


La mediación penal como manifestación del denominado “*principio de oportunidad*”: ¿Debería replantearse el legislador su veto a las víctimas de violencia de género?

Criminal mediation as a manifestation of the so-called “principle of opportunity”: Should the legislator reconsider his prohibition a victims of gender violence?

LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ*

Investigadora del Área de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo (España)

alvarezlaura.uo@uniovi.es

 <https://orcid.org/0000-0001-7710-0913>

Resumen: Este trabajo analiza la inminente ampliación de las manifestaciones de oportunidad en el proceso penal de adultos a la vista del borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y, lo que parece la anunciada preservación de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género, en el estudio se examinan las disposiciones del Ordenamiento Procesal Penal vigente y las que se pretenden instaurar junto con las sugerencias de la doctrina, obteniendo como primera conclusión que carece de sentido mantener la prohibición de mediar en delitos de violencia de género, cuando se pretende instaurar un proceso penal de adultos similar al previsto en la Jurisdicción de Menores.

Abstract: *This work analyzes the imminent expansion of the manifestations of opportunity in the criminal process of adults in view of the draft Law of Criminal Procedure of 2020, and what appears to be announced preservation of the prohibition of mediation in crimes of gender violence. This article examines the laws in force and those are intended to be promulgated together with the suggestions of the doctrine. Concluding that it makes no sense to keep the prohibition of mediating crimes of gender*

Recepción: 31/03/2021

Aceptación: 05/05/2021

Cómo citar este trabajo: ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura, “La mediación penal como manifestación del denominado “*principio de oportunidad*”: ¿Debería replantearse el legislador su veto a las víctimas de violencia de género”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 171-204, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.7>

* Doctora en Derecho.

violence when it is intended to establish a criminal process for adults similar to that provided in the Juvenile Jurisdiction.

Palabras clave: principio de oportunidad; violencia de género, mediación

Keywords: *opportunity principle; gender violence; mediation*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN AL LLAMADO “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”. 3. LA MEDIACIÓN PENAL. 3.1. Argumentos en contra. 3.2. Argumentos a favor. 4. LA CUESTIONABLE PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 5. LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMETIDOS POR MENORES. 6. LÍNEAS DE FUTURO: LA PROPUESTA DEL PRELEGISLADOR Y LAS SUGERENCIAS DE LA DOCTRINA. 7. VALORACIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo examina la incorporación de amplias manifestaciones de oportunidad en el proceso penal español, a la vista del reciente borrador del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, ALECRim 2020) y la vaticinada conservación de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género¹. La doctrina ha esbozado numerosas propuestas *lege ferenda* para desarrollar la mediación penal dentro de los procedimientos penales por delitos de violencia contra las mujeres, pero este propósito no solo es imposible en la actualidad por la prohibición establecida en el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), sino también por lo dispuesto en el artículo 57.2 del Código Penal que impone la obligación de aplicar la pena accesoria de prohibición de aproximación o de acercamiento sobre la víctima en los delitos de violencia de género. En consecuencia, la posible aplicación de la mediación en estos delitos precisaría no solo de la derogación del artículo 87 ter LOPJ, sino también de una modificación del artículo 57.2 del Código Penal². No obstante, no parece la intención del legislador abolir la prohibición de la

¹ Es preciso poner de manifiesto que a lo largo de este trabajo se utilizará el término “*violencia de género*” o “*violencia contra las mujeres*” indistintamente debido a que actualmente nuestra legislación emplea el término “*violencia de género*”. Pero ya he puesto de manifiesto en otros trabajos mi desacuerdo absoluto con el concepto de “*violencia de género*” que prevé nuestro ordenamiento debido a su carácter restringido, limitando la violencia que sufren las mujeres a la ejercida por “*sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. No obstante, la “*violencia de género*” es mucho más extensa y comprende supuestos de violencia familiar, de agresión sexual, acoso laboral, ablación genital, penalización de la infidelidad femenina, etc. (Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La insuficiencia del concepto de violencia de género y la necesidad de una definición amplia de violencia contra las mujeres en el modelo español”, *Mujer y Derecho*, Editorial Astigi, 2020, pp. 27-39 y “La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano”, *Revista de Derecho Penal y Procesal*, N° 51, 2018).

² En tal sentido, se ha señalado, con acierto, que resulta paradójico que el legislador adopte medidas tuitivas que podrían ser calificadas de “*hiperprotectoras*” porque determinan sin tener en cuenta la voluntad de la mujer,

mediación en los delitos de violencia de género, no solo por lo establecido en el Pacto de Estado contra la violencia de género³, sino también porque en el reciente borrador del ALECRim 2020 se prohíbe expresamente el archivo por razones de oportunidad en los delitos de violencia de género (*ex* 175.3 ALECRim 2020)⁴.

Sin embargo, las normas internacionales y en concreto el Convenio N° 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como el Convenio de Estambul debido a la ciudad en la que se aprobó en el año 2011, firmado por la Unión Europea y por todos los Estados miembros⁵, impone a los Estados firmantes el deber de prohibir los modos alternativos de resolución de conflictos (incluida la mediación) si son obligatorios (*ex* artículo 48), pero no prohíbe la mediación en los delitos que tengan por objeto alguna de las formas de violencia que describe si es voluntaria y las víctimas se encuentran en condiciones de efectuarla⁶. Por otro lado, hay que tener en cuenta que a nivel internacional existen numerosos países que se han atrevido a aplicar la mediación en delitos graves y de violencia de género, obteniendo resultados satisfactorios.

apoyándose en el argumento de que carece de capacidad de decisión y autodeterminación en el proceso una vez que éste se inicia (imposición obligatoria de la medida de alejamiento, prohibición de mediación, etc.); y que a su vez, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD), les confiera un papel y una posición en el proceso penal que posibilite hasta que participen en la ejecución del mismo (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución”, *La Ley Penal*, N° 130, 2018, pág. 6).

³ El Pacto de Estado contra la violencia género, aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de septiembre de 2017, para hacer efectivo el Convenio de Estambul en el ordenamiento español, entre sus medidas prevé “*reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género*” (número 116).

⁴ Texto disponible en: 210126 ANTEPROYECTO LECRIM 2020 INFORMACION PUBLICA (1).pdf (mjusticia.gob.es). Consulta: 04/03/2021.

⁵ El Convenio de Estambul en su artículo 3 define y delimita los distintos tipos de violencia que pueden sufrir las mujeres. De esta forma considera la “*violencia contra las mujeres*” como una violación de los derechos humanos, y una forma de discriminación contra las mujeres, que designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad en la vida pública. Por “*violencia doméstica*” entiende todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima; y la “*violencia contra las mujeres por razones de género*” como toda violencia contra una mujer por el mero hecho de ser una mujer o que afecta a las mujeres de forma desproporcionada. Por último, pero no menos importante establece un concepto de “*género*” y lo define como “*todos los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de hombres y mujeres*”.

⁶ En tal sentido, GUARDIOLA LAGO pone de manifiesto que la normativa internacional no limita la práctica de la mediación a determinados delitos ni a la fase del procedimiento penal en que se encuentren, que a lo sumo señala la necesidad de contemplar determinadas especificidades metodológicas, como el establecimiento de una “*co-mediación*” en los supuestos de violencia de género (GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 12, 2009, págs. 20 a 23).

En España parece que nos encontramos en un momento de cambio en el que se está planteando transformar de forma abismal el proceso penal tal y como lo conocemos desde la longeva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en lo sucesivo, LECrim 1882) con la finalidad de potenciar el llamado “*principio de oportunidad*” ya desde la fase de instrucción a través de distintas manifestaciones del mismo. No obstante, se sigue manteniendo la convicción de que es necesario vedar cualquier aplicación de criterios de oportunidad en los delitos de violencia de género debido a que podría transmitirse un equivocado mensaje de laxitud de estas conductas y, a que las víctimas que han experimentado estas situaciones no se encuentran en condiciones de implicarse en una mediación por falta de igualdad con el agresor. Argumentos en mi opinión más que discutibles que el legislador debería de volver a plantearse sobre todo en este momento en el que parece inminente la transformación del proceso penal.

De acuerdo con lo anterior, en este trabajo se expondrán algunas nociones generales sobre el denominado “*principio de oportunidad*” y de la mediación como una de sus principales manifestaciones, para seguidamente abordar la mediación en los delitos de violencia de género y su viabilidad en el proceso de menores, concluyendo con las propuestas *lege ferenda* del prelegislador y las sugerencias de la doctrina. Una de las conclusiones a las que se llega en este trabajo es que debería permitirse que en determinados casos de violencia de género se aplicase la mediación (siempre que exista igualdad entre el agresor y la víctima y que se adopten ciertas cautelas), debido no solo a su carácter reparador para la víctima, sino también a su efecto rehabilitador para el agresor.

2. APROXIMACIÓN AL LLAMADO “*PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD*”

El llamado “*principio de oportunidad*” se fundamenta en múltiples argumentos y se desglosa en numerosos “*motivos o ventajas*”⁷. La principal razón que justifica su implantación es la descarga de la Administración de Justicia, la cual se encuentra saturada por el elevado número de asuntos que llegan a su conocimiento. Pero también avalan la aplicación de la oportunidad: razones de interés social o utilidad pública (las cuales se concretan en: el nimio perjuicio social que puede producir un determinado delito, la falta de interés en la persecución del ilícito, impedir los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, incentivar la rehabilitación del delincuente y lograr en la máxima brevedad posible la reparación de la víctima); contribuir a la obtención de la Justicia material; coadyuvar a la efectividad de un derecho sin dilaciones indebidas y; por último, instituir un único mecanismo que permita realizar un tratamiento distinto a los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos que tienen un reducido interés social y en los que la pena carece de trascendencia.

⁷Así, por ejemplo, BARJA DE QUIROGA considera que todas las razones que justifican el principio de oportunidad son, a su vez, “*ventajas*” del mismo (BARJA DE QUIROGA, J. , “El principio de oportunidad: cuestiones generales”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 68).

Se ha señalado que todas estas razones, motivos o ventajas presentan una “*excesiva amplitud*”, puesto que pueden servir tanto para evidenciar la conveniencia de incorporar el denominado “*principio de oportunidad*” al ordenamiento jurídico como para fundamentar la totalidad de la futura política criminal (en la que seguramente el “*principio de oportunidad*” sería un instrumento más)⁸. También se ha apuntado que todas estas razones de utilidad pública o interés social podrían justificar la redefinición o modificación de algunos delitos del Código Penal o, en su caso, de sus penas, aumentando las potestades de los Jueces y Magistrados, pero en lugar de eso se opta por incrementar las facultades del MF (órgano imbricado en la órbita del Poder Ejecutivo)⁹.

Son escasos los autores que se han atrevido a establecer un concepto del denominado “*principio de oportunidad*”, lo cual se atribuye a que con carácter general se concibe como una excepción del principio de legalidad¹⁰. GIMENO SENDRA lo ha definido como la facultad que el ordenamiento procesal otorga al MF para que, a pesar de la existencia de indicios de la comisión de un delito público, pueda abstenerse de ejercitar la acción penal o solicitar a la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que suponga una reducción trascendental de la pena en aquellos supuestos expresamente establecidos en la Ley y, siempre que se deban tutelar intereses constitucionalmente protegidos¹¹. Dichos intereses se establecen en el artículo 124.1 de la Constitución (CE) que faculta al MF para promover la acción de la Justicia en defensa “*de*

⁸ Se considera más apropiado separar las razones que pueden fundamentar el llamado “*principio de oportunidad*” de aquellas otras que pueden utilizarse para ponderar la incorporación de los muy diferentes instrumentos que existen para diseñar la política criminal, y que engloban desde los concernientes a las diversas jurisdicciones (penal, civil, administrativa...), los penales (despenalización, condiciones personales de exclusión de la pena, distintas formas de sanción) o; los procesales (ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, págs. 194 y 195). Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO estima que el catálogo de las causas que fundamentan “*las autorizaciones legales*” para no formular acusación “*es amplio y flexible y el fundamento de las causas tiene unas veces contenido axiológico y otras pragmático*”. El autor las agrupa en: 1) acusas relacionadas con la naturaleza del hecho, 2) causas relacionadas con el autor del hecho, 3) causas basadas en la relación entre el delincuente y su víctima; y, por último, 4) causas basadas en el interés general (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *Poder Judicial*, N° Especial, 1989, págs. 26 y 27).

⁹ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 73 y 74.

¹⁰ ARMENTA DEU, T., “Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad...”, op. cit., págs. 210 y 211.

¹¹ En tal sentido, MONTERO AROCA ha puesto de manifiesto que este “*pretendido principio*” de oportunidad significa exactamente conferir al titular de la acción penal la facultad de disponer, en determinados supuestos, de su ejercicio, con independencia de que se haya probado o no la existencia del hecho delictivo cometido por el autor en cuestión. Teniendo en cuenta que el titular de la acción penal es el MF, el autor considera que “*la oportunidad lo es sólo para el órgano incardinado o en la órbita del Poder Ejecutivo que es el Ministerio Público*” (MONTERO AROCA, J., “Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón...”, op. cit., pág. 71).

los derechos de los ciudadanos” y del “interés público tutelado por la ley”, y no solo en defensa de la legalidad¹².

Respecto de la antedicha noción se ha señalado críticamente que se fundamenta en el Derecho comparado, pero sin tener en cuenta el contexto político y jurídico de los distintos países. Así, como ejemplos paradigmáticos se traen a colación Estados Unidos y Alemania. En el primer caso, el Ministerio Público es elegido a través de sufragio popular y responde políticamente en las elecciones y a diferencia de lo que ocurre en España no es un órgano dependiente del Poder Político, sino que es Poder político. En cuanto a Alemania las notas de independencia que caracterizan a su MF no pueden equipararse con las de su homólogo español¹³.

Por su parte, CALAZA LÓPEZ maneja un concepto de oportunidad más amplio y diverso, y la define en sentido estricto, como “*la facultad atribuida a los órganos de acusación, de solicitar, así como la potestad atribuida a los órganos de enjuiciamiento, de sustituir o conmutar -en los casos legalmente previstos generalmente delitos de escasa o nula entidad y faltas, cuya concreción corresponderá especificar, siempre y en todo caso, al Legislador, conforme a los parámetros de “política criminal”- unas penas más radicales, por otras, igualmente eficaces, al tiempo que menos lesivas para los intereses de su autor, y ello en atención a la apreciación discrecional de circunstancias concretas- así, entre otras, la pronta rehabilitación, readaptación, reinserción o reeducación del delincuente, la evitación del contagio criminógeno, la reconciliación entre el delincuente y la víctima, la evitación del traumatismo o aflicción de la condena, la inmediata satisfacción económica y psicológica de la víctima, la recuperación del “sentimiento de seguridad” de la víctima- que habrán de quedar, al propio tiempo, convenientemente explicitadas, razonadas y motivadas*”. Asimismo, la oportunidad debería predicarse en sentido amplio de la “*libertad de actuación de los particulares*”, cuando

¹² GIMENO SENDRA ha señalado que con “*interés público*” se alude al “*ius puniendi*” del Estado, cuya aplicación precisa del descubrimiento de la verdad. Lo que se traduce, por ejemplo, en supuestos de terrorismo en que los autores de delitos puedan verse favorecidos por una rebaja de la pena si colaboran eficazmente con el MF para demostrar la responsabilidad criminal de los principales autores del delito o al dismantelamiento de la organización criminal mediante su confesión. Y “*por derechos de los ciudadanos*” hay que entender el derecho a una pronta reparación de la víctima y el derecho del encausado a la reinserción social y a obtener una pena proporcionada con su culpabilidad, (GIMENO SENDRA V., “El principio de oportunidad y la mediación penal”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 244).

¹³ MONTERO AROCA, J., “*Principios del proceso penal...*”, op. cit., pp. 76 y 77. De forma semejante, ARMENTA DEU pone de manifiesto que “*un amplio juego del principio de oportunidad*” tiene mejor encaje en un sistema como el estadounidense donde: 1) el monopolio de la acción penal lo detenta un MF que tiene atribuida la casi absoluta disponibilidad del ejercicio de la acción penal; 2) El Fiscal no está imbricado en el Poder Ejecutivo; y por último, 3) responde ante sus electores cada cierto tiempo de la utilización que haya hecho en el ejercicio de la acción penal de sus extensos poderes discrecionales (ARMENTA DEU, T., “*Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad....*”, op. cit., pág. 199).

decidan acogerse a alguna de las soluciones complementarias (conformidad) o alternativas (mediación) previstas legalmente¹⁴.

Siguiendo con lo anterior, CALAZA LÓPEZ cuestiona que a la “oportunidad” pueda atribuírsele el calificativo de “principio”, puesto que no parece posible utilizar la noción de “principio” con la “oportunidad”, es decir, lo “oportuno” no es susceptible de ser generalizado porque se trata de algo “casual, particular o excepcional”. Los principios siempre dan la razón de todo, pero la oportunidad despliega su eficacia exclusivamente en supuestos concretos porque tiene un carácter excepcional (no puede generalizarse nunca). Por tal motivo, no es posible regular la oportunidad, ya que una regulación de “casos concretos” generaría una grave inseguridad jurídica. Por tanto, la oportunidad debería ser concebida como un “criterio” que precisa ser compatible con los principios jurídicos que inspiran el sistema procesal para poder ser aplicado. Así, la oportunidad “permite, en el caso concreto, privilegiar a un principio frente a otro. De ahí su carácter dinámico, frente al carácter estático de los principios”¹⁵. La oportunidad no puede aplicarse en el momento de decidir si se inicia o no el proceso judicial porque no es posible aplicar la oportunidad antes del proceso, puesto que supondría admitir que despliega efectos fuera del mismo “y por su naturaleza “casual” no puede abstraerse del proceso, ni mucho menos servir como criterio general ex ante”¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, a los Jueces y Magistrados debería de otorgárseles la posibilidad de elegir; con un amplio margen de discrecionalidad, siempre dentro del marco legal y una vez finalizado el proceso penal; entre aplicar una pena o reemplazarla por una medida igualmente

¹⁴ CALAZA LÓPEZ, S., “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 5/2012, 2012, pág.6.

¹⁵ Por tanto, la aplicación del “criterio de oportunidad” resulta hasta cierto punto contradictoria, en el sentido de que tiene una relevancia superior y, a su vez, inferior, a los principios que inspiran el ordenamiento. Esto significa que la aplicación práctica del criterio de oportunidad tiene una mayor transcendencia respecto de la de los principios, porque permite ordenarlos o establecer un orden de prelación entre ellos. No obstante, su significación dogmática o teórica es más reducida porque carece de contenido material general. En tal sentido, “la “oportunidad” se aplica constantemente en la toma de decisiones, pero todas ellas con base en un fundamento legal y sin que aquel criterio pueda, al propio tiempo, ser regulado, dado que no se le podría dotar de sentido jurídico alguno al margen del caso concreto” (CALAZA LÓPEZ, S., “Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” ...”, op. cit., pág. 3 y “¿Es realmente un principio la “oportunidad” ?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 842/2012, 2012, págs. 1 y 2).

¹⁶ El “criterio de la oportunidad” sirve para ajustar la Ley al supuesto concreto o, en su caso, para adaptar la legalidad a la Justicia, pero no puede actuar al margen de la Ley ni del supuesto específico. Tanto los Jueces y Magistrados como el MF (en el marco de sus respectivas competencias) podrán aplicarlo dentro de los límites legales, puesto que en caso contrario ambos órganos públicos podrían caer “en una suerte de “decisionismo” y “oportunismo” particular fiscal o judicial muy próximo al fascismo”, es decir, es la legalidad la que corrige este tipo de vicios debido a la seguridad jurídica, unidad e igualdad que brinda, pues no se puede ejercer Justicia si no existe una Ley previa que la dote de contenido. En definitiva, la oportunidad debería de concebirse como un criterio de ponderación, proporción o, en su caso, de flexibilización a cargo de Jueces y Fiscales que actuara siempre supeditado al principio de legalidad (CALAZA LÓPEZ, S., “Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” ...”, op. cit., pág. 3 y “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal...”, op. cit., pág. 3).

efectiva, pero menos gravosa. Esto es, sustituir la pena por una medida positiva que coadyuve a acelerar el proceso, a lograr la reeducación del delincuente y a conferir en la mayor brevedad posible una reparación económica, psicológica y jurídica de la víctima. Por lo que respecta al MF, si se tiene en cuenta que la “*descriminalización*” de determinados hechos por su escasa relevancia social es una cuestión de “*política criminal*” (competencia exclusiva del Poder Legislativo)¹⁷, parece evidente que no debería atribuírsele la potestad de decidir qué actuaciones punibles de menor entidad deberían perseguirse y cuales no en función de criterios de oportunidad. No obstante, una vez verificada la necesidad de celebrar el proceso penal (al menos en su fase inicial), existen una serie de razones que podrían justificar la conveniencia de agilizarlo, flexibilizarlo o dinamizarlo, mediante la aceleración del proceso. En tal sentido, el MF podría procurar la aceleración del proceso por razones de oportunidad (en los supuestos legalmente previstos) a través de la permuta de una pena por otra, siempre que el autor del delito reconociera su comisión y procediera a la reparación de la víctima, pero no debería poder excluir el enjuiciamiento fundamentándose en la irrisoria lesión social o la actuación no reincidente del autor¹⁸.

Se considera que el reto que conlleva incorporar la oportunidad en el proceso penal es “*imprescindible*” debido a la “*flexibilidad y elasticidad que introduce frente a la rigidez característica de las normas penales*” en un Estado de Derecho como el español en que la reinserción, la reeducación, la readaptación y la recuperación del delincuente es una de las finalidades de la pena (*ex artículo 25 CE*). No obstante, se entiende que solo sería factible atribuir a los órganos de la acusación pública la facultad de dejar de ejercitar o mantener la pretensión penal cuando existan motivadas razones para considerar (a su juicio) la inexistencia del hecho, la falta de tipicidad o la imposible autoría; pero en ningún caso se debería admitir que bajo su prudente arbitrio decidiesen que un determinado hecho delictivo no debe ser perseguido¹⁹. Se cree más recomendable y adecuado incorporar la oportunidad al proceso penal,

¹⁷ En tal sentido, PEDRAZ PENALVA se muestra partidario de convertir en sanción administrativa las conductas de bagatela (PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 369). Sin embargo, TRILLO NAVARRO que, define la criminalidad de bagatela como “*el hecho típico o extrapenal despreciable por el Derecho Penal*”, considera que la descriminalización de la bagatela por la administrativización no es una labor sencilla y que puede dar lugar a confusiones, estimando mucho más garantista “*una clara y nítida diferenciación de órdenes jurisdiccionales, sometido al principio de legalidad -artículos 9.1 y especialmente 117.1 CE-, y administrativo, sujeto a criterios de oportunidad*” (TRILLO NAVARRO, J. P., “Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista”, *LA LEY penal*, N° 51, 2008, págs. 5 y 6).

¹⁸ CALAZA LÓPEZ, S., Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” ...”, op. cit., pág. 9 y MONTERO AROCA, J., “*Principios del proceso penal...*”, op. cit., pág. 79. TRILLO NAVARRO considera que no ejercitar la acción penal en atención al llamando “*principio de oportunidad*”, vulneraría el principio de legalidad (fundamental en un Estado de Derecho) y el principio de igualdad ante la Ley, debido a la diferente apreciación que la acusación tendría legitimación para llevar a cabo en función a criterios ajenos al delito (TRILLO NAVARRO, J. P., “Criminalidad de bagatela: descriminalización...”, op. cit., pág. 17).

¹⁹ SONIA CALAZA considera también como opciones admisibles la formulación de una conformidad premiada o la promoción la iniciación convencional del proceso penal hasta su final (CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a la escena”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág.

una vez acreditada la comisión de un hecho delictivo e identificado su presunto autor, facultando al Fiscal para optar entre varias posibilidades u “oportunidades procesales” (previstas expresamente en la norma procesal), entre las que se debería encontrar la mediación penal o el sobreseimiento condicionado²⁰.

Esta parece que es la dirección que va a seguir nuestra futura LECrim, pues el borrador del ALECrím 2020, se decanta con firmeza por la incorporación de la oportunidad al proceso penal a través de la Justicia Restaurativa sancionando en su Exposición de Motivos que la misma constituye un “*complemento efectivo del ejercicio del principio de oportunidad*”²¹.

3. LA MEDIACIÓN PENAL

La posible implantación de un procedimiento de mediación penal es un tema candente desde hace mucho tiempo en España que ha suscitado numerosas discusiones doctrinales, la apremiante instauración de la Justicia Restaurativa por las exigencias derivadas de la normativa europea junto con la decidida apuesta del ALECrím 2020 por permitir a las víctimas acudir a los mecanismos restaurativos alternativos al proceso penal, hacen que el debate acerca de la mediación penal se mantenga en el ojo del huracán²². Tanto el EVD como el ALECrím 2020

115). En esta línea GIMENO SENDRA señala que “*la vigencia del principio de oportunidad constituye un presupuesto necesario de la viabilidad de la mediación penal, puesto que esta solución heterocompositiva tan sólo sucederá, en la práctica forense, cuando una norma material de nuestro CP pueda otorgar a la defensa una determinada ventaja en la reducción de la pena, lo que constituirá, para ella, su causa que le permitirá suscribir el negocio jurídico de conformidad*” (GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y la mediación...”, op. cit., pág. 244).

²⁰ SONIA CALAZA considera que la introducción de la mediación al proceso penal sería “razonable” siempre que se estableciesen legalmente una serie de condiciones esenciales: 1) Que se fijasen expresamente (previamente a la comisión de delito) las conductas susceptibles de someter a mediación; 2) Que se les confiera a los acusadores (tanto público como privado) la facultad de decidir, en su caso, poner la conducta típica en conocimiento de los Jueces y Tribunales; 3) Que los mediadores sean profesionales especializados en la materia; 4) Que la transacción, negociación o acuerdo sea susceptible de una posterior revisión judicial (CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a la escena”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 116, 117 y 125). En tal sentido, se considera que el ámbito penal el objetivo de la mediación es que el autor repare el perjuicio causado a la víctima comprendiendo dicha reparación tanto la dimensión material como la psicológica (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *LA LEY*, N° 1708, 2006, pág. 1).

²¹ Así, continúa la citada Exposición de Motivos “será el fiscal el que -al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus circunstancias específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o la imposición de una pena reducida- pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas. Podrá, de esta forma, como director de la investigación, impulsar, a través de la justicia restaurativa y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo”.

²² La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (en adelante, Directiva 2012), obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación penal en sus legislaciones internas, en España esta obligación se ha materializado de forma dispersa y defectuosa a través de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se reforma el Código penal y mediante el EVD. La Directiva 2012 en su considerando 46 dispone que los

prevén la posibilidad de que las víctimas puedan acceder a Servicios de Justicia Restaurativa fundamentándose en la necesidad de integrar este tipo de mecanismos para lograr la reparación material y moral de la víctima, se critica el hecho de que el EVD no haga mención a los beneficios que pueden reportar a la persona infractora, al considerar que le ofrecen “*un escenario en el que enfrentarse con las verdaderas secuelas de su comportamiento, brindándole un espacio genuino para la responsabilización y la reinserción, donde se suprime gran parte de la victimización y estigmatización del paso por el aparato judicial*”²³.

Por otro lado, ni el EVD ni el ALECrím 2020 determinan si el procedimiento de Justicia Restaurativa debe tratarse propiamente de mediación o de cualquier otro mecanismo (*ex artículo 15 EVD y artículos 181 y ss. ALECrím 2020*)²⁴. No obstante, la doctrina habitualmente cuando alude a la posibilidad de incorporar la oportunidad al proceso penal a través de la Justicia Restaurativa, se refiere principalmente a la mediación penal, quizás porque está prohibida expresamente a las víctimas de violencia de género y porque es el mecanismo alternativo utilizado en el proceso de menores, aunque la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM) no menciona específicamente el término “*mediación*”, sino “*conciliación*”. De acuerdo con esto, a continuación, se exponen las principales desventajas y ventajas que arguye la doctrina para instaurar la mediación penal.

Servicios de Justicia Reparadora como la mediación “*pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias*”. El citado considerando también manifiesta que el objetivo principal de estos servicios debe ser “*satisfacer los intereses y las necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional*”. En su artículo 12 establece las condiciones mínimas para que la víctima pueda acudir a los Servicios de Justicia Restaurativa que son las siguientes: “*a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) antes de que acepte participar en cualquier proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como de los procedimientos para supervisar la aplicación del acuerdo; c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos del caso; d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público*”.

²³ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 49, 2019, pág. 11.

²⁴ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género”, en CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 262. Sin embargo, el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 se decantaba por la mediación penal, la cual definía en el artículo 143 (Título VI “*De la mediación penal*”) como el procedimiento de solución de conflictos entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo. Sin embargo, se remitía a la regulación de la mediación para asuntos de Derecho Civil y Mercantil.

No obstante, es necesario poner de manifiesto que los Juzgados españoles han venido efectuando una experiencia piloto promovida por el CGPJ desde el año 2005, pero tal experiencia carece de sustento legal (CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal...”, *op. cit.* pág. 6).

3.1. Argumentos en contra

El primer argumento que se ha esgrimido para rechazar la instauración de la mediación en el ámbito penal es que podría implicar la pérdida del efecto simbólico o de prevención general característico del Derecho Penal²⁵. También se ha señalado el quebrantamiento del principio de legalidad, ya que la mediación como cualquier otro mecanismo de solución negociada de los conflictos conllevaría a que no se aplicara la sanción penal prevista para dar prioridad a otra forma de resarcimiento común y voluntariamente acordada por las partes²⁶. La principal consecuencia de esto sería la creación de amplios ámbitos de impunidad, puesto que mientras que la tramitación de un proceso penal se centra en la imposición de una pena legalmente prevista, la mediación pretende la satisfacción de la víctima, pero dicha satisfacción varía dependiendo de la situación psicológica de ésta, lo que se traduciría en que a delitos idénticos se pudieran aplicar respuestas jurídicas diferentes²⁷.

De otro lado, se ha apuntado que la mediación puede aportar beneficios en aquellos países en los que la víctima ha sido relegada del proceso penal, pero no en el Ordenamiento español dónde la víctima puede ser parte del proceso, ejercer la acción penal y la civil, y renunciar a ellas o reservar la acción civil para un proceso ulterior. Es decir, el nuevo mecanismo resarcitorio no proporcionaría más garantías a las víctimas, sino que pondría en riesgo su *ius ut procedatur* (ex artículo 24.1 CE), careciendo de sentido establecer la mediación para reforzar la posición de la víctima y, a su vez, despojarla de su posición en el proceso penal y de los derechos y garantías que la misma detenta²⁸.

Por otra parte, se razona que sería muy difícil armonizar la mediación con la existencia de la acusación popular, ya que la presencia de ciudadanos no afectados por el hecho delictivo sería inconciliable con la proximidad que exige la mediación entre las partes privadas, salvo que se prescindiera de la dimensión pública del delito, en consecuencia la implantación de la mediación conllevaría irremediablemente la eliminación de la acusación popular, lo que implicaría reformar nuestra Carta Magna al configurarse como un derecho constitucional (ex

²⁵ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia de género? No gracias”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N^o 23, 2014, pág. 184.

²⁶ Se afirma que “las facultades de oportunidad se encuentran así en una suerte de limbo jurídico, a medio camino entre instrumentos no punitivos de reacción frente al fenómeno criminal equivalentes a las penas y verdaderos “premios” a cambio de una actitud facilitadora de la labor de los órganos de persecución penal del Estado” (CONTRERAS ALFARO, L. H., “Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: Reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación”, *Revista General de Derecho Procesal*, N^o 5, 2004, pág. 16).

²⁷ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 273 y RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., págs. 180 y 181.

²⁸ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 187 y FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 265.

artículo 125 CE)²⁹. Sin embargo, es importante destacar, que el ALECRim 2020 concilia la acusación popular³⁰ con todas las manifestaciones del llamado “*principio de oportunidad*” que pretende implantar, restringiendo la actuación de este tipo de acusación tanto en el archivo como en la suspensión por razones de oportunidad (175 y 176 ALECRim 2020) donde carece de relevancia su personación. El ALECRim 2020 también excluye al actor popular del posible procedimiento alternativo de Justicia Restaurativa que pueda tener lugar (*ex* 181 y ss LECrim), ya que el mismo se desarrolla entre las partes directas del conflicto y los Servicios de Justicia Restaurativa y, es absolutamente confidencial, debiendo el informe sobre el resultado positivo o negativo del mismo guardar silencio sobre “*las comunicaciones mantenidas entre las partes*” y no manifestar ningún tipo de “*opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas*”, correspondiendo exclusivamente al Fiscal, tras el examen de dicho informe, la decisión de si procede decretar el archivo o la suspensión por razones de oportunidad o, en su caso, seguir un procedimiento de conformidad (*ex* 183 ALECRim 2020).

De otro lado, se colige en contra de la instauración de la mediación penal que podrían menoscabarse los derechos y las garantías del imputado (entre otros, los derechos al debido proceso, a la defensa y la presunción de inocencia), puesto que se correría el peligro de equiparar la mediación a la autoinculpación, ya que el legislador se vería abocado a, o bien supeditar la prosperidad del proceso penal al resultado de la mediación, o bien permitir que el acusado interviniera en la mediación donde tendría que asumir su autoría con la recompensa de que se archivará la causa penal³¹. Por último, se hace alusión a los costes económicos de establecer un procedimiento de mediación, pues su instauración implicaría disponer de medios personales y materiales para hacer frente a la infraestructura administrativa que requeriría un servicio institucionalizado de mediación³². Este último argumento es bastante cuestionable, ya que con la mediación no solo se consigue un ahorro económico, sino también emocional, psicológico, de tiempo, etc.

²⁹ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, *op. cit.*, pág. 187.

³⁰ El ALECRim 2020 regula la acusación popular en los artículos 120 y ss., disponiendo expresamente en el artículo 120 que “los ciudadanos españoles que no sean ofendidos o perjudicados por el delito pueden ejercitar la acción penal mediante querrela en los casos y con arreglo a las prescripciones establecidas en esta Ley”.

³¹ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, *op? cit.*, págs. 193 y 194 y SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley Penal*, N^o 112, 2015, pág. 4. En tal sentido, se ha puesto de manifiesto que, si se instaurara la mediación en el proceso penal como un mecanismo alternativo, el reconocimiento de los hechos durante su desarrollo por parte del autor del delito no podría ser, posteriormente, si la mediación concluye sin acuerdo trasladado al proceso penal (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal...”, *op. cit.*, pág. 13).

³² Se ha señalado que cuando la mediación fuera propuesta por el Fiscal o el órgano instructor debería ser gratuita, de acuerdo con el principio de igualdad del art. 14 CE (RENEO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”. *op. cit.*, págs. 195-197).

3.2. Argumentos a favor

La primera ventaja de la mediación que se suele invocar y también la más evidente es que se desarrolla en un entorno humano, flexible y comunicativo, ajeno a la rigidez formal del proceso judicial, siendo menos intimidante para la víctima³³. En el ámbito penal, se ha señalado que introducir la mediación ayudaría a trazar un Derecho Penal orientado en la resocialización y en la concordia, ya que se prestaría una especial atención a las condiciones de la víctima, a los hechos y a la significación jurídico penal de la condena para el autor³⁴. Mediante este mecanismo se allanaría la consecución del fin de prevención especial de la pena, es decir, la reeducación y reintegración del delincuente en la sociedad, pues la función resocializadora del Derecho Penal obtendría con la mediación una trascendencia especial en el proceso, ya que el agresor participaría de forma más activa en su propia resocialización debido al reconocimiento de su responsabilidad en el delito³⁵. Por último, también se ha subrayado que la mediación contribuiría a la reducción de los costes temporales y económicos de los procesos judiciales, así como a proporcionar un mayor índice de satisfacción cualitativo y cuantitativo respecto al cumplimiento de las resoluciones judiciales, y un menor desgaste emocional³⁶.

4. LA CUESTIONABLE PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Nuestro legislador ya prohibió expresamente la mediación en los delitos de violencia de género, incluso antes de que existiese una Ley que estableciese y regulase la mediación³⁷. Se considera

³³ Este mecanismo se caracteriza por ser un procedimiento más abierto en el que la prioridad son las necesidades humanas reales y dónde las partes son las únicas protagonistas (SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit., pág. 2)

³⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO afirma que si la pena confiere un sentido relativo de prevención (resocialización del delincuente) y para el ordenamiento español el objetivo de la pena no puede ser otro *ex artículo 25. 2 CE* que la reeducación y reinserción social del delincuente el Derecho Penal debería de dejar de acatar el rígido modelo de los programas condicionados y asumir la dimensión teleológica propia de los programas finalistas. Es decir, “*cualquier medida que con imposición de condiciones o reglas de conducta interfiera la libertad de comportamiento para ser legítima exige, o bien su imposición coactiva a virtud de una decisión judicial tras un proceso contradictorio o bien el acatamiento voluntario del sometido a ella sin proceso, sustituyéndose así la coerción por la aceptación. Es entonces cuando la oportunidad debe apoyarse en el consenso*” (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 298).

³⁵ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit., pág. 4.

³⁶ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., págs. 244 y 245.

³⁷ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), prohibió la mediación en su ámbito de aplicación, en su art. 44.5 que introdujo un nuevo art. 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ), para atribuir competencias en el orden penal y civil a los Juzgados de Violencia contra la Mujer que la propia Ley crea, concluyendo en su apartado quinto que “*en todos estos casos está vedada la mediación*”. Varios años después, se aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), que excluye expresamente la mediación en el orden penal de adultos [art. 2.2, apartado a)].

que tal prohibición responde a la necesidad de hacer ver a la sociedad que la violencia de género no es un asunto privado que las partes podrían solucionar dialogando de puertas para dentro del hogar. Así, se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LOVG, que declara que “*la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado*”. Sin embargo, en el momento en que se promulgó la LOVG todavía se estaba iniciando el cambio de percepción legal de las acciones delictivas basadas en el género, tras varios años desde su entrada en vigor, se puede decir que la percepción de la sociedad sobre la violencia de género ha evolucionado, y podría ser un buen momento para plantearse la posibilidad de permitir la mediación en ciertos supuestos de violencia contra las mujeres si se cumplen determinadas condiciones³⁸. Más aún si se tiene en cuenta, como se pondrá de manifiesto más adelante, que existen países que permiten la mediación en estos supuestos con resultados satisfactorios, así como que en que se nuestra Jurisdicción de Menores también se aplica la mediación en delitos de violencia de género cometidos por menores infractores.

La principal razón por la que se prohíbe la mediación en los delitos de violencia de género en el proceso penal de adultos es la desigualdad que existe entre la víctima y el agresor, es decir, en la ausencia de equidad entre las partes. La LM instaura como uno de los principios informadores de la mediación en asuntos de Derecho Civil y Mercantil “*la igualdad entre partes*” (7 LM). Sin embargo, la LOVG hace referencia a la ausencia de igualdad entre mujeres y hombres en numerosas ocasiones, tanto en su Exposición de Motivos como en el artículo 1 LOVG³⁹. Se considera que el poder y la dominación del agresor prevalecería en la mediación, siendo los eventuales acuerdos que se lograran consecuencia de la voluntad unilateral del presunto agresor que tendría sometida a la víctima, y no del equilibrio y la equidad de las partes⁴⁰.

En este sentido, se estima que la mediación en los delitos de violencia de género podría poner en riesgo la integridad de la víctima, pues lo más probable es que el agresor aproveche el encuentro para insistir en su comportamiento ofensivo, utilizando la mediación para mantener el control sobre la víctima. No obstante, la necesidad de adoptar medidas de protección pondría de relieve la desigualdad entre las partes y la ausencia de arrepentimiento por parte del agresor

³⁸ BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?”, *Diario La Ley*, N° 9100, 2017, pág. 4.

³⁹ La Exposición de Motivos de la LOVG define la violencia de género como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, “*se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión*”. Asimismo, el artículo 1 LOVG proclama que la dicha Ley tiene por objeto luchar contra la violencia de género como “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”.

⁴⁰ DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004”, *La Ley*, N° 98/99, 2012, pág. 7; RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., págs. 191 y 192 y; FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 273.

debiendo abandonar la mediación⁴¹. También se ha manifestado que el hecho de no aplicar el Derecho Penal podría transmitir un erróneo mensaje de disminución de la gravedad de los hechos a la ciudadanía que trivializaría la agresión y convertiría de nuevo la violencia de género en un asunto privado, lo que supondría un retroceso en las medidas legislativas que se han ido adoptado en los últimos años para visibilizar la violencia en el hogar (tanto doméstica como de género) y trasladarla del ámbito privado al público⁴².

Sin embargo, hay otras posturas que señalan que la mediación podría ser muy positiva para las víctimas de violencia de género al centrarse en su reparación proporcionándoles ayuda, comprensión y asistencia, ya que en la mayoría de las ocasiones este tipo de víctimas están más interesadas en conseguir apoyo, comprensión y una explicación de la violencia que en el castigo para el infractor o una indemnización⁴³. Se sostiene que no en todas las situaciones en que se comete un delito de violencia de género prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer, existen supuestos en los que el conflicto penal es ocasional y es aquí donde hacer uso de la mediación penal podría ser más beneficioso que recurrir al tradicional proceso penal, pues la mediación permitiría a la víctima recuperar su posición de igualdad con respecto a su agresor, al reconocer éste el desvalor de su acción⁴⁴. Además, se favorecería el empoderamiento y autonomía de la mujer, dotándola de herramientas para prevenir estados futuros análogos, al tiempo que podría hacer frente a su situación actual, dejando atrás la imagen de ser dependiente e incapaz que subyace de la legislación vigente en violencia de género, para ser capaz de abordar y gestionar su propia realidad⁴⁵.

También se ha indicado que, en los delitos de violencia de género de ámbito doméstico, a diferencia de lo que ocurre en otros tipos delictivos, es bastante probable que la víctima tenga la necesidad de hablar con el agresor sobre aspectos compartidos fruto de la vida en común que

⁴¹ RENEDO ARENAL, M^o A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 189.

⁴² RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 184; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...” op. cit., pág. 4; FUENTES SORIANO, O, “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 255 y BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 3. Como contrapartida al impulso por convertir la violencia contra las mujeres en una cuestión de orden público y de máxima prioridad, ORTIZ PRADILLO señala que se ha limitado la autonomía de la voluntad de las víctimas de violencia de género, a través de preceptos jurídicos cargados de paternalismo que consideran que estas mujeres no están en condiciones de decidir y, por ello, decide el Estado (ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, N^o 8697, 2016, pág. 3).

⁴³ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit., pág. 3.

⁴⁴ BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 3.

⁴⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. Y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N^o7, 2011, pág. 43, SÁNCHEZ RUÍZ, I. C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M^a P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de violencia de género: La mediación”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, Vol. 6, N^o 3, 2015, pág. 80, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, op. cit., pág. 10 y ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español” *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, VOL. 5, N^o 2, 2019, pág. 1102.

han mantenido juntos (hijos, bienes, deudas, etc), e incluso, puede que en un futuro se reconcilien. Por ello se considera que la mediación en estos supuestos presenta el beneficio de “*la protección de la familia*” mediante la consecución de acuerdos que implican la necesaria aceptación de la culpa, lo que sin duda coadyuva no solo a maximizar las posibilidades de pacificar las relaciones humanas en el ámbito más íntimo y relevante de la vida que es el familiar, sino también las probabilidades de que no se vuelva repetir una conducta semejante por parte del agresor⁴⁶.

Por último, se apunta que, la aprobación de la LOVG no ha supuesto una reducción de los delitos de violencia de género de ámbito doméstico, más bien al contrario, se ha experimentado un aumento que se ha visto agravado por los efectos de la pandemia⁴⁷. Los resultados son tan desoladores que se ha llegado a poner en duda la eficacia de la LOVG, al considerar que el exceso punitivo con el que el legislador español ha pretendido aplacar el incremento de este tipo de violencia se ha traducido en un progresivo endurecimiento de penas propio de un sistema retributivo que no ha servido para atajar la violencia contra las mujeres. No obstante, en el ámbito internacional se han llevado a cabo procedimientos de mediación en delitos graves y de violencia de género que arrojan resultados muy positivos, como casos ejemplificativos se

⁴⁶ CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a...”, op. cit, pág. 139.

Se entiende que la Justicia Penal sólo puede proteger a la víctima, castigar al victimario, y en su caso, rehabilitarlo, pero no que ofrece una solución real al conflicto. Sin embargo, la mediación se presenta como una alternativa muy conveniente, al constituirse la palabra en la única herramienta legítima para gestionar una controversia que, inevitablemente, los individuos han de enfrentar a lo largo de sus vidas, interiorizando el diálogo como método de solución de conflictos (BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 4 y CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, op. cit., pág. 43). También se ha señalado que debería valorarse la admisión de la mediación desde la perspectiva del interés del de menor, ya que en determinados casos debería de primar el derecho del menor a relacionarse con su progenitor, así como el derecho a la solución pacífica del conflicto, por ser la única forma de ponderar a los menores en el conflicto parental (GIL VALLEJO, B. “A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual)”, *Diario La Ley*, N° 8764, 2016, pág. 10). La práctica evidencia un alto grado de reincidencia en los delitos de violencia de género de ámbito doméstico debido al elemento diferenciador que les caracteriza, la relación de afectividad, factor al que el proceso penal no puede dar una solución eficaz. Se estima que en los casos de violencia de género en que la víctima se retracta o pide que se anulen los cargos contra el agresor, a veces por haber llegado al acuerdo de volver juntos o continuar la vida en común, es mejor la intervención de un mediador que contribuya a lograr una solución extrajudicial que consista en un acuerdo equitativo que el mero perdón otorgado por la mujer agredida a su pareja, ya que éste puede producir determinados efectos procesales al incidir en la pretensión de la víctima de retirar la denuncia, en su decisión de retroceder de los hechos inicialmente narrados o, incluso en la de no comparecer en el juicio oral ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”, en ARANGÜENA FANEGO, C., HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pág. 130 (https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/Proyecto_Apoyo_Asociacion_Juristas/Analisis_Medidas_Mejorar_Proteccion_Policial_Judicial_Victimas_Violencia_Genero.pdf, consulta: 1/02/2019).

⁴⁷ Vid. el Documento Oficial de la Comisión Interamericana de Mujeres sobre “Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados” (<https://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>, consulta: 29/03/2021).

pueden destacar EEUU, Canadá, Austria, Finlandia, Alemania o Italia. Es más, incluso, en España hay Comunidades Autónomas como Madrid, Cataluña o el País Vasco que han desarrollado proyectos piloto “*alegales*” en materia de violencia de género con resultados fructíferos⁴⁸.

5. LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMETIDOS POR MENORES

En el proceso de menores se recurre a la mediación con una finalidad educativa y resocializadora, primando el criterio pedagógico de la responsabilidad del menor, permitiendo la Justicia Reparadora y la oportunidad reglada para determinadas infracciones, como un instrumento adecuado para lograr la rehabilitación del menor, confiriendo al MF varias opciones para desjudicializar la conducta típica del menor infractor⁴⁹. La concepción de la mediación como un instrumento de carácter educativo para el agresor y reparador para la víctima llevó a plantearse la viabilidad de aplicarla también en los delitos de violencia de género en los que el agresor es un menor de edad, pero previamente fue necesario resolver dos cuestiones: 1) si las conductas violentas en parejas adolescentes podían comprenderse dentro del concepto de violencia de género que proporciona la LOVG y, en su caso, 2) qué ley debía aplicarse para perseguir tales conductas, si la LORPM o la LOVG⁵⁰.

En cuanto a la primera cuestión, se consideró que la LOVG no supedita la comisión de un acto de violencia de género a la edad de la víctima. Es más, el artículo 17 LOVG reconoce a todas las mujeres víctimas de violencia de género los derechos garantizados en la misma, con independencia de su origen, religión o cualquier otra “*condición o circunstancia personal*”

⁴⁸ Vid. SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: Especial incidencia en la violencia de género”, *Dereito*, Vol. 26, N°2, 2017, págs. 12 a 16, CANO SOLE, Mª A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, N° 109, 2014, pág. 4 y SÁNCHEZ SERRAMIÁ BALAGUER, I.C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, Mª P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de...”, op. cit., págs. 70 y 71. ARANGÜENA FANEGO pone de manifiesto que en el Derecho internacional existen sistemas penales como el de EEUU, Alemania o los países escandinavos que permiten la mediación en delitos especialmente violentos y graves, y en los que lejos de considerarse desaconsejable se entiende como “*altamente conveniente*” (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 115). TRILLO NAVARRO critica la postura del legislador español de prohibir la mediación en delitos de violencia de género cuando la experiencia de otros países de nuestro entorno ha puesto de manifiesto que la mediación puede ser muy satisfactoria para las víctimas de violencia de género si se aplican las técnicas mediadoras apropiadas y las cautelas necesarias (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal: el principio de...”, op. cit., pág. 8).

⁴⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 6.

⁵⁰ Así, DÍEZ RIAZA pone de manifiesto que el fomento de soluciones encuadradas dentro de la Justicia restaurativa siempre resultan beneficiosas para la víctima al sentir que se ha hecho Justicia por haber podido observar cómo se ha tratado el delito que se cometió en contra de ella (DÍEZ RIAZA, “Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi y la desjudicialización de la intervención de los menores infractores”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO,., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 215).

entre las que debería entenderse comprendida la edad⁵¹. En cuanto al agresor, la LOVG tampoco establece ningún requisito de edad, y si se tiene en cuenta que de acuerdo con el Código Civil los menores de 16 años si están emancipados pueden contraer matrimonio (*ex* artículos 46 y 48), se supone que también pueden mantener relaciones de noviazgo o afectividad⁵². Por tanto, no existe ningún obstáculo para que se cumpla el requisito de la relación de afectividad entre la víctima y el agresor que exige la LOVG para considerar un determinado hecho como un acto de violencia de género⁵³, consiguientemente, no hay ningún impedimento para que un menor de entre 14 y 18 años pueda ser autor de un delito de violencia de género contra una víctima (mayor o menor de edad)⁵⁴.

En cuanto a la segunda cuestión tanto la LORPM como la LOVG son leyes especiales que pretenden dar una respuesta jurídica distinta a la delincuencia de menores y a la violencia de género, respectivamente. En tal sentido, se consideró que la propia razón de ser de la Justicia Penal de Menores era suficiente argumento para aplicar en estos supuestos la LORPM y no la LOVG; ya que el desarrollo intelectual, emocional y físico de un menor es diferente al de un adulto, el menor se encuentra en un proceso de formación y si comete un delito debe proporcionársele un proceso y una respuesta penal que contribuya a su educación y reinserción social con la finalidad de que una vez alcanzada la mayoría de edad se incorpore en la sociedad como un adulto responsable⁵⁵.

⁵¹ No obstante, se considera que la posición de la víctima en el procedimiento de menores es compleja, ya que no encontramos ante un procedimiento cuya finalidad principal es la reeducación y la reinserción del agresor, pero tal finalidad puede que no sea compartida por la víctima que, como ofendida y perjudicada por el delito legítimamente puede reclamar su intervención en el proceso exclusivamente para obtener el resarcimiento del daño derivado del delito y la debida protección (MILLÁN DE LAS HERAS, M^o J., “La Jurisdicción de menores ante la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, N^o 86, pág. 140).

⁵² VALVERDE MORÁN, E., “Aspectos legales de la violencia de género en adolescentes”, *Jornadas Violencia de género en adolescentes. Una realidad que necesita respuesta*, celebradas en Madrid el 2 de diciembre de 2014, pág. 3 (https://www.pediatriasocial.es/HtmlRes/Files/Elena_Valverde_Moran.pdf, consulta: 08/03/2021).

⁵³ En tal sentido, la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer declara que “aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental que las sitúa, sin duda bajo la esfera de la tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género”.

⁵⁴ PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de género ejercida por menores de edad. Especial referencia a la mediación”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 381.

⁵⁵ PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, *op. cit.*, pp. 382 y 383. En cambio, otros autores señalan que la prohibición del art. 87 ter 5 LOPJ no afecta a la Jurisdicción de Menores porque la LORPM no contiene ninguna previsión especial en materia de violencia sobre la mujer y, por otro lado, la LOPJ solo afecta a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 17-24, 2015, págs. 21 y 23).

No obstante, la aplicación de la LORPM no implica dejar a la víctima de violencia de género sin su específica protección, pues está salvaguardada por el artículo 17 LOVG, precepto que ha de armonizarse con el interés superior del menor⁵⁶. Además, se ha señalado que la rápida intervención de los especialistas de educación y formación facilita la localización de factores de riesgo en el proceso evolutivo del menor y las causas que han podido “favorecer” los hechos, impidiendo la “*cronificación de conductas violentas, por lo que se abre una puerta a la posibilidad de cambio*”⁵⁷. Sin embargo, si bien se considera que la prohibición del artículo 87 ter LOVG no supone un impedimento para aplicar la mediación en los procesos de menores se señala que se ha de prestar una especial diligencia por si existiese o surgiese una situación desigualdad entre las partes, tanto los Fiscales como los Equipos Técnicos deben tener un extremado cuidado y ante cualquier atisbo de desequilibrio entre las partes han de excluir la mediación por concurrir una situación de desigualdad⁵⁸.

La mediación en el proceso de menores tiene un riguroso carácter reglado, la LORPM establece con precisión los momentos procesales en los que es posible recurrir a este mecanismo alternativo al proceso, los requisitos que han cumplirse, así como distintos controles para asegurar que se respetan los límites legales y las garantías jurídicas básicas de los sujetos intervinientes en la mediación. En los delitos de violencia de género solo sería posible la mediación en los supuestos previstos en los artículos 19 (sobreseimiento por conciliación) y 51.3 LORPM (sustitución de las medidas impuestas por conciliación), respectivamente⁵⁹.

⁵⁶ Además, la reforma de la LORPM operada por la Ley Orgánica 8/2006 reforzó la posición de las víctimas de violencia de género que pueden tener una intervención activa en el proceso de menores, al poder personarse como acusación particular (en condiciones semejantes al proceso penal de adultos). Tienen derecho a estar informadas durante todo el proceso de las resoluciones que se adopten y que puedan afectar a sus intereses y seguridad (aunque no estén personadas en el procedimiento). Por otro lado, en el artículo 7 i) se prevé la medida de alejamiento o de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u personas que el Juez determine.

⁵⁷ MILLÁN DE LAS HERAS, M^o J., “La Jurisdicción de menores ante la violencia de...”, op. cit., pág. 150.

⁵⁸ PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 386. En este sentido, el Informe de la Clínica Jurídica de UNIR titulado “El interés del menor agresor frente al interés de la menor víctima de violencia de género en los procedimientos de menores” del año 2016 pone de manifiesto que “*la utilización de la conciliación en supuestos menos graves exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. En ningún caso deberá utilizarse si el menor maltratador no exterioriza un firme propósito de cesar en sus actos o si la víctima, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitada para tomar parte en el proceso*”, pág. 31 (<https://www.fundacionpombo.org/web/wp-content/uploads/2020/05/Interes-del-menor-agresor-frente-al-interes-del-menor-victima-de-violencia-de-genero.pdf> , consulta: 11/03/2021)

⁵⁹ El artículo 18 LORPM que permite al MF, practicadas las diligencias preliminares, acordar el desistimiento de la incoación del expediente, pero no se puede aplicar en supuestos de violencia de género, ya que el propio precepto establece que dicho desistimiento solo se podrá acordar cuando se trate de hechos denunciados que “*constituyan delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas*” o delitos leves, por lo que resulta imposible su aplicación a conductas violentas como son los delitos de violencia de género (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 385). Por otro lado, hay comentaristas que consideran que el artículo 51.3 LORPM no puede considerarse como una manifestación del llamado “*principio de oportunidad*”, se señala que en este supuesto se llega “*tarde*” para poder hablar de oportunidad, pues la medida ya ha sido impuesta y lo que se pretende es dejarla sin efecto (para lo cual es necesario

El artículo 19 LORPM permite al MF solicitar el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones al Juez de Menores (una vez iniciado el procedimiento) si considera que los hechos delictivos fueron cometidos sin violencia ni intimidación graves; y si el menor realiza alguna de las conductas establecidas en la LORPM⁶⁰. El sobreseimiento del proceso por la mediación entre la víctima y el menor se sujeta a tres requisitos: 1) que el hecho sea constitutivo de un delito menos grave o leve, 2) que los hechos se hayan cometido sin violencia o intimidación graves (por lo que se entiende que podría decretarse el sobreseimiento si existiese violencia o intimidación menos grave), 3) que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la misma o al perjudicado; especificando el artículo 19 LORPM en qué debe consistir la conciliación o la reparación de la víctima a efectos de poder solicitar el sobreseimiento⁶¹.

La conciliación se considera producida cuando el menor reconoce el daño causado, se disculpa con la víctima y ésta acepta las disculpas⁶². Es decir, se precisa la confluencia de dos voluntades (la del menor infractor que debe reconocer el daño causado y disculparse con la víctima) y la de la víctima (que debe aceptar las disculpas). Lo que implica que, si la víctima no acepta las disculpas del menor infractor, *a priori*, no se cumplirían las condiciones que establece el artículo 19.2 LORPM para poder decretar el sobreseimiento y debería de continuarse la

haber cumplido un determinado tiempo). Sin embargo, el propósito de la aplicación de los criterios de oportunidad es que el proceso no siga su curso y brindar una solución alternativa (DÍEZ RIAZA, S., “Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi...”, op. cit., pág. 204).

⁶⁰ En concreto: 1) que haya procedido a conciliarse con la víctima, 2) que haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito o, 3) que se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico. Se considera que la expresión “*circunstancias de los hechos y del menor*” puede calificarse o considerarse como una especie de “*cajón del sastre*” en la que cabría incluir la reincidencia del menor o la no comisión precedentemente hechos semejantes (CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, N° 6366, 2005, pág. 10 y PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 387).

⁶¹ En cuanto a los dos primeros requisitos, en los delitos de violencia de género la mediación por conciliación o reparación entre el menor infractor y la víctima solo podrá tener lugar en aquellos hechos menos graves cometidos sin violencia o intimidación graves como insultos, amenazas o coacciones⁶¹. Pero, en todo caso, será el Equipo Técnico quien examine las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar la idoneidad de esta solución extrajudicial (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 391). El informe de la Clínica Jurídica de Unir estima que en los casos leves en los sea posible aplicar la mediación, en todo caso, es necesario poner en conocimiento del menor infractor que “*cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad, que ya prevé el Código Penal cuando existe reincidencia en el actuar ilícito de su autor*”, a su vez, es necesario informar a la víctima de que debe poner en conocimiento del MF cualquier nueva conducta violenta del menor infractor (Informe de la Clínica Jurídica de UNIR “El interés del menor agresor frente al interés de la menor víctima de violencia de género...”, op. cit., pág. 31).

⁶² CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal...”, op. cit., pág. 10. PERIS RIERA considera que la LORPM confiere a la conciliación un perfil “*más espiritualizado*” y menos material que a la reparación, ya que “*“las buenas intenciones” tienen que ir indefectiblemente acompañadas de la realización de acciones por parte del menor*” (PERIS RIERA, J.M., “El modelo de reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *LA LEY*, N° 12483/2001, 2001, pág. 2).

tramitación del procedimiento penal. Sin embargo, esta interpretación implicaría dejar exclusivamente en manos de la decisión de la víctima la tramitación o no de la causa, pero cuando los principios rectores del proceso de menores (interés superior del menor y educación) recomiendan el sobreseimiento y el menor se ha disculpado, se puede acordar igualmente, pero ya no nos encontraríamos ante un sobreseimiento por conciliación, sino por alguno de los otros motivos que prevé la ley (*ex* artículo 19.4 LORPM). Por tanto, el MF podría dar por finalizada la instrucción y solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento cuando el menor infractor haya reconocido el daño causado, se haya disculpado con la víctima (y tras la negativa de ésta a aceptarlas), se haya comprometido a realizar una actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico⁶³.

En cuanto a la reparación, para que sea real el artículo 19.2 LORPM exige “*su realización efectiva*”, a diferencia de la conciliación, no es suficiente con el mero compromiso del menor, sino que es necesaria la realización material de la actividad reparadora a la que se ha comprometido, motivo por el cual el Equipo Técnico debe mantener informado al MF de los compromisos asumidos por el menor y de su grado de cumplimiento⁶⁴. Por otro lado, es

⁶³ Así, el apartado cuarto del artículo 19 LORPM sanciona que “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”. PILLADO GONZÁLEZ afirma que una apropiada interpretación del artículo 19 LORPM obliga a diferenciar dos cosas: 1) la necesidad del consenso de la víctima para que tenga lugar la conciliación y 2) la exigencia de tal consenso para que se pueda acordarse el sobreseimiento. Es decir, es claro que no cabe la conciliación si la víctima no acepta las disculpas del menor infractor, pero esto no implica que tal aceptación sea imprescindible para acordar el sobreseimiento, puesto que debe de prevalecer ante todo el interés superior del menor por lo que la continuación o no del procedimiento no puede depender de la voluntad de la víctima, pudiendo acordarse el sobreseimiento (a pesar de la falta de aceptación de las disculpas por parte de la víctima) por otro de los motivos que prevé la LORPM si se cumplen las condiciones fijadas (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, *op. cit.*, págs. 388 y 389; en un sentido similar, PERIS RIERA, J.M., “El modelo de reparación en el nuevo marco de la responsabilidad...”, *op. cit.*, págs.1 y 2).

⁶⁴ El Fiscal solo podrá dar por finalizada la instrucción y solicitar el sobreseimiento cuando el menor concluya los compromisos de reparación o, cuando se verifique que éstos no se pudieron efectuar por causas ajenas al menor (*ex* artículo 19. 3. y 4 LORPM). En cuanto al contenido de la actividad reparadora que puede llevar a cabo el menor con la finalidad de que se decrete el sobreseimiento, ante la falta de especificación del legislador que se ha ceñido a establecer que consistirá en “*determinadas acciones*” en favor de la víctima o del perjudicado o de la comunidad, para evitar el riesgo que conlleva delimitar mediante un *numerus clausus* las acciones posibles no siendo lo suficientemente exhaustivo, y con el consiguiente menoscabo a la utilidad práctica del precepto. Por ello, debe considerarse que tiene cabida cualquier tipo de actuación por parte del menor que tenga una finalidad reparadora para la víctima o el perjudicado (como por ejemplo, sacar a pasear una persona dependiente bajo custodia de la víctima); o en su caso, en beneficio de la comunidad (como por ejemplo, colaborar en las actividades de una ONG destinada a las mujeres maltratadas), siendo competencia del Equipo Técnico recomendar en cada supuesto la actividad que estime más apropiada para la reeducación del menor (artículo 27.3 LORPM). De acuerdo con el valor educativo que inspira el proceso de menores, se pretende que el menor sea consciente del daño causado y acepte la actividad reparadora como adecuada y proporcionada a la lesión que causó. En consecuencia, la actividad reparadora impuesta al menor debe guardar relación con el bien jurídico perjudicado o puesto en peligro por el hecho delictivo cometido, así como proporcionalidad con la gravedad del delito y la intensidad del daño causado (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, *op. cit.*, pág.

necesario poner de manifiesto que la reparación del artículo 19 LORPM es simplemente de carácter penal y educativo, lo que implica que no se identifica íntegramente con la responsabilidad civil establecida en los artículos 110 y 112 del Código Penal⁶⁵.

Por lo que respecta a la segunda posibilidad de mediación que establece la LORPM en delitos de violencia de género, el artículo 51.3 LORPM permite la posible conciliación entre el menor y la víctima cuando ya se ha dictado la sentencia y el menor está ejecutando alguna de las medidas que se le impuso, dejándola sin efecto cuando el menor haya cumplido la medida durante un determinado lapso de tiempo, suponiendo que este periodo de cumplimiento junto con su conciliación con la víctima supone un suficiente reproche social de la conducta delictiva que cometió⁶⁶. Se ha considerado que la reparación en este momento del procedimiento podría vulnerar el principio *non bis in ídem*, ya que se le estaría imponiendo al menor la obligación de reparar a la víctima como requisito para dejar sin efecto una medida de carácter sancionador y educativo que se supone que ha cumplido parcialmente, y que le fue impuesta por los mismos hechos por los que se le estaría exigiendo la reparación de la víctima⁶⁷.

A diferencia del artículo 19 LORPM, para dejar sin efecto la medida es necesario que la víctima acepte las disculpas del menor sin que tengan en este momento del proceso cabida otras alternativas de reparación social como la ejecución de labores socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, ya que ni la Ley ni el Reglamento están previstas⁶⁸. Por otro lado, la Ley no fija ninguna restricción por razón de la gravedad de la medida impuesta, de modo que sería posible dejar sin efecto la medida si se cumplen las condiciones previstas en

390 y CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal...”, op. cit, pág. 10).

⁶⁵ Motivo por el cual el artículo 19.2 LORPM señala que “*sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*”, es decir, la reparación que efectuó el menor no extingue la acción civil de responsabilidad *ex delicto*” (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 391).

⁶⁶ El artículo 51.3 LORPM se desarrolla en los artículos 5.3 y 15 del RD 1774/2004 en los que se regulan aspectos procedimentales. Pero existe una cierta contradicción entre los preceptos de la LORPM y del RD 1774/2004, ya que el artículo 51.3 LORPM habilita para dejar sin efecto la medida si la mediación finaliza con una conciliación entre el menor infractor y la víctima en los términos del artículo 19 LORPM (reconocimiento del daño por parte del menor y su petición de disculpas), pero el artículo 15 RD 1774/2004 prevé la posibilidad de dejar sin efecto la medida cuando la mediación concluya con la reparación del daño causado a la víctima.

⁶⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 393.

⁶⁸ No obstante, la dejación sin efecto de la medida no se subordina exclusivamente a la existencia de conciliación entre el menor y la víctima, ya que el artículo 51.3 incluye un presupuesto adicional que se concreta en la apreciación subjetiva del Juez de Menores al sancionar expresamente que el Juez debe juzgar si el acto de conciliación y el tiempo de duración de la medida ya cumplido “*expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor*”. En consecuencia, el Juez de Menores puede valorar que el tiempo de ejecución de la medida junto con el hecho de que el menor infractor se haya conciliado con la víctima constituyen un suficiente castigo para el menor (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pp. 394 y 395).

el artículo 51.3 LORPM, con independencia de que se trate de un delito grave en el que existe violencia o intimidación graves⁶⁹.

El sobreseimiento del artículo 19 LORPM guarda cierta similitud con la suspensión del procedimiento de investigación que pretende introducir el artículo 176 ALECrIm 2020 por razones de oportunidad en el proceso de adultos para delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión o cualesquiera de otra naturaleza, condicionando dicha suspensión al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 175⁷⁰. Esto es, a que la persona investigada reconozca su responsabilidad en el delito, se comprometa a cumplir las reglas de conducta que le han sido impuestas en el plazo fijado y por último, a que la víctima muestre su conformidad con la suspensión. Entre las conductas que se le pueden imponer al investigado se encuentran: indemnizar a la víctima, dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente; participar en programas formativos o cumplir los deberes que el MF estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten a su dignidad como persona.

6. LÍNEAS DE FUTURO: LA PROPUESTA DEL PRELEGISLADOR Y LAS SUGERENCIAS DE LA DOCTRINA

Como ya se ha puesto de manifiesto parte de la doctrina considera que la mediación es una alternativa muy conveniente al proceso penal, incluso, en los delitos de violencia de género⁷¹. No obstante, es necesario precisar que con esto no se está pensando en la desaparición o supresión del proceso penal para que la condena o consecuencia jurídica sea impuesta por un mediador, sino que se pretende que ambos procedimientos se complementen. De forma, que el trabajo realizado por el mediador en el marco de un procedimiento restaurativo (siempre que concurren las condiciones necesarias) pueda introducirse en el proceso penal ya sea para

⁶⁹ CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...”, op. cit., p. 18.

⁷⁰ El artículo 175 ALECrIm 2020 condiciona el archivo del procedimiento de investigación por razones de oportunidad a los siguientes requisitos: 1) que la incidencia sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en que se produjo; 2) que pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública; 3) que la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena. Además, sanciona expresamente que el archivo por razones de oportunidad no cabrá cuando: 1) en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación; b) el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta; c) la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de alguno de los supuestos de oportunidad y; d) que la víctima se menor de trece años.

⁷¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius ponendi* del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, N° 33, 2011, pág. 23. En tal sentido, ARANGÜENA FANEGO ha puesto de manifiesto que la viabilidad de la mediación penal pre procesal es más que dudosa, y absolutamente rechazable en los supuestos de violencia de género (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 151).

abreviarlo, para minimizarlo a la “cuasi *mera sententia*” o, para condicionar el contenido de la misma o de la propia ejecución⁷²

De acuerdo con lo anterior, el ALECRim 2020 regula el acceso a la Justicia Restaurativa, habilitando al MF para que pueda, si lo estima conveniente, derivar a la víctima y al autor del delito a un procedimiento restaurativo una vez analizadas las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, ya sea de oficio o a instancia de parte (*ex* artículo 182.1). No obstante, en la fase de ejecución le corresponde al Juez, en su caso, acordar la remisión a un procedimiento de Justicia Restaurativa previa audiencia del MF. Este procedimiento se rige según el borrador por los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad. El posible sometimiento de la víctima y del autor es voluntario de forma que ninguna de las partes puede ser obligada y en cualquier momento puede revocar su consentimiento y apartarse del mismo. Por tanto, la negativa de las partes a someterse o el abandono del procedimiento de Justicia Restaurativa no tiene ninguna consecuencia en el proceso penal. El ALECRim 2020 garantiza la absoluta confidencialidad de la información que se obtiene en el procedimiento restaurativo que nunca podrá ser utilizada posteriormente, salvo que las partes lo acuerden (*ex* artículo 181.4). El Fiscal no puede tener conocimiento del desarrollo del procedimiento de Justicia Restaurativa hasta que haya finalizado, o en su caso, mediante el acta de reparación (*ex* artículo 181. 4 *in fine*).

El ALECRim 2020 permite la derivación a un procedimiento de Justicia Restaurativa durante todas las fases del proceso penal, el artículo 182 apartado dos dispone que la remisión por parte del Fiscal a un proceso restaurativo “*no eximirá de la práctica de diligencias indispensables para la comprobación del delito*”, se ha considerado que no podría hacerse de otro modo, pues la paralización de las actuaciones podría conllevar la pérdida de fuentes de prueba esenciales para la conclusión del proceso penal⁷³. Por su parte, el artículo 184 ALECRim 2020 dispone que en el juicio oral cuando todas las partes lo soliciten el Tribunal podrá remitir las actuaciones a un procedimiento de Justicia Restaurativa, de forma que si se alcanza un acuerdo se incluirá en las conclusiones definitivas y en la sentencia como atenuante de reparación. Por último, el apartado cinco del artículo 182 establece la potestad del Juez de permitir que las partes acudan a un proceso de Justicia Restaurativa durante la ejecución del proceso.

Una vez finalizado el procedimiento de Justicia Restaurativa, el ALECRim 2020 establece que los Servicios expedirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad de conciliación, y en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos que las partes hayan alcanzado. En este último supuesto, el MF a la vista de los acuerdos de las partes, de las circunstancias concurrentes y del estado del procedimiento puede o bien decretar el archivo del procedimiento por oportunidad (*ex* artículo 175 ALECRim 2020) el cual está prohibido expresamente para delitos de violencia de género, acordar la suspensión del procedimiento

⁷² CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en...”, *op. cit.*, pág. 33.

⁷³ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, *op. cit.*, pág. 12

imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados con las partes (*ex* artículo 176 ALECRim 2020) o, proceder conforme las reglas especiales del procedimiento de conformidad (*ex* 183 ALECRim 2020).

Por lo que respecta a la doctrina, sobre la confidencialidad ha considerado que debería garantizarse mediante la regulación expresa del secreto profesional de los mediadores y el establecimiento de la prohibición de que puedan ser llamados como testigos o peritos, así como a través de la prescripción de las partes de utilizar como prueba en un proceso penal posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación con la finalidad de proteger la presunción de inocencia del agresor⁷⁴. El ALECRim 2020 guarda silencio sobre el secreto profesional de los mediadores y sobre que puedan ser llamados como testigos o peritos⁷⁵, se limita a establecer la obligación de que los informes de los Servicios de Justicia Restaurativa no desvelen la información de las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni manifiesten opiniones o valoraciones sobre la conducta que han seguido durante el procedimiento restaurativo (*ex* artículo 183. 1 *in fine*); y, además, permite que la información obtenida en el procedimiento pueda ser utilizada ulteriormente si las partes lo acuerdan expresamente.

La reincidencia del autor del delito no es una cuestión pacífica, algunos autores señalan que la conducta del presunto autor del delito debería de ser ocasional, excepcional y esporádica para poder someterse a un procedimiento de Justicia Restaurativa, al considerar que la reincidencia, la persistencia o la habitualidad de conductas delictivas “*casa mal con el arrepentimiento, asunción de la culpa, deseo de proceder al resarcimiento y pacificación relacional futura*”⁷⁶. Pero existen otras posturas que advierten que las circunstancias que envuelven al reincidente en el momento que se produce el delito y la mediación (ya sean personales, sociales, etc.) pueden ser determinantes en la recomposición de las relaciones entre la víctima y el victimario y servir de canalización para una rehabilitación real del agresor. Es decir, el reincidente puede serlo de una conducta que nada tuvo que ver con la actuación anterior, y en consecuencia que los elementos que han de concurrir para poder trabajar con el mediador se den sin problema ninguno⁷⁷. El ALECRim 2020 no dice nada expresamente sobre este punto, pero puede entenderse que cuando sanciona que el Fiscal examinará las “*circunstancias del ofensor*” deberá tener en cuenta la posible existencia de reincidencia.

Respecto al momento en que cabría la mediación tampoco existe consenso. En los delitos de violencia de género, algunos autores han considerado que la fase más apropiada para una

⁷⁴ ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, *op. cit.*, págs. 137, 138 y 159 y CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en...”, *op. cit.*, 30.

⁷⁵ En cambio, el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 en el artículo 144.4 establecía expresamente que el mediador se encontraba sometido al secreto profesional y que no podía declarar sobre los hechos de los tuviera conocimiento como consecuencia de su intervención en la mediación penal.

⁷⁶ CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas...” *op. cit.*, pág. 154.

⁷⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en...”, *op. cit.*, 26.

conciliación entre la víctima y el autor sería la ejecución de la condena, a semejanza del artículo 51. 3 de la LORMP, ya que en este momento se habría hecho valer el *ius ponendi* del Estado y existiría una condena que imponer⁷⁸. Por el contrario, hay autores que creen que si existe una posición igualitaria entre la víctima y el agresor desde el principio del proceso penal, nada debería obstaculizar un procedimiento de mediación en la fase de investigación, ya que diferenciar los casos en que debe impedirse por falta de igualdad entre las partes y los supuestos en los que es viable, e incluso, conveniente; es una materia ardua que precisa de un proceso metodológico que no tiene por qué impedir siempre y en todo caso una respuesta restaurativa ante un supuesto de violencia de género⁷⁹. Por su parte, el ALECRIM 2020 ya se ha puesto de manifiesto que permite la derivación a un procedimiento de Justicia Restaurativa durante todas las fases del proceso penal.

Por lo que respecta a los delitos que podrían someterse a mediación la cuestión es más controvertida aún si cabe, hay autores que consideran en consonancia con el legislador que no son susceptibles de mediación los delitos de violencia de género⁸⁰, otros que creen que todos los delitos son mediables⁸¹, también existen los que estiman que solo cabe la mediación en los delitos menos graves o leves⁸². Y, por último, se encuentran otras posturas, que, con acierto, consideran que el acceso a los mecanismos de Justicia Restaurativa no debería de limitarse en función de la gravedad del hecho delictivo, pues si es aconsejable o no la derivación a

⁷⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op. cit., pág. 27. En tal sentido, se ha estimado que en la fase ejecutiva la aplicación de la mediación podría ser conveniente en el trámite previo a la suspensión y sustitución (*ex* artículos 80 y ss. CP) de las penas privativas de libertad, más si se tiene en cuenta que en la sustitución uno de los aspectos que se valoran es el esfuerzo para reparar el daño (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal: el principio de...”, op. cit., pág. 8). También se ha apuntado que el comienzo de un proceso de mediación, una vez recaída la sentencia condenatoria al agresor, en delitos especialmente graves y violentos, puede ser positivo, al considerar que el paso del tiempo muchas veces es trascendental para la recuperación de la víctima (SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit., pág. 4). ARANGÜENA FANEGO señala que la mediación serviría como una forma de canalizar la pena escuchando a la víctima y al condenado al que se le abriría la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 154).

⁷⁹ GUARDIOLA LAGO, M^o. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...”, op. cit., pág. 36

⁸⁰ FUENTES SORIANO señala que la selección de tipos penales susceptibles de ser sometidos a mediación debería realizarse atendiendo a dos criterios: uno cuantitativo, en función de la gravedad de la pena, y otro, de carácter cualitativo en el que se determinarían los tipos delictivos y los concretos bienes jurídicos protegidos afectados; o, también se podría emplear un sistema mixto con ambos criterios. No obstante, señala que el segundo criterio es más aconsejable, pues la clave de la mediación debería estar en el mayor o menor interés público que presenta la persecución de determinados delitos, al margen de la pena (FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., págs. 266 y 267).

⁸¹ FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N^o 1, 2014, pág. 9.

⁸² Así, SONIA CALAZA apunta que solo podrían someterse a mediación los supuestos de violencia de género de “escasa, mitigada o prácticamente nula enjundia social” (CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de ...”, op. cit., pág. 125). En un sentido similar, SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, *trab cit*, pág. 1, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, op. cit., pág. 9 y GIL VALLEJO, B., “A vueltas con el artículo 416 LECrim.”, op. cit., pág. 10.

mediación debería condicionarse al examen de cada caso concreto; y, sobre todo, a la concurrencia de determinados presupuestos⁸³. En palabras de CASTILLEJO MANZANARES “*la gravedad del hecho, según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente*”, por lo que no tienen por qué estar sistemáticamente excluidos todos los delitos graves ni incluidos todos los delitos leves, pues no todos son susceptibles de mediación⁸⁴.

En particular, en los delitos de violencia de género se considera que la diversidad de relaciones violentas impide que se puedan fijar reglas generales sobre la intervención de la mediación en cada delito específico⁸⁵. Se entiende que en todo caso es necesaria la valoración previa de la mujer y de sus concretas circunstancias para poder determinar qué línea de actuación seguir⁸⁶. De forma que solo serían susceptibles de mediación los delitos de violencia de género cuando existiese igualdad entre la víctima y el agresor, en otros supuestos podría ser necesaria la intervención especializada y profesional de la mujer para situarla en un plano de igualdad frente al hombre para que la mediación fuera viable⁸⁷. Sin embargo, puede ocurrir que la mujer se encuentre en un estado de “*indefensión aprendida*” en el cual es imposible practicar la mediación debido a la absoluta falta de igualdad, la “*indefensión aprendida*” se refiere a una situación de desequilibrio de la mujer frente a su agresor debido a una victimización reiterada que le impide reaccionar contra los ataques que sufre para reequilibrar la balanza, “*el sentimiento de indefensión incapacita a la víctima para encontrar una reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues la posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia*”⁸⁸.

⁸³SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, op cit., págs. 21 y 22 y ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia...”, págs. 1102 y ss).

⁸⁴En tal sentido, CASTILLEJO MANZANARES estima que no es aconsejable la fijación de una lista cerrada de delitos susceptibles de mediación, pero podrían establecerse protocolos revisables en los que se prevean elementos que ayuden a valorar caso por caso y atendidas las circunstancias que permitan la posible remisión del asunto a un Servicio de mediación (CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 19).

⁸⁵CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*, N° 8882, 2016, pág. 8.

⁸⁶ Se considera que entre las circunstancias que deberían tomarse en cuenta en cada caso específico se encuentran las siguientes: el grado, tipo y la reiteración/periodicidad de la violencia, los daños producidos, las secuelas y la capacidad de recuperación de las mismas, la gravedad del episodio de violencia, la existencia o no de otros perjudicados (como hijos o ascendientes), el restablecimiento del equilibrio y la igualdad y el deseo de la víctima de someterse al proceso mediador (SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, op.cit., pág. 21).

⁸⁷ Se ha señalado que una vez que la víctima adquiere de nuevo su control y se recupera de las secuelas del maltrato no puede resultarle conveniente enfrentarse de nuevo al maltratador, porque de ser así se caería en la incoherencia de “*recuperar*” a la víctima para que ésta entre de nuevo “*en los dominios del maltratador*” (CANO SOLE, M^a A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 11).

⁸⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 23.

No obstante, para poder realizar la mediación entre la víctima y el agresor en los delitos de violencia de género no solo es imprescindible el equilibrio entre la mujer y el hombre⁸⁹ también resulta ineludiblemente adoptar una serie de cautelas⁹⁰: 1) el respeto de las garantías procesales durante el transcurso de todo el procedimiento, no privilegiando en exceso a la víctima; 2) el consentimiento libre e informado de la víctima y del victimario⁹¹; 3) la inexcusable garantía de la protección de la víctima mediante medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros⁹²; 4) la asunción de la responsabilidad por el agresor y el reconocimiento de la naturaleza delictiva de los hechos; y, por último, 5) la imparcialidad de los mediadores, su reciclaje continuado y su especialización en este ámbito⁹³.

⁸⁹ Se ha señalado que la falta de equilibrio debería de analizarse en cada fase del proceso, ya que podría suceder que, de existir tal desequilibrio, transcurrido un tiempo se supere, y sea la propia víctima la que quiera, o incluso, necesite, dejar su posición de víctima a través de un procedimiento de mediación (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación...”, op. cit, pág. 5). Así, la mediación habría de regirse por los principios de igualdad y voluntariedad, asegurando la libertad de decisión de la mujer y del victimario tanto en el momento de inicio como en el desarrollo del procedimiento (MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, op. cit., pág. 19).

⁹⁰ Se ha señalado que la falta de equilibrio debería de analizarse en cada fase del proceso, ya que podría suceder que, de existir tal desequilibrio, transcurrido un tiempo se supere, y sea la propia víctima la que quiera, o incluso, necesite, dejar su posición de víctima a través de un procedimiento de mediación (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación...”, op. cit, pág. 5). Así, la mediación habría de regirse por los principios de igualdad y voluntariedad, asegurando la libertad de decisión de la mujer y del victimario tanto en el momento de inicio como en el desarrollo del procedimiento (MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, op. cit., pág. 19).

⁹¹ Se considera que para que la mujer fuera introducida en el procedimiento mediador voluntariamente en una posición de igualdad respecto al hombre, en todo caso, sería necesario que su inserción fuera precedida de una completa valoración psicológica, en la que, teniendo en cuenta la disposición de la víctima y su relación con el victimario, se valorara si es pertinente o no la mediación para cada caso específico, ya que no en todas las relaciones en las que existe violencia de género el desequilibrio entre las partes se presenta como insuperable, dentro de este ámbito se pueden diferenciar una gran variedad de situaciones que comprenden desde una agresión ocasional, hasta el uso sistemático de la violencia como instrumento de dominación y poder (CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, op. cit., pág. 42).

⁹² Para garantizar la seguridad de la víctima se ha abogado por la llamada “mediación indirecta o subrogada”, en la que la mediación no se efectúa directamente careando a ambas partes sino mediante un tercero o a través de sesiones individuales y no conjuntas, impidiendo así la manipulación que el maltratador pudiera ejercer sobre la víctima (MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, op. cit., pág. 19).

⁹³ FUENTES SORIANO., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, cit., pág. 277, SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit, pág. 12 y MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op. cit., pág. 23.

También se ha expresado que sería conveniente que los mediadores desempeñaran este cargo desde los equipos psicosociales o las Unidades de Valoración Integral, pero nunca desde el órgano jurisdiccional ni la Fiscalía o la policía. Para obtener la capacitación necesaria para ser mediador, además de la preparación que exija la Ley de mediación penal, en los supuestos de violencia contra las mujeres sería precisa una especialización en materia de género e igualdad (MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op. cit., pág. 31 y CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, op. cit., pág. 44).

En lógica, CASTILLEJO MANZANARES aboga por la abolición de la prohibición de mediar en supuestos de violencia de género al considerar que carece de sentido siempre que la mediación se realice correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir entre la víctima y la persona encausada, situación que podría salvarse mediante la libertad de las partes para intervenir en la mediación plasmada en la firma del documento de consentimiento informado, previa realización de una valoración del psicólogo⁹⁴. Sin embargo, el ALECrím 2020 se decanta por prohibir expresamente el archivo por razones de oportunidad en delitos de violencia de género.

7. VALORACIÓN FINAL

El borrador del ALECrím 2020 pretende incorporar manifestaciones del llamado “*principio de oportunidad*” desde la misma fase de investigación, a semejanza de la LORPM. Hablo del denominado “*principio de oportunidad*” porque al igual que algunos autores entiendo que la oportunidad debería de ser un criterio y no un principio, puesto que lo excepcional (oportunidad) nunca puede generalizarse (como los principios). En el borrador del ALECrím 2020 se desarrolla más que en el EVD el mandato procedente de la Unión Europea de implantar y regular mecanismos de Justicia Restaurativa Penal, pero tampoco se determina el instrumento concreto que se pretende utilizar, lo que podría acarrear cierta inseguridad jurídica si finalmente no se detalla con precisión.

Considero que la instauración de la mediación en el ámbito penal es muy positiva debido a las ventajas que presenta tanto para los sujetos activos como para los sujetos pasivos del hecho delictivo. Más aún en los delitos de violencia de género de ámbito doméstico en los concurren unas especiales circunstancias en las que la mediación podría ser muy beneficiosa (hijos en común, hogar, gastos, etc.), siempre que concurren las condiciones necesarias y en esencial la igualdad entre las partes, desechando este mecanismo de conciliación si existiese el más mínimo desequilibrio entre las partes.

Por otro lado, los beneficios que la mediación puede procurar en el victimario se suelen dejar en un segundo plano siendo igual de relevantes que los que proporciona en la víctima. Se ha puesto de manifiesto que en el proceso penal de menores se utiliza la mediación no solo por el efecto reparador que tiene para las víctimas, sino también por su finalidad educativa, rehabilitadora y resocializadora para el menor. La finalización de la violencia contra las mujeres viene de la mano de un cambio en la educación y en la cultura, tanto en el ámbito público como en el privado, solo así se impedirán las muertes de más mujeres y la comisión de más delitos de violencia de género. Pero para llegar a ese punto todavía queda mucho tiempo y, está comprobado que las medidas o penas severas no disminuyen los delitos de violencia de género,

⁹⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 24.

la entrada en vigor de la LOVG no ha supuesto una reducción de estos delitos, sino más bien al contrario.

Estamos en un momento de transformación en el que se pretende mudar por completo el proceso penal de adultos, de modo similar al proceso penal de menores, apostando por los procedimientos de Justicia Restaurativa y los acuerdos que incluyan conductas formativas y educadoras para el autor del delito. Sería un craso error mantener la prohibición de aplicar la mediación en delitos de violencia de género, lo cual parece un hecho si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 175. 3 del borrador del ALECrím 2020. No obstante, creo que la aplicación de la mediación en delitos de violencia de género cometidos por menores y la experiencia internacional debería hacer por lo menos que el prelegislador español se planteara el mantenimiento de la prohibición de la mediación en delitos de violencia de género, más si se tiene en cuenta que el nuevo proceso penal que se está esbozando es muy similar al de la Jurisdicción de Menores.

En definitiva, si la intención del prelegislador es transformar diametralmente el proceso penal de adultos para hacerlo semejante al proceso de menores en el sentido de establecer dilatadas manifestaciones de oportunidad, debería tener en cuenta que uno de los motivos por los que se prevén es dar una respuesta educativa y rehabilitadora al menor, lo que podría ser muy beneficioso en muchos casos de violencia de género donde se dan las condiciones necesarias para poder llevar a cabo mecanismos de Justicia Restaurativa.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La insuficiencia del concepto de violencia de género y la necesidad de una definición amplia de violencia contra las mujeres en el modelo español”, *Mujer y Derecho*, Editorial Astigi, 2020, págs. 27-39

- “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español” *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, VOL. 5, N° 2, 2019, págs. 1075-1106.

- “La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano”, *Revista de Derecho Penal y Procesal*, N° 51, 2018.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”, en ARANGÜENA FANEGO, C., HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, págs. 127-160 (https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/Proyecto_Apoyo_Asoc

iaacion_Juristas/Análisis_Medidas_Mejorar_Proteccion_Policial_Judicial_Victimias_Violencia_Genero.pdf , consulta: 1/02/2019).

ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.

BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad: cuestiones generales”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial D, 2020, págs. 63-71.

BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?”, *Diario La Ley*, N° 9100, 2017.

CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N°7, 2011, págs. 38- 45.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 49, 2019.

-“Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*, N° 8882, 2016.

CANO SOLE, M^a A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, N° 109, 2014.

CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a la escena”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 109-170.

- “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 5/2012, 2012.

“¿Es realmente un principio la “oportunidad” ?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 842/2012, 2012.

CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, N° 6366, 2005.

CONDE-PUNPIDO FERRERO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *Poder Judicial*, N° Especial, 1989, págs. 17-36.

- “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 289- 308.

CONTRERAS ALFARO, L. H., “Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: Reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 5, 2004.

DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004”, *La Ley*, N° 98/99, 2012.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *LA LEY*, N° 1708, 2006.

DÍEZ RIAZA, S., “Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi y la desjudicialización de la intervención de los menores infractores”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 195-216.

FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género”, en CASTILLO FELIPE, R. Y TOMÁS TOMÁS, S., *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 239-277.

FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N° 1, p. 8-23, 2014, págs. 8-23.

GIL VALLEJO, B. “A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual)”, *Diario La Ley*, N° 8764, 2016.

GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y la mediación penal”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 238-256.

GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 12, 2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius puniendi del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, N° 33, 2011.

- MILLÁN DE LAS HERAS, M^o J., “La Jurisdicción de menores ante la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, N^o 86, págs. 137-150.
- MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 17-24, 2015, págs. 1-23.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, N^o 8697, 2016.
- PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 323- 385.
- PERIS RIERA, J.M., “El modelo de reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *LA LEY*, N^o 12483/2001, 2001.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de género ejercida por menores de edad. Especial referencia a la mediación”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 380-396.
- RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia de género? No gracias”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N^o 23, 2014, págs. 177 -198.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución”, *La Ley Penal*, N^o 130, 2018.
- SÁNCHEZ RUÍZ, I. C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M^a P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de violencia de género: La mediación”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, Vol. 6, N^o 3, 2015, págs. 65-82.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley Penal*, N^o 112, 2015.
- SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: Especial incidencia en la violencia de género”, *Dereito*, Vol. 26, N^o2, 2017, págs. 1-30.
- TRILLO NAVARRO, J. P., “Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista”, *LA LEY penal*, N^o 51, 2008.
- VALVERDE MORÁN, E., “Aspectos legales de la violencia de género en adolescentes”, *Jornadas Violencia de género en adolescentes. Una realidad que necesita respuesta*,

La mediación penal como manifestación del denominado “principio de oportunidad”: ¿Debería replantearse el...

celebradas en Madrid el 2 de diciembre de 2014
(https://www.pediatriasocial.es/HtmlRes/Files/Elena_Valverde_Moran.pdf, consulta:
08/03/202