

# JUSTICIA RESTAURATIVA Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ¿MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL?\*

Restorative justice and principle of opportunity.  
Mediation in criminal process?

*Teresa Armenta Deu\*\**

## Resumen

A partir de un breve recordatorio del principio de legalidad y lo que ha significado en el límite del poder, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, se efectúa una aproximación al principio de oportunidad, sus ventajas e inconvenientes. El objetivo final es encuadrar la mediación penal: como aplicación del mismo; como manifestación de otro fenómeno cual es la justicia restaurativa y la reivindicación de un papel activo de la víctima en la solución del conflicto creado por el ilícito penal; o en el marco de una justicia examinada con criterios de gestión de un servicio, más que del ejercicio de un poder del Estado.

**Palabras clave:** Justicia restaurativa, principio de oportunidad, mediación penal, víctima.

Recibido: 27 de julio de 2016 – Aprobado: 12 de mayo de 2017

\* Artículo inédito.

Para citar el artículo: ARMENTA DEU, Teresa. Justicia restaurativa y principio de oportunidad ¿mediación en el proceso penal? *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45, Enero - Junio. 2017. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 109-126.

\*\* Catedrática de Derecho Procesal, UdG. [www.ceapj.udg.edu](http://www.ceapj.udg.edu).

## Abstract

Based on a brief reminder of the principle of legality and how this has affected the limits of power, legal certainty and rule of law, an approximation made to the principle of opportunity with both the advantages and disadvantages. The ultimate goal is to seek a framework for criminal mediation: first, how this is applied, and then, how this arises as a manifestation of another phenomenon, such as restorative justice and the vindication of the victims active role in solving the conflict created by criminal offence, also in the context of justice examined with criteria related with management of a service, rather than the exercise of a State's power.

**Keywords:** Restorative Justice. Principle of Opportunity. Criminal Mediation. Victim.

## Introducción<sup>1</sup>

Hablar de la contraposición entre principio de legalidad y principio de oportunidad resulta, en términos generales, acometer los derechos y demás situaciones jurídicas de los particulares, gobernadas en general por el principio de autonomía de la voluntad, donde el principio de oportunidad conlleva la disponibilidad de los derechos y la disponibilidad sobre el inicio del proceso, así como su continuación, o no, a través de la renuncia, el desistimiento, la transacción o la remisión a un arbitraje o mediación.

El principio de legalidad ha sido concebido histórica y dogmáticamente como una exigencia de seguridad jurídica que permite el conocimiento previo de los delitos y las penas, actuando de escudo y limitación del poder en sus muy diversas manifestaciones (poderes locales, del monarca, o del propio ejecutivo o legislativo)

En éste sentido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que permite únicamente la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha elaborado disfrutando de dos ayudas a la investigación: I+D *Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal*. DER2010-15919 (subprograma JURI) y GIC: *Cuestiones actuales de Derecho procesal*. 2009-2013 (SGR 762). También del reconocimiento como grupo de excelencia: Grupo de Investigación Consolidado "Cuestiones actuales de derecho procesal" (2014 SGR 179). Y con la Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación de la Universidad de Girona <<Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva del derecho comparado)>>, referencia MPCUdG2016/002

admira el pueblo<sup>2</sup>. De este modo, el desarrollo del principio de legalidad supone un proceso de decantación de las garantías individuales y de limitación del poder: primero frente al arbitrio de un sistema de poder difuso y, en especial, frente a la inseguridad propiciada por la existencia de derechos locales, señoriales y consuetudinarios; más tarde, frente a la Corona encarnada en la Administración o poder Ejecutivo y; finalmente, en el marco del Estado constitucional, frente al propio poder legislativo<sup>3</sup>.

En los sistemas procesales en que el fiscal ejercita la acción penal en régimen de monopolio, resulta evidente que al ciudadano no le queda otro medio de control de tal ejercicio, que la sujeción del mismo a la legalidad; de otro modo, la discrecionalidad supone entre otras cuestiones, la existencia de un campo de acción fuera de control tanto público como privado, la imposibilidad en definitiva de revisión posterior de la actividad efectuada. Si a ello se une, como en acontece en el resto Europa, la progresiva reducción de los llamados delitos privados, le quedan al particular pocos instrumentos frente a una eventual actuación desviada del sometimiento a la ley.

De ahí, que cuando se ha querido incrementar o defender la vigencia del repetido principio de legalidad, ha resultado factor clave, la alegación de la seguridad jurídica que para la comunidad y el Estado de Derecho supone la estricta sujeción al repetido principio. En este sentido, cualquier excepción a la mencionada sujeción al principio de legalidad conlleva una ruptura de la repetida garantía, amén de otros inconvenientes a los que me referiré más adelante.

A la cesión de la sociedad para determinar la regulación de las conductas constitutivas de delito, cede la disposición del derecho penal, encomendándola a jueces y tribunales con las garantías constitucionales conocidas, quienes sólo podrán imponer aquellas penas a través del proceso (“Nullum poena sine proceso”). El resultado es lo que se conoce como *la garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal*. Con dicha garantía se delimitan tres aspectos: a) Se prohíbe la autotutela; b) la pena se impone sólo por los tribunales, y, c) la pena se impone sólo a través del proceso<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Cfr. MIR PUIG, “Derecho penal” (Parte General), 2ed., p. 62, citando a ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal” en R. Esp. de D. Const., 1983, pp. 99 ss. Dos completos trabajos sobre el principio de legalidad penal son los elaborados por LAMARCA PÉREZ, “Formación histórica y significado político de la legalidad penal” en *Rev. Jdca de Castilla- La Mancha*, 1987, p. 35 ss y “Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española” en R.E. de D. Const., 1987, pp. 99 ss

<sup>3</sup> Cfr. LAMARCA PÉREZ, “Formación histórica...” cit., p. 76..

<sup>4</sup> MONTERO AROCA, J, “El significado actual del llamado principio acusatorio” en y ANDRÉS IBAÑEZ, P, “Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal” en AAVV, “Cuadernos de Derecho Judicial/28/1995, pp. 8 ss.

Esta configuración se sostiene sobre tres pilares: 1º) La inexistencia de derechos subjetivos penales y por ende la falta de disponibilidad; 2º) La necesidad de una previa disposición legal que arrumbe o delimite la aplicación del principio de legalidad; y 3º) La dificultad para cohonestar los principios básicos de la mediación (ausencia de publicidad, confidencialidad) no sólo con las normas, sino con los principios que informan la realización penal y su naturaleza pública.

## 1. Principio de legalidad y principio de oportunidad

Para evaluar los resultados de contraponer principio de legalidad y principio de oportunidad en relación específicamente con la mediación hay que afrontar dos cuestiones: En primer lugar, que configuración legal comportaría, verdaderamente, que la mediación constituyera una manifestación más de aplicación del principio de oportunidad y cual no. Y en segundo lugar, la necesidad de ponderar determinados riesgos, inherentes al principio de oportunidad, como cuestiones *o elementos claves que deben reequilibrarse* en su caso, y cuya respuesta variaría según la configuración legal de la mediación.

Empezando por éste último aspecto, me refiero a cinco aspectos diferentes: 1º) la inevitable quiebra de la igualdad; 2º) a la renuncia a la jurisdicción, que podría resultar o no irrevocable, como en el caso del arbitraje con o sin posibilidad de recurso; 3º) el difícil control de un medio que rechaza la publicidad y con ella el control de lo sucedido en el proceso que supone, si bien conviene añadir inmediatamente, en cuanto a este último aspecto, que si se trata de llegar a un acuerdo entre partes, no es precisa dicha publicidad, pero en ese caso el riesgo se asienta en la eventual posición preminente de una de las partes y la eventual indefensión de la otra, fiándolo todo a que el mediador lleve a cabo una actuación pro activa que pudiera contradecir su neutralidad; 4º) el control de la efectiva voluntariedad y de que ésta resulta “suficientemente” informada; y, 5º) la privatización de la justicia penal y con ella la creación de una nueva manifestación que se uniría a lo que parece una tendencia en materias como la enseñanza y la sanidad<sup>5</sup>.

En otro orden de cosas, ahora desde el punto de vista de la “legalidad constitucional”, también cabría cuestionarse si la mediación penal podría entenderse como forma de “tutela judicial efectiva”, lo que debería comportar una lectura “adecuada” del art. 24 CE, que permitiera encajar la mediación en su literalidad

**Artículo 24. 1.** *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

<sup>5</sup> Una nueva manifestación de un fenómeno de más largo alcance que puede examinarse en la obra de ESTEVE PARDO, J, “La nueva relación entre Estado y Sociedad (Aproximación al trasfondo de la crisis)”, Marcial Pons, 2013, pp. 183 ss

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Antes de responder a todas estas cuestiones resulta imprescindible situar los términos de la cuestión en el contexto histórico y jurídico adecuado.

## 2. La crisis del principio de legalidad y de la justicia

A partir de un argumento no siempre lineal en virtud del cual la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad, conduce ineludiblemente a la adopción del principio de oportunidad, una amplia corriente doctrinal aboga por la extensión del mismo a un creciente ámbito de aplicación, cuando no al total de los delitos. El razonamiento falla en su balance: La exclusión de la sujeción al principio de legalidad, como causa esencial del colapso de la administración de justicia, puede valorarse como un buen o el mejor remedio o no, pero en todo caso no es el único. Junto a él y en una primerísima aproximación figuran, cuando menos: el incremento de la dotación de la administración de justicia de medios personales y humanos, y la eliminación de determinadas conductas del código penal, y con ello, la necesidad de un proceso para imponer la pena en él prevista.

Este argumento se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden a razones de interés social o utilidad pública: La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y, favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquéllos otros en los que la pena carece de significación<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 194 y ss. Gran parte de estos motivos han sido incorporados por el ordenamiento procesal penal alemán, en los parágrafos 153 y ss. StPO. A pesar de ello, no toda la doctrina alemana coincide en su bondad, vid. HÜNERFELD *Kleinkriminalität und Strafverfahren*, en ZStW, 1978, pp. 909 y ss.; NAUCKE, *Emphielt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum*

Frente a los argumentos que militan a favor de la inclusión en nuestro ordenamiento procesal del principio de oportunidad en sus modalidades más amplias, deben ponderarse a mi juicio ineludiblemente las siguientes consideraciones:

- a) El principio de oportunidad surge –la historia lo demuestra– ante la incapacidad de la Administración de justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor. Si así sucede, las limitaciones al deber de persecución que su uso implica han de someterse en todo caso a requisitos de diversa índole. Por una parte, el respeto de los principios constitucionales y procesales y su configuración de manera tal que queden salvaguardados: la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la atribución de la función jurisdiccional a los órganos a quienes le viene encomendada (art. 117 CE). Por otra parte, la pretensión aceleradora no debe ser ni la única, ni quizá la finalidad prioritaria: las tendencias de política criminal y de derecho penal imperantes constituirán el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder ante la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así, las que concurren en el hecho, en el autor, en la víctima, los intereses del Estado...) <sup>7</sup>.
- b) Desde el momento en que el principio de oportunidad implica la excepción de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho –como garantía frente al abuso de las facultades públicas– su implantación debe arrostrar el peligro de desequilibrar aquéllos, especialmente en países en los que, como España, la fiscalía carece de la necesaria independencia <sup>8</sup>. Asimismo han

---

*Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen gegenfalk durch welche?, Gutachten für 51 DIT, 1976, T. I., pp. 115 y ss.; Moos, Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte 1981, pp. 141 y ss.; y, entre otros, RIESS, P., en Lowe-Rosenberg Grosskommentar. 23 ed., 1986.*

<sup>7</sup> Son muy abundantes los trabajos de la doctrina alemana a este respecto. Destacan entre los que limitan el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a la concurrencia de una serie de garantías RIESS, «Die Zukunft des Legalitätsprinzips», NSTz, 1981, y los comentarios correspondientes a los parágrafos 151bis a 157 y el 172 de los *Löwe-Rosenberg Grosskommentar* 23 ed., 1986. Partidario de un ámbito de aplicación más amplio es WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978. Una completa referencia a todas las cuestiones en mi obra, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit., pp. 58 y ss.

<sup>8</sup> Como los recientes casos de corrupción política parecen haber puesto de manifiesto, toda precaución no es exagerada a la hora de salvaguardar las garantías del Estado de Derecho, la separación de poderes, y la independencia judicial, especialmente en aquéllos casos en que se plantearon conflictos entre los intereses generales y los particulares del Gobierno. El hincapié que el último Fiscal General del Estado efectúa en todas sus

de constatarse, desde esta perspectiva, dos riesgos: el uso indebido de las facultades discrecionales en favor de los intereses del ejecutivo; y la quiebra de la imparcialidad, al aunar las funciones acusadoras y enjuiciadoras, ahora en manos del fiscal<sup>9</sup>.

- c) No conviene olvidar que si la aplicación del principio de legalidad garantiza la igualdad ante la ley, la vigencia del principio de oportunidad equivale a consagrar la desigualdad, de manera no siempre suficientemente justificada<sup>10</sup>.
- d) Aunque desde la perspectiva de las finalidades de la pena, el principio de oportunidad propicia la efectividad, al permitir la persecución de los delitos más graves, sus consecuencias desde perspectivas de prevención general son ciertamente discutibles por su efecto perverso sobre la credibilidad del sistema y la seguridad jurídica<sup>11</sup>.
- e) los intereses de la víctima son preteridos, a excepción de que su previa satisfacción figure como condición para aplicar el principio<sup>12</sup>.

Apelar a la crisis del principio de legalidad es un argumento recurrente que generalmente se equipara con la crisis de la justicia, esencialmente por la alegación de que la estricta sumisión al principio de legalidad colapsa la justicia y aleja su fin tutelar. Dicha afirmación, que podría resultar fundada, debe ponderarse, sin embargo, para no proporcionar la excusa perfecta para que el

---

declaraciones sobre la sujeción en su actuación al principio de legalidad, no dejan de servir de ilustración de lo afirmado en estas conclusiones.

<sup>9</sup> Y ello a pesar del límite que el cumplimiento del art. 10 CE implica en cuanto a la necesidad de su adopción por un órgano jurisdiccional, respecto de toda medida limitativa de derechos fundamentales en la fase instructora, y del certero argumento en virtud del cual, siendo el Fiscal el órgano al que se encomienda la acusación debe corresponderle igualmente la dirección de aquella fase que esta destinada a conocer si debe o no ejercitarse. Esta última circunstancia no impide, por otra parte, que en países como en Alemania, en donde la instrucción está encomendada al fiscal, sea un órgano jurisdiccional quien en la fase intermedia revise la corrección de aquella y corrobore por ende, la necesidad y conveniencia de apertura de la fase oral (pgfs. 198-212 StPO). Similar opción han adoptado las recientes modificaciones en los códigos procesales italiano y portugués.

<sup>10</sup> Este argumento se torna a favor para aquellos autores que preconizan un tratamiento diferenciado y adecuado a cada caso a través de la mayor amplitud del campo de discrecionalidad. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, 1978, p. 180.

<sup>11</sup> RIESS, P., *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, en NSTz, 1981; GÖSSEL, *Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips in rechtsstaatliches Strafverfahren*, en «Festschrift für Dünnebier», 1982; ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, en DRZ, 1969.

<sup>12</sup> Se trataría de supuestos como el contemplado en el parágrafo 153b StPO.

Estado se relaje en el estricto cumplimiento de alguna de sus funciones tal como está sucediendo actualmente con la “crisis del estado del bienestar” y el resurgimiento de las tesis más rabiosamente liberales. Algo que no resulta sorprendente si se piensa en la reciente eliminación de la justicia gratuita o de los recursos civiles para pretensiones inferiores a tres mil euros, y que podría extenderse al proceso penal.

Frente a una pretendida crisis del principio de legalidad, que incide y coincide con la ya reiterada de la administración de justicia, la inclusión del mismo se apoya en razones de interés social o utilidad pública<sup>13</sup>; en contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; en procurar favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y en reforzar el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquéllos otros en los que la pena carece de significación.

Paralelamente, argumentar que ya existen manifestaciones del principio de oportunidad no es la cuestión o cuando menos no la única. Más bien habría que plantearse si cabe mediación fuera del proceso, lo que excluiría el tema del principio de legalidad procesal (no hay pena sin proceso), trasladándolo a la legalidad penal (no hay pena sin ley). Es decir, previendo que para determinadas conductas pudiera o incluso debiera acudir a la mediación (fuera del proceso), sin enervar así la garantía jurisdiccional.

En una hipótesis que contemplara la mediación penal, ya inicialmente, sin perjuicio de las referencias posteriores, sería necesario establecer, tras el listado de conductas susceptibles de resolverse a través de mediación, otros temas como quién o quiénes remitirían a dicha vía: ¿las partes, por voluntad propia? ¿la policía en el seno de una investigación? ¿la fiscalía en la instrucción? Sea cual fuera la respuesta, debería cohonestarse con la debida garantía sobre la suficiente información sobre el alcance de dicha sumisión y las renunciaciones que implica, así como la revisión judicial en torno a ambos extremos.

### **3. Sobre los mal llamados “métodos alternativos” y alguno de sus aspectos críticos**

En el contexto al que se viene haciendo referencia, los mal llamados “métodos alternativos” (mejor, métodos complementarios) constituyen una apelación asimismo recurrente cuando se critica la falta de eficacia de la justicia y el principio de legalidad. De hecho, su éxito suele acompañar a las referencias del fracaso de

---

<sup>13</sup> La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; o favorecer la rehabilitación del delincuente.

aquella ante la explosión de la litigiosidad y las dificultades de los ciudadanos para obtener reconocimiento jurisdiccional. Parece claro –se afirma– que el motor originario del proceso hacia los ADR es una tendencia social defraudada por las notorias deficiencias de la Administración de Justicia convencional, a cuyo remolque van las reformas legislativas aperturistas de estas nuevas vías.

Impera en todas estas evaluaciones la falta de satisfacción hacia la prestación del servicio (el de la justicia) y, consecuentemente, la búsqueda de fórmulas alternativas desde el doble punto de vista económico y social, apartando cuando no rechazando explícitamente toda consideración sobre la justicia como poder constitucional y las garantías que ello acarrea, siendo precisamente ese flanco el que suscita las críticas y juicios más negativos.

Frente a este juicio –en ocasiones casi rendido– se recuerdan serios inconvenientes, entre los que conviene recordar ahora dos: la ausencia de la función garantizadora del “fairness” del procedimiento que desarrolla el juez; y que la afirmada “vocación de resolución definitiva” de los ADR, se efectúa a costa de negar la revisión y corrección de aquella.

A ellos –con carácter más general– y ya desde antiguo se añaden otras críticas formuladas en torno a: perpetuar las desigualdades que durante años se han invocado como origen de no poder acceder a los tribunales, la falta de medios económicos suficientes; la duda sobre la libertad del consenso prestado por la parte más débil; y, renunciar a garantías esenciales (independencia e imparcialidad del órgano enjuiciador “alternativo”; falta de transparencia de los procedimientos y renuncia frecuente a la asistencia letrada).

#### **4. Un marco propicio para la mediación: justicia restaurativa y víctima. ¿Vuelta a los orígenes?**

La mediación es objeto de un gran interés en el seno de dos tendencias que confluyen. De un lado, tendencias resocializadoras sobre las que no es posible detenernos ahora, y de otro, una nueva línea de actuación hacia la protección de la víctima, en esa siempre fluctuante situación entre la *victimología* y la *victimodogmática*, que parece despertar una cierta *victimofilia*, abocándola en buena medida a un problema de responsabilidad civil o a percibirla como brazo armado del afán represor del Estado, cuando no al increíblemente denominado “negocio de ser víctima”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Silvia ALLEGREZZA y Mitja GIALUZ, “Víctima y “supervivencia” en la justicia penal europea” en AAVV (Armenta, Oromi, coor), “La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América”, Colex, 2010, pp. 506 ss.

A partir del fundamento generalmente admitido de la “justicia restaurativa”, como cualquier actividad dirigida a reparar el daño o restaurar a la víctima en la situación previa a la comisión del delito, siempre que se realice a cargo del delincuente” (BOLDTROC), el recurso a la mediación se sitúa en el epicentro de un cambio de modelo tradicional, recuperando a la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal. O lo que es lo mismo: la víctima debe incorporarse a un proceso del que fue erradicada por el Estado que vinculó la pena como instrumento de control de los súbditos y manifestación coactiva estatal<sup>15</sup>.

Es cierto que ante la propia aparición del conflicto, una parte de los hoy conocidos como “métodos alternativos”, constituyen una vuelta a la reacción primitiva en determinadas sociedades, frente a la que se negocia, se allana o se renuncia. Esto explica la remisión recurrente a ejemplos antiguos y actuales de estructuras sociales que aplican métodos de ésta índole. Así ha acontecido históricamente en lugares muy apartados geográficamente y culturalmente. La conciliación y la mediación tienen una gran base tradicional oriental; al igual que la comunidad africana que todavía en algunas zonas, continúa convocando una asamblea en la que una persona respetada por la comunidad actúa como mediador entre dos o más interesados en resolver su problema, debido en parte a la influencia religiosa del derecho musulmán. La etnia gitana es una buena muestra de cómo la resolución de conflictos al margen del Poder Judicial sigue vigente: los conflictos o desavenencias surgidos entre sus miembros son dirimidos por los patriarcas de la comunidad. También dentro de las comunidades religiosas pueden encontrarse muestras de terceros (sacerdotes, rabinos, imanes,...) que ayudan a sus fieles a conseguir acuerdos que benefician a las partes participantes<sup>16</sup>.

Paradójicamente, sin embargo, es en este momento de mayor complejidad de la sociedad actual, y especialmente del surgimiento de fenómenos como la globalización y la correlativa “superación” de estructuras estatales, los que parecen vuelven a conducir inexorablemente a recurrir a estas instituciones por su mayor desformalización y flexibilidad. No es casual que la llamada “aldea global” presente unos perfiles progresivamente similares a los que ofrecen actualmente los EEUU de Norteamérica, circunstancia que unida a su influencia política y social conduce inevitablemente a la clara interacción de fenómenos jurídicos en países de tradición jurídica tan dispar<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> BARONA VILAR, S, “Mediación penal (Fundamentos, fines y régimen jurídico)”, Tirant lo Blanc. Tratados, Valencia, 2011, pp. 238-241.

<sup>16</sup> Cfr. PUJADAS TORTOSA, V; “*Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica*” en Revista Española de la Corte de Arbitraje, 2003 “passim”.

<sup>17</sup> Fenómeno que se conecta a la clara influencia del “neoliberalismo” sobre la justicia en la actualidad. Cfr. GARAPON, A, “La Raison du moindre État (Le néolibéralisme et la justice)”, Odile Jacob, 2010, p. 65.

## 5. La convergencia con determinados criterios de eficacia: la justicia como administración y el abandono del proceso

Las tendencias más recientes se refieren a una perspectiva que interpreta el papel del Estado y más concretamente, de los jueces, pero también de los fiscales, secretarios judiciales, abogados, etc en el desarrollo del proceso, como un instrumento básico de la llamada “administración de justicia”, examinada esta última a su vez fundamentalmente como una función gestionada, de la que el Estado es responsable<sup>18</sup>.

La idea que limita la justicia a una de las administraciones del Estado enlaza con la persecución de una determinada política criminal en el ámbito penal, como uno de sus objetivos, justificación que fundamenta, por ejemplo, requerir la dirección de la instrucción para el fiscal, desde el momento que éste sería su principal brazo ejecutor. Pero sirve, además, para que en dicho orden de cosas, la investigación se enderece a fundamentar la acción penal que debe plasmar dicha política legislativa. Un enfoque de mayor trascendencia de lo que parece a primera vista. La configuración de la justicia como administración, por otra parte, se coherente mejor con una percepción del proceso como método de resolución de controversias, que incide más en el *cómo* de dicha administración que en el *qué*, de manera que se supedita la “justicia” de la resolución final a la disponibilidad de sus derechos sustantivos, y en una teorización extrema, de sus derechos procesales<sup>19</sup>. Con arreglo a la misma, el proceso es tanto más justo cuanto más se basa en el libre juego de las partes, exigiendo como mucho preservar la corrección del proceso que le precede.

Con todo, la administración de justicia como gestión parece haberse impuesto, argumentando, paradójicamente, que el incremento del derecho de defensa ha supuesto un aumento de los costes del proceso tal que resultan

---

<sup>18</sup> ARMENTA DEU, T, “Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajudiciales”, en AAVV (Armenta Deu, coord) “La convergencia entre los procesos civil y penal ¿Una dirección adecuada?”, Marcial Pons, 2013, pp. 249 ss.

<sup>19</sup> Subyace a este pensamiento, la excesiva simplificación de la idea conforme a la cual la justicia es administración del Estado, y por ende, toda desconfianza hacia el Estado se extiende a los órganos judiciales y a su quehacer. A partir de ahí, cabe preguntarse ¿que significa la “publicización” del proceso? ¿Entender –como hizo Klein– que el proceso es un mal que supone pérdida de tiempo y dinero, y que perjudica la economía al paralizar los bienes, de manera que el juez tiene que gestionarlo para minimizar estos inconvenientes, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Los poderes del juez y la oralidad)”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p. 72.

inasumibles<sup>20</sup>. Este fenómeno global enfrenta a la doctrina norteamericana y a la de otros países, entre detractores que advierten sobre el riesgo evidente que suponen para el proceso adversativo, y defensores, a juicio de quienes no resulta sino una vuelta a los orígenes de la justicia, impartida primitivamente a través de instrumentos como la mediación<sup>21</sup>; argumento también utilizado por algunos autores españoles a la hora de propiciar la mediación en el marco del proceso penal<sup>22</sup>.

## 6. El ámbito penal y sus singularidades

Inicialmente, métodos alternativos y resolución de conflictos penales han constituido realidades irreconciliables en atención a diversas razones.

La vía contractual encaja mal con la materia penal, donde se carece de capacidad dispositiva, la acción sobre la que se negocia no pertenece a ninguna de las partes y resulta altamente cuestionable la libertad de consentimiento que puede predicarse de aquél que negocia con su libertad. En efecto, resulta difícil llegar a un acuerdo a partir de la falta de disponibilidad del objeto, dificultad que puede acrecentarse para la partes que se encuentra sometida a la amenaza de la imposición de una pena, aun cuando cupiera suponer que si llega a un acuerdo será siempre a cambio de la obtención de un beneficio; y aun cuando no fuera así, ese sería el riesgo que está obligado a obviar el órgano judicial que garantiza el acuerdo<sup>23</sup>.

La incompatibilidad entre voluntariedad y coacción se patentiza constantemente en contradicciones como las siguientes: a) el acuerdo se orienta a la plena reparación, en tanto el derecho penal sólo puede perseguir lo correspondiente al hecho antijurídico cometido; b) la negociación en sentido amplio depende de la voluntariedad de los afectados, en tanto el derecho penal actúa a través de su poder coactivo; y, c) los particulares pueden negociar libremente en el ámbito de sus derechos civiles, en tanto el derecho estatal de intervención queda limitado por otros derechos como los fundamentales.

<sup>20</sup> DAMASKA, M, “Negotiated Justice in International Criminal Courts”, 2 J Int'l Crim Just, 2009, p. 1013.

<sup>21</sup> En el primer sentido: LANDSMAN, S, “So what? Possible implication of the vanishing trial phenomenon” 1. J. Empirical Legal Stud. 973 2004, p. 982. En el segundo: WIMBERLEY, H. *Legal Evolution: One Further Step*, 79 AMER. J. OF SOCIOLOGY 78, 79 (1973).

<sup>22</sup> BARONA VILAR, S, “Mediación penal (Fundamentos, fines y régimen jurídico)”, Tirant lo Blanc. Tratados, Valencia, 2011, p.238-241.

<sup>23</sup> L. CADIET, J. NORMANDE et S. AMRANI-MEKKI, “Théorie générale du procès”, PUF, coll. Thémis, pp. 759-760.

No puede negarse, sin embargo, que al calor de una innegable aproximación entre los procesos civil y penal se producen fenómenos que denotan un notable incremento en una dirección ocasionalmente convergente. Instituciones como la conformidad o la reparación son mecanismos que caminan en la difícil línea que separa la disponibilidad sobre los derechos propios y la inexistencia de interés público en su satisfacción, y otros objetivos propios de los medios alternativos. Este tránsito, no obstante, dista de ser pacífico; ni la experiencia alemana con la reparación; ni la italiana o portuguesa con la mediación –aún a pesar de su limitado ámbito de aplicación- permiten albergar una actitud exenta de dudas<sup>24</sup>.

## 7. Principio de oportunidad y mediación. Algunas reflexiones finales

Una primera acepción del principio de oportunidad lo concibe como la simple excepción a cualquiera de las múltiples manifestaciones del principio de legalidad condicionando su aplicación a cumplir determinados requisitos, es decir, lo que ha dado en llamarse “oportunidad reglada”, conformando previsiones legales que se apartan de la estricta e inamovible configuración de a tal delito tal pena y tal cumplimiento, como acontece con el art. 21 CP (atenuante si se ha reparado el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos con anterioridad a la celebración del JO); el art. 80 CP (suspensión de la ejecución de la pena no superior a dos años, si entre otras condiciones, se han satisfecho las responsabilidades civiles, salvo que el juez determine que por su situación es imposible, o el art. 88 CP (sustitución de la pena de prisión inferior a un año por trabajos en beneficio de la comunidad). Una configuración más amplia se referiría incluso a la propia delineación del marco de la política criminal, comprendiendo el abandono de la garantía jurisdiccional por remisión, en el análisis que nos ocupa, a la mediación. Adecuarse a una u otra dependerá en buena medida de la previsión legal que acoja la mediación.

---

<sup>24</sup> Vid, STEFFEN, M, “Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und modern Ausgestaltung”, Aachen, Shaker Verlag, 2005; DOMENIG, C, “Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung”, Bern/Stuttgart/Wien, ed, Haupt, 2008. MANNOZZI (coord.) “Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima”, Milano, 2004, pp. 5ss; MORETTI, “Mediazione e reati violenti contro la persona” en Mannozi, cit, pp. 85ss. SILVANI, “La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell’ordinamento italiano” en Mannozi, cit, p. 121ss. LAMAS LEITE, A, “A Mediação Penal de Adultos (Um Novo “Paradigma” de Justiça”, Coimbra editora, 2008.

A este respecto y sin que pueda o deba acometerse un análisis más pormenorizado puede resultar útil trasladar una serie de reflexiones.

A partir de la experiencia comparada, la mediación se inserta en el sistema jurídico penal a partir de tres presupuestos básicos: primero su previsión legal; segundo, una regulación suficientemente exhaustiva; y tercero, el control y necesidad de la colaboración jurisdiccional en diversos aspectos como la ejecución, o la eventual “vuelta” de la cuestión al ámbito jurisdiccional por el fracaso de la mediación.

Sin poder profundizar ni siquiera someramente a ninguno de los aspectos indicados, y dando por entendido que concurren el primero, surgen muchas cuestiones de las que destacaré simplemente aquellas relativas a su ámbito objetivo de aplicación, empezando, claro está, por si debe existir alguna limitación al respecto.

La respuesta debería cohonestarse con el fundamento del recurso a la mediación. Porque si se sostiene que una de sus justificaciones es un “estado social” en el que la desigualdad existente debe compensarse con un tratamiento diferenciado hacia los más desfavorecidos, los delitos económicos, por ejemplo, deberían quedar excluidos. ¿Qué ámbito de aplicación sería el más adecuado? ¿Cuál debería quedar excluido? ¿Qué sucedería con los menores? ¿pequeña criminalidad? ¿victimas de violencia de género? ¿delitos económicos? ¿delitos de peligro abstracto? ¿Debería preverse un *numerus clausus* o no? En el caso de los delitos contra el patrimonio, su incorporación favorecería la reparación efectivamente pero comporta el riesgo de un patrimonialización de la justicia, un “business”, en realidad.

Y qué decir de la necesidad de cumplimentar un modelo de mediación que incorpore determinadas garantías procesales, como la neutralidad del mediador, parangón de la imparcialidad judicial; la validez de las actuaciones efectuadas hasta la remisión a la mediación; la presunción de inocencia; y cómo cohonestar la renuncia a la publicidad y sus garantías con las bondades de la confidencialidad<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Mucho se escrito “de lege ferenda” en este ámbito. Sin ánimo de exhaustividad, pero sí orientativo, junto a los ya citados en notas anteriores, pueden añadirse: GARCIAÑDÍA CONZÁLEZ, P, “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en “El derecho procesal español del S.XX a golpe de tango”, Liber Amicorum en homenaje a J. Montero Aroca, Tirant lo Blanc, 2012, pp.1005-1033; AAVV, GONZALEZ CUELLAR SERRANO, N, (coord.); “Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio Interdisciplinar”, Colex, 2010; AAVV (BARONA VILA (coord.), “La mediación penal para adultos”, Tirant lo Blanc, 2009, y, entre otros, AAVV, SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA (coord.), “Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente”, Tecnos, 2007.

Para finalizar una última reflexión que cierre el círculo de cuestiones que abrieron este trabajo. El principio de legalidad y la garantía jurisdiccional, que es una de sus manifestaciones más significativas, no deben enfocarse como “monopolio estatal” con la eventual carga ideológica que comporta el sustantivo, sino como lo que es, un conjunto de garantías precisamente frente a dicho monopolio (Montero).

En las circunstancias actuales de crisis económica y tentación tecnocrática, parece perfectamente razonable propiciar una justicia autogestionada y “low cost”, que en clara conexión con la perenne tendencia a la aceleración a toda costa, propicia el incremento de los llamados métodos negociados, ofreciendo una visión claramente atractiva de los mismos. Con todo, conviene volver a pensar que el abandono del proceso no surge de una correlativa disminución de normas en torno a las que puede surgir el conflicto. No es así en el ámbito del proceso penal, en el que está lejos de alcanzarse una dirección única en los fines del derecho penal y del procesal penal y la criminalización de las conductas no parece remitir.

Tampoco resulta rechazable la apelación al efecto beneficioso que la mediación podría comportar, en primer término, para el propio delincuente, quizás mejor, algunos delincuentes, desde el punto de vista de la prevención especial; quizás también para la víctima en tanto desee colaborar en funciones resocializadoras, garantizando claro está su efectiva voluntariedad. Sin duda también para el Estado y el MF quienes ven fuera del ámbito de sus responsabilidades la persecución de determinados delitos, inicial o sucesivamente, según la mediación concorra antes de iniciarse el proceso o ya en alguna de sus fases. Y como no para el abogado, especialmente en el supuesto de alcanzar un acuerdo indemnizatorio, como presupuesto o no del acuerdo.

Los riesgos, con todo, no deben ser ignorados en aras a poder reequilibrarlo. Me refiero, en primer lugar, a la renuncia a uno de los derechos más significativos cual es el acceso a la justicia, clave de bóveda del Estado de Derecho; renuncia ciertamente voluntaria, pero que pudiera resultar irrevocable, como sucede con el arbitraje, en cuyo caso exigiría, cuando menos, dos contrapesos: en primer término, señalar aquellos delitos que deben quedar fuera de esta posibilidad, y en segundo lugar, que la plena consciencia de la renuncia constara entre los presupuestos para acceder a la mediación, de forma que la voluntariedad debiera alcanzar el conocimiento suficientemente informado, no sólo de aquello a lo que se accede (la mediación) sino también de aquello a lo que se renuncia. En segundo lugar, el peligro de *comercialización de la justicia penal*, algo no necesariamente inherente a la mediación pero que no cabe pasar por alto cuando la publicación de la ley de mediación trastocó lo que era uno de los presupuestos “clásicos” de la mediación, su gratuidad, cuestión que

si bien puede resultar razonable en el marco de los derechos y demás situaciones jurídicas de los particulares, no lo sería en el del derecho penal.

## Bibliografía

AAVV, GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, (coord.), “Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio Interdisciplinar”. Colex. 2010.

AAVV, BARONA VILAR (coord.). La mediación penal para adultos. Tirant lo Blanch, 2009.

AAVV, SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA (coord.). Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente. Tecnos. 2007.

ALLEGREZZA y GIALUZ. Víctima y “supervivencia” en la justicia penal europea” en AAVV (coord., Armenta Deu y Oromí Vall-llovera), “La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América”. Colex. 2010.

IBAÑEZ, Andrés. Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal. En: AAVV. Cuadernos de Derecho Judicial”. 28. 1995.

ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”, ed. PPU. 1991.

-----”Lecciones de derecho procesal penal”, 9ª ed, Marcial Pons, 2016.

-----“Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajurisdiccionales”, en AAVV (coord., Armenta Deu) “La convergencia entre los procesos civil y penal ¿Una dirección adecuada?”, Marcial Pons, 2013.

----- “Estudios de Justicia Penal”, Marcial Pons, 2014.

BARONA VILAR. Mediación penal (Fundamentos, fines y régimen jurídico). Tirant lo Blanch Tratados. 2011.

CADIET, NORMANDE et AMRANI-MEKKI, “Théorie générale du procès”, PUF, coll. Thémis. 2013.

DAMASKA. Negotiated Justice in International Criminal Courts”, “2 J Int Crim. Just. 2009.

DOMENIG, “Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung”, Bern/Stuttgart/Wien, ed., Haupt.2008.

ESTEVE PARDO. La nueva relación entre Estado y Sociedad (Aproximación al trasfondo de la crisis). Marcial Pons. 2013.

GARAPON. La Raison du moindre État (Le néolibéralisme et la justice). Odile Jacob. 2010.

GARCIANDÍA CONZÁLEZ. La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos. En: "El derecho procesal español del S.XX a golpe de tango", Liber Amicorum en homenaje a J. Montero Aroca. Tirant lo Blanch. 2012.

GÖSSEL. Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips in rechtsstaatliches Strafverfahren. En: Festschrift für Dünnebieber. 1982.

HÜNERFELD. Kleinkriminalität und Strafverfahren. En: ZStW. 1978.

LAMARCA PÉREZ. Formación histórica y significado político de la legalidad penal. En: Rev. Jurídica de Castilla La Mancha. 1987.

----- Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española. En: Rev. Española de Derecho Constitucional, 1987.

LAMAS LEITE. A Mediação Penal de Adultos Um Novo "Paradigma" de Justiça. Coimbra editora. 2008.

LANDSMAN. So what? Possible implication of the vanishing trial phenomenon. 1. J.Empirical Legal Stud. 973. 2004.

MANNOZZI. Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima. En: Mediazione e Diritto Penale (coord. Mannozi). Milano. 2004.

MIR PUIG. Derecho pena - Parte General, 2ed. 1985.

MONTERO AROCA. El significado actual del llamado principio acusatorio. En: AAVV Terrorismo y proceso penal acusatorio (coord., Gómez Colomer y González Cussac). 2006.

MOOS. Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte. 1981.

MORETTI. Mediazione e reati violenti contro la persona. En: Mediazione e Diritto Penale (coord. Mannozi). Milano. 2004.

NAUCKE. Emphielt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen gegenfalk durch welche? Gutachten für 51 DIT. 1976. T. I.

PUJADAS TORTOSA. Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica. En: Rev. Española de la Corte de Arbitraje. 2003.

RIESS. Die Zukunft des Legalitätsprinzips. "NSTZ". 1981.

-----"Lowe-Rosenberg Grosskommentar. 23 ed. 1986.

ROXIN. Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft. En: DRZ. 1969.

SILVANI. La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano. En: Mediazione e Diritto Penale (coord. Mannozi), Milano. 2004.

STEFFEN. Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und modern Ausgestaltung, Aachen, Shaker Verlag. 2005.

WEIGEND. Anklagepflicht und Ermessen. Baden, 1978.

WIMBERLEY. Legal Evolution: One Further Step. 79 AMER. J. OF SOCIOLOGY 78, 79. 1973.