



¿MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO? NO, GRACIAS

MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL

Profesora Contratada Doctora
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y MEDIACIÓN. III. POSIBLE RETROCESO EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. IV. EVENTUAL LIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL ACUSADOR PARTICULAR Y POPULAR EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. V. DESIGUALDAD DE LOS MEDIADOS: VÍCTIMA Y AGRESOR. VI. PÉRDIDA DE DERECHOS Y GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO. VII. INCONVENIENTES ECONÓMICOS. VIII. CONCLUSIÓN.

Palabras clave

Tutela Judicial efectiva; Proceso Penal; Violencia de género.

Resumen

La tutela judicial efectiva, junto con otra serie de garantías constitucionales, se verá indiscutiblemente afectada por la implantación de la mediación en el proceso penal, lo que exige revisar algunos elementos que han de ser removidos para que aquella se pueda implementar en el sistema sin que se produzca la ruptura de éste. Así, especialmente, parece necesaria, entre otras, una reflexión sobre el acusador particular y acusador popular, figuras que otorgan a las víctimas y a los ciudadanos una posición privilegiada en el proceso sin parangón en otros países de nuestro entorno; sin olvidar la aparente pérdida o renuncia de los derechos del imputado en la mediación, como elemento esencial de la misma.

I. INTRODUCCIÓN

La admisión de la mediación penal exige obligada prudencia por las implicaciones que dicha admisión puede tener en el proceso, tal y como hoy le conocemos. Es preciso dejar claro que, en ningún caso, la duda acerca de la conveniencia de dicha mediación obedece a la inercia o resistencia a todo cambio, ni falta de miras, o desconocimiento de la institución de la mediación, sino una comprensible cautela ante los riesgos de un sistema aún no probado, pues, a pesar de que los estudios sobre mediación penal proclamen una



actitud triunfalista, la misma está en disonancia con la realidad y con la falta de la cultura de la mediación en nuestro país, sin olvidar que no estamos ante una demanda social, sino ante una propuesta por parte de algunos sujetos implicados en la respuesta jurídica ante el delito¹.

He de advertir, en primer lugar, que muchas de las razones que se van a exponer, y por las que entiendo que la mediación no es de fácil aplicación a la violencia de género, hoy por hoy, son en la mayor parte de los casos extensibles a otros supuestos de mediación en la justicia penal de adultos.

Todos somos conscientes de los riesgos que comporta la mediación en relación con los delitos de violencia de género, los inconvenientes para su implantación han sido una y mil veces reiterados por sus detractores, pero no cabe duda de que la mediación ha supuesto ya un cambio en nuestro proceso y que supondrá un cambio todavía mayor en los próximos años; y, como tal cambio, requiere de una reflexión profunda, aportando nuevos elementos que nos permitan tomar conciencia y, por qué no, también, postura frente al mismo.

Puede ser un buen momento para la reflexión sobre las bases y principios de nuestro proceso penal, pero no podemos escudarnos en la mediación como panacea para los problemas que aquejan a nuestra justicia². Algunos de los defensores de la mediación, no ya en violencia de género, sino en el ámbito penal en general, presentan la mediación como una vía de optimización del proceso penal a través de la cual se pueden resolver cuestiones como la lentitud del proceso, la forma excesivamente rígida de los procedimientos, el elevado costo de la respuesta del Estado frente al delito, etc..., pero quienes así opinan parecen olvidar que la existencia de la mediación no hará que aquellos casos en los que se tenga que acudir a los tribunales se tendrán que soportar tales inconvenientes, salvo que, en vez de intentar buscar otros mecanismos, o simultáneamente a ello, se adopten medidas concretas para paliar dichos efectos perniciosos. Es decir, que la mediación sea un mecanismo ágil, no hará automáticamente que los procedimientos judiciales lo sean (se

¹ Tal y como pone de manifiesto I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «¿Por qué la mediación penal?», *Diario La Ley*, núm. 7699, Sección Doctrina, 21 septiembre, 2011, Ref. D-346, p. 1, para quien no se ha implantado una cultura de la solución distinta de la judicial, salvo en el ámbito de la jurisdicción social; y en la misma línea J.L. MANZANARES SAMANIEGO, «La mediación penal», *Diario La Ley*, núm. 6900, Sección Doctrina, 10 mar. 2008, Ref. D-75, y P.M. DE LA CUESTA AGUADO, «Fines de la pena y justicia reparadora», en *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 127 ss., para quien el modelo no acaba de asentarse definitivamente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno por más que sus defensores enuncian un amplio elenco de fines.

² Así, F.M. GUTIÉRREZ ROMERO, «La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 7711, Sección Doctrina, 7 oct. 2011, Ref. D-371, para quien la carga de trabajo o la crisis del proceso no pueden constituir el fundamento para acudir a la institución de la mediación, sino que habrá que valorar su uso por ser un instrumento útil para la solución de ciertos conflictos.



descongestionarán los tribunales, lo que no tiene porqué significar que los procedimientos sean más céleres), ni el hecho de que la mediación sea flexible hará que desaparezca «la forma» en los juicios, que por otro lado, se ha de recordar, es una verdadera garantía para todos los intervinientes en los mismos. Se puede por tanto debatir sobre la conveniencia o no de introducir la mediación en nuestro sistema o sobre la viabilidad de la misma en violencia de género, pero los problemas del proceso penal se han de resolver con independencia de ello, empezando por reformar la ya vetusta LECrim.

Se intentará, apenas, enumerar, debido al espacio del que se dispone para ello, lo que, entiendo, son los principales inconvenientes para la implantación de la mediación en violencia de género, así como los obstáculos que presenta nuestro actual sistema para ello, dado que si, finalmente, fuera conveniente acoger dicha mediación tales obstáculos deben ser removidos, con carácter previo, puesto que tratar o intentar encajarla a cualquier precio sería un error. La mediación tendría que buscarse un hueco en el sistema, pero sin quebrarlo, y cualquier planteamiento que olvide esta condición tendrá pocas probabilidades de éxito; y ello sin olvidar que nuestro sistema actual está basado en unos principios no ya distintos, sino radicalmente contrarios a aquellos en que descansa el modelo de la justicia restaurativa³.

Pero vayamos a los obstáculos que, a día de hoy, no permiten implantar la mediación en violencia de género.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y MEDIACIÓN

Si bien hay una idea generalizada de que nuestro pobre principio de legalidad ha muerto, el mismo sigue vigente en nuestras leyes⁴. No se ha derogado. Sí es verdad que se ha reinterpretado, en su vertiente procesal penal, forzosamente, en mi opinión, para dar cabida a la conformidad, como manifestación del principio de oportunidad reglada, contribuyendo a lo que Cabezudo califica como la «deconstrucción» del Estado de Derecho⁵. No obstante dicho principio de legalidad sigue suponiendo, en su aspecto de garantía jurisdiccional, el carácter necesario del proceso como única vía para la determinación de la pena y que la decisión sea adoptada por los órganos de la jurisdicción penal, y todo lo que se aparte de este postulado, en la actualidad, no será alegal sino inconstitucional.

³ M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, núm. 9, diciembre - 2011, pp. 127 ss.

⁴ En relación con este principio *vid.* F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el Principio de Legalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, especialmente pp. 9 a 31 y *passim*.

⁵ N. CABEZUDO RODRIGUEZ, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *La Ley Penal*, núm. 86, octubre-2011, pp. 6 ss.



Como afirma Martín Diz⁶, el principio de legalidad se erige como tope al avance de la mediación penal en nuestro sistema procesal.

Son muchos los que propugnan un reconocimiento pleno del principio de oportunidad para poder dar cabida a la mediación penal, olvidando que, además, el principio que hay que dejar sin efecto, en primer lugar, es el de oficialidad⁷, que es, en rigor, el que impide que las partes, en los delitos públicos⁸, puedan disponer libremente no sólo del proceso, sino del objeto del mismo, pues la disposición a la que se refiere el principio de oportunidad, entendido en sentido estricto, es la que puede llevar a cabo el Fiscal y órgano instructor⁹, que permitiría una negociación entre el acusador público y el acusado¹⁰, pero no entre las partes —no del proceso, sino del delito—, para lo cual habría que introducir, también, el principio dispositivo en el proceso penal, salvo que se otorgara el ejercicio de la acción penal de forma monopolística al Ministerio Fiscal o se prohibiera expresamente la mediación penal cuando la misma fuera elegida voluntariamente por las partes, es decir, no fuera endoprocesal.

⁶ Vid. F. MARTÍN DIZ, «La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia (Premio «Rafael Martínez Emperador» 2009)», *CGPJ*, Madrid, 2010, pp. 308 a 211, cuya lectura resulta imprescindible, no en este punto, sino en su conjunto, por tratarse de una verdadera y magnífica construcción de una teoría general sobre la mediación, tal y como indica el autor, p. 306.

⁷ En esta línea, M.L. GARCÍA TORRES, «La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares», *La ley Penal*, núm. 73, Sección Estudios, julio-2010, pp. 23 a 43, en sus conclusiones recuerda a los que propugnan la mediación que se deben tener presentes los principios de oficialidad y legalidad, pues la mediación no puede abrir una brecha inadmisibles en los dos principios básicos de nuestro sistema.

⁸ Aunque hay quien, como R. VENTAS SASTRE, «Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal», en *Sobre la Mediación Penal...*, cit., pp. 91 ss., sorprendentemente, propugna la introducción del principio de oportunidad en los delitos privados. Y nos resulta sorprendente pues no podemos olvidar que son esos delitos privados los que tradicionalmente son considerados materia de libre disposición, en los que no interviene el Ministerio Fiscal y en los que, por tanto, precisamente el Ministerio Fiscal es el único que no puede disponer de la acción, siendo esta disponible por el acusador privado y, en consecuencia, se entiende que perfectamente mediable, en la línea indicada por J. MUERZA ESPARZA, «La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro», en *Sobre la Mediación Penal...*, cit., pp. 345 ss., quien propugna que para someter determinadas conductas tipificadas como delitos a mediación, «éstas deberán encuadrarse en una nueva categoría de delitos privados».

⁹ Pues, como pone de manifiesto J.D. CESANO, «De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas», *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, artículo: 03-05 / núm. 3, 2001. Disponible en <http://criminol.ugr.es/recpc> (última fecha de visita: 30 agosto 2013), quien siguiendo a De La Rúa, entiende que el principio de oportunidad, entendido en ese sentido estricto, permitiría al Ministerio Fiscal, como titular de la acción penal, disponer o promover o ejercer dicha acción, sin que ello suponga o pueda encuadrarse en un supuesto de disponibilidad de las partes y teniendo en cuenta, además, que la viabilidad de dicha decisión estará supeditada a una decisión jurisdiccional.

¹⁰ Tal y como pone de manifiesto J.C. ORTÍZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en *El Proceso en el siglo XXI y Soluciones Alternativas*, AAVV, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 127.



De esta manera, admitir la mediación penal supondría sustraer a los órganos judiciales, en el orden penal, la función que constitucionalmente se les atribuye con carácter exclusivo en el propio texto constitucional, por lo que sería necesaria una reforma del art. 117.3 del Texto Constitucional¹¹.

Pero es discutible que el Estado pueda o deba renunciar al ejercicio del *ius puniendi*, o dicho de otro modo, permitir que un acuerdo entre personas privadas se convierta en una sustitución del poder del Estado, o que desde una función administrativa se produzca una intromisión en las funciones constitucionalmente propias de la potestad jurisdiccional¹², a pesar de que para algunos la reacción represiva deba pasar a un segundo plano y tender a compensar a quien sufre las consecuencias del delito.

Introducir el principio de oportunidad sin límites para que los órganos oficiales de la persecución penal, especialmente el Ministerio Fiscal, puedan disponer del ejercicio de la acción penal con vistas a evitar el proceso o ponerle fin anticipadamente exigirá, igualmente, una modificación del art. 25 y del art. 124 CE¹³, por cuanto éste último, hoy por hoy, recoge taxativamente como una de las funciones de aquel «*promover la acción de la justicia*», en todos los casos; sin mencionar su dependencia del Poder Ejecutivo, que en tales circunstancias debería ser replanteada.

Incluso, la mayor parte de los que defienden la mediación en violencia de género, no obstante, se apresuran a indicar que respecto a la misma deberá tratarse de un mecanismo intraprocesal, que opere dentro del proceso penal abierto, pero que no se constituya como una alternativa al mismo. Cabe preguntarse si, en estos casos, no es suficiente con mejorar y optimizar los medios penales y procesales de que ya disponemos en nuestras leyes, así, por ejemplo, la conformidad¹⁴, llamada consensuada, que no deja de ser un instrumento muy parecido a lo que tales defensores propugnan, si se une a las previsiones que el Código Penal establece en cuanto a los beneficios que el acusado pudiera obtener mediante la reparación de la víctima, y que tendría como consecuencia que presentado el escrito conjunto de acusación se dictara sentencia, que tendría que ser siempre «de estricta conformidad», a pesar de que la misma se limita hoy a las causas seguidas para el enjuiciamiento rápido de

¹¹ M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 140.

¹² I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «¿Por qué la mediación penal?», *cit.*, p. 2.

¹³ M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 141. En el mismo sentido, en cuanto a la necesidad de modificar la Norma Fundamental, M.L. GARCÍA TORRES, «La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares», *La Ley Penal*, núm. 73, Sección Estudios, julio, 2010, pp. 23 a 43, para quien sólo mediante dicha modificación se podrá dar un paso al frente a favor de la justicia restaurativa.

¹⁴ A pesar de que no debemos olvidar que la conformidad, en puridad, es una institución unilateral que sólo depende de la voluntad del acusado.

determinados delitos, desapareciendo la generalidad inicialmente prevista en la LECrim., para cualquier tipo de conformidad que se diera en el seno del proceso.

Por otro lado, es imprescindible recordar que el art. 44.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, introduciendo el art. 87 ter, apartado 5.º LOPJ, prohíbe la mediación en dicho ámbito¹⁵. Tratar de interpretar este artículo aduciendo variadas y variopintas razones para omitir la prohibición es incalificable, sobre todo después de que la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de septiembre de 2011, estableciera, al resolver la quinta cuestión prejudicial planteada, en el punto 73: «*Por lo tanto, el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco permite a los Estados miembros excluir la mediación en todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito familiar, como establece el artículo 87 ter, apartado 5, de la LOPJ*». Esta sentencia echa abajo no sólo las afirmaciones de que tal prohibición no tenía cabida en nuestro ordenamiento, o que el legislador español tenía el honroso honor de ser el único incumplidor de la normativa comunitaria en esta materia, sino también las eventuales experiencias pilotos que se estuvieran llevando a cabo en dicho ámbito. No cabe duda que el legislador ha incumplido con la fecha propuesta para el desarrollo de la mediación en el ámbito penal, y tampoco cabe duda de que las Decisiones tienen carácter vinculante, pero ello no significa que sea vinculante la interpretación que se de por unos o por otros a dicha norma.

Sí es admisible, e incluso saludable, discutir sobre el alcance de la prohibición del art. 44.5 de la citada ley, y si la preterición de la mediación alcanza o no a la mediación familiar en todos aquellos asuntos que se deriven de dicha violencia¹⁶, aunque la que suscribe

¹⁵ A este respecto resulta interesante acudir al comentario que sobre dicha prohibición se realiza en el Manual de Legislación sobre la violencia contra la mujer, elaborado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (División para el Adelanto de la Mujer), de las Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 40, en cuyo punto 3.9.1 se recomienda «*Prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales*» a lo que la comisión de expertos encargados de la redacción del manual que, según se afirma en el prólogo, tiene por objeto ayudar a los Estados y a otras partes interesadas a mejorar o a promulgar leyes que protejan a las mujeres, comentan: «*En las leyes de varios países en materia de violencia contra la mujer, la mediación se fomenta u ofrece como alternativa a la vía penal y los procesos de derecho de familia. No obstante, cuando la mediación se utiliza en casos de violencia contra la mujer, surgen varios problemas. Retirar asuntos del control judicial presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. Un número creciente de países están prohibiendo la mediación en casos de violencia contra la mujer. Por ejemplo, en España, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) prohíbe la medicación de cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer*».

¹⁶ Así, V. DOMINGO DE LA FUENTE, «Justicia restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 23 Sep. 2011, Ref. D-349, p. 4; F.M. GUTIÉRREZ ROMERO, «La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 7711, Sección Doctrina, 7 oct. 2011, Ref. D-371, pp. 8 y 9; o J.L. DE RODRÍGUEZ LAINZ, «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 7557, Sección Doctrina, 28 Ene. 2011, Ref. D-36, p. 9.



entiende que tampoco en estos casos resulta aplicable¹⁷, pues la desigualdad entre las partes lo impide; pero pretender desoír una prohibición legal expresa como la que nos ocupa supone incurrir en un claro fraude de ley e ir en contra de nuestro ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, la nueva 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, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, se presenta con el objetivo de revisar y complementar los principios establecidos en la citada Decisión, y avanzar, tal y como indica en su Considerando núm. 4, en la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión, «*en particular, en el marco de los procesos penales*». A lo largo de los preceptos de la Directiva se encuentran previsiones para aquellos Estados que no hayan previsto la aplicación generalizada de la mediación en sus ordenamientos, en el ámbito penal (art. 11, 5; art. 12.2, etc.), lo que parece indicar una flexibilización de la «aparente obligación» de la Decisión Marco de 2001, y digo aparente pues dicha Decisión lo que establecía, en su art. 10, era que «*los Estados intentarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*». Además, no se ha mantenido en el articulado de la Directiva un contenido específico sobre la mediación penal en el marco del proceso penal, como sí hiciera la Decisión de 2001, en el citado art. 10. En relación con las víctimas de violencia de género, la nueva Directiva, en su considerando núm. 46, tal y como pone de manifiesto Martín Ríos, «sin aludir, pues, de manera expresa a estas hipótesis, describe a la perfección los obstáculos que pueden encontrarse en la remisión a la mediación (o, en general, a mecanismos de justicia restauradora) de supuestos de violencia de género»¹⁸.

III. POSIBLE RETROCESO EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El legislador ha optado por criminalizar todo el entorno de la pareja, creando una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer y, por otro lado, generalizando la severidad de la respuesta penal en el ámbito de la violencia de género, optando nuestro país por la asunción de una política claramente punitivista.

¹⁷ Siguiendo a M. DEL POZO PÉREZ, «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», en F. Martín Diz (Coord), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283 ss., que desarrolla profusamente la justificación de esta imposibilidad.

¹⁸ Vid. P. MARTÍN RÍOS, «La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género: Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE», *Diario La Ley*, núm. 8016, Sección Tribuna, 5 feb. 2013, Ref. D-43.

Y ello no sólo en este ámbito, pues todo nuestro entorno social y político se encuentra caracterizado por la llamada «huida hacia el Derecho Penal» y por el Derecho Penal del enemigo, carnet por puntos, tipos de peligro presuntos, incremento constante de las penas y sistema de revisión de las mismas. Tal y como describe Urbano Castrillo, «el modelo, además, se encuentra amplificado por el llamado populismo punitivo, que pide penas cada vez más duras, a golpe de informaciones sensacionalistas de los medios de comunicación, y conduce a una espiral de acción-reacción traducido en un incremento punitivo que no parece tener límites, y una tendencia a la criminalización de cada vez mayor número de conductas»¹⁹. En dicho contexto parece complicado proponer un sistema de mediación. Aunque no parece que soplen en la actualidad vientos favorables a especie alguna de flexibilización en las posibles respuestas ante el delito, parece conveniente cuestionar la depuración de ciertos tipos penales que permitiera la expulsión del Código Penal de ciertas conductas cuya tipificación, en opinión de algunos autores, atenta contra el principio de intervención mínima²⁰.

El impulso de la política contra la violencia de género en los últimos años en nuestro país, a pesar de pecar de la excesiva criminalización ya mencionada, ha contribuido a extraer los casos de esta violencia del ámbito privado, pasando de ser una cuestión ventilada en la intimidad a convertirse en un ilícito penal y, por tanto, en materia de derecho público, confiriéndole así relevancia penal.

Recurrir a la mediación supone una pérdida del efecto simbólico, o de prevención general, característico del derecho penal y no aplicar el sistema de justicia penal, tal y como ahora está establecido, puede implicar la emisión de un mensaje de laxitud, corriendo el peligro de trivializar la agresión²¹, convirtiendo el maltrato, de nuevo, en una disputa o conflicto entre partes lo que puede suponer «reprivatizar» de nuevo el conflicto.

No podemos olvidar, a pesar de que para algunos la reacción represiva deba pasar a un segundo plano y tender a compensar a quien sufre las consecuencias del delito, que el delito se ha cometido, y digo esto dado que la mediación «parece estar orientada, casi

¹⁹ Vid. E. URBANO CASTRILLO, «La Justicia Restaurativa Penal», *La Ley Penal*, núm. 73, Sección estudios, julio - 2010, pp. 5 a 22.

²⁰ Así, entre otros, L. DURBAN SICILIA, «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La Ley Penal*, núm. 73, Sección Estudios, julio - 2010, pp. 44 a 58.

²¹ Esta trivialización es otro de los argumentos en contra del empleo de la Justicia restaurativa en casos de violencia de género que recoge C. VILLACAMPA ESTIARTE, «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, núm. 30, junio 2012, pp. 177 a 216, que también recoge en el trabajo citado los aspectos positivos de la aplicación del modelo restaurativo a dicho ámbito. También, la citada trivialización constituye un motivo por el que M.L. GARCÍA TORRES, «La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares», *La Ley Penal*, núm. 73, Sección Estudios, julio, 2010, pp. 23 a 43, entiende que no cabe la mediación, en el caso de delitos graves, pues podría darse a entender, precisamente, la falta de gravedad, al permitir que los mismos se sometieran a una especie de negociación.



en exclusiva, a ventilar la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, obviando las consecuencias puramente penales (...) ¿dónde va ir a parar, entonces, las responsabilidades penal del delincuente? La imagen de impunidad que puede trasladarse al ciudadano puede ser aterradora. La sensación de que delinquir es gratis, o muy barato puede ser devastadora»²². Y ello supone un serio problema frente a todas las medidas que en los últimos años se han adoptado en la lucha contra la lacra social que supone la violencia de género. De hecho, tal y como recoge Esquinas Valverde²³, algunos organismos oficiales comprometidos en la lucha contra el maltrato de género, como la Comisión de Derecho penal de la Asociación alemana de Juristas o el Gobierno de la región de Berlín, han considerado que al emplear el método de la mediación puede estar «bagatelizándose» la conducta de agresión en la pareja.

Además, hablar de disputa o conflicto parece sugerir que es un asunto en el que las dos partes están implicadas, ensombreciendo el hecho de que el comportamiento relevante, la agresión, ha sido sólo cometido sólo por una de ellas, sin que sea admisible atribuir corresponsabilidad alguna a la víctima, no estamos ante un mero conflicto familiar, sino ante una manifestación de violencia.

IV. EVENTUAL LIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL ACUSADOR PARTICULAR Y POPULAR EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. OTROS RIESGOS PARA LA VÍCTIMA

Tampoco, en relación con todo lo dicho, se puede olvidar que la posición de la víctima²⁴ en el proceso penal español es radicalmente distinta y no es equiparable a la que ostenta en otros países, especialmente los del *common law*, en los que existe una restricción en cuanto a su participación en el proceso penal. Precisamente han sido las regulaciones de esos sistemas las que han provocado como indica Queralt, las tendencias pro víctima tan acusadas y, lamentable es señalarlo, tan desfiguradoras del sistema de garantías penales y

²² F. MARTIN DIZ, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 330 y 331, para quien la posibilidad de que en sede de mediación las partes puedan acordar algún tipo de pena menos grave es tanto como despenalizar por la vía de hecho aquellos delitos y faltas que eventualmente puedan encontrarse en el ámbito objetivo de la mediación penal.

²³ En P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 66 ss.

²⁴ No deja de ser curioso el hecho de que los defensores de la aplicación de la mediación en violencia de género aleguen la falta de protagonismo de la víctima, cuyos argumentos en este sentido puede ser consultados en C. VILLACAMPA ESTIARTE, «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, núm. 30, junio 2012, pp. 177 a 216, especialmente pp. 192 y 193; que afirman que la voz de la víctima, en nuestro sistema, sólo se escucha a través del discurso de su abogado, en la mayor parte de las ocasiones, ininteligible para ella, y que lo mismo no se predique del imputado que se encuentra, en este sentido, en igualdad de condiciones, dejando a salvo el derecho a la última palabra.



procesales tan trabajosamente conseguido²⁵. No cabe duda que la presencia de la víctima en el proceso constituye un componente esencial en nuestro ordenamiento y que hay que adoptar todas las medidas que faciliten la participación efectiva de la misma en aquel, especialmente en la violencia de género²⁶, como se ha venido haciendo en los últimos años²⁷, pero ello no significa, en mi modesta opinión, que la víctima deba de erigirse en principio y fin de la justicia penal²⁸.

Paradójicamente, los que propugnan el modelo de la mediación en violencia de género, aducen una participación más activa de la víctima en la solución del conflicto, pero dado que para ello, como ya hemos apuntado, es preciso introducir el principio de oportunidad en toda su plenitud, dicha introducción probablemente conllevaría la atribución monopolística del ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal, pues sólo resultaría operativo con un solo acusador, el público²⁹, con lo que la presencia de la víctima en el proceso, garantizada por nuestro ordenamiento, se pondría en peligro, sufriendo con ello una pérdida irreparable las víctimas de los hechos delictivos en general, no en el sentido de perder derecho subjetivo material alguno, inexistente en el proceso penal, pero sí, el

²⁵ Como nos recuerda J.J. QUERALT JIMÉNEZ, «La mediación en España y perspectivas internacionales», en L.M. Reyna Alfaro (Coord.), *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 341 a 367; España, en el Derecho comparado presenta una de las pocas excepciones plenas al monopolio estatal de la acción penal, que normalmente encarna el Ministerio Fiscal y aquellos sistemas, basados en lo esencial, en el sistema acusatorio puro, desconocen la intervención, ni accesoria ni como mero coadyuvante del acusador privado, del actor civil y, menos aún, del acusador particular. Este desamparo es motivador de quejas; sin embargo, lo que en nuestro sistema puede ser motivador de quejas no es la ausencia de posibilidades legales de intervención de la víctima, sino su no toma en consideración, en muchos casos, en un claro ejemplo de actuación judicial y fiscal contra legem.

²⁶ Así, P. FERNÁNDEZ PÉREZ, «Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo», en *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, R. Castillejo Manzanares (Direct.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 125 ss., que nos recuerda que las medidas pensadas para lograr la protección de las víctimas en la LO 1/2004, son medidas que requieren de su colaboración activa para que sean eficaces, por lo que es importante evitar que la perjudicada experimente marginación procesal, sintiéndose ajena al procedimiento, ya que dicha situación, unida a otras, puede incidir en la decisión de no denunciar o desatender la continuación del procedimiento.

²⁷ A pesar de los inconvenientes que puede plantear la participación más activa de la víctima, recogidos algunos por N. MATELLANES RODRÍGUEZ, «La justicia restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la mediación», en F. Martín Diz (Coord.), *La mediación en materia de familia...*, cit., pp. 214 y 215.

²⁸ De N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», cit., pp. 6 ss. También C. LAMARCA PÉREZ, «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», *La Ley Penal*, núm. 44, Sección Estudios, diciembre 2007, pp. 4 ss., advierte que «la privatización absoluta de los conflictos sociales, esto es, la concesión a la víctima de poder absoluto sobre el proceso penal, es algo que debe mirarse con la mayor de las cautelas».

²⁹ Tal y como indica G. QUINTERO OLIVARES, «Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: situación y perspectiva de futuro», *Violencia de género, Justicia restaurativa...*, cit., p. 526.



derecho al *ius ut procedatur*, su derecho al proceso³⁰, como manifestación del de tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española³¹. No obstante, hay autores, como Colomer Hernández³², que no ven peligro alguno en la desaparición del acusador particular en el proceso penal, que «cambiaría su derecho de acción por un incremento de las facultades y potestades en el desarrollo de una mediación». Para el citado autor, además, la privación de legitimación a los particulares es coherente con una gran parte de las legislaciones de países de nuestro entorno socio cultural, por lo que con tal desaparición se permitiría que los derechos de las víctimas fueran similares en todos los Estados de la Unión. No compartimos, en absoluto, dicha propuesta, pues habría que plantearse, en primer lugar, que en estas circunstancias el acudir o no a la mediación tendría que ser una decisión de las partes, además de poder ser propuesta por el órgano instructor, y en segundo lugar, también cabe preguntarse que ocurriría si la víctima no quiere acudir a la mediación, que no olvidemos está regida por la voluntariedad; ¿podríamos seguir afirmando en estos casos que la víctima no sufre pérdida alguna con la supresión de la figura del acusador particular? No deja de ser un contrasentido que se propugne la implantación de la mediación como una fórmula para potenciar la posición de la víctima y a la vez se le prive de su presencia en el proceso penal y del ejercicio de los derechos y garantías que la misma ya posee, todo ello para facilitar la implantación del principio de oportunidad y para armonizar la situación de la víctima en las legislaciones europeas. ¿No debería realizarse dicha armonización tomando como referencia los ordenamientos más garantistas, en vez de optar por igualar a la baja?

Además, no podemos olvidar que en los modelos de mediación que se están siguiendo experimentalmente en nuestros juzgados y tribunales, sin cobertura legal alguna³³ (lo que no parece ser algo relevante para algunos que animan a los Jueces a ser receptivos, sin esperar a la necesaria reforma procesal³⁴, a abrir las puertas a las iniciativas conciliadoras),

³⁰ En el sentido magistralmente expuesto por E. GÓMEZ ORBANEJA, «La acción penal como Derecho al Proceso», en *Derecho y Proceso*, (Estudios compilados y revisados por M. Gómez Mendoza), Cívitas, Madrid, 2009, pp. 459 ss.

³¹ Tal y como recuerda S. BARONA VILAR, *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 101, y en páginas siguientes, en donde analiza la posición de la víctima del delito en las últimas décadas.

³² Vid. I. COLOMER HERNÁNDEZ, «Mediación penal y sustitución del acusador particular: hacia un nuevo paradigma en la posición de la víctima en el proceso penal», en *Sobre la Mediación Penal...*, *cit.*, pp. 445 ss.

³³ Que pone muy de relieve F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario...*, *cit.*, pp. 364 ss., y quien, como él mismo indica, con toda cortesía que es posible, critica la práctica de estas experiencias que se han practicado en una situación muy comprometida legalmente hablando.

³⁴ Así, L. DEL RIO FERNÁNDEZ, «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 6520, Sección Doctrina, 6 de julio 2006, Ref. D-165.

quienes deciden si hay o no mediación son el juez y el fiscal³⁵ y que, sólo una vez conformada la decisión se pone en conocimiento de las partes³⁶.

Cabe plantearse, con Carrizo³⁷, si con esta manera de proceder no se está poniendo en entredicho la propia voluntariedad de la mediación, que, en puridad, debiera nacer sólo del libre acuerdo o voluntad de las partes de someterse a aquella, pues el hecho de que sea el órgano instructor el que sugiera la remisión podría viciar el libre consentimiento de las partes al poder entenderse por estas como un elemento de presión, de manera que temerosos de contrariar al Juez aceptan su proposición para no perjudicar su imagen ante él³⁸.

Surgen, igualmente, dudas respecto a la «acción popular» y la resolución del conflicto a través de la mediación³⁹, pues la presencia de los ciudadanos, también afectados por la conducta llevada a cabo, salvo que prescindamos de la dimensión pública del delito, es incompatible con la proximidad que se busca entre las partes privadas. Y en relación con esto último, hemos de plantearnos el peligro que corre la acción popular frente a este tipo de mecanismos de justicia restaurativa, dado que de darles entrada en nuestro ordenamiento ello llevaría consigo la preterición de la acción popular, que distorsionaría o impediría, en no pocos casos, el acuerdo entre víctima y agresor⁴⁰. Algunos defensores de la mediación enseguida reaccionarán afirmando que no hay obstáculo para que la comunidad pueda participar en la solución mediada del conflicto, pero no estamos hablando de eso. Hablamos de un derecho constitucional reconocido en el art. 125 de la CE, a cualquier ciudadano que quiera personarse en un proceso penal en marcha, que supone una forma cualificada de hacer partícipes activos a los ciudadanos en la Administración de Justicia.

¿Qué vamos a hacer con esa joya de nuestro ordenamiento, sin parangón en ningún otro sistema jurídico? Ahora que se ciernen otros peligros sobre la acción popular, que

³⁵ Sobre si la mediación debe ser una opción elegida sin más por las partes o si debe ser el resultado de una previa recomendación de quienes asumen el control de la aplicación del derecho penal, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación Penal...*, *cit.*, pp. 277 a 280.

³⁶ Describe todo el proceso con detalle, R. SÁEZ VARGARCEL, «La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y la resocialización», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, núm. 2062, 2008, pp. 1757 a 1770; quien define la experiencia piloto con los descriptivos términos de «ocurrencia procesal». Desde luego quien suscribe no puede estar más de acuerdo con la nomenclatura.

³⁷ A. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL, «La mediación penal en España», en F. Martín Diz (Coord.), *La mediación en materia de familia...*, *cit.*, pp. 233 a 255.

³⁸ También A. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL, en el estudio de la nota anterior, siguiendo en este caso a J.L. MANZANARES SAMANIEGO, «La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español», *La Ley*, núm. 7232, de 2 de septiembre de 2009.

³⁹ Tal y como manifiesta N. MATELLANES RODRÍGUEZ, «La justicia restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la mediación», en F. Martín Diz (Coord.) *La mediación en materia de familia...*, *cit.*, p. 207.

⁴⁰ Tal y como pone de manifiesto R. CASTILLEJO MANZANARES, *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 51 ss., para quien la existencia de la acción popular perjudica la introducción de mecanismos de justicia reparadora.



no son nuevos, pues ya fueron puestos de relieve por Almagro en el año 1989⁴¹, hemos de hacer un esfuerzo por analizar que repercusión va a tener las nuevas tendencias de la justicia penal en dicha institución.

Por último, es importante, también, tener en cuenta que en la mediación en violencia de género puede producirse un riesgo para la integridad física de la víctima pues, por sí misma, dicha mediación no puede detener el ejercicio de la violencia, por lo que, en todo caso, aunque sólo sea como instrumento de apoyo, se ha de acudir a los medios preventivos, coactivos o de salvaguarda de la seguridad que proporciona el modelo de justicia tradicional⁴². La propia necesidad de adoptar cualquiera de estas medidas durante el desarrollo de la mediación pondría de manifiesto la desigualdad entre las partes de la mediación y la falacia del arrepentimiento del agresor, por lo que debería abandonarse en ese mismo momento la mediación, pues la necesidad de adoptar una medida de protección presupone el riesgo cierto de que el agresor vuelva a agredir a la víctima, por lo que ésta seguirá subyugada a la superioridad de aquel.

Junto a esto, el hecho de que, conforme a lo establecido en el art. 57.2 del Código Penal, se deba imponer, en cualquier caso, en supuestos de violencia de género, por el órgano judicial, como pena accesoria, la prohibición de aproximación a la que hace referencia el art. 48.2 del mismo cuerpo legal, exigiría la modificación de dicha previsión, dejando, en estos casos, al criterio del juzgador la conveniencia o no del establecimiento de dicha medida, y ello sólo para permitir su no aplicabilidad en los casos en que se diera la mediación, en cuyo seno no tiene encaje esta previsión penológica, como ninguna otra de esta naturaleza, dicho sea de paso.

V. DESIGUALDAD ENTRE LOS MEDIADOS: VÍCTIMA Y AGRESOR

Consideramos que en los delitos de violencia de género no es posible el equilibrio necesario entre las partes, al menos en los casos más graves; y este es uno de los puntos más delicados, que no dejan de poner de manifiesto, incluso, aquellos que abogan por la mediación en éste ámbito.

Se ha dicho que la violencia no se media —que no es susceptible de mediación— y ello obedece a la posición de superioridad de una de las partes, con independencia de que sea hombre o mujer, que convertiría cualquier intento de mediación en una fórmula de autotutela, entendida como la solución al conflicto impuesta por el que tiene más fuerza.

⁴¹ Y que pueden ser consultados en J. ALMAGRO NOSETE, «La acción popular», en *La reforma del Proceso Penal*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 224 ss.

⁴² Vid, al respecto, P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor...*, cit., pp. 57 ss.

En la violencia de género, además, nos podemos encontrar con lo que se conoce como indefensión aprendida consistente en la actitud pasiva que puede mantener un sujeto ante una circunstancia desagradable sin poder poner nada de su parte para evitarlo, que es consecuencia del desgaste psicológico que provoca la continua exposición a la violencia y al desprecio. En estas circunstancias la mujer podría tener dificultades para replicar a las críticas que se le efectuaran en la mediación, pues el sometimiento a esta técnica de resolución de conflictos pudiera suponer una carga tan pesada que hiciera que la víctima se sintiera incapaz de dialogar y negociar con el agresor; todo ello sin olvidar que la mujer que ha sufrido violencia de género pudiera, incluso, no entender sus propios intereses legítimos⁴³, siendo incapaz de culpar a otros y exigirles responsabilidad por sus actos, que no verá como ofensas o agresiones.

Mantienen los defensores de la mediación en violencia de género que nada impide que en el proceso de mediación se puedan utilizar mecanismos de compensación para conseguir así ese equilibrio necesario⁴⁴, pero dicha afirmación nos plantea un nuevo problema, pues esa discriminación positiva⁴⁵ puede poner en peligro la «neutralidad»⁴⁶ y «terceridad del mediador».

Según dicha técnica, que responde al término anglosajón: *empowerment*⁴⁷, se abandona la antigua exigencia de estricta neutralidad a favor de un intento de combinar la defensa de los intervinientes con la protección de la parte más débil. Desde luego es difícil de mantener que esta técnica utilizada en la mediación, pero que tiene su origen

⁴³ Por estas y otras muchas razones que expone en su trabajo, no podemos estar más de acuerdo con M.L. GARCÍA TORRES, «La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares», *La Ley Penal*, núm. 73, Sección Estudios, julio, 2010, pp. 23 a 43. En el mismo sentido que ella, rechazando también, en términos generales, la aplicación de la mediación en supuestos de violencia de género que impliquen una prologada historia de agresiones, maltrato y dominación, P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor...*, cit., pp. 59 a 63, 71 a 78 y p. 130.

⁴⁴ Entre otros, J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 7557, Sección Doctrina, 28 ene. 2011, Ref. D-36, siguiendo la línea de C. ESTIRADO DEL CABO, «Cuestiones relevantes de Derecho Sustantivo y Procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento», en *La mediación civil y penal: un año de experiencia, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 207 a 216; o P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor...*, cit., p. 85 ss.

⁴⁵ Término utilizado por C. VILLACAMPA ESTIARTE, «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, núm. 30, junio 2012, pp. 177 a 216, para quien no sólo no existe problema en que la misma se produzca, sino que, muy al contrario, puede resultar determinante para el éxito de la mediación.

⁴⁶ Y hablamos sólo de neutralidad pues entendemos que el término «imparcialidad» resulta inapropiado para calificar al mediador, al menos en el sentido de entender aquel como la sujeción a la ley.

⁴⁷ Que, aunque se traduce habitualmente como «empoderamiento», parece más adecuado, pues refleja mejor la situación en que se traduce, «fortalecimiento», es decir, se trata de fortalecer la posición de una de las partes, en principio, la más débil, para evitar que la otra parte se apropie del conflicto, permitiendo así que los mediados puedan situarse, ambos, como parte del problema y parte de la solución.



en fórmulas de administración de empresas y que, en realidad se trata de una técnica de intervención «terapéutica»⁴⁸ con mujeres maltratadas, sea lo más adecuado para estos casos, en donde, como ya se ha indicado, la terceridad del mediador es esencial, debiendo mantener este un papel de puro espectador⁴⁹, y en los que, sin lugar a dudas, la misma se puede llegar a ver afectada. Así, se ha llegado a afirmar, que «en los casos de violencia de género o doméstica los mediadores no se mantienen totalmente neutrales en el proceso de mediación (...) el mediador toma una posición clara a favor de la víctima (...) deja claro a los maltratadores que la alternativa a la mediación penal es el proceso penal. Todos estos «apoyos» del mediador a favor de la víctima sirven para equilibrar la fuerza entre las partes. (...) Se pierde una parte de la neutralidad para favorecer un equilibrio entre las partes»⁵⁰. Ante tales afirmaciones sobra cualquier tipo de comentario con respecto de la neutralidad del mediador.

VI. PÉRDIDA DE DERECHOS Y GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO

Por supuesto, no podemos olvidar, a la hora de abordar los obstáculos, el que supone la pérdida de derechos y garantías para el imputado.

El agresor puede verse forzado a intervenir en la mediación, al verse en la tesitura de tener que elegir entre enfrentarse a un procedimiento tradicional o renunciar al mismo, reconociéndose culpable de los hechos y acogiéndose a los beneficios que, normalmente, le reportará la mediación⁵¹ (un trato más clemente, suspensión del procedimiento o de la pena, etc.).

Parece como si se estuviera penalizando indebidamente el ejercicio por el imputado de sus derechos al acudir al sistema tradicional⁵².

⁴⁸ Que no deben ser confundidas con la mediación y que, de ser necesarias, se recomendará su utilización por el mediador, pero que no llevará a cabo, directamente, el mediador.

⁴⁹ Para J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, p. 49, es un acierto asemejar al mediador con un catalizador químico, que facilita el proceso con su presencia pero no se involucra en el mismo.

⁵⁰ Cfr. V. DOMINGO DE LA FUENTE, «Justicia restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 23 septiembre 2011, Ref. D-349, p. 10.

⁵¹ Precisamente por ello J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación...*, *cit.*, pp. 48 y 49, habla de que el requisito de la voluntariedad que debe presidir toda mediación, en relación con la figura del imputado, aunque también se haría extensible a la víctima, exige sólo la voluntad relativa (y no absoluta) de éste, en el sentido de que las partes puede optar entre acudir o no a la mediación.

⁵² *Vid.* N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal» *cit.*, pp. 6 ss. En el mismo sentido J.J. QUERALT JIMÉNEZ, «La mediación en España y perspectivas internacionales», en L. Reyna Alfaro (Coord.), *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima...*, *cit.*, pp. 341 a 367, para quien la negativa a someterse a la mediación «tiene como consecuencia un diabólico efecto, a saber, hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a



Una prueba de que este perverso efecto puede llegar a producirse es la STC 75/2007, de 16 de abril⁵³, en la que, en referencia a la negativa de un sujeto a conformarse con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, se pone de manifiesto que esta circunstancia resulta a todas luces manifiestamente irrazonable y constitucionalmente inadmisibles para justificar la pena impuesta en la sentencia. Con ello se está poniendo en peligro la voluntariedad en el agresor, una de las notas esenciales de la mediación⁵⁴.

Habría que preguntarse si el Estado y su sistema de Justicia penal han de permitir que esto suceda, sobre todo, teniendo en cuenta que el proceso es la vía que garantiza los derechos del imputado.

Como se ha puesto de manifiesto por un sector de la doctrina, la implantación de la mediación penal comportará profundos costes en materia de igualdad, proporcionalidad y seguridad jurídica⁵⁵, a pesar de lo cual, otros autores entienden que el necesario control y supervisión judicial de los acuerdos adoptados permitirá disipar cualquier lesión de los derechos humanos o de las garantías procesales del infractor⁵⁶. También hay quien afirma que la justicia restaurativa participa de los principios procesales de la justicia ordinaria y por tanto aquella debe satisfacer las garantías a que tienen derecho las partes en el proceso⁵⁷; de manera que si la mediación se incardina en el proceso, a aquella le será de aplicación el sistema de garantías de tal proceso.

Realmente no se alcanza a comprender a qué garantías procesales se refieren, dado que las mismas no se pueden alegar en el procedimiento de mediación, salvo que se refieran a la vulneración de los principios que deben presidir, en cualquier caso, la mediación, pues, tal y como afirma Walgrave⁵⁸, «las garantías legales contenidas en el sistema de justicia penal tradicional no pueden ser simplemente trasplantadas. La justicia restaurativa reclama tener sus bases en una concepción de sociedad diferente y ofrecer un nuevo paradigma de

concluiarse que a quien no, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. Con lo cual, el ejercicio de un derecho, que es un derecho previsto, incluso con rango de derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre el riesgo de convertirse en una carga.

⁵³ También citada por M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 143.

⁵⁴ M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 142.

⁵⁵ M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 141; y que N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *cit.*, p. 6 ss., califica como los peligros sustanciales de la orientación subjetivo/localista de la justicia restauradora.

⁵⁶ Así, E. LARRAURI PIJOAN, «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», en *Serta: in memoriam Alesandri Baratta*, F. Pérez Álvarez (coord.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 439 ss.

⁵⁷ Entre otros, E. URBANO CASTRILLO, «La Justicia Restaurativa Penal», *cit.*, pp. 5 a 22.

⁵⁸ Citado por A. MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, «Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: límites y posibilidades», *Revista Ius et Praxis*, año 15, núm. 2, 2009, pp. 165 ss.



justicia... El debido proceso, el derecho a defensa, culpabilidad y otros principios siguen teniendo validez, pero su contenido debe ser revisado críticamente en el contexto de la justicia restaurativa, posiblemente reformulados, rechazados o reemplazados». Desde luego, la mediación no puede, en ningún caso, suponer una pérdida de las garantías procesales reconocidas constitucionalmente al imputado, pero esto es una cosa y otra muy distinta que las mismas se deban aplicar en el proceso de mediación, afirmación que entendemos no es acertada.

No podemos obviar, por otro lado, el problema que supone que frente a hechos idénticos se de, no sólo un tratamiento diferenciado, sino soluciones diferentes, dado que en la mediación penal son las partes las que dotan de contenido al acuerdo⁵⁹, y este dependerá no sólo de las posibilidades materiales de aquellas, sino incluso de sus posibilidades personales. Además, la discrecionalidad del órgano instructor para proponer la mediación sólo en algunos casos, como ocurre en la actualidad en los programas pilotos que se están siguiendo en algunos juzgados, puede claramente llegar a vulnerar el principio de igualdad, no ya atendiendo a la solución alcanzada, sino por la selección de los casos, que supone, a todas luces un tratamiento diferenciado.

La mediación favorece la admisión de los hechos cometidos (presupuestos necesario para acudir a tal vía) y ello resultará especialmente relevante en estos casos en que la acusación aparece dificultada por la ausencia de fuentes de prueba. Aunque no faltan voces que propugnan como requisito o presupuesto del proceso restaurativo que exista prueba válida y suficiente para inculpar al acusado, pues en otro caso, la vía correcta de esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades será la vía penal convencional⁶⁰.

Lo dicho, nos conduce irremediabilmente a plantearnos si en la mediación se puede vulnerar la presunción de inocencia, a pesar de que dicho planteamiento es para algún autor un verdadero dislate⁶¹.

Si bien se contempla la absoluta confidencialidad del contenido de la mediación, atribuyéndose al mediador el deber de sigilo, en los casos en que la mediación no llegue a buen término y se deba volver al proceso penal, ya se conoce públicamente que el acusado ha reconocido los hechos en sede jurisdiccional⁶². En estos casos, obviamente, no se exime

⁵⁹ M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 141

⁶⁰ E. URBANO CASTRILLO, «La Justicia Restaurativa Penal», *cit.*, pp. 5 a 22.

⁶¹ En este sentido, M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 142, para quien la decisión de someterse a la mediación puede tener trascendencia probatoria, sin que la misma baste por sí sola para fundar un juicio de culpabilidad, en cuyo caso sí se debería entender violada la presunción de inocencia.

⁶² Para paliar estos no deseados efectos F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario...*, *cit.*, pp. 352 y 353, propone un modelo de mediación penal exclusivamente prejudicial. Entendemos que la misma seguirá el modelo del Código Procesal Penal de Perú, aprobado por Decreto Legislativo núm. 957, y publicado



de la prueba de los mismos pero ¿tendrá alguna consecuencia o trascendencia probatoria dicho reconocimiento? ¿debe ser valorado dicho reconocimiento para fundar una sentencia? No debería o, al menos, no para fundar una sentencia de condena, pues lo contrario nos llevaría a afirmar la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria sin ningún tipo de actividad probatoria, lo que sería preocupante, si no fuera porque es precisamente lo que ocurre en la actualidad en el caso de la conformidad, en donde, además, no tienen por qué haber un reconocimiento de los hechos, sino una mera conformidad con la pena solicitada. El reconocimiento de los hechos no debe suponer o equivaler a «confesión formal», sino que ha de ser valorado únicamente como una manifestación de la voluntad de entendimiento con la víctima⁶³.

Otro problema, también en relación con el reconocimiento de los hechos por el imputado, es que aquel se puede convertir en una herramienta en manos del maltratador que está acostumbrado a acudir a cualquier mecanismo para perpetuar el ciclo de violencia o manipular a la víctima. Así, los maltratadores «pitbull» (personas perfectamente integradas, bien valorados socialmente, que sólo muestra violencia con su pareja), por contraposición a los «cobra» (con comportamientos antisociales que no sólo muestran su violencia en su ámbito más cercano, sino en cualquiera), pueden mostrar un inicial interés por la mediación, si cree que de este modo puede conseguir que la mujer vuelva con él, aunque también es probable que la abandone en cuanto comprenda que no le servirá para conseguir el fin que se propone⁶⁴.

Todo ello sin olvidar que simplemente puede tratarse de una maniobra (el reconocimiento o el falso arrepentimiento) para conseguir una disminución o una eliminación de la responsabilidad en el plano institucional.

En este sentido es interesante observar como en los estudios sobre el tema, en general, se omite cualquier referencia a la reiteración de la conducta delictiva como impedimento para poder plantear la mediación⁶⁵, lo que no deja de ser preocupante, dado el grado de exhaustividad y casuismo que caracteriza las aportaciones de la doctrina propugnadora de la mediación.

en el Diario Oficial «El Peruano», el 24 de julio de 2004, que en su artículo 2.º, apartado 3 y 4 propone un sistema según el cual, el Ministerio Público intentará, antes del ejercicio de la acción penal, la Diligencia de acuerdo, en relación con el resarcimiento de la víctima. Una vez obtenido el mismo se dictará la «Dispensa de Abstención», por la cual ningún miembro del Ministerio Público ejercerá la acción penal en el futuro.

⁶³ B. CRUZ MÁRQUEZ, «La mediación de la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 07-14 / 2005. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc> (fecha última visita: 30 agosto 2013).

⁶⁴ Tal y como describe M. DEL POZO PÉREZ, «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», en F. Martín Diz (Coord.) *La mediación en materia de familia...*, cit., pp. 321 a 323.

⁶⁵ Si se ocupa del tema S. BARONA VILAR, *Mediación Penal...*, cit., pp. 304 a 306.



VII. INCONVENIENTES ECONÓMICOS

Por último, hay un aspecto problemático en relación con la mediación que no es otro que el económico, y lo es en un doble sentido.

Si la reparación de los perjuicios sustituye a la sanción de las conductas ilícitas, existe el riesgo, puesto de manifiesto por una parte de la doctrina⁶⁶, de que la justicia restauradora se convierta en justicia indemnizadora, cuya virtualidad dependerá, en última instancia, de la capacidad económica del agresor. Máxime cuando la STS 1006/2006, de 20 de octubre, estableció que la mera participación del recurrente en mediación, aún con un resultado positivo, no implica reparación, por lo que el pronunciamiento del Tribunal excluye la reparación simbólica, que parece sí aceptar los defensores de la mediación penal.

Y este problema es real, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*), que en su sentencia de 19 de diciembre de 2002 establece que existe cierta tendencia, observable en la jurisprudencia alemana, según la cual la compensación económica entre víctima y agresor se está convirtiendo en una forma de comprar la «libertad responsable».

No parece, aparentemente, que los autores que describen los modelos que en el derecho comparado permiten la renuncia al ejercicio de la acción penal cuando el sujeto repare el daño a la víctima, como fundamento para establecer tal sistema en nuestro país, les preocupe el hecho de que con ello se favorece una justicia de ricos⁶⁷, que pagando pueden ver como se diluye su responsabilidad penal. Cabe preguntarse, no ya si el modelo es viable o no en España, sino si queremos que nuestro ordenamiento jurídico lo permita.

Y en segundo lugar ¿de donde va a salir el dinero para sufragar el establecimiento de la mediación? Sobre todo cuando el sistema de justicia tradicional adolece de una permanente insuficiencia de medios materiales y humanos⁶⁸, agravada ahora por la crisis y continuos recortes en todos los ámbitos.

⁶⁶ N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *cit.*, pp. 6 ss.; y en la misma línea, R. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «La mediación penal: una alternativa a la resocialización», en *Sobre la Mediación Penal...*, *cit.*, pp. 107 y ss., para quien la mediación puede llegar a convertirse en una «justicia de clases».

⁶⁷ Frente a la justicia de pobres (el proceso penal tradicional), tal y como lo califica C. LAMARCA PÉREZ, «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», *La Ley Penal*, núm. 44, Sección Estudios, diciembre 2007, pp. 4 ss. Aunque para algunos autores, como H. SOTELO MUÑOZ, «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en *Sobre la Mediación Penal...*, *cit.*, pp. 41 ss., afirmar esto es desconocer los elementos básicos de la justicia restaurativa, pues según la autora sólo la participación en la voluntad de reparación a la víctima de forma emocional principalmente es permitida.

⁶⁸ Insuficiencia permanente de medios que L. DURBAN SICILIA, «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La Ley Penal*, núm. 73, Sección Estudios, julio - 2010, pp. 44 a 58, denomina «mezquinas aportaciones». Es interesante analizar la propuesta que el autor hace en la p. 3, sobre un mejor aprovechamiento de los recursos, tanto materiales, como humanos.



Institucionalizar la mediación penal demandará disponer de los medios personales y materiales necesarios para hacer frente a la infraestructura administrativa que exige un servicio institucionalizado de mediación⁶⁹, teniendo en cuenta además que, al menos cuando la misma sea propuesta por el Fiscal o el órgano instructor, dicha mediación debe ser gratuita, en atención al respeto del principio de igualdad que recoge el art. 14 CE⁷⁰.

Además, y también con respecto a la figura del mediador, se plantea un inconveniente. Se ha criticado el hiperprofesionalismo que se da en la justicia tradicional, especialmente en el proceso penal, con el consiguiente alejamiento de sus verdaderos destinatarios. La brecha que se abre entre la Administración de Justicia y sus destinatarios, como ha puesto de manifiesto algún autor, hace que «para el particular la necesidad de acudir a los tribunales se asuma con resignación, a la vez que con temor y desconfianza, por cuanto le supone de inmersión en un espacio que le resulta incognoscible. De facto, los profesionales se han apropiado de la Justicia, transfigurada en una superestructura social donde el acceso y la palabra del particular no cualificado se permiten sólo porque es presupuesto de su existencia»⁷¹; pero frente a dicha crítica se propone como una solución el lenguaje de la mediación, fácilmente asumible para cualquiera en la que, además, los mediadores intervienen directamente en la resolución de sus conflictos. Cabe preguntarse si nos podemos estar enfrentando ante la irrupción de una nueva casta profesionalizada, que se sumará a aquellos otros profesionales a los que se les acusaba de apropiarse de la Justicia, que en este caso se estarían apropiado de la mediación, a la que las partes se verán arrastradas por una decisión ajena a ellas y en la que se encontrarán con un mediador del cual poco sabemos. ¿Quién podrá ser mediador? ¿Qué formación, y de qué tipo, se exigirá para serlo? ¿Qué requisitos debe tener, o qué condiciones o pruebas habrá de superar la persona que quiera inscribirse en el servicio de mediación?

A nadie se le escapa que la preparación del mediador es fundamental y debe ser, en el caso de la mediación penal, específica⁷², pero a día de hoy no existe en nuestro país un

⁶⁹ Así, M. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *cit.*, p. 139.

⁷⁰ Tal y como indica P.M. GARCÍA GONZÁLEZ, «La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos», en *Sobre la Mediación Penal...*, *cit.*, pp. 413 ss.

⁷¹ N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *cit.*, pp. 6 ss.

⁷² Tal y como pone de manifiesto en sus conclusiones C. VILLACAMPA ESTIARTE, «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, núm. 30, junio 2012, pp. 177 a 216, ya que la mediación practicada por personas escasamente especializadas, aunque voluntariosas, puede poner a los mediadores en situaciones de riesgo elevado, al no saber conocer las señales de peligro hacia la seguridad de aquellas. Y en la misma línea C.S. MARQUES CEBOLA, «Los sistemas de mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España», en F. Martín Diz (Coord.), *La mediación en materia de familia...*, *cit.*, pp. 351 ss.; autora que propone como posible modelo a seguir el portugués, en el que es el Gabinete de resolución extrajudicial de conflictos (GRAL) el que controla la calidad y formación de los mediadores.



Estatuto propio del mediador, ni un registro general de mediadores que garantice que los mismos tienen la preparación necesaria, a salvo los creados en algunas Comunidades Autónomas, que arrojan datos preocupantes. Así, por ejemplo, en Cataluña existen más de 10.000 mediadores, aunque el sistema, en los últimos 10 años ha sido utilizado por unos 2500 usuarios⁷³.

VIII. CONCLUSIÓN

Lamentablemente han quedado en el tintero muchos otros obstáculos que, por elementales razones de extensión no se han podido ni mencionar, pero sólo quiero insistir en la necesaria cautela, a la que me he referido en las primeras líneas, por las implicaciones que sobre el proceso penal puede tener la mediación. Si finalmente, una vez realizada la reflexión sobre la conveniencia de aplicar la nueva fórmula, se toma partido por que así sea modifiquemos en nuestro sistema lo que sea necesario modificar, pues el que tras serena reflexión llegue al convencimiento de que se ha de aplicar la mediación en la justicia penal de adultos, también, ha de haber llegado, simultáneamente, a entender que el ordenamiento procesal penal debe cambiar para dar cabida a dicha institución. No podemos romper los principios que rigen el proceso penal ni obviar el cumplimiento de las leyes vigentes, pues haciéndolo, aunque sea sólo una vez y para un supuesto que, cada cual entienda, está justificado por las características propias que el mismo presenta, lo único que estamos haciendo es abrir la puerta a nuevas rupturas, a nuevos incumplimientos, a la arbitrariedad. Paguemos la deuda que tenemos con el proceso y reflexionemos y propugnemos los cambios que el mismo precisa o aquellos otros que, sin ser precisos, pueden contribuir a su mejora, pero hagámoslo reflexivamente, con fundamentos jurídicos serios y propios de cada disciplina y, sobre todo, por los cauces legales que nuestro ordenamiento exige. Los detractores de la mediación deben ser rigurosos en sus planteamientos para que no se les achaquen, como ya se ha indicado, inercia o resistencia a todo cambio, ni falta de miras, o desconocimiento de la institución de la mediación⁷⁴. Por su parte, los que defiendan la implantación de la mediación en el ámbito penal serán los primeros interesados en que la implantación se haga de forma adecuada, pues un paso en falso en los comienzos de la

⁷³ Según datos aportados por J.I. SARRIEGO, «El fracaso de la mediación en España. Una visión crítica frente al imaginario judicial, político y social sobre la mediación», *Revista Digital de Derecho de Familia*, 2011, en Internet: http://www.lexfamily.es/img/0_pn1_1315031228.pdf. (fecha última visita: 30-agosto-2013).

⁷⁴ Entiendo que sólo desde un conocimiento profundo de la mediación se pueden analizar los problemas que su incardinación en nuestro ordenamiento jurídico provocará. Tal y como afirma A. VALL RIUS, «El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española», *Diario La Ley*, núm. 6528, Sección Doctrina, 18 jul. 2006, Ref. D-173, «el desconocimiento genera una cierta desconfianza, tanto entre la población como entre los propios profesionales».



institución suscitaría recelos contra la misma y retrasaría la formación de esa cultura de la mediación que tanto está costando instaurar en nuestro país.

TITLE

MEDIATION IN VIOLENCE AGAINST WOMEN? NO, THANK YOU

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. RULE OF LAW AND MEDIATION. III. POSSIBLE BACKWARD STEP IN FIGHT AGAINST GENDER-BASED VIOLENCE. IV. RESTRICTIONS TO POPULAR AND PRIVATE PROSECUTORS' ROLE IN SPANISH CRIMINAL PROCESS. V. INEQUALITY OF PARTS: VICTIM AND OFFENDER. VI. LOSS OF RIGHTS AND GUARANTEES FOR THE DEFENDANT. VII. ECONOMIC DRAWBACKS. VIII. CONCLUSION.

KEYWORDS

Effective judicial protection; Criminal process; Violence against women.

ABSTRACT

Effective judicial protection, along with a range of constitutional rights, undoubtedly will be affected by the implementation of mediation in criminal proceedings. This requires a review of some elements to be removed, so mediation can be implemented in the system without breaking it. Above all, private prosecutor and popular prosecutor role, which provides a privileged position to victims and citizens in the process, unparalleled in our neighboring countries, must be redefined; not forgetting the apparent loss or waiver of the rights of the defendant in mediation, as an essential element of it.

Fecha de recepción: 10/04/2014

Fecha de aceptación: 28/05/2014