal sólo haya de intervenir cuando aquellas otras instancias no consigan los deseados efectos preventivos³⁰. La segunda establece un orden de prelación entre las diferentes sanciones penales. No se aplicará una sanción grave si resulta suficiente una leve. El principio de subsidiariedad presenta una vertiente negativa y otra positiva. La positiva significa que el Estado, como comunidad supraordenada en una sociedad, tiene el deber de prestar ayuda a otras comunidades más pequeñas que forman parte del cuerpo social, así como al individuo; la negativa supone que el Estado tiene el deber de abstenerse de actuar cuando baste la intervención de entes sociales menores o del individuo.

Una de las consecuencias del principio de intervención mínima en lo que se refiere a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, consiste en que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el

²⁷ La subsidiariedad significa que al Derecho penal le corresponde la tarea de sancionar con las penas más graves los ataques intolerables a los bienes jurídicos más importantes y, en este sentido, si puede decirse que el Derecho penal es subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto que no entra en juego más que cuando el ataque sea muy grave o cuando el conflicto no pueda ser solucionado con otras medidas menos radicales.

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, p. 72, son de la opinión que la subsidiariedad²⁷, accesoriedad o secundariedad no son más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima. Y este principio no puede entenderse de manera autónoma respecto de los que constituyen garantías constitucionales., *Vid.*, BACIGALUPO, E., *Principios del Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Madrid, Akal, 1994, p.32, citado por VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica.*, Comares, Granada, 1998, p.173. Ello sólo ocurre en las normas penales «*en blanco*» en los supuestos de hecho de la norma penal se recogen en otras ramas del Derecho a las que la norma penal remite expresamente. Incluso en estos casos el Derecho penal tiene sus propios principios y decide qué parte de esos supuestos incluye en la categoría de delitos. *Vid.*, GARCÍA ARÁN, M., «Despenalización y privatización...?», *op. cit.*, pp. 193–195, donde se hace eco de esta problemática.

²⁸ El principio de subsidiariedad consiste en un principio limitador de la intervención penal que extiende su radio de influencia más allá del momento indicado, incidiendo también en el de la determinación judicial de la concreta respuesta. En este sentido, podría hablarse más correctamente de *última ratio* de la intervención penal, o mejor de *última ratio* de la pena, en lugar de *última ratio* del Derecho penal, que sólo contempla una parte de las exigencias que la idea de «*mínima intervención*» implica.

²⁹ ALASTUE DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000., pp.100–105

³⁰ STS de 5 de marzo de 1955 y STC de 20 de octubre de 1984, citadas por MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, pp. 82 y 83

delito. Las consecuencias de este principio en relación a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito son el *principio de humanidad*³¹ y el *principio de proporcionalidad*.³²

Llegados a este punto surge una cuestión de sumo interés de cara a la aplicación de mecanismos de mediación en el ámbito del ordenamiento jurídico-penal, que no es sino el cuestionamiento que un sector importante de la doctrina hace al respecto de esta posibilidad argumentando que no se puede fundamentar la aplicación de esta figura en aspectos tales como que el Derecho penal se inspira en el principio de *última ratio*³³ o intervención mínima,

³¹ El *principio de humanidad*, que se encuentra incardinado con el principio de resocialización y sobre el cuál encuentra su fundamento, supone que el victimario, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es una persona que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno Derecho. Esto se refleja en la supresión de determinados tipos penales y en la ejecución de las penas privativas de libertad. Tiene relación directa con el principio de respeto a la autonomía del sujeto, derivado del reconocimiento de la dignidad de la persona. Implica la exigencia de ofrecer auténticas alternativas de acción en el momento de afrontar el tratamiento de las consecuencias lesivas de una conducta definida como delito, decisivas para la consecución de los fines del Derecho penal. Alternativas como la que supone el ejercicio del Derecho a discutir la responsabilidad, o a asumir la responsabilidad en las consecuencias del propio comportamiento. La práctica de esta segunda manifestación de la autodeterminación del sujeto tiene la significación de representar una contribución a la pacificación de las relaciones sociales, y a la ilustración sobre la vigencia y relevancia de la norma jurídico-penal infringida; por ello, debe tener una clara repercusión en la definitiva delimitación de la respuesta penal. *Vid.*, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., *Manual de Derecho penal, Tomo I, Parte general*, 2º ed., Torzón, Civitas, Navarra, 2004, Suárez, c. y Mira Rodríguez (coord.), p.558; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2004, p.131; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Parte general, op. cit.*, pp.102-104; LARRAURI, E., «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión», en *Política Criminal*, CGPJ, Madrid, 1999, p.127 y 131, quien habla de la necesidad de un sistema razonable de penas ya que «*nuestro CP (1995) no lo es*»; VON HIRSCH, A., «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín, Colección Estudios, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp.125-146, quien bajo su concepción del principio de proporcionalidad hace cuestionable el sistema de prisión como proporcional para una buena parte de delitos y RUTHERFORD, A., *Prisons and the Process of Justice. The Reductionist Challenge*, London, Heineman, 1983, citado por LARRAURI, E., «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista:...», *op. cit.*, pp.130-131, quien afirma que la Política criminal de un Estado debe basarse en afrontar las causas de la delincuencia en atención a indicaciones planteadas por la teorías criminológicas de carácter sociológico, aquellas que insisten en que la delincuencia es debida o bien a razones de carácter estructural o a razones de carácter cultural y PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal...*, *op. cit.*, pp. 84, 406 y 407.

³² El *principio de proporcionalidad* se refiere, es una idea de Justicia inherente a todo Derecho, que refleja que a cada uno debe dársele conforme a sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente. Las penas deben ser proporcionales a la entidad del delito cometido y que los delitos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. Par ello, el primer criterio que debe de tenerse en cuenta para determinar la gravedad de la pena que se debe de imponer es la importancia del bien jurídico, como primer fundamento de la intervención del Derecho penal. Por otro lado, la gravedad de la pena depende de la forma en que se ataca el bien jurídico. *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, p.84.

³³ Una conducta no debe ser sancionada penalmente cuando los problemas que suscita pueden ser resueltos en otros ámbitos jurídicos (Derecho civil, administrativo, etc.).

como pretenden algunos defensores de esta figura³⁴. En este sentido conviene realizar ciertas reflexiones respecto al principio de mínima intervención. Una de las consecuencias de este principio es el de protección de bienes jurídicos: el concepto de bien jurídico como límite punitivo del Estado³⁵. Y una consecuencia inmediata del principio de protección de bienes jurídicos es, por ejemplo, la exclusión del ámbito penal de las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas y las meras inmoralidades sin trascendencia en los Derechos de terceros³⁶. Por ello, la misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a los ciudadanos.

Esta cuestión nos llevaría a una visión que justificaría la mediación penal bajo la fundamentación de la despenalización de ciertos tipos penales y la privatización de conductas que hoy por hoy forman parte del Derecho penal. Es decir, la privatización de ciertas áreas del Derecho penal, bajo el argumento del principio de intervención mínima. Objetivamente, este enfoque corresponde a aquellas visiones de la mediación que abogan por la aplicación de la misma fuera del ámbito del Derecho penal como procedimiento alternativo al mismo, bajo la figura de la «*diversión*»³⁷.

Sin embargo, entendemos que en aquellos supuestos donde el interés general de persecución por la falta de trascendencia de la conducta a nivel social o su irrelevancia así lo aconseje se proceda a introducir nuevos métodos de regulación de conflictos enfocados a la mediación penal, sin derivar las conductas a otras áreas del Derecho, ya que preservaríamos por un lado, el efecto preventivo que general del Derecho penal y, por otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal. La remisión a áreas como el Derecho civil nos hace perder las ventajas que ofrece el proceso penal y el Derecho penal de

³⁴ *Vid.*, Síntesis del Capítulo I, pp.142 y ss. , donde se hace referencia a este cuestionamiento inicial por parte de los detractores de la Mediación penal. , y ALASTUEY DOBÓN, M. C. *La reparación...*, *op. cit.*, pp.103–105.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, pp.78–84 y BERDUGO, I., y otros, *Curso de Derecho penal, Parte General, op. cit.*, pp.72–74.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, p.81 y BERDUGO, I., y otros., *Curso de Derecho penal, Parte General, op. cit.*, p.74. Pero igual, que hasta la fecha, han ido desapareciendo del Código Penal delitos como el de homosexualidad, la blasfemia, el adulterio, etc., bien podríamos cuestionarnos si con un cambio de orientación social a nivel ideológico y moral podrían volver a incluirse éstas o nuevas figuras delictivas o, por el contrario, despenalizar tipos que se encuentran rayando aspectos donde centran su atención otras ramas del Ordenamiento jurídico, como podrían ser los delitos patrimoniales o los delitos de bagatela, que se encuentran ligados al ámbito del Derecho Civil.

³⁷ QUERALT, J. J., «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos», en *Política criminal y un nuevo Derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin. J. M Bosch, Barcelona, 1997, también en *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, Coor. Luis Miguel Reyna Alfaro, Ara Editores, Lima, Perú, 2003, pp.191–242 , p.148 y «La mediación en España y perspectivas internacionales», *op. cit.* , pp. 347 y 348 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico penal...», *op. cit.* p. 193. *Cfr.*, GORDILLO SANANA, L. F., *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia, op. cit.* , pp. 597 y ss., manifiesta que: «en aquellos supuestos donde el interés general de persecución por la falta de trascendencia de la conducta a nivel social o su irrelevancia así lo aconseje se proceda a introducir nuevos métodos de regulación de conflictos enfocados a la reparación penal, ya que preservaríamos por un lado, el efecto preventivo que general del Derecho penal y, por otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal. La remisión a áreas como el Derecho civil nos hace perder las ventajas que ofrece el proceso penal y el Derecho penal de cara al esclarecimiento de los hechos, detección de responsables y control, etc.».

cara al esclarecimiento de los hechos, detección de responsables y control, etc. ROXIN considera que si la reparación no estuviera rodeada de ningún elemento penal, ciertamente su efecto intimidatorio sería menor, pero esto no sucede si se mantienen, junto con la reparación, la amenaza con la pena, la persecución por parte de los órganos de la jurisdicción penal, el proceso penal y el pronunciamiento de culpabilidad, aunque luego la pena no llegue a imponerse³⁸.

Al mismo tiempo, debemos de tener en cuenta, el *principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo*, que en su dimensión real positiva implica la atención al daño particular y al daño social efectivamente producido. Como afirma VICENTE REMESAL³⁹ «la valoración de la nocividad social que se deriva del juicio sobre la gravedad de las consecuencias del hecho no se limita al momento de la consumación del delito, sino que se extiende más allá de éste». Como primera consecuencia deviene el hecho de que la gravedad de la pena ha de corresponderse con la importancia del bien jurídico protegido⁴⁰. Consecuencia directa de esto es la idea que los detractores de la mediación tienen de que es inviable aplicar esta figura en los delitos graves y que sólo serviría para delitos leves y criminalidad baja. Sin embargo, ello no es cierto desde el punto de vista práctico, ya que está empíricamente probado que es viable en relación a estos bienes jurídicos⁴¹. No es una cuestión de inviabilidad, es una cuestión de que se reserva al Derecho penal la punición de las infracciones más graves. Simplemente, podríamos decir, que no está socialmente bien vista la aplicación en estos ámbitos. Pero, dentro de una visión aperturista, la posibilidad de aplicar la mediación-reparación en el ámbito penitenciario, «*mediación en detención*»⁴², genera una serie de beneficios de reinserción enormes en el reo y en la víctima directa o indirecta una mejora en su situación psicológica.

II. El principio de legalidad versus principio de oportunidad.

El principio de legalidad⁴³ constituye un principio esencial del Derecho penal en cuanto garantía máxima de los ciudadanos⁴⁴. Se revela como el principal límite impuesto por

³⁸ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación...*, *op. cit.*, pp.222 y 223.

³⁹ VICENTE REMESAL, J., *Comportamiento postdelictivo*, *op. cit.*, p.363.

⁴⁰ *Vid.*, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín, Colección Estudios, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 147-172. También en AA. VV., *Modernas tendencias de la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad de Educación a distancia, 2001., pp. 154 y 155.

⁴¹ *Vid.*, GORDILLO SANTANA, L. F., *La mediación...*, *op. cit.*, Capítulo 2, Derecho comparado, Bélgica., pp. 268 y ss. Por ejemplo, en ciertos delitos contra la libertad sexual es viable enfrentar al abusador con la víctima, sobre todo cuando se trata de relaciones familiares, y a través de un proceso terapéutico encontrar un proceso de perdón en la víctima, con innegables beneficios psicológicos para ésta.

⁴² *Ibidem*, pp. 245 y ss., pp.268 y ss. y tablas comparativas, pp.293-296.

⁴³ Inspirado en la Revolución francesa, tiene un doble significado jurídico y político. Jurídico, Feuerbach le dio la formulación, «*nulum crimen, nulla poena sine lege*». Significa: 1) imperio de la ley, 2) división de poderes, 3) legalidad en la actuación administrativa, 4) Garantía de Derechos y libertades fundamentales. *Vid.*, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general*, *op. cit.*, pp.86- 91 Con ello se trata de contrarrestar el *-ius incertum*, lo incierto e inseguro que dominaba el Derecho penal del antiguo régimen SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y

las exigencias del Estado del Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite.

En la Constitución española se consagra el principio de legalidad en su art. 25.1 al declarar que nadie puede ser condenado ni sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracciones administrativas según la legislación vigente⁴⁵. Que a su vez se completa con el art. 9.3º, que habla de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas y el art. 81 que asegura el rango de ley orgánica para el establecimiento de ciertas penas. Igualmente, el contenido dogmático del principio de legalidad lo encontramos en el art.24 de la C. E que refiere a la garantía jurisdiccional⁴⁶, donde se recoge en su punto 2: «*el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para asegurar su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables...*»⁴⁷. Nos referimos al derecho a la tutela judicial efectiva, que constituye el derecho a la acción en sentido abstracto⁴⁸. El ejercicio de acciones por particulares forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 29-II-83), aunque ello no implica necesariamente un derecho a la apertura y sustanciación del proceso penal, pero sí al derecho a la notificación de la decisión judicial respecto a la pretensión de ser parte. El art. 1 de la L.E.Crim. dice: «*no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya reparación incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente código o de las Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por el Juez competente*». Igualmente, viene concretado en los artículos 100,

transacción penal en el procedimiento Abreviado», *Consejo General del Poder Judicial*, Los principios del proceso penal, 2002, www.poderjudicial.es; BERDUGO, I., y otros., en *Curso de Derecho penal,...* op. cit., p.47-69; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal,...* op. cit., pp. 68 y ss. y CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del Proceso penal*, Aranzadi, 1999, pp.18 y 19. Se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad, que se concretan en el Derecho penal español:

- garantía criminal, que exige que el delito se halle determinado por la ley.
- garantía penal, requiere que la ley señale la pena correspondiente al hecho.
- garantía jurisdiccional, que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.
- se expresa la prohibición de retroactividad que castigan nuevos delitos o agravan su punibilidad.
- se excluye la costumbre como fuente de delitos o penas.

Se exige que se determine con precisión las conductas punibles y las penas que puede acarrear «*mandato de determinación*».

⁴⁴ La gravedad de las medidas que el Estado emplea en la represión de los delitos, que afectan a los derechos fundamentales de las personas, exige la adecuación a algún principio que controle el poder punitivo, excluya toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ejercen ese poder.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, BERDUGO, I., y otros., en *Curso de Derecho penal,...* op. cit., p.47-69 y QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal,...* op. cit., pp. 68 y ss.

⁴⁶ PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, T., «Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia», *Consejo General del Poder Judicial*, comunicación, 2002, www.poderjudicial.es.

⁴⁷ Igualmente el referido principio viene recogido en textos internacionales que nos son de aplicación, entre ellos, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁴⁸ VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora...* op. cit., p.190.

105 y 271 de la L.E.Crim. El Tribunal Constitucional⁴⁹ afirma que: «*el principio de legalidad contiene en primer lugar una garantía material que se corresponde con la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan. Pero además el principio de legalidad conlleva una garantía formal que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango*».

Sin embargo y a pesar de las afirmaciones anteriores, durante los últimos tiempos estamos asistiendo a un proceso de cuestionamiento del llamado «*dogma de la verdad*»,⁵⁰ que perseguía la búsqueda de la verdad en el proceso penal como creencia dogmática irrefutable. Los Tribunales penales debían encontrar la verdad, sin reparar en medios para alcanzarla, se creía en el principio de la verdad material y en la capacidad de los Tribunales para alcanzarla. Pero la superación del sistema inquisitivo por el acusatorio⁵¹, junto con la necesidad de reconocer ciertos derechos individuales, provocó el llamado olvido de la verdad material. Existen derechos del individuo que no pueden ser violados o desconocidos en aras de una búsqueda exacerbada de la verdad.⁵² Hoy día, la cuestión ha de plantearse en otros términos. Es este sentido, que surge la polémica sobre la conveniencia o no de la instauración del principio de oportunidad, sea de una forma reglada, sea con carácter discrecional.⁵³ En términos generales podemos decir que se habla del principio de legalidad por contraposición al principio de oportunidad. Y, paralelamente, el principio de legalidad que ha venido siendo considerado intocable por la visión retributiva que se tiene de la pena ha empezado a ser cuestionado en ciertos aspectos, especialmente, en relación a derechos individuales anteriores al Estado, entre ellos, el derecho a un proceso debido⁵⁴.

El art. 124.1 de la CE expresa que el MF tiene como misión⁵⁵ promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, prescripción que es reiterada por el núm. 2 del mismo precepto al establecer que actúa con sujeción al principio de legalidad vulnerada por la comisión del delito. En el mismo sentido se pronuncia el art. 2.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal y el art. 105 de la L.E.Crim. que dice: «*los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones, haya o no acusador particular en las*

⁴⁹ SSTC 21 de enero de 1988 y 19 de julio de 1989, citadas en MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, op. cit., pp. 101.

⁵⁰ Vid., entre otros, CUGAT MAURI, M., «Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas», en *In Memoriam Alexandri Baratta*, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p.193, afirma que el principio de legalidad ha dejado de entenderse en el sentido garantista que desde la Ilustración había tenido. Denunciado la quiebra del principio de legalidad y del principio de generalidad de la ley penal, ante la cesión al poder legislativo partidista la reforma reiterada de la ley bajo el argumento de la seguridad ante acontecimientos de alarma social y Capítulo 1 de este trabajo, pp. 124 y ss.

⁵¹ La Constitución española introdujo el sistema acusatorio, reconociendo derechos individuales anteriores al Estado y, entre ellos, el derecho al proceso debido.

⁵² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad», *Consejo General del Poder Judicial*, Proceso penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales, 2002, www.poderjudicial.es.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Para ahondar en las funciones del MF en el Derecho comparado y orientaciones actuales Vid. ANRÉS IBÁÑEZ, P., «Entre Política social y Derecho: el Estatuto del Actor Público en el Proceso penal», *Consejo General del Poder Judicial*, ponencia, serie penal, 2002, www.poderjudicial.es.

causas, menos aquellas que el CP reserva a la querrela privada». Igualmente, deberán ejercitarlas en las causas de delitos o faltas en las que se exija denuncia previa de los perjudicados. Llegados a este punto cabe preguntarse si ante la existencia de un hecho típico, culpable y punible, en el que consta la participación de un autor puede estar autorizado el Ministerio Fiscal a solicitar un sobreseimiento por razones de oportunidad. La autoridad encargada de la acusación, en los casos en los que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente por razones de nimiedad de la infracción (*mínima non curat praetor*) o por el temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables⁵⁶. La cuestión será, así planteada, si es viable que el MF pueda, en ciertas circunstancias, sobreseer el procedimiento si se ha realizado previamente un proceso de mediación penal o bien instar la aplicación de efectos atenuantes o suspensivos de la pena principal.

Para un sector de la doctrina, enunciada la pregunta en tales términos la respuesta habrá de ser forzosamente negativa⁵⁷, el principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación –coacción de persecución–. Se manifiesta que es preciso impedir que los funcionarios encargados de la persecución penal posean potestad discrecional para apreciar la oportunidad de iniciar el proceso penal, siempre que se den las circunstancias objetivas previstas en las normas aplicables⁵⁸. Y en esta línea, se argumenta que el principio de legalidad «representa el triunfo de los principios puros sobre las conveniencias prácticas»⁵⁹ y «...garantiza la igualdad ante la ley y la vigencia de su opuesto, el de oportunidad, equivale a consagrar la desigualdad, de forma frecuentemente no justificada»⁶⁰. Y se reprueba que: «La principal causa de articulación de esta serie de medidas se apoya con carácter general en la realización de concesiones al principio de oportunidad procesal en detrimento del principio de legalidad».⁶¹

⁵⁶ *Vid.*, entre otros, PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, T., «Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia», Consejo General del Poder Judicial, comunicación, www.poderjudicial.es, y SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento abreviado», *Consejo General del Poder Judicial*, los principios del proceso penal, comunicación, 2002, www.poderjudicial.es.

⁵⁷ *Vid.*, entre otros, GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», Serie procesal, www.poderjudicial.es, y también citado por PUENTES JIMÉNEZ DE ANDRADE, T., «Los principios del proceso penal...», *op.cit.*, www.poderjudicial.es; FENECH, E., *Curso elemental de Derecho procesal penal*, I, 1945, p.25, citado en SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, y DIEGO DíEZ, L.,A, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso», *Revista del Poder Judicial*. Número especial VI: protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales y libertades públicas, 2002, www.poderjudicial.es.

⁵⁸ *Vid.*, CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, número especial VI: protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales y libertades públicas y SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ ARMENTA DEU, T., «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁶¹ ALONSO RIMA, A., *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, p.250

Pero lo que tampoco cabe desconocer es que la propia norma constitucional, junto a la defensa de la legalidad, yuxtapone la de los derechos de los ciudadanos y el interés público. Puede suceder ante determinados hechos punibles con escasa lesión social, que la pronta reparación de la víctima (amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE) y la rehabilitación del delincuente (finalidad perseguida por las penas), art. 25.2 CE, mediante medidas alternativas a la prisión que eviten: «*el contagio criminal y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2) exijan el sobreseimiento de una instrucción bajo determinadas condiciones contra un autor conocido*». En tales supuestos, la aplicación indiscriminada del principio de legalidad produciría una vulneración del derecho de tutela y del interés público tutelado por la ley, derechos e intereses que también son amparados por la norma fundamental.

En este orden de cosas, es indudable que recurrir a la incorporación de la figura de la mediación penal dentro del marco jurídico penal supone apelar por la aplicación del principio de oportunidad y la vigencia del mismo⁶². Ello, en principio, en el ámbito de la legislación ordinaria penal española, puede suponer la vulneración del principio de legalidad, contrariando el propio sentido del principio de necesidad en cuanto expresión obligatoria del derecho de la persecución del Estado, ejercido en representación de la sociedad civil⁶³. Apelar por el principio de oportunidad supone dotar a la autoridad de la facultad de disponer del ejercicio de la acción en determinadas situaciones. Y, a priori, la negociación presenta una renuncia parcial al ejercicio de la pretensión punitiva.⁶⁴ Pero el principio de legalidad que cumple función de garantía, no favorece la mediación, cuestión que si lo hace el principio de oportunidad⁶⁵. En este marco, es preciso partir de la imposibilidad de perseguir todas las infracciones de las normas penales y que con relación a ellas lo que existe es un indiscutible proceso de selección;

⁶² ARMENTA DEU, T., «El proceso penal:...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es. *Cfr.*, QUERALT, J. J., en «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos», *op. cit.*, también en *Victimología y Victimodogmática...*, *op. cit.*, pp. 191-242, quien afirma que introducir la mediación en el ámbito penal puede general una alta discrecionalidad y la vulneración, en consecuencia del principio de legalidad.

⁶³ SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁶⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Oportunidad y conformidad», Consejo General del Poder Judicial, Los principios del proceso penal, ponencia, serie penal, 2002, www.poderjudicial.es.

⁶⁵ JORGE MESAS, L. F., y GONZÁLEZ VIDASOA, F., «La mediación. 1ª experiencia de adultos en España», *Revista del Poder Judicial*, nº 39-40, 2ª época, 1995, p.3 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad», *op. cit.*, www.poderjudicial.es. Ahora bien, entender el principio de legalidad como medio de persecución absoluta y único defensor de la igualdad, constituye, al menos una visión altamente irrealista, dado que manteniendo a ultranza y así entendido el principio de legalidad, la selección es inevitable y la imposibilidad de la persecución igualitaria también, produciéndose, sin duda, diversidad de intensidades en la eficacia del sistema penal. GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es y también citado por LARRINO SAN MARTÍN, B., *La mediación...*, *op. cit.*, p.243, el principio de oportunidad supone: «*la facultad que al titular de la acción asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*». El referido principio *permite al* Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayada en la certeza. ARMENTA DEU, T., «El proceso penal: Nuevas tendencias,...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, y también citado por MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es. El MF puede archivar la causa seguida por delitos de escasa entidad, por razón de la economía procesal, la falta de interés social, la resocialización del acusado o la inutilidad de la pena. Su fundamento lo encontramos en razones de utilidad pública o interés social y surge ante la incapacidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir con sus objetivos y, al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable cuando no quepa otra solución del problema

por otra parte, indispensable, si se quiere dotar al sistema de administración de justicia de cierta eficacia. Entender el principio de legalidad como medio de persecución absoluta y único defensor de igualdad, constituye, al menos, una visión altamente irreal, dado que aun manteniendo a ultranza el principio de legalidad la selección es inevitable y la imposibilidad de la persecución igualitaria también⁶⁶.

Habitualmente, el principio de oportunidad se plantea como opuesto al de legalidad y como corrector o elemento de flexibilización de éste, de manera que el órgano formalmente encargado del ejercicio de la acción penal puede tener un ámbito de discrecionalidad sobre el mismo.⁶⁷

Como consecuencia de esta situación, surge una corriente que considera la idoneidad de instaurar el principio de oportunidad bien de forma reglada o con carácter discrecional, aceptando con ello la aparición de figuras tales como la conformidad⁶⁸ y/o los procesos de mediación en el ámbito penal, admitiendo la entrada de los acuerdos reparadores. Y ello, en virtud a varias razones:

- es indudable que existen un proceso de selección en el examen de los comportamientos delictivos,
- en el proceso penal actúan de manera diversa una gran variedad de procesos de selección⁶⁹ que operan de distintas formas y en diferentes momentos, presentándose antes del procedimiento, durante el mismo y no siendo siempre controlables.

Tal es el caso, por ejemplo, de la criminalidad económica que dependerá en su persecución de decisiones políticas, etc. Lo mismo ocurre en la praxis penal, un ejemplo son las leyes 8 y 28 de 2002 sobre los denominados «juicios rápidos» que facultan a la policía amplias competencias de instrucción, determinado una previa calificación jurídica de los hechos

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ SAN MARTÍN LARRINOA, M. B., *La mediación...*, *op. cit.*, p.243 y SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento Abreviado», *op. cit.*, www.poderjudicial.es. Este aparente dualismo entre ambos principios ya ha sido tratado por la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1983 en la que se dedica un capítulo al tema de la incidencia de la noción de oportunidad en la función del MF, que no está facultado para acogerse al principio de oportunidad ya que ningún poder del Estado puede acogerse a resortes lícitos para evitar que el Fiscal cumpla con la obligación de perseguir mediante el ejercicio de la acción pública. De hecho, el Derecho penal es indisponible y de interés público, debiendo el juez buscar la verdad material, excluyendo la manifestación de voluntades unilaterales de las partes, que ceden a favor del principio público que obliga al Estado a la persecución de las infracciones.

⁶⁸ Reconocida en el Derecho penal español.

⁶⁹ SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es. Ello, quiere decir, que antes del proceso penal se produce un filtro que se deriva en la llamada «cifra negra» que indica la cantidad de delitos que no han llegado al conocimiento de las autoridades correspondientes para su persecución. Bien por que la víctima no denuncia el hecho o bien porque entran en juego otros factores como el extracto social concreto, produciéndose una mayor persecución de unos delitos en un ámbito social que en otro, dando así lugar a una selección en la persecución; bien por que en cierta franja de delitos se produce una mayor proliferación de medios de investigación o no, y ello produce también un proceso selectivo.

denunciados, que sin duda, determinará en la mayor parte de los casos la futura resolución en uno u otro modo del proceso penal. También, si por ejemplo, analizamos tanto el Derecho penal sustantivo como el Derecho procesal penal encontramos diversas manifestaciones del principio de oportunidad⁷⁰. Otra manifestación del principio de oportunidad es la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en referencia a juicios de faltas, permite al Fiscal General del Estado impartir instrucciones «sobre los supuestos en los que en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir a juicio, cuando la persecución de la falta exija denuncia del ofendido o perjudicado». Y se añade a continuación: «en estos casos la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que deba ser castigado, que remite ambos extremos al criterio del juez, salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones»⁷¹. Otro ejemplo, sería el de las infracciones cuasi-públicas, tal es el caso de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.1) y de los delitos contra el mercado y los consumidores (art.287.1), en donde la potestad decisoria de la víctima respecto a la iniciación del proceso se yuxtapone la posible iniciativa del Fiscal. A éste último le está permitido abstenerse de activar la persecución punitiva aun cuando los hechos revistan indicios fundados de delito; se le da la posibilidad de sustraerse al carácter obligatorio de la acción penal consagrada en los arts. 105 y 271 L.E.Crim. Se da entrada, por tanto, al principio de oportunidad⁷².

⁷⁰ Aún cuando un sector de la doctrina es contrario a interpretar la existencia del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento penal ordinario. *Cfr.*, ARMENTA DEU, T., «El proceso penal...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es otro sector, en el que me incluyo, entiende que existen manifestaciones directas del principio referido en instituciones como la conformidad, la necesidad de denuncia en delitos semipúblicos, en el perdón del ofendido, en la suspensión de la ejecución de la pena, etc. *Vid.*, CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, Entre las diversas manifestaciones del principio de oportunidad, tales como: la denuncia en los delitos semi-públicos, la querrela en los privados, el perdón del ofendido, la «licencia» del juez o tribunal en las injurias o calumnias vertidas en juicio o análogas, la remisión condicional, el indulto, la remisión condicional al toxicómano, no reincidente o deshabitado o que se someta a tratamiento de desintoxicación (quedando condicionado dicho beneficio a su cumplimiento y no-reincidencia), la atenuación de la pena para terrorista con propósito de reinserción social y que colabore con la justicia. También observamos la institución de la conformidad recogido en el art. 655 de la L. E. Crim. y artículos 801 y 787 L. E. Crim. (Reforma L. O 15/2003) o el supuesto del art. 694 y 700 de la misma ley, que reconoce que el sistema penal al lado de sistemas de conflictos debe coexistir espacios de consenso y los recursos de apelación donde el MF tiene la amplitud para decidir interponerlos o desistir, como en el de casación, que además de lo indicado para la apelación, se mueve en unos límites muy estrictos.

⁷¹ ALONSO RIMO, A., *víctima y sistema penal:...*, *op. cit.*, pp. 151.

⁷² Finalmente, otros ejemplos del principio de oportunidad, amén de los mencionadas con anterioridad son las «medidas aceleradoras adoptadas por el proceso español»⁷², entre ellas, la reducción al mínimo de la fase instructora- incluso eliminándola, ante la falta de necesidad de proseguir con la investigación, que se aplica en cuatro supuestos: a) haberse reconocido los hechos objeto de la acusación (art. 798.5.V L.E.Crim.); b) la flagrancia de estos últimos (arts. 790.1. II y III y 790.6V y VI L. E. Crim.) la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta (arts. 962 y concordantes); o d) resultar de la denuncia, querrela o cualquier actuación procesal la imputación de un delito, comprobada la no-falsedad manifiesta de los hechos (art., 24.1 LO 5/1995 de los Tribunales del Jurado). Y ampliar notablemente los supuestos de conformidad existentes (arts. 791.3 y 793,3 L. E. Crim. y art. 50 LO 5/1995) a fin de reducir la fase cognoscitiva o de juicio oral. *Vid.*, RINCÓN RINCÓN, J. E., «Sistemas penales comparados: mediación penal y Justicia alternativa. Venezuela», *La Ley*, núm.15, enero, 2005, pp. 227-234. Todos los sistemas de una u otra manera aceptan el principio de oportunidad. En la actualidad puede comprobarse a través del análisis del Derecho comparado una importante y consistente difusión del principio de oportunidad e incluso de institutos basados en él.

Por lo tanto, vemos que antes de iniciarse el procedimiento penal o durante el desarrollo del mismo operan varios factores de selección y, una vez, denunciados los hechos, la investigación policial no siempre es igual de intensa en todos los delitos dependiendo de los medios, gravedad de los mismo, etc., aceptándose soluciones que permiten el sobreseimiento de la causa, basándose en razones no siempre expuestas explícitamente en las resoluciones, pues en el fondo se opera con criterios selectivos ajenos a la causa. Igualmente, otras causas se archivan por desconocimiento del autor. O bien el propio legislador introduce también la selección cuando requiere, por ejemplo, la denuncia previa, etc. En definitiva, es imposible perseguir todas las infracciones penales existiendo un indiscutible proceso de selección⁷³.

Hablar de principio de legalidad versus principio de oportunidad resulta incorrecto⁷⁴ y equivocado⁷⁵ ya que no podemos plantear la cuestión en el modo que lo hacen los defensores acérrimos del principio de legalidad. Lo que está en juego es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena, así como cuáles son los fines que deben perseguirse con el proceso penal. Es evidente, que con una interpretación rígida de este principio no podemos hablar de un Derecho penal capaz de dar solución a los conflictos sociales, ni la pena será un instrumento útil como presupuesto legitimador de su aplicación. En todos los sistemas penales existe el principio de legalidad como regla y en algunos se acepta el principio de oportunidad como principio que cohabita con el anterior y en otros, se acepta como una excepción.

En nuestro país, en la línea de su inclusión se manifiestan diversos autores, entre ellos, VIVES ANTÓN⁷⁶ que defiende que la «*ley podría otorgar un margen al principio de*

⁷³ SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad,...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁷⁴ No podemos decir que cuando funciona la legalidad no funciona la oportunidad y a la inversa, ya que ello no es cierto.

⁷⁵ *Vid.*, CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y...», *op. cit.*, SANCHO GARGALLO, I., «Legalidad, oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es y VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación...*, *op. cit.*, p.192.

⁷⁶ VIVES ANTÓN en *Doctrina constitucional y reforma del Derecho penal*, en Jornadas sobre Justicia penal. p.108 y también citado en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, Pero todos los sistemas de una u otra manera aceptan el principio de oportunidad. En la actualidad puede comprobarse a través del análisis del Derecho comparado una importante y consistente difusión del principio de oportunidad e incluso de institutos basados en él. *Vid.*, en el mismo sentido, RUIZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en Jornadas sobre la Justicia en España, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3ª ponencia, publicada por Poder Judicial, número especial II, p.68 Estima que el principio de oportunidad conforme al criterio norteamericano (discrecional), no cabe en el sistema español. Ahora bien, una oportunidad en sentido estricto y limitado, cuando «*viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamiento*» resulta una oportunidad reglada que se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa. Habla de reafirmar el principio de legalidad como contrapuesto al de arbitrariedad, expresión distinta de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado. Y CONDE PUMPIDO, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, número especial VI: protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales y libertades públicas, www.poderjudicial.es, para quien una oportunidad con márgenes precisos, estableciendo legalmente los supuestos de ejercicio del principio, y con los correspondientes controles- «*principio de oportunidad reglada*»-, entra dentro del campo de la legalidad, pues al usar el MF una facultad que la ley le reconoce, no puede vulnerarse esta, admisible en el marco constitucional. En este sentido, el autor habla de que existen en el ordenamiento penal español amplias zonas de arbitrio Judicial que el Fiscal puede utilizar en su calificación, y ello quiere decir, que de acusar habrá que hacerlo en los términos de la ley, pero el MF sigue conservando la libertad de elegir penas alternativas, rebaja facultativa de la pena, etc., autorizando

oportunidad y este margen no tendría porque ser constitucionalmente ilegítimo...es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad y prohibición de exceso...el principio de oportunidad y la conformidad tienen que estar sujetos a límites». Por su parte, PÉREZ CEPEDA⁷⁷ afirma que (refiriéndose a aquellos que abogan por las figuras de la mediación) que el principio de legalidad debe ir cambiando hacia criterios de oportunidad que permitan mejorar el papel de la víctima en el proceso penal. HASSEMER⁷⁸ mantiene una postura intermedia y sostiene como necesaria tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesario. Constata que el principio de legalidad no se aplica en la práctica de forma absoluta, pero llega a afirmar que el principio de oportunidad debe de estar determinado con absoluta precisión. GIMENO SENDRA⁷⁹, opina que sería aconsejable la aplicación del principio de oportunidad siempre que:

- Que los hechos punibles no lleven aparejadas penas graves de privación de libertad (habla de hasta tres años)
- El sobreseimiento por razones de oportunidad debe estar sometido a criterios preestablecidos, que impidan la infracción del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.
- Deberían excluirse de dicho sobreseimiento, los reincidentes, ocasionando la transacción antecedentes penales.
- La víctima debería ser previamente reparada, renunciando al ejercicio de las acciones
- Debe prohibirse expresamente cualquier suerte de negociación, entre las partes, en la individualización o quantum de la pena a imponer.

la ley al Fiscal al uso de criterios de oportunidad, si bien no de oportunidad libre sino reglada y reconoce que el art. 105 de la L.E.Crim. tiene un carácter menos imperativo del que a primera vista parece ya que lo que el Fiscal viene obligado a ejercitar «con arreglo a las disposiciones de la ley» son «*todas las acciones penales que estime procedentes*». Y son estas cláusulas de actuar con «*arreglo a disposiciones de la ley*» y de «*estimar procedentes las actuaciones a realizar*» las que admiten interpretaciones progresivas, acordes con la realidad social del momento, que atenúan el principio de necesidad del ejercicio de la acción. Así, manifiesta, que la cláusula «*con arreglo a las disposiciones de esta ley*» autorizaría a que el Fiscal en determinadas situaciones y bajo concretas condiciones no ejercitará la acción penal. Y afirma que el MF desde siempre ha venido obligado a decidir, según su criterio, «*si concurren todos los supuestos del hecho y de Derecho de la acción, en suma si la acción es procedente*», para lo cual es preciso un margen de «*discrecionalidad*», la oportunidad objetiva. En definitiva, el sistema penal procesal se haya en la práctica imbuido en el uso del principio de oportunidad, en casos como el archivo de delitos de bagatela, calificación como faltas delitos de tráfico.

⁷⁷ PÉREZ CEPEDA, A. I., «La víctima ante el Derecho penal; especial referencia a las vías formales e informales de reparación y conciliación», *op. cit.*, p.273, también en «La Victimodogmática en el Derecho penal», *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 57–86. También en *Derecho, Proceso penal y Victimología*, *op. cit.*, pp. 59–84.

⁷⁸ HASSEMER, W., «La persecución penal: Legalidad y oportunidad» (Trad. De Cobos Gómez de Linares) en *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 4, septiembre, 1988, pp.8 y ss. citado en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁷⁹ GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es. Por su parte GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, Vol. II, *op. cit.*, p.125 citado en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

- Ha de garantizarse la espontaneidad o libertad de la declaración de voluntad del inculcado y la libertad en la expresión de su consentimiento.

Por su parte, SANCHO GARGALLO⁸⁰ afirma que existen serias dificultades para incorporar el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento. Opina que si legalidad y oportunidad no se oponen y cabe admitir la oportunidad como manifestación de la legalidad cuando dicho principio esté regulado legalmente, entonces tanto la oportunidad tasada como la discrecional son legalidad, cualquiera que sea su amplitud, con tal de que el principio se encuentre legalmente previsto, cuestión y razonamiento con el que coincide plenamente. Sigue el autor afirmando que lo único que ocurre es que la oportunidad discrecional habría de conjugarse con el principio de proporcionalidad y con el principio de igualdad, y ello supone una mayor dificultad de control y una mayor maduración jurídica en su ejercicio. Es decir, que el principio de oportunidad introducido legalmente es admisible en el marco constitucional. No obstante, manifiesta cuales pueden ser los reparos a su planteamiento:

1) Por una parte, el derecho del acusado a no declararse culpable y la negación de acceso a la justicia. Para él no se trata de argumentos absolutos, al acusado no se le obliga a declararse culpable, es éste quien voluntariamente lo hace asistido de letrado. Aspecto que coincide plenamente con el planteamiento de la mediación penal, que no obliga al acusado a declararse culpable o a confesar su culpabilidad, es él quien con plena capacidad decisional y valorando los pros y contras de una u otra opción, decide asumir el entrar en el proceso de mediación. En esta línea la Recomendación No (99)19 sobre mediación penal dentro del proceso penal del Consejo de Ministros de la Unión europea de 15 de septiembre de 1999, en el punto IV.10 y II, que dicen «*antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus Derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión*», *ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión a aceptar el proceso de mediación*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha manifestado que no se produce violación del convenio porque existan transacciones siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos figura en todo caso la ausencia de amenaza.

2) Por otra parte, nos encontramos con el art. 124 CE citado anteriormente que dice que el MF tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Pero, expresa el autor, que si el principio de oportunidad se encuentra normado, entonces actuar el MF conforme al mismo está actuando conforme a la legalidad⁸¹.

⁸⁰ SANCHO GARGALLO, J., en «Legalidad, oportunidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁸¹ Conforme a ello piensa que la interpretación de este artículo permite la introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal. No existe en la CE una norma que signifique que el sistema por el que se rija sea por el principio de legalidad en el sentido de enjuiciamiento absoluto de todos los casos, como contrapunto al principio de oportunidad. Otra cuestión distinta es la referente al principio de legalidad en sentido penal, que indiscutiblemente en un Estado social y democrático de Derecho aparece protegido en la Constitución. Al referirse el texto constitucional a que las funciones del MF serán ejercidas con sujeción al principio de legalidad, únicamente pretende limitar la actuación de éste a la existencia de la ley anterior amparadora del ejercicio de su acción penal. Al igual que el juez y la Administración se encuentran sujetos al principio de legalidad, el MF tiene el límite de su capacidad acusatoria en el mismo principio, en el de legalidad, pero se trata de legalidad penal, no de legalidad en el sentido de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. Y termina diciendo que permitiendo la CE el

Por otro lado, el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992 decía: «*concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil y contraproducente*» y prosigue: «*aquel principio negativo que, desde la perspectiva del imputado o condenado, es un Derecho fundamental, no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el MF proclamado en el art. 105 de L.E.Crim. , debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido en interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una poena naturalis y otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial*»⁸².

Podemos afirmar que el uso de la discrecionalidad no tiene porque romper el principio de legalidad⁸³ cuando es la propia ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla se

principio de oportunidad su incorporación al ordenamiento, su amplitud y límites, no es más que una decisión de orden político en la que deberán sopesarse las ventajas e inconveniente que la introducción del mismo conlleva. Finalmente, el autor, razona que, no obstante, el Fiscal tiene libertad de acción dentro de determinados límites, sujeto, dentro de ellos, al principio de imparcialidad, de igualdad y al precedente, de tal manera que debe existir siempre una correlación entre las diversas actuaciones del MF para así mantener los indicados principios. Resultando justificado el principio en razones de igualdad pues corrige las desigualdades del proceso de selección; en razones de eficacia, dado que permite excluir causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves; y en cuanto a la concepción de la pena, ya que una concepción que vaya más allá de la teoría retribucionista de la misma, permite que el principio de oportunidad surja como un instrumento altamente preciso para llevar a cabo su misión. *Cfr.*, BELLING, E., *Derecho procesal traducción y notas de Fenech*, Edit., Labor, p.25, Barcelona, 1943, citado por CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «*El principio de legalidad y...*», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, al hilo de la cuestión de sí la autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de nimiedad de la infracción o por temor al escándalo público o por temor a costos considerables, «*el principio de oportunidad no significa que el Fiscal pueda disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción viene ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas y que responden a un criterio axiológico, que las hace prevalecer sobre el eventual castigo del hecho concreto*».

⁸² LANZAROTE MARTÍNEZ, P., «*La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas?*», *Revista del Poder Judicial* n° 34, junio, 1994, www.poderjudicial.es, en la misma línea la Memoria del Fiscal General del Estado en 1987 argumenta que debía de meditararse por nuestros responsables políticos, pues no cabe duda que su implantación si se produce con el debido control jurisdiccional, produciría provechosos beneficios en aras de la eficacia y celeridad de la Administración de justicia, al afectar a hechos típicamente de escasa trascendencia, eliminaría los conocidos riesgos de las penas cortas de libertad, cuando así lo aconsejaré del Derecho del perjudicado y la satisfacción del interés social. Y la Circular 1/1989 de la Fiscalía del TS, en aplicación de la LO 7/1988, recordaba al MF en el momento de redactar el escrito de acusación, que el proceso penal tiene, además del fin de actuación del *ius puniendi*, el de reparación a la víctima y resocialización del acusado, por lo que pueden buscarse fórmulas de consenso entre acusación y defensa para la solución del conflicto. Citada por VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación...*, *op. cit.*, p.194

⁸³ De hecho, hoy por hoy, el principio de oportunidad es una realidad plena en la legislación penal de menores que permite, conforme al art. 19 de la Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal de los menores, la posibilidad de aplicar la conciliación y reparación entre víctima y victimario en cualquier fase del proceso, permitiendo el archivo de la causa a criterio del MF. ¿Por qué no habría de ser posible en adultos si es

fijan límites⁸⁴. En este contexto, el argumento habitualmente esgrimido en contra de la mediación de que la misma vulnera el principio de legalidad⁸⁵ no es ajustado a la realidad, siempre y cuando la misma se realice bajo el marco de referencia de una legislación que la regule. Como manifiesta TRUJILLO MATÍAS⁸⁶ «...a veces tengo la impresión de que el principio de legalidad es algo impuesto en las facultades de Derecho...algo que no puede ser revisado, discutido o remarcado de nuevo...la mediación no es contraria al principio de legalidad...». Para concluir, puede y debe mantener una conexión con el principio de legalidad a través de la previsión de los supuestos en que se autoriza la aplicación de aquel:⁸⁷

1. El Ministerio Fiscal debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado a una infracción,
2. Deben desarrollarse normas legislativas en orden a la fijación de las condiciones que pueden ser impuestas en la decisión de abstención,
3. El objeto de esas condiciones debe de ser la mejora del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción,
4. Las condiciones impuestas no deben restringir los Derechos políticos del imputado y no deben tener naturaleza punitiva,
5. Las condiciones, que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de la condena.

III. El principio de seguridad jurídica.

El concepto de seguridad jurídica se presenta como una decantación del concepto vulgar de seguridad y se basa en la predictibilidad de la conducta de los poderes, entes públicos, los ciudadanos y los entes sociales⁸⁸. Podemos definir que la seguridad jurídica constituye la *última ratio* de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento⁸⁹. La discusión sobre las

posible en menores?, ¿no será más una cuestión de Política criminal que de permisibilidad de la Norma suprema?

⁸⁴ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁸⁵ *Vid.*, entre otros, QUERALT, J. J., en «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos», *op.cit.*, p.163, también en *Victimología y Victimodogmática...*, *op. cit.*, pp. 191-242.

⁸⁶ TRUJILLO, J., en «Mediation: would it work in Spain too?» *op. cit.*, p. 22.

⁸⁷ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

⁸⁸ Como bien afirma el Tribunal Constitucional, este principio es una exigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica. En nuestro Derecho Constitucional la seguridad jurídica es un principio del ordenamiento jurídico que vincula a todos los poderes públicos, pero no constituye un Derecho subjetivo.

⁸⁹ MATEO DÍAZ, J., «La seguridad jurídica y la protección de las víctimas», en *Jornadas canarias: La víctima y sus Derechos, un objetivo para la Política criminal*, Las Palmas de Gran Canaria, 2000, ejemplar manuscrito.

alternativas a la pena privativa de libertad o, posteriormente, sobre las alternativas a la pena y al propio procedimiento penal, pone sobre el tapete la problemática acerca del riesgo de inseguridad o falta de certeza sobre las consecuencias efectivas que va a tener la infracción de una norma penal, puesto que el juez dispone de un elenco de disposiciones decisorias que conducen a diversas formas de respuesta respecto al hecho delictivo⁹⁰.

Los debates doctrinales y reformas operadas en el Derecho comparado que sustentan la inclusión de la mediación en el ámbito penal como método de Política criminal para obtener la reparación y conciliación autor-víctima se fundamentan en la limitación de la actividad punitiva del Estado, presentando alternativas o sustitutivos a la pena de prisión. Por ello, resulta ineludible en el momento de la reacción penal el reconocimiento de ciertos márgenes para el arbitrio judicial que permitan adecuar la respuesta a las circunstancias del caso concreto. Pero ello, no significa, sin embargo, que las instancias judiciales no estén vinculadas a ciertos criterios que permitan orientar y justificar sus decisiones y, además, las hagan susceptibles de control. La clave, por lo tanto, se encuentra en que el legislador debe determinar con el máximo de claridad y coherencia estos criterios, para así poner coto a la arbitrariedad, y a la inseguridad y falta de certeza derivadas de ella⁹¹. Lo cuestionable no es en sí la existencia de variadas alternativas sino la claridad en la determinación y delimitación de los criterios de aplicación conforme a la finalidad de cada una de ellas⁹². Por lo tanto, podemos afirmar que la garantía de seguridad jurídica se verá satisfecha en la medida en que el sujeto pueda saber cuál es el límite máximo de sanción que puede aplicarse en su caso en función de la gravedad del hecho cometido.

Por otro lado, las exigencias de seguridad jurídica, de certeza, deben plasmarse en una cierta formalización, en cuanto constancia fehaciente, por escrito, del proceso que conduce a los acuerdos⁹³ y a la reparación o conciliación como resultado de la mediación. Por eso es importante, que el contrato de mediación donde se recoge el acuerdo sea aportado al juez y al MF, para que puedan adoptar la decisión sobre los efectos jurídico penales de la regulación alcanzada. Decisión que deberá ser motivada y, por ello, susceptible de control⁹⁴. Buen ejemplo de este extremo es el Proyecto Piloto de Mediación de la Comunidad de Cataluña (PPMCA) que ha desarrollado por primera vez en España la inclusión del contrato de mediación y su reconocimiento dentro del propio escrito de calificación de los hechos y de sentencia penal, que

⁹⁰ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 395. Hablaríamos de la decantación de la garantía material del principio de legalidad, que requiere una determinación de las conductas punibles mediante el *principio de taxatividad* o mandato de certeza.

⁹¹ *Ibidem.*, p. 395.

⁹² Si dado un determinado hecho delictivo o por las particulares circunstancias personales del sujeto no es necesaria la pena que alcanza ese límite, o incluso cabe la sustitución de la pena o la renuncia de ésta, se estará limitando la previsión inicial de restricción de libertad o derechos y, no implicaría por tanto una carga adicional imprevisible. *Vid.*, en este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Estudios de Deusto*, 38-2, 1990, pp. 621-622 y ZUGALDIA, J. M., *Fundamentos*, 1993, p.128. También citados en PÉREZ SANZBERRO, G., *en Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 395.

⁹³ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 395.

⁹⁴ *Ibidem.*, p. 395.

recoge el contenido del acuerdo⁹⁵. Tarea del Derecho tratar desigualmente a los desiguales, para obtener cierta igualdad⁹⁶.

IV. El principio de Igualdad.

El principio de igualdad, que goza de una amplia protección constitucional (arts. 1, 9.2 y 14, entre otros) garantiza, no sólo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la igualdad en la aplicación de la ley al caso concreto. La Constitución prohíbe tanto la desigualdad del contenido de la ley, obligando al legislador a fundamentar el diferente trato normativo, como la desigualdad en su aplicación por el Juez, obligando a éste a motivar las diferencias cuando aplica la norma. Por ello, la dificultad de este principio radica en determinar cuáles son los criterios para decidir si las diferencias tomadas en cuenta por el legislador al crear la norma o por el juez al aplicarla, preservan aquel principio por estar justificadas⁹⁷. La conjugación de este principio con el de seguridad jurídica (proclamado también en el art. 9.3 CE) exige la existencia de una jurisprudencia uniforme o, en otras palabras, una interpretación uniforme de la ley que exige igualdad de trato a los ciudadanos ante casos iguales⁹⁸. El principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley determina que sean cuales fueren los órganos jurisdiccionales competentes, se aplique a una misma situación jurídica idénticas soluciones⁹⁹.

Los seguidores de la Justicia Restaurativa no ven este principio como un valor rígido al cual deban de subordinarse otros fines como puede ser la reinserción del infractor o la reparación a la víctima. La mediación es una técnica cuya utilización descansa en el precepto de igualdad de las partes ante la ley. Ello no significa que las personas sean iguales, sino que los son sus derechos y obligaciones fijados por un marco normativo al que se adhieren en virtud de sujetos de Derecho¹⁰⁰.

A priori, dos clases de situaciones parecen poner en entredicho el principio de igualdad en el tratamiento de las infracciones penales dentro del marco de la mediación penal¹⁰¹. Por un lado, los obstáculos ajenos a la voluntad del autor, que dificultan o impiden la reparación, y por ello el eventual tratamiento jurídico penal más benigno. Por otro lado, la desigualdad en función del distinto tipo e intensidad de las cargas asumidas por el infractor, para casos que, desde la perspectiva de las definiciones jurídico-penales, entrañan una

⁹⁵ *Vid.*, GORDILLO SANTANA, L. F., «La mediación penal:...», Capítulo 2, *op. cit.*, pp. 297 y ss., Otro ejemplo, sería el Proyecto Piloto de La Rioja que, aún cuando no recoge en sentencia el contrato de mediación de forma explícita, si supone la inclusión de los acuerdos en la motivación de la misma como criterio bien para atenuar la pena, bien para sustituirla, bien para suspenderla, etc.

⁹⁶ RUIZ VADILLO, E., «Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal», *Eguzkilore*, Revista del Instituto Vasco de Criminología, nº 13 extraordinario, pp.297 y ss.

⁹⁷ *Vid.*, entre otros, ARMENTA DEU, T., «El proceso penal: nuevas tendencias,...», www.poderjudicial.es y COBO DEL ROSAL, M., y QUINTANAR DíEZ, M., *Instituciones de Derecho penal español, parte general*, *op. cit.*, pp. 63-65.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* *op. cit.*, p. 191.

⁹⁹ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del Proceso penal*, Aranzadi, 1999, p. 88.

¹⁰⁰ BAZÁN, L y Otros, *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, 1996, p. 238.

¹⁰¹ PÉREZ SANZBERRO, G., G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 397.

gravedad semejante. Respecto a las primeras, situamos las siguientes circunstancias: 1) la influencia de la víctima en lo que sea la definitiva respuesta penal; 2) la posición de desventaja de aquellos que no tienen recursos para poder realizar prestaciones reparadoras; 3) la dificultad de acceso de ciertos delitos a la mediación autor- víctima (delitos sin víctima, tentativa de delito)

En cuanto a la víctima se refiere, se ha cuestionado la influencia de la víctima en el proceso sancionador, según esté dispuesta o no a participar en un proceso de mediación, o en virtud de que dificulté o facilite la consecución de un acuerdo, lo que podría determinar la imposición o evitación de la pena o influir en la medición judicial de la misma. Sin embargo, no puede negarse que la realidad actual del control del delito está condicionada por el comportamiento de la víctima, ya que la mayor parte de los delitos los son a partir de la denuncia de la víctima y, estos son una pequeña parte de los efectivamente cometidos, con lo que un volumen importante queda en la oscuridad, al margen del control jurídico penal y de la posibilidad de punición¹⁰². Podría decirse que el sistema penal induce de forma desigual en el tratamiento del delito desde este punto de vista. Pero el sistema penal no puede perseguirlo todo¹⁰³. Conviene asumir el Derecho de la víctima a denunciar o no y la imposibilidad de un control absoluto de la delincuencia y, que en consecuencia, el sistema penal una vez que interviene, lo haga sobre bases que incorporen factores de desigualdad que no se explican por la necesidad de adecuar la respuesta a las particulares circunstancias del hecho y del sujeto infractor, sino por la disposición de la persona ofendida favorable o no a llegar a un acuerdo con aquel. Pero esto sólo ocurriría si lo único relevante fuera la satisfacción a la víctima y de su disposición a reparar el daño.

Un ejemplo de una situación de este tipo¹⁰⁴, se puede dar en el Derecho penal propiamente dicho sin necesidad de acudir a la mediación penal, por ejemplo, en el caso de un menor de edad víctima de un delito contra la libertad sexual, que en un principio interpone denuncia por los hechos y, que posteriormente, decide con la aquiescencia de sus padres retirar la denuncia y el MF atendiendo a la edad cercana a la mayoría de edad, pruebas, estado emocional, etc., decide retirar la acusación (más bien no ejercitarla) haciendo uso del principio de oportunidad. O para el caso de una víctima que cansada de los avatares dentro del aparato judicial y de las re-victimaciones secundarias sufridas en él, decide no acudir a juicio como testigo dejando el proceso «*colgado de hilos*», respecto a la prueba de cargo existente. Situación no igual pero recurrente en este caso, sería la aplicación de la inimputabilidad a los drogodependientes y los criterios que la determinan¹⁰⁵. Pero, a pesar de que no se llegue a una solución que contribuya a la pacificación social de las particulares relaciones entre infractor-víctima, desde ese enfoque, es posible justificar la valoración del comportamiento positivo post delictivo del infractor¹⁰⁶ tendente a compensar las consecuencias del delitos, bien porque acudamos al art. 21.5 CP, bien porque el juez o tribunal decida la suspensión de la pena (arts. 8o y ss. del CP) o, bien dentro del marco del proceso de mediación se decida realizar un

¹⁰² Vid., GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 3ª ed. actualizada y corregida, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 115 y ss.

¹⁰³ Vid., GORDILLO SANTANA, L. F., «La mediación penal:...», Capítulo 3, *op. cit.*, pp. 344 y ss., en relación al principio de legalidad.

¹⁰⁴ Vid., ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁵ Vid., ESTRELLA RUIZ, M., «Imputabilidad y drogodependencia», Consejo General del Poder Judicial, la imputabilidad en general en el Derecho penal, 2002, www.poderjudicial.es.

¹⁰⁶ PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en...*, *op. cit.*, p. 387.

proceso de reparación con la sola presencia del victimario, como de hecho prevé la ley 5/2000 de Responsabilidad de menores o como se lleva en la práctica en los proyectos de Cataluña o en el Derecho y práctica comparada¹⁰⁷.

No obstante, se discute la posibilidad de reconocer o no una mayor relevancia y alcance al esfuerzo reparador del victimario, de modo que se convierte en un factor fundamental de la respuesta frente al delito. Sin embargo, la misión del Derecho penal no es coyuntural y a éste no le corresponde la resolución de los conflictos autor- víctima y la satisfacción de los intereses de esta última, lo que se pretende es una incidencia a largo plazo en la sociedad. Y factor fundamental de esa incidencia en la exigencia de responsabilidad por el hecho en una sociedad democrática.¹⁰⁸ Y, dentro del proceso de mediación, precisamente, se produce la manifestación de esa responsabilidad que es la responsabilización que se produce en el mismo y que deriva en la reparación del daño causado. Con ello, el paso a un tratamiento desigual del infractor pierde sentido ya que lo esencial no es la resolución del conflicto interpersonal sino la pacificación social entendida como proceso de responsabilidad y responsabilización del infractor. En resumen, lo que interesa no es el contenido del acuerdo celebrado, sino la acción de reparar o el esfuerzo por llevarlo a cabo, ya que, a diferencia de la reparación estrictamente civil, la reparación penal, engloba cualesquiera otras prestaciones de cualquier signo que las partes entiendan suficientes para llegar al acuerdo, en caso de haberlo. Ya en el caso, por ejemplo, de que la víctima, no quisiera aceptar la entrada en un proceso reparador, existe la posibilidad de buscar otras vías reparadoras para con la sociedad y la comunidad. Evitando así la potencial desigualdad que se podría dar entre los procesos donde la víctima accede al acuerdo y los que no.

En este marco, existe otra objeción relativa al trato desigual del que serían objeto las personas que carecen de recursos económicos para poder reparar el daño, y por tanto, beneficiarse de los efectos de la renuncia, sustitución o atenuación de la pena, merecen atención las fórmulas ensayadas y las propuestas que tratan de eludir este problema, afirma la autora, que una de las posibles soluciones son las prácticas llevadas a cabo, por ejemplo en la RFA y en Austria¹⁰⁹, donde existen fondos de compensación por los que se concede a los infractores préstamos a bajo interés, destinados a resarcir los daños a la víctima. Pero, sin duda, la reparación del daño no siempre tiene que consistir en una indemnización económica ya que como ya explicamos en su momento hablar de reparación penal no es lo mismo que hablar de reparación civil, son conceptos que pueden llegar a coincidir en ciertas situaciones pero no siempre tiene porque. Bien puede quedar satisfecho un daño determinado mediante un acuerdo que incluye una serie de actividades determinadas en pro de la víctima o con

¹⁰⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., La víctima en el Derecho penal, Aranzadi, 1998., p. 208, «la reparación, bajo el apartado del artículo 21. 5 del C.P. es la “medida de las propias fuerzas”, algo básico para evitar que los nuevos mecanismos de favorecimiento de la reparación supongan el restablecimiento de una praxis contraria al principio de igualdad». Cfr., QUERALT, J. J., en «Víctimas y garantías:...», *op. cit.*, p. 163 y «La mediación en España y perspectivas internacionales», *op. cit.*, p. 364, quien afirma que no todos los supuestos pueden ser tratados idénticamente, a la vista de las posibilidades personales y materiales de reparación a la víctima. Ello tiene como consecuencia que, ante hechos análogos, unos sujetos pueden eludir la pena de prisión y otros no.

¹⁰⁸ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 388.

¹⁰⁹ *Vid.*, GORDILLO SANTANA, L. F., «La mediación penal:...», Capítulo 2, *op. cit.*, pp. 253 y ss., defendida el 22 de septiembre de 2005, Universidad de La Rioja, ejemplar depositado.

carácter de utilidad común, o bien bastar simplemente con actos simbólicos como el perdón, una carta de arrepentimiento, etc.¹¹⁰.

En cuanto a la exclusión de ciertas categorías delictivas de la posibilidad de realizar un intento de mediación y de una eventual reparación, pudiendo derivar en un trato igual en comportamientos de semejante gravedad:

1. Sería sorprendente que una lesión pudiera ser abordada por un proceso de mediación y una tentativa de lesiones, al no haberse producido resultado lesivo alguno, al infractor deba imponérsele una pena. Pero en un proceso de mediación no sólo se atiende a acepciones del daño sino que tiene una visión reparadora que admite otras prestaciones de carácter inmaterial a favor del sujeto pasivo del delito.
2. Respecto a los delitos contra bienes jurídicos colectivos, debe establecerse una distinción entre aquellos que pueden suponer un daño mensurable y aquellos que por su estructura de delitos de peligro no implican lesión o daño efectivo alguno (salvo que se trate de la producción de un peligro concreto contra las personas, pues en estos casos podría reproducirse lo expuesto respecto a la tentativa de delito).

En relación a los primeros, si bien resulta problemático aplicar el pensamiento de la mediación a este tipo de procesos, puesto que los perjudicados no son personas individualizadas sino un colectivo, lo que si puede entrar en consideración son las actuaciones del infractor dirigidas a eliminar los daños provocados; pensemos en unos daños en objetos o bienes de titularidad pública o en el poderamiento de los mismos.

En cuanto a los delitos de peligro, especialmente, los de peligro abstracto, no debe olvidarse la problemática que entrañan desde la intervención penal como *ultima ratio*, y la consecuente reflexión sobre la validez de otros instrumentos de control para el tratamiento y prevención de dichas conductas. No obstante, es evidente la necesidad de control penal respecto a determinados ataques a bienes jurídicos supraindividuales, institucionales, donde resulta imposible dar cabida a la idea de la mediación, puesto que no existe víctima o afectación personal directa como consecuencia del delito. No obstante, ello sería viable si se reconoce el esfuerzo reparador del infractor independientemente de la no existencia de la víctima.

En conclusión, estimamos que si bien el proceso de mediación como tal no es viable en cierto tipo de delitos, si es más cierto que las características de la reparación penal permiten, desde una acepción amplia, extender la instrumentalización de técnicas de mediación a favor de la obtención de una reparación penal, que no tiene porqué referir exclusivamente a una reparación de carácter civil.

Y, en último lugar, en relación a la situación factible de que en los diversos procesos de mediación penal puede surgir que las prestaciones a las que las personas se obligan como consecuencia de un proceso de este tipo pueda tener un alcance o intensidad diversos. No

¹¹⁰ Vid., ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*. Elementos del delito en base a la Política criminal, PPU, Barcelona, 1992, p. 32.

significa una vulneración del principio de igualdad, puesto que se parte de que dichas cargas son asumidas voluntariamente por el sujeto. No obstante, el hecho de que sea el juez en última instancia quien valore la relevancia del acuerdo en sus efectos respecto a la pena, permite dejar en sus manos la valoración y graduación del esfuerzo realizado atendiendo a la exigencia general de la proporcionalidad, principio conectado a la exigencia de igualdad.

V. El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, al igual que el principio de igualdad, está vinculado al valor de justicia y es expresión de los valores del Estado de Derecho. Formulada negativamente implica la prohibición de exceso¹¹¹ y condiciona así, en sentido limitador, la intervención del Estado en el ámbito de los derechos individuales¹¹². El criterio de oportunidad se fija en un marco de referencia en el cual se impide que el ataque a un determinado bien se sancione con una pena mayor que la prevista para la protección de un bien jurídico de superior jerarquía¹¹³.

En el concepto de proporcionalidad en sentido amplio, en cuanto prohibición de exceso, se contiene dos principios materiales, el de necesidad o mínima lesividad y el de proporcionalidad¹¹⁴ en sentido estricto o de «*adecuación al fin*». El primero, de naturaleza empírica, implicaría la exigencia de seleccionar entre varios medios idóneos aquél menos lesivo para la consecución del objetivo pretendido; el segundo, de carácter normativo –valorativo, impone una ponderación acerca de «*si el fin perseguido justifica el medio, adecuado, necesario, utilizado*»¹¹⁵. Por su parte, la mediación víctima–víctimario, en relación a este principio, parte de la invocación del principio de subsidiaridad de la intervención penal, de *ultima ratio*,¹¹⁶ que demanda la opción de la respuesta menos lesivas para la satisfacción de las finalidades de

¹¹¹ El principio de proporcionalidad exige una correlación entre la gravedad de la infracción penal y la consecuencia jurídica prevista para la misma, tanto en la calidad como en la cantidad de tal consecuencia.

¹¹² *Vid.*, ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito.*, *op. cit.*, p. 392.

¹¹³ *Vid.*, HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, p.279., también citado por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001., p. 147, p. 168 y 209, «la salvaguarda de los Derechos individuales, especialmente los que se estiman fundamentales, frente a la intervención estatal abusiva, exige no sólo un control formal de la legalidad, sino además uno de carácter material que verifique la menor lesividad de la intervención y su adecuación al fin perseguido»... La proyección del principio general de proporcionalidad en la sanción penal se produce históricamente, a partir de las concepciones retributivas de la pena, aunque también hoy en día las teorías preventivas, integran este principio como límite a la persecución de finalidades puras de eficacia que tienen a la contención de la comisión de los delitos. Se trata de «una concordancia material entre acción y reacción, causa y consecuencia, delito y consecuencia jurídico penal... nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas».

¹¹⁴ *Vid.*, BERDUGO, I., y otros., *Curso de Derecho penal, Parte General*, *op. cit.*, p.70, quienes diferencian entre dos acepciones, la de adecuación y la de ponderación y pp. 74–78, donde diferencian el principio de proporcionalidad general (como delimitación de la llamadas zona penal) del principio de proporcionalidad de la pena.

¹¹⁵ ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito....*, *op. cit.*, p. 392.

¹¹⁶ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C, «*El principio de legalidad y...*», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

prevención de delitos y constituye una manifestación del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso en el ámbito de la selección de la respuesta penal al caso concreto¹¹⁷. En este sentido representaría su adecuación a las exigencias del primer aspecto mencionado– el de necesidad o mínima lesividad– del principio de proporcionalidad en sentido amplio¹¹⁸.

En cuanto al *segundo aspecto*, la vertiente normativa del principio de proporcionalidad¹¹⁹ (o principio de proporcionalidad en sentido estricto), exige que la mediación, en cuanto asunción voluntaria de la responsabilidad a partir de la conciliación con la víctima tenga lugar en unas condiciones que no resulten excesivas en relación al fin de protección preventiva de bienes jurídicos y pacificación social, que no implique unas cargas que no se justifiquen conforme a la consecución del mencionado fin. En este sentido, la cuestión de que se acepten prestaciones que exceden más allá de lo exigible conforme a la gravedad del hecho, es una cuestión que preocupa y, en consecuencia, deben valorarse dos aspectos a la hora de interpretar el principio de proporcionalidad en este contexto. Por un lado, la existencia de una obligación civil que antes o después habrá de asumir el autor y, por otro lado, la espontaneidad– voluntariedad en la disposición de dialogar con la víctima, sea para excusarse, sea para ofrecerle otro tipo de prestaciones o apoyos.

En relación a este segundo principio, cabe mencionar que en el proceso de mediación se producirá la generación de un «*tercer espacio*», donde ambas partes puedan negociar sus diferencias y sus intereses a través de un proceso participativo con cabida para el diálogo y la comprensión de los sentimientos del otro, que nos va a llevar, sin duda, a acuerdos que no siempre comprenderán reparaciones económicas sino más vinculadas con el «*mundo interno*» de los mediados y que, en alguna ocasión, pueden presentarse excesivas. Sin embargo, no por ello, hemos de invalidarlas, sino que serán admisibles siempre y cuando el infractor las haya aceptado desde una situación de equilibrio y no poder de las víctimas en el proceso, es decir, desde un plano de igualdad¹²⁰. Unido al hecho de que la intervención de una instancia mediadora y del control judicial del acuerdo garantizan una evitación de las pretensiones abusivas de la víctima. No debe olvidarse que la decisión sobre la suficiencia y relevancia de la reparación debe adoptarla en última instancia el Juez de «*garantías*»,¹²¹ lo cual supone además una importante garantía frente a una eventual «*tiranía de la víctima*», de modo que podrá considerarse válido el esfuerzo por reparar aunque la prestación ofrecida sea rechazada arbitrariamente por el ofendido o bien, me atrevo a añadir, rechazada en caso de considerarse desproporcionada en relación a la infracción cometida. Para el primer caso, existe, no obstante,

¹¹⁷ Vid., GRUPO DE POLÍTICA CRIMINAL, *Propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Madrid, 26 de abril de 2003, 28 y 29 de noviembre de 2003 y Toledo, 7 y 8 de mayo de 2004, texto manuscrito, quienes afirman que cualquier exceso de pena o medida debe considerarse contrario a la Constitución. La tradicional preeminencia de la pena de prisión como respuesta prevista para delitos de muy distinta naturaleza no respeta el mandato de proporcionalidad.

¹¹⁸ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el... op. cit.*, p. 393.

¹¹⁹ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal de menores Vid., FABIA MIR, P., «Las especialidades del procedimiento de menores con relación a los principios del proceso penal», *Consejo General del Poder Judicial*, 2002, www.poderjudicia.es.

¹²⁰ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el..., op. cit.*, p. 394.

¹²¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho penal, op. cit.*, pp. 207 y 208.

una disminución de los efectos, abriendo una vía para la puesta en marcha de procesos de mediación por parte de la Administración¹²².

La pregunta siguiente sería si el juez debe admitir cualquier tipo de prestación, independientemente de su cuantía y de su modalidad. Parte de la doctrina entiende que la reparación debería cubrir un mínimo de los daños realizados, por ejemplo, la mitad de los mismos¹²³. Otro sector considera que una parte pequeña no sirve, aunque la víctima lo admita. Sin embargo, otro sector, con el que coincidimos,¹²⁴ afirma que la reparación deberá cubrir, dentro de determinados límites, la perspectiva de la víctima, entendiendo ésta admisible, si se corresponde con el juicio objetivo de un tercero inteligente.

VI. La presunción de inocencia.

Una de las cuestiones más reiteradas por la doctrina contraria a la inclusión de la figura de la mediación en el ámbito penal es la posibilidad de que con la aceptación del proceso de mediación por parte del infractor, se produce un reconocimiento prematuro de su responsabilidad, infringiendo así los derechos propios del acusado reflejados en el art. 24 de la CE, principalmente el de presunción de inocencia¹²⁵. Se produciría una coerción indirecta, como afirman algunos críticos con la figura¹²⁶.

Desde nuestro punto de vista, a priori, tales opiniones no son acertadas¹²⁷. Ello por una razón que parece pasar desapercibida a los críticos, el hecho de que el victimario esté

¹²² Vid., GORDILLO SANTANA, L. F., «La mediación penal:...», Capítulo 2, *op. cit.*, pp. 297 y ss., en relación a los proyectos de mediación llevados a cabo en España.

¹²³ LACKNER, K., *Srtafgesetzbuch*, & 46 a, num.2, dentro de la doctrina alemana, citado por ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación a la víctima...*, *op. cit.*, p. 325.

¹²⁴ HORN, E., *SK.StGB*, &46 a n.m.3, citado por ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima...*, *op. cit.*, p. 325.

¹²⁵ Vid., GORDILLO SANTANA, L. F., «La mediación penal:...», Capítulo 1, *op. cit.*, pp.167 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho penal*, *op. cit.*, p. 208; KUHN, A., *Tat-Sachen*, 1989, p. 243, citado por PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 177, reconoce que se actúa en un ámbito regulado por el Derecho, en el que debe salvaguardarse la garantía de presunción de inocencia y los Derechos asociados a ella, como el Derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y el derecho a la defensa y GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales...», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, y también citado por ALMAGRO NOSETE y MANZANARES SAMANIEGO, J. L., en «Oportunidad y conformidad», *Consejo General del Poder Judicial*, cuando dicen que la confesión no agota la pertinente y necesaria actividad probatoria, 2002, www.poderjudicial.es, «*recurrir*» a la confesión del imputado para poder beneficiarse de una «rebaja de sanción» o de un sobreseimiento bajo condición podría vulnerar el «*derecho a no confesarse culpable del art. 24.2 CE*»; además en un sistema de libre valoración de la prueba, la confesión.

¹²⁶ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁷ Vid., entre otros, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999; SAN MARTÍN LARRINOVA, M. B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos.*, Dpto. de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, 1997; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica.*, Comares, Granada, 1998, etc.

dispuesto a participar voluntariamente en el proceso de mediación penal sin presión ni coacción alguna, previa información de su derechos y las consecuencias de la elección de una u otra vía¹²⁸. Y, en la medida en que las cargas que soporta el sujeto responden a su propia iniciativa, aunque sea estimulada por las instancias judiciales, no puede afirmarse que el sujeto es tratado como culpable imponiéndosele una serie de exigencias debidas a su actuación, aún cuando no existen una declaración de culpabilidad, la persona viene a asumir su responsabilidad¹²⁹ en las consecuencias lesivas del hecho, lo que no coincide con el reconocimiento de la responsabilidad jurídico-penal¹³⁰.

Cabe mencionar que en la mayor parte de las legislaciones donde se recoge la figura de la mediación penal y, en la práctica comparada, existe el requisito previo del reconocimiento de los hechos por el autor¹³¹ o, por lo menos, una certeza probatoria manifiesta que indica su responsabilidad en los mismos¹³².

¹²⁸ *Vid.*, en este sentido la Recomendación R (99)19 sobre mediación en el ámbito penal y otros documentos internacionales, *Vid.*, Capítulo 2, El marco de las organizaciones internacionales, pp. 226 y ss. y MACKAY, R. E., «Ethics and good practice in Restorative Justice», *Victim-offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work*, Leuven University Press, 2000, p. 63, donde habla de los fundamentos éticos del proceso de mediación, así como Capítulo 2 de este trabajo donde se habla de las características esenciales del proceso de mediación, pp.190 y ss.

¹²⁹ *Vid.*, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El principio de oportunidad», *op. cit.*, www.poderjudicial.es y JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, William Publishing, U.K., 2002, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁰ PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 380.

¹³¹ En el Programa elaborado por el Departamento de Justicia del Ministerio de Justicia Canadiense para desarrollar la Justicia Restaurativa en este país se hace referencia a «*Las partes deben aceptar como un elemento esencial las partes esenciales de los hechos de la ofensa y el ofensor debe aceptar su responsabilidad en cuanto a la misma*».

¹³² Algunos autores fundamentan una crítica al modelo de Justicia Restaurativa basado en que este tipo de procesos están encaminados a imponer al causante reticente a pactar una sanción civil o penal y no a averiguar si el causante es responsable civil o penal de la producción del evento. *Vid.*, entre otros, QUERALT, J. J., «La mediación en España y perspectivas internacionales», *op. cit.*, p. 350, quien manifiesta que: «*El proceso de reparación así entendido, excluye el proceso de investigación, cosa que, además puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas en un mismo hecho*. Y, de esta manera, se genera una orientación sesgada pro víctima claramente distorsionada». *Cfr.*, esta concepción del proceso reparador dista mucho de la concepción que hoy se maneja en los países occidentales, en el sentido de que cómo mínimo, se han de cumplir una serie de requisitos para poder «*entrar*» en el proceso de reparación, por un lado, la confidencialidad del proceso, el reconocimiento mínimo de los hechos y la existencia de una mínima actividad probatoria. Resulta interesante rescatar, volviendo a los fundamentos dados al principio de este artículo, en relación a la figura de la conformidad en los Juicios denominados «*rápidos*» por delitos, que se admita la condena bajo el soporte de un reconocimiento previo de los hechos ante el juez instructor, sin celebración de juicio y, no se admita el proceso de mediación, donde el victimario entra con clara capacidad decisional, a pesar de que en todo caso el acuerdo enmarcado en el proceso de mediación, habrá de ser validado por el juzgador. *Vid.*, en relación a la exigencia de culpabilidad previa al proceso, KONDZIELA, A., *Mschkrim*, 1989, p. 181 citado en PÉREZ SANZBERRO, G., *En Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 383, considera que la reparación o mediación antes de que se haya producido la declaración de culpabilidad supone una infracción del principio de presunción de inocencia y, por tanto es inconstitucional. Su línea argumental se desarrolla del modo siguiente: la presunción de inocencia impide que el ciudadano sea tratado como culpable antes de que se produzca la condena con fuerza jurídica, por lo tanto sería ilegítima una anticipación de sanciones semejantes a la pena. En su opinión, lo decisivo es que se presente como

Si entendemos el principio de presunción de inocencia como una garantía instrumental del ejercicio del derecho fundamental de defensa¹³³– en materia probatoria, se considera como manifestación de este último, la posibilidad de renunciar a su ejercicio en un juicio oral. Cuestión que tampoco tiene porque darse ya que la mayor parte de los procesos de mediación llevados a cabo en España¹³⁴. De hecho, los promotores de la Justicia Restaurativa tienen a aceptar que la negación de la responsabilidad por parte del victimario genera la remisión del asunto al sistema de justicia tradicional¹³⁵.

Se trataría, al hilo de lo esgrimido, de refutar la teoría de los vasos comunicantes según la cual «...*un mayor protagonismo y efectividad de los derechos de la víctima suponga,*

reacción en un supuesto hecho delictivo y sea percibida por los afectados como un mal. Pero este planteamiento parte de poner en duda el carácter voluntario de las prestaciones y, aún cuando no la niega, plantea la indisponibilidad de los derechos fundamentales, la imposibilidad de renuncia de la presunción de inocencia, puesto que estaría en juego el respeto su derecho a la dignidad. *Cfr.*, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 179. *Cfr.*, SAN MARTÍN LARRINOVA, M. B., en *La mediación penal...*, *op. cit.*, p.293, crítica la postura precedente argumentando que resulta bastante difícil establecer una equiparación cualitativa entre la pena y la mediación o reparación, otra cuestión es que se pueda operar como «*equivalente funcionab*» de la pena.

- No se puede negar el carácter de voluntariedad del proceso aún cuando podamos hablar de voluntariedad relativa¹³², pero no lo es menos que la que puede manifestar el inculpado ante un acto de conformidad, etc. Y esta amenaza surge, de por sí con la propia comisión del hecho.
- Derivar en los propios implicados el tratamiento del hecho delictivo no significa eludir las garantías de un procedimiento formalizado.
- La exigencia de que se produzca una confesión para que se produzca un intento de mediación puede implicar un factor adicional de presión sobre el sujeto que condiciona su posición jurídica en el procedimiento penal al haber renunciado a discutir su responsabilidad en el hecho en el caso de que el intento de mediación fracase.

¹³³ *Vid.*, PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, T., «*Los principios del Proceso penal y...*», *op. cit.*

¹³⁴ Especialmente, el desarrollado en La Rioja (PPMCR), ha venido entendiendo el respeto a los derechos del victimario a representación letrada, cuestión exigible en todo caso, ya que para el caso de que el infractor ostente representación letrada se requiere la autorización previa del mismo por escrito para el inicio del proceso de mediación penal. *Vid.*, CZARNECKA-DZIALUK, B., «*Victim-offender mediation in Poland*», *op. cit.*, 2000, p.317, quien afirma que en la práctica, en Polonia, se informa a las partes de todos los tipos de procesos de resolución de conflictos y sobre la posibilidad de acudir a sesiones de asesoramiento con un letrado y GORDILLO SANTANA, L. F., «*La mediación penal:...*», Capítulo 2 de este trabajo, *op. cit.*, pp. 307 y ss., en relación al PPMCR, se sigue la directriz de que antes de empezar cualquier proceso de reparación o mediación penal se consulta con Fiscalía cuál es la pena previsible y el delito en que se sustenta la acusación, así como las consecuencias jurídico penales que son previsibles alcanzar a través del acuerdo de mediación penal, con la finalidad de garantizar estos aspectos.

¹³⁵ PÉREZ SANZBERRO, G., «*Reparación y conciliación en el...*», *op. cit.*, p.138 y ROXIN, C., Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política criminal, *op. cit.*, p.47, argumenta que: «cuando tales medidas (refiriéndose a las posibles ofertas preventivas especiales del Código Penal) se hacen depender del consentimiento del autor, no presentan dudas desde el punto de vista del Estado de Derecho y están lejos de un tratamiento coactivo–lesivo de la dignidad humana». Y prosigue diciendo que: «el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivo generales y especiales...no se ha de imponer pena cuando el autor no tiene culpabilidad respecto de la realización típica concreta, y tampoco en el casos de un autor culpable, la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad».

necesariamente, un menoscabo de los derechos de los imputados en el proceso penal...»¹³⁶. Sin embargo, más allá de este planteamiento teórico, el examen por separado de cada uno de los derechos, específicamente, el de presunción de inocencia, hace inevitable el surgimiento de ciertos conflictos entre el victimario y las víctimas, pero no significa que se obvие el respeto absoluto de los derechos que como persona le corresponden al imputado, especialmente, es de presunción de inocencia. Ciertamente es que existen supuestos donde el infractor, después de haber sido asistido en primera asistencia letrada, tras su detención policial, por un letrado del turno de oficio, no vuelve a tomar contacto con su letrado de oficio (que será otro diferente al que efectuó la primera asistencia, normalmente), hasta el llamamiento al juicio oral. O aquellos casos en los supuestos de faltas donde no es preceptiva la asistencia letrada pero sí facultativa y, en los que en la mayor parte de los casos el infractor acude al proceso de mediación sin letrado, al igual que la víctima.

Para el segundo supuesto no sería problema alguno, ya que la asistencia letrada no es preceptiva, pero en todo caso, volvemos a insistir, en la preentrevista previa al proceso de mediación, se informa de las diferentes posibilidades existentes y de las consecuencias de las mismas con la posibilidad de participar con la representación letrada (el letrado participa dando su autorización al proceso por escrito pero no está presente en el proceso de mediación, sólo al final en la validación jurídica y técnica del acuerdo). En cuanto al primer supuesto la situación pasaría a ser la misma, ya que en todo caso el infractor tiene derecho a ser asistido por letrado¹³⁷. Y se podrá agilizar su tramitación para defender sus intereses, antes de iniciar el proceso de mediación. Ahora bien, si acude sin representación letrada no hay indefensión si lo decide voluntariamente¹³⁸.

¹³⁶ Vid., SOLÉ RIERA, J., *La Tutela de la víctima en el proceso penal*, Edit. Bosch, 1997., pp.15, también citado por VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación....*, op. cit., p. 182 y ss. y VIDAL, A. M., «Derecho oficial y Derecho campesino en el mundo andino», en *Justicia y Derechos Humanos. Materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de acción social, 1996, p. 84.

¹³⁷ El derecho a la defensa constituye el auténtico derecho fundamental del art. 24 CE, conforme a GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados»..., op. cit., www.poderjudicial.es, es el «derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas, los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el Derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente». Y, en este sentido, el Derecho de defensa se integra con el Derecho a no declararse culpable y con el de presunción de inocencia.

¹³⁸ Aspecto admitido por el TC, en ARMENTA DEU, T., «El proceso penal:...», op. cit., www.poderjudicial.es. Donde si existiría indefensión es en la práctica que deja al infractor sin letrado durante prácticamente todo el proceso de instrucción y que designa el letrado de justicia gratuita sólo para la redacción del escrito de calificación de los hechos, no permitiéndole en muchos casos la aportación o recusación de pruebas que cambiarían el rumbo del proceso. Más desapercibido queda para los críticos a la figura de la mediación el hecho de que en la práctica real muchas víctimas pierden su derecho efectivo a personarse en la causa por desinformación o mala información del ofrecimiento formal de acciones, perdiendo una posición privilegiada como parte del proceso que la legislación le confiere y que la relega a mero testigo con múltiples obligaciones y pocos derechos. No olvidemos la STC de 22 de marzo de 1993, que indica que el derecho de información es precedente para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. O bien, cuando se celebra la conformidad de los Juicios rápidos en el Juzgado de instrucción, donde la víctima en muchos casos no es avisada a tiempo de su derecho de personación en el proceso, por una cuestión de rapidez procesal, no teniéndose en cuenta su opinión, dada a través de su letrado, de cara a la determinación de la pena aplicable al acuerdo de conformidad.

En este orden de acontecimientos, una figura que perfectamente puede ser extrapolable a las situaciones referidas es la institución de la conformidad¹³⁹ que constituye una muestra de las posibilidades de acuerdo y asunción de responsabilidad¹⁴⁰. Sin ir más lejos, podemos analizar como desde la promulgación de las leyes 8/02, de 24 de octubre y 28/02¹⁴¹, de misma fecha, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que ha favorecido la figura de la conformidad para ciertos delitos ante el Juzgado de Guardia y que, en la práctica, está dando lugar al reconocimiento de los hechos por parte de los denunciados con la finalidad de evitar una pena mayor o un riesgo a no hacer valer su «*verdad*». ¿Acaso esta figura no resulta mucho más vulnerable del principio de presunción y la tutela judicial efectiva? Pecar de ortodoxos nos hace perdernos el resto de gamas de los colores de la paleta.

Otro aspecto a tratar es el relativo al hecho de que la presunción de inocencia obliga al Juez a no condenar sin suficientes pruebas de cargo; obliga a la acusación a desarrollar una actividad probatoria suficiente para lograr la convicción racional de la responsabilidad del imputado¹⁴². Lo relevante para que se realice la propuesta por parte de las instancias judiciales debe residir en la existencia de pruebas de la responsabilidad en relación al hecho, lo que no se opone a que la persona sospechosa no sea tratada como culpable.¹⁴³ Por ello, la discusión en torno a la exigencia de confesión como requisito previo para realizar una reparación debe ser interpretada con cierta flexibilidad. De tal modo que se entienda como suficiente un reconocimiento del hecho en lo esencial o la necesidad de que las pruebas así lo dispongan. Es

¹³⁹ Sobre esta figura *Vid.*, GORDILLO SANTANA, L. F., «La mediación penal:...», Capítulo 4 de este trabajo, *op. cit.*, pp. 514 y ss. *Cfr.* QUERALT, J. J., «La mediación en España y perspectivas internacionales», *op. cit.*, pp. 365 y 366, quien afirma que en la reparación o mediación la finalización del pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el Ministerio Fiscal deja de ejercer la acción y el juez pese a la existencia del hecho, certifica tal existencia del acuerdo y archiva, suscita más dudas que la propia conformidad la poder vulnerar el principio jurisdiccional del art. 117.3 CE. Sin embargo, no entendemos el porqué de tal razonamiento cuando al juez también corresponde por razones legales, poder decretar el archivo, si no hay interés en la persecución del hecho. No obstante, recordemos que la figura de la conformidad supone una vía para incorporar acuerdos de mediación y no tiene porque suponer el archivo, al contrario, la suspensión o sustitución de la pena en su caso.

¹⁴⁰ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁴¹ *Vid.*, MAGRO SERVET, V., «La víctima del delito en la nueva ley de juicios rápidos», *La Ley*, año XXIII, núm. , 5661, 2002.

¹⁴² Art. 741 L.E.Crim., *Vid.*, al respecto, PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, T., «*Los principios del Proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, quien afirma que es viable el cumplimiento del derecho de presunción de inocencia en los procesos simplificados; SAN MARTÍN LARRINOVA, M. B., *La mediación penal...*, *op. cit.*, p. 293, refiere que solamente debería ofrecerse la celebración de una mediación penal cuando existiesen indicios inequívocos de culpabilidad del acusado y éste hubiese reconocido su participación en los hechos, y PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *op. cit.*, pp. 177-179, que afirma que: «con frecuencia se considera como presupuesto de la oferta de un procedimiento de conciliación que la persona sospechosa de la comisión de un delito haya confesado su participación en él». Argumentando, por un lado, en que si se considera como finalidad de la regulación del conflicto estimular la conciencia de responsabilidad del individuo por su propia actuación, sólo se podrá contar con ello si la persona en cuestión ha provocado los daños y ella misma así lo contempla. Pero esta exigencia puede ser observada también desde una perspectiva garantista en la medida en que, de este modo, se intente evitar que las actividades encaminadas a favorecer una conciliación se conviertan en un medio de ejercer presiones para obtener una confesión.

¹⁴³ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 385.

decir, bastaría con la evidencia de una actitud que supone asumir una participación en el hecho delictivo o bien la existencia de unos hechos esclarecidos y la disposición del inculpado a intervenir en el proceso de mediación¹⁴⁴.

El derecho a no confesarse culpable¹⁴⁵ y la obligación de no exonerar al Juez de su deber de practicar todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos (art. 406 L.E.Crim.),¹⁴⁶ constitucionalmente reconocido, es el correlato de esa obligación probatoria. Incluso la confesión no constituye en si misma prueba suficiente si no va acompañada de otras evidencias¹⁴⁷. Pero, además, no debemos olvidar el carácter confidencial¹⁴⁸ del proceso de mediación reiterado por la práctica¹⁴⁹, por el Derecho comparado¹⁵⁰ y por las diferentes recomendaciones, directivas, resoluciones emitidas sobre este aspecto, que evitan que, en caso de no realizarse una culminación del acuerdo reparador, puedan ser llevadas al proceso penal las pruebas y manifestaciones vertidas en el mismo, garantizando el equilibrio en la

¹⁴⁴ *Ibidem.*, p. 178.

¹⁴⁵ *Vid.* SANCHO GARGALLO, I., «*Legalidad, oportunidad y...*», *op. cit.*, www.poderjudicial.es.

¹⁴⁶ La confesión del procesado no dispensará al Juez de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Cfr., el fundamento de estas fórmulas de auto composición procesal penal no hay que encontrarlo en la confesión o auto inculpación del imputado, sino en una de las posibles manifestaciones del Derecho de defensa, cuyo ejercicio, puede, en ocasiones, requerir el voluntario sometimiento a una determinada sanción o cumplimiento de una prestación, a fin de evitar los resultados inciertos del juicio oral en el que se le puede irrogar una pena superior o más grave al acusado y FRANKUFURTER en *Rogers vs. Richmond*, 365, U.S., 534 (1961), citado por FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, *op. cit.*, p.227, hablando del modelo de justicia americano: «*Nuestro sistema procesal penal es acusatorio no inquisitivo— un sistema, por tanto, en el que el Estado debe establecer la culpabilidad en base a pruebas obtenidas independientemente y libremente y no basándose en la prueba obtenida forzosamente de los propios labios del acusado*».

¹⁴⁷ *Vid.*, PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 381. *Vid.*, en este sentido las STC 80/1986 y 150/1987, donde se expresa que por actos de prueba sólo cabe mencionar a los practicados durante el juicio oral bajo la vigencia de los principios de contradicción e inmediatez del órgano judicial decisor. , y MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Oportunidad y conformidad», *op. cit.*, www.poderjudicial.es, quien afirma que la confesión no agota la pertinente y necesaria actividad probatoria.

¹⁴⁸ Recomendación R (99)19 del Consejo de Ministros de la U.E, en punto II.–Principios generales, apartado 2.– dice: «*las discusiones en mediación son confidenciales u no deben ser usadas subsiguientemente, excepto con el consentimiento de las partes*», y en el punto IV, apartado 14.– dice: «*...La participación en mediación no debe usarse como una prueba o evidencia de admisión de culpabilidad en el subsiguiente proceso penal*». Igualmente, respecto al consentimiento de las partes refiere en el punto II, apartado I: «*la mediación penal tiene que llevarse a cabo exclusivamente con el consentimiento libre de las partes...*», «*la necesidad de que existan una mínima actividad probatoria que garantice la existencia de indicios serios de responsabilidad del sujeto, como presupuesto para realizar la propuesta para participar en un proceso de mediación, evitando supuestos donde personas, por ejemplo, inocentes acepten reparar por evitar el daño emocional que les supone soportar un proceso penal*».

¹⁴⁹ *Vid.*, el Programa canadiense para la aplicación de la Justicia Restaurativa «*Values and Principles of Restorative Justice in Criminal matters*», Ministerio de Justicia de Canadá, 2003, donde se dice: «*la admisión de la responsabilidad por el victimario es un elemento esencial del proceso de mediación, cuya evidencia no puede ser utilizada en contra del mismo dentro del proceso*» y «*La discusión del proceso de mediación no debe usarse posteriormente en el proceso penal*».

¹⁵⁰ Sobre el principio de confidencialidad *Vid.*, MARCELA PAZ, S., «*La mediación penal y los principios procesales*», www.mediadoresenred.com, 2001.

negociación. El derecho del acusado a no declararse culpable y la negación a un proceso penal que se da en un proceso de mediación no supone una obligación de declararse culpable, es el acusado quien voluntariamente accede a entrar en el proceso tras recibir una información detallada de las diferentes alternativas existentes para con su conflicto, como ya hemos expuesto. Pero ello, no excluye la posibilidad de confesión voluntaria, el imputado puede asumir su participación en los hechos y a la vez alegar motivos exculpativos o atenuatorios a su favor o discutir en el proceso el grado de responsabilidad en relación al hecho. Asumir voluntariamente la reparación a la víctima no tiene por qué implicar asumir la acusación del fiscal en todos sus extremos o incluso en ninguno. Un ejemplo puede ser el hecho de que el autor de los hechos reconoce que ha causado daños a la víctima y decide repararlos pero sin embargo alega que actuó trastornado y pretende la exención de responsabilidad¹⁵¹. Por lo tanto existen una serie de requisitos que deben conformar el proceso de mediación penal para evitar la infracción del derecho a la presunción de inocencia del inculcado, entre ellos¹⁵²:

- la necesidad de dejar claro a las partes que en todo momento es posible rechazar el proceso y retirarse de él sin que ello suponga consecuencias gravosas para éstas.
- la oferta debe ir acompañada de información sobre las previsiones legales en cuanto a la respuesta jurídico penal para el hecho delictivo en cuestión, tanto en caso de aceptación como en caso de rechazo, de forma que se garantice una decisión informada sobre las consecuencias de su opción, en el contexto de las posibilidades que ofrezca la ley¹⁵³.
- debe garantizarse el derecho de defensa, sin ambigüedades. El autor ha de ser informado de sus derechos, inclusive el de poder

¹⁵¹ PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, op. cit., p. 382.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 393.

¹⁵³ SAN MARTÍN LARRINOVA, M. B., *La mediación como...*, op. cit., p. 293, expresa que: «*la iniciativa para llevar a cabo una mediación penal entre víctima y victimario ha de realizarse con el mayor respeto al principio de presunción de inocencia, por lo que sólo debería ofrecerse la celebración de una mediación penal cuando existiesen indicios inequívocos de culpabilidad del encausado y éste hubiese reconocido su participación en los hechos*». Previamente a la decisión del encausado sobre la celebración de una mediación, éste ha de ser informado de sus derechos, entre los que se encuentra el de defensa, debe poder elegir un abogado de su confianza que le asesore antes de adoptar una decisión y a lo largo de todo el procedimiento de mediación si decide participar en él. En otro caso, habría que nombrarle un abogado de oficio para tal labor. En el ámbito de los derechos fundamentales no caben actitudes ambiguas respecto al derecho de defensa. Y en la misma línea prosigue que el proceso de mediación en el ámbito penal ha de garantizar la posibilidad de que las partes acudan en cualquier momento del proceso ante el órgano judicial si no les satisface esta vía, habiendo informado en la preentrevista a las partes de ese derecho. En este sentido, otro aspecto a tener en cuenta, es el de las potenciales consecuencias desfavorables que para el infractor puede tener el decidir no someterse al proceso reparador, ya que de no hacerlo se puede arriesgar, incluso a una pena máxima. Este peligro sobre el que algunos autores han advertido¹⁵³ y sobre el que, concretamente, ya avisábamos al analizar el resultado del PPMCAR, tiene que salvarse entendiendo, en primer lugar, que existe un principio de confidencialidad en el proceso reparador, por el cuál los asuntos y reconocimientos efectuados en el mismo no pueden ser trasladados a la vista oral. Y, en segundo lugar, verificando que la alternativa reparadora ha de ser entendida como una «*alternativa*» y no como una opción cuya no aceptación supone incremento de pena.

elegir abogado que le asesore de su decisión, incluyendo el nombramiento de oficio si es necesario y dentro de la mediación¹⁵⁴.

Otro aspecto a destacar y analizar es el de que la parte infractora puede someterse al procedimiento penal de una forma «*relativamente voluntaria*», ya que lo hace bajo la amenaza de un procedimiento penal con las consecuencias que lleva aparejado¹⁵⁵. En este sentido LEUKAUF/STEININGER¹⁵⁶ afirman que: «*se actúa voluntariamente cuando el sujeto no se sienta sometido a una presión tal de circunstancias que le hagan ver la reparación del daño como algo inevitable*». Otro sector opina que cuando la reparación se produce tras conocer el imputado la existencia del proceso penal contra él, la voluntariedad es relativa, porque se trata de elegir entre dos males: reparar el daño o decidir que el proceso continúe. En consecuencia, según este punto de vista, el acto voluntario de reparación que es capaz de contribuir a la reafirmación del ordenamiento ha de ser, necesariamente, voluntario. Y, por lo tanto, el concepto de voluntariedad como aquel que se lleva a cabo de forma espontánea y por propia iniciativa del autor, es decir, que se efectúa libremente y sin que el sujeto autor haya sido objeto de presiones externas¹⁵⁷, aunque quepa admitir consejos o indicaciones, sin que tenga relevancia la cualidad

¹⁵⁴ Vid., PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el...*, *op. cit.*, p. 382. A este respecto, somos de la opinión de que un proceso de mediación penal llevado adecuadamente por un mediador bien formado garantiza que las partes negocien equilibradamente sus peticiones pero desde el plano de la responsabilización real del autor de los hechos, ya que es perfectamente detectable, la posibilidad de que quien presumiblemente es autor de los hechos no lo sea en realidad, cuestión que desde las premisas del enfoque de mediación supone la paralización del proceso y la remisión de informe al juzgado sobre este aspecto.

¹⁵⁵ QUERALT, J. J., «La mediación en España y perspectivas internacionales», *op. cit.*, pp. 342 y ss., al hilo de las objeciones político criminales sobre esta figura argumenta que no puede hablarse de un sometimiento voluntario a la mediación, cuando quién acepta no está en condiciones de elegir, ya libremente, sino tan si quiera está en la misma situación que la víctima. En efecto, de no acceder el victimario a la mediación, el proceso penal seguirá no sólo con todas sus consecuencias tanto en la ampliación del número de delito objeto de la acusación como a un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el juez podrá imponer la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que permita el Código penal. Ahora bien, como afirmamos en el texto el concepto de voluntariedad ha de ser entendido en el contexto de un proceso penal, en el sentido de que el sujeto elige entre las opciones existentes con libertad, tal y como lo haría si admitiese, por ejemplo, realizar trabajos en beneficio de la comunidad o cualquier otra figura análoga.

¹⁵⁶ LEUKAUF, O., y STEININGER, H., *StGB*, 1992, &167, núm. 1, p. 1075, citados por PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en e...?* *op. cit.*, p.157. Cfr., ALASTUE DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales.*, *op. cit.*, p. 92, quien afirma que cuando la reparación se produce tras conocer el imputado la existencia del proceso penal contra él, la voluntariedad es relativa, porque se trata de elegir entre dos males: reparar el daño o decidir que el proceso continúe y QUERALT, J. J., «*Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos*», *op. cit.*, p.162 y «La mediación en España y perspectivas internacionales», *op. cit.*, p. 363, quien afirma que el sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente contra sí mismo.

¹⁵⁷ La cuestión es que debemos entender por presiones externas, ¿no existen presiones externas cuando el letrado aconseja a su cliente aceptar la conformidad de los juicios rápidos ante el juez de instrucción con la finalidad de evitar el juicio oral y una potencial pena mayor? En todo caso, entendemos que el único límite se encuentra, como ya hemos comentado, en que la reparación víctima-victimario sea presentada siempre como una opción más entre las existentes al victimario y a la víctima. Y que sean las partes, con consejos de sus abogados o de terceros independientes¹⁵⁷, quienes libremente opten por la opción mejor para ellos.

de los móviles del sujeto.¹⁵⁸ Deduciendo que lo verdaderamente importante del acto de reparación, desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico, no es el resultado, sino el acto de reparar, es decir, el elemento subjetivo¹⁵⁹. Otro tema diferente al de la motivación inicial que pueda llevar a las partes al proceso será la transformación de la misma en una responsabilización plena de los hechos y la asunción de las obligaciones que ello conlleva de reparación del daño a la víctima, pero esa es una cuestión del mediador encargado del proceso, quien aplicará las técnicas de comunicaciones necesarias para que las partes alcancen sus acuerdos, en caso de ser viable.

Al hilo de este argumento, surge la cuestión de cómo debe valorarse la prestación voluntaria y si todas las prestaciones voluntarias han de ser tenidas en cuenta en igual medida, así cómo de qué manera debe ser valorada la reparación en virtud del momento procesal en que se realice. No entendemos, a priori, que haya que diferenciarse la cualidad de la misma, ya que, simplemente, los efectos de la misma, en virtud del momento en que se realice serán unos u otros. Por ejemplo, no será lo mismo una reparación efectuada espontáneamente a la víctima por el victimario antes de interponer la denuncia, que la que se realiza bajo la presión del órgano judicial, tras conocer que puede aplicársele una pena. Obviamente, desde el punto de vista cualitativo, ambas prestaciones no son iguales, ya que la motivación interna es sustancialmente diferente en cada una de ellas. Pero, en todo caso, el autor de los hechos, tiene ante todo la capacidad de optar libremente por la decisión que le parezca mejor, en uno y en otro caso, lo importante es que independientemente de que la presión sea mayor o menor, el victimario elige la opción que le conviene entre las existentes. Surge, entonces, el requerido argumento de las presiones que para el victimario suponen la amenaza del proceso penal. El límite debemos ponerlo en que la reparación se efectúa libremente y sin que el sujeto autor haya sido objeto de presiones externas, aunque quepa admitir consejos o indicaciones, sin que tenga relevancia la cualidad de los móviles del sujeto¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Como señala la autora esta interpretación de la espontaneidad coincide con la que se venía haciendo del requisito subjetivo de la antigua atenuante del arrepentimiento espontáneo en la línea de autores como ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p.380; BAEZA AVALONE, V., *El arrepentimiento*, pp. 29 y ss., ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema*, pp. 731-732, DE SOLA DUEÑAS, A., *Lo subjetivo y lo objetivo*, p.433 MOZOTA FATAS, M., *La atenuante*, pp.150.152, citados por ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima...s*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁵⁹ ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima...*, *op. cit.*, p. 145. En este sentido, lo que es evidente es que sólo la reparación que se lleve a cabo de forma voluntaria puede dar cumplimiento a la prevención especial y surtir efectos resocializadores, así como producir una reafirmación del ordenamiento jurídico e incidir en los aspectos psicológicos de las partes mediante el cambio del proceso comunicacional. Y que sean las partes, con consejos de sus abogados o de terceros independientes, quienes libremente opten por la opción mejor para ellos *Vid.* el PA-A en relación al principio de voluntariedad en el Capítulo 4 de este trabajo, pp. 448 y ss. el concepto de voluntariedad engloba: 1.-La reparación llevada a cabo por el delincuente antes de conocer que el procedimiento penal se dirige contra él o incluso antes de conocer la existencia del mismo. 2.-La que se efectúa tras conocer que el procedimiento se dirige contra él; 3.-La prestada con el impulso de los órganos de la jurisdicción penal una vez comenzado el proceso y ALDONEY RAMÍREZ, R., «Sistemas penales comparados: mediación penal y Justicia alternativa. Alemania», *op. cit.*, p. 188.

¹⁶⁰ *Cfr.* ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima...*, *op. cit.*, p. 92.