

ALGUNAS FRONTERAS DE LA LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: JURISDICCIÓN DE MENORES Y MEDIACIÓN

María Jesús Molina Caballero

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Málaga

MOLINA CABALLERO, María Jesús. Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: jurisdicción de menores y mediación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-24, pp. 1-23. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-24 (2015), 29 dic]

RESUMEN: Después de más de 10 años desde la publicación de la Ley Orgánica de protección Integral contra la violencia de género, Ley Orgánica 1/2004, son valiosos los resultados obtenidos, no sólo a nivel judicial sino desde el punto de vista social, siendo esto así la puesta en práctica de dicha regulación unida a las reflexiones acerca de su aplicabilidad a las cuestiones que de hecho se plantean han hecho aflorar algunas cuestiones problemáticas que pueden suponer una quiebra de la citada efectividad de la ley. Sobre dos cuestiones puntuales trata el presente trabajo: la aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género ejercida por menores de edad penal, que están sujetos a la llamada Jurisdicción de menores, y por

otro lado la estricta prohibición de la LOPJ en torno al uso de la mediación en los supuestos de violencia de género.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género. Menores maltratadores. Protección a las víctimas de violencia de género. Jurisdicción de menores. Mediación penal.

ABSTRACT: The Spanish legislation on gender-based violence has gone over a long way through the past 10 years. Clearly, the development has been significant and with a valuable and practical efficiency. However, the years elapsed during its life have shown some issues regarding its enforcement. In this report, we focus on two of these issues: the fact that the mediation is not allowed in this area and the protection of victims attacked by a minor.

KEYWORDS: Gender-based violence. Juvenile abusers. Protection of victims. Juvenile court system. Criminal mediation.

Fecha de publicación: 29 diciembre 2015

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La violencia de género protagonizada por menores de edad. 2.1. La protección general a la víctima en la Ley Orgánica 5/2000. 2.2. La protección de la víctima de violencia de género en la Jurisdicción de menores. 3. Paradojas de la prohibición de la mediación en la violencia de género. 3.1. El párrafo 5º del artículo 87 ter de la LOPJ. 3.2. Prohibición, en todo caso, aplicable a los procesos civiles conexos al

de violencia de género. 3.3. Prohibición de la mediación penal en los casos de violencia de género. 3.4. La mediación en el proceso de menores: ¿afectada por dicha prohibición? 4. A modo de conclusión.

1. Introducción¹

Sin duda alguna, la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral frente a la violencia de género ha supuesto en nuestro país un progreso considerable en cuanto a la lucha institucional contra la violencia machista. En relativamente poco tiempo se ha pasado de considerar a los conflictos (aun de carácter penal) entre los cónyuges como una materia que debía resolverse entre los muros de los hogares a tomar conciencia de que la cultura machista imperante estaba haciendo auténticos estragos en muchas mujeres, violentadas, lesionadas y manipuladas por su compañeros, a considerarlo como una cuestión de Estado.

Muchas, variadas y positivas han sido las novedades introducidas en el ordenamiento, aunque también es cierto que las mismas no han podido erradicar un gravísimo problema que deja cada año un rastro de muertes y lesiones que es necesario atajar.

Por ello, y partiendo de estas consideraciones iniciales es necesario que desde todos los sectores involucrados (por no decir desde la sociedad en su conjunto) la lucha prosiga, tanto en la práctica como en la reflexión técnica acerca de las mejoras que cabría introducir en la normativa vigente, sobre todo ahora que ya han transcurrido más de 10 años desde su entrada en vigor.

De todas formas es justo recordar que en materia de protección de víctimas, los últimos años pueden ser considerados en nuestro país como los que han dotado a éstas de un gran respaldo a nivel legal, piénsese no sólo en la Ley que estamos analizando, sino en la Ley de Protección integral de las víctimas de terrorismo de 2011 y su correspondiente Reglamento de 2013; o en la recientísima Ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la Víctima del delito, impulsada concretamente por la Directiva 29/2012/UE, que desde la UE nos obliga a regular unos derechos mínimos de las víctimas en el proceso penal².

Esta perspectiva augura una nueva época donde la víctima recobra su protago-

¹ Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto de investigación “Colectivos en los márgenes: su exclusión por el derecho en tiempos de crisis” (DER 2012-34320)

² “..el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambiciosos, trasladando al mismo la demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado. Efectivamente en este foco de atención se ha podido advertir, y así lo traslada nuestra sociedad con sus demandas, una cierta postración de los derechos y necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición” Exposición de Motivos del Estatuto de la víctima del delito, (II in fine).

nismo tanto en la respuesta legal como en la judicial ante el delito, pero también es cierto que debemos seguir realizando un esfuerzo a fin de que lo conseguido hasta el momento sirva efectivamente a dicho fin de protección.

Entrando ya en materia, una vez realizadas las consideraciones previas, aunque podríamos extender a muchas las cuestiones controvertidas y mejorables de la Ley, nos vamos a centrar en dos que han merecido nuestra reflexión y consideración: la situación real de la víctima cuando la violencia de género es ejercida por un menor de edad y la prohibición de la mediación en los conflictos de violencia de género.

El difícil equilibrio entre los derechos de las víctimas y de los victimarios vuelve a ser el centro de atención en el estudio de dicha problemática. Y es que tal y como señala ALONSO RIMO³ se trata de una confrontación no de derechos sino de garantías esenciales, y en la medida de lo posible las soluciones que se otorguen legalmente deben salvar la tensión existente.

2. La violencia de género protagonizada por menores de edad

2.1. La protección general a la víctima en la Ley Orgánica 5/2000

Partiendo de la violencia de género protagonizada por los menores de edad penal, y su posible respuesta sustantiva y procesal, hemos de comenzar advirtiendo del gran incremento que este tipo de violencia está teniendo entre los jóvenes.

Según datos del Observatorio de violencia de género un total de 1007 chicos menores de 18 años han sido enjuiciados por delitos o faltas de violencia de género desde el año 2007. El último informe del Observatorio para la Violencia de Género del Consejo General del Poder judicial (2104) pone de manifiesto que durante el año 2013 se incrementó el número de casos en un 5%. Y las últimas estadísticas publicadas ofrecen un resultado absolutamente desalentador, pues frente a los 133 procedimientos por violencia de género registrados en el año 2103 ante los Juzgados de Menores se ha pasado a 288 en el año 2014⁴.

Dichas cifras nos revelan que lejos de estar ante un simple problema tangencial, la violencia de género entre menores es de grandes y gravísimas dimensiones.

El hecho de que existan sentencias donde se expone que el delito de violencia de género entre adolescentes no existe por la falta de proyecto de vida en común⁵ o

³ ALONSO RIMO, A. “La víctima en el sistema de Justicia Penal”, en “Manual de victimología” Valencia 2006 pág. 319.

⁴ Datos obtenidos de las estadísticas publicadas por el Observatorio de Violencia sobre la mujer del Consejo General del Poder Judicial. (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos?filtroAnio=2014>)

⁵ Esta interpretación ha tenido tal peso en la práctica que ha sido merecedora de examen por parte de la Fiscalía en las Jornadas de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer, celebradas en Antequera en el año 2010, dando lugar a la siguiente declaración “*la minoría de edad de las partes o de la víctima no excluye la existencia de una relación de análoga afectividad a la del matrimonio, sin convivencia*”.

por ausencia de una relación con visos de permanencia, que ha venido a fundamentar la ausencia de tal aplicabilidad del tipo delictivo, creemos no son argumentos suficientes para descartarlo. No olvidemos que según el Código Civil los menores pueden contraer matrimonio desde los 14 años con dispensa del juez y este dato ya por sí sólo demuestra la irrelevancia de tales afirmaciones⁶.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*, haciéndose eco de la problemática que podría seguir planteando tales aseveraciones establece expresamente en relación a esta cuestión que “*no parecen criterios asumibles aquellos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja; o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o verbal o diversas formas de humillación que encajan en los tipos penales contenidos en los artículos 153, 171-4, 172-2, 148-4 y 173-2 del Código Penal*”.

Pues bien, descartado este inicial problema de aplicabilidad del tipo a la relación entre adolescentes, y llegando a la conclusión de su encaje con la violencia de género, son variados los problemas que se presentan en orden a la protección que el ordenamiento otorga a dichas víctimas, partiendo sobre todo de que en la mayoría de las ocasiones el maltratador también es menor de edad y por ello sujeto a una jurisdicción con especiales características de tipo sustantivo y procesal como es la Jurisdicción de menores.

Como es de todos conocido, nuestro ordenamiento contiene una regulación especial en materia de justicia penal juvenil que abarca, como hemos señalado, no sólo un tratamiento diferente (del de adultos) en materia sustantiva penal sino también a nivel procesal, diseñando así un proceso específico adaptado a las peculiaridades de este tipo de delincuentes. Ambas regulaciones se encuentran inspiradas en un principio general y que sirve de paraguas a toda la disciplina del sistema penal de justicia juvenil, el denominado “*interés superior del menor*”⁷.

Ese interés superior del menor inspira y vertebrada toda la regulación tanto de las medidas sancionadoras educativas que regula la ley, como del proceso para aplicarlas. Y en este sentido conforma un sistema que a diferencia del sistema penal de

⁶ Aunque actualmente se está debatiendo en el Congreso de los Diputados la Ley de Jurisdicción voluntaria que puede suponer la elevación de esta edad a los 16.

⁷ A nivel tanto sustantivo como procesal, significa que todas las cuestiones que se susciten en los procesos para exigir la responsabilidad penal de menores han de resolverse buscando lo más conveniente para el menor. Todo ello podría resolverse con la enunciación de un nuevo principio material y procesal, el *favor minoris*. Cfr. URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. “Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del menor” Cizur Menor, 2001. Pág. 31.

adultos busca aplicar al menor la medida que más y mejor encaje tenga en su vida, con la finalidad de conseguir su reeducación. Por ello encontramos diferencias importantes en las instituciones que conforman dicho proceso y una de ellas es sin duda la protección otorgada a las víctimas cuando su agresor es menor de edad.

La citada regulación, recogida en la Ley Orgánica 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores, fue objeto (y lo sigue siendo) de numerosas críticas, básicamente enfocadas en la “blanda” respuesta legal ante la comisión de delitos por parte de los jóvenes y en la poca o nula consideración que su regulación tenía con respecto a los derechos de las víctimas.

Recordemos que en su redacción original dicha Ley no preveía la posibilidad de ser parte acusadora a los ofendidos o perjudicados por los hechos delictivos cometidos por menores, limitando el ejercicio de acciones por estos sólo a la responsabilidad civil, no se permitía la acusación particular⁸ (mucho menos la popular). Por otro lado, la redacción inicial de la LORPM en orden a la protección a las víctimas a través de las medidas cautelares, tampoco arbitraba un sistema de medidas de protección, pues la redacción original del artículo 28⁹ sólo tenía en cuenta como finalidad de las medidas cautelares la de evitar que el menor pudiera eludir u obstruir la acción de la justicia y el interés del menor, pero no la protección a los ofendidos por el delito.

Esto nos marca un escenario bastante perjudicial para las víctimas que, si con carácter general habían sido abandonadas en el proceso penal de adultos, en el proceso penal de menores habían sido preteridas incluso en situaciones en las que sí eran visibles en la LECrim¹⁰.

Ante tal perspectiva, y como hemos señalado, fundamentalmente en aras de dicha oposición social se produjeron una serie de modificaciones al texto inicialmente aprobado, que podríamos resumir, en cuanto a lo que nos concierne en esta exposición, en las siguientes:

-Inclusión de la posibilidad del ejercicio de acciones penales por las víctimas, por medio de la institución de la acción particular introducida por la reforma operada en la Ley en el año 2003 por Ley 15/2003¹¹.

⁸ La redacción originaria del artículo 25 disponía expresamente que “*En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre el ejercicio de acciones civiles*”.

⁹ Redacción originaria del artículo 28 LORPM: “*El Ministerio fiscal cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado*”

¹⁰ En el mismo sentido DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores”, en *Diario La Ley*, nº 6927, pág. 1.

¹¹ Con ello el artículo 25 pasó a tener la siguiente redacción: “*De la acusación particular. Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas en el artículo 61 de esta Ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueren menores de edad o incapaces con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento...*”

-Inclusión entre las finalidades de las medidas cautelares la de proteger a las víctimas, previendo expresamente la medida de alejamiento del art. 544 bis LE-Crim. (Reforma introducida en el año 2006)¹².

Ello sin duda supuso un avance de la Ley hacia la efectividad en la protección a las víctimas de delitos cometidos por menores. Sin embargo, y aun siendo esto así, siguen existiendo supuestos en los que la víctima sigue siendo de peor condición en esta ley, como en los casos de violencia de género.

2.2. La protección a la víctima de violencia de género en la Jurisdicción de menores

Como sabemos la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, otorga una especial protección a las víctimas de este tipo de delitos que, a nivel procesal, se traduce fundamentalmente en especiales medidas cautelares, garantías específicas para su cumplimiento y efectos extraprocesales de dichas medidas y con los datos apuntados ya podemos atisbar que en el ámbito de la justicia juvenil esta protección está limitada.

Analicemos la cuestión:

Partiendo de la idea fundamental de que la protección a las víctimas no puede variar en intensidad y eficiencia dependiendo de la edad de su agresor, localizamos una laguna de protección a las víctimas de violencia de género en cuanto que el enjuiciamiento de su agresor se realice en aplicación de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor.

Si analizamos en primer lugar la cuestión de la aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/2004 a la Jurisdicción de menores chocamos inevitablemente con la problemática de aplicación de una Ley General a una legislación especial.

Si esto es así a nivel sustantivo, a nivel procesal, las diferencias, si cabe, se agravan considerablemente. Realizando un análisis desde la perspectiva procesal la aplicación supletoria de la LECrim al procedimiento de menores se restringe, según la Disposición Final Primera de la citada LORPM, a lo no expresamente regulado en ésta y, en especial, a la regulación del procedimiento abreviado.

La LORPM tiene, tanto una regulación específica de los derechos de las víctimas (artículo 4), como de las medidas cautelares que pueden imponerse a los menores (artículos 28 y 29), por lo que debemos entender que en estos ámbitos no cabe aplicación supletoria de la LECrim.¹³

¹² Quedando redactado de la siguiente manera. “1.- El Ministerio fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.

2.- Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo”.

¹³ Vid., en este sentido, DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Medidas cautelares en protección de la vícti-

El panorama que se nos dibuja entonces es el siguiente:

En cuanto a la protección específica de las víctimas a través de la adopción de medidas cautelares, con la nueva redacción del artículo 28 de la LORPM, aunque se pueden adoptar medidas cuya finalidad sea la de proteger a las víctimas, están limitadas a:

- a) Las que pueden adoptarse son: internamiento, en cualquier de sus modalidades, libertad vigilada o convivencia con otro grupo educativo y alejamiento (este introducido en la ya citada reforma de 2006).
- b) Sólo cabe adoptar estas, las exclusivamente establecidas en esta Ley, sin que puedan aplicarse con carácter supletorio ningún otro tipo de medida.
- c) Dichas medidas aunque puedan estar orientadas a la protección a la víctima, tienen siempre una finalidad superpuesta a la de la propia medida cautelar, *la protección y custodia del menor*, de manera que “dicho interés debe tenerse presente en la exégesis y en la praxis de la tutela cautelar”¹⁴.

La característica más llamativa es sin duda, la finalidad tutelar hacia el menor delincuente, con la que se amplía y casi se desnaturaliza la función que las medidas cautelares deben cumplir frente al proceso del que son instrumentales. Si desde una visión clásica, la finalidad de las medidas cautelares está orientada a la eficacia de la investigación, del propio proceso, de la sentencia (y su ejecución) y la protección a las víctimas, al introducir en el artículo 28 de la LORPM la mención a la defensa y custodia del menor como un fin de las cautelas reguladas, supone un plus perjudicial en el ya difícil equilibrio entre las garantías del menor expedientado y la víctima. Para GONZÁLEZ PILLADO¹⁵ debe realizarse una interpretación de esta mención que encuentre coherencia en el marco conceptual de las medidas cautelares, llegando a la conclusión de que esta debe circunscribirse a la mayor rigurosidad en el proceso de menores del análisis de la elección de la medida menos gravosa para el menor, teniendo en cuenta no sólo la gravedad objetiva de la misma sino también la personalidad y madurez del mismo.

Este mismo fundamento ha servido también para dudar de la aplicabilidad de la medida de internamiento con la única finalidad de proteger a la víctima, el principio de proporcionalidad se ve alterado por dicha previsión tutelar del menor expedientado.

De la dicción literal de la ley (*ex* artículo 28 LORPM) se puede deducir que si bien el primer párrafo habla de la finalidad de protección a la víctima, en el segundo, que trata de las especiales ponderaciones que han de realizarse para decretar una medida de internamiento, trate solamente de la gravedad de los hechos, cir-

ma y proceso penal de menores” pág. 4.

¹⁴ Cfr. DE LA ROSA CORTINA, J.M. “Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores”. Diario La Ley. Nº 6927. Pág. 2.

¹⁵ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas cautelares” en “Proceso penal de menores”. Valencia 2008, pág. 162.

cunstances personales y sociales del menor, peligro de fuga o reincidencia, pero en ningún caso del potencial peligro para la víctima, lo que ha hecho pensar que el internamiento cautelar no puede ser adoptado exclusivamente con la finalidad de proteger a la víctima¹⁶. En contra de esta interpretación, la Fiscalía General del Estado expresamente recoge en la Circular 1/2007 que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

En cuanto a la medida de alejamiento si bien es cierto que es la más adecuada para proteger a la víctima, no puede (a diferencia del caso de violencia de género entre adultos) garantizarse su cumplimiento a través del uso de dispositivos electrónicos, pues al no tener una previsión legal expresa en la LORPM, es absolutamente improcedente su utilización en contra de la voluntad del menor, así lo entiende expresamente la Circular FGE 1/2007.

Si bien es cierto que no cabe esta medida de garantía, también lo es que en la práctica de los Juzgados de menores la medida de alejamiento se inserta normalmente en la más amplia de libertad vigilada, que permite concentrar con el propio alejamiento otras medidas de control al menor¹⁷.

Una vez delimitadas las concretas medidas que cabe adoptar en el marco de la LORPM, observamos que quedan fuera de su aplicación las especiales medidas de la Ley de Protección integral frente a la violencia de género, a saber, medidas civiles conectadas con la situación de violencia, y la imposibilidad de decretar todas las medidas posibles dentro de la llamada orden de protección.

Como sabemos, la Ley Integral materializa esa integridad en la respuesta ante la violencia de género desde múltiples soluciones legales, una de ellas, sin duda a nivel procesal la más eficaz, es dotar a los Jueces de Violencia sobre la Mujer de competencias no sólo y estrictamente penales, sino también civiles, y en dicho marco inserta especiales medidas de protección de naturaleza civil que sin duda impiden pronunciamientos contradictorios de diferentes jurisdicciones y posibilitan a nivel judicial de protección una respuesta integral.

Pues bien, como ya hemos señalado al tratarse de medidas cautelares¹⁸ diferentes a las expresamente previstas en la LORPM, no cabe su aplicación al régimen pro-

¹⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M. “Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores”. Diario La Ley. Nº 6927. Pág. 11.

¹⁷ Ya antes de la reforma del año 2006, cuando no estaba expresamente prevista la medida de alejamiento en el proceso de menores, en la práctica se utilizó la medida de libertad vigilada para materializarlo a través de la posibilidad que la ley establece dentro de esta de acordar reglas de conducta determinadas, siempre que no atenten contra la dignidad del menor como persona. Esta posibilidad fue objeto de consulta de la FGE /2004 que la apoyó.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. “Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores”. Diario La Ley. Nº 6927. Págs. 4 y 5.

¹⁸ Vid., a este respecto, GÓMEZ COLOMER, J.L. “Violencia de género y proceso”, Valencia 2007. pág. 215.

cesal penal de los menores, lo que materialmente supone una merma considerable en la protección a las víctimas de violencia de género cuando el agresor es menor de edad.

Así la medida de alejamiento tal y como viene determinada en el artículo 28 de la LORPM es simplemente con respecto a la víctima, obviándose las prohibiciones de aproximación a determinados lugares o simplemente dejar la vivienda de la unidad familiar (a diferencia de lo que disponen expresamente los párrafos 1 y 3 del artículo 64 de la LOPVG) y lo mismo ocurre con la medida de prohibición de uso, porte y tenencia de armas.

Si bien esto no es sólo de esta manera en cuanto al contenido de las propias medidas sino también en cuanto a la forma de adoptarlas. Las medidas de protección pueden, y deben, adoptarse en los casos de violencia de género bajo la forma de una orden de protección. Dicho instituto, que conforma la resolución donde se incorpora todo el estatuto de protección de la víctima, tampoco puede ser adoptado en la Jurisdicción de menores por la misma razón que ya hemos señalado, su falta de previsión en la LORPM.

La imposibilidad de adopción de ambos institutos de protección fue objeto de interpretación por la FGE en la Circular 1/2010 que, aunque tratando los delitos de malos tratos de menores a sus ascendientes estableció que “...*debe partirse de que no cabe aplicar las disposiciones del art. 544 ter LECrim al proceso penal de menores, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas*”.

Nos encontramos por tanto con otra nueva limitación a la protección de las víctimas en el proceso de menores.

Dicha desprotección ha llevado, tanto a la Fiscalía como a la doctrina, a plantearse cómo podrían salvarse las mismas sin contradecir el tenor literal de la ley.

Por un lado, la imposibilidad de decretar las medidas cautelares de carácter civil reguladas en los artículos 65 y 66 de la LOPVG, a saber, suspensión de patria potestad, custodia y/o régimen de visitas, podrían colmarse con la cláusula general de protección a menores que se encuentra recogida en el artículo 158 del Código Civil, a tenor del cual cualquier juez de cualquier jurisdicción puede adoptar bien de oficio bien a petición del propio hijo las siguientes medidas:

- 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*
- 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*
- 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

La propia Fiscalía General del Estado en la citada Circular 1/2010 ya preveía el uso de esta posibilidad en el ámbito de la Jurisdicción de menores y, aunque dicha interpretación se realizó con respecto a las posibles medidas civiles de protección al propio menor expedientado, podríamos reflexionar acerca de su aplicabilidad a los menores hijos de la pareja protagonista del supuesto de violencia de género. La clara apuesta del legislador de proteger en cualquier tipo de procedimiento a los hijos menores abonaría nuestra intención y, siendo esto así, aun cuando el Juez de menores no tiene competencia para adoptar las medidas civiles en protección de la víctima, puede a través de la cláusula general del 158 del C.c. decretar cualquier medida que sirva para proteger a un menor.

Este panorama tampoco ha sido modificado por la reciente Ley 4/2015 que regula el estatuto de la víctima del delito, no encontramos en su texto ninguna consideración especial a las víctimas de delitos cometidos por menores, y ni siquiera podríamos entender aplicable a la Jurisdicción de menores las nuevas medidas cautelares introducidas en el nuevo artículo 544 quinquies de la LECrim por las mismas consideraciones expuestas anteriormente en cuanto a no estar previstas expresamente por la LORPM¹⁹.

En cuanto a la imposibilidad de emitir una orden de protección como resolución integradora de todas las medidas que puedan llegar a adoptarse, y que sirve de título acreditativo de la condición de víctima, amplía la laguna de protección a aquellas medidas extra procesales previstas en la LOPIVG. Ello se deriva funda-

¹⁹ La disposición final primera de la Ley 4/2015 de 27 de abril modifica la LECrim, concretamente en su punto catorce introduce un nuevo precepto en aquella, el artículo 544 quinquies con la siguiente redacción “1.- En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que deba desarrollarse.

b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada”.

mentalmente por la ausencia del título habilitante para obtener beneficios laborales y sociales previstos en los artículos 21 a 28 de la LOPVG.

¿Cómo se acreditaría entonces el estatus de víctima de violencia de género?

Según la Ley Integral, en su artículo 23 (aplicable también a los supuestos del artículo 26 y 27.3 LOPVG), este estatus se acredita mediante la orden de protección, pero en este caso ante la falta de la misma, podríamos aplicar lo recogido en el mismo precepto “*el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección*”.

De todas formas y aunque llegásemos a la conclusión de que tampoco este informe fuese válido por regularse en la Ley Integral con carácter provisional, en tanto no se dicte la orden de protección, es cierto que esta laguna puede ser colmada mediante las diversas regulaciones autonómicas de protección a las víctimas de violencia de género, dedicadas en su mayoría a reglamentar dichas ayudas sociales para las que la situación de violencia puede ser acreditada mediante múltiples documentos, sentencias de cualquier orden jurisdiccional, cualquier medida cautelar de protección vigente, etc.²⁰

Para concluir esta primera parte y recapitulando, diremos que en la LORPM la protección a la víctima de violencia de género se desdibuja claramente, tanto en virtud del interés superior del menor que vertebra toda la Ley como en los limitados institutos cautelares que hay a disposición de la víctima.

²⁰ La Ley Catalana, Ley 5/2008, del derecho de la mujeres a erradicar la violencia machista, en su artículo 33 amplía considerablemente los medios de acreditación de las situaciones de violencia de género a los siguientes:

Cualquier medida cautelar judicial de protección, seguridad o aseguramiento vigente.

El atestado elaborado por las fuerzas y cuerpos de seguridad que han presenciado directamente alguna manifestación de violencia machista.

El informe del Ministerio Fiscal.

El informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, en el que conste que la mujer ha sido atendida en algún centro sanitario por causa de maltrato o agresión machista.

El informe de los servicios públicos con capacidad de identificación de las situaciones de violencia machista. Se reconoce esta capacidad a los servicios sociales de atención primaria, a los servicios de acogida y recuperación, a los servicios de intervención especializada y a las unidades especializadas dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

El informe del Instituto Catalán de las Mujeres.

Cualquier otro medio establecido por disposición legal.

En el mismo sentido el artículo 30.1.a) de la ley 30/2007 de la Comunidad autónoma andaluza, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género señala: Resoluciones judiciales por violencia de género: documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares, o sentencia condenatoria por violencia de género, cuando las medidas que establezca se hallen vigentes.

3. Paradojas de la prohibición de la mediación en violencia de género

3.1. *El párrafo 5 del artículo 87 ter de la LOPJ*

Aunque analizaremos en esta segunda parte dos problemas aunados a la mediación en violencia de género, tanto para uno como para otro se nos hace necesario partir del análisis de la redacción del artículo 87 ter de LOPJ.

Dicho precepto, introducido por la Ley Integral contra la violencia de género, Ley Orgánica 1/2004, viene básicamente a regular las competencias de los llamados Juzgados de Violencia sobre la Mujer (recordemos que dichos jueces en el organigrama del orden penal son jueces de instrucción). Pues bien, una vez que dicho artículo desgana una a una las diferentes competencias de dichos órganos jurisdiccionales, tanto en materia propiamente penal como en la civil (cuestiones de familia que por ello se consideran conexas con la violencia de género), el último párrafo del mismo viene a contener una declaración que, cuanto menos, causa sorpresa: *“en todos estos casos está prohibida la mediación”*.

En una primera aproximación podríamos solventar la cuestión manifestando simplemente que el legislador proscribió la mediación en todos los supuestos en los que existiendo violencia de género existe un proceso abierto ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y ello fundamentado en la situación de desigualdad efectiva que se da entre los sujetos en conflicto que impide claramente un acuerdo con pleno consentimiento, sobre todo por parte de la víctima.

Sin embargo, varias son las cuestiones que debemos plantearnos al respecto:

- a) Si dicha prohibición hace referencia sólo a los casos de los procesos de familia de los que puede conocer el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, partiendo de la base de que la mediación civil por ahora es la única mediación regulada en nuestro ordenamiento.
- b) Si también afecta esta prohibición a la mediación penal aunque no esté reconocida legalmente.
- c) Si esta prohibición (conectando con el primer tema apuntado en este estudio) también abarca a las competencias de los fiscales y jueces de menores cuando conocen del proceso de responsabilidad penal de éstos ante un delito de violencia de género.

Todas ellas arrojan, como veremos, múltiples paradojas.

3.2. *Prohibición, en todo caso, aplicable a los procesos civiles conexos al de violencia de género*

Como ya hemos señalado, la prohibición de la mediación en los supuestos de violencia de género se realiza por el legislador al finalizar el artículo 87 ter de la LOPJ, con lo que dicha prohibición puede estar haciendo referencia a la utilización tanto en los procesos penales de los que tiene competencia los Juzgados de Violencia

cia, como a los procesos civiles²¹ que dicho artículo señala como de exclusivo conocimiento por éstos²².

En principio, y en cualquier caso, la prohibición de la mediación afectará a su utilización en dichos procesos de familia pues, por ahora, y salvando nuestra propia interpretación del asunto en el sub-epígrafe siguiente, la única mediación prevista en nuestro ordenamiento conectada al ámbito procesal es la civil y mercantil que regula la Ley 5/2012.

Por ello debemos analizar hasta qué punto esta prohibición es coherente con la naturaleza sustantiva/procesal de dichas cuestiones.

La mayoría de los supuestos contemplados en el párrafo 2º del artículo 87 ter de la LOPJ se encuentran situados doctrinalmente en el ámbito de los llamados procesos no dispositivos, cuya característica principal es la de estar inspirados por el llamado principio de oficialidad²³. Ello supone, por un lado, la intervención en los mismos, como garante de la legalidad, del Ministerio Fiscal y por otro lado, la nula o escasa eficacia de la voluntad de las partes en el inicio del proceso, en su desarrollo o terminación.

²¹ Vid en este sentido BARONA VILAR, S. “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales” en *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia 2015. Pag 287 y ss

²² “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”.

²³ Tratando el tema desde la perspectiva del contenido estricto de estos procesos, circunscritos a cuestiones de estado civil o protección de menores, dejando a un lado claramente las cuestiones patrimoniales que pueden estar ligadas a los mismos y que en ocasiones pueden ser objeto de la autonomía de la voluntad.

Es por ello que nos resulta extraño que la prohibición de la mediación se circunscriba a ellos con carácter general²⁴.

La mediación familiar es sin duda la que ha tenido mayor auge en todos los ordenamientos, desde el nacimiento de los métodos ADR²⁵.

Es cierto que uno de los ámbitos donde la mediación ha desplegado con fuerza sus efectos más positivos es el de los llamados procesos matrimoniales (nulidad, separación y divorcio) y donde la posibilidad de que la nueva regulación de las relaciones entre los sujetos en conflicto pueda venir dada por el llamado convenio regulador, a través de la plasmación de los acuerdos sobre las materias que la Ley permite puedan ser acordadas (bajo control judicial y fiscal) por las propias partes en conflicto²⁶.

En este contexto de negociación de los convenios reguladores es donde se incardina la mediación en conflictos de ruptura de pareja dotándola de repercusión procesal.

Dicha mediación fue la primera que se introdujo en nuestro ordenamiento en una Ley procesal, concretamente en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiendo la misma como fundamento de la petición de suspensión del proceso, para conseguir a través de ella la autorregulación de la nueva situación de la pareja e hijos en su caso.

Entendemos por tanto que esta mediación como fórmula para conseguir dicho acuerdo de voluntades, en los casos de violencia de género, queda absolutamente vedada.

Es aquí donde encontramos la primera paradoja de las que he señalado anteriormente. Como hemos hecho notar la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género se fundamenta en la desigualdad existente entre las partes del conflicto que impide un acuerdo realizado con pleno consentimiento. Pues bien, siendo esto así nos sorprende que sí se permitan ante los Juzgados de Violencia los

²⁴ Las distintas Leyes Autonómicas que regulan en España la mediación familiar parten de la base de que ésta se puede aplicar sólo a los conflictos de familia que sean disponibles para las partes, sin que los acuerdos de mediación en esta materia puedan contravenir normas de carácter imperativo, que en este ámbito son muchas. Cfr. GRANDE SEARA, P. “Ámbito objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica” en *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid 2011, pág.372.

²⁵ *Alternative Dispute Resolution*. Cuyo nacimiento podemos localizar en EEUU en la década de los años 70 del siglo pasado, hasta su gran incursión en los ordenamientos europeos en el presente siglo, la constante más significativa ha sido su extraordinaria eficacia para resolver conflictos con gran carga emocional, como son los familiares. El propio Consejo de Europa en su Recomendación 98 ya establecía que “*la mediación familiar se adapta mejor a la solución de los delicados problemas emocionales que circundan los asuntos familiares que mecanismos legales más formales*”.

²⁶ “El art. 90 C. c. permite a los cónyuges fijar las medidas que deben aplicarse tras la sentencia que pone fin a la crisis matrimonial.....Los cónyuges deben presentar al juez una convenio regulador cuando la demanda de separación y divorcio se inicie de acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro”. Cfr. SILLERO CROVETTO, B. “Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio” Lisboa 2014, pag. 100.

divorcios y separaciones de mutuo acuerdo en los que ambas partes presentan un convenio regulador (en la práctica además se incluyen dentro de las estadísticas²⁷).

¿Es que ahí no existe desigualdad?

No tiene sentido la prohibición de la mediación familiar cuando se permiten los acuerdos consensuados por las partes en los procesos matrimoniales conexos a la violencia de género, más aún cuando en un proceso de mediación familiar el mediador puede ser un catalizador de dichas desigualdades o en su caso el que señale en vista de las circunstancias que es imposible el acuerdo por la existencia de las mismas, cosa que no ocurre en los casos de un convenio donde, por mucho que los letrados hagan su labor concienzudamente, su labor no se enmarca en un espacio como puede ser el que crea la mediación, donde existen posibilidades de que afloren esas situaciones de desigualdad, y por lo tanto no conocen tan a fondo las percepciones y emociones de las partes²⁸.

3.3. Prohibición de la mediación penal en los casos de violencia de género

La paradoja que podemos encontrar en este caso es quizás la más llamativa: en un ordenamiento donde no está regulada la mediación penal en el proceso penal de adultos, ¿cómo es posible que se prohíba?

Si bien es cierto que la mediación penal hoy por hoy no está recogida ni en la LECrim, ni en ninguna otra norma reguladora del sistema penal de adultos, el debut de la misma en nuestro ordenamiento es prácticamente inminente. Esta consideración parte del análisis de sendos anteproyectos de Ley presentados por el Ministerio de Justicia y que van a venir a modificar drásticamente nuestro sistema penal.

Por un lado el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y por otro, la Ley 4/2015, que regula el Estatuto de la víctima de delito. En ambos textos aparece ya la figura de la mediación penal como un instituto enmarcado en los procesos penales y con eficacia jurídica dentro de los mismos, y es más, en el segundo de los textos legales citados se presenta como una fórmula para mejorar la situación y participación de la víctima en el proceso penal²⁹.

²⁷ En las estadísticas del CGPJ correspondientes al Observatorio contra la violencia doméstica y de género, se incluyen los casos de divorcios consensuados, que en el último trimestre de 2014 alcanzan casi un 4% de los casos civiles ingresados en los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Cifras que son más altas, pues las nulidades matrimoniales y las separaciones consensuadas se ingresan en otro apartado referidos a “otros”.

²⁸ Sorprende también que el proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria (en este momento en Trámite parlamentario en nuestro país) que va a introducir la posibilidad de que el divorcio de mutuo acuerdo pueda tener valor por escritura pública notarial, no prevea ninguna excepción para los casos violencia de género.

²⁹ La Ley 4/2015 de 27 de abril reguladora del Estatuto de las víctimas de delito, regula expresamente los instrumentos de justicia restaurativa como métodos al servicio y beneficio de las víctimas, disponiendo expresamente en su artículo 15: Servicios de justicia restaurativa. 1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabi-

La inclusión de tal instituto, hasta ahora desconocido en nuestro ordenamiento, dimana directamente de las exigencias de la Unión Europea, concretamente de la Directiva 29/2012 que regula la institución de la justicia restaurativa³⁰ y los derechos de las víctimas con respecto a ésta³¹.

Por ello puede suponerse que el legislador, adelantándose a su efectiva vigencia, haya previsto su introducción a medio plazo en nuestro ordenamiento y, debido a esta circunstancia, pueda referirse a la mediación penal cuando dispone tal prohibición.

Basándonos en ello nos planteamos las siguientes cuestiones:

- a) ¿Es coherente dicha prohibición con la regulación procesal de la violencia de género?
- b) ¿Es esta una opción generalizada en otros ordenamientos?
- c) ¿Podría la mediación complementar la respuesta puramente retributiva que se aplica hoy por hoy?

Antes de entrar en estos puntos que claramente son los más controvertidos, hemos de partir de una consideración inicial que creo que a nadie se le escapa, la mediación ni es una panacea ni puede ser utilizada con carácter general sin un previo análisis de su viabilidad en el caso concreto, por ello cuando tratemos de este tema debemos ser cautos y no entender que cualquier caso de violencia de género, como tampoco cualquier conflicto penal, pudiera ser viable para mediación³².

Hecha la anterior aclaración entramos ya de lleno en la primera de las cuestiones apuntadas: la coherencia de la prohibición de la mediación y su fundamento con el resto de trámites procesales permitidos en los casos de violencia de género. Hemos

lidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

³⁰ Sobre la delimitación conceptual de lo que es la justicia restaurativa Vid. BERMUZ BENEITEZ, M. J. "Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española) *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2014, núm. 16-14, pág. 14:4.

³¹ La política europea en esta materia es clara, promover la utilización de la mediación en todos los ámbitos, incluso en el penal. Ello no sólo produce una transformación legal de los métodos tradicionales de resolución sino que también puede llegar a producir un cambio en la propia cultura de convivencia social. Tal y como señala CHASE "la forma en que se relacionan las personas en su vida cotidiana es en parte consecuencia de la naturaleza de sus instituciones formales de resolución de conflictos". Cfr. CHASE O. G. "Derecho, cultura y ritual" Madrid 2011. Págs. 181 y ss

³² En los países donde existe reconocida la mediación como fórmula de solución de conflictos en el ámbito penal no se produce una apertura genérica a la utilización de dicho instituto, sino que los diferentes ordenamientos limitan su uso, bien de manera objetiva estableciendo que tipos delictivos pueden ser susceptibles de su paso por mediación, bien realizando un análisis particular de cada caso. Un estudio bastante interesante de la aplicación de la mediación en los diferentes ordenamientos lo encontramos en "La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos" Dir. BARONA VILAR, S. Valencia 2009. En el mismo sentido Vid BARONA VILAR, S. "Mediación penal. Fundamentos y régimen jurídico" Valencia 2011. PÁgs . 287 y ss.

de señalar que dicha coherencia no puede predicarse en nuestro ordenamiento. En este momento y aunque los principios que actualmente inspiran el sistema penal son los de necesidad, legalidad y oficialidad, existen instituciones que, bordeando los mismos, dan cabida, con ciertas limitaciones, a los actos de voluntad de las partes en el proceso penal. Pensemos concretamente en la figura de la conformidad. Dicha institución, que aun cuando no trae causa de ninguna disponibilidad de la partes sobre el objeto del proceso, puede ser un escenario propicio para la negociación entre acusación y defensa, (recordemos que a través de la conformidad el ya acusado puede manifestar su voluntad de aceptar los términos de la acusación) y provoca un efecto inmediato en la causa: evitar la celebración del juicio oral y el dictado inmediato de la sentencia³³. Pues bien, dicho escenario donde una de las partes puede ser la acusación particular, es decir la víctima de violencia de género, no está prohibido, no está limitado en los supuestos que tratamos, es decir, la conformidad como fórmula acelerativa del proceso puede ser utilizada sin límites en los casos de violencia de género³⁴ y, es más, ni siquiera existe limitación en este sentido en las llamadas conformidades beneficiadas de los juicios rápidos, donde claramente el acusado puede obtener gracias a su conformidad un beneficio de un tercio de reducción de la pretensión punitiva con la que se ha conformado³⁵.

Además si se piensa que esta circunstancia de la conformidad puede ser facilitada por el llamado principio de consenso que se le permite a la Fiscalía, podemos observar que puede ser también un escenario proclive a la desigualdad de la víctima.

Dicho esto creo que queda plenamente demostrado que si la mediación se limita en estos casos por no dar al acusado ningún beneficio, ni dejar márgenes de negociación entre partes en situaciones claramente desequilibradas, este supuesto de la conformidad debería ser también prohibido.

La segunda cuestión, como señalábamos, tiene que ver con el tratamiento que en otros países, con mucha más experiencia en mediación penal que nosotros, se da a los casos de mediación en violencia de género.

Hemos de señalar que aunque no existe un tratamiento unitario al respecto³⁶, lo que no existe en la mayoría de los ordenamientos más cercanos a nosotros es la

³³ Sobre la naturaleza jurídica que cabe atribuir la instituto de la conformidad vid entre otros RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “El consenso en el proceso penal español” Barcelona 1997, págs. 99 y ss.

³⁴ Según los datos estadísticos del Observatorio de Violencia de Género del Consejo General del poder judicial, en el último trimestre del año 2014 de las 2767 sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal 1282 fueron sentencias de conformidad.

³⁵ Según los datos estadísticos del Observatorio de Violencia de Género del Consejo General del poder judicial, en el último trimestre del año 2014, los Juzgados de Violencia sobre la mujer dictaron 3.736 sentencias condenatorias, piénsese que estos órganos sólo pueden dictar sentencia, en estos casos, cuando se den los presupuestos para conformidades beneficiadas.

prohibición general que encontramos en España circunscrita especialmente a estos tipos delictivos³⁷.

Es más, en algunos de estos países donde se ha abierto el debate acerca de este problema, la doctrina tiende a decantarse en el sentido de considerar que al ser tipos delictivos nacidos en el seno de relaciones afectivas o familiares son más proclives a obtener una respuesta más satisfactoria por vía de mediación que por la vía retributiva clásica³⁸.

La experiencia de psicólogos en este campo demuestra que las intervenciones y mediaciones con parejas que de facto tenían una situación de violencia no sólo son viables sino eficaces en la resolución de los conflictos personales existentes³⁹.

La experiencia comparada también indica no sólo que es viable, sino que bien hecha puede ser, junto a otros, un instrumento muy valioso en la lucha contra la violencia de género. La mediación es buena para la víctima, el agresor y para la sociedad⁴⁰.

En cuanto al tercero de los problemas apuntados, la prohibición de mediar que la Ley establece para los casos de violencia de género, es vista desde el prisma psicológico como una limitación de la autogestión de la mujer e incurre en un excesivo paternalismo sobre la misma ya que se impide su participación directa en la toma de decisiones, dando por hecho su incapacidad para participar en el proceso de mediación, sin que tal incapacidad resulte acreditada.

Pero, además, hay que tener en cuenta que en la violencia de género existen disparados grados de severidad y que no en todos los casos donde se aprecia un maltrato ocasional estaremos ante una mujer desvalida y con baja autoestima⁴¹. Desde esta perspectiva la doctrina diferencia entre violencia estructural, que sería la mantenida de forma sistemática y constante con el objeto de ejercer poder sobre la mujer, y

³⁷ En Francia uno de los ámbitos donde se utiliza más la mediación penal es el de los conflictos familiares, y de hecho en la violencia intrafamiliar. Cfr. ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. “El modelo francés de mediación penal” en “La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos” Valencia 2009, págs. 215 y ss.

En dicho país aunque se ha cuestionado la utilización de dicho instrumento en los casos de violencia familiar se acepta en los supuestos en los que se mantiene el deseo de continuación de la vida familiar. Vid BARONA VILAR, S. “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales” en *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia 2015. Pág. 288.

En Alemania aunque no existe a priori una prohibición de la mediación en violencia familiar o doméstica, algunos estados federales la excluyen por razones de posible consentimiento viciado de la víctima. BARONA VILAR, S. “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania” en “La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos” Valencia 2009, págs. 266 y ss.

³⁸ Vid. en este sentido. RIOS, J.C.; PASCUAL, E; BIBIANO, A y SEGOVIA, J.L., en “La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano,” Madrid 2008, pág. 107.

³⁹ LOBO GUERRA y SAMPER LIZARDI, “¿Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?” en “Sobre la mediación penal” Cizur Menor 2012, págs. 163 y ss.

⁴⁰ Vid. OUBIÑA BARBOLLA, S. “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas” en “Sobre la mediación penal”, Cizur Menor 2012. pág. 200.

⁴¹ Vid. LARRAURI, E., “Criminología crítica y violencia de género”, Madrid 2007, págs. 24 y ss.

otra que denominan circunstancial que aparece ante conflictos puntuales y desaparece una vez que se extinguen estos⁴². La graduación es cierta y el fenómeno es demasiado complejo para tratar de forma unitaria todos los supuestos⁴³.

ESQUINAS VALVERDE evidencia tres argumentos de peso a favor de la mediación en estos casos: el carácter discursivo de la mediación puede resultar especialmente útil en delitos de naturaleza relacional; las dinámicas emocionales durante los encuentros de mediación pueden ayudar al agresor a reconocer su responsabilidad; la mediación reivindica o recupera socialmente a la víctima y le permite expresar libremente su versión de los hechos⁴⁴. Y aunque la misma autora es plenamente consciente de los riesgos que su utilización puede llegar a ocasionar⁴⁵, plantea la utilización de una serie de precauciones a fin de minimizarlos (equilibrar previamente la posición de la mujer respecto de su (ex) pareja (empoderamiento); equilibrar la posición del hombre (respeto a las garantías procesales); preservar la seguridad de la víctima; reconocimiento de los hechos por el hombre y por último equilibrar la respuesta restaurativa con la tradicional respuesta del sistema penal, en definitiva, caracterizar a la mediación en estos supuestos como sistema complementario y no alternativo de la respuesta penal⁴⁶.

De todas las cuestiones anteriormente señaladas, quizás las que más protagonismo pueden tener en los casos de violencia de género es la de la igualdad y la seguridad de la víctima, sin embargo existen fórmulas ya incardinadas en la mediación penal que salvaguardan ambas. Es el caso de la llamada mediación indirecta o subrogada, en la que la mediación no se realiza directamente enfrentando a ambas partes sino a través de un tercero o mediante sesiones individuales y no conjuntas, evitando así la posible manipulación que el maltratador pueda realizar sobre la voluntad de la víctima⁴⁷.

Por ello, y para concluir este apartado, debemos señalar que la prohibición absoluta de la mediación, considerando que en todos los casos de violencia sobre la mujer por su pareja estamos ante violencia de género, y que en todos los casos la

⁴² Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal”, Madrid 2006, págs. 204 y ss; LAURENZO, P., “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”; MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”; ambos en LAURENZO/ MAQUEDA/ RUBIO, “Género, violencia y derecho”, Valencia, 2008.

⁴³ Vid. LOBO GUERRA, M, y SAMPER LIZARDI, F. “¿Es posible la mediación en aquellos casos en que ha existido violencia de género?”, en “Sobre la mediación penal” Madrid 2012, pág. 172.

⁴⁴ ESQUINAS VALVERDE, P., “Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género” Valencia 2008, págs. 25 y ss.

⁴⁵ Riesgo para la integridad, desequilibrio de poder, pérdida de los fines de prevención general de la norma penal, entre otras. Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., “Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género” Valencia 2008. , págs. 58 y ss.

⁴⁶ Con ello se eludiría el riesgo basado en la desaparición de la función de prevención general de la norma penal.

⁴⁷ Vid en este sentido CUADRADO SALINAS, C. “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal? Revisa Electrónica de Ciencia Penal y criminología. 2015, num 17-01, pag 15.

mujer se encuentra incapacitada por su paso por esa situación para poder decidir con plena conciencia y libertad en una mediación, es excesivamente paternalista y su generalización puede obstaculizar salidas más ventajosas que el propio proceso judicial.

Si aun así quedaran dudas acerca de todo lo dicho, también es cierto que si la desigualdad existe y se diera esa imposibilidad, sería el propio mediador el que filtraría dicha situación y evitaría el desarrollo de la mediación para no producir en la víctima efectos más perniciosos.

En este sentido asumimos plenamente las conclusiones a las que llegan CASTILLEJO MANZANARES, TORRADO TARRIO Y ALONSO SALGADO, *“En cualquier caso, admitir la mediación en supuestos de violencia de género, debe implicar necesariamente asumir una serie de precauciones como son: la absoluta necesidad de que las y los mediadores se especialicen en este campo y estén sometidos permanentemente a un continuo reciclaje de conocimientos, prácticas, etc.; la garantía de total seguridad para la víctima, tanto mientras dure el proceso mediador, como con carácter posterior al mismo; y la aceptación preceptiva por parte de la víctima de someterse, con carácter previo a la mediación, a un proceso de empoderamiento, quedando por tanto condicionada su participación, no sólo a su consentimiento personal, sino también al informe positivo del profesional de la psicología que evalúe su estado”*⁴⁸.

3.4. La mediación en el proceso de menores, ¿afectada por dicha prohibición?

Frente a la inexistente regulación en el sistema penal ordinario (de adultos) las fórmulas reparadoras⁴⁹ sí tienen su propio espacio en la Jurisdicción de Menores. La LORPM, por su finalidad educadora/sancionadora y a fin de lograr una respuesta acorde al “interés superior del menor”, conjuga junto a la posibilidad del ejercicio del principio de oportunidad los institutos de la reparación y conciliación del menor con la víctima, construyendo así un escenario coherente con la aplicación del instituto de la mediación.

⁴⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R. TORRADO TARRIO, C y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, en Revista de Mediación, Año 4. Núm. 7, mayo 2011, pág. 44.

En el mismo sentido de abogar por una permisión caso por caso de la mediación en estos supuestos véase BARONA VILAR, S. “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales” en La mediación: algunas cuestiones de actualidad. Valencia 2015. Pag. 289.

⁴⁹ Aunque más que reparadoras podríamos denominarlas fórmulas de justicia restaurativa, pues no tienen sólo en cuenta la reparación de la víctima, sino también, y en este caso con un peso específico los intereses del menor. En este sentido es interesante destacar como hace algún autor que “la justicia de menores y la justicia restaurativa comparten una misma forma de entender la justicia. De entrada la justicia restaurativa responde a una manera de entender la justicia que se aproxima a la que debe orientar la justicia de menores, esto es, una justicia material, más equitativa que tenga en cuenta las circunstancias del caso y las necesidades de las partes sin dejar de lado la proporcionalidad con el delito cometido” BERNUZ BENEITEZ, M. J. “Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2014, núm. 16-14, pág. 14:24.

Los artículos 19 y 27.3 regulan la posibilidad del sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación⁵⁰, que complementa el artículo 5 del Reglamento (Real Decreto 1774/2004) canalizando dichas derivaciones al desarrollo de una mediación entre víctima y menor⁵¹.

Tal y como señala CRUZ MÁRQUEZ⁵² “*constituye un paso más para el desarrollo del principio de intervención mínima en el ámbito penal, pues reconoce efectos a la resolución informal del conflicto, por cauces situados fuera del proceso penal, evitando así la estigmatización individual o social que éste pueda provocar. Por otro lado, pretende solucionar el problema de la saturación de los juzgados de menores, ofreciendo un instrumento para responder a los supuestos de escasa relevancia que, sin dejar de intervenir ante las primeras infracciones del menor, permita reservar la intervención judicial para los casos de mayor gravedad. Por último, supone también la concesión de un mayor protagonismo a la víctima del delito, tradicionalmente desatendida en el ámbito penal, centrándose en la elaboración conjunta, entre ésta y el menor infractor, del conflicto interpersonal que desencadena el hecho delictivo*”.

Siguiendo con los anteriores argumentos, podemos descartar que la prohibición establecida en el artículo 87 ter párrafo 5 de la LOPJ afecte de manera directa a la mediación en la Jurisdicción de menores. Como ya señalábamos anteriormente, la LORPM no incluye ninguna previsión especial en materia de violencia sobre la mujer, ni como ya señalábamos, puede considerarse afectada por la Ley Integral de Protección frente a la violencia de género. Además, la prohibición establecida en la LOPJ afecta directamente a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Por ello en los casos en que la Ley Orgánica 1/2000 permite la mediación y conciliación, como fórmulas de derivación de la respuesta judicial podrían tener cabida perfectamente los supuestos de violencia de género causados por un menor. Recordemos que la LORPM sólo limita la utilización de estas instituciones en los casos de violencia o intimidación “graves” y a que el hecho constituya un delito menos grave o falta.

⁵⁰ Artículo 19: *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima*. 1.- También podrá el Ministerio fiscal desistir de la incoación del expediente atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia e intimidación graves en la comisión de los hechos y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se hay comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en si informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

⁵¹ Artículo 5: *Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales*.

1.-e) .- Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación.

⁵² CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, Núm. 7-14, pág. 14-2.

Por ello nos asalta la siguiente duda: si como ya hemos señalado en páginas anteriores, la lucha contra la violencia de género debe ampliarse a todos los supuestos y la mediación está prohibida en ella por las razones antes expuestas, ¿qué sentido tiene que en el único proceso penal donde cabe la mediación en nuestro ordenamiento no se haya previsto también su prohibición?

A este respecto podríamos adelantar dos respuestas:

- a) Ha sido un error del legislador y por tanto una nueva laguna en la protección de las víctimas de violencia de género.
- b) O bien la Jurisdicción de menores y el interés superior del menor hacen necesario que este instrumento, la mediación, pueda ser utilizado en violencia de género sin ningún tipo de restricciones.

La primera de las citadas premisas nos colocaría en un escenario bastante controvertido, pues si la prohibición en los procesos penales por violencia de género, en el caso de adultos, se ve limitada por la “falta de capacidad de la víctima” para consensuar, imaginemos el escenario (normal en el que se darían estos supuestos) de víctima menor de edad.

Ahora bien, el análisis del segundo de los supuestos contemplados se fundamentaría en la eficacia, tanto a nivel de prevención especial como para la víctima, de la utilización de este instituto de derivación de la respuesta judicial.

Partiendo pues de su posibilidad legal, hemos de reseñar las limitaciones genéricas de estas fórmulas de derivación según la LORPM, “*salvo en delitos cometidos con violencia e intimidación graves*” y que se trate de un delito menos grave o una falta (aunque desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 habría que entender que se limitaría a delitos menos graves o leves, por la desaparición de las faltas en el Código penal).

Según GARCÍA INGELMO⁵³ “*de ahí que, desde el punto de vista legal, los casos de violencia intrafamiliar y de género queden prácticamente vedados para el ejercicio de esta facultad. En los casos de violencia de género todas las agresiones entrarían dentro del tipo del delito del art. 153-1 del CP, por leve que sea la violencia ejercida. Y si se ejerce intimidación que constituya amenaza o coacción, aún leve, estaríamos ante los delitos de amenazas y coacciones de los arts. 171.4 y 172.2 del CP. Sólo sería concebible, pues, el desistimiento, ante un caso de falta de vejación injusta de carácter leve (ahora delito leve⁵⁴) tipificable conforme al art. 620.2 del CP*”.

En todo caso, y aún con las limitaciones apuntadas, la mediación es compatible en el ámbito de menores con los supuestos de violencia de género, dejando todo ello un gran margen para la duda de la coherencia interna de nuestro ordenamiento en esta materia.

⁵³ GARCIA INGELMO, F.M., “Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores”, en II Congreso para el estudio de la violencia sobre las mujeres, Sevilla 28 y 29 noviembre de 2011, págs., 18 y ss.

⁵⁴ La anotación entre paréntesis es nuestra.

4. A modo de conclusión

Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto una grave incoherencia de nuestra legislación procesal en materia de violencia de género, que viene a manifestarse en los siguientes puntos:

a) Rigor exhaustivo en las previsiones de la Ley integral en cuanto a las medidas de protección hacia las víctimas, olvidando una serie de víctimas de violencia de género (que desgraciadamente en los últimos años engrosan las estadísticas en estos tipos de delitos) que son las mujeres agredidas por menores de edad.

b) Falta de previsión en la LORPM de esta situación, materializándose una situación en las que las víctimas de violencia de género por parte de menores de edad (14 a 18 años) se encuentran discriminadas en su protección con respecto a las ofendidas por adultos.

c) Prohibición excesivamente radical de la mediación en las situaciones de violencia de género, que afectaría en el contexto actual a las mediaciones en los procesos civiles conexos al penal de violencia de género. En éstos, sin embargo, se permiten soluciones consensuadas como los convenios reguladores, lo que denota una incoherencia interna de las actuaciones prohibidas y permitidas en estos ámbitos.

d) Falta de previsión de ampliación de esta prohibición al único supuesto en nuestro sistema donde actualmente se permite la mediación penal, el proceso para exigir la responsabilidad penal de los menores, donde se insertan la reparación y conciliación como fórmulas de derivación de la respuesta judicial.

Por último, señalar que en un contexto político como el actual, donde se está planteando la revisión de la protección a las víctimas de violencia de género, deberían tenerse en cuenta estas incoherencias del sistema en orden a una mayor eficacia de la respuesta del sistema penal.