



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

*Justicia restaurativa y
violencia de género*

- Restorative justice and domestic violence -

Autor

Patricia Gascón Salillas

Directora

M^a José Bernuz Beneitez

Facultad de Derecho

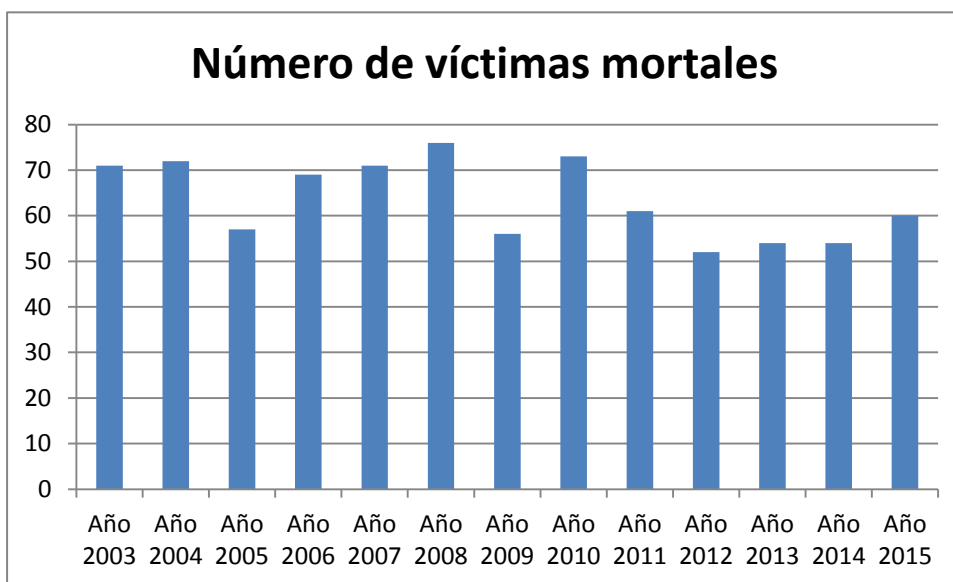
2016

Índice

I. Introducción.....	2
II. Justicia restaurativa.	5
1. Justicia restaurativa y mediación: concepto.....	5
1.1 Concepto y objetivos de la Justicia Restaurativa.	5
1.2. Procesos de Justicia Restaurativa.	8
2. Elementos esenciales en la justicia restaurativa.....	10
III. Violencia de género en la actualidad española y su regulación.....	12
1. Situación de la violencia de género en España y la respuesta legislativa ante ella.....	12
2. La prohibición de la mediación	14
3. ¿En qué casos está permitido legalmente la mediación?.....	18
4. ¿Es adecuada la prohibición de la mediación en violencia de género por el legislador?.....	19
5. La prohibición de la mediación como una manifestación del paternalismo jurídico.....	22
IV. Justicia restaurativa en violencia de género.....	25
1. Argumentos a favor de la mediación.....	25
2. Argumentos en contra de la mediación.....	27
3. Elementos principales para minimizar los riesgos hacia la víctima..	29
V. Conclusión.....	31
VI. Bibliografía.....	35

I. Introducción

La violencia de género es evidentemente un grave problema de nuestra sociedad que no disminuye con los años ni con la evolución de su legislación reguladora. Incluso tras la introducción de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género* la situación no parece favorecedora y los datos del número de víctimas mortales son desalentadores. En 2003, el número de víctimas ascendió a 71; en 2004, a 72; en 2005, a 57; en 2006, a 69; en 2007, a 71; en 2008, a 76; en 2009, a 56; en 2010, a 73; en 2011, a 61; en 2012, a 52; en 2013, a 54; en 2014, a 54; y en 2015, a 60¹. Como vemos, aunque algún año el número de víctimas mortales haya descendido, no se observa una tendencia regular en la sucesión de los años.



Como establecen Lameiras Fernández, Carrera Fernández y Rodríguez Castro, el arraigo social de la violencia de género en pleno siglo XXI se explica, entre otras razones, a través de «la “naturalización” de la violencia hacia las mujeres de la propia comunidad que la “legitima” a través de la interiorización, tanto en ellos como en ellas, de los estereotipos de género, en función de los cuales las mujeres son discriminadas y relegadas a un papel secundario bajo la autoridad masculina»². Esta naturalización de la violencia machista hace que las mujeres insertas en relaciones de pareja violentas sientan que son las culpables de esta violencia y que sientan vergüenza por sufrirla.

¹ <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>

² LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., CARRERA FERNÁNDEZ, M.V. Y RODRÍGUEZ CASTRO, Y., “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas”, en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Iglesias et al. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 123.

Una de las cuestiones más debatidas es la del motivo o motivos por los que las mujeres permanecen en relaciones violentas de pareja. Son varias las teorías y planteamientos que han intentado explicar la permanencia de las mujeres dentro de este tipo de relaciones. Desde una perspectiva psicológica, la Teoría del ciclo de la violencia parte de la «Teoría del aprendizaje de la desesperanza» junto con la «Teoría de la indefensión aprendida». La Teoría del ciclo de la violencia plantea que existen tres fases que se suceden entre las agresiones: la acumulación, la descarga de tensión y, por último, el arrepentimiento³. Estas fases conllevan una serie de repercusiones sobre la mujer. En primer lugar, en la fase de «acumulación», la violencia se va construyendo a partir de la adición de insignificantes episodios, a pesar del éxito de la mujer minimizando la agresividad de su pareja mediante la realización de pequeñas concesiones. En la segunda fase, denominada «descarga de la tensión», se produce la explosión de agresividad, produciendo un colapso emocional en la mujer. Finalmente, en la fase de «arrepentimiento», el agresor se posiciona en contra de la violencia, lo cual genera un refuerzo positivo a la mujer para permanecer en la pareja. Otros planteamientos más sociológicos y criminológicos aseguran que la permanencia en una relación violenta puede deberse a que las mujeres no se sienten lo suficientemente protegidas/seguras, o a que no desean las consecuencias de iniciar un proceso penal, ya sea porque no quieren la encarcelación de su agresor o por los procesos de victimización secundaria y terciaria que, para ella, puede conllevar dicho proceso judicial. Aunque la cuestión de la ineffectividad y efectos del proceso penal actual como condicionante de la motivación de las mujeres a presentar o no denuncia es una cuestión controvertida y que daría para un trabajo entero, no es el objetivo central del mismo, y por ello, no voy a ahondar más en la cuestión.

Además, el aumento de las penas de los agresores como intento de disuadir a los mismos, no ha surtido el efecto que se esperaba y la violencia de género no ha descendido. Estos datos nos tienen que llevar a pensar que la fuerza punitiva del estado no es suficiente para acabar con una violencia de género demasiado arraigada en la sociedad. No se puede cambiar la mentalidad y la forma de actuar de los agresores mediante un castigo penal. Será preciso buscar mecanismos que les hagan conscientes del desacierto de sus actos y las consecuencias que conllevan. Una reflexión que debe

³ ALONSO SALGADO, C. y TORRADO TARRÍO, C., «Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?», en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Castillejo *et al.* (dir.), La Ley, Madrid, 2011 p. 575 y 576.

desembocar en la búsqueda por ellos mismos de un cambio en su propia mentalidad. Sólo a través de la reflexión y la responsabilización por sus actos se puede conseguir el retorno del agresor y que no se vuelvan a producir estas agresiones, ya sea hacia la misma mujer o frente a otra. Sin embargo, es de destacar que, aunque el éxito de este retorno resida principalmente en la voluntad del agresor, también es necesario que en este proceso reciba el apoyo social e institucional que necesita.

El sistema judicial penal actual actúa de forma sistemática y excesivamente automática. Tras realizarse el hecho delictivo y probarse que efectivamente el acusado es el autor del mismo se le aplica la pena estipulada en el Código Penal. Siendo el Estado el que asume la función de verificar la culpabilidad y establecer un castigo. El hecho de que el Estado se coloque entre la víctima y el agresor, conlleva ciertas consecuencias para ellos. La víctima pasa a un plano secundario, participando en el juicio como un testigo cualificado, sin que se tengan en cuenta sus intereses y necesidades. Algo que imposibilita o dificulta su pleno resarcimiento, que no se completa con el simple cumplimiento de la pena por el agresor. Por su parte, el agresor ve que la consecuencia del proceso penal es la aplicación de un castigo que realiza sus objetivos cuando se finaliza el cumplimiento, al margen de que él se haya responsabilizado o no realmente por sus actos. Y ello, sin valorar que la asunción real de la responsabilidad sea un buen instrumento para su reeducación y reinserción. Por supuesto, los daños que un delito genera en la comunidad de agresores y agredidos no son contemplados por el sistema penal. Debido a estos déficits que presenta el sistema penal se están impulsando desde instancias nacionales e internacionales diversas herramientas denominadas *Alternative Dispute Resolution*⁴.

Ahora bien, pese a la tendencia a incorporar mecanismos de justicia restaurativa en la justicia penal⁵, el legislador español ha optado por prohibirlas en materia de violencia de género. Debemos de preguntarnos si esta prohibición está realmente fundamentada o si, por el contrario, la mediación u otros procesos de justicia restaurativa pueden ser una herramienta útil en la lucha contra la violencia de género.

⁴ BARONA VILAR, S., «El movimiento de las ADR en el derecho comparado», en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Castillejo *et al.* (dir.), La Ley, Madrid, 2011, p. 457.

⁵ Un claro ejemplo lo encontramos en el propio Código Penal, en el cual se regula la posibilidad de atenuar la responsabilidad criminal en virtud de si el culpable ha procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o ha disminuido sus efectos (art. 21.5ª Código Penal). Otro ejemplo de ello es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta ley se decanta por una perspectiva educativa haciendo uso de la mediación, la reparación y la restitución, permitiendo, en ciertos supuestos, la conciliación del agresor y la víctima o la reparación del daño.

Asimismo, debemos analizar las ventajas e inconvenientes que pueden presentar el uso de estas prácticas, así como los riesgos que pueden conllevar para la víctima y el agresor.

En este marco, los objetivos de este TFG son:

- Analizar los principios y valores de la justicia restaurativa
- Conocer los planteamientos doctrinales sobre la aplicación de la justicia restaurativa al ámbito de la violencia de género o su posible aplicación en algunas cuestiones o supuestos.
- Analizar los efectos negativos o positivos que puede tener la aplicación de estos procesos de justicia restaurativa para las víctimas, los agresores o el entorno social de unos y otros.

II. Justicia restaurativa.

1. Justicia restaurativa y mediación: concepto.

1.1 Concepto y objetivos de la Justicia Restaurativa.

La justicia restaurativa, aunque tiene su origen en las formas comunitarias de resolver conflictos, se desarrolló en varias comunidades en los años setenta, entre las que podemos destacar Ontario (Canadá) e Indiana (EEUU). También los nativos de Norte América y de Nueva Zelanda aportaron algunos elementos que han pasado a caracterizar la justicia restaurativa⁶.

Howard Zehr, uno de los padres fundadores de la Justicia restaurativa, tiene una forma muy precisa de entender la sociedad y las relaciones sociales, que le llevan a defender una manera distinta de entender la justicia. Zehr parte de la idea de que en la sociedad todos estamos interconectados por una red de relaciones y que éstas son dañadas por ciertos delitos. Lo que busca Zehr a través del uso de herramientas de la justicia restaurativa es superar el miedo y la inseguridad propiciada por el delito producido, es decir, conseguir restaurar la paz y la seguridad y prevenir que la situación de inseguridad se vuelva a dar en el futuro⁷. Este autor establece la siguiente relación:

⁶ ZEHR, H. , *The Little book of Restorative Justice*, Good Books, Pennsylvania (USA), 2003, p. 9 y 10.

⁷ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p. 17 y 18.

«El crimen es una violación de las personas y de las relaciones interpersonales. La violación crea obligaciones. La obligación central es arreglar lo dañado»⁸.

Según Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness la justicia restaurativa es un proceso informal en el cual se busca involucrar a las víctimas, los agresores y otras personas afectadas por el crimen. Se pretende llevar a cabo un debate acerca de qué ha pasado, qué daño se ha producido y qué debe hacerse para reparar el daño y, quizás, para prevenirlo en el futuro⁹. También hay que identificar quiénes son los afectados principalmente con el acto delictivo.

La justicia restaurativa, como establece Howard Zehr, surgió como un intento por redefinir las necesidades que surgen como consecuencia de un delito, así como por perfilar los roles implícitos en la comisión de un crimen. Todo ello, con la idea principal de incentivar la participación/implicación de los interesados (tanto del agresor y la víctima, como de otros sujetos) en la solución del conflicto implícita en el delito cometido, teniendo en cuenta que en la justicia retributiva su papel era muy restrictivo y fundamentalmente pasivo¹⁰. Así, para que esta participación activa se produzca es necesario, en primer lugar, identificar quienes son los interesados en cada conflicto. Los interesados serán quienes se hayan visto afectados directamente en el delito y que deseen participar en el proceso de justicia restaurativa con el fin de restaurar las relaciones dañadas por el mismo. Sin embargo, el delito, además de los daños directos, también tiene efectos indirectos en los familiares, tanto de la víctima como del agresor, y en la sociedad debido al deterioro de las relaciones. Esta es la razón por la que dentro del proceso restaurativo deben participar, eventualmente, no sólo el agresor y la víctima, sino también familiares de ambos o representantes de la sociedad.

Además, se asume que esta participación más activa y la implicación de las partes en la solución del conflicto logrará evitar los problemas de revictimización de las víctimas, así como fomentar la mayor responsabilización del agresor por el delito y el daño cometido, consiguiendo una reparación del daño significativa para el agresor y útil

⁸ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p. 17.

⁹ JOHNSTONE G. y VAN NESS, D.w., «The meaning of restorative justice», en *Handbook of Restorative Justice*, Johnstone G. (Coord. et al.), Routledge, Ney York, 2011, p. 7.

¹⁰ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p.11¹⁰ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p. 17.

¹⁰ JOHNSTONE G. y VAN NESS, D.w., «The meaning of restorative justice», en *Handbook of Restorative Justice*, Johnstone G. (Coord. et al.), Routledge, Ney York, 2011, p. 7.

¹⁰ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p.11.

para la víctima. Del mismo modo, aspira a pacificar la colectividad y la comunidad a la que pertenecen tanto el agresor como la víctima.

Los defensores de la justicia restaurativa aseguran que el proceso penal se centra en la figura del agresor y su objetivo esencial es darle “su merecido”, es decir, aplicar la pena dictada en el Código Penal. Sin embargo, la víctima no es reparada necesariamente con este castigo, queda relegada a un lugar secundario y sus necesidades son obviadas. Por ello se dice que la justicia restaurativa permite a la víctima satisfacer sus necesidades de todo tipo como pueden ser conocer la motivación de la acción delictiva, conocer la verdad, contar con sus propias palabras cómo se siente después del acto delictivo. Se trata de algo que puede tener un efecto terapéutico para ella, permitiéndole superar el trauma y la vergüenza que le produjo el crimen sufrido, así como empoderarse recuperando de esta manera el control perdido tras sufrir el daño. También participa en la determinación de cómo considera ella que puede ser reparado el daño causado¹¹.

En cuanto al agresor, el sistema penal actual y las prisiones se alejan de las necesidades reales de los agresores que, según Zehr, son el reconocimiento de su responsabilidad por el delito cometido y los daños causados, ser apoyados para lograr una transformación personal, ser integrados dentro de la sociedad y, en algunos supuestos, un control temporal¹². Sin embargo, vemos que con el sistema legal actual solo se da un control temporal mediante la pena de internamiento, alejándonos en numerosas ocasiones del sentido de la pena privativa de libertad que establece la Constitución Española en su art. 25.2 que sería la reeducación y reinserción social. Con la justicia restaurativa se busca suplir estas carencias e incitar a los agresores a ser conscientes de las consecuencias de sus actos y a empatizar con las víctimas. Superando de esta manera las consecuencias negativas que conlleva el proceso legal y las prisiones para el agresor como son el sentimiento de alienación, la imposibilidad del reconocimiento de su responsabilidad y la pérdida de la empatía¹³, lo cual no hace sino incitarles hacia la reincidencia, tratándoles como sujetos irrecuperables para la sociedad.

No debemos olvidar tampoco las necesidades que la comunidad tiene en relación a la justicia. Entre otras, están la atención a su preocupación por las víctimas, la

¹¹ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p.12-14.

¹² ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p.15.

¹³ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p.14.

oportunidad de construir un sentimiento de comunidad y de responsabilidad común, animar a llevar a cabo las obligaciones para conseguir el bienestar de los miembros (incluidos las víctimas y los agresores) y el deseo de que se dé la seguridad de que no se van a repetir los actos dañosos y que se van a llevar a cabo acciones preventivas¹⁴.

En la sociedad española actual, en la que todavía las técnicas de justicia restaurativa no cuentan con un gran arraigo, surgen dudas de su viabilidad. Muchas de esas dudas son debidas al desconocimiento o a la confusión de conceptos y objetivos de la justicia restaurativa. Por ello, es importante destacar las aclaraciones que Zehr realiza acerca de qué no es la justicia restaurativa¹⁵. Aclara que no debemos confundir la justicia restaurativa con el perdón y la reconciliación, aunque puedan surgir con más facilidad que en el sistema judicial penal, no son una meta en sí misma para este tipo de procesos. Otra aclaración que realiza es que la justicia restaurativa no tiene como fin la reducción de la reincidencia, sin embargo, es cierto que la previene de manera más adecuada y efectiva que algunos castigos penales debido a que fomenta la asunción de responsabilidad por parte de los agresores. Tampoco pretende sustituir necesariamente al sistema judicial actual, no es lo contrario a la justicia retributiva, ni está limitada a los delitos menores ni a los que delinquen por primera vez.

1.2. Procesos de Justicia Restaurativa.

Aparte de evidenciar las pretensiones de la justicia restaurativa y de identificar las partes implicadas en un conflicto y sus necesidades, es preciso hacer referencia a los distintos procesos que permiten desarrollar los principios de justicia restaurativa. Sobre todo porque la justicia restaurativa, debido a su constante evolución, da nombre a un conjunto de técnicas de carácter misceláneo. Por ello, no debemos confundir justicia restaurativa con mediación, ya que las diferentes prácticas que engloba la justicia restaurativa no se limitan simplemente a encuentros entre la víctima y el agresor. Dentro de la justicia restaurativa existe una amplia gama de posibilidades, aunque las prácticas más comunes son: las mediaciones entre víctimas y agresores (*Victim Offender Mediation, VOM*), las conferencias de grupos familiares (*Family Group Conferences, FGC*) y los círculos¹⁶, aunque podemos encontrar procesos en los que se combinan estas

¹⁴ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p.16.

¹⁵ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p. 6 – 11.

¹⁶ ZEHR, H., *The Little book... cit.*, p. 49-53.

tres prácticas o incluso que realizan otras más innovadoras. Es evidente que en cada caso se aplicará el método más oportuno.

Los procesos de *Victim Offender Mediation* consisten en unas sesiones individuales con el agresor y con la víctima y posteriormente el encuentro entre la víctima, el agresor y un mediador que tiene la función de crear seguridad y guiar el proceso. La mediación puede llevarse a cabo a través de dos métodos diferentes: el diálogo directo y el diálogo indirecto. En primer lugar, el diálogo directo, que se considera el prototipo en los procesos de *Victim Offender Mediation*, es aquél en el que las partes interactúan directamente con la asistencia del mediador quien se encarga de crear un entorno favorable para que se desarrolle la comunicación. En segundo lugar, el diálogo indirecto que permite llevar a cabo la conferencia cuando entre las partes existe una diferencia de poder o si el contacto directo pudiese ser muy intenso¹⁷. En estos casos la mediación se realiza a través de cartas, videos o comentarios verbales entregados al mediador para que los comunique a la otra parte.

En las conferencias de grupos familiares el número de participantes es mayor ya que se incluyen a familiares, personas importantes para las partes e incluso alguna persona que trabaje para la justicia, por ejemplo, un policía, además del facilitador. En esta práctica lo relevante es que el agresor se responsabilice y cambie su comportamiento.

Por último, los círculos (también denominado modelo circular-narrativo) están formados por las víctimas, los agresores, la familia de ambos, personal de la justicia y, a veces, por miembros de la comunidad que pueden ser voluntarios. El procedimiento que se lleva a cabo es ir hablando uno a uno en el orden establecido en el círculo para así escucharse entre ellos (aunque existen diferentes dinámicas¹⁸) y fomentar de esta manera la empatía. Todo el proceso es supervisado por uno o dos facilitadores.

A causa de las virtudes expuestas, la justicia restaurativa y sus distintos procesos están gozando de una gran popularidad en el territorio europeo. Muestra de ello son las regulaciones de la Unión Europea en pos de la misma. El Comité de ministros del Consejo de Europa de 14 de septiembre de 1999 en su Recomendación R. (99)19 define

E. RAYE B. *et al*, «Restorative processes», en *Handbook of Restorative Justice*, Johnstone G. *et al* (Coord.), Routledge, Ney York, 2011, p. 212-214.

¹⁷ E. RAYE B. *et al*, «Restorative...», *cit.*, p. 219.

¹⁸ E. RAYE B. *et al*, «Restorative...», *cit.*, p. 220 – 224.

la mediación como un «proceso mediante el cual víctima e infractor adultos, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial (mediador)»¹⁹.

Además, no solo define el concepto sino que desde la Unión Europea se está intentado impulsar estos nuevos procedimientos. Una prueba de ello es el art. 10 de la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal que establece para la mediación penal en el marco del proceso penal que: «1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales».

2. Elementos esenciales en la justicia restaurativa.

Ahora bien, el logro de los objetivos de la justicia restaurativa, que son principalmente la reparación del daño causado y la responsabilización por el delito cometido, exige la consideración de varios elementos esenciales, intrínsecos en su naturaleza: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad o neutralidad y la flexibilidad en el proceso²⁰.

La voluntariedad presupone que ambas partes tienen la capacidad de decidir y supone que éstas deciden libremente si quieren iniciar, participar y continuar en el proceso o no. De hecho, tienen la capacidad de retirarse en cualquier momento y nadie puede obligarles a reiniciar el proceso. Además, el acuerdo para resolver el conflicto se alcanza voluntariamente, y no existe una tercera parte con autoridad que imponga el mismo. Como establece Gonzales-Capitel: «Precisamente la eficacia de la mediación se basa en la voluntariedad de las partes, frente a los procesos adversariales en los que la solución es impuesta por un tercero investido de poder para ello»²¹. El hecho de que no exista un tercero (juez o arbitro) que imponga una solución sino que se llegue a la

¹⁹Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters, art. 1: "These guidelines apply to any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)".

²⁰ GONZALEZ-CAPITEL, C., *Manual de mediación*, 2º edición, Barcelona, 2001, pp. 19-23.

²¹ GONZALEZ-CAPITEL, C., *Manual de... cit.*, p.22.

misma mediante el acuerdo de las partes, implica un mayor cumplimiento del acuerdo y una menor reincidencia del agresor, aunque como ya se ha dicho estas consecuencias no son objetivos en sí mismos de la justicia restaurativa.

Tal es la importancia de la voluntariedad en los procesos de justicia restaurativa que incluso se han buscado técnicas alternativas en el caso de que una víctima o un agresor no quieran participar, teniendo la otra parte una actitud asertiva al proceso. En estos casos se llevan a cabo encuentros entre agresores y víctimas de delitos similares pero que no están relacionados entre sí²². O como ya se ha dicho antes, el diálogo indirecto para aquellos casos en los que existiendo consentimiento a participar por ambas partes el encuentro cara a cara sea demasiado intenso.

La confidencialidad es otra característica fundamental para que el proceso de justicia restaurativa prospere y, en su caso, para que las partes decidan su participación. Con anterioridad al inicio del proceso es necesaria la firma de un «Convenio de confidencialidad» por todos los participantes. Dicho convenio les obliga a no difundir públicamente el contenido del proceso, tanto en las sesiones conjuntas como en las individuales. El objetivo del mismo es mantener la presunción de inocencia del agresor en caso de que tuviera que afrontar un proceso judicial si fracasara el proceso de justicia restaurativa. Se trata de asegurar que lo dicho durante la mediación no pueda utilizarse en un juicio futuro y que el mediador no pueda ser llamado como testigo. Es una forma de incentivar la voluntad del agresor a participar en un proceso de justicia restaurativa ya que el contenido del mismo no saldrá a la luz, a la vez que garantiza que el juez no identifique la participación en el proceso con el reconocimiento de la culpabilidad, lo cual podría influir en su decisión para sentenciarlo culpable.²³

La imparcialidad o neutralidad es una característica esencial que no puede faltar en el mediador, ya que no puede tomar parte en el proceso ni inclinarse hacia ninguna de las partes. Solamente si se da esta neutralidad va a ser posible la comunicación entre las partes, ya que si alguna de ellas detecta una posición favorable del mediador hacia la otra parte esta se puede sentir juzgada o amenazada y querer terminar con el proceso. El mediador no está ahí para juzgar a nadie sino para solventar los problemas de comunicación, marcar las pautas y facilitar alternativas. Según Gonzales-Capitel «El

²² E. RAYE B. *et al.*, «Restorative...», *cit.*, p. 216.

²³ MARTINEZ ESCAMILLA, M., «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Martínez Escamilla *et al.*(coord.), Reus, Madrid, 2011, pp. 32 – 35.

mediador evita que las partes se enfrenten, centra el debate sobre el conflicto y no sobre las personas, deja atrás el pasado y desde el presente, las invita a mirar hacia el futuro para que colaboren juntos y consigan un acuerdo beneficioso para los intereses de ambos»²⁴. Solo de esta forma los acuerdos pueden ser personalizados para cada caso, según los intereses de las partes.

Por último, se debe hablar de flexibilidad, la cual va en relación con la informalidad del procedimiento y que favorece la rapidez del proceso. Los procesos consisten en sesiones privadas y conjuntas, y en cada caso, al no estar el tiempo reglado, se va a utilizar el tiempo que sea crea oportuno. Esta flexibilidad permite adaptarnos a las necesidades de cada proceso de mediación y las características del caso y de las partes.

III. Violencia de género en la actualidad española y su regulación.

1. Situación de la violencia de género en España y la respuesta legislativa ante ella.

La violencia de género es un problema que afecta a las sociedades de todos los países del mundo sin excepción alguna, e independientemente de en qué momento de la historia nos situemos. Según la Resolución 2005/41 de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. la violencia de género es «todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad tanto si se producen en la vida pública como la privada y que abarca, sin limitarse a estos actos, la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, crímenes pasionales, la trata de mujeres y niñas, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer y la niña incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz y forzado, el infanticidio de niñas, los actos de violencia y asesinatos relacionados con la dote, los ataques con ácido y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y con la explotación económica»²⁵.

²⁴ GONZALEZ-CAPITEL,C., *Manual de... cit.*, p.22.

²⁵ La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer amplía todavía más este concepto.

Sin embargo, el legislador español opta por restringir el concepto de violencia de género reduciéndola únicamente a la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja heterosexual. Son las Comunidades Autónomas, como Madrid (Ley 5/2005) o Galicia (Ley 11/2007), las que amplían el concepto abarcando de este modo los delitos que se cometen sobre la mujer por el simple hecho de serlo en otros ámbitos distintos al de la pareja²⁶.

Si analizamos la historia del derecho penal español, desde el primer Código Penal de 1822, podemos apreciar la ausencia de regulación sobre violencia sobre las mujeres hasta hace relativamente pocos años debido a la falta de reconocimiento de igualdad de derechos entre hombres y mujeres hasta la Constitución de 1978²⁷. Con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, *de actualización del Código Penal* se introdujo por primera vez un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, aunque sólo hacía referencia a la violencia física.

En la actualidad, es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género* la encargada de regular este delito. En su artículo uno establece el concepto que utiliza sobre la violencia de género: «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

A mi juicio, coincidiendo con Peramato Martín, este concepto de violencia de género, además de ser excesivamente escueto, está obsoleto debido a la evolución de los tipos de relaciones entre hombres y mujeres. Si se da un vínculo matrimonial no existe ninguna duda, el problema se plantea con el término «relaciones similares de afectividad» que tradicionalmente se podría interpretar como noviazgo. Sin embargo, en la actualidad podemos encontrar situaciones de relaciones amorosas sin relaciones sexuales o relaciones sexuales sin que exista una relación de afectividad, así pues

²⁶ PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español», en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Iglesias *et al.* (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 22 y 23.

²⁷ PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar...», *cit...*, p. 25.

dependiendo de su interpretación se podrían incluir casos de violencia de género que en la actualidad no se consideran²⁸.

Aquí el problema reside en que el legislador español ha limitado el objeto de la LO 1/2004 al ámbito de la pareja heterosexual, pero en realidad la violencia de género va más allá y es toda aquella que se ejerce sobre la mujer por el mero hecho de serlo y que este fundamentada en la relación histórica de poder del hombre sobre la mujer. Por ello, si se introdujera un concepto más amplio de violencia de género como ha recomendado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas²⁹, no se darían estos problemas de interpretación, y además, no se dejaría de lado a las mujeres que sufren violencia de género fuera del seno de la pareja.

2. La prohibición de la mediación

La LO 1/2004 en su art. 44 dispone:

Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

²⁸ PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar ...», *cit.*, p.45 – 47.

²⁹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), Naciones Unidas, 29 julio 2015 Recomendación nº 20.a) establece “La Ley Orgánica núm. 1/2004 no abarca la gama completa de la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja”

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.»

Así pues, en el apartado 5 del artículo se establece que «En todos estos casos está vedada la mediación». De este modo el legislador ha optado por la prohibición total e indiscriminada de la mediación en el ámbito de la violencia de género. Se trata de una prohibición que ha generado algunos problemas: la ambigüedad que suscita el término mediación y la validez de los argumentos dados para establecerla.

Respecto a la cuestión del uso del término «mediación», las dudas surgen debido al variado grupo de técnicas diferentes de la mediación que conforman la justicia restaurativa, así como si se refiere a la mediación familiar o penal.

En cuanto a la primera de ellas, cabe destacar que cuando la Unión Europea busca impulsar estos sistemas alternativos a la justicia tradicional también hace una única referencia al término «mediación». En Europa estas prácticas están más extendidas, pero en España todavía son escasas por lo que se puede intuir que es un intento por parte del legislador de prohibir todas las prácticas sin realizar diferenciación entre ellas, aunque se debe analizar esta cuestión y preguntarnos si podrían llevarse a cabo el resto de prácticas en los casos de violencia de género. Guardiola Lago ve en esta cuestión la posibilidad de aplicar otros procesos de justicia restaurativa diferentes a la mediación, aun a sabiendas de que ello no era la intención del legislador³⁰.

De cara a resolver la segunda duda planteada, si se refiere a la mediación familiar o la penal, debemos de valorar en qué consiste cada proceso. Mientras que la primera se plantea como un conflicto entre dos personas iguales, la segunda parte de la diferenciación entre la víctima y el infractor. Por este motivo estaría justificada la prohibición de la mediación familiar, pero no la mediación penal. Además, en España únicamente está regulada expresamente la mediación familiar, por tanto al incluir la mediación penal el legislador está prohibiendo una práctica que ni si quiera esta legislada³¹.

Los motivos empleados para justificar esta prohibición son dos: «la inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en los foros especializados»³² y «es evidente que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes por lo que la mediación es absolutamente inadecuada»³³.

En cuanto al primer argumento, y siguiendo la reflexión realizada por Guardiola Lago³⁴, si acudimos a la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en su anexo «Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal» podemos ver que en todo momento se hace referencia al delito en general pero sin restringir la aplicación de la mediación a determinados delitos ni a la fase del procedimiento penal en la que se encuentren.

³⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal» en *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, p. 20.

³¹ DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica, posibilidad, error o acierto...», en *Diario la Ley*, nº 7701, 2011, p.3.

³² BOCG, Congreso de los diputados, serie A, núm 2-4, de 24-09-2004, enmienda número 431.

³³ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2004, VIII Legislatura, núm. 39, Sesión Plenaria núm. 35, celebrada el jueves, 7 de octubre de 2004.

³⁴ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 21.

Además, la justicia restaurativa tiene sus propios mecanismos específicos en estos casos, introduciendo un periodo de tiempo más prolongado y una mayor preparación para que se pueda organizar el encuentro, contando siempre con una alta formación de los mediadores³⁵. A todo esto, hay que sumar las numerosas experiencias que se han dado y que demuestran que la mediación es viable aunque haya existido violencia, algunos ejemplos son el *Collaborative Justice Project* desarrollado en Canadá (Ontario) o el Proyecto de mediación reparadora belga.

Respecto al segundo argumento, y siguiendo nuevamente la reflexión de Guardiola Lago³⁶, cabe destacar que la igualdad entre las partes es una de las cuestiones más controvertidas en un proceso restaurativo. Entendiendo igualdad entre las partes como unas condiciones mínimas de igualdad, que no impidan un diálogo abierto, la capacidad de exponer sus puntos de vista y de aceptar o rechazar determinadas posiciones o acuerdos³⁷. El problema reside en la creencia de que la víctima no puede situarse en una posición de igualdad en un diálogo con el autor, y por tanto, el proceso restaurativo conllevaría un aumento de los efectos negativos derivados del delito e iría en detrimento de la protección de la víctima que sufriría revictimización³⁸, a favor de la reinserción social del agresor.

Sin embargo, estas afirmaciones manifiestan el desconocimiento de los efectos positivos que la justicia restaurativa ofrece a las víctimas del delito, pudiendo incluso reducir el estrés post-traumático derivado del delito³⁹. En aras de llevar a cabo un proceso de mediación en estos casos el Consejo de Europa y Naciones Unidas recalcan la necesidad de tener en cuenta las disparidades que dan lugar a desequilibrios de poder⁴⁰, siempre y cuando no exista una disparidad grave que invalide cualquier diálogo.

³⁵ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 21.

³⁶ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 23-29.

³⁷ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 28.

³⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 24.

³⁹ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 24

⁴⁰ Seminario 2: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa, en 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (A/CONF.203/10), en su punto 13 establece: "... los principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en cuestiones penales reconocen la necesidad de tener en cuenta las disparidades que dan lugar a desequilibrios de poder, así como las diferencias culturales entre las partes, y de reintegrar tanto al delincuente como a la víctima en la comunidad".

Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en su anexo «Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal», en su punto 9 establece: "Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias

Además, en la Recomendación nº R (99) sobre la mediación en materia penal, en su punto 15, se establece que «el mediador puede en algunos casos remediar las disparidades en materia de poder y aptitudes y reestablecer el equilibrio a favor de las partes desventajadas»⁴¹. Sí a esto añadimos que no todas las víctimas de violencia de género sufren los mismos síntomas⁴², no queda tan clara la fundamentación de la prohibición de la mediación en violencia de género.

3. ¿En qué casos está permitido legalmente la mediación?

El art. 44.5 LO 1/2004 prohíbe la mediación en todos los casos enumerados en ese mismo artículo limitando de esta forma el ámbito de aplicación de la mediación que queda restringida a casos que no sean objeto de la ley, casos que hayan sido archivados, casos en los que no estén abiertas diligencias o casos que se encuentren en la fase posterior a la de instrucción.

Respecto a los primeros, se trata de aquellos casos que no estén comprendidos en el objeto de la ley (art. 1 LO 1/2004), es decir, sí que cabe mediación en el acto de violencia de género cuyo autor sea un hombre que no sea ni haya sido cónyuge de la víctima y que no esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad⁴³.

En cuanto a los casos que han sido archivados, se trata de aquellos casos en los que no se han dado las circunstancias necesarias para seguir con la acusación penal y que por tanto no son aplicables las disposiciones de la LO 1/2004. La mujer se siente indefensa y desamparada por la administración de justicia ya que no ha visto satisfechas sus necesidades. Tras el archivo de la causa, la pareja debe convivir nuevamente sin que el conflicto se haya resuelto. Además, al conflicto preexistente pueden sumarse nuevos problemas surgidos con motivo de la denuncia por parte de la mujer. Estas circunstancias pueden agravar el enfrentamiento⁴⁴.

culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.”

⁴¹ Recommandation nºR (99) sur la médiation en matière pénale, Comité européen pour les problèmes criminels, punto 15: ...*Cela étant, le médiateur peut dans bien des cas remédier aux disparités en matière de pouvoir et d'aptitudes et rétablir l'équilibre en faveur des parties désavantagées.*

⁴² Cuestión que se desarrollará en el siguiente epígrafe del presente trabajo.

⁴³ VALL RIUS, A. Y GUILLAMAT RUBIO, A., «Mediación y violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal», en *Revista de mediación*, nº 7, 2011, p. 22.

⁴⁴ VALL RIUS, A. Y GUILLAMAT RUBIO, A., «Mediación y violencia ...» *cit.*, p. 22.

En estas situaciones, como afirman Vall Rius y Guillamat Rubio, la mediación «ha demostrado ser un recurso de gran utilidad, ya que posibilita una respuesta positiva a las partes, evitando la sensación de vacío y de frustración que supone para la mujer el archivo de una demanda de justicia que para ella era necesaria e importante, y a la vez, abre un canal de comunicación con la persona inicialmente acusada, ofreciéndole la oportunidad de colaborar conjuntamente en la búsqueda común de soluciones consensuadas al conflicto subyacente que generó el episodio o la situación denunciada»⁴⁵. La mediación permite trabajar el conflicto de fondo que persiste de una manera constructiva permitiendo encontrar la solución.

El tercer supuesto en el que no está prohibida legalmente la mediación son aquellos casos en los que no existen diligencias previas, y que por tanto los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no tienen conocimiento de los mismos, escapando de esta manera de la prohibición establecida en el art. 44.5 de la LO 1/2004.

Siguiendo la misma reflexión, es posible la aplicación de la mediación una vez concluida la fase de instrucción. Dentro de estos casos encontramos aquéllos en los que el juicio oral ha sido celebrado y se ha dado una sentencia condenatoria del agresor. Es en éstos últimos, donde Guardiola Lago entiende que la mediación penal es especialmente beneficiosa, ya que en el caso de haber existido delitos graves y violentos el paso del tiempo es un factor clave para la recuperación de la víctima y para que surjan nuevas necesidades insatisfechas por el sistema de justicia penal⁴⁶.

4. ¿Es adecuada la prohibición de la mediación en violencia de género por el legislador?

Antes de entrar a valorar los diferentes argumentos doctrinales acerca de la viabilidad de la mediación en violencia de género es necesario realizar una reflexión sobre si la prohibición de la mediación en violencia de género en todos los casos del art. 44.5 de la LO 1/2004 de manera taxativa e indiscriminada por el legislador es adecuada o no.

El problema principal que plantea la prohibición de acudir a un procedimiento de mediación es la necesidad persistente, independientemente del cauce que lleve el

⁴⁵ VALL RIUS, A. Y GUILLAMAT RUBIO, A., «Mediación y violencia...» *cit.*, p.22.

⁴⁶ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 32.

proceso penal, entre la víctima y el agresor de solucionar los asuntos familiares de orden civil. La realidad social de la existencia de hijos comunes conlleva que la víctima y el agresor tengan que retomar el contacto. La mediación busca darles herramientas para resolver los conflictos sin recurrir a la violencia, a través del diálogo y la búsqueda en común del acuerdo entre ambas partes⁴⁷.

A tenor del análisis de esta prohibición se debe destacar la quinta conclusión del Seminario sobre Instrumentos Auxiliares en el Ámbito del Derecho de Familia de 2010, que entiende como desafortunada esta prohibición debido a que no hace ninguna distinción entre los grados y tipos de violencia (si la violencia es estructural o circunstancial). Considera que la prohibición es ilógica e ineficaz, ya que debe ser la averiguación previa de la existencia o carencia de equilibrio entre el agresor y la víctima el factor determinante para concluir si es aplicable o no el proceso de mediación⁴⁸.

Estas reflexiones nos llevan a un segundo punto destacable: ni todos los casos son iguales, ni todas las mujeres maltratadas y agresores lo son. Así pues, se debe de analizar en cada caso el tipo de violencia que se da y el grado de afección de la mujer, así como las características que presenta el agresor⁴⁹, el tiempo que dista desde los actos violentos y la superación o no de los mismos por parte de la víctima.

En primer lugar, hay que ser conscientes de que el análisis de los actos violentos es complejo y se debe de analizar según las características que presentan: si son hechos violentos aislados o continuados, de mayor o menor intensidad, el tiempo durante el que se han perpetuado los mismos, si se trata de una violencia circunstancial o estructural, etc.

⁴⁷ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?», en *Revista de mediación*, nº 7, 2011, p. 9.

⁴⁸ VIÑAS MAESTRE, D., *Conclusiones del seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia*, 2010, p. 2 y 3. En su punto 5 establece: “Se reitera una vez más que se entiende desafortunada la previsión recogida en el artículo 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación. En este sentido resultan elogiadas las experiencias desarrolladas en el Juzgado de Hospitalet de Llobregat, después en el Juzgado nº 5 de VIDO de Barcelona o en el Juzgado nº 1 de VIDO de Murcia en las que se orienta a las partes a una mediación familiar una vez se ha procedido al archivo del procedimiento penal”.

⁴⁹ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», *cit.*, p. 11 y 12.

En segundo lugar, es evidente que, así como no son iguales todos los actos violentos, las consecuencias en las víctimas tampoco lo son. Echeburúa establece que «el grado de daño psicológico (lesiones y secuelas) está mediado por la intensidad/duración del hecho y la percepción del suceso sufrido (significación del hecho y atribución de intencionalidad), el carácter inesperado del acontecimiento y el grado real de riesgo experimentado, las pérdidas sufridas, la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima, la posible concurrencia de problemas actuales y pasados (historia de victimización) así como el apoyo social existente y los recursos psicológicos de afrontamiento disponibles»⁵⁰. De esta forma, aunque fuesen sometidas al mismo suceso violento, las mujeres no van a presentar el mismo daño psíquico, ya que las reacciones dependen de factores individuales como la personalidad, habilidades de afrontamiento, recursos propios y apoyo familiar y social⁵¹.

En tercer lugar, es indispensable analizar las características del maltratador ya que también son de gran importancia a la hora de valorar si el supuesto se puede intentar resolver a través de un proceso de mediación. Si estamos ante un maltratador con baja capacidad empática, con rasgos típicos del trastorno antisocial de la personalidad, con aires de superioridad, o con una gran interiorización de los patrones de género, será complejo afirmar que la mediación sea viable⁵².

Pese a todas estas consideraciones, el legislador ha optado por basarse en la visión estereotipada de la mujer víctima de la violencia de género que sufre el «síndrome de la mujer maltratada»⁵³. Algo que, como sostiene Guardiola Lago, no se da en todos los casos, ni supone que sea permanente a lo largo del tiempo. Es decir, en un caso de delito de maltrato ocasional no se puede presuponer que la víctima concreta vaya a ser una mujer incapaz de actuar en su propio interés, con baja autoestima y dependencia emocional aprendida⁵⁴. Como establece Walgrave, discernir entre uno y otro caso se

⁵⁰ ECHEBURÚA, E., *Superar un trauma. El tratamiento de víctimas de sucesos violentos*, Pirámide, Madrid 2004, p.45.

⁵¹ SAN MARTÍN BLANCO, C., «Violencia de género aproximación psicológica a las víctimas y agresores», en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Iglesias et al. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 154.

⁵² LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 12.

⁵³ Este síndrome se caracteriza por síntomas de ansiedad extrema, depresión, sentimientos de baja autoestima y de culpa, sensación de desamparo e impotencia, provocados por parte de quien ejerce de forma circular y repetitiva la violencia.

⁵⁴ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, pp.8 y 9.

trata de un desafío metodológico y no de un problema de aplicación insalvable de la mediación en los casos de violencia de género⁵⁵.

Además, en la práctica también podemos encontrar parejas donde existía una violencia estructural y un claro desequilibrio de poder, pero que por el paso del tiempo o por la intervención terapéutica, esta situación se ha superado recuperando el equilibrio necesario para que el proceso de mediación sea viable⁵⁶. Lobo Guerra y Samper Lizardi concluyen que tras una intervención y apoyo psicológicos es posible que las mujeres recuperen la seguridad y el control de sus vidas y que estén dotadas de las habilidades necesarias para afrontar un proceso de mediación⁵⁷. Por ejemplo, puede darse un caso en el cual una víctima, en un primer momento, requirió del paso del tiempo para recuperarse, pero en un momento posterior pueden surgirle nuevas necesidades insatisfechas y necesitar un contacto, directo o indirecto, con su agresor para recuperarse totalmente⁵⁸.

En base a todas estas consideraciones, se puede concluir que lo más adecuado sería considerar las circunstancias de cada caso a la hora de decidir si impulsar o no la mediación⁵⁹, en lugar de prohibirla en todos los casos.

5. La prohibición de la mediación como una manifestación del paternalismo jurídico.

Como hemos visto en el apartado anterior, no todos los casos de violencia de género son iguales y no a todas las mujeres les afectan igual, por esto podemos creer que la prohibición de la mediación en todos los casos es excesiva y que existen casos en los que la mediación es posible y otros en los que no. Sin embargo, el legislador español ha optado por la prohibición absoluta de la mediación sin valorar la voluntad de la víctima, y sin permitir que el juez, conocedor directo del caso concreto, pueda determinar si es adecuada o no la mediación.

⁵⁵ WALGRAVE, L.: “La justice restauratrice en les victimes”, *Le Journal International de Victimologie*, Année 1, n° 4, juillet, 2003, p. 150.

⁵⁶ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 12

⁵⁷ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 12.

⁵⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 32.

⁵⁹ ORTIZ PRADILLO, J.C., «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima» en *Diario la ley*, n° 8697, 2016, 8.

Basándose en estos motivos, Guardiola Lago se posiciona ante esta ley estableciendo que: «para proteger a la víctima se endurece la respuesta punitiva, se le priva de cualquier control sobre la intervención penal en cuestiones que afectan directamente a su vida cotidiana y se sustituye, ni siquiera por la valoración de un Juez o Tribunal que se ocupa del asunto, sino por el texto de una Ley redactada pensando exclusivamente en un prototipo de víctima, desvalida, incapaz de pensar en su propio interés»⁶⁰.

El hecho de presuponer una incapacidad en todos y cada uno de los casos por parte de la víctima hace caer al legislador en un excesivo paternalismo, ya que le impide participar en decisiones de cuestiones civiles que le afectan directamente⁶¹, basándose en un estereotipo. La generalización en la ley de este estereotipo se puede entender como un atentado contra el derecho de la víctima de recibir un trato individualizado establecido en el art. 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*⁶².

Es destacable que este paternalismo no sólo se encuentra en la prohibición de la mediación, sino que está presente a lo largo de toda la LO 1/2004, vislumbrando claramente el deseo de imponer soluciones con un cierto automatismo. De este modo, en lugar de regular algunos procedimientos que nos permitiesen la resolución de los casos de forma individual, establece medidas que constituyen recursos imperativos sin ningún tipo de margen de individualización para el aplicador del derecho⁶³.

Así pues, las reformas penales introducidas por esta ley como herramientas para dotar de una mayor protección a las víctimas de violencia de género han llevado a instaurar un “derecho penal sexuado”⁶⁴, ante el cual Guardiola Lago declara «[...] por el

⁶⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p.7.

⁶¹ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 12.

ORTIZ PRADILLO, J.C., «Estereotipos legales en la lucha...», *cit.*, p. 8.

⁶² Artículo 3 Estatuto de la víctima: «1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso».

⁶³ FERNÁNDEZ PÉREZ, P., «Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo», en *Violencia de Género, Justicia restaurativa...*, *cit.*, pp.132-133.

⁶⁴ Clasificación que surge de los distintos modelos normativos diseñados para luchar contra la violencia doméstica y de género, entre los que podemos encontrar: el modelo de protección penal común, el modelo de mera exasperación punitiva, el modelo de protección penal específica, y el modelo de

hecho de que la mujer sea víctima de violencia de género, el autor recibirá una mayor sanción. Por lo tanto, mayor protección significa en esta sede mayor punición. Así, el legislador parece haber optado por un entendimiento de los intereses de la víctima como contrapuestos a los del autor del delito, aumentando las sanciones en algunos delitos». Sin embargo, esta contraposición de intereses entre la víctima y el agresor, no es sino contraria a lo que en numerosas ocasiones demuestra la experiencia empírica. En ocasiones, las mujeres no desean el encarcelamiento de su agresor sino, como establece esta misma autora, «están más interesadas en una asistencia y una reparación por el delito cometido, cosa que incluye una validación externa, un reconocimiento del daño causado y un esfuerzo para repararlo»⁶⁵, además de la reeducación del maltratador.

La realidad muestra que el legislador, al prohibir la mediación y sujetar la obtención de ciertas prestaciones sociales a la interposición de la denuncia, no hace sino restringir la capacidad de la mujer para poder superar esa situación y limitar su salida a la interposición de la denuncia⁶⁶. Es en este caso el Estado quien tiene la capacidad de decidir por el bien de la víctima, para evitar, no sólo a ésta sino a la Sociedad en general, determinados daños y perjuicios⁶⁷. Sin embargo, estas circunstancias conllevan en ambos casos la anulación de la voluntad de la víctima⁶⁸. Lo cual lleva a Ortiz Pradillo a calificar alguno de los preceptos de la presente ley como «preceptos jurídicos impregnados de esa consideración paternalista (o sencillamente machista)»⁶⁹.

Tras el análisis se puede afirmar que es clara la presencia de un cierto paternalismo legislativo en materia de protección de las víctimas de violencia de género precisamente porque puede ir en detrimento de la voluntad de las mismas. Así pues, podemos preguntarnos si esta regulación que «constituye un Derecho Penal de género que reproduce el sistema de dominio que se dice combatir»⁷⁰ es el más adecuado para luchar contra esta lacra de la sociedad.

derecho penal sexuado. Para profundizar en el tema consultar: VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La violencia de género aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativos», en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Villacampa (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁶⁵ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p.14.

⁶⁶ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p.9.

⁶⁷ ORTIZ PRADILLO, J.C., «Estereotipos legales en la lucha...», *cit.*, p. 3.

⁶⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 9.

⁶⁹ ORTIZ PRADILLO, J.C., «Estereotipos legales en la lucha...», *cit.*, p. 3.

⁷⁰ ORTIZ PRADILLO, J.C., «Estereotipos legales en la lucha...», *cit.*, 3.

IV. Justicia restaurativa en violencia de género.

1. Argumentos a favor de la mediación.

Los argumentos que encontramos a favor del uso de procesos de mediación en violencia de género son numerosos debido a las ventajas que suponen para los verdaderos implicados en el conflicto: la víctima y el agresor.

En cuanto a la víctima, la mediación le permite tener una posición activa en el proceso para establecer cuáles son sus intereses reales, evitar los procesos de victimización secundaria que se producen con el sistema judicial tradicional y lograr un empoderamiento real. Respecto del agresor, se defiende que la mediación le puede permitir lograr una mayor responsabilización por el daño causado y mejorar los objetivos de reinserción.

Como afirma Castillejo Manzanares, «nadie cuestiona que la víctima ha sido la gran olvidada dentro del proceso judicial, actuando como mero testigo en su propia reparación y siendo relegadas sus necesidades en aras de los intereses generales del Estado [...] Ante esta lacra los poderes públicos han respondido endureciendo las penas y reforzando la tutela judicial efectiva para la mujer, pero al mismo tiempo han limitado, más si cabe, su protagonismo dentro del proceso judicial, coartando su libertad de actuación e instrumentalizando a cada víctima particular en aras de una ansiada justicia de género»⁷¹.

Con la mediación, víctima y agresor pasan a tener un papel activo y les permite, como establecen Munuera Gómez y Blanco Larrieux, resolver los problemas con sus propios recursos, aunque sean limitados, y promover la revalorización o *empowerment* y el reconocimiento de las personas⁷². Además, estas autoras también concluyen que, a través de la mediación, las partes «pueden responsabilizarse de sus actos en un ambiente de igualdad y respeto que les permite expresarse libremente y escuchar al otro así como revalorizar su actuación personal por su participación en el manejo y solución de sus conflictos, buscando intereses comunes»⁷³. En este mismo sentido se pronuncia Castillejo Manzanares que añade que la mediación promueve la autonomía y la

⁷¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», en *Revista de mediación*, nº 7, 2011, p. 40.

⁷² MUNUERA GÓMEZ, M.P. y BLANCO LARRIEUX, M.P., «Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb» en *Revista de mediación*, nº 7, 2011, p. 34.

⁷³ MUNUERA GÓMEZ, M.P. y BLANCO LARRIEUX, M.P., «Una mirada hacia mediar o...» *cit.*, p. 37.

responsabilización, comprometiendo a las partes con las consecuencias de los actos y aportando crecimiento personal y empoderamiento de la víctima y el victimario, utilizando para ello la palabra como legítima herramienta⁷⁴. Por ello, el hecho de ser protagonista de su propio proceso permite a la mujer acceder a un proceso de empoderamiento, alejándose de esta forma del estereotipo de mujer dependiente e incapaz que presenta el legislador⁷⁵.

A esto hay que añadir la superación de los efectos de victimización secundaria sufrida por la víctima. Victimización que puede resultar incluso más dolorosa para la mujer que el o los actos violentos dado que los daños, como establece Castillejo Manzanares, «emanan del propio sistema al que la víctima acude solicitando justicia y protección»⁷⁶ y surgen con motivo de la desinformación de la víctima en el seno del proceso, la necesidad de acreditar la veracidad, el deber de cumplir con el estereotipo de víctima, el ser cuestionada o sentirse incomprendida, etc.⁷⁷. Para evitar el proceso de revictimización es necesario acudir a un instrumento de gestión del conflicto que potencie la participación de la víctima en condiciones seguras y coadyuve a su reparación; además de posibilitar la responsabilización del agresor e incentive sus esfuerzos para buscar la reparación de los daños (de todo tipo) generados a la víctima⁷⁸.

En cuanto a los beneficios que se plantean para el agresor, destacan la posibilidad de alcanzar una mayor resocialización y una menor tasa de reincidencia, esto se debe a que, como predispone Castillejo Manzanares, «la mediación penal coloca al victimario ante las consecuencias reales de sus hechos, ante los sentimientos y perturbaciones que su conducta ha ocasionado en una persona real, favoreciendo así una responsabilización genuina por la conducta infractora»⁷⁹. Sin embargo, en algunas ocasiones, como afirma Lorenzo Copello, la apuesta por la terapia del agresor se entiende en detrimento de los esfuerzos y recursos destinados a la víctima, no obstante estas medidas pueden ir en

⁷⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 41.

⁷⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 43.

⁷⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 39.

⁷⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 40.

⁷⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 41.

⁷⁹ ALONSO SALGADO, C. y TORRADO TARRÍO, C., «Violencia de género, justicia...», *cit.*, p. 597.

beneficio de la víctima ya que reducen el alto riesgo de reincidencia⁸⁰. Mientras que el sistema penal actual no hace sino generar más sufrimiento personal en el victimario, quien al entrar en prisión genera más ira, alejándole así de los valores reeducativos, dificultando la reinserción y elevando las probabilidades de reincidencia⁸¹.

Se debe destacar también que en los procesos de conferencias familiares y círculos la presencia de la comunidad conlleva ciertas ventajas tanto para la víctima y el agresor como para la propia comunidad. Para la víctima favorece la creación de un espacio más seguro debido a la presencia de personas de su confianza. Respecto al agresor se genera el reproche de personas de su entorno, incentivando la asunción de responsabilidad por la cercanía de quienes se lo recriminan. Incluso, en caso de darse la participación de terceras personas en representación de la sociedad y ajenas a su entorno, puede encontrarse con el reproche del público en general. Por último, en cuanto a la comunidad, los procesos de justicia restaurativa ayudan a generar una mayor concienciación, además de cooperar en la educación y comprensión del alcance de estos delitos. Esta inmersión de la comunidad en el proceso de justicia restaurativa en violencia de género puede ser de gran ayuda en su erradicación ya que, al fin y al cabo, «educar es prevenir»⁸².

2. Argumentos en contra de la mediación.

Además de los argumentos esgrimidos por el legislador a la hora de prohibir la mediación, en el sector doctrinal aparecen otros argumentos que igualmente se posicionan en contra de la mediación en violencia de género. Entre otros, los autores anteponen que la relación existente está excesivamente deteriorada para que la mediación pueda obtener un resultado exitoso, la desigualdad de poder entre las partes (razón ya esgrimida por el legislador), el riesgo de integridad física para la mujer y la falta de formación de los mediadores en el campo de la violencia de género.

En primer lugar, es cierto que la relación deteriorada entre la víctima y el agresor puede dificultar la comunicación, incluso puede darse el caso de que la víctima no

⁸⁰ LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral valoración político criminal» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-08, 2005, p. 08:09.

⁸¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 41.

DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica...», *cit.*, p. 4.

⁸² DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica...», *cit.*, pp. 9-11.

quiera sentarse frente a su agresor. Sin embargo, si acudimos a la realidad también nos encontramos con parejas que retiran la denuncia o incluso reanudan la convivencia a pesar de la orden de alejamiento⁸³ sin que el conflicto se haya resuelto. Por ello, algunos autores, entre ellos Guardiola Lago, plantean el uso de la mediación en supuestos en los que se ha establecido la prohibición de aproximarse a la víctima o cuando ésta no desea enfrentarse cara a cara con su agresor a través de la mediación indirecta⁸⁴. Así pues, la mediación busca facilitar la comunicación entre la víctima y el agresor, al contrario que los procesos judiciales, los cuales dejan al margen a ambos sujetos y perpetúan los circuitos de poder sin facilitar un cambio en las dinámicas de las relaciones⁸⁵.

En cuanto al argumento de la desigualdad de poder entre las partes, el problema se produce cuando una de las partes está cediendo en el planteamiento de sus intereses y necesidades, por temor, coacción o dependencia emocional respecto a la otra a pesar de los intentos del mediador de reequilibrar la situación. En el caso de que el mediador no pueda garantizar la igualdad y la plena libertad en la toma de decisiones se debe de suspender la mediación para evitar un resultado no deseado, en el que las partes no se hayan comprometido con la misma voluntad y total libertad⁸⁶. Aunque Vall Rius y Guillamat Rubio añaden el hecho de que «la decisión del mediador de no seguir adelante con la mediación, se fundamenta en su conocimiento de las características del supuesto concreto, en principios éticos y en los propios fundamentos de la mediación, que en ningún caso se aplica para favorecer a una parte a costa de la debilidad de la otra»⁸⁷. Acerca de esta cuestión, Guardiola Lago puntualiza que si se da una igualdad relativa, siendo una parte más débil que la otra, el mediador también debe analizar si puede potenciarla mediante mecanismos de empoderamiento hasta llegar a alcanzar la igualdad necesaria para llevar a cabo la mediación⁸⁸, aunque siempre teniendo en cuenta que «el mediador debe negar su realización si la diferencia de poder existente entre los intervinientes es impeditiva de un diálogo y un acuerdo reparador libre»⁸⁹.

En cuanto al riesgo para la integridad de la víctima, debemos destacar que la seguridad de la víctima es uno de los elementos principales que hay que garantizar en la

⁸³ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 13.

⁸⁴ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 32.

⁸⁵ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 13.

⁸⁶ VALL RIUS, A. y GUILLAMAT RUBIO, A., «Mediación y violencia...» *cit.*, p. 21.

⁸⁷ VALL RIUS, A. y GUILLAMAT RUBIO, A., «Mediación y violencia...» *cit.*, p. 21.

⁸⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 28.

⁸⁹ GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia...», *cit.*, p. 29.

mediación en violencia de género como se verá en el siguiente apartado. Este es uno de los argumentos más debatidos ya que no se puede exponer a la víctima a seguir siendo agredida. Además, como establecen Lobo Guerra y Samper Lizardi, es necesario, tras realizar una primera sesión con la víctima, llevar a cabo otra con el agresor antes de llegar al proceso de mediación con el encuentro de las partes ya que «es prioritario garantizar un espacio de seguridad para la víctima, y se sabe que las víctimas de violencia de género tienden a subestimar el riesgo en el que se encuentran, por lo que algunas de ellas nos pueden ofrecer una información sesgada que no refleje adecuadamente la situación que están atravesando»⁹⁰. Otro de los fines que consideran es la evaluación del verdadero objetivo que persigue el agresor con la mediación. Es evidente que la mediación deberá quedar vetada si el objetivo del agresor es lograr un nuevo acercamiento con la víctima para continuar con la situación de abuso de poder sobre ella.

Esta evaluación previa, tanto de la capacidad de la mujer, como de la intención del maltratador, así como del riesgo que existe para la integridad de la mujer es un análisis complejo que, como establecen Lobo Guerra y Samper Lizardi, son propias de la psicología forense⁹¹. Algo que nos lleva a la cuestión de que la falta de formación de los mediadores, no solo como mediadores en general, sino como mediadores en el campo de la violencia de género, puede ir en detrimento de la víctima. Con la intención de solucionar el problema de la falta de formación proponen acudir a un profesional que realice la evaluación en caso de que el mediador detecte o sospeche que ha existido violencia. Además, también defienden que acudir a un profesional desvincula de este análisis al mediador lo cual ayuda a preservar su posición neutral.

3. Elementos principales para minimizar los riesgos hacia la víctima.

Existen algunos elementos imprescindibles para que todo proceso de mediación resulte exitoso. Ahora bien, estos elementos incrementan su importancia cuando estamos ante procesos de mediación en violencia de género. De un lado, los autores destacan algunos elementos a tener en cuenta en el proceso de mediación, como son la voluntariedad de las partes, la seguridad de la víctima y la buena formación del

⁹⁰ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 13 y 14.

⁹¹ LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 14.

mediador. Por otro lado, se ha destacado que para asegurar el éxito de la mediación será necesaria la revisión del cumplimiento del acuerdo pasado un determinado lapso de tiempo.

En cuanto al primero de ellos, la voluntariedad, es necesario que ambas partes quieran acudir voluntariamente a la mediación y con intención⁹², como ya se ha dicho anteriormente, de alcanzar acuerdos o resolver el conflicto. El consentimiento voluntario de la mujer maltratada es más controvertido ya que es necesario asegurarse de que es libre y que no existe coacción por el agresor o por una tercera persona; requiriéndose en algunos casos un informe positivo de un profesional de la psicología que evalúe su caso. Esta cuestión vuelve a esbozar una vez más la importancia de las sesiones previas individuales donde es necesario analizar la situación en la que se encuentran ambas partes, así como su propósito dentro del proceso. Además, es importante destacar que este consentimiento será revocable en todo momento de la mediación por cualquiera de las partes y por los motivos que las partes consideren oportunos.

Sin embargo, aunque la voluntariedad es clave para la participación de las partes, esto no significa que si una de ellas rehúsa de participar no se pueda dar un proceso de justicia restaurativa. Simplemente supone la no participación de esa parte. Así pues, si solo una de las partes desea participar en un proceso de justicia restaurativa existen varias alternativas. Una de ellas, si es el agresor quien está dispuesto al proceso, es llevar a cabo conferencias familiares o círculos. De esta forma se pronuncia Larrauri Pijoán: «El hecho de que participe la comunidad (familia, amigos, grupos de apoyo, representantes) comporta precisamente que en varias de estas experiencias no se requiere la presencia de la víctima concreta»⁹³. Otra de las posibilidades que se plantean, como ya se ha dicho anteriormente, es realizar un encuentro entre agresores y víctimas de delitos similares pero sin relación entre ellos.

La seguridad de la víctima es otro de los factores que debe preservar el facilitador. De manera que si no se puede asegurar en cualquier momento, debería paralizarse el proceso de mediación. El encargado de proteger esta seguridad de la víctima es el mediador, ya que como se ha destacado antes las víctimas de violencia de género

⁹² LOBO GUERRA, M. Y SAMPER LIZARDI, F., «La mediación familiar...», p. 13.

⁹³ LARRAURI PIJOAN, E., «Justicia restauradora y violencia doméstica», en *Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Asua Batarrita et al (eds.), Kutxa, Bilbao, 2009, p. 126.

tienden a subestimar la situación de riesgo en la que se encuentran. Domingo de la Fuente defiende que el mediador debe tomar una clara posición a favor de la víctima, es decir, que se dé la pérdida de una parte de la neutralidad del mediador para favorecer el equilibrio entre las partes y asegurar el apoyo a la víctima, aunque sin dejar de tener en cuenta las necesidades del hombre⁹⁴. Asimismo, el mediador debe de dejar claro que el único responsable del acto violento es el agresor⁹⁵.

La formación del mediador es esencial para alcanzar el objetivo del proceso de justicia restaurativa, ya que debe favorecer las condiciones apropiadas para que se generen alternativas al conflicto y potenciar la capacidad de resolución de controversias de las partes⁹⁶. Además, en casos de violencia de género no basta con una formación orientada únicamente en la mediación sino que es necesaria una especialización en el campo de la violencia de género y que estén sometidos permanentemente a un continuo reciclaje de conocimientos⁹⁷. La importancia de la formación reside en las tareas esenciales del mediador como analizar la existencia de desequilibrio de poder, garantizar la seguridad de la víctima, etc.

Por último, en lo referente a la revisión del cumplimiento del acuerdo deberá servir como apoyo a la víctima en aras de que no se sienta sola nuevamente y que tenga un apoyo continuo, así como intento de mitigar su inseguridad⁹⁸. El fin último es examinar si efectivamente ha cesado la violencia, así como proporcionar al agresor el apoyo necesario para conseguirlo. Además, estos momentos de revisión pueden ser utilizados por el mediador para dar instrucciones explícitas a la mujer acerca de qué hacer en caso de incumplimiento del acuerdo.

V. Conclusión.

A la vista de que el incremento de la duración de las penas de cárcel no ha logrado sus objetivos y ante la insatisfacción de las víctimas ante el sistema clásico de justicia, parece que es necesario investigar las posibilidades que pueden ofrecer otras vías de

⁹⁴ DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica...», *cit.*, p. 8.

⁹⁵ DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica...», *cit.*, p. 8.

⁹⁶ ALONSO SALGADO, C. y TORRADO TARRÍO, C., «Violencia de género, justicia...», *cit.*, p. 598.

⁹⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en...», *cit.*, p. 44.

⁹⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica...», *cit.*, p. 9.

resolver conflictos de cara a luchar contra la violencia de género. Por ello, creo que es el momento de dar un paso adelante y considerar la justicia restaurativa como un posible aliado para ganar esta batalla. Aunque, eso sí, siempre teniendo en cuenta ciertas precauciones.

Se debe considerar las numerosas ventajas que la justicia restaurativa presenta, tanto para la víctima, como para el agresor. Así como lo beneficiosas que pueden ser, en su caso, ante supuestos de violencia de género. En cuanto a la mujer, la justicia restaurativa propicia su participación activa en la solución del conflicto, y permitiéndole establecer cuáles son sus intereses dentro de ese proceso. Algo que contribuye a su empoderamiento y evita procesos de victimización secundaria. Respecto del agresor, los procesos de justicia restaurativa, mediante el enfrentamiento con la víctima y el daño causado, le permiten asumir la responsabilización por el daño causado y favorecer su reinserción. Además, de fomentar la concienciación y sensibilización de la sociedad hacia este problema.

Tras el análisis de las ventajas que la justicia restaurativa puede aportar en la resolución de conflictos y concretamente en los casos de violencia de género, considero como totalmente inadecuada la prohibición de la mediación en violencia de género. Algo que el legislador hace sin entrar a apreciar el caso concreto, basándose en la presunción de un estereotipo, que subestima la capacidad de las mujeres que sufren violencia de género. El sobreproteccionismo latente en esta medida se construye sobre la idea de una mujer que tiene la necesidad continua de ser protegida; y que contiene, en consecuencia, connotaciones machistas. Todo ello me plantea la pregunta de si se puede luchar contra la violencia surgida del sistema patriarcal con medidas que surgen de un pensamiento similar, el paternalismo legislativo.

Así pues, me parece completamente necesaria la reconsideración del precepto 44.5 de la Ley 1/2004, porque entiendo que el objeto de la prohibición de la mediación de violencia de género es erróneo, que este precepto está mal situado en la ley, así como mal enfocado. En su lugar, propongo su sustitución por una regulación que permita atender al caso concreto de cada víctima y de las circunstancias que le rodean.

Está claro que la cuestión crucial es la existencia o falta de equilibrio de poder entre la víctima y el agresor, y la posibilidad de que éste pueda ser restaurado mediante procesos de empoderamiento, con el paso del tiempo, etc. Por ello, para considerar el

uso de la mediación en supuestos de violencia de género lo importante es crear un procedimiento adecuado para discernir esta cuestión. Aunque se presenta como un objetivo ambicioso, se debe trabajar para conseguirlo, ya que no todas las víctimas de violencia de género carecen de autonomía. Es más, el hecho de que, siendo capaces, su voluntad sea irrelevante a la hora de poder optar por la mediación, va en detrimento de la propia víctima. Por este motivo la ley debe tener en cuenta que cada tipo de violencia es diferente, así como cada víctima y agresor.

Con la actual regulación se da la paradoja de que sería posible una mediación en casos en los que todavía no se han prestado diligencias, aunque exista un gran desequilibrio de poder debido, por ejemplo, a unos malos tratos prolongados. Por el contrario, en un proceso abierto que tiene como causa una agresión puntual estaría prohibido llevar a cabo la mediación. Esta situación carece de lógica. En el primer caso, la mediación podría tener efectos negativos en la víctima ya que al existir un desequilibrio de poder podría verse subyugada nuevamente al agresor y ver dañada su integridad. En el segundo caso, el proceso de mediación podría ser muy beneficioso para las partes ya que no existe desequilibrio de poder, sin embargo, la mujer, a pesar de estar en posición de mediar, no va a poder optar por ello aunque esa sea su voluntad. Por tanto, para que la mediación no conlleve riesgos para la víctima de violencia de género, lo importante no es valorar en qué fase del proceso se encuentra el mismo sino, si existe o no desequilibrio.

Así pues, una vez se pueda discernir adecuadamente los casos donde existe desequilibrio de poder de aquéllos en los que no, cabe apreciar tres situaciones diferentes: casos donde existe desequilibrio de poder, casos en los que existió desequilibrio pero ya no se da en la actualidad, y casos en los que nunca ha existido desequilibrio de poder.

Respecto de la primera situación, es incuestionable que en los casos en que existe un desequilibrio de poder, la mediación es inviable. Sin embargo, se debe considerar que ello no significa que con el paso del tiempo o con la ayuda necesaria esa mujer recupere su capacidad, liberándose de la dependencia de su agresor y pudiendo, si lo desea, participar en un proceso de mediación. Se trataría entonces de la segunda situación, eso es, casos donde el desequilibrio de poder ha sido superado. Debido a la posibilidad de dejar atrás la situación de desequilibrio no se debe descartar el uso de la justicia

restaurativa en los casos que ya exista una sentencia judicial y que haya transcurrido un lapso de tiempo porque ni una ni otro hace que las necesidades de la víctima y el agresor estén suplidas. En estas situaciones la justicia restaurativa puede ayudar a las partes a solventar problemas pendientes, como por ejemplo la existencia de hijos, o enseñarles a afrontar los problemas con otra perspectiva, evitando futuros conflictos. Finalmente, se pueden dar casos en los que no exista ni haya existido desequilibrio de poder y estemos ante actos violentos aislados. En estos casos, la mediación se presenta como totalmente viable y, además, puede ser una buena herramienta de prevención de futuros casos de violencia de género, ya que al detectarse el problema a tiempo se puede enseñar a las partes a afrontar los problemas sin recurrir a la violencia.

Por tanto, dado que existen diferentes situaciones no se debería prohibir la mediación en violencia de género sin entrar a valorar las circunstancias de cada caso. La clave para que la mediación sea una aliada en la lucha contra la violencia de género es utilizarla cuando ambas partes estén preparadas y no exista un desequilibrio de poder. De esta forma propicia el empoderamiento de la víctima, así como su vuelta a la comunidad como un ser con autonomía. Además, a través del reconocimiento de la responsabilidad por el daño cometido, favorece la reinserción del agresor y le aleja de la reincidencia.

Así pues, en base a estos argumentos, considero que sería interesante valorar las opciones que ofrecen los distintos procesos de justicia restaurativa en las diferentes situaciones de violencia de género. Eso sí, siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso y tomando las medidas necesarias para asegurar que las partes consientan libre y voluntariamente en participar en estos procesos. Una prohibición radical, como hace la legislación actual, supone cerrar toda posibilidad de que algunos supuestos o algunas cuestiones relacionadas con la violencia de género se puedan resolver por esta vía que ofrece ventajas para la víctima, el agresor y la comunidad de ambos.

VI. Bibliografía

Alonso Salgado, C y Torrado Tarrío, C. «Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?», en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Castillejo Manzanares, R. (dir.), La ley, Madrid, 2011, pp. 567-606.

Barona Vilar, S., «El movimiento de las ADR en el derecho comparado», en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Castillejo *et al.* (dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 455-499.

Castillejo Manzanares, R., Torrado Tarrío, C. y Alonso Salgado, C., «Mediación en Violencia de Género», *Revista de mediación*, nº 7, 2011, pp. 38-45. Accesible online en: <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-7-05.pdf>

Domingo De La Fuente, V., «Justicia restaurativa y violencia doméstica, posibilidad, error o acierto...», *Diario la Ley*, nº 7701, 2011. Accesible online en: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2QwU7DMAyGn6a5VEJpp27aIQe2XkAIhai4u4nVWnRxSZyyvj0pJZIVW_79-U--E4a1w7uY5xSFLEEZMAqkAEILIGu5EE_ot4bjW5G0xvMmhKK25cyReprIgdtdKDIFDySVYwiBcpFrXRxVXz369mS4kVAJ9NLo42SpHrcBKgqlla6otpwU76I1WHByGy5ozYYHpHaM5qDjzyssNGRr7C8QdiQ5Z9pO51Mdm3PTqAVDzALzSQN6QTXSML7kkF0PMVK88pThESHY8Q0GNE8-P54fIM53RfXngMv6Eydobo5VNW5OanJf2WrH39DO2sHXJJI3teL33vKTvluQfAK-e_cv9NfeMZ7gWwBAAA=WKE

E. Raye B. y Warner Roberts, A., «Restorative processes», en *Handbook of Restorative Justice*, Johnstone G. *et al* (Coord.), Routledge, New York, 2011, p. 211-227.

Echeburúa, E., *Superar un trauma. El tratamiento de víctimas de sucesos violentos*, Pirámide, Madrid, 2004.

González-Capitel, C., *Manual de mediación*, 2ª edición, Atelier, Barcelona, 2001.

Guardiola Lago, M.J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, 12, 2009. Accesible online en:

http://www.iustel.com.roble.unizar.es:9090/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408394&texto=

Johnstone G. y Van Ness, D.W., «The meaning of restorative justice», en *Handbook of Restorative Justice*, Johnstone G. et al. (Coord.), Routledge, New York, 2011, pp. 5-23.

Lameiras Fernández, M., Carrera Fernández, M.V. y Rodríguez Castro, Y., «Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas», en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Iglesias et al. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 117-151.

Larrauri Pijoán, E., «Justicia restauradora y violencia doméstica», en *Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Asua et al. (eds.), Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, Bilbao, 2009, pp. 125-144.

Laurenzo Copello, P., «La violencia de género en la Ley Integral valoración político criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-08, 2005. Accesible online en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>

Lobo Guerra, M., «La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?», *Revista de mediación*, nº 7, 2011, pp. 8-19. Accesible online en: <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-7-01.pdf>

Martínez Escamilla, Margarita, «La mediación penal en España: estado de la cuestión» en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Martínez Escamilla et al. (coord.), Reus, Madrid, 2011, pp. 15 – 48.

Munuera Gómez, M.P., «Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb», *Revista de mediación*, nº 7, 2011, pp. 32-37. Accesible online en: <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-7-04.pdf>

Ortiz Pradillo, J.C., «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima», *Diario la Ley*, nº 8697, 2016. Accesible online en: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEADWQwU7DMAyGn2a5RELZdoBLLts4ICGEOlLuJVZrSOMRO2V9e7IWLfM29X_-

Zfm7Ypk7vKp_FMWCrHRhsQ17SCgWs01gUw0D2MBZC9zmiThhDgR2hDCQKGz2
i0CIYMIJFu2zlk11DmOkADbissmpZoX4P65AUBrByJw5z6PvSkWjcBbvNvdh23JnI
GiFdOLgt7eeJuzg7J3hErEc5tYpK6Q3lAbIwD8vMFEPSPwPUFZLitGfOtdit3du_2Am
LNIA_0E9ZkUzUD88t9SVBxGSI6dmLgglDK_Qo3_KFIjvQC5Xk_JXO-
l9EdedFTxU1eZ71rxqJqRWT6B4bF_N8e-iXwEWy9p8AQAAWKE

Peramato Martín T., «La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español», en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Iglesias *et al.* (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19-62.

San Martín Blanco, C., «Violencia de género: aproximación psicológica a las víctimas y agresores», en *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Iglesias *et al.* (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 154-194.

Vall Rius, A. y Guillamat Rubio, A., “Mediación y violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal”, *Revista de mediación*, nº 7, 2011, pp. 20-25. Accesible online en: <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-7-02.pdf>

Walgrave, L.: “La justice restauratrice en les victimes”, *Le Journal International de Victimologie*, Année 1, nº 4, juillet, 2003, p. 146-163.

Zehr, H., *The Little book of Restorative Justice*, Goods Books, Pennsylvania (USA), 2003.