



**INSTITUTO UNIVERSITARIO DE DERECHOS HUMANOS**

**Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia  
Internacional**

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL  
COMO HERRAMIENTA EFICAZ DE EMPODERAMIENTO DE  
LA MUJER Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

**TESIS DOCTORAL**

**Presentada por:**

**ISIDORO MARTÍNEZ CORREA**

**DIRIGIDA POR:**

**Dr<sup>a</sup>. ELENA MARTÍNEZ GARCÍA**

**Valencia, 2020**



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>PARTE I: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL.....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: LA JUSTICIA RESTAURATIVA. CONCEPTO, PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS.....</b>	<b>20</b>
I. UNA MIRADA BREVE AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.....	20
1. ¿CRISIS DE LA JUSTICIA O NECESIDAD DE ADAPTACIÓN A UNA NUEVA REALIDAD?.....	20
II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO PARADIGMA POR EXPLORAR.....	30
1. ACERCA DE LO QUE DEBE Y NO DEBE ENTENDERSE COMO JUSTICIA RESTAURATIVA.....	30
2. CRÍTICAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	35
III. ALGUNOS EJEMPLOS DE METODOLOGÍAS RESTAURATIVAS.....	37
1. LAS CONFERENCIAS.....	37
2. LOS CÍRCULOS .....	40
IV. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO EUROPEO E INTERNO.....	41
1. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	42
2. ÁMBITO EUROPEO.....	42
1.1 ÁMBITO INTERNO.....	47
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA MEDIACIÓN PENAL COMO PRINCIPAL HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....</b>	<b>56</b>

I. UNA APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN PENAL.....	56
1. ENTENDER LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	56
2. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN.....	60
II. PRINCIPIOS QUE PERMITEN FUNDAMENTAR LA LEGITIMIDAD PARA EMPLEAR LA MEDIACIÓN PENAL.....	65
III. ¿MEDIACIÓN EN TODO TIPO DE DELITOS? AMBITO OBJETIVO.....	68
<b>PARTE II: LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>	<b>73</b>
<b>CAPÍTULO TERCERO: APROXIMACIÓN Y ESTUDIO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO OBJETO DE LA PROHIBICIÓN EN LA LOMIPVG.....</b>	<b>74</b>
I. PUNTO DE PARTIDA: LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA. EL CONCEPTO VIOLENCIA DE GÉNERO COMO ELEMENTO DELIMITADOR.....	74
1. ASPECTOS DEL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO.....	75
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE 1989 Y 2003..	79
II. LA LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA MACHISTA.....	83
1. EL GÉNERO COMO CONCEPTO JURÍDICO-PENAL. LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR ESTE TIPO DE MALTRATO ESPECÍFICO CONTRA LA MUJER DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	83
1.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO SUSTRATO DE INTERPRETACIÓN DE LA LO 1/2004.....	83
1.2 EL GÉNERO COMO CONCEPTO JURÍDICO-PENAL.....	86

2. ACTOS CONSTITUTIVOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. BREVE ESTUDIO DE LOS PRINCIPALES TIPOS PENALES.....	90
2.1 FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.....	90
2.2 ÁMBITO OBJETIVO DE LA VIOLENCIA EN LA LOMIVG.....	93
2.3 ENFOCAR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.....	106
 III. ¿PORQUÉ EXISTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO? BREVE REFERENCIA A LAS TEORÍAS Y MODELOS QUE EXPLICAN EL MALTRATO HACIA LA MUJER.....	110
1. INTRODUCCIÓN.....	110
2. EL PATRIARCADO COMO SISTEMA QUE DA ORIGEN Y PERPETÚA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	111
3. TEORÍAS ETIOLÓGICAS.....	118
4. EL MODELO ECOLÓGICO.....	121
 IV. EL MALTRATADOR: CÓMO ES Y QUÉ ES LO QUE LE LLEVA A ATENTAR CONTRA LA MUJER SÓLO POR SERLO.....	124
 V. SER MUJER ES EL PERFIL PARA SER UNA VÍCTMA MALTRATADA. BARRERAS QUE CONTRIBUYEN A LA CONTINUIDAD DE LA MUJER EN LA RELACIÓN VIOLENTA.....	129
 <b>CAPÍTULO CUARTO: LA MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>	<b>136</b>
 I. LA PROHIBICIÓN DE MEDIAR EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, ¿ES RAZONABLE Y/O ADECUADA?.....	136
1. ENTENDER EL PLANTEAMIENTO DEL LEGISLADOR Y ANALIZAR EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.....	136

2. SIN PAÑOS CALIENTES: SI HAY VIOLENCIA NO ES POSIBLE MEDIAR. ¿REALMENTE ES ASÍ? .....	142
II. CUÁLES SON LOS ASPECTOS MÁS ESPINOSOS QUE DIFICULTAN LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	145
1. PARA EMPEZAR, LA DESIGUALDAD: PRINCIPIO RECTOR DE LA PROHIBICIÓN.....	145
2. OTROS INCONVENIENTES.....	149
III. “POSIBLES” VENTAJAS A CONSIDERAR “BAJO DETERMINADAS CONDICIONES” .....	155
1. EL EMPODERAMIENTO Y LA RECUPERACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA.....	156
2. EL AGRESOR RECONOCE SU RESPONSABILIDAD Y SE PREVIENE EL RIESGO DE REINCIDENCIA.....	159
3. EL IMPACTO DE LA MEDIACIÓN EN LA SOCIEDAD.....	162
IV. PRÁCTICAS RESTAURATIVAS QUE APOYAN MEDIAR EN VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO COMPARADO.....	163
V. PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ARCHIVADOS EN LOS JUZGADOS DE VIDO.....	170
VI. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PROCESO DE MENORES POR DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	172
1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DEL MENOR.....	172
2. LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE MENORES.....	175
2.1 MEDIACIÓN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN. SOBRESEIMIENTO POR CONCILIACIÓN O REPARACIÓN.....	175

2.2 LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN. LA SUSTITUCIÓN O EL CESE DE LAS MEDIDAS POR CONCILIACIÓN.....	180
<b>PARTE III: PROPUESTAS PARA UNA MODIFICACIÓN LEGAL EN EL HIPOTÉTICO CASO DE UNA MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>	<b>185</b>
<b>CAPÍTULO QUINTO: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>	<b>186</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	186
II. NO EXISTE UNA BARRERA INFRANQUEABLE, PERO NO TODOS LOS DELITOS DE GÉNERO SON MEDIABLES .....	189
III. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN.....	197
1. LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE ENJUICIAMIENTO.....	200
2. LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN.....	202
IV. CRITERIOS ORIENTATIVOS PARA LA DERIVACIÓN DE UN DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO A MEDIACIÓN.....	204
1. PRESUPUESTOS DE LAS PARTES PARA LA DERIVACION.....	207
2. EL EQUIPO MEDIADOR.....	211
3. FASES O ETAPAS DE LA MEDIACIÓN.....	214
V. CASOS PRÁCTICOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO SUSCEPTIBLES/IMPOSIBLES DE MEDIACIÓN.....	226
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>234</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>242</b>





## **ABREVIATURAS**

<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>BOCG</b>	Boletín Oficial de las Cortes Generales
<b>CDAW</b>	Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
<b>DM</b>	Decisión Marco
<b>DP</b>	Derecho Penal
<b>LEVD</b>	Ley del Estatuto de la Víctima del Delito
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOMPIVG</b>	Ley Orgánica de Medidas y Protección Integral contra la Violencia de Género
<b>LORPM</b>	Ley Orgánica del Responsabilidad Penal del Menor
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>OMS</b>	Organización Mundial de la Salud
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>VIDO</b>	Violencia Doméstica

## INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo de investigación es poder demostrar la importancia de la justicia restaurativa, y en concreto la mediación, como método idóneo para la reparación de la víctima y la reinserción del infractor en los casos de violencia de género. Mi formación e investigación en violencia contra la mujer, adquirida mediante el Máster Universitario en Derecho y Violencia de Género<sup>1</sup>, me ha permitido obtener los conocimientos y técnicas necesarias para la comprensión de este fenómeno social complejo y ponderar la aplicación de un mecanismo que ofrezca una respuesta, junto a la pena, menos dañina y que tome en consideración las necesidades, tanto reparatorias como reintegradoras de las partes.

La violencia de género es un fenómeno global que ataca a la mujer, por el mero hecho de serlo, sin discriminación alguna y desde tiempos inmemoriales. Desde principios de este nuevo siglo y hasta el presente, las mujeres que han sido asesinadas por sus parejas o exparejas han llegado a sobrepasar en algunos años las 75 víctimas<sup>2</sup>. A lo que habría de sumar a todas aquellas mujeres que no han pisado una comisaría para denunciar, lo que hace pensar que nos encontramos ante un fenómeno mucho más grave de lo que se percibe.

Fue en el año 2003 cuando empezó a recopilarse datos en un registro oficial con el objetivo de establecer la magnitud de esta terrible lacra que es la violencia de género y que afecta, no sólo a la mujer, sino también a otras personas que son igualmente vulnerables, como son los hijos. La primera víctima en incorporarse a este recuento en enero de ese mismo año fue Yaneth, una extranjera de 28 años que fue arrojada desde un segundo piso por el que era entonces su novio, en la localidad malagueña de Fuengirola. En el año 2004 murieron en España a manos de sus maridos o parejas 72 mujeres y, al año siguiente, un total de 62 víctimas. El año 2008 supuso un enorme

---

<sup>1</sup> Máster Universitario en Derecho y Violencia de Género, Facultat de Dret de la Universitat de València.

<sup>2</sup> Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, [www.epdata.es](http://www.epdata.es). El dato corresponde a diciembre de 2008.

varapalo al alcanzarse las 76 víctimas. Desde entonces, el número de víctimas ha ido en aumento hasta superar en 2019 la escalofriante cifra de un millar.

Y, por si fuera poco, este tipo de violencia contra la mujer está cada vez más presente entre los adolescentes, llegándose incomprensiblemente en la actualidad, a ser percibida como una conducta normalizada entre muchos ellos. La mayor parte de esos episodios violentos entre jóvenes reproducen los patrones machistas de los adultos<sup>3</sup>.

Las cifras alarmantes de violencia de género entre adultos y adolescentes son el reflejo de la enorme gravedad del problema y la sociedad española se ha ido concienciando de esta grave situación, en gran parte gracias al enorme esfuerzo de asociaciones que defienden los derechos de la mujer, los medios de comunicación que transmiten a la sociedad esta escabrosa realidad sacando a la luz estas situaciones y a las propias víctimas que, mediante un valiente y enorme esfuerzo por vencer el miedo en el que se encontraban sumergidas, han denunciado la situación de maltrato moral y físico a las que han estado sometidas.

El caso de Ana Orantes fue la gota que colmó el vaso y que conmocionó a la opinión pública, provocando un aluvión de reformas penales en aras de proteger a la mujer.

La sociedad y los poderes públicos toman conciencia de la magnitud del fenómeno de la violencia machista<sup>4</sup> y se empieza a preparar una legislación específica en el ámbito de la protección de las víctimas de la violencia de género. El retraso en hacer público lo invisible, ha puesto de manifiesto el olvido y la desidia al que las víctimas habían quedado relegadas.

---

<sup>3</sup> A este respecto, la Fiscalía General del Estado en su última memoria de 2018, señala que en 2017 fueron un total de 253 menores de edad los enjuiciados por delitos de violencia contra la mujer, constatándose que desde el 2012 ha sido la cifra más alta con un importante incremento de los casos. Según datos de la Fiscalía, el número de diligencias preliminares incoadas en 2017 por violencia de género ascendió a 684 (141 más que en el año anterior), siendo entre los 16 y 17 años la franja de edad donde mayor incidencia se da.

<sup>4</sup> La “violencia machista” tiene diferentes connotaciones a la violencia “sexista”, que alude al conjunto de caracteres genéticos y biológicos entre hombres y mujeres. Vid. Artículo 1 de la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, Naciones Unidas, Conferencia de Viena, 1993.

Frente a este panorama de violencia machista, el Estado español asume un fuerte compromiso en la elaboración de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), una de las mayores apuestas para afrontar el grave problema de la violencia contra la mujer. Una Ley que contó con un absoluto respaldo político y social, aprobándose por unanimidad por todas las fuerzas parlamentarias. Sin duda, esta norma ha sido la mejor expresión de que la lucha por atajar y erradicar la discriminación endémica de la mujer está ganando poco a poco la batalla contra los modelos machistas y dominantes que han permanecido en la clandestinidad durante siglos. La violencia sufrida por la mujer, por el mismo hecho de serlo, no es comparable con la violencia sufrida por otros colectivos, lo que la sitúa en un plano en el que la desigual posición de aquella requiere soluciones desiguales para su protección y reparación.

Las víctimas de violencia de género, gracias a la Ley 1/2004, comienzan a visibilizarse y a ocupar un espacio en las agendas públicas, para recibir toda la atención del Estado. El legislador ha querido que se abarque tanto aspectos preventivos, como los educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas; se crean nuevos tipos penales que otorgan más protección a la víctima y que es reforzado por una protección inmediata para evitar la reiteración del maltrato.

Las mujeres que han sufrido malos tratos por sus parejas (o exparejas), presentan características y necesidades especiales frente a otro tipo de víctimas y que vienen determinadas, en su mayor parte, por las motivaciones que alientan a sus agresores (manifestaciones de discriminación, situaciones de desigualdad o relaciones de poder) y que las convierten en un mero instrumento para que éstos puedan alcanzar sus fines, que no son otros que el mantenimiento de una relación sentimental con una persona que carece de libertad, respeto y capacidad de decisión.

La violencia de género es, por tanto, un fenómeno global que tiene como factor común la intolerancia hacia una violencia que ha pasado a convertirse en una cuestión de orden público, tanto en el ámbito internacional como comunitario<sup>5</sup>.

Han pasado ya muchos años desde que se aprobó aquella Ley, que tanto ha servido como modelo a otros países en el mundo, no sin la oposición de cierto sector de la judicatura y de otros operadores jurídicos que mostraron su desacuerdo con las disposiciones penales mediante numerosas cuestiones de inconstitucionalidad. La respuesta, en general, de la justicia ha sido adecuada; sin embargo, esta justicia sólo está preparada para castigar al maltratador y proteger a la víctima, no para resolver un conflicto derivado del delito ante una relación que se va a quedar con muchos flecos sin resolver. Resultará más que probable que, aunque la relación sentimental se haya terminado, se tenga que reanudar el diálogo para tratar sobre aspectos que todavía les unen, como los hijos si los tuvieren, por ejemplo. Es indudable que la víctima de violencia de género quiere protección y que cese cualquier acción hostil, pero no todas quieren romper definitivamente todos los vínculos y ver a su pareja en la cárcel. En este sentido, ayudaría mucho el otorgarles la posibilidad de ser escuchadas, de darles voz para recuperar esa posición de equilibrio que se le ha sido arrebatada.

---

<sup>5</sup> A modo de ejemplo pueden citarse la Recomendación 1759 (2006): Parlamentos unidos en la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución 1635 (2008): Eliminación de la violencia contra la mujer: hacia un Convenio del Consejo de Europa, Recomendación 1847 (2008): Eliminación de la violencia contra la mujer: hacia una Convención del Consejo de Europa, Recomendación 1905 (2010): Menores que presencian la violencia doméstica, Resolución 1861 (2012): Promover el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), Recomendación 2030 (2013): Violencia contra la mujer en Europa, Resolución 1963 (2013): Violencia contra la mujer en Europa, Resolución 2027 (2014): Centrándose en los agresores para prevenir la violencia contra la mujer, entre otras.

De especial interés en materia de protección a las víctimas la Directiva sobre la Orden Europea de protección penal de víctimas 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011 derecho de la ciudadanía a la libre circulación o el Reglamento UE 606/2013, de medidas civiles de protección de las víctimas, norma de aplicación directa sin necesidad de transposición.

Toda la normativa expuesta puede consultarse en la página del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad:

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/home.htm>

Desde hace ya algún tiempo, los diferentes ordenamientos jurídicos europeos han ido modificando sus normativas con el fin de dar una mayor luz y protagonismo a las víctimas del delito. Después de múltiples recomendaciones, se aprobó la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, se aprobó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. En el plano de la víctima, la norma parte de un concepto amplio, se protege bajo su espectro tanto a las víctimas directas como indirectas, españolas o extranjeras, y les confiere derecho a recibir información relativa a las resoluciones que acuerden prisión para el infractor, su puesta en libertad o la fuga de aquél y aquellas relativas a la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima<sup>6</sup>.

Con el Estatuto de la víctima se produce un primer acercamiento a la justicia restaurativa<sup>7</sup>, complementaria al proceso penal. Los mecanismos de este tipo de justicia ya habían sido incorporados en otros países de la Unión Europea como un método idóneo para abordar la reparación de las víctimas de delitos. En España, hasta la fecha en la que se aprobó el Estatuto, la justicia restaurativa se aplicaba, mediante la mediación en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor y, en el ámbito de los adultos, sólo se hacía mención en la propia LOMPIVG para prohibirla en los delitos de violencia de género<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Y todo esto sin necesidad de que la víctima lo *solicite* “salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones” (art. 7.3 Ley 4/2015).

<sup>7</sup> No es la primera vez que el legislador español aborda la justicia restaurativa para su implantación en el ordenamiento jurídico; en concreto y referido específicamente a la mediación en el ámbito penal, se ha tratado de introducir la figura mediante la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal (2013), siendo hasta la fecha infructuoso.

<sup>8</sup> Pese a la prohibición, se han desarrollado experiencias piloto como la del 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 indicadoras del éxito de una mediación una vez que se ha procedido el archivo del procedimiento penal.

Como he dicho, la mujer maltratada presenta características singulares que precisan especial atención, tanto en el plano asistencial o emocional, y la experiencia demuestra que no han podido ser cubiertas con lo hasta ahora aprobado por el Legislador. Por poner un ejemplo, en lo referente a las sentencias de conformidad, la víctima queda al margen de los acuerdos alcanzados entre la acusación y el infractor, sin conocer o entender cómo se ha negociado y el motivo de no haber sido ni siquiera escuchada. La víctima de violencia en el proceso penal juega el papel de sujeto pasivo del delito y viene perfectamente delimitado por la Ley: se limitará a su testimonio sobre los hechos objetivos para que el órgano judicial pueda fundamentar una sentencia condenatoria o absolutoria. Nada podrá hacer para hablar de sus sentimientos o inquietudes, pues no tendrán relevancia en el proceso penal.

Merece especial atención recordar que, en la violencia de género, existe o ha existido una relación afectiva y que ambas partes comparten un pasado, presente o incluso un futuro, pues puede ocurrir que la relación no se encuentre totalmente deteriorada. El conflicto entre ellos es complicado y la circunstancia de que, como consecuencia de un acto violento del hombre hacia su pareja, se habrá un procedimiento penal con las consecuencias que ello conlleva, lo es aún mucho más.

La víctima precisa de una reparación más allá de la clásica responsabilidad civil derivada del delito. Precisa de una reparación integral, actuaciones tendentes a que les permitan salir de la situación de sumisión en la que se encuentran y que puedan recuperar el control de sus vidas, que puedan volver a la situación de igualdad y de autonomía en la que estaban antes de que se convirtiera en víctima de maltrato.

Es por ello por lo que, atendiendo a esas específicas necesidades se plantee una vía de reparación que combine, de un lado los fines de la pena y del proceso penal y, de otro, los beneficios de la justicia restaurativa que puede suponer para este colectivo.

---

Vid. *La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?*, Revista de mediación, No. 7, mayo de 2011

La mediación es una de las herramientas más conocidas de la justicia restaurativa y, presumiblemente, la más adecuada para ser utilizada en los delitos de violencia de género, dada las características especiales que presentan ambas partes y el ámbito afectivo íntimo de su relación. Este método de resolución de un conflicto, que requiere especialmente elementos como la confidencialidad o la privacidad, sería el más adecuado respecto a los demás siempre y cuando esa conjunción de justicia restaurativa y proceso penal se hagan desde el plano de complementariedad y nunca como alternativa al mismo, dada la trascendencia e importancia del objeto de la mediación.

El importante determinar cuáles son las premisas básicas para aceptar una mediación en violencia de género, el momento procesal recomendable en el que se puede incardinar la respuesta restaurativa, el análisis de los beneficios de armonizar y complementar los fines de la pena y del proceso penal con la reparación efectiva de la víctima y qué aspectos deben tenerse en cuenta, desde el punto de vista penal y procesal, para un posible cambio de paradigma para poder implementar la mediación en episodios de violencia de género y así conseguir una mejor y más efectiva reparación a las víctimas.

Para el planteamiento y demostración de los objetivos que se plantean en el presente trabajo de investigación, lo he estructurado en tres partes con un total de cinco capítulos que reflejan el proceso de desarrollo teórico. En la primera parte, que abarca los dos primeros capítulos, he realizado una investigación sobre la justicia restaurativa y la mediación como medio de resolución del conflicto penal. En el primer capítulo, trataré sobre la justicia restaurativa y realizaré una exposición sobre las nuevas tendencias del Derecho penal y su incapacidad para resolver adecuadamente los conflictos penales. Trataré sobre la justicia restaurativa como un nuevo paradigma que no sólo considera la participación y las necesidades de las víctimas, sino también la reinserción social de los infractores. En el segundo capítulo, proporcionaré una teoría general de la mediación, analizando aquellas cuestiones que sirven para conceptualarla y caracterizarla, principios rectores de la misma y el ámbito objetivo de aplicación.



La segunda parte también la he dividido en dos capítulos. El capítulo tercero, aborda de forma sistemática y cronológica las diversas reformas en materia penal de la violencia contra la mujer hasta la materialización del concepto de violencia de género en el año 2004, donde ha quedado plasmados los diferentes delitos del hombre a su pareja o expareja. En cuanto a las teorías explicativas de las causas de la violencia de género, expondré brevemente los diferentes modelos, algunos centrados en el análisis de factores individuales y otros en los sociales, así como el modelo ecológico, del que me extenderé un poco más por ser, a mi juicio, el que más se ajusta a ofrecer una explicación sobre los factores que determinan en gran medida la continuidad en los malos tratos. El capítulo cuarto, me ocuparé de la prohibición de la mediación penal que se introduce en el art. 87 *ter* de la LOPJ realizando un somero análisis de los motivos aducidos por el legislador, ventajas e inconvenientes de una hipotética mediación en violencia de género, experiencias en el derecho comparado y un breve análisis de la posible aplicación de la mediación en casos de violencia de género entre adolescentes.

La tercera y última parte, de un solo capítulo, la dedicaré a proponer algunos elementos para una modificación legal que permita mediar en algunos casos de violencia de género. Para ello, intentaré responder a las siguientes preguntas: ¿Qué fase del procedimiento penal es la más adecuada para derivar un procedimiento de mediación en violencia de género?, ¿Qué características debe tener el mediador/a y que especificidades deben observarse para la implementación del proceso con seguridad para la víctima y el ejercicio del derecho de defensa del agresor? ¿Qué efectos tiene el acuerdo al que lleguen las partes y cómo se articula el control del cumplimiento de lo acordado?

Para poder llegar a un análisis completo y formular mis conclusiones, he consultado varias fuentes con el fin de ajustarme lo más posible al problema que se pretende dar solución en esta tesis. Para ello, en esta investigación se han consultado como fuentes bibliográficas, libros, artículos de revistas, publicaciones no periódicas (ponencias, congresos y seminarios), normativa (internacional, comunitaria y estatal), protocolos de mediación en CCAA, páginas WEB y sentencias.

Definidos, pues, los objetivos de este trabajo de investigación, hagamos una apuesta arriesgada y dejemos germinar este estudio para propiciar un cambio de paradigma, como es la mediación en cuanto nueva forma de resolución de conflictos, de empoderamiento de la mujer y reinserción del maltratador.

## **PARTE I: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL**

## **CAPÍTULO PRIMERO: LA JUSTICIA RESTAURATIVA. CONCEPTO, PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS**

### **I. UNA MIRADA BREVE AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL**

#### **1. ¿Crisis de la justicia o necesidad de adaptación a una nueva realidad?**

Antes de poder discutir sobre si la justicia restaurativa podría ser o no una herramienta eficaz en la resolución de conflictos penales y, más concretamente en casos de violencia de género, que es el núcleo del presente trabajo de investigación, creo que resulta de lo más oportuno, a mi juicio, analizar si el actual sistema de justicia penal tal y como está configurado hoy en día, cumple eficazmente con los fines del derecho penal o, por el contrario, está sumergido en una profunda crisis que se preocupa más en castigar a los delincuentes que en reparar el daño sufrido a las víctimas y poder satisfacer de la mejor forma posible sus intereses.

Mucho se ha hablado de los defectos y de las carencias que presenta la Justicia, donde la exorbitante carga de asuntos que se derivan a los órganos jurisdiccionales provoca que se encuentren absolutamente desbordados. Una de las principales causas de esta situación es la conciencia en las personas de que “el juzgado” es la mejor vía para solucionar sus controversias, produciéndose una verdadera congestión por la cantidad de asuntos que los Juzgados y Tribunales tienen que atender; en el año 2009 ingresaron 9.000.000 de asuntos, en tendencia creciente: 8.175.076 en 2007 y 8.887.427 en 2008<sup>9</sup>. La situación no ha cambiado a lo largo del tiempo y en el año 2011, con una evolución semejante a los años anteriores, el 74% de los asuntos correspondían al orden jurisdiccional penal<sup>10</sup>. De hecho, la avalancha de asuntos que actualmente llegan a los juzgados españoles es de tal magnitud, que alrededor de la mitad de los órganos judiciales están trabajando entre el 150 y 200 por cien de lo previsto, con la

---

<sup>9</sup> URBANO CASTRILLO, E., *La mediación penal, una urgente necesidad*, Revista Economist&Jurist, No. 138, marzo, 2010, pp. 74-79.

<sup>10</sup> Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2012, aprobada por el pleno de 23 de julio de 2012.

consiguiente merma y perjuicios que ello supone sobre todo para causas complejas y sensibles<sup>11</sup>.

No es extraño pensar que ese incremento de asuntos penales esté directamente relacionado con la incorporación de nuevos tipos en la legislación penal que, junto a otros factores en los que posteriormente me detendré, forman parte de lo que se ha llamado comúnmente por la doctrina “*expansión del Derecho Penal*”<sup>12</sup>.

Hablar de expansión penal en una rama del ordenamiento jurídico cuyo fin, además de motivar a la sociedad para que se abstenga a delinquir, es la de proteger los elementos básicos para la convivencia social (bienes jurídicos), podría llevar a pensar que dicha expresión –expansión del derecho penal- está vinculada a una política criminal que no es conforme con uno de los principios que se encuentran estrechamente relacionados con la función protectora: el principio de intervención mínima<sup>13</sup>.

El poder punitivo del Estado sólo puede manifestarse contra un número limitado de conductas ilícitas que atacan a bienes jurídicos que el legislador ha querido contemplar como merecedores de protección por el ordenamiento jurídico, de ahí el carácter fragmentario del Derecho Penal. El problema surge cuando se produce una interpretación amplia y equivocada sobre la gravedad de determinadas conductas o cuando se amplían bienes jurídicos para proteger, que pueden llevar a expansión normativa que no se corresponde con la realidad social.

---

<sup>11</sup> Informe de órganos que sobrepasan el 150 % de la carga de trabajo. Datos a 31/12/2013, en <http://www.poderjudicial.es>.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001, p. 20.

El autor considera que en la expansión del derecho penal influyen aspectos como la creación de nuevos bienes jurídicos, la flexibilización de las reglas de imputación o la relativización de los principios político-criminales de garantía.

<sup>13</sup> En efecto, el Derecho Penal es una disciplina que sólo debe intervenir en el caso de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, de modo que no debe interferir en los derechos de las personas cuando existen otros medios o sistemas de control que puedan cumplir de un modo satisfactorio la finalidad de prevenir comportamientos contrarios al derecho. Es por ello que el Derecho Penal únicamente puede intervenir cuando se ha constatado que los recursos extrapenales para resolver los conflictos en la sociedad no han servido a su fin y no exista otra solución (principio de subsidiariedad).

Como señala Silva Sánchez, el Derecho Penal es un instrumento cualificado para proteger los bienes jurídicos especialmente importantes. Es por ello por lo que su expansión se pueda deber a la aparición de nuevos bienes jurídicos o a nuevas valoraciones de los ya existentes<sup>14</sup>. En relación con la aparición de novedosos bienes jurídicos no se puede negar que, en la actualidad, los elevadísimos avances técnicos, científicos y socioeconómicos, entre otras circunstancias, unidos al fenómeno de la globalización han dado lugar al nacimiento de una sociedad de riesgo<sup>15</sup>, donde han proliferado nuevas formas de criminalidad hasta ahora desconocidas por la sociedad (conductas relacionadas con el medio ambiente, tecnología, delincuencia económica, etc.). La consecuencia más inmediata es una demanda de la seguridad ante una sensación de inseguridad, entendida desde un punto de vista subjetivo en el que muchos de los peligros percibidos por la sociedad no son reales<sup>16</sup>.

La percepción que una persona tiene sobre la criminalidad y el miedo a sufrirla depende, en primer lugar, de la propia experiencia como víctima de un delito en su persona o en la de su círculo social (familiares, amigos, conocidos, etc.). Sin embargo, no puede negarse la influencia que ejerce los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia<sup>17</sup>. El resultado es una política criminal que intenta aplacar dichos temores a través de un Derecho Penal caracterizado por; 1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; 2. Predominio de las estructuras típicas de simple

---

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión del Derecho Penal. cit., p. 25.

<sup>15</sup> El concepto fue acuñado como tal por el sociólogo alemán ULRICH BECK en su obra *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>16</sup> En este sentido vid. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “La Ley de Seguridad Ciudadana: un síntoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal”, en: MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (Coord.) *La protección de la seguridad ciudadana*, The International Institute for the Sociology of Law, 1995, pp. 441-475. Las preocupaciones que pueden inquietar a la sociedad pueden ser objetivas, refiriéndose a las posibilidades que tienen las personas de ser víctimas de infracciones penales y subjetivas, que hace mención a la percepción que tiene la gente de ser víctima de la delincuencia. El miedo subjetivo al ser víctima es el elemento principal que justificaría la demanda de seguridad por parte de la sociedad.

<sup>17</sup> Los medios de comunicación no contribuyen exclusivamente a aumentar la sensación de inseguridad entre la población, si bien su influencia puede ser una explicación más que plausible. Al elevado número de noticias sobre sucesos habría que añadirse hechos especialmente cruentos que se describen en ellos, no que da lugar a un aumento considerable de la atención mediática a la delincuencia.

actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo; 3. Anticipación del momento en el que procede la intervención penal; 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales<sup>18</sup>.

Son varias las voces las que se han alzado frente al proceso expansivo del Derecho Penal en los últimos años. HASSEMER, en una conferencia realizada en 1991, hizo un somero análisis del Derecho Penal moderno y anunció posibles alternativas para estudiar opciones de reforma en la normativa penal, tanto en su parte general como en la especial. Bajo la expresión Derecho Penal “*moderno*” se encuadrarían características tales como, prescindir de conceptos metafísicos prescribiendo una metodología empírica orientada a las consecuencias e intentar vincular al legislador penal controlando sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos<sup>19</sup>. Absolutamente contrario a una expansión modernista del derecho penal, aboga por reducirlo a lo que él denomina “*derecho penal básico*” que atienda a la protección de bienes jurídicos directamente relacionados con los derechos ya tutelados por el Derecho Penal clásico, tales como el derecho a la vida, a la libertad o a la propiedad, entre otros y dejando atrás la protección de otros bienes más universales que se configuran de un modo vago. Por otra parte, este representante de la escuela de Frankfurt propone crear un “*Derecho de intervención*”, ubicado entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, entre el derecho civil y el derecho público, caracterizado por prever penas más leves y, en consecuencia, ser menos estricto en lo referente a la exigencia de garantías procesales; en definitiva, un derecho más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas<sup>20</sup>.

SILVA SÁNCHEZ, ante la imposibilidad de volver al viejo y buen Derecho Penal liberal, propone un modelo dual basado en la creación de un Derecho Penal a dos

---

<sup>18</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, p. 5.

<sup>19</sup> HASSEMER, W., *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 45, 1992, pp. 235-239.

<sup>20</sup> HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 15-37.

velocidades: una primera velocidad representada por el “*Derecho penal de la cárcel*”, esto es, el Derecho penal clásico, caracterizado por mantener la rigidez de los principios políticos criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; una segunda velocidad para aquellos casos castigados con penas distintas a la de la cárcel (privativas de derechos o pecuniarias), cuyos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción<sup>21</sup>. Ambos modelos se diferenciarían por la naturaleza de los bienes jurídicos que cada uno de ellos protegen, así como las sanciones que llevan aparejadas los delitos que se cometen contra dichos bienes. En el Derecho penal de primera velocidad encajarían conductas tradicionales pertenecientes al Derecho penal clásico tales como el homicidio, los delitos contra la libertad sexual, contra el patrimonio, etc. Sin embargo, para el autor, este Derecho penal de primera velocidad es inoperante (por su carácter extremadamente formalista y garantista) para la lucha de conductas y modalidades de criminalidad pertenecientes al Derecho penal moderno (delincuencia económica, tráfico de drogas, etc.) siendo, pues, más eficaz el Derecho penal de segunda velocidad. Finalmente, SILVA plantea la posibilidad de que pueda quedar espacio incluso para un Derecho penal de tercera velocidad en el que determinadas garantías político-criminales son relativizadas o suprimidas frente a un tipo muy específico de delincuente considerado como enemigo de la sociedad<sup>22</sup>.

Precisamente, la postura más radical vinculada al proceso de expansión del Derecho penal es la desarrollada por JAKOBS a partir de 1985 y posteriormente perfilada por un sector de la doctrina alemana, donde se introduce en el discurso penal la terminología “*Derecho penal del enemigo*”. Para JAKOBS el punitivismo<sup>23</sup> y el

---

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*. cit., p. 163.

<sup>22</sup> Ibidem, pp. 163 y ss.

<sup>23</sup> La expresión “populismo punitivo” fue utilizada por primera vez por BOTTOMS en su obra “*The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*”, en AA.VV., *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, 1995, pp. 17-49, refiriéndose al uso del derecho penal por los gobernantes guiado por tres asunciones: mayores penas pueden reducir el delito; las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales productos de este uso. La sensación de inseguridad presente en la sociedad no siempre es real, sino que es producto de la intervención de los medios de comunicación que manipulan noticias creando una especie de paranoia que tiene como consecuencia la exigencia de leyes severas y de una tolerancia cero para aquellos que realicen conductas



simbolismo<sup>24</sup> constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo<sup>25</sup>. Este concepto fue introducido en la doctrina alemana como una legislación de emergencia, como una excepción frente al Derecho penal de ciudadanos; sin embargo, en la actualidad parece que han cambiado las tornas y se admite con carácter general. El Derecho penal del enemigo presenta las siguientes características<sup>26</sup>: En primer lugar, implica un amplio adelantamiento de la intervención del Derecho penal, manifestándose en la prevalencia del hecho que se va a producir sobre el ya producido. En segundo lugar, supone el tránsito de una legislación penal por otra de lucha, prevista para combatir con penas desproporcionadas, sobre todo en el ámbito de la delincuencia económica, terrorismo y criminalidad organizada. Finalmente, existe una relativización de las garantías propias que rigen el procedimiento penal.

---

delictivas. Esta circunstancia es aprovechada por los poderes políticos que ven un filón para ganar adeptos y votos, impulsando la aprobación de leyes que prescinden de consultar a los expertos en derecho y que despliegan efectos perniciosos como la creación de nuevos tipos penales o la agravación de los ya existentes. Vid. también LARRAURI, E., *Populismo punitivo...y cómo resistirlo*, Jueces para la Democracia No. 55, 2006, pp. 15-22; ARANDA OCAÑA, M. et al., *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contra-reformas del sistema penal en España (1995-2005)*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005, pp. 6 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 57 y ss.

<sup>24</sup> Vid. la obra de HASSEMER, W., “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*” en AA.VV., *Pena y Estado*, Cono Sur, Santiago de Chile, 1995, pp. 23-36, donde el penalista considera que dicho Derecho es la oposición entre “realidad y apariencia”, entre lo “manifiesto y latente” entre lo “verdaderamente querido y lo otramente aplicado” asociando simbólico con engaño, tanto en sentido transitivo como reflexivo. Ciertamente el legislador, mediante la elaboración de este tipo de normas penales, busca aplacar las voces que demandan más seguridad con una función de engaño que no cumple la tarea de una política criminal adecuada y culmina con una desconfianza de la población hacia la Administración de Justicia. Para BARATTA, el Derecho simbólico es la contradicción existente entre lo que el legislador pretende perseguir y lo que realmente busca, lo que fácilmente se puede constatar en los prólogos de los proyectos de ley. BARATTA, A., *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal, lineamientos para una teoría del bien jurídico*, Revista guatemalteca de ciencias penales, pp. 75-92. Un ejemplo claro lo representaría la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el que se reconoce en su preámbulo un endurecimiento de la pena a pesar de no ir acompañado de una mayor criminalidad, lo cual hace pensar en la fundamentación motivada por un impacto mediático y sensacionalista de los medios de comunicación. Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: *Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales*, Revista de Derechos Fundamentales- Universidad Viña del Mar, No. 8, 2012, p. 49.

<sup>25</sup> JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, p. 65.

<sup>26</sup> LANDROVE DÍAZ, G., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 91.

GRACIA MARTÍN<sup>27</sup> apunta que *“es este Derecho penal del enemigo una clara manifestación de los rasgos que caracterizan el llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales del Estado de Derecho”*

En efecto, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por vincular la pena con la peligrosidad del criminal, se diferencia de los postulados del Derecho penal clásico en la no vinculación al hecho antijurídico, sino en la peligrosidad para realizar un hecho delictivo futuro. Se transita desde el derecho penal de hechos al derecho penal de autor y se divide a la sociedad distinguiendo entre ciudadanos, personas normales que suelen respetar las leyes de los enemigos que infringen la ley penal de forma sistemática y reiterada. Para aquellos ciudadanos que sean respetuosos con la ley penal se les aplicará un derecho respetuoso con las garantías de un Derecho penal democrático. En cambio, para los “enemigos”, sujetos que presumiblemente han abandonado el Derecho de forma permanente sin ninguna garantía de reinserción a la sociedad, regirá un derecho distinto por ser el anterior ineficaz, un derecho que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, de la reafirmación del derecho o de la prevención general positiva, de la prevención especial en sus dos vertientes (intimidatoria y resocializadora) y cuyo fin no sería otro que el de su exclusión o inocuización<sup>28</sup>.

En definitiva, la sociedad moderna se topa con un escenario donde, en la balanza de la Justicia, pesa más la seguridad ciudadana que la libertad. Existe una clara regresión en materia penal en la que el modelo de Justicia propio del Estado liberal, asentado sobre los principios de la racionalización y la civilización, ha sido desplazado

---

<sup>27</sup> GRACIA MARTÍN, L., *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”*, Nuevo Foro Penal, No. 69, 2006, pp. 137-197.

<sup>28</sup> Vid. BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 91.

por un modelo de corte neoliberal<sup>29</sup>. Se trata de una involución de la Justicia penal, caracterizada por la acción un Estado incapaz de proveer de una adecuada seguridad a sus ciudadanos. La consecuencia de ello es clara: más delitos<sup>30</sup>, penas más duras<sup>31</sup> y un colapso en el sistema<sup>32</sup> que no es correlativo a una disminución de la criminalidad ni a un aumento en la sensación de seguridad en la población<sup>33</sup>. Una sociedad moderna de bienestar, caracterizada por una alta capacidad para hacer frente a problemas complejos, es incompatible con otro tipo de sociedades en la que se criminalizan conductas que bien podrían ser afrontadas con otros medios menos coercitivos.

Los tradicionales argumentos a los que se recurre para justificar y legitimar la intervención penal, retribución y prevención siguen siendo las principales herramientas de las que se vale el Estado para fundamentar la función del Derecho penal. La pena, como tal, es un mal necesario que se impone a quien ha cometido una infracción penal.

---

<sup>29</sup> BARONA VILAR, S., *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 471 y ss

<sup>30</sup> Un claro ejemplo de ello es la reforma de los delitos contra la seguridad vial introducida por la LO 15/2007, de 30 de noviembre en la que se criminalizan conductas relacionadas con los límites de velocidad o autorizaciones administrativas para conducir. Algunos sectores doctrinales reclaman el abandono de esta tendencia incriminadora y defienden el reforzamiento de medidas de seguridad, así como una más adecuada educación viaria para conductores y peatones. Todo ello acompañado, para reforzar este fin, de sanciones administrativas y de mecanismos eficaces para garantizar el procedimiento sancionador.

<sup>31</sup> La legislación penal, ya desde que se promulgó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, ha sufrido más de 25 reformas, algunas especialmente profundas como la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la LO 5/2010, de 22 de junio o la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo; en todas y cada una de ellas prima la misma tendencia y es que, problemas de índole social, económico o político son objeto de las normas penales en vez de ser atacados por otras vías de carácter administrativo o civil para, sino eliminarlos, reducirlos de alguna manera. La actual LO de 2015 es la que remata una trayectoria de política criminal de corte claramente represiva. La novedad más importante es la creación de la pena de prisión permanente revisable, innecesaria y probablemente inconstitucional según gran parte de la doctrina que consideraba la pena de prisión de hasta cuarenta años para los delitos graves más que suficiente. Penas más graves pese a la supresión de las faltas, ya que dos terceras partes de las mismas pasan a ser calificadas como delitos leves aumentando su gravedad y penalidad. Un punitivismo exacerbado del poder legislativo que amplía, además, el número delitos que se evidencia, por ejemplo, en el ámbito de los delitos el medio ambiente, en los que se incluyen conductas difícilmente defendibles como bienes jurídicos penales o con lo sucedido con el nuevo tipo de administración desleal.

<sup>32</sup> Lo cierto es que el aumento de las infracciones y el incremento de la penalidad aumenta, de modo considerable, el número de litigios, condenas y una sobresaturación de los centros penitenciarios que se traduce en un alto coste presupuestario.

<sup>33</sup> Esta preocupación de la sociedad se puede contrastar a través de datos objetivos que se recogen en las investigaciones realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), organismo autónomo dependiente del Ministerio de la Presidencia y que pueden ser consultados directamente en la página web: <http://www.cis.es>

Es el principal instrumento del que se sirve el Estado para prevenir y sancionar aquellas conductas que atentan gravemente contra bienes jurídicos fundamentales para las personas. Cuando se habla de justificación de las penas, resulta necesario preguntarse sobre qué objetivos se persigue cuando se castiga al infractor.

Son varias las tesis que se barajan respecto a las funciones y fines de la pena. Por un lado, las teorías absolutas o retribucionistas son aquellas que encuentran su justificación en el delito cometido, se castiga al delincuente como modo de hacer justicia, en retribuirlo por la mala acción que cometido. Los representantes más destacados son KANT y HEGEL<sup>34</sup>. Para ellos el castigo es el único fin de la pena y excluiría otras formas posibles de justificación. Los autores que defienden este modelo resaltan como aspecto positivo el hecho de que puede ser una forma adecuada para que se limite la potestad punitiva del Estado; el castigo ha de ser proporcional al delito cometido. Sin embargo, no son pocos los inconvenientes que se derivan de la posición retribucionista. El primero de ellos se basa en establecer la correspondencia entre el delito y la pena. No siempre va a resultar fácil determinar qué pena imponer a una persona; a priori, la solución podría ser fácil, pues bastaría con mirar hacia la cúspide de una imaginaria pirámide donde se posicionarían los bienes y derechos más importantes de la persona (la vida, libertad, etc.) y, a partir de ahí, tipificar los ataques más graves contra dichos valores. Sin embargo, a medida que vamos bajando hacia la base de dicha pirámide, encontraríamos conductas en las que resultaría muy difícil imponer al delincuente un mal proporcional a su conducta (piénsese en los delitos de peligro abstracto o aquellos que atacan intereses difusos, por poner un ejemplo).

Las tesis relativas, a diferencia de las retribucionistas que miran al pasado, a lo que el delincuente ya ha hecho, justifican la pena como un instrumento que puede evitar

---

<sup>34</sup> KANT, *La metafísica de las costumbres* (traducción de Cortina Orts/Conill Sancho), Tecnos, Madrid, 2002. Para este filósofo alemán, la ley penal es un “imperativo categórico”, no tiene más fin que el castigo en sí mismo, sin ninguna otra consideración utilitaria ni para el delincuente ni para el resto de la sociedad. Para HEGEL, el delito es la negación del derecho y la pena, la negación de la negación, por tanto, anulación del delito y restablecimiento del derecho, por lo que el castigo es necesario para la superación del delito. Ambos filósofos citados en BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*. cit., pp. 29 y ss.

la comisión de delitos futuros. Dentro de estas teorías hay que distinguir, por una parte, la prevención general que se dirige a toda la comunidad, a la sociedad en su conjunto y en la que se puede distinguir, a su vez, dos subgrupos: por un lado, la prevención general negativa, cuyo principal representante es FUERBACH con su teoría de la coacción psicológica<sup>35</sup>. Se trata de intimidar a los futuros delincuentes de la sociedad, para que todos aquellos que tengan la intención de cometer algún delito valoren sus consecuencias antes de llevar a término sus intenciones. La prevención general positiva busca reforzar la confianza en el ordenamiento jurídico, confirmar la vigencia de la norma o una actitud de respeto por los valores fundamentales de la sociedad.

Finalmente, la prevención especial se dirige al sujeto que cometió el delito y la finalidad de la pena se centra en actuar sobre éste para que no vuelva a delinquir. En este sentido, cabe citar como uno de los representantes de la dogmática alemana que hablan sobre este fin de la pena a VON LIZT<sup>36</sup>, el cual consideraba que la pena cumple una función distinta según el tipo de delincuente concreto a la que se dirige, de tal manera que, en el caso de los delincuentes ocasionales, de los que se prevé que no hay riesgo de reiteración en su conducta, la pena tendría una misión intimidatoria.

Este modelo tradicional de justicia, que recurre a la pena para imponer el castigo al culpable de un delito como vía para garantizar los fines preventivos y garantizar la paz social, está abocado a que se cuestione su eficacia, porque existe una insatisfacción generalizada respecto a las verdaderas necesidades de las personas e instituciones.

Siguiendo a LOREDO COLUNGA, la víctima no se siente escuchada ni es resarcida debidamente; a lo sumo, podría obtener una reparación material del daño y, en algunos casos, ese beneficio sería ínfimo por los efectos perversos de la victimización secundaria. Respecto al victimario, la pena impuesta (especialmente la privativa de

---

<sup>35</sup> Vid. FEUERBACH, Tratado de Derecho Penal común.

<sup>36</sup> Vid. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Méjico, Méjico, 1994.

libertad) provoca, a menudo, un efecto estigmatizador y destructivo sin que se corresponda con una reinserción social reeducadora<sup>37</sup>.

Como afirma DE URBANO CASTRILLO, el modelo de justicia tradicional *“está moralmente quebrado, no se revela como justo, no previene ni protege, no intimida ni disuade, no rehabilita ni resocializa, no reeduca ni educa, pocas veces atiende las necesidades de delincuentes y víctimas. Todas aquellas utilitarias ambiciones del sistema punitivo han sido prácticamente abandonadas bajo el atractivo de un propósito de infligir el daño al ofensor”*<sup>38</sup>.

## **II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO PARADIGMA POR EXPLORAR**

### **1. Acerca de lo que debe y no debe entenderse como Justicia Restaurativa**

Ya hemos visto que la Justicia convencional, en la mayoría de los casos, puede provocar una experiencia desagradable y dolorosa, tanto para los infractores como para las víctimas, convirtiéndose ambos en mártires del sistema penal. El sistema de justicia penal debe configurarse como un instrumento de prevención general para reprimir las conductas delictivas, pero también debe atender a la rehabilitación del infractor y, por supuesto, a la reparación de las víctimas.

Dentro de este enfoque se sitúa la llamada Justicia restaurativa, aprovechando en cierto modo la crisis de los postulados clásicos y para dar una respuesta satisfactoria a esas tres premisas a las que he hecho referencia.

Es una filosofía que surge en Canadá y posteriormente se extiende a los Estados Unidos, no siendo hasta la mitad de la década de los ochenta cuando llega al continente europeo, siendo los primeros países en recepcionarla Irlanda, Inglaterra o Gales<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> LORENZO COLUNGA, M., “Una aproximación a la Justicia Restaurativa: un sistema penal para «dar a cada uno lo suyo»”, en: ROCA DE AGAPITO, L. (Dir.). *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 710.

<sup>38</sup> URBANO CASTRILLO, E., *La justicia restaurativa penal*, Revista La Ley, No. 73, julio, 2010.

<sup>39</sup> MONTESINOS GARCÍA, A., *Tratado de mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 23.

Para una primera aproximación, existe un proyecto revisado de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia restaurativa en materia penal dictado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, donde se define el proceso restaurativo como *“todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquiera otra persona o miembros de la comunidad afectado por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”*<sup>40</sup>.

Uno de los principales protagonistas y, considerado el padre de la Justicia restaurativa, es ZEHR que la define como *“un proceso a través del cual el infractor, con remordimiento con su conducta, acepta su responsabilidad hacia quien ha dañado y hacia la comunidad, que en respuesta a ello permite la reintegración del ofensor a la comunidad”*<sup>41</sup>.

ZEHR la concibe como una nueva forma de justicia que considera el delito como un daño a las relaciones humanas, de modo que la víctima y el ofensor pasan a ser el elemento principal de la relación. Se trata de un nuevo paradigma de justicia que puede resultar más apropiada para la resolución de problemas generados por el delito y que centra su atención, más que en el pasado, en el futuro con el fin de recomponer las relaciones humanas, en lugar de castigar e imponer otro mal que puede resultar innecesario. El principal argumento de la justicia restaurativa, y que difiere del paradigma retributivo, es que el delito se concibe como una agresión, no contra el Estado, sino contra las personas y sus relaciones.

Otra definición ampliamente aceptada de Justicia restaurativa, es la aportada por el psicólogo estadounidense MARSHALL ROSENBERG, creador de la comunicación no violenta como proceso de comunicación con las personas para la resolución de

---

<sup>40</sup> Vid. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas en E/CN.15/2002/5/Add.1. A nivel europeo puede citarse también Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2012, en la que en su art 2.1-d la define como *“cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”*. <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

<sup>41</sup> CANO SOLER, M. *La mediación penal*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 38.

conflictos y diferencias de modo pacífico: “La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”<sup>42</sup>.

La Justicia restaurativa es diferente a la Justicia retributiva. En este sentido y, siguiendo a **BERISTAIN**, ambos tipos de Justicia se diferencian en los siguientes aspectos<sup>43</sup>:

<b>MODELO RETRIBUTIVO</b>	<b>MODELO RESTAURATIVO</b>
El delito es la infracción a la norma penal del Estado	El delito es la acción que causa daño a otra persona
Se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando al pasado, a lo que el delincuente hizo	Se centra en la solución del problema, en la responsabilidad y obligaciones mirando al futuro
Se reconoce una relación de contrarios, de adversarios que vencen y someten al enemigo en un proceso normativo legal	Se establece un diálogo y una negociación normativa que imponga al delincuente una sanción restauradora
El castigo es la consecuencia natural, dolorosa, que también conlleva o pretende la prevención general y especial	La solución del conflicto está en la reparación como un medio de restaurar ambas partes, víctima y delincuente. Tiene como meta la reconciliación
El delito se concibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado. Se menosprecia su dimensión interpersonal y conflictiva	El delito se reconoce como un conflicto interpersonal. Se reconoce el valor del conflicto

<sup>42</sup> MARSHALL ROSENBERG, T: *Crime and Justice, a review of research*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

<sup>43</sup> BERISTAIN, A: *Criminología y Victimología, alternativas re-creadoras al delito*. Santa Fe de Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 1998.



El daño que padece el sujeto pasivo se compensa con (reclama) otro daño al delincuente	Se pretende lograr la restauración del daño social
Se margina a la comunidad y a las víctimas y se le ubica abstractamente en el Estado	La comunidad como un proceso catalizador de un proceso restaurativo versus el pasado
Se promueve, se fomenta, el talante competitivo, los valores individuales	Se incentiva la reciprocidad
La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. Se ignora a la víctima y el delincuente permanece pasivo	Se reconoce el papel de la víctima y el papel del delincuente, tanto en el problema (delito) como en su solución. Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima. Se anima al delincuente a responsabilizarse
El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena	Se define la responsabilidad del delincuente como la comprensión del impacto de su acción y el compromiso de reparar el daño
El delincuente no tiene responsabilidad en la solución del problema	El delincuente tiene responsabilidad en la solución del conflicto
El delito se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, económicas, sociales y políticas	El delito se entiende en todo su contexto moral, social, económico y político
El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto	Se reconoce a la víctima la deuda/responsabilidad
El estigma del delito es imborrable	El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora
No se fomenta el arrepentimiento, el	Se procura el arrepentimiento y el perdón

perdón	
La Justicia está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales	La respuesta al delito se crea desde los propios protagonistas

La Justicia restaurativa percibe el delito, no como una infracción o trasgresión de la norma penal, sino que va más allá; se basa en el reconocimiento de que los infractores dañan a sus víctimas, a la comunidad y a ellos mismos. De este modo, la Justicia restaurativa trasciende de la lógica del castigo (fin retributivo de la pena) y se centra más en una solución articulada que una responsabilidad del infractor, reparación a la víctima y la reintegración de aquél a la comunidad a la que también le ha producido un daño. Tiene como fin implicar, no sólo a la víctima y al infractor, sino también a los miembros de la comunidad con el fin de restablecer de nuevo las relaciones que han sido afectadas como consecuencia del ilícito penal.

El manual sobre programas de justicia restaurativa de la ONU<sup>44</sup> aporta las siguientes características de esta Justicia, a saber:

- Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima que permite que cada caso sea considerado individualmente;
- Una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades;
- Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmáticos sobre los delincuentes;
- Un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional;
- Un método que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto.

---

<sup>44</sup> [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

Sin embargo, la justicia restaurativa no es una panacea ni debe entenderse como un sustituto del sistema legal<sup>45</sup>. No puede dar respuesta a todas las situaciones ni tampoco se opone necesariamente a la retribución. La mayor parte de quienes promueven y defienden el modelo restaurativo, coinciden en que el delito tiene tanto una dimensión pública como una privada. Si bien la principal prioridad son las relaciones interpersonales (conflicto privado, intersubjetivo de las partes), no hay que olvidar que con la comisión de un hecho delictivo se produce un conflicto público o social entre el Estado, titular del *ius puniendi*, garante de los intereses y responsabilidades de la sociedad, y el infractor.

## **1.2. Críticas a la justicia restaurativa**

Este nuevo paradigma es de muy reciente aparición y, por lo tanto, aún queda mucho para definir sus fundamentos y límites. A pesar de que, por ahora, es pronto para saber con exactitud, de una manera objetiva, los resultados que aporta en el actual sistema de justicia penal no faltan detractores de sus postulados y potencialidades.

De entre todas las críticas, me gustaría resaltar dos que sobresalen y que centran su atención en las consecuencias negativas para el Derecho penal y sus fines.

### La privatización del modelo de justicia penal

Se aduce que la justicia restaurativa y sus mecanismos atentan contra el carácter público del derecho penal y contra el principio de igualdad, ya que la respuesta a la infracción penal estaría de algún modo condicionada a la capacidad económica del infractor<sup>46</sup>. No obstante, la justicia restaurativa trasciende del ámbito meramente

---

<sup>45</sup> ZEHR, H. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. United States: editorial Good Books, 2005, p.16

<sup>46</sup> TAMARIT SUMALLA, J. GUARDIOLA LAGO, M. *La justicia restaurativa y los paradigmas alternativos de justicia*. Universitat Oberta de Catalunya.

Recuperado de

[http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75606/1/Resoluci%C3%B3n%20alternativa%20de%20conflictos%20y%20justicia%20restaurativa\\_M%C3%B3dulo%20\\_La%20justicia%20restaurativa%20y%20los%20paradigmas%20alternativos%20de%20justicia.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75606/1/Resoluci%C3%B3n%20alternativa%20de%20conflictos%20y%20justicia%20restaurativa_M%C3%B3dulo%20_La%20justicia%20restaurativa%20y%20los%20paradigmas%20alternativos%20de%20justicia.pdf)

La respuesta a tales críticas se centra en enfatizar el sentido de la reparación penal respecto a la responsabilidad civil derivada del delito. Dicha reparación puede hacerse en favor de la comunidad

privado desde el momento en el que el Estado delimita el marco de ésta, sus límites objetivos y subjetivos, formales y estructurales. Un ejemplo de ello es su regulación explícita en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito del que hablaré más adelante.

### Debilitación de los fines preventivos de las penas

Una de las cuestiones que más críticas ha provocado en la doctrina científica es la relativa a los efectos que puede tener la justicia restaurativa en la prevención de la comisión de futuros delitos. El argumento crítico parte de que, toda respuesta al delito que se aparte de una respuesta punitiva/retributiva, debilitaría también la función preventiva y conduciría irremediamente a un aumento de las tasas de criminalidad. Como se ha precisado en los apartados anteriores, es una filosofía de muy reciente aparición y sus efectos respecto a este punto aún no han podido someterse a una verificación empírica.

Sin perjuicio de lo expuesto, puede afirmarse que la justicia restaurativa permite satisfacer las funciones preventivas propias del derecho penal. Desde una perspectiva preventivo general, en la medida de que exista una regulación expresa relativa al derecho de las víctimas para acceder a los servicios de justicia restaurativa, con el fin de buscar una solución consensuada al conflicto intersubjetivo de las partes, se permitiría la reafirmación de la norma jurídica quebrantada<sup>47</sup>.

En lo que respecta a la prevención especial, la justicia restaurativa cumple una importantísima función rehabilitadora y resocializadora del infractor. El hecho de que, independientemente de la pena que se le imponga a éste, se suspenda o no, pueda establecerse un escenario de diálogo, donde el infractor se responsabilice de sus acciones y pueda apreciar directamente el daño que le ha infringido a la víctima, puede coadyuvar a un proceso de reinserción y de responsabilización que disminuya de una

---

(simbólica o social) y trasciende de lo meramente económico pues tiene una dimensión psíquica o moral que debe ir acompañada de una disculpa seria.

<sup>47</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal*. Revista Justicia Juris, vol. 13, 2017, pp. 122-132.

forma muy considerable el riesgo de reiteración delictiva, no por temor a recibir un nuevo castigo, sino por el miedo a causar más dolor a otras víctimas.

### **III. ALGUNOS EJEMPLOS DE METODOLOGÍAS RESTAURATIVAS**

Son varios los modelos de justicia restaurativa y pueden ser consultados en el Manual sobre programas de justicia restaurativa de las Naciones Unidas, donde se incluyen programas de mediación delinciente-víctima, de comunidad y de conferencias de grupos familiares, sentencias en círculos, círculos promotores de paz y libertad condicional reparadora y juntas y paneles comunitarios.

Siguiendo a MCCOLD, los procesos restaurativos, según su contenido, se pueden estructurar en<sup>48</sup>:

- Prácticas plenamente restaurativas, entre las que se integrarían las conferencias y los círculos de pacificación.
- Prácticas principalmente restaurativas: mediación autor-víctima, comunidades terapéuticas, los programas de apoyo comunitario a víctimas o las comisiones de la verdad.
- Prácticas parcialmente restaurativas: victimo-asistencia, compensación o indemnización del daño y los programas de inserción social.

De todos los modelos indicados, la mediación, las conferencias y los círculos son los que mayor interés suscitan en la doctrina científica, por ser prácticas destacadamente restaurativas, por lo que haré una breve aproximación de estos.

#### **1. Las conferencias**

Las conferencias son prácticas que se han desarrollado principalmente en países de origen australiano o neozelandés. El enfoque de este proceso es más amplio que los programas de mediación, debido a que implica congregarse o reunir a la familia tanto de

---

<sup>48</sup> MCCOLD, P., WACHTEL, T. "Restorative Justice Theory Validation", en: WEITEKAMP y KERMER, *Restorative Justice: Theoretical Foundations*, Devon: Willian Publishing, pp. 110-142, citado por MONTESINOS GARCÍA, A., "Tratado de mediación penal". cit., pág. 33

la víctima como del delincuente y, a veces, también a otros miembros de la comunidad<sup>49</sup>, lo que la hace más eficaz para el aseguramiento de que el infractor cumpla con lo acordado.

El hecho de que la comunidad esté incluida en este proceso restaurativo obliga a plantear quiénes son las personas que más se adecuan a representarla y que rol pueden desempeñar los principales actores del sistema de justicia penal, como son los policías, jueces, fiscales o abogados<sup>50</sup>. En la práctica, el número de participantes se reduce a la víctima, el agresor y sus familiares o personas más cercanas a ellos.

En las conferencias se tienen en cuenta a todos aquellos que han sido víctimas del delito y se valoran las consecuencias que ha causado el infractor, tanto a la víctima directa como a sus familias u otros miembros de la comunidad victimizados<sup>51</sup>. Este modelo se institucionaliza en Nueva Zelanda en el año 1989 en su Ley de Justicia Juvenil, aplicándose el 80% de los delitos cometidos por menores con edades comprendidas entre los 10 y los 17 años (se exceptúan los delitos muy graves como el asesinato o el homicidio).

En Australia prevalece el modelo *Wagga Wagga*, basado en la teoría de John Braithwaite denominada *Reintegrative shaming* (“vergüenza reintegradora”) que enfatiza la posibilidad de cambio en la conducta delictiva de los jóvenes agresores<sup>52</sup>. Según esta teoría, existen dos tipos de vergüenza: una reintegradora, basada en el respeto y otra estigmatizadora, basada en la humillación. El modelo de justicia tradicional incentiva la conducta delictiva juvenil y empeora las expectativas de rehabilitación convirtiendo a los centros correccionales en verdaderas escuelas delictivas.

---

<sup>49</sup> Manual sobre programas de justicia restaurativa, op. cit., pág. 20

<sup>50</sup> TAMARIT SUMALLA, J. *El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, Revista Ars Iuris Salmanticensis, vol. 1, 2013, p. 148.

<sup>51</sup> ROMERA ANTÓN, C., MERINO ORTÍZ, C. *Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares. Dos formas asentrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo*. Cuaderno de Instituto vasco de criminología, nº 12, 1998, pp. 285-303.

<sup>52</sup> Ibidem. p. 290.

Estos modelos han sido adoptados sólo por algunos países europeos, como por ejemplo en Inglaterra o Gales<sup>53</sup>.

Las conferencias de grupo se llevan a cabo de una forma más o menos informal, sin seguir un modelo preestablecido. No obstante, suelen encontrarse las siguientes fases<sup>54</sup>:

- Contacto/invitación: explicación del proceso a la víctima, victimario y personas cercanas a ellos, siendo habitual la invitación a trabajadores sociales, abogados o un policía.
- Acogida: reunión en círculo.
- Reconocimiento de los hechos: normalmente un policía da lectura a los hechos delictivos y el victimario debe reconocerlos para continuar con el proceso.
- Vivencias personales: la víctima y el infractor o alguno de sus acompañantes cuentan sus vivencias sobre los hechos en cuestión y las consecuencias que han tenido.
- Debate: es la fase más intensa a nivel emocional, los participantes se pueden expresar libremente y preguntar lo que estimen conveniente para satisfacer sus dudas e inquietudes.
- Reunión privada: en ocasiones y finalizado el debate, el victimario y su familia se reúnen para discutir las posibles soluciones al conflicto.
- Creación del acuerdo/seguimiento: con la asistencia de todos los que han participado en la práctica restaurativa, se propone una solución reparadora que puede consistir en trabajos en beneficio de la comunidad, seguir tratamientos de deshabitación, participar en talleres o cursos, pedir disculpas, etc. Transcurrido

---

<sup>53</sup> A título de ejemplo pueden citarse las *Youth Justice Family Group Conferencing*.

<sup>54</sup>ZINSSTAG, E., TEUNKENS, M. y PALI, B. "Conferencing: A way forward for restorative justice in Europe - Final report of JLS/2008/JPEN/043". Lovaina: European Forum for Restorative Justice (EFRJ), 2011, citado por CHOYA FORÉS, N. *Prácticas Restaurativas: Círculos y Conferencias*. País Vasco: Justicia restaurativa: nuevas perspectivas en mediación, 2014-2015, pp. 1-50, p. 14 y 24, en: <http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales%20postgrado/9%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA/PRACTICAS%20RESTAURATIVAS.pdf>.

ya un tiempo de la firma del acuerdo, se realizará un seguimiento de la persona infractora.

En este programa resalta la figura del “facilitador”, que favorece la comunicación grupal de la víctima y el agresor con sus respectivos familiares o personas que los acompañen con la finalidad de integrarlas en la práctica restaurativa.

## **2. Los círculos**

Esta práctica restaurativa hunde sus raíces en las comunidades indias de América del Norte, y su característica principal es que está abierta a toda la comunidad.

El círculo se define como *“aquella práctica por la cual las partes intervinientes, y los diferentes miembros de la comunidad de variada índole, se reúnen para analizar los efectos nocivos del delito, reparar a la víctima y resocializar al infractor a través de un espacio seguro en el que fluya el diálogo sincero y puedan manifestarse las emociones y sentimientos en aras a la consecución de un empoderamiento de la víctima y una pacificación social”*<sup>55</sup>.

Se denomina círculo por la posición que toman todos los participantes y que les permite estar en semejantes circunstancias, lo que permitiría una democratización de las actuaciones.

La diferencia de esta práctica respecto a las conferencias es la posibilidad de que participen más personas, de hecho, existen círculos donde el número de participantes sobrepasa la veintena. Además de familiares o personas allegadas a la víctima y el victimario, pueden participar personas representantes de la comunidad (profesionales como pueden ser los abogados, policías).

La práctica restaurativa funciona de modo similar a la anterior en lo referente a la información previa a los intervinientes, el modo en el que se va a llevar a cabo, la

---

<sup>55</sup> MIGUEL BARRIO, R. *La justicia restaurativa y el interés por el delito: los círculos restaurativos como posible método de resocialización del victimario*, Diario La Ley No. 9297, 2018.



finalización del procedimiento y la forma de seguimiento del acuerdo reparador. La labor de la persona facilitadora, sin embargo, es más difícil debido al hecho de que participen tantas personas. Suele complementar su participación con un objeto simbólico que determina el turno de las intervenciones y que contribuye de un modo especial a la reflexión<sup>56</sup>.

Siguiendo a MIGUEL BARRIO, existen varios tipos de círculos que van a depender de del contexto en el que se desarrolle la práctica restaurativa<sup>57</sup>:

- Los círculos de sentencia o paz: su principal función es atender no sólo el comportamiento delictivo del infractor, sino también las necesidades de las víctimas, las familias y la comunidad. La importancia de este círculo no es el acuerdo en sí, sino que se le da mayor importancia al proceso que contribuye a crear un ambiente idóneo para el diálogo y al fortalecimiento de la comunidad.
- El círculo de sanación: centra su atención en un apoyo físico y psicológico en favor de la víctima, contribuyendo a la superación del hecho traumático y sus consecuencias. Está más enfocada a paliar los efectos dañinos del delito que en la reparación o la solución del conflicto.

#### **IV. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO EUROPEO E INTERNO**

El modelo de justicia restaurativa surge como reacción al sistema tradicional de justicia que, como hemos visto, pone de relieve el elemento retributivo, castigar al infractor. Al populismo punitivo, como herramienta ficticia de resolución de conflictos y de los problemas sociales se une el estrepitoso fracaso del ideal resocializador, que convierte a la pena en un estigma para el infractor, sin la certeza de que con ella se

---

<sup>56</sup> REXROAD, R.: "Reshaping the Sentencing Circle: Striking A Balance Bet-ween Restoration of Harmony and Punishment of Offenders in IndigenousDomestic Violence Cases", *Southwestern Journal of Law and Trade in theAmericas*, núm. 13, 2007, pp. 403-422, citado por MONTESINOS GARCÍA, A., *Tratado de mediación penal*. cit., p. 36.

<sup>57</sup> MIGUEL BARRIO, M. *La Justicia Restaurativa y el interés por el delito: los círculos restaurativos como posible método de resocialización del victimario*, op cit.

pueda evitar las conductas reincidentes. Igualmente, se suma a estos dos elementos un abandono de la víctima en favor de un interés estatal, se prioriza el castigo del delincuente y se deja en un segundo plano reparar las consecuencias de la infracción penal.

En efecto, el Derecho penal se ha centrado en el autor del delito, dejando a la víctima en una posición marginal, limitando su participación como mero testigo para el esclarecimiento del delito. Desde que el Estado asume el monopolio del *ius puniendi*, la figura de la víctima queda mediatizada y aquél, junto al ofensor, desempeñan los roles protagonistas culminándose así un proceso de expropiación del conflicto a la víctima por parte del Estado<sup>58</sup>. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado, la Victimología ha reivindicado el denominado “*redescubrimiento de la víctima*”, que pone de manifiesto la necesidad del reconocimiento expreso de sus derechos procesales y extraprocesales, sin que ello implique una merma en los fines del sistema penal o de los propios derechos del victimario.

Ese nuevo interés por la víctima en el sistema de justicia penal ha sido tenido en cuenta por el legislador, y se ha puesto de manifiesto en el ordenamiento positivo, tanto en el ámbito europeo como en el ámbito interno del Estado español.

## **1. Marco normativo de la Justicia restaurativa**

### **1.1 Ámbito europeo**

En el marco de la Unión Europea, merecen especial atención la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal y la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del

---

<sup>58</sup> PÉREZ RIVAS, N. *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p. 28.

Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos<sup>59</sup>.

### Decisión Marco 2001/220/JAI

La Decisión Marco define, a expensas de su posterior transposición a las legislaciones de los Estados miembros, el estatuto jurídico de la víctima del delito en el marco de la Unión Europea, con el claro objetivo de armonizar las normas y las

---

<sup>59</sup> Son muchas las recomendaciones de la UE a los Estados miembros para incentivar la aplicación de la justicia restaurativa. Pueden citarse, a modo de ejemplo: **Recomendación R (85) 11, sobre la posición de la víctima dentro de la familia**, que recomendaba a los Estados miembros “*examinar las posibles ventajas de los programas de mediación y conciliación*”; **Recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización**, que incluía en su recomendación núm. 17 “*fomentar las experiencias (de ámbito nacional o local) de mediación entre el delincuente y su víctima, y evaluar los resultados examinando, en particular, en qué medida se preserven los intereses de las víctimas*”; **Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación en materia penal**, aporta un concepto de mediación que perdura y es adoptado por la mayoría de la doctrina: “*Entendemos 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: el mediador*”. Por otra parte, se establecen los principios generales de actuación, define los recursos necesarios para llevar a cabo estos procesos y establece que la mediación puede ser posible en todas las fases del procedimiento penal.

Muy reciente y referente fundamental es la **Recomendación (2018) 8, sobre justicia restaurativa en asuntos penales**, dedicada íntegramente a esta materia. La recomendación, como punto de partida:

- En el Preámbulo encuentra su fundamento en el “*creciente interés por la justicia restaurativa*” y en “*conseguir la máxima eficacia en el proceso de satisfacción de las necesidades de los participantes*”. Estas necesidades no son otras que las que la propia recomendación establece tanto para la víctima (“*hacerse oír con más fuerza en relación con la respuesta a su victimización, por comunicarse con el ofensor y por conseguir la reparación y satisfacción en el contexto del proceso de justicia*”) como para el ofensor (“*suscitar el sentido de la responsabilidad entre los ofensores y brindarles oportunidades de reparar el daño causado, que podría favorecer su reinserción, permitir el desagravio y el entendimiento mutuo, y fomentar el desistimiento de cometer delitos*”).
- Entiende la justicia restaurativa como “*cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño a participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado (en lo sucesivo, el “facilitador”)*”
- Se mencionan como principios fundamentales de la justicia restaurativa el principio de participación de las personas implicadas, reparación del daño, voluntariedad, diálogo deliberativo, y respetuoso, reinserción o logro de un entendimiento mutuo, entre otros.
- Contiene un amplio abanico de prácticas restaurativas tales como “*mediación entre la víctima y el ofensor, mediación penal, conferencias restaurativas, conferencias de grupo familiar, círculos de sentencia o círculos de pacificación, entre otros*”.
- Destaca la necesidad de la supervisión judicial cuando se prevea que los encuentros restaurativos puedan afectar a las decisiones judiciales tanto “*cuando la interrupción del enjuiciamiento depende de una conformidad, o cuando el acuerdo restaurativo se eleva al tribunal como orden o resolución recomendadas*”.

prácticas teniendo especial consideración a los derechos de las víctimas<sup>60</sup>. Se estableció la obligación de los Estados de introducir la mediación en los procesos penales; una mediación que es entendida como *“la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”* (art. 1 e) DM). Como puede observarse, sólo hace referencia a la mediación como forma de resolución negociada, sin hacer alusión a ninguna otra forma de justicia restaurativa ni, por otra parte, se alude a la mediación en la fase ejecutoria.

La DM promueve claramente la mediación y la necesidad de crear programas para financiar medidas, tanto públicas como de carácter gubernamental, de asistencia y protección a las víctimas. En concreto, en su art. 10 decía *“que 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”*.

A pesar de que la DM, en su art. 17, disponía *“que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco: — en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006”*, su grado de implantación en los Estados miembros de la Unión Europea fue deficiente debido, entre otros factores, a la gran disparidad de las legislaciones nacionales o a la existencia de una verdadera voluntad política por parte de los Estados<sup>61</sup>.

### Directiva 2012/29/UE

---

<sup>60</sup> Así, en su Considerando núm. 8 puede leerse *“Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito”*.

<sup>61</sup> Vid. BLAZQUEZ PEINADO, M.D. *La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?* Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 17, No. 46, 2013, p. 910.

La Directiva 2012/29/UE entró en vigor el 15 de noviembre de 2012 y deroga a la Decisión Marco de 2001 (art. 30). Introduce el concepto de justicia reparadora (art. 12) entendida como *“cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”* (art. 2.1 d)). Se procede, pues, a dotar de una definición común a la institución.

La Directiva contiene las normas mínimas sobre los derechos, apoyo y la protección de las víctimas de los delitos y, si bien utiliza la expresión justicia restauradora en términos generales, trata la mediación de modo específico junto con otras técnicas restaurativas, como las conferencias de grupo familiar o los círculos de sentencia<sup>62</sup>. En este sentido, la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer o impulsar estos programas en los procesos penales, sino que simplemente los emplaza para que faciliten la derivación de los casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora y les faculta *“el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”* (art.12.2).

Los Estados de la Unión Europea tienen la potestad de decidir como incorporar los programas restaurativos en sus ordenamientos jurídicos y tienen total libertad para elegir el más idóneo, así como regular las infracciones penales que van a ser objeto los procedimientos restaurativos que no tienen por qué ser iguales en todos los Estados.

---

<sup>62</sup> La Directiva incorpora los elementos más esenciales de la justicia restaurativa en el Considerando 46: *“Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general”*.

En el caso de que una ley interna establezca la posibilidad de acudir a un procedimiento restaurativo, el art. 12 de la Directiva establece las garantías mínimas que deben ser observadas en todo momento para evitar la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o represalias del agresor hacia la víctima. Pero no sólo se tienen en cuenta los intereses de ésta, pues igualmente también se garantiza el derecho de defensa del presunto infractor. Así, el precepto establece lo siguiente:

*1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:*

*a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si **redundan en interés de la víctima**, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el **consentimiento libre e informado de la víctima**; el cual podrá retirarse en cualquier momento;*

*b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima **información exhaustiva** e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;*

*c) el infractor tendrá que haber reconocido **los elementos fácticos básicos del caso**;*

*d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;*

*e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán **confidenciales** y no se difundirán posteriormente, salvo con el*

*acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.*

*2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal **derivación**.*

## **1.2 Ámbito interno**

En el ámbito de la legislación estatal española, dos son las normas que han favorecido un avance en el marco de la justicia restaurativa y la mediación. En primer lugar, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal y, en segundo lugar, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que reconocen expresamente dichas prácticas.

Respecto a la primera de las normas, se introducen modificaciones en la regulación de la suspensión de la pena, dotándola de mayor flexibilidad<sup>63</sup>. Por otra parte, se reviste al Ministerio Fiscal de facultades en delitos leves de carácter patrimonial para solicitar del Juez el sobreseimiento y archivo en caso de restauración<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> De conformidad con el art. 80.1 párrafo 2º, el Juez podrá acordar la suspensión de la pena cuando se den ciertas condiciones y se valorarán las circunstancias del delito, las personales del penado, antecedentes, conducta posterior al hecho y, **en particular, su esfuerzo por reparar el daño ocasionado**.

Con arreglo al art. 84.1, el Juez o Tribunal “*podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de **mediación***”.

<sup>64</sup> Dispone el art. 963.1 1º LECrim, que el Juez de Instrucción podrá acordar, tan pronto como reciba el atestado, el sobreseimiento “*cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado*”.

De la redacción del precepto se infiere que, para que proceda el sobreseimiento por razones de oportunidad, se trate de un delito de escasa “bagatela” o que se den ciertas circunstancias en el autor de los hechos que denoten escasa posibilidad de reincidencia o reiteración. En el caso de delitos patrimoniales, será necesario la reparación del daño y, en cualquier caso, el auto de sobreseimiento ha de notificarse a la víctima (arts. 636 y 779.1.1º LECrim y art. 7.1 de la Ley 4/2015), quién podrá impugnarlo y conseguir que se proceda a la reapertura de la instrucción.

## Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, incorpora la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

La Ley se refiere a la justicia restaurativa en cuatro de sus artículos:

- El art. 3, sobre los derechos de las víctimas, señala el derecho de la víctima 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”*;
- El art. 5 k) recoge el derecho de toda víctima a los *“servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible”*;
- El art. 29 determina que sean las Oficinas de Asistencia a las Víctimas las encargadas de precisar, *“en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocesal que legalmente se establezcan”*;
- Finalmente, en el art. 15 titulado *“Servicios de Justicia restaurativa”*.

A continuación, voy a centrar mi atención en este último artículo en el que se impone las garantías mínimas para el acceso al procedimiento de justicia restaurativa.

Para empezar, el precepto establece que las víctimas *“podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que **reglamentariamente** se determinen...”*. No existe aún un reglamento que delimite las líneas fundamentales de programas de justicia restaurativa; únicamente se ha aprobado el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, que se limita a encomendar a las Oficinas de asistencia a las víctimas, como función, informar



de los servicios de los servicios de justicia restaurativa<sup>65</sup> o “proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima” (art. 37.b). Estas líneas difusas de desarrollo de la Ley son insuficientes si se pretende instaurar en nuestro ordenamiento jurídico una justicia restaurativa eficaz para la resolución de los conflictos penales.

A mi entender, la reglamentación de los servicios de justicia restaurativa debería tener en cuenta elementos esenciales como los procesos específicos a los que se puede recurrir (mediación, círculos restaurativos, conferencias...). En segundo lugar, debería quedar claro cuál es el objeto de la mediación; debe determinarse claramente el tipo de delito que debiera ser susceptible de mediación o de otro método restaurativo.

El art. 15 LEVD establece los requisitos mínimos para el acceso al procedimiento de justicia restaurativa y que van a ser objeto de análisis a continuación.

- a) Infractor: reconocimiento de los hechos esenciales. Este requisito merece una especial reflexión, pues puede afectar directamente al derecho a la presunción de inocencia. El precepto exige que éste “haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad”. El tenor literal enunciado es distinto al art. 12.1 c) de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, que señala que “el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso”. La cuestión ha provocado un gran debate en la tramitación de la Directiva; exigir un reconocimiento que se extienda, no sólo a los hechos, sin al componente volitivo o incluso a la pena que se pudiera imponer, podría suponer un impedimento al desarrollo de muchos procesos restaurativos<sup>66</sup>. El requisito de el reconocimiento, pues, en la legislación española es más rígido que la Directiva, en tanto que “hechos esenciales” es menos transigente que “elementos fácticos”.

---

<sup>65</sup> En los términos del art. 19.19 de la norma, que establece como función específica “La información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de justicia restaurativa”.

<sup>66</sup> SOLETO MUÑOZ, H. “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”, en: ECHANO BASALDUA. et al.: *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Cuadernos penales José María Lidón, No. 9., 2013, pp. 94-95.

El requisito debe estar estrechamente relacionado con factores como la naturaleza y circunstancias del hecho criminal amén de la intensidad de los indicios acreditados<sup>67</sup> sin que por ello deba decaer el principio de presunción de inocencia que deberá reputar al acusado como inocente durante todo el proceso hasta que una sentencia condenatoria firme declare su culpabilidad. Con base a ello, no podría justificarse la aplicación de un proceso restaurativo tomando como base la exigencia de prueba suficiente en su contra que relativice dicho principio.

El respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento exige que no quepa la derivación a justicia restaurativa cuando el infractor niegue la existencia y/o participación en el hecho<sup>68</sup>; si niega haber realizado el hecho, la derivación por el Juez o Tribunal supondría tratar como presunto culpable a quien se presume como inocente.

Tomando como referencia esa “esencialidad”, se debería informar previamente al infractor de elementos, tales como los hechos concretos que han motivado la apertura del procedimiento penal y cuáles son los indicios genéricos (suficientes o bastantes) de los que se deduce su participación en esos hechos. No deben existir dudas acerca de su autoría en los hechos. Se puede reconocer estos extremos y oponerse con la significación jurídica, bien por estimar que no es típico, bien por considerar que siendo típica su conducta no es injusta o por valorar que, siendo injusta, no le es reprochable<sup>69</sup>.

Puede ocurrir que el infractor sólo reconozca parcialmente los hechos (porque oculte aquellos que son más graves o que le provocan más vergüenza) o

---

<sup>67</sup> En este sentido, uno de los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa de 2002 indica: “*Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente (...)*” Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, anexo, modificado por el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa.

<sup>68</sup> Protocolo de la Mediación Penal, contenido en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, 2016.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

<sup>69</sup> *Protocolo...*cit. pp. 109-110.

que los minimice restándoles importancia. En estos casos, al exigir la Ley sólo el reconocimiento de aquellos que son esenciales, tanto el reconocimiento parcial como la negación de los no esenciales podrían ser compatibles con el inicio de un proceso restaurativo<sup>70</sup>.

De no alcanzar acuerdo de mediación alguno o, en el caso de que alguna de las partes revoque el consentimiento inicialmente otorgado, ha de quedar preservado el derecho a la presunción de inocencia, sin que trascienda de ninguna de las maneras el reconocimiento de los hechos en el proceso penal. Es inevitable pensar el riesgo que supondría que estos hechos pudieran tomarse como indicios de culpabilidad. Para estas eventualidades y según la doctrina, se mantiene que *“el Juez no puede la motivación de una eventual sentencia condenatoria en esta circunstancia, como tampoco puede hacer con ninguna prueba obtenida ilícitamente, o en los trámites ordinarios del proceso penal cuando el abogado entra a la sala de vistas a negociar con el fiscal acerca de una posible conformidad que luego no se da en la práctica. Por tanto, ni la apertura voluntaria, ni el cierre del proceso de mediación son elementos que puedan ser tomados en consideración dentro de la valoración probatoria. Sería conveniente que la ley reguladora de la mediación determinase la imposibilidad de valoración”*<sup>71</sup>.

La presunción de inocencia ha de ser mantenida de modo estricto, sin que pueda tenerse en cuenta ni siquiera el reconocimiento parcial de los hechos como indicio válido para fundamentar una resolución contraria a los intereses del infractor. La participación de éste en un proceso restaurativo no podrá utilizarse nunca como prueba de admisión de culpabilidad<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., SERRANO MASIP, M. *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 315

<sup>71</sup> DEL MORAL GARCÍA, en SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord.). *La mediación familiar: La mediación penal y penitenciaria. EL estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Centro de estudios jurídicos Thomson Aranzadi, pp. 389 y ss., citado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. *Mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Reus, 2011, p. 34

<sup>72</sup> Vid. Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) sobre los *Principios básicos sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en el orden penal*.

Por tanto, si partimos de la idea de que los procedimientos restaurativos pivotan sobre el principio rector de la voluntariedad, ese reconocimiento de los hechos esenciales no vulneraría el derecho fundamental a no confesarse culpable. Este derecho no impide al infractor reconocer de forma voluntaria los hechos esenciales.

- b) Víctima: consentimiento libre. La norma exige previamente a una información exhaustiva e imparcial sobre el contenido, resultados y procedimientos para el efectivo cumplimiento.

El derecho a la información que han de recibir las víctimas, en lo atinente a los servicios de justicia restaurativa, se encuentra regulado en el art. 5 k) de la Ley, “*en los casos que sea legalmente posible*”. Tanto el requisito de la información como del consentimiento son aspectos destacados en el art. 12 de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre<sup>73</sup>.

La función de información, para poner en conocimiento de las víctimas la existencia de programas de justicia restaurativa, está encomendada a las Oficinas de asistencia a las víctimas<sup>74</sup>. La persona encargada de facilitar dicha información ha de ser imparcial, en el sentido de atenerse exclusivamente a informar de las ventajas y desventajas del procedimiento, sin entrar en valoraciones personales para remitir el asunto al mismo. El profesional deberá informar sobre los procedimientos existentes (no sólo de la mediación si hay posibilidad de acudir a otros distintos), del contenido y de los posibles resultados (riesgos, beneficios y alternativas) con absoluta exhaustividad, no siendo válida una información vaga sobre tales extremos.

El consentimiento informado de la víctima verifica que ésta ha recibido y entendido la información facilitada por el profesional responsable; debe ser firmado de forma consciente y voluntaria. El objetivo es que la víctima pueda

---

<sup>73</sup> En este sentido, el apartado b) se refiere a la condición de información al establecer que “*se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo*”. Por su parte, el apartado d) del artículo promulga que “*todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal*”.

<sup>74</sup> Art. 29 de la LEVD y arts. 29.19 y 37 del RD 1109/2015, de 11 de diciembre.

tomar las decisiones referentes a su participación en el proceso de justicia restaurativa de acuerdo con su libre y propia voluntad.

En cualquier caso, el art. 15 de la LEVD establece que la víctima (y el infractor) podrá “*revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento*”. Coincide con lo establecido en el art. 12.1 b) de la Directiva, (se podrá retirar “*en cualquier momento*”), es decir, la víctima podrá desistir en cualquier fase procesal en la que se encuentre el proceso penal, lo que provocará la reanudación de éste en el momento en que quedó suspendido sin que pueda trascender ninguna consecuencia para las partes.

- c) Infractor: prestar consentimiento. También el infractor, aunque la norma no lo contempla de forma expresa, deberá ser informado y prestar su consentimiento pudiendo igualmente revocarlo en cualquier momento del proceso.

Es importante que el infractor tenga la posibilidad de consultar con el Letrado/a que le representa sobre el inicio del proceso restaurativo acerca de las posibles consecuencias que le puede acarrear su participación en el mismo.

- d) Garantías de seguridad y riesgo de la víctima. El art. 15.1 d) LEVD exige el cumplimiento de que “*el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima*”.

La garantía de seguridad y protección de las víctimas exige que la derivación únicamente sea factible cuando no exista ningún riesgo de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias<sup>75</sup>. El precepto pone de

---

<sup>75</sup> Art. 12.1 de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre. En este sentido, el Considerando nº 46 señala que “*Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio*”.

manifiesto el peligro de victimización secundaria que puede causar a la víctima el servicio de justicia restaurativa y debe evitarse estableciendo las garantías y cautelas que sean necesarias. La neutralización de los riesgos o peligros de revictimizar a la víctima es primordial y aún serán más intensos en aquellos casos derivados a mediación en los que existan víctimas especialmente vulnerables<sup>76</sup>.

La ausencia de peligros y riesgos en el procedimiento para la víctima debería ser objeto de una cuidadosa regulación para que sea real y efectiva<sup>77</sup>.

- e) Ausencia de prohibición para el delito cometido. El último requisito requerido por la norma para acceder a los servicios de justicia restaurativa es que “*no esté prohibida por la ley para el delito cometido*” (art. 15.1 e). En la actualidad, la única prohibición jurídica para derivar un caso a mediación son los delitos de violencia de género. El art. 87 ter de la LOPJ, introducido por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al determinar la competencia objetiva de los Juzgados de violencia contra la mujer, establece en el ordinal núm. 5 una expresa prohibición (“*en todos estos casos está vedada la mediación*”). Por tanto, y atendiendo a la literalidad del precepto, podría entenderse que toda mediación que no esté expresamente prohibida por la ley, está permitida. Ello no significa que todos los casos que no estén prohibidos sean susceptibles de mediación.

Parte de la doctrina ha entendido que deben ser excluidos los delitos pluriofensivos, los delitos intentados, los delitos de riesgo o peligro sin víctima individualizada<sup>78</sup> o los delitos que afecten intereses difusos para la sociedad<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Esta tutela reforzada procederá después de que se hayan valorado casos especiales en atención a la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia limitativa de la capacidad para que la víctima pueda prestar su consentimiento de forma libre y voluntaria.

<sup>77</sup> Vid. SERRANO HOYO, G. “Los servicios de justicia restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito”. En M. BULNES M.J., PÉREZ GIL J. *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, 2016, p. 969.

<sup>78</sup> PELAYO LAVÍN, M. *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*. Universidad Complutense de Madrid, 2011. La autora considera que es fundamental que la intervención en la mediación sea personal y directa. En aquellos casos en los que no existan personas concretas y determinadas carecería de sentido derivar el caso a mediación.

Sin embargo, hay autores que consideran que en estos casos sí sería posible derivar el caso a mediación con la participación de organizaciones o entidades, legitimadas procesalmente, que encarnan derechos e intereses colectivos de quienes se hayan involucrados en el delito (una forma de variante simbólica)<sup>80</sup>.

- f) Debates confidenciales. Los mediadores y otros profesionales que participen en el proceso de mediación (peritos, psicólogos, trabajadores sociales y otros operadores jurídicos) estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones que hubieren tenido conocimiento en el ejercicio de su función<sup>81</sup>. La Directiva, en relación con este requisito, establece que *“los debates en los procesos de justicia reparatoria que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior”*<sup>82</sup>.

Se trata de una garantía de privacidad, que exige que todo lo que se debata en el procedimiento de mediación no tenga trascendencia en el procedimiento sino es con el consentimiento tanto de la víctima como del victimario<sup>83</sup>.

La garantía de confidencialidad tiene varias exigencias<sup>84</sup>:

- Que la falta de inicio o la falta de culminación del espacio de mediación será comunicada al juez o tribunal sin especificar el motivo o la razón de la falta de inicio o del inicio sin culminación.

---

<sup>79</sup> SERRANO HOYO, G. *Los servicios de justicia restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito*. cit, p. 971

<sup>80</sup> ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 151.

<sup>81</sup> Art. 15.2 Ley 4/2015: *“Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función”*.

<sup>82</sup> Art. 12.1 e).

<sup>83</sup> Son varias las excepciones al principio de confidencialidad; en primer lugar, el principio no se vulneraría si ambas partes acuerdan que la información pueda ser revelada y el mediador podría ser compelido a testificar si así se decidiera. También puede pensarse en aquellos supuestos en los que la información o manifestaciones impliquen una amenaza para la vida o la integridad de las personas o sea necesario por razones de orden público.

<sup>84</sup> *Protocolo...*cit. p. 111.

- De celebrarse un juicio adversarial, no podrá ser fuente de prueba de lo ocurrido en el espacio de mediación ni el facilitador ni ninguno de los dos intervinientes.
- De culminarse el espacio de mediación con un acuerdo restaurativo, el acta de reparación, en el que se plasma el mismo, se entregará a las partes para que la gestionen procesalmente, comunicándose al Juzgado o Tribunal la finalización del proceso de mediación con un acuerdo restaurativo. En el caso de enjuiciamiento de delitos leves el acta de reparación se trasladará también al Ministerio Fiscal por si se quiere ejercer el principio de oportunidad reglada.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA MEDIACIÓN PENAL COMO PRINCIPAL HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

### **I. UNA APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN PENAL**

#### **1. Entender la mediación como herramienta de resolución de conflictos**

La mediación penal es sólo una de las herramientas de la justicia restaurativa, quizás la más cualificada y utilizada<sup>85</sup> en el Estado español. De hecho, a partir de los años 90, se han ido instaurando en determinados órganos judiciales, siendo Valencia la primera en implantar un programa de mediación penal<sup>86</sup> en 1993. Desde entonces se han desarrollado proyectos de mediación en determinados Juzgados de Cataluña, Madrid,

---

<sup>85</sup> Como instrumento más cualificado se pronuncian autores como CERVELLO DONDERIS V. *Principios y Garantías de la Mediación Penal desde un enfoque resocializador y victimológico*. Revista Penal, núm. 31, 2013, pp. 1 y 23; o VARONA MARTÍNEZ G. *Justicia Criminal a través de métodos de Mediación. Una Introducción*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009, p.40.

<sup>86</sup> CERVELLO DONDERIS V. *Principios y Garantías de la Mediación Penal desde un enfoque resocializador y victimológico*. Revista Penal, No. 31, 2013, p. 1.



País Vasco, Andalucía, etc., que reflejan experiencias que han revelado un nivel de éxito y satisfacción equiparable a la mediación en el ámbito civil<sup>87</sup>.

El empleo de la mediación, particularmente en el derecho penal, no fue incorporado al ordenamiento jurídico español hasta la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>88</sup> y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito<sup>89</sup>. Hasta entonces no existía una ley específica que la contemplara ni tampoco se encontraba regulada dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El único ámbito del Derecho penal en que se encontraba regulada la mediación es en el proceso de menores, concretamente en los arts. 19 y 51.3 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En el ámbito de los adultos se encuentra expresamente prohibida su utilización en casos de violencia de género, en virtud de lo establecido en el art. 44, apartado 5, de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Si bien la mediación penal de adultos se encuentra huérfana de una regulación normativa, ello no es óbice para su aplicación por los Juzgados y Tribunales españoles que, ante la inexistencia de una ley específica, armonizan su aplicación a través del Protocolo de la Mediación Penal contenido en la *“Guía para la Práctica de la*

---

<sup>87</sup> Véase el apartado de las experiencias de mediación penal en España en BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*. cit., pp. 224 y ss.

<sup>88</sup> La LO 1/2015 introduce en la Disposición Final 2ª, apartado 10, el principio de oportunidad de forma reglada. Con ello se modifica el art. 963 de la LECrim, que permite en determinadas circunstancias (escasa gravedad de la infracción, no existencia de un interés público relevante, circunstancias personales del autor, satisfacción de la responsabilidad civil) que el Ministerio Fiscal desista de la acción penal. Cumplidos los presupuestos y solicitado expresamente por el Ministerio público el sobreseimiento, el Juez de Instrucción se limitará a aplicar el art. 964.2 a) de la LECrim: *“Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando resulte procedente conforme a lo dispuesto en el numeral 1ª del apartado 1 del artículo anterior”*. Como se dijo en líneas anteriores, la reforma afecta también a los beneficios de la suspensión y sustitución de las penas flexibilizando los requisitos e incluyendo la mediación como condición.

<sup>89</sup> Esta norma introduce la mediación como solución complementaria al proceso penal en los arts. 3, 5 k) y 15.

*mediación intrajudicial*” editada por el CGPJ<sup>90</sup>. De hecho, en los últimos años se puede comprobar como en algunas demarcaciones judiciales, con la participación del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y de Colegios de Abogados, se vienen realizando prácticas de mediación penal de *facto*, sin ningún tipo de cobertura legal que lo ampare<sup>91</sup>.

Son muchos los autores que han abordado el tema de la mediación penal, si bien suelen compartir ciertos elementos fundamentales en sus definiciones. Caben destacar las que a continuación se enuncian.

Para RÍOS MARTÍN, consiste en *“consiste en el método de resolver los conflictos que, debidamente incorporado al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por aquéllos, devolviéndoles una parte de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización de la persona infractora y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima por la infracción penal”*<sup>92</sup>.

Por su parte BARONA VILAR define a la mediación como *“un medio a través del cual interviene un tercero, ajeno al conflicto, que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos. El éxito de la mediación pasa necesariamente por un intercambio de información, teniendo en cuenta que, por regla*

---

<sup>90</sup><http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

La guía es una especie de prontuario que explica la función de la mediación (en cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales), pautas para implantar oficinas de mediación, modelos de resolución y criterios de derivación (tipos de delitos, momento procesal, modo de realización, modo de integración del acuerdo de reparación al proceso, etc.). La guía unifica criterios de actuación bajo la marca del CGPJ para que los procesos de mediación sean homogéneos en cualquier punto de la geografía española y, con ello, se transmita una sensación de seguridad en la incorporación de la mediación en el sistema de Justicia tradicional.

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Presente y futuro de la mediación penal”, en RODRÍGUEZ TIRADO, A. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 281-282.

<sup>92</sup> RÍOS MARTÍN, J.C. *Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad*. Revista de Mediación, No. 8, 2º semestre 2011.

*general, se inicia la negociación desde un clima de desconfianza por ambos lados, que deberá ir limándose poco a poco por el mediador, haciéndoles cada vez más partícipes de la técnica mediadora, desbrozando el problema, creando opciones, e instándoles a que propongan soluciones, asumiendo, en suma, que la decisión que se adopte debe ser el resultado de una participación de las partes que aceptan su posición y toman un acuerdo como solución a su conflicto. Es por ello por lo que de su figura dependerá en muchas ocasiones que se aminore la hostilidad recíproca o unilateral presente”<sup>93</sup>.*

MARTÍNEZ ESCAMILLA la ha definido como *“el encuentro entre víctima y autor del delito, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto. Dicho encuentro es conducido por una persona imparcial: el mediador”<sup>94</sup>.*

En cuanto a las normas que aportan una definición de mediación, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, la define en su art. 1 como *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismo un acuerdo con la intervención de un mediador”*.

A su vez, la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, la describía como *“la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”*. Ni la Directiva 2012/29/UE, que sustituye a la anterior<sup>95</sup>, ni la última Recomendación del

---

<sup>93</sup> BARONA VILAR, S., “La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en: BLASCO GASCÓ, F. de P., CLEMENTE MEORO, M. E., ORDUÑA MORENO, F. J., PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA SERVER, R., (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 240.

<sup>94</sup>MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M, *Mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. cit., p. 16.

<sup>95</sup> La Directiva aporta en su art. 2.1 d) el concepto de justicia reparadora, no de mediación. De manera similar a esta definición, el art. 143 del Borrador del Código Procesal Penal de 2013 señala que *“se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”*.

Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal de 2018, definen la mediación penal, siendo relegado este concepto por el de justicia reparadora o restaurativa.

De todo cuanto antecede, podría definirse la mediación penal como *“aquel instrumento de carácter autocompositivo de la justicia restaurativa, complementario al sistema de justicia penal e informado por el principio de oportunidad, por el que la persona que ha cometido un delito y la víctima que ha sufrido sus consecuencias, a través de la participación de una tercera persona imparcial, acuerdan la mejor forma de llegar a un resultado restaurativo”*.

## **2. Características de la mediación**

De la definición de mediación penal, que he pretendido hacer mía, cabe inferir las siguientes notas esenciales:

### **A) Procedimiento autocompositivo y complementario de la justicia penal**

Tal y como afirma BARONA VILAR, la mediación penal es un procedimiento y no un proceso, pues éste se refiere únicamente al ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a lo establecido en el art. 117.3 CE<sup>96</sup>. En el procedimiento de mediación no existe la función jurisdiccional, ya que comporta un mecanismo donde la labor del mediador es de carácter autocompositivo o *intra-partes*. Son las partes las que van a participar en el procedimiento a fin de intentar poner fin al conflicto surgido; el hecho de que una tercera persona ajena a ellos intervenga no lo convierte en un procedimiento heterocompositivo.

Por otra parte, la mediación penal no es *“una alternativa al proceso ni pretende serlo, no es excluyente, sino que debe ser un elemento más del sistema procesal penal, un perfecto complemento integrador de intereses individuales con interés público”*<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> BARONA VILAR, S. *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico...* cit., p. 262.

<sup>97</sup> BARONA VILAR, S. *Mediación penal: un instrumento para la tutela penal*. Revista del Poder Judicial No. 94, quinta época, 2012, p. 24.

Tal y como se deduce de todo ello, la mediación penal permite que las partes implicadas puedan decidir libremente sobre la solución más adecuada a los daños producidos, tanto en la esfera patrimonial como moral de la víctima, si bien se exigiría la iniciación de un proceso penal que implicaría una derivación por el órgano judicial y una resolución que, generalmente, será una sentencia de conformidad. Si bien existen programas que suponen un sistema autónomo e independiente al enjuiciamiento propugnándose como auténticas formas alternativas a aquél<sup>98</sup>, a mi parecer, resulta necesario que la mediación sea instaurada como un procedimiento que se integre dentro de la Administración de Justicia reafirmando de este modo el mandato constitucional que proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Un ejemplo de ello se encuentra específicamente plasmado en la LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en el que se puede observar de forma palmaria que el legislador entiende la justicia restaurativa como un servicio a la víctima del delito garantizándose de este modo el acceso de las personas a la justicia.

En definitiva la mediación, como método autocompositivo y complementario al proceso penal, no vulnera ningún principio del Derecho penal o procesal, pues será el órgano jurisdiccional el que controle el desarrollo del procedimiento, porque existe una norma que ampara a este tipo de justicia que garantiza el derecho de defensa y la presunción de inocencia del agresor y los derechos procesales de la víctima y porque es una institución que está amparada por el principio de oportunidad absolutamente visible en la resolución judicial que ponga fin al procedimiento incoado.

#### B) Instrumento informado por el principio de oportunidad

El principio de oportunidad constituye un presupuesto imprescindible para que la mediación en el ámbito penal sea viable. GIMENO SENDRA lo define como *“la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas*

---

<sup>98</sup> Se trata de casos derivados a mediación antes de la apertura de un procedimiento penal, más propios de países de cultura anglosajona. Está pensado para personas que presentan características propias, como la edad, por ejemplo, donde resulta más aconsejable que el conflicto se gestione por entidades independientes a la Justicia penal, tales como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o los servicios sociales de la comunidad.

*condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*”<sup>99</sup>. Es una potestad que el ordenamiento jurídico atribuye al MF para que, si bien ha existido una infracción delictiva cometida por una persona determinada, no ejercitar la acción penal o dejar de ejercitarla en los casos expresamente previstos por la norma en defensa del interés público y de la legalidad.

Para algunos penalistas, dicho principio puede vulnerar el principio de legalidad, que es el que impera en el proceso penal. Siguiendo a MONTERO AROCA<sup>100</sup>, existen tres monopolios que se encuentran estrechamente relacionados con la aplicación del derecho penal:

- Estatal; queda prohibida la autotutela y la aplicación del derecho penal queda fuera de la disposición de los particulares, de modo que ni el infractor ni la víctima pueden disponer de la pena.
- Judicial; el derecho penal sólo puede ser aplicado por los tribunales.
- Procesal; el derecho penal se aplica necesariamente por medio de un proceso con todas las garantías que le son propias.

Estos tres monopolios conforman la llamada garantía jurisdiccional que, a su vez, forma parte del principio de legalidad en materia penal. Este principio se articula en cuatro garantías<sup>101</sup>:

- Criminal (*nullum crimen sine lege*), de modo que sólo puede hablarse de delito si una norma anterior a la comisión del hecho así lo ha dispuesto expresamente (art. 1 CP).
- Penal (*nulla poena sine lege*); sólo puede imponerse una pena que esté prevista por una ley anterior a la comisión del hecho (art. 2 CP).

---

<sup>99</sup> GIMENO SENDRA, V. *Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*. Poder Judicial, 1987, p. 350.

<sup>100</sup> MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 27 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 29 y ss.

<sup>101</sup> MONTERO AROCA, J. “Derecho Jurisdiccional III...cit., pp. 33-34.

- Jurisdiccional (*nemo damnatur sine legale iudicium*); sólo a través del proceso se puede declarar que una conducta es delito y la pena que le corresponde (art. 3.1 CP).
- Ejecución; las penas sólo se ejecutan por los tribunales en el modo previsto por la ley (art. 3.2 CP).

Todas y cada una de estas garantías no serían en absoluto vulneradas por la incorporación al sistema penal del principio de oportunidad y, más concretamente, de la mediación. Una mediación reglada no vulneraría el principio de legalidad, sino que se integraría dentro de él, ya que sería la ley la que señalara o fijara las pautas a las que debe quedar sometida. De este modo, se perseguiría y se castigarían los hechos tipificados como delitos y no quedaría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, quedando salvaguardados derechos fundamentales como el de defensa o la presunción de inocencia. El acuerdo de mediación no escaparía de un control judicial que pudiera valorar si se ha infringido preceptos y principios constitucionales y, por otro lado, sería visualizado en una resolución judicial a través del sobreseimiento o de una sentencia.

La Recomendación R (1987) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la simplificación de la justicia penal, recomienda a los Estados miembros la adopción del principio de oportunidad reglada declarando que *“el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permita el contexto histórico y la constitución de los estados miembros; en otro caso, convendrá prever otras medidas que respondan a la misma finalidad de ese principio”* y, que *“la facultad de renunciar a la iniciación de un proceso penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la ley”*.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce el principio de oportunidad de forma reglada en su Disposición Final 2ª, apartado 10, de forma que se modifica el art. 963 LECrim. que

permite en los delitos leves, si se cumplen los requisitos, que el Juez de Instrucción pueda acordar el sobreseimiento<sup>102</sup>.

En el caso de delitos graves o menos graves, será preciso que el legislador prevea el principio de oportunidad para que el MF pueda valorar y decidir si procede o no un sobreseimiento de la causa que, en los casos de mediación, estaría sujeto a las condiciones que se hayan previsto en el acuerdo reparador.

En definitiva, se puede concluir afirmando que el procedimiento de mediación no tiene porqué vulnerar el principio de legalidad, si es la ley quién lo legitima y fija sus límites. Un claro ejemplo de ello es el protagonismo del que goza del principio de oportunidad en el proceso penal de menores regulado por la LO 5/2000, de 12 de enero, sobre la responsabilidad penal de los menores (LORPM, en lo sucesivo) que permite, conforme a lo establecido en su art. 19 el sobreseimiento del expediente incoado sobre la base de una mediación entre el menor imputado y su víctima.

### C) La participación de un tercero imparcial: el mediador

El papel que desempeña el mediador en el proceso penal no es, como ocurre con el arbitraje, solucionar el conflicto, sino que su función es la ayudar a resolverlo, dialogar con las partes e intentar persuadirlas para que logran alcanzar un acuerdo que les beneficie.

En la persona del mediador han de concurrir una serie de requisitos y características, tales como la neutralidad e imparcialidad además de poseer ciertas cualidades personales y profesionales.

---

<sup>102</sup> Dispone a este respecto el referido precepto que el Juez de Instrucción “*acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado*”.



De esta figura me ocuparé en posteriores apartados.

#### D) El resultado restaurativo

No podemos olvidar que el objetivo primordial de la mediación consiste en obtener una plena satisfacción de los intereses de la víctima de manera que, mediante su participación activa y voluntaria, se puedan resarcir los daños materiales y morales. De esta manera, la víctima podrá recuperar su vida y tranquilidad personal.

Sin embargo, la mediación también contribuye a la reinserción del victimario ya que mediante este procedimiento podrá concienciarse y responsabilizarse de sus acciones.

Según el Protocolo de la Mediación Penal, la mediación en el proceso penal, además de suponer un menor coste económico, puede generar empatía entre las partes, una muy alta probabilidad de cumplimiento y prevención de conflictos futuros<sup>103</sup>.

## **II. PRINCIPIOS QUE PERMITEN FUNDAMENTAR LA LEGITIMIDAD PARA EMPLEAR LA MEDIACIÓN PENAL**

Según el Protocolo, la mediación se rige por unos principios orientados a proteger el procedimiento de los eventuales riesgos y excesos, siendo estos los de voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad<sup>104</sup>.

### **a) Voluntariedad**

El proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora. Resulta imprescindible que las partes estén perfectamente informadas de los derechos que le asisten a cada una de ellas y de las posibles repercusiones que el procedimiento puede acarrear. Por ello, resulta necesario que ambas firmen su consentimiento en un documento donde se refleje estos extremos.

---

<sup>103</sup> Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, cit., p. 112.

<sup>104</sup> Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, cit., pp. 96 y ss.

Respecto de la víctima, debe quedar garantizada la ausencia de cualquier tipo de presión o coacción, pudiendo en cualquier momento oponerse a las propuestas de la mediación y la continuación del proceso penal.

El infractor ha de estar de acuerdo con el procedimiento de mediación, sin que pueda tampoco ser en ningún momento coaccionado, pues de ser así se vulneraría su derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 CE. En el supuesto de que la mediación fracasara, debería de volver a la fase procesal en la que éste previamente al procedimiento se encontrara.

#### **b) Gratuidad**

Según el Protocolo, *“el proceso será totalmente gratuito debido al carácter público que tiene el Derecho penal; los gastos derivados de la mediación serán asumidos por la Administración de Justicia”*.

#### **c) Confidencialidad**

Se garantiza la confidencialidad de toda la información obtenida en el procedimiento de la mediación y se extiende tanto a la figura del mediador (al que le asiste el secreto profesional, no pudiéndose ser llamado al proceso ni como testigo ni como perito) como a las propias partes, pudiéndose generar para todos responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

La confidencialidad implica su secreto respecto al órgano jurisdiccional, que *“únicamente tendrá comunicación del inicio y de la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes hayan llegado, una vez se le haya dado forma legal para acceder al procedimiento por los letrados de las partes y el ministerio fiscal”*, como dispone literalmente el citado Protocolo.

#### **d) Oficialidad**

Es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, de otra

Acusación o del abogado defensor. No obstante, existen voces de que la derivación hacia el procedimiento mediador debería tomarse por el MF, de oficio o a instancia de las partes, *“sobre todo teniendo presente la expectativa de futuro sobre la atribución al mismo de la fase de investigación en el proceso penal”*<sup>105</sup>.

De cualquier modo, la derivación de la mediación, siendo el órgano judicial quién ostenta la competencia actualmente en el proceso penal de adultos, va a depender del momento o fase procesal; tratándose de la fase de instrucción, corresponderá al Juez de instrucción, al igual que en la mayoría de los procedimientos para el enjuiciamiento de delitos leves. En la fase de enjuiciamiento le corresponderá la derivación al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial. Y, por último, en la fase de ejecución corresponderá al órgano judicial competente.

#### **e) Flexibilidad**

El procedimiento ha de ser flexible, para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. No todos los procedimientos de mediación tendrán la misma duración, *“aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los “tiempos muertos” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que, de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia”*<sup>106</sup>.

#### **g) Bilateralidad**

Ambas partes tienen la oportunidad de expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.

---

<sup>105</sup> BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 34.

Tiene lógica pensar que, en el caso de que el procedimiento de mediación se frustrara y siendo el Juez que efectuó la derivación el que conozca en la fase de juicio oral en los delitos leves, que podría quedar vulnerado el derecho fundamental al Juez imparcial debido a que podría existir cierto prejuicio en cuanto a la culpabilidad del acusado, dado que como dije anteriormente la confesión del infractor es presupuesto imprescindible de la mediación.

<sup>106</sup> Ibidem. p. 96.

Ello no significa que las partes tengan necesariamente que estar presentes durante la mediación, pudiéndose llegar a un acuerdo mediante las entrevistas individuales. En todo caso, éstas deberán expresar sus posiciones y voluntad de reparación y de aceptación ante el Juez en el acto de juicio oral o en cualquier otro momento procesal que ponga fin al procedimiento penal.

### III. ¿MEDIACIÓN EN TODO TIPO DE DELITOS? AMBITO OBJETIVO

No resulta pacífico determinar el ámbito objetivo de la mediación penal, pues habrá que estar a las particularidades de cada caso y, sobre todo, a la posición de igualdad en que se encuentren las partes.

La primera cuestión sería considerar si se debe, de antemano, establecerse un sistema de *numerus clausus* que excluya alguna infracción penal, de modo que quedara prefijado el elenco de conductas que pueden ser o no objeto de mediación. Acorde con lo anterior, no debe tomarse en cuenta únicamente la conducta que se contempla en el tipo penal, sino que debe extenderse la valoración a criterios subjetivos para calibrar la viabilidad del procedimiento mediador. Acudir al Derecho comparado puede servir para pronunciarse en esta delicada cuestión. Así, en el sistema alemán, en el que se configura un sistema de mediación abierto, se permite derivar el caso a mediación atendiendo al tipo de hecho o a los sujetos implicados, sean víctimas o victimarios y a otras circunstancias oportunas para la mediación<sup>107</sup>. En el sistema francés tampoco existen criterios legales que definan objetivamente cuáles son los delitos susceptibles de ser objeto de mediación penal<sup>108</sup>.

El hecho de que no deba existir un elenco cerrado de infracciones penales no es óbice para incluir en la legislación (por razones de seguridad jurídica de previsibilidad y

---

<sup>107</sup> BARONAVILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. cit., p. 289.

<sup>108</sup> BARONAVILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. cit., p. 288.

No existen criterios definitorios “*aun cuando existen prácticas habituales en la fiscalía, que llevan a considerar que la mediación penal resulta idónea en aquellos supuestos en los que la pena prevista para el autor de los hechos resulta desproporcionada en relación con el contexto en que se ha producido la infracción, así como en los supuestos en los que la pena no hace sino agravar la situación de la víctima y/o de su entorno*”.

de igualdad) ciertos criterios objetivos y subjetivos que conjuguen la naturaleza y circunstancia del hecho delictivo concreto, así como a su significación subjetiva tanto para la víctima como para el victimario. De hecho, tomando en consideración todas estas circunstancias en su conjunto, sería posible admitir la derivación a mediación no solo en los delitos leves o menos graves, sino también en infracciones graves (no debería ser lo más común) siempre y cuando se prevean posibilidades de éxito de alcanzar un acuerdo reparador y se cumplan de este modo las finalidades de la justicia restaurativa. La calificación de una conducta por criterios de gravedad no es universal ni tampoco permanece invariable, sino que es producto de valoraciones que se van modificando, dependiendo de la sociedad y del momento histórico concreto.

Desde un punto de vista práctico, se presentan algunas cuestiones controvertidas en los siguientes supuestos:

a) Delitos de peligro abstracto

En aquellos delitos en los que no existe una víctima concreta se discute sobre la posibilidad de mediación, pudiéndose citar a países de nuestro entorno que prohíben este procedimiento por ser ineficaz como son la República Federal Alemana o Francia<sup>109</sup>.

Parte de la doctrina afirma que estos casos no es posible mediar porque se precisa la existencia de una víctima concreta a la que reparar y porque *“el mecanismo de la “víctima por subrogación” es un puro artificio innecesario que configura a la mediación como un fin en sí mismo y no como un medio o instrumento de resolución de conflictos”*<sup>110</sup>.

Otras opiniones, como la de BARONA VILAR, defienden que incluso en estos casos cabría la mediación si en el procedimiento se invitara a asociaciones

---

<sup>109</sup> ALONSO SALGADO, C. La mediación...cit., p. 150.

<sup>110</sup> GONZÁLEZ CANO, M.I. *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 87.

portadoras de intereses colectivos con la finalidad de obtener una reparación aun cuando ésta fuera simbólica<sup>111</sup>.

b) Delitos contra el orden público y delitos de “cuello blanco”

Delitos como el atentado o resistencia a la Autoridad o sus agentes pueden ser poco apropiados debido a que presentan peculiaridades que pueden suponer cierta desigualdad institucional en el que las partes se encuentran.

BELTRÁN MONTOLIU coincide en la existencia de los numerosos inconvenientes en el caso de los delitos de “cuello blanco”, concepto acuñado por el sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland para referirse a infracciones penales que cometen personas que pertenecen a la clase socioeconómica alta. La autora enumera como características comunes a este tipo de delitos las siguientes: el sujeto activo del delito es una persona de alto status económico; se produce la comisión del delito dentro de la actividad profesional; supone una lesión de la confianza en el tráfico mercantil; no se puede explicar este tipo de criminalidad mediante teorías criminológicas tradicionales; hay una escasa visibilidad del delito acompañada de una elevada tasa de impunidad y, por último, es difícil la identificación de las víctimas<sup>112</sup>.

c) Pluralidad de acusados

En aquellos supuestos en los que sean varios los acusados y sólo alguno o algunos de ellos deseen participar en un procedimiento de mediación, se presenta la

---

<sup>111</sup> BARONA VILAR, S., La mediación penal...cit., p. 309.

De esta forma, en los delitos abstractos que se caracterizan por ser pluriofensivos, la mediación se canaliza a través de formas de representación colectiva que difiere de la intervención individual y personal de la víctima.

<sup>112</sup> BELTRÁN MONTOLIU, A. “Los delitos de cuello blanco y mediación penal”, en: MONTESINOS GARCÍA, A. *Tratado de mediación. Mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 177 y ss. La autora pone de relieve la especial dificultad en la identificación de las víctimas debiéndose tener siempre en cuenta que existen necesidades especiales que se derivan de la naturaleza económica de los delitos económicos y que los daños ocasionados no son exclusivamente de este tipo, ya que hay que tener en cuenta la trascendencia, por ejemplo en los delitos de evasión fiscal, que debilitan la confianza para el efectivo funcionamiento de la economía y la política.

particularidad de que al implicar un reconocimiento de los hechos esenciales de uno podría complicar la situación de los otros viéndose comprometido el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, el resultado de la mediación no puede constituir prueba de cargo para el resto de los acusados, según el modelo acusatorio garantista que exige elementos de corroboración.

#### d) Menores e incapaces

La mediación requiere de un encuentro muy personal entre el infractor y la víctima, de ahí que la falta de capacidad puede suponer un impedimento para el desarrollo de este. Sin embargo, en el caso de que se contemple la posibilidad de mediar cuando la persona aún no ha alcanzado la mayoría de edad o se encuentre incapacitado, habrán de extremarse todas las cautelas y considerar como necesario la intervención, no sólo de quienes ejerzan la patria potestad o representante legal, sino también la del Ministerio Fiscal para pueda valorarse la capacidad de comprensión y decisión de los participantes.

#### e) Reincidentes

Parte de la doctrina se inclina a la no exclusión de la mediación en estos supuestos debido a que los momentos de la vida del infractor son diferentes en cada situación y pueden precisar un tratamiento diferenciado, debiéndose valorar en todo caso por el mediador el nivel de motivación de la persona acusada para el inicio del proceso de mediación<sup>113</sup>.

Finalmente cabe afirmar que son muy numerosos los delitos que, por su naturaleza, son muy favorables para la mediación. En la práctica forense, son los delitos leves los que integran la inmensa mayoría, exceptuando ciertas infracciones que no se consideran apropiadas por hallarse en juego los intereses generales o el orden público. En los delitos contra el patrimonio es probablemente donde más éxito puede tener la mediación por la facilidad de reparación para la víctima. Asimismo, existen más delitos en los que

---

<sup>113</sup> GONZÁLEZ CANO, La mediación penal...cit., p. 93.

acudir a la mediación puede ofrecer una solución altamente positiva, como sucede con los delitos de lesiones, delitos contra la libertad (amenazas y coacciones), delitos contra el honor (injurias y calumnias) o los delitos contra los derechos y los deberes familiares tales como el impago de pensiones<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> BARONA VILAR, S., La mediación penal...cit., pp. 298 y ss.



## **PARTE 2: LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO**

## **CAPÍTULO TERCERO: APROXIMACIÓN Y ESTUDIO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO OBJETO DE LA PROHICIÓN**

### **I. PUNTO DE PARTIDA: LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA. EL CONCEPTO VIOLENCIA DE GÉNERO COMO ELEMENTO DELIMITADOR**

El fenómeno de la violencia sobre la mujer es complejo y no se circunscribe a zonas o espacios determinados, sino que es un problema global que incide sobre un número importante de mujeres con independencia de su nacionalidad, edad, religión, cultura o el estrato social al que pertenezcan. Es un problema que se encuentra en cualquier lugar del mundo a una escala tan elevada que incluso ha llegado a considerarse un “problema global de proporciones epidémicas”<sup>115</sup>.

Durante el siglo pasado, la sociedad comenzó a tomar conciencia del problema y su preocupación ha derivado en la consideración, gracias en su mayor parte a los movimientos sociales y feministas que han ido ganando protagonismo para avanzar en su lucha y erradicación, de que se constituya como una violación que atenta contra los derechos humanos y, más concretamente, a la integridad, libertad y dignidad de las mujeres impidiendo y obstaculizando el libre desarrollo de su personalidad.

Desde un punto de vista jurídico, la respuesta al problema puede traducirse en una concienciación común en el ámbito internacional por parte de los organismos internacionales con la finalidad de proteger a la mujer víctima de la violencia de género ante una realidad ineludible, la del maltrato a la mujer por el simple hecho de serlo.

---

<sup>115</sup> De hecho, un informe de la OMS denominado “*Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*” considera que la violencia de género es el tipo más común de violencia contra la mujer que afecta, nada más y nada menos, que al 30% de las mujeres de todo el mundo. Se espera que alrededor 35% de todas las mujeres de todas las mujeres experimentarán un episodio de violencia a lo largo de su vida. [www.who.int/mediacentre/news/releases/2013/violence\\_against\\_women\\_20130620/es](http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2013/violence_against_women_20130620/es)

## 1. Aspectos del marco jurídico internacional y europeo

A nivel internacional, las Naciones Unidas es el principal organismo en la lucha contra la violencia de género<sup>116</sup>. Desde hace varias décadas y más concretamente en el periodo comprendido en el último cuarto del siglo XX, como resultado de la presión de los movimientos feministas, se intensifican los trabajos para erradicar la violencia de género<sup>117</sup> y se aprueba la **Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**, de 18 de diciembre de 1979 y ratificada por el Estado español en 1983, considerado como el documento jurídico más relevante en la lucha contra todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>118</sup> y conmina a los países firmantes a *“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”*<sup>119</sup>.

El comité de la CEDAW formula recomendaciones generales dirigidas a los Estados y una que pone de relieve la eliminación de la discriminación contra la mujer es

---

<sup>116</sup> Me gustaría hacer una mención especial a la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que es el primer instrumento en reconocer de forma universal los derechos y las libertades inherentes a todo ser humano. En relación con los derechos de la mujer, resaltar el art. 1 (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”), el art. 2 (“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo...”) y el art. 7 (“Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”).

<sup>117</sup> A pesar de que la violencia contra la mujer es uno de los atentados más graves y comunes en todas las sociedades y culturas, no empieza su trascendencia a nivel internacional hasta la década de los setenta del pasado siglo. La ONU intensifica sus esfuerzos en la prevención y erradicación de esta problemática y considera el periodo de 1975 a 1985 como el Decenio para la mujer, en el que se desarrolló la Primera Conferencia sobre la Mujer.

Para más información se puede consultar la página [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3520%20\(XXX\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3520%20(XXX))

<sup>118</sup> ACNUDH | “La CEDAW en la vida cotidiana”. Puede consultarse en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/DailyLife.aspx>

<sup>119</sup> Art. 5 a) CEDAW. Puede consultarse el texto completo en <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

la **Recomendación general nº 19**, aprobada en 1992, que enmarca la violencia como una forma de discriminación y violación de derechos humanos<sup>120</sup>. Para el comité, la violencia en la familia es *“una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, incluidas las lesiones, la violación, otras formas de ataque sexual y formas de violencia, violencia mental y de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales”*.

El año 1993 supone un hito importantísimo en la lucha contra la violencia de género por la aparición de instrumentos exclusivos contra esta lacra social. De hecho, en la **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos**, celebrada en Viena, se va a considerar prioritario la defensa de los derechos de las mujeres hasta tal punto que pasan a ser considerados como auténticos derechos humanos universales<sup>121</sup>. A finales de ese mismo año, se proclama la **Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer** donde se define por primera vez y de forma formal en su art. 1 la violencia contra la mujer: *“Por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino 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 en la vida privada”*.

En el art. 2 de la citada Declaración se describe los posibles tipos de la violencia contra la mujer, aunque sin limitarse a ellos: por un lado, la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia; en segundo lugar, la violencia del mismo tipo dentro de la comunidad en general y, por último, la perpetrada o tolerada por el Estado,

---

<sup>120</sup> En los “Antecedentes” de dicha Recomendación se establece que *“La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”*.

<sup>121</sup> En el art. 18 de la Declaración y Programa de acción de Viena se reconoce *“Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional”*.

Disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)

dondequiera que ocurra. También resulta fundamental resaltar que el texto hace referencia al género como elemento desencadenante de la violencia ejercida por el hombre dentro de una relación de subordinación o de poder<sup>122</sup>. La **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (conocida como Convención de Belém do Pará)**, también introduce el “género” para dar contenido a la violencia contra la mujer<sup>123</sup>.

Dos años más tarde de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, se celebró en Beijing la **IV Conferencia Mundial sobre la Mujer**. En un documento adoptado por 189 Estados Miembros enfocado en 12 áreas críticas para poner el foco de atención en el empoderamiento de la mujer, se eliminan los obstáculos que impiden la participación de las mujeres tanto en la esfera de la vida pública como la privada.

Por último, en el seno de la Unión Europea, se aprobaron varios textos que expresan la preocupación y necesidad de que los Estados Miembros tomen conciencia de la necesidad de erradicar esta lacra social y la conveniencia de acomodar sus legislaciones para una efectiva lucha contra la violencia contra la mujer<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> En este sentido, la Declaración reconoce que la violencia contra la mujer constituye “*una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre*”.

<sup>123</sup> Establece en su art. 1 que “*Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”. Por otra parte, el art. 6 prescribe que las mujeres tienen el derecho “*a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*”.

<sup>124</sup> Pueden señalarse los siguientes textos: La Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 (Resolución A-44/86), La Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 1994 (Resolución A-0349/94), la Resolución del Parlamento Europeo de 2006 sobre la situación actual de la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones, la Resolución del Parlamento Europeo de 2011 sobre las prioridades y esbozo de un nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra la mujer, la Resolución del Parlamento Europeo de 2014 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer, así como numerosas Directivas, tales como la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa

Por su parte, el **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica**, también conocido como Convenio de Estambul o Convención de Estambul, de carácter vinculante en el ámbito europeo, está considerado como el tratado de mayor calado en la lucha contra la violencia hacia la mujer. El convenio diferencia entre “violencia doméstica”, que la define como *“actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima y “violencia contra las mujeres” que se perfila como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*. Y, además, en el mismo precepto se aclara que el “género” son *“los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”*. Termina el precepto definiendo “la violencia contra la mujer por razones de género” como *“toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”*.

El Convenio señala como tipos específicos de violencia los siguientes: psicológica, acoso, violencia física o sexual, matrimonios forzosos, mutilación genital femenina, aborto y esterilización forzosos y el acoso sexual. Todas y cada una de estas acciones delictivas atentan contra los derechos de las mujeres y serán constitutivas de violencia de género cuando se ejerzan contra la mujer en una relación de subordinación o de poder.

---

a la orden europea de protección, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de la delincuencia o el Reglamento (UE) n ° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

## **2. Evolución legislativa frente a la violencia contra la mujer durante el periodo comprendido entre 1989 y 2003**

De la lectura del apartado anterior, puede inferirse que toda la actividad realizada por las Naciones Unidas en materia de igualdad entre el hombre y la mujer ha redundado en fomentar la protección de los derechos fundamentales de las mujeres y a crear obligaciones y compromisos en los Estados para garantizar dicha protección, lo que a su vez conlleva la necesidad de reformar sus ordenamientos internos, tanto en lo referente a su legislación penal sustantiva como a la procesal.

A lo largo de los distintos Códigos penales españoles, aparece como denominador común una concreta visión del género femenino, en el que aparece la mujer como sujeto activo del delito cuyo comportamiento afectaba el honor del hombre, quedando el papel de éste como una especie de tutela para velar por el buen comportamiento de aquellas, quedando en sí mismas desprotegidas.

El asentamiento de la igualdad y la perspectiva de género, así como la lucha contra la violencia de género a nivel internacional, va a tener como consecuencia un cambio en la legislación penal del Estado español con la inclusión de numerosos preceptos relacionados con la discriminación, así como una concepción igualitaria del hombre y de la mujer que se traducirá en los distintos tipos penales, como se irá analizando a continuación.

La primera norma penal que genera un paso importante en la lucha contra la violencia contra la mujer es la **LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal**. Quizás lo más relevante sea el hecho de visibilizar a las víctimas de violencia de pareja que, hasta la aprobación de la Ley, habían estado encuadradas en un contexto íntimo y privado<sup>125</sup>. En su art. 425 se indica que *“el que habitualmente, y con cualquier*

---

<sup>125</sup> En esta reforma, en la Exposición de Motivos, *“respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual”*.

*fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.* Esta modalidad delictiva se centra únicamente en la violencia física, dejando de lado la violencia psíquica, que en la mayoría de los casos suele aparecer como la primera de las manifestaciones. Aun así, nadie puede negar que se trata de un paso importante porque la mujer es considerada como sujeto pasivo del Derecho penal.

La **LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Reforma del Código penal**, al igual que la anterior, sólo se refería a la violencia física y ampliaba el círculo de personas protegidas<sup>126</sup>. Fue posteriormente, a finales de los 90, cuando se llevan a cabo importantes modificaciones del Código penal mediante **las LO 11/1999, de 30 de abril, y LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, que son el resultado de acciones derivadas del plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998 encaminadas a la erradicación de los delitos de malos tratos y a la protección de las víctimas ante tales conductas.

En materia de reforma del Código penal, se incorpora la violencia psíquica, se elimina la necesidad de que la relación conyugal o la convivencia subsista cuando se realiza la conducta delictiva y se permite a los jueces, atendiendo a la gravedad de los hechos o a la peligrosidad del delincuente, acordar prohibiciones como la de aproximarse o comunicarse con la víctima o la de acudir a su residencia o la de sus familiares.

---

<sup>126</sup> El art. 153 CP señalaba: *“El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o sobre persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes, o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno o de otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado, que, en cada caso, se causare”.*



En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se introduce un nuevo precepto (art. 544 bis) con la clara finalidad de proteger a la víctima mediante la introducción de medidas cautelares encaminadas al distanciamiento con el agresor.

La **LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros**, introduce cambios sustanciales en la materia, más concretamente mediante la tipificación de un delito de malos tratos no habituales que se mantuvo hasta mediados del año 2005<sup>127</sup>.

El “nuevo” art. 153 convierte en delito las antiguas falta de lesiones y malos tratos que se producen en el ámbito doméstico, justificándose tal medida en la Exposición de Motivos de la Ley al señalar que *“las conductas que son consideradas en el Código Penal como faltas de lesiones, cuando se cometan en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el art. 617 CP”*.

La norma regula el delito de violencia habitual en el art. 173 y, en su art. 153, se contempla un tipo de violencia más ocasional en el que se castiga la agresión *“a quien sea o haya sido la cónyuge del maltratador o persona que esté o haya estado unida a él por un vínculo de análoga afectividad, aún sin convivencia”*, configurándose como delito castigado con pena de prisión acciones que supongan un menoscabo físico o

---

<sup>127</sup> La LO dio la siguiente redacción al art. 153: *“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*.

psíquico para cuya sanidad sólo se requiera una primera asistencia médica, sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, maltrato sin lesión o las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos. Por otra parte, el legislador incorpora un nuevo párrafo de subtipos agravados sancionando con penas en su mitad superior cuando tales conductas se realicen en presencia de menores.

**La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal**, si bien la reforma no afectó al art. 153, sí que se modifica el art. 57 que regula la pena accesoria de prohibición de acudir a determinados lugares, de aproximación a la víctima y de comunicación con ella, como una pena de carácter obligatorio (antes potestativo) siempre que se trate de violencia familiar y con una duración superior entre uno y diez años a la duración de la pena privativa de libertad. Ello determina que, en caso de incumplimiento del agresor, se pueda sancionar a éste por un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, incluso aun cuando sea la propia víctima la que consienta un acercamiento o reanudación de la convivencia.

Por **Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica**, en aras de hacer frente a un gravísimo problema social que exige la más absoluta implicación de los poderes públicos para impedir al agresor la realización de nuevos actos violentos sobre la víctima, surge un instrumento legal diseñado específicamente para este fin: la orden de protección. Con esta resolución judicial, se adoptan medidas de naturaleza penal y civil confiriendo de este modo un estatuto de protección integral para la víctima de malos tratos<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> La referida orden de protección, que se regula en el art. 544 ter LECrim, concede a la víctima, en una única resolución que se ha de adoptar en un plazo máximo de 72 horas a la solicitud (siempre que concurren indicios racionales de delito y riesgo para la víctima) y sin necesidad de acudir a ningún órgano civil, medidas de protección que implica la actuación de las administraciones públicas en su dimensión estatal, autonómica o local. Con ello, se evita el desamparo de las víctimas ofreciéndose una respuesta eficaz a las situaciones de especial vulnerabilidad.

## **II. LA LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA MACHISTA**

### **1. El género como concepto jurídico-penal. la necesidad de diferenciar este tipo de maltrato específico contra la mujer de la violencia doméstica**

La LO 1/2004 ha sido muy criticada por considerar que vulnera el principio de igualdad proclamado en la Constitución Española que, en su art. 14 establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Son muchos los que creen que un Derecho penal sexuado choca abiertamente con los principios básicos de un Estado social y democrático de derecho, que configura una norma penal en función de la condición sexual del sujeto pasivo del delito. La discusión radica, principalmente, en la situación “privilegiada” que la Ley le brinda a la mujer que produce, según los críticos, una clara desigualdad en lo que se refiere al distinto tratamiento penal de las conductas, ya que si el sujeto pasivo del delito es la mujer y el sujeto activo es el hombre, la conducta se agrava.

Para entender el planteamiento llevado a cabo por el legislador en el marco de la LO 1/2004, resulta necesario resaltar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, que es el que finalmente se ha impuesto en el Código penal a pesar de las cuestiones de inconstitucionalidad de algunos jueces.

#### **1.1 El principio de igualdad como sustrato de interpretación de la LO 1/2004**

A priori, cabe afirmar que la promulgación de la Constitución española de 1978 sitúa al principio de igualdad como su piedra angular. La primera alusión que hace la norma suprema aparece en el art. 1.1, que se refiere a la igualdad como “un valor superior del ordenamiento jurídico”. La igualdad aparece también en dos momentos diferentes, a saber; por un lado, la igualdad formal (art. 14 CE), que protege el derecho

subjetivo a la igualdad y la ausencia de discriminación en una lista entre la que se encuentra específicamente recogida por razón de sexo<sup>129</sup>. Por otro lado, la igualdad material (art. 9.2 CE), donde aparece recogido un mandato dirigido a los poderes públicos que exige que se promuevan las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva<sup>130</sup>. Es aquí donde tiene su justificación la denominada “*discriminación positiva*” para lograr este objetivo. Se trata de impulsar acciones, políticas que incluyan medidas legislativas a favor de la mujer, precisamente por ser éste un colectivo discriminado históricamente como consecuencia de un modelo de sociedad que se ha caracterizado por fomentar y mantener una situación de inferioridad. Es el llamado “derecho desigual igualitario entre hombres y mujeres” en la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional<sup>131</sup>.

La LO 1/2004 ha asumido esta diferenciación en el contexto penal, lo cual ha sido apoyado por el TC en su pronunciamiento 59/2008, a raíz de la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia con relación al artículo 153.1 CP, en la redacción dada por el artículo 37 de la

---

<sup>129</sup> Art. 14 CE: Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, **sexo**, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>130</sup> Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>131</sup> STC 229/1992, Fundamento Jurídico 2º: “No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos. no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios. por lo que la interdicción de la discriminación implica también. en conexión además con el art. 9.2 C.E. la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual desigualatorio». es decir. la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres. socialmente desfavorecidas. y los hombres. para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo. y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer”.

LOMPIVG por su posible vulneración, además de los artículos 10, 14 y 24.2<sup>132</sup>. El pleno del Tribunal rechaza dicha cuestión argumentando que la infracción al art. 14 CE sólo la produce una desigualdad que introduzca diferencias que carezcan de una justificación objetiva y razonable. La diferenciación de la pena es razonable porque se persigue aumentar la protección de la mujer en un ámbito, el de su pareja, en el que están insuficientemente protegidas y porque existe una constatación de la mayor gravedad de la conducta del hombre, al considerar el maltrato contra la mujer como uno de los símbolos más brutales de desigualdad existente en la sociedad.

La mayor sanción no se impone por razón de sexo del sujeto activo<sup>133</sup>, sino porque la conducta tiene un mayor desvalor al encontrarse la mujer en una situación de subordinación, de desigualdad que implica de por sí un desequilibrio inicial que provoca que la igualdad que proclama el art. 14 CE no sea real ni efectiva, quedando justificada una posición de la mujer reforzada sin que queden mermados los derechos del hombre.

La STC 59/2008 argumenta que la diferenciación del trato del 153 CP es conforme al principio de igualdad, por tratarse de una diferenciación objetiva y razonable que no depara consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas<sup>134</sup>. Es razonable porque persigue una finalidad específica y legítima, como

---

<sup>132</sup> El art. 37 LOMPIVG introduce una modificación en el art. 153 CP que supone una cualificación cuando la persona agredida es la mujer y radica en el mínimo de la pena prevista para el tipo cualificado, que será de 6 meses frente a los 3 meses de prisión para el tipo básico, así como en el periodo de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que podrá llegar a los 5 años (de 6 meses a 3 años en el tipo básico) cuando el Juez o Tribunal lo considere oportuno para salvaguardar el interés del menor.

<sup>133</sup> El Tribunal pone especial énfasis en descartar la posibilidad de una diferenciación normativa expresamente prohibida por razón de sexo: *“No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”* (FJ 9).

<sup>134</sup> Son varios los pronunciamientos del TC (STC 81/2008, de 17 de julio, 95/2008 o 99/2008, de 24 de julio, que sugieren, a la vista de la escasa diferenciación entre el tipo básico y el cualificado del art. 153 CP, no cabe apreciar una desproporción que pueda llevar a una posible inconstitucionalidad de la norma.

es el derecho a la vida, integridad física o psíquica, la salud o la libertad de la mujer. Se considera que la diferenciación es significativamente limitada frente a su finalidad protectora “*de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o exparejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación*”<sup>135</sup>.

El criterio utilizado por el legislador para establecer el trato diferenciado, y que sirve de fundamento para establecer situaciones distintas en la norma penal, es la distinta situación de **género** (no de sexo) en la que se encuentran hombres y mujeres de cara a la violencia que se produce en la relación y que hace que un trato jurídico neutral de las agresiones no sea suficiente para acabar con ellas.

## **1.2 El género como concepto jurídico-penal**

El término género procede del vocablo inglés “*gender*”, que significa “*sexo*”<sup>136</sup>. Al hablar de sexo nos estamos refiriendo a las diferencias (anatómicas y fisiológicas) entre un hombre y una mujer. Son de carácter universal y coinciden en todas las culturas. El género hace referencia a la construcción cultural que una sociedad hace tomando como base esas diferencias biológicas. A través de aquí, se adscriben socialmente roles, aptitudes y actitudes diferenciadas en función del sexo a la que la persona pertenezca.

---

La diferencia es cuantitativamente de escasa entidad y también se permite al Juez la posibilidad de rebajarla en grado (además la puede sustituir por una de trabajo en beneficio de la comunidad), todo ello para proteger la libertad y la seguridad de la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja.

<sup>135</sup> STC 59/2008, FJ 10.

<sup>136</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española (23ª edición) se define sexo como:

1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas.
2. m. Conjunto de seres pertenecientes a un mismo **sexo**.

En los años 70 del pasado siglo, los movimientos feministas emplean el término género “*para referirse a la construcción sociocultural de los comportamientos, actitudes y sentimientos de hombres y mujeres*”<sup>137</sup>.

El género, efectivamente, es una construcción social que se ha creado y se ha ido perfilando acorde con regulaciones, ideas, comportamientos y estereotipos que se tienen en cuenta para establecer la manera en la que tiene que comportarse el hombre y la mujer. De este modo, el rol asignado según el género ha creado importantes desigualdades y situaciones que marginan a la mujer respecto al hombre. Los llamados “*estereotipos de género*” no son rasgos biológicos o naturales, sino que son el producto de un proceso de socialización y están relacionados con la implementación de ideas, actitudes y aptitudes de las mujeres y hombres adjudicando a cada uno características claramente arbitrarias que tienen como consecuencia la creación de un modelo que claramente discrimina a la mujer.

La violencia de género es la violencia que se ejerce contra la mujer por el mero hecho de serlo, pero no desde aquella concepción biológica, sino de la posición que se asigna a la mujer desde una concepción social. Es una violencia que se configura como un instrumento a disposición del sistema patriarcal de dominio y control para que ese orden preestablecido se mantenga. La violencia machista no es un fin en sí misma, sino un instrumento para dominar a la mujer en una relación de poder que constituye un símbolo de desigualdad y ataque a los derechos fundamentales de la mujer. Lo que ha contribuido históricamente a la cosificación y subordinación de la mujer ha sido la organización social y un reparto de roles amparado y reforzado por el derecho.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha sido un avance más en la actividad del Poder Legislativo para erradicar esta lacra social que afecta a las mujeres víctimas de malos tratos. El esfuerzo y la intensa lucha que ha desempeñado el movimiento feminista contra la violencia

---

<sup>137</sup>MAQUIEIRA, V. "Género, diferencia y desigualdad", en BELTRÁN, E, MAQUIEIRA, V. ÁLVAREZ, S., SÁNCHEZ, C. *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid: Alianza, 2001, p. 159.

machista ha sido reconocida expresamente en la exposición de motivos de la Ley, al establecer: *“En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social”*.

Hasta no hace mucho tiempo, este tipo de violencia se consideraba como algo que pertenecía al ámbito estrictamente privado, debido a que se ejercía en el ámbito doméstico y que se trataba de una relación basada en un vínculo afectivo. Desde este punto de vista, nadie (ni siquiera los poderes públicos) estaban autorizado a intervenir y, de ninguna de las maneras, debía trascender al exterior<sup>138</sup>. La presión de los datos (que reflejaban un incremento de muertes y de episodios violentos contra la mujer), cambios en la opinión pública, el aumento de las denuncias y, en definitiva, los cambios en las actitudes y las formas sociales constituyen el caldo de cultivo para el abordaje legal de esta problemática, posibilitando con ello poder tomar conciencia del grave problema que supone la violencia de género que requiere soluciones y medidas de distinta naturaleza por parte de los poderes públicos. En este contexto se elaboró la LO 1/2004, cuyo objetivo no es otro que luchar contra una violencia que supone un símbolo brutal de desigualdad y una clara manifestación de discriminación contra la mujer.

El objetivo de la Ley es luchar y acabar con una de las maneras más crueles de discriminar a la mujer y, en consecuencia, el objetivo que se señala en su art. 1.1 es actuar contra los actos de violencia de género 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*

---

<sup>138</sup> Así aparece reflejado en el Informe Mundial sobre Violencia y Salud (2002) de la Organización Mundial de la Salud, que indica que *“Por lo general, la policía y los tribunales están mucho más dispuestos a ocuparse de los comportamientos violentos de los jóvenes y de otras personas en la comunidad que de la violencia intrafamiliar, ya se trate de maltrato de menores, de crueldad con los ancianos o de actos violentos de hombres contra sus parejas”*.  
[https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/summary\\_es.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_es.pdf) (p. 22)



*afectividad, aun sin convivencia*". Se excluyen así otros actos violentos y manifestaciones de la mujer por razón de su sexo, como son la mutilación genital, prostitución, explotación, agresión, violación y acoso sexual o infanticidio de niñas, entre otras. Es obvio que el legislador ha pretendido dar visibilidad a una violencia de género específica que es la que discurre en el seno de la pareja, porque es precisamente en el ámbito conyugal donde la violencia machista se produce con más frecuencia que conlleva para la víctima terribles consecuencias y que, como he tenido la oportunidad de resaltar, hasta no hace mucho eran cometidas en la clandestinidad y percibidas como algo "natural" por la sociedad.

En este sentido, resulta conveniente distinguir entre violencia de género y violencia doméstica, ya que hacen referencia a dos realidades distintas. Diferenciando ambos conceptos se podrá comprender la necesidad de la Ley Integral que regule la protección frente a la violencia de género y las peculiaridades que necesariamente ha de revestir.

Por violencia doméstica se entienden *"todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima"*<sup>139</sup>.

En primer lugar, en la violencia doméstica o intrafamiliar, la víctima es la mujer, pero no sólo ella<sup>140</sup>. La víctima sufre la violencia en cuanto integrante de la unidad familiar, pero no por razón de género. En el ámbito familiar, otras personas distintas a la mujer pueden sufrir violencia, pero es sustancialmente distinta debido a que conllevan connotaciones que van mucho más allá que la mera agresión. La violencia de género es un tipo específico de violencia que se encuentra estrechamente vinculado al

---

<sup>139</sup> Art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

<sup>140</sup>La Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la familia, define la violencia contra la familia como *"todo acto y omisión que atente contra la vida, la integridad física o psíquica o la libertad de una persona, o que ponga gravemente en peligro el desarrollo de su personalidad"*.

hecho de ser mujer, convirtiéndose en un concepto estereotipado, con atributos y valores que han sido normativizados socialmente para mantener esa posición de dominio. La LOMPIVG lo deja claro al considerar que este tipo de violencia constituye *“una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino”*<sup>141</sup>.

Es precisamente ese componente de “género”, el que permite especificar la violencia contra la mujer y que permite diferenciar la de la violencia doméstica, más vinculada a la defensa de la unidad y valores familiares.

## **2. Actos constitutivos de violencia de género. breve estudio de los principales tipos penales**

### **2.1. Formas de violencia contra la mujer**

La violencia de género se manifiesta a través de distintas formas de maltrato, que varían en función del contexto de la relación entre el hombre y la mujer y del perfil psicológico del agresor. El Consejo de Europa distingue como forma de violencia contra la mujer *“todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*<sup>142</sup>. Son diferentes manifestaciones y expresiones de la violencia, que van desde las más explícitas hasta las más sutiles, que responden a causas de la misma naturaleza, de ser un mecanismo de sometimiento, un instrumento de dominación y control social.

---

<sup>141</sup> LAURENZO COPELLO, P. *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración políticocriminal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 7, 2005.

<sup>142</sup> Definición explícita de este tipo de violencia en el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

De acuerdo con el Consejo de Europa (2011), se incluyen como actos de violencia contra la mujer los siguientes:

- Violencia física: se incluyen aquí todo tipo de agresiones corporales (empujones, golpes, ataques con armas, mordeduras, quemaduras, estrangulamientos, mutilaciones, etc.). Es el tipo de violencia más visible ya que suele dejar huellas de las lesiones infringidas. El maltratador suele usar sus manos, pies u objetos altamente peligrosos como ácidos o armas. Las lesiones también son muy diversas, como son hematomas, contusiones, pérdidas de piezas dentales, fracturas óseas o incluso la pérdida de algún sentido como la vista o la audición. El culmen de este tipo de violencia puede ser el homicidio o el asesinato de la víctima en manos de su agresor.
- Violencia sexual: comprende cualquier actividad sexual no consentida (visionando o participación forzada en pornografía, relaciones sexuales obligadas, tráfico y explotación en la industria del sexo, etc.). Aunque puede existir violencia física, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la mujer más que su integridad física. Está integrada por todos aquellos actos que implique una actividad sexual no consentida mediante el uso de la fuerza, la intimidación, manipulaciones o amenazas. La violencia sexual ha estado respaldada por algún sector de la sociedad que asocia la masculinidad con el dominio sexual de las mujeres. De ahí que el consentimiento sea uno de los mayores obstáculos para probar su ausencia en el delito debido a que *“No todas las legislaciones ni todos los jueces entienden que la mujer tiene derecho a decidir lo que quiere y lo que no quiere, lo que consiente y lo que no consiente en el ejercicio de su libertad sexual”*<sup>143</sup>. La violencia sexual genera, a menudo, vergüenza en la víctima y es muy penoso para ellas hablar de ello, por lo que resulta complicado abordar este tipo de violencia en un ulterior proceso judicial.

---

<sup>143</sup> ALBERDI, I.; MATAS, N. *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Barcelona: Fundación “La Caixa”, 2002, pp. 70-71

- Violencia psicológica: se entiende “*aquellos actos o conductas intencionadas que producen desvalorización o sufrimiento en las personas*”<sup>144</sup>. Es un concepto amplio que admite múltiples modalidades de agresión intelectual o moral (amenazas<sup>145</sup>, aislamiento<sup>146</sup>, comportamientos de control<sup>147</sup>, desprecio<sup>148</sup>, intimidación e insultos en público, etc.). Este tipo de violencia no es tan palpable como la anterior y resulta difícil identificarla y detectarla por parte de los profesionales, siendo muy desapercibida.

La violencia psicológica se manifiesta de forma gradual (ya que, si el maltratador desde el comienzo de la relación le dijera a la víctima que no puede relacionarse con sus amigos/as o familia, ésta, al no sufrir todavía las consecuencias nefastas del maltrato, no accedería a ello), sin dejar huellas palpables y va degradando poco a poco a la mujer. El agresor, normalmente, comienza con conductas no coercitivas, sino más bien sutiles, minusvaloran su capacidad intelectual o su físico para pasar, paulatinamente, a niveles más altos y explícitos<sup>149</sup>.

- Violencia económica: entendida como desigualdad en el acceso a los recursos compartidos (negar el acceso al dinero, impedir o limitar el acceso a un puesto

---

<sup>144</sup> BOSCH FIOL, E., FERRER PÉREZ, V. A. *La voz de las invisibles*, Madrid: Cátedra, 2002, p. 24.

<sup>145</sup> Con la amenaza, el maltratador consigue infundir miedo a la víctima, impidiéndole a tomar decisiones. Pueden consistir con la realización de un mal directamente a ella (amenazarle con hacerle daño, o a los hijos, abandonarla, echarla de casa, infidelidad, etc.) o amenazarla con suicidarse como forma de manipulación o control.

<sup>146</sup> Se produce de forma gradual, el maltratador comienza con gestos de desagrado, enfados, ausencias injustificadas a las reuniones familiares o de amigos, hace críticas y comentarios hirientes sobre aquellos, llegándose a que la víctima se distancie, cada vez más y deje de comunicarse con ellos. Unas veces el maltratador lo exigirá expresamente y otras de forma más sutil, la víctima se relaciona, pero siempre acompañado por él.

<sup>147</sup> Algunos comportamientos de control son: limitar o anular las relaciones sociales interpersonales, controlar lo que hace la víctima, con quién habla, sus redes sociales, WhatsApp, lugares a donde va, no sólo con los amigos/as o compañeros/as de trabajo, sino incluso la propia familia (hermanos/as, hijos/as.), restringir el uso de las comunicaciones, limitaciones para trabajar, etc.

<sup>148</sup> Son comportamientos que dañan la autoconfianza de la víctima, tratando de desvalorizarla con comentarios despectivos respecto a su físico o incapacidad para cuidar a los hijos, haciéndole creer que no sabe hacer nada y llegando a sentirse culpable de todo lo que sale mal.

<sup>149</sup> ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., MUÑOZ SÁNCHEZ, J. M. *Límites entre la violencia psicológica y la relación de pareja meramente disfuncional: implicaciones psicológicas y forenses*. Anales de Psicología, Vol. 33, No. 1, 2017, pp. 18-25.

de trabajo<sup>150</sup>, a la educación, obligar a darle al agresor todo el dinero que gana, etc.). El objetivo de este tipo de violencia no es otro que una forma más de control, conseguir la total dependencia de la víctima para que no pueda abandonar la relación sentimental.

- Violencia estructural: término íntimamente relacionado con el de violencia económica, pero que incluye barreras invisibles e intangibles contra la realización de las opciones potenciales de los derechos básicos de las personas. Se sustenta sobre la existencia de obstáculos firmemente arraigados y que se reproducen diariamente en el tejido social (por ejemplo, las relaciones de poder que generan y legitiman la desigualdad).
- Violencia espiritual: concepto comprensivo de aquellas conductas que consisten en obligar a otra persona a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado, o dirigidas a erosionar o destruir las creencias de otra persona a través del ridículo o del castigo.

## **2.2 Ámbito objetivo de la violencia en la LOMIVG**

La violencia de género en el seno de las relaciones familiares nunca, hasta el año 2004, se había tipificado específicamente como tal en el Código Penal debido a que su incriminación se había enmascarado siempre como una forma más de violencia doméstica o intrafamiliar<sup>151</sup>. El fundamento de los ilícitos penales para la tipificación de nuevas conductas y el endurecimiento de las penas se debe a un mayor desvalor de la acción y de resultado, tanto desde el punto de vista subjetivo (se exige que el autor cometa el delito con la finalidad de dominar, subyugar o aleccionar a la mujer) como desde una visión más objetiva que requiera la aptitud del comportamiento desarrollado para el cumplimiento de dicha finalidad<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Cuando la víctima trabaja, el maltratador le pone controles, tanto del tiempo que tarda en los desplazamientos para salir o llegar al hogar, como dificultando o impidiéndole acudir a celebraciones o reuniones con compañeros/as.

<sup>151</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 9, 2007, p. 2.

<sup>152</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El maltrato singular...cit.*, p. 17.

Conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la violencia de género es *“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”*. Del mismo modo, y a los efectos de la Ley, comprende *“todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*<sup>153</sup>.

La lucha contra esas relaciones de poder del hombre sobre la mujer es la base de la modificación de varios preceptos del Código Penal español, llegando a constituir un grupo de los denominados “delitos de género” que presentan diferencias penológicas cuando la víctima de los malos tratos es una mujer que tiene una especial vinculación con su agresor.

El Título IV de la Ley, bajo la rúbrica *“Tutela Penal”*, reforma el Código Penal tanto en su parte general como en la especial y le dedica un total de nueve artículos (del

---

<sup>153</sup> La Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los Criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género contempla diversas formas que puede adoptar la violencia contra la mujer: *“Dicho artículo 1.3 agrupa en dos categorías las formas que puede adoptar la violencia contra la mujer, la física y la psicológica, sin que ello suponga restricción de la aplicación legal a otras eventuales manifestaciones de la violencia de género si tienen cabida en la definición del apartado primero de dicho artículo. De modo, que siguiendo otras clasificaciones más detalladas como la del Consejo de Europa, las contenidas en algunas leyes especiales latinoamericanas contra la Violencia Familiar surgidas a raíz de la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994, o las de nuestra legislación autonómica (leyes de Cantabria y Canarias), cabría afirmar, sin ánimo exhaustivo, que las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer que tienen cabida en esta Ley pueden reconducirse a las siguientes: – Violencia física: relativa a cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima. – Violencia sexual: referida a la imposición por la fuerza de relaciones o prácticas sexuales que atenten contra su libertad sexual. – Violencia psicológica: comprensiva de toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. La violencia psicológica, entendida en un sentido amplio, comprende también aquellas manifestaciones de la violencia contra la mujer que, en algunas clasificaciones son objeto de conceptualización autónoma, tales como las llamadas violencia económica –entendida como abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos– o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro”*.

33 al 42). Dentro de la parte especial, **el art. 36 modifica el art. 148 CP** que queda redactado de la siguiente forma:

*Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

*1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*

*2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*

*3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*

*4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

*5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

La aplicación del artículo tiene carácter facultativo (se utiliza el término “podrán”, que no implica imperatividad) y es conforme a la CE, tal y como ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional<sup>154</sup>. Las cualificaciones del art. 148 no aumentan automáticamente la pena del tipo básico de las lesiones, pues el propio precepto determina que eso es así “*atendiendo al resultado causado o riesgo producido*”.

---

<sup>154</sup> STC 41/2010, de 22 de julio: en su FJ No. 9 señala que “*la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado*”.

En los delitos contra la integridad física y psíquica que figuran en la LO 1/2004, los daños sufridos por la víctima podrán cualificarse con arreglo a dos grupos: Por un lado, el de las lesiones graves (arts. 147, 148 y 149 CP) y, de otro, el de la violencia ocasional comprensivo de las lesiones menos graves y leves (art. 153 CP)<sup>155</sup>. Para distinguir ambos tipos de lesiones se habrá de acudir a los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico para cuya concreción debe realizarse desde las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales<sup>156</sup>.

El concepto legal de lesión se define en el art. 147.1 CP como un menoscabo físico o psíquico que requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. En este sentido, se excluirán del concepto aquellos casos en los que el personal sanitario intervenga ante una determinada patología y que no dé lugar a una actividad propiamente terapéutica. A modo de ejemplo, la STS de 2 de julio de 1999, considera que, a efectos penales, *“por tratamiento médico configurador del delito de lesiones, ha de entenderse aquel sistema médico o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias, si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención (STS de 6 de febrero de 1993), la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión (art. 147.1 “in fine” del CP 1995) y los supuestos en que la lesión sólo requiera objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa”*.

Así, por ejemplo, la simple prescripción de antibióticos para prevenir una infección, analgésicos, relajantes musculares, medidas dietéticas o de reposo no deben ser consideradas como tratamiento médico si son fruto de una primera asistencia con carácter preventivo o sintomático y no curativo. Todas las medidas que no tengan una

---

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ CALVO, M. VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Estudio empírico sobre la violencia de género. Un análisis médico legal, jurídico penal y criminológico de 580 casos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 67.

<sup>156</sup> La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha supuesto una modificación del delito de lesiones, por cuanto la falta de lesiones que estaba tipificada hasta su derogación en el art. 617, queda ahora integrada en el art. 147 CP, apartados 2 (lesión no constitutiva de delito) y 3 (golpe o maltrato de obra que no causa lesión).



finalidad curativa, sino simplemente paliativas del dolor y molestias inherentes a la lesión, quedarían excluidas del tipo (art. 147.1 CP).

El art. **37 de la LO 1/2004 modifica el art. 153 CP** que queda de la siguiente forma:

*1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

*3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice*

*quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.*

La Ley, a través de este art. 37, diferencia aquellas conductas de maltrato ocasional o menoscabo leve que se ejercen sobre la pareja o expareja (violencia de género) de aquellas que se ejercen sobre persona vulnerable que convive con ella o sobre alguna de las personas referidas al delito de violencia habitual del art. 173.2 (violencia doméstica).

El art. 153.1 regula, en su primer inciso, el maltrato puntual de género, es decir, por un hombre que sea el cónyuge o excónyuge u otra persona vinculada a la víctima (en el presente o en el pasado) por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Son varios los elementos para tener en cuenta en el estudio de este precepto, a saber<sup>157</sup>:

a) Conductas delictivas

Son las propias de la falta de maltrato y lesiones derogadas por la LO 1/2015 y sancionadas, en el caso de lesiones, como delito leve (art. 147.2 CP). Por ello, resulta necesario integrar el precepto fuera de lo que debe entenderse como tratamiento médico o quirúrgico. Respecto al maltrato de obra que no causa ninguna lesión, la conducta sería de mera actividad, bastando acometimientos o agresiones físicas como empujones<sup>158</sup>, zarandeos<sup>159</sup>, tirones de pelo<sup>160</sup>, agarrones<sup>161</sup> u otras de similar naturaleza.

b) Sujeto activo y pasivo

---

<sup>157</sup> El delito de maltrato sin lesiones es el tipo más frecuente de violencia contra la mujer. Vid. RODRÍGUEZ CALVO, F. *Estudio empírico sobre la violencia de género...cit.*, p. 65.

<sup>158</sup> SAP Sevilla No. 182/2018, de 16 de abril.

<sup>159</sup> SAP Madrid No. 242/2018, de 26 de marzo.

<sup>160</sup> SAP Barcelona No. 305/2018, de 12 de abril.

<sup>161</sup> SAP Barcelona No. 339/2018, de 26 de abril.

El sexo es el elemento que fundamenta la especial protección que otorga el art. 153.1 para los casos de violencia de género. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria limita el ámbito de los sujetos activos al hombre y sólo la mujer, en el contexto de la relación que les une anteriormente indicada, puede ser el sujeto pasivo<sup>162</sup>.

c) Relación entre los sujetos

La relación esposo-esposa no plantea excesivos problemas de interpretación, pues bastaría remitirse a la normativa civil que regula la institución del matrimonio. Sin embargo, la principal dificultad se presenta a la hora de interpretar en qué consiste una relación análoga a la matrimonial. La posición de los Juzgados y Tribunales no es pacífica y eso se traduce en una jurisprudencia en lo que queda medianamente claro es que no es fácil aplicar un concepto como éste. Sin embargo, parece deducirse que no cabe incluir de modo automático todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente aquellas en las que concurra un componente de compromiso más o menos estable y un grado de afectividad semejante a una vinculación familiar<sup>163</sup>. El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial *“no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en la que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspassa con*

---

<sup>162</sup> Circular FGE 4/2005, de 18 de julio: *“Los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: «ofendida», en género femenino, para el sujeto pasivo y «él», en género masculino, para el sujeto activo, determina que, en este apartado, sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aun sin convivencia”*.

<sup>163</sup> En este sentido, la STS 510, de 12 de mayo, señala que *“lo decisivo para que la equiparación [análoga relación] se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones”*

*nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta”<sup>164</sup>.*

d) La aplicación del elemento intencional

En el art. 153.1 CP no se lee expresión alguna que exija para su aplicación que el maltrato ejercido hacia la mujer sea una *“manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* en concordancia con el objeto de la LO 1/2004 (art. 1.1). También este elemento es muy controvertido y no existe una posición unívoca en la doctrina<sup>165</sup> y la jurisprudencia<sup>166</sup> acerca de si el precepto penal exige o no la aplicación automática del elemento de dominación.

El Tribunal Supremo zanja la cuestión con la reciente Sentencia 677/2018, de 20 de diciembre<sup>167</sup>, que acuerda en el caso de agresiones mutuas en un contexto de pareja o expareja, que el hombre cometerá un delito de violencia de género y la mujer en uno de violencia doméstica. El Alto Tribunal establece que *“los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad”*. Con ello se

---

<sup>164</sup> SAP Madrid 765/2019, de 2 de diciembre y la jurisprudencia que cita.

<sup>165</sup> Sobre los distintos partidarios y detractores de considerar el elemento de dominación vid, ROIG TORRES, M. *La delimitación de la “violencia de género”: un concepto espinoso*. Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXII, 2012.

<sup>166</sup> También existen posiciones divergentes en la jurisprudencia menor, distinguiéndose entre las que exigen para la aplicación del tipo del art. 153 una relación de “ánimo o dominación” entre el maltratador y su víctima (SAP de ZARAGOZA No. 187/2018, de 10 de julio o la SAP de Murcia No. 103/2018, de 2 de marzo) y aquellas otras que no exigen dicho elemento de dominación (SAP de Madrid No. 535/2018, de 26 de julio o la SAP de Valencia No. 335/2018, de 31 de mayo, entre otras).

El TS también ha llegado a pronunciarse en diversas resoluciones sobre la no aplicación automática de este elemento dominador (STS 1177/2019, de 24 de noviembre, STS 132/2013, de 19 de febrero o la STS 856/2014, de 26 de diciembre).

<sup>167</sup> Los Antecedentes de hecho son los siguientes: *“Queda acreditado que los encausados, JULIO DOS REIS BORJA y ALBA PILAR ALONSO MARTÍNEZ, pareja sentimental, el día 6 de diciembre de 2017, cuando se encontraban en la C/ Ciudad de Fraga junto a la discoteca “La Viejoteca”, en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Julio Dos Reis un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Alonso, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro”*.

entiende que cualquier agresión del hombre a su cónyuge/excónyuge o persona de análoga afectividad es un hecho constitutivo de violencia de género.

La sentencia unifica la jurisprudencia en este asunto y declara que la aplicación del art. 153.1 CP no exige el ánimo de dominación o machismo<sup>168</sup>.

Finalmente, los apartados tercero y cuarto del art. 153 contienen, respectivamente, una modalidad agravada<sup>169</sup> y otra atenuada<sup>170</sup> del maltrato puntual.

### Referencia al delito de maltrato habitual

La violencia de género habitual se regula en los apartados 2 y 3 del art. 173 CP dentro del Título VII, denominado “*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*”. La conducta típica se basa en el ejercicio habitual de la violencia, tanto física como psíquica en todas sus formas, es decir, desde la más “leve”, como puede ser un maltrato de obra, hasta la más grave que puede desembocar en un homicidio. Para acreditar la habitualidad, el apartado 3 indica como criterios los siguientes: número de actos de violencia que resulten acreditados<sup>171</sup>, la proximidad temporal de los mismos,

---

<sup>168</sup> En contraposición del fallo del Alto Tribunal resalta el voto particular formulado por cuatro magistrados que entienden que el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debió desestimarse en cuanto a la aplicación del art. 153.1 CP. Se defiende que la violencia de género el “*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*”. En base a ello, los ponentes consideran que “*no se trata de actuar contra cualquier violencia desarrollada por quienes son o han sido pareja sentimental contra su pareja, ni siquiera de actuar contra la violencia ejecutada por el miembro varón de la pareja contra el miembro femenino de la misma, sino, solamente, en aquellos casos en los que la violencia sea una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*”.

<sup>169</sup> Se impondrá la pena del art. 153.1 en su mitad superior “*cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*”.

<sup>170</sup> La modalidad atenuada, imponiéndose la pena inferior en grado, es una facultad que se confiere al Juez atendiendo a “*las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*” y que se traduce, normalmente, en la levedad de las lesiones infringidas a la víctima (SAP Cádiz, 23 de junio de 2014), agresiones recíprocas (SAP Palma de Mallorca, de 3 de marzo de 2014) o ausencia en el interés del castigo (SAP Madrid, 23 de junio de 2014).

<sup>171</sup> Una primera corriente en la jurisprudencia consideraba que para apreciar la habitualidad bastaban únicamente tres actos, lo que suponía una objetivación de la conducta. Más adelante, se ha ido cambiando hacia un criterio cualitativo más centrado en la situación de la víctima que vive en un estado permanente

con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo<sup>172</sup> y los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

El art. 173.2 establece que las penas previstas por la violencia habitual se impondrán “*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”, es decir, que además de castigar al maltratador por la violencia habitual, también tendrá que responder por los hechos concretos que realice, tales como lesiones u otros actos contra la integridad de la víctima.

**El art. 38 de la LO 1/2004 modifica el delito de amenazas del art. 171 CP,** añadiéndose tres apartados numerados como 4, 5 y 6. El primero de ellos establece:

*“El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años....”*

También este precepto fue tachado por algún sector de la doctrina como inconstitucional por vulnerar, tanto el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE,

---

de violencia (STSS 1274/2011, de 29 de noviembre, 716/2009, de 2 de julio o 1059/2012, de 27 de diciembre). La habitualidad puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido por el derecho.

<sup>172</sup> La proximidad temporal aparece como un requisito indeterminado, por lo que se deberá atender a una cierta unidad de contexto, que permita inferir la existencia de una agresión permanente. Los hechos no pueden estar demasiados distanciados en el tiempo ni tampoco demasiado próximos entre sí (piénsese en el caso de varios episodios de violencia en un solo día).

Finalmente, la conducta habrá de recaer sobre alguna de las personas que el mismo artículo menciona, sin hacer distinciones entre los casos de violencia de género o doméstica (no es preciso que la persona que sufre la violencia sea la misma, pudiendo recaer sobre cualquier miembro de la unidad familiar).

como el de proporcionalidad. No obstante, esta cuestión fue resuelta por el TC en numerosas resoluciones al respecto<sup>173</sup>.

El apartado 4 del art. 171 ha transformado la antigua falta de amenazas a un delito menos grave. La jurisprudencia fija los siguientes elementos por los que se caracteriza este delito<sup>174</sup>: una conducta integrada por expresiones o actos idóneos para quebrantar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible; la amenaza debe ser seria, creíble y firme, de tal modo que ocasione una repulsa social indudable; ha de ser futura, determinada, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

El segundo párrafo del art. 171.5 y el art. 171.6 contienen, respectivamente, dos modalidades de amenazas leves, una agravada<sup>175</sup> y otra atenuada<sup>176</sup>.

La LO 1/2004, en su **art. 39, que lleva por rúbrica “Protección contra las coacciones”**, modifica el art. 172 CP:

*“El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin*

---

<sup>173</sup> Pueden señalarse las siguientes resoluciones, todas ellas en el sentido de negar una desproporción punitiva del art. 171.4 CP: SSTC 152/2009, de 25 de junio, 177/2009, de 21 de julio o la 180/2009, de 21 de julio.

<sup>174</sup> SSTS 1253/2005, de 26 de octubre, 639/2006, de 14 de junio o 1231/2009, de 25 de noviembre, que aprecia el delito de amenaza leve en una relación de noviazgo: *“El acusado pronunció antes de abandonar la vivienda donde había atentado contra la libertad sexual de la denunciante. El imputado advirtió a Piedad que “si lo denunciaba él pasaría un tiempo encerrado pero que después iría a por ella”. Es llano, por tanto, que Norberto anunció un mal futuro, injusto, determinado y posible con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en la denunciante, menoscabando así el bien jurídico constituido por la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida. Se trata, además, de un mal que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en la amenazada. Y como concurre el supuesto específico de unas amenazas a una mujer con la que ha mantenido una relación de noviazgo desde hacía casi dos años, es claro que no se precisa siquiera que la amenaza sea grave, sino que es suficiente con la leve, tal como se expresa en el art. 171.4 del C. Penal”*.

<sup>175</sup> Art. 171.5 CP: *“Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*.

<sup>176</sup> Art. 171.6 CP: *“No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”*.

*convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*No obstante, lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.*

La acción consiste, bien en impedir a alguien a hacer lo que la Ley no prohíbe, bien en compelerle a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto. Para ello, el sujeto activo plasma la actividad en una conducta violenta, de carácter físico o intimidatorio, pudiendo incluso ejercer la fuerza sobre las cosas. La utilización del medio coercitivo ha de ser adecuado, eficaz, y causal respecto al resultado perseguido. Al igual que ocurre con el delito de amenazas, se habrá de atender a las circunstancias concurrentes, atendiendo al contexto en el que se produce para poder apreciarse la intensidad<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Puede citarse, a modo de ejemplo, la STS 61/2009, de 20 de enero: “El hecho de que el acusado hubiese cerrado con llave el domicilio, en el que se quedaba su esposa y sus tres hijos, en una situación



## Referencia al delito de hostigamiento o *Stalking*

Se regula en el apartado 2 del art. 172 ter CP, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que tipifica como delito el acoso de forma insistente y reiterada. Las conductas que integran el delito son las siguientes<sup>178</sup>:

*“1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.*

*2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”.*

Parece ser que con la tipificación de estas conductas, el legislador ha querido que sean objeto de reproche penal acciones que bien podrían quedar fuera del ámbito de las amenazas o coacciones y que, sin duda, menoscaban los derechos de las víctimas, como puede leerse en la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo: *“También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal*

---

*de violencia emocional -la esposa se refirió a temor a represalias y miedo a su marido que le impidió abandonar la casa cuando hubiera podido hacerlo así como el dato objeto de la agresión física a la esposa, todo ello delante de los hijos-, permite sostener la presencia de la violencia propia del delito de coacciones cuando el recurrente impidió a su esposa y a sus tres hijos hacer aquello a lo que tenían pleno derecho, como era salir del domicilio familiar, compeliéndoles a permanecer en el mismo, a pesar de que existieran posibilidades de liberarse de ese encierro, conducta que ha de calificarse como delictiva dada la gravedad e intensidad de la intimidación y presión ejercida”.*

<sup>178</sup> Vid. STS 324/2017, de 8 de mayo, en la que se señalan los parámetros ante el delito de acoso o *stalking*.

*(amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.*

Estas conductas pueden ser frecuentes en los casos que, sin haber previamente existido episodios de malos tratos durante la relación sentimental, a raíz de una separación, el hombre empieza a acosarla, perseguirla u hostigarla simplemente debido a que éste no acepta un “no” por respuesta al tener la relación configurada como un sentimiento de propiedad; por ello, mediante el acoso, mensajes o llamadas de cualquier tipo, lo que el maltratador pretende es vencer la oposición de su víctima y conseguir que vuelva con él<sup>179</sup>. Este acoso se suele cometer utilizando las redes sociales como *Facebook*, *Twitter* o los correos electrónicos, quedando dicha conducta integrada en el tipo penal, que sanciona al que *“Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”*<sup>180</sup>.

### **2.3 Enfocar la perspectiva de género como instrumento de análisis de la violencia contra la mujer**

No quisiera terminar este epígrafe sin hacer una breve, pero relevante, referencia a la interpretación en el procedimiento judicial de la violencia contra la mujer con perspectiva de género que *“implica la toma de conciencia de que una cosa es la diferencia sexual, biológica, y otra distinta el género, cultural, que incorpora las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa diferencia sexual”*<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> Vid. MAGRO SERVET, V. *El delito de stalking o acoso en la violencia de género*. Revista La Ley Penal, No. 139, 2019.

<sup>180</sup> MAGRO SERVET, V. *El delito de stalking*. Cit,

<sup>181</sup> RAMÍREZ ORTÍZ, J.L. *Perspectiva de género, prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47.

MARTÍNEZ GARCÍA incide en la necesaria reinterpretación del del derecho, del procedimiento y de la función jurisdiccional en todas sus fases con perspectiva de género para que la igualdad de la mujer sea una realidad y no una mera expectativa<sup>182</sup>. Ciertamente, el juzgador no es inmune a los estereotipos y puede coadyuvar a una forma más de discriminación hacia la mujer. El Derecho, como otras tantas ramas de conocimiento, se ha conformado mediante “ajustes” a una mentalidad mayoritariamente machista y es por ello por lo que existe una obligación de reinterpretar el derecho sustantivo y procesal con perspectiva de género “*para poner en situación de igualdad a la mujer en sus derechos*”<sup>183</sup>. Para hacer real el principio de igualdad, es necesario remover todos los obstáculos que lo dificulten y, para ello, la perspectiva de género es el eje sobre el que debe pivotar todos los esfuerzos para que las resoluciones judiciales en materia de violencia de género superen los prejuicios y estereotipos culturales para ajustarse a los estándares internacionales de interpretación del derecho de igualdad y de no discriminación por razón de género.

La aplicación de la perspectiva de género, como línea argumental para rechazar la violencia como causa de justificación, requiere constatar la existencia de una relación desigual por el género con un claro determinante cultural, tomando como punto de partida la consideración de diferencias socialmente aceptadas entre el hombre y la mujer que no tienen nada que ver con el sexo, sino con una cultura de poder y dominación del aquél. Hay que recordar que la “perspectiva de género” ha sido declarada constitucional conforme a varios pronunciamientos del TC tras la STC 59/2008, de 14 de mayo.

Las agresiones en el seno de una relación sentimental, enfocadas desde una perspectiva de género, suponen clarificar y poner de relieve el fin de toda violencia contra la mujer, que no es otro que el de degradar y subordinar. Supone, desde esta perspectiva, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre. Cuando se produce un episodio de violencia de género y no existe una certeza de esa relación de dominación

---

<sup>182</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. “Análisis de la justicia “procesal” desde la perspectiva de género”. En: AVILÉS PALACIOS, L. *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2018, p. 27.

<sup>183</sup> Ibidem.

puede ocurrir, y de hecho ocurre como consecuencia de ese arraigo patriarcal en nuestra sociedad, que existan ciertos prejuicios en el órgano jurisdiccional que pongan en duda el testimonio de las víctimas. Una adecuada formación y concienciación de los profesionales que imparten justicia permitiría transformar la aplicación de un derecho desvinculado de roles discriminatorios mediante una interpretación de los hechos de una manera neutral y carente de estereotipos discriminatorios.

A continuación, voy a mencionar algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que introducen la perspectiva de género:

- **STS 282/2018, de 13 de junio.** En esta resolución, el TS aplica la perspectiva de género tratando a las víctimas de violencia de género en los procesos penales como testigos cualificados. Afirma que *“En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido”*. La versión que puede aportar una víctima de violencia machista *“es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud”*.
- **STS 247/2018, de 24 de mayo.** Aplica por primera vez la perspectiva de género en un caso de intento de asesinato y maltrato del hombre hacia su pareja. Especialmente interesante la afirmación de que *“el retraso en denunciar hechos de violencia de género, o doméstica, no es sinónimo de falsedad en una declaración, sino que es perfectamente admisible entender veraz esa declaración por las especiales características de los hechos de maltrato”*. Las

víctimas lo silencian por pánico, miedo a una agresión más violenta o incluso que las maten. Ese estado anímico no puede suponer una traba u obstáculo en la credibilidad de su testimonio.

- **STS 420/2018, de 25 de septiembre.** Se condena a un hombre por acuchillar e intentar asfixiar a su pareja sentimental después de decirle que *“si no eres mía, no eres de nadie”*. El maltratador *“presenta un patrón de personalidad de tipo narcisista y antisocial, con utilización de estrategias de imposición, explotación y dominación, así como el recurso al uso de violencia en la resolución de problemas interpersonales, que suponen importantes desajustes en el ámbito de relación interpersonal, con distorsiones cognitivas sexistas, tendencia a la resolución violenta de problemas, rasgos de, personalidad narcisista y antisocial, conducta fría y culpabilización hacia la víctima. El acusado está casado y en las fechas de los hechos convivía con su esposa”*.

La sentencia reconoce la compatibilidad de la agravante de parentesco y la de género, de modo que aquella es objetiva, basada en la relación estable y en la convivencia, mientras de la de género es subjetiva, basada en el ánimo de dominación o machismo.

- **STS 677/2018, de 20 de diciembre.** Se trata de un caso de agresión mutua de pareja en el que el Pleno del Tribunal Supremo considera que cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o expareja es siempre constitutiva de violencia de género. No se exige el ánimo de dominación en la prueba que se practique. Se entiende, pues, que los actos de violencia del hombre hacia la mujer en una relación afectiva de pareja son constitutivos de actos de poder y superioridad frente a ella, con total independencia de cuál sea la intencionalidad o motivación.
- **STS 396/2018, de 26 de julio.** Un tocamiento no consentido a una mujer, por muy leve que sea, es siempre un delito de abuso sexual y no un delito de coacciones leves. En este sentido, la resolución establece que *“cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la*

*que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena”.*

### **III. PORQUÉ EXISTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO? BREVE REFERENCIA A LAS TEORÍAS Y MODELOS QUE EXPLICAN EL MALTRATO HACIA LA MUJER**

#### **1. Introducción**

La mujer ha sido desvalorizada a lo largo de la historia, como ha ocurrido con otros colectivos como la pertenencia a una raza o etnia. Se corrobora la desigualdad a la que siempre ha estado sometida dentro de la sociedad, su papel subordinado en la unidad familiar y su más que deficitaria inserción laboral; en definitiva, puede ponerse de relieve la gran dificultad que soporta la mujer para lograr una vida autónoma e independiente.

Para entender el fenómeno de la violencia de género, hay que profundizar en la creencia social de las funciones desiguales y la forma asimétrica en la que han sido asignados ambos sexos. Las funciones asignadas al hombre y a la mujer dentro del orden social se ha ido paulatinamente acomodando hacia la masculinidad, estableciéndose una jerarquía entre iguales que abanderara una posición de dominio de aquél que está en una posición de poder sobre aquella que, pudiendo compartirlo, se le ha negado por la fuerza. Esa masculinidad, impuesta por la sociedad, es el centro o fundamento de la violencia machista.

Los modelos explicativos de la violencia de género son de tipo multicausal, no hay una causa única que explique adecuadamente la violencia contra la mujer<sup>184</sup>. No

---

<sup>184</sup> En este sentido, el Informe del Secretario General de NU, sobre el Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, apunta que “*Los actos de violencia contra la mujer no pueden*

obstante, tienen como característica común que, aunque pueden diferir en la importancia que se asignan a factores desencadenantes como las características del agresor y víctima (biológicas o personales) o a fenómenos más complejos (teorías psicológicas o sociológicas), coinciden en la existencia de una situación estructural de desigualdad real en la que se encuentra la mujer dentro de la sociedad. No se puede negar que se trata de una violencia estructural ejercida por el hombre que conlleva forzosamente una responsabilidad de la sociedad por mantener valores ajenos a la igualdad y que atentan a los derechos fundamentales de la mujer.

## **2. El patriarcado como sistema que da origen y perpetúa la violencia de género**

Como se ha señalado anteriormente, la violencia contra la mujer tiene un carácter estructural, es decir, forma parte de un sistema social denominado Patriarcado. No se trata de un litigio o conflicto entre el agresor y la víctima, sino de un auténtico abuso de poder limitativo de los derechos de la mujer que ha sido alentado, justificado y mantenido por la sociedad.

La socióloga CAGIGAS ARRIAZU define el patriarcado como *“la relación de poder directa entre los hombres y las mujeres en la que los hombres, que tienen intereses concretos y fundamentales en el control, uso, sumisión y opresión de las mujeres, llevan a cabo efectivamente sus intereses”*<sup>185</sup>. Esta estructura de poder se mantiene de manera intencionada y deliberada; la sociedad patriarcal cuenta con los medios suficientes para mantener esa dominación masculina y la consiguiente subordinación de la mujer. ¿De qué manera? Basta comprobar que, en todas las sociedades, los puestos claves en el ámbito político, económico, religioso u otra

---

*atribuirse únicamente a factores psicológicos individuales ni a condiciones socioeconómicas como el desempleo. Las explicaciones de la violencia que se centran principalmente en los comportamientos individuales y las historias personales, como el abuso del alcohol o una historia de exposición a la violencia, pasan por alto la incidencia general de la desigualdad de género y la subordinación femenina sistémicas. Por consiguiente, los esfuerzos por descubrir los factores que están asociados con la violencia contra la mujer deberían ubicarse en este contexto social más amplio de las relaciones de poder”.*

<sup>185</sup> CAGIGAS ARRIAZU, A. *El Patriarcado, como origen de la violencia doméstica*. Monte Buciero No. 5, 2000, p. 307.

estructura de poder se encuentran en exclusiva o mayoritariamente, en manos de los hombres. De nada sirve esa posición de poder si la sociedad patriarcal no contara, a su vez, con mecanismos que permitan mantener esa relación de poder. Unas prácticas materiales y culturales que van cambiando en función del grado de desarrollo de la sociedad<sup>186</sup>.

En los países desarrollados, entre los que se encuentra España, la difusión de la ideología patriarcal se mantiene a través de forma sutiles diferentes a la coerción, como es la incitación. Mediante los procesos de socialización, el hombre y la mujer aprenden los mandatos de la ideología patriarcal, se van atribuyendo papeles distintos, en función de su sexo; se aprenden y se ponen en práctica comportamientos aceptados como masculinos/femeninos, que van a favorecer la inserción a la sociedad o, por el contrario, van a provocar reacciones adversas. Los modelos de masculinidad y feminidad son aprendidos e interiorizados mediante un proceso de socialización que tiene dos vertientes: por un lado, una vertiente colectiva, donde todos y todas se adaptan a las expectativas que sobre ellos y ellas tiene la sociedad. Y por otro, una vertiente individual, cada uno absorbe los roles aprendidos y los perpetúa a los descendientes.

Cuando nace una persona, se le atribuyen unas características según sea niño o niña (es lo que comúnmente se le conoce como el fenómeno del etiquetado)<sup>187</sup>. Efectivamente, el proceso de socialización empieza desde los primeros días de vida y es llevado a cabo por las personas más cercanas, con lo que las conductas patriarcales se diluyen en los patrones culturales que nos han inculcado desde la infancia. Con este aprendizaje, los niños y las niñas actúan de una forma dirigida, se les inculca una personalidad impropia mediante las prohibiciones o la fuerza y aprenden mitos sobre la masculinidad y la feminidad que desembocarán en la asunción de ciertos roles donde predominará la superioridad de aquél y la sumisión de ella.

---

<sup>186</sup> En países que se encuentran en vías de desarrollo y que cuentan principalmente con regímenes autoritarios, se emplearán normas (basada en su mayoría en la costumbre) que determinan qué pueden hacer o no las mujeres y los castigos a los que serán sometidas en el caso de que alguna de ellas ose a no respetar dichas normas.

<sup>187</sup> CAGIGAS ARRIAZU, A. *El Patriarcado, como origen...cit.*, p. 309.



La idea principal que subyace en el modelo de Patriarcado es que el mandato básico que se transmite en el proceso de socialización masculino es el uso de la fuerza. Son constantes los mensajes de la fuerza ya que con ella y con la imposición se consiguen cosas. De lo contrario, se corre el riesgo de que el hombre sea aislado, marginado y se cree un vacío social. Por lo tanto, la violencia podría ser un recurso (el último) para proteger una posible conculcación de la masculinidad por la mujer, una forma de reestablecer el orden sociocultural aprendido en los casos de que ellas intenten reubicarse en una posición que les ha sido vetada por la sociedad.

El género desempeña un papel clave en la violencia del hombre sobre la mujer y existe una vinculación muy estrecha de esta violencia con una sociedad estructurada desigualmente en función de éste.

Algunos autores han puesto de relieve el valor de los mitos culturales como elementos para tener en cuenta que contribuyen a la violencia contra la mujer. A este respecto, podría decirse que los mitos cumplen tres funciones principales:

- Mitos que culpabilizan a la mujer: masoquismo (algunas mujeres son masoquistas y buscan a hombres violentos) o provocación (la mujer se lo busca, provoca al hombre mediante conductas o gestos).
- Mitos que normalizan la violencia: (“no fue maltrato, fue sólo una discusión”, “Él tuvo un mal día, no quería maltratarla”).
- Mitos impeditivos para salir de la violencia: (“tener la esperanza de que él cambie su comportamiento y forma de ser”, “los niños necesitan a su padre”)

Un modelo que explica específicamente la violencia contra la mujer es el modelo piramidal<sup>188</sup>, formulado a partir de los resultados de una investigación empírica sobre

---

<sup>188</sup> Vid. BOSCH, E., FERRER, V. A. *Nuevo modelo explicativo para la violencia contra las mujeres en la pareja: el modelo piramidal y el proceso de filtraje*. Asparkía, No. 24, 2013, pp. 54-67.

este tema y con el objetivo de que sea aplicable a las distintas formas de violencia contra las mujeres, incluyendo a la que se produce en el seno de una pareja. En él se proponen cinco escalones o etapas (sustrato patriarcal, socialización diferencial, expectativas de control, factores desencadenantes y brotes de violencia), a lo que habría que añadir un proceso de filtración. A continuación, voy a explicar brevemente en que consiste este modelo.

Para la elaboración del modelo piramidal, se parte de la premisa de que el patriarcado designa un orden social que asegura la supremacía del hombre sobre la mujer y, a su vez, lo legitima y lo mantiene. Esta ideología patriarcal sería el primer escalón del modelo<sup>189</sup>. El segundo lo constituye la difusión de esa ideología, mediante procesos de socialización que potencian el aprendizaje de los mandatos de género derivado de la ideología patriarcal<sup>190</sup>.

El tercer escalón tiene que ver con las expectativas de control del hombre sobre la mujer<sup>191</sup>. El cuarto escalón está constituido por factores que pueden actuar como detonantes o desencadenantes para aquellos hombres que han hecho suya la ideología de género tradicional<sup>192</sup>. El último escalón se entiende para aquellos hombres que han recorrido los distintos niveles sin cuestionarlos, desplegando toda una serie de

---

<sup>189</sup> Esta ideología tendría varios componentes, tales como la desigualdad de género (que justifica una supuesta inferioridad femenina y una estructura social en la que el hombre tiene más poder y privilegios que la mujer, lo que se traduciría en la creencia que legitima el poder y la autoridad del marido sobre su mujer) o la legitimidad del uso de la violencia contra la mujer que quedaría justificada en los casos en los que aquellas no respetasen la autoridad de sus maridos.

<sup>190</sup> Los mandatos de género tradicionales son normas de comportamiento que se derivan de la ideología patriarcal y que se consideran adecuadas para ellos (dominación, fuerza, autoconfianza, éxito y también no poseer rasgos o características propios del sexo contrario, como son la irracionalidad o la emocionalidad) o para ellas (sumisión, pasividad, dependencia, obediencia, abnegación).

<sup>191</sup> Aquellos que asumen como propia y no cuestionan la ideología de género tradicional (que enfatiza las diferencias sexuales o biológicas ente el hombre y la mujer con la consiguiente necesidad de que exista diferencias de roles y ámbitos, público y privado), creen tener unos derechos (expectativas de control) sobre su pareja que se consideran legítimos y, en consecuencia, esperan mantener el control sobre ellas en todos sus ámbitos (sexualidad, amistades, familia, economía, etc.).

<sup>192</sup> Los factores desencadenantes pueden ser de diversos tipos: personales (uso o abuso de alcohol u otras sustancias como las drogas, matrimonio, separación, hijos, cambios en la situación laboral, demandas de mayor autonomía por parte de su mujer, etc.), sociales (crisis económica, modificaciones legislativas, cambios de modelo social, etc.) o político-religiosos (integristas, gobiernos ultraconservadores...).

estrategias para conseguir la obediencia y sumisión de la mujer (violencia física, psicológica, económica, sexual, etc.).



En este modelo piramidal hay que añadir el proceso de filtraje o puntos de fuga. Y es que, a pesar de que los hombres nazcan en un entorno dominado por el patriarcado y haber estado inmersos en un proceso de socialización compuesto por creencias y actitudes misóginas y mandatos de género tradicionales, algunos optan por abandonar el mandato patriarcal, mientras que otros lo interiorizan llevándolo hasta sus últimas consecuencias; ejercer violencia o incluso asesinar a la mujer. Para explicar el mecanismo de fuga, resulta necesario, previamente, mencionar las distintas modalidades que intervienen en el proceso de construcción de la identidad cultural, a saber<sup>193</sup>:

- Identidad de proyecto, que conlleva una redefinición por parte de la persona de su posición en la cultura dominante a partir de la elaboración de nuevas propuestas que supongan una transformación del contexto.
- Identidad de resistencia, que supone apoyar la individualidad como rechazo a la lógica dominante.

---

<sup>193</sup> QUILES DEL CASTILLO, N. *Psicología de la maldad: cómo todos podemos ser Caín*. Madrid: Grupo 5, 2014, p. 141.

- Identidad legitimadora, que supone asumir a título individual la identidad colectiva diseñada por las instituciones sociales en una cultura.

Si se conjuga estas identidades con el modelo piramidal formulado, podría decirse que<sup>194</sup>:

- Algunos hombres, la minoría, mantendrían una actitud de proyección, sosteniendo la necesidad de modificar los patrones de masculinidad dominantes, de redefinir y transformar los parámetros de una sociedad machista hacia otra más igualitaria. En la pirámide, este grupo estaría integrado, no sólo por aquellos que simplemente optan por abandonarla, sino también los que aceptan renunciar a los privilegios que les ofrece la sociedad patriarcal (un ejemplo serían los grupos de hombres por la igualdad o profeministas).

Se podría hablar de una nueva mentalidad masculina, el hombre reflexiona sobre su papel en la sociedad y escoge una opción que ya había sido perfilada por los movimientos feministas. Este sector está dispuesto a modificar los valores que todavía predominan en la sociedad y contribuye a romper con la desigualdad y todas las barreras impeditivas para llegar a la plena equiparación entre ambos sexos.

- Otros hombres, la mayoría, son resistentes y rechazan la violencia contra la mujer, pero no cuestionan las bases o los privilegios vinculados al mandato de género masculino. En el modelo piramidal, optan por abandonar la senda de la violencia sin entrar a cuestionar de modo explícito sus fundamentos. ¿Por qué va a ceder esa situación de superioridad quien lo tiene? El poder para quien lo ejerce tiene sentido en sí mismo, no sólo en lo que se pueda conseguir con él. Una sociedad androcentrista difícilmente va a renunciar a los privilegios que les otorga el machismo; en cualquier caso, se intentará maquillarlo, reducir la tensión y evitar los conflictos que puedan surgir, pero la realidad muestra que ese poder sigue ahí. La igualdad ente el hombre y la mujer, expresamente

---

<sup>194</sup> QUILES DEL CASTILLO, N. Psicología de la maldad...cit., p. 142.

contemplada en numerosas normas internacionales e internas, es un concepto que no es real, sino viciado por quién ostenta el poder.

No se puede dudar que existe un machismo a la defensiva<sup>195</sup>, donde un sector de la sociedad acepta el acceso de la mujer a la independencia como un hecho social irreversible, aunque la considera en cierta medida como una intrusa o invasora.

- Finalmente, algunos no sólo legitiman los mandatos del patriarcado y aceptan los privilegios que se derivan del mandato de género masculino, sino también asumen y justifican la violencia hacia la mujer que quiebra el mandato de género femenino tradicional. Estos hombres se mantendrían dentro de la pirámide y recorren los diferentes escalones llegando, si fuere necesario, a ejercer la violencia contra la mujer en alguna de sus formas.

En su forma más extrema, la misoginia sería un elemento clave de la ideología patriarcal, un componente básico del sistema que tiene tres pilares básicos, a saber<sup>196</sup>: inferioridad moral (la mujer tiene menos principios morales que el hombre), intelectual (la mujer es menos inteligente que el hombre, y también menos racional, aunque más intuitiva y emotiva que él. Y la inferioridad biológica, que da por sentado que la mujer es más débil y frágil.

Por otra parte, la violencia de género combina dos actitudes hacia la mujer; el sexismo hostil, que cree que la mujer es inferior al hombre, y el sexismo benévolo, que protege a la mujer que asume los roles tradicionales. Ambos contribuyen de forma notable a la tolerancia hacia la violencia física y psicológica de la mujer, aunque podría afirmarse que el sexismo benevolente es aún más peligroso y difícil de detectar debido a su apariencia protectora, si bien es la esencia del paternalismo ejerciendo una función fiscalizadora o de control. Un estudio sociológico<sup>197</sup> muestra que, en el año 2004, en torno a un 17% de la población española mostraba su acuerdo con el reparto de tareas conforme a los mandatos de género tradicionales y casi un 25% mostraba su acuerdo

---

<sup>195</sup> Ídem, p. 152.

<sup>196</sup> Ídem, pp. 132-133.

<sup>197</sup> Ídem. P. 150.

con la trasgresión de los roles tradicionales. En el año 2010, un 30% de la población considera que, mientras uno de los dos miembros de la pareja debe dedicarse preferentemente al trabajo remunerado, el otro debe dedicarse en mayor medida al cuidado de la familia. Y, en este último caso, casi la mitad de la población (en torno a un 46%) considera que es la mujer quien debe trabajar menos de forma remunerada para dedicarse al cuidado de los hijos/as.

Las actitudes y creencias tradicionales hacia la mujer ejercen un efecto totalmente opuesto a la erradicación de la violencia de género, la perpetúan desde una perspectiva invisible. De ahí la importancia de analizar y eliminar todas las creencias, mitos y prejuicios sexistas para visualizar el problema y poder actuar en consecuencia.

### **3. Teorías etiológicas**

Además de las teorías que adoptan una perspectiva de género para las que, tal y como hemos visto, la violencia contra la mujer es expresión de la desigualdad estructural y vinculada al sistema patriarcal creado, la doctrina<sup>198</sup> menciona las teorías etiológicas, que hallan las causas del fenómeno en razones individuales o sociales de carácter no estructural.

Dentro de este tipo de teorías, se pueden distinguir las teorías individuales, que inciden en las características personales de las personas involucradas en la relación violenta. Son numerosos los estudios que se centran en los perfiles y tipologías de los maltratadores y las víctimas<sup>199</sup>. Algunos se centran en el perfil sociodemográfico del maltratador, la existencia de posibles enfermedades mentales, defectos de personalidad, psicopatologías o el consumo de alcohol/drogas. Algunas de estas teorías han

---

<sup>198</sup> Vid. ALONSO SALGADO, C., ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., CASTILLEJO MANZANARES, R., “La violencia sobre las mujeres: la mediación, una solución” en: CASTILLEJO MANZANARES, R., ALONSO SALGADO, C., *Violencia de género y Justicia*, Santiago de Compostela, 2013, pp. 47 y ss., VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo” en: *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008, pp. 27 y ss.

<sup>199</sup> DUTTON DG, KROPP, PR. *A Review of Domestic Violence Risk Instruments*, en *Trauma, Violence and Abuse*, No. 2, 2000, pp. 171-181; SAUNDERS, D.G. *A Typology of men who Batter Women: three types derived from cluster análisis*, en *American Journal of Orthopsychiatry*, No. 62, 1992, pp. 264-275.

contribuido a la creación de falsas creencias o mitos<sup>200</sup>. Ciertamente, se ha llegado a afirmar por un gran sector de la sociedad que los hombres que maltratan a las mujeres son alcohólicos o que, en el momento de la agresión, se encontraba bajo los efectos de otras drogas. Hay autores que, si bien establecen una relación entre el consumo de alcohol y la violencia sobre la pareja, consideran que existen otros factores que participan más activamente en su empleo<sup>201</sup>. Otros consideran una relación directa sobre el consumo y la agresividad.<sup>202</sup> Finalmente, hay opiniones que no consideran el consumo de alcohol como un factor favorecedor del empleo de la violencia, sino al contrario, consideran que el empleo de la violencia contribuye al consumo de esta sustancia<sup>203</sup>. Pienso que el hombre que maltrata a la mujer es violento de por sí, y que estas sustancias son simplemente un “aditivo” que aumenta aún más ese episodio de violencia, pero, desde luego, no es el factor desencadenante pues lo único que hacen es desinhibir a la persona. Tomar alcohol o drogas puede servir de pretexto para agredir a una mujer, pero no la causa. De hecho, muchos de los consumidores no agreden y otros tantos que sí lo hacen, no consumen.

Otro sector de la doctrina cree que la persona que agrede a su pareja suele tener trastornos mentales. Varios estudios muestran que menos de un 10% de los casos de violencia son ocasionado por esta causa. El Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la Organización Panamericana de Salud (2003), plantea que la proporción de agresiones vinculadas a trastornos psicopatológicos es baja en aquellos contextos donde este tipo de violencia puede resultar común<sup>204</sup>. Por su parte, LORENTE apoya la falta de relación de las patologías mentales con el maltrato al afirmar que “[s]i hay algo que

---

<sup>200</sup> BOSCH-FIOL, E., FERRER-PÉREZ, V. *Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI*. *Psicothema*, No. 24, 2012, pp. 548-554.

<sup>201</sup> LORENTE M, TOQUERO DE LA TORRE F. *Guía de la buena práctica clínica en abordaje en situaciones de violencia de género*. Madrid: International Marketing and Communications, 2004.

<sup>202</sup> BENNETT L.W. *Substance abuse by men in partner abuse intervention programs: current issues and promising trends*. *Violence and Victims*, 2008. Este autor recoge en su trabajo la probabilidad de multiplicar por ocho la probabilidad de que se produzca un episodio violento el hombre que ha consumido alcohol respecto a cuando no lo ha hecho.

<sup>203</sup> TESTA M, LIVINGSTON JA, LEONARD K.E. *Women's substance use and experiences of intimate partner violence: a longitudinal investigation*. *Addictive Behaviors*, 2003.

<sup>204</sup> HEISE, L., GARCÍA MORNÓ, C. “Violencia en la Pareja”, en VV. AA *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 108.

define al agresor es su normalidad, hasta el punto de que su perfil podría quedar resumido de forma gráfica en los siguientes elementos: *hombre, varón de sexo masculino*<sup>205</sup>. Sin embargo, se suele coincidir en la existencia de algunos rasgos personales que coinciden en la figura del agresor: poca capacidad empática, ansiedad, hostilidad, falta de control de la ira, celos, déficit de habilidades sociales o de comunicaciones<sup>206</sup>. Los celos han sido considerados como parte integrante en algunos modelos explicativos como un trastorno psicológico, sin embargo, considero que se trata de una técnica más de las que dispone el agresor para controlar la libertad de la mujer y sus relaciones sociales. Es un mito que se usa tradicionalmente para justificar comportamientos egoístas e injustos que no cuenta en la actualidad con una base científica sólida y que encajaría mejor en un contexto sociocultural<sup>207</sup>.

Otras investigaciones han estudiado la violencia de género en la familia de origen del agresor durante su infancia, como caldo de cultivo en su conversión. La teoría del aprendizaje social fue desarrollada por BANDURA y básicamente se apoya en afirmar que tanto la perpetración como la aceptación de los abusos físicos y psicológicos son producto del comportamiento aprendido. El niño/a aprende las conductas de su entorno y, cuando llega a la edad adulta las repite como resultado de ese aprendizaje. El hombre comete actos violentos porque ha visto a su padre comportarse de manera violenta con su madre<sup>208</sup>.

Los hijos son víctimas directas de la violencia machista y no sólo testigos de ella. Es más, por la situación tan vulnerable de su desarrollo biológico, se podría afirmar que sufren con mayor intensidad el impacto psicológico de la violencia que hay a su

---

<sup>205</sup> LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal*, Barcelona: Planeta, 2009, p. 148.

<sup>206</sup> BELÉN SARASUA, I. *Violencia en la pareja*. Málaga: ediciones Aljibe, 2000, p. 34.

<sup>207</sup> Vid. STSJ Asturias nº 2/2005, de 28 de febrero: “*El acusado se prevaleció de su condición masculina, peyorativamente machista, para atemorizar y tener sometida a su voluntad a la víctima que, por causa del miedo que tenía al agresor nunca tuvo el valor que debería para denunciar formalmente los malos tratos, las amenazas de que era objeto y las continuas coacciones a que era expuesta por el acusado para que no hiciera uso de su condición de igualdad de género respecto al varón y poder desarrollar su vida con plena libertad de elección de pareja. Nos hallamos ante una víctima más de la violencia de género ejecutada por el acusado, que no quería que la víctima desarrollara todas sus capacidades como mujer en igualdad de condiciones que el hombre*”.

<sup>208</sup> BANDURA, A., *Social learning theory*,. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall., 1977.



alrededor. MONTAGU, antropólogo británico-estadounidense y humanista, dice que “*Las ciencias de la conducta concuerdan en afirmar que las actitudes y relaciones personales de un individuo hacia otros se forma primariamente sobre la pauta de su relación con los padres en la primera infancia*”. También afirma que “*la agresión destructiva es en la mayoría de los casos una respuesta a la experiencia de rechazo, frustración o agresión durante la infancia*”, para terminar que “*ningún humano ha nacido nunca con impulsos agresivos u hostiles y ninguno se hace agresivo u hostil sin aprenderlo*”<sup>209</sup>.

#### **4. El modelo ecológico**

Distintas instituciones internacionales recomiendan el uso del modelo ecológico para explicar las causas de la violencia contra la mujer e identificar distintos factores de prevención para afrontar dicho problema<sup>210</sup>. Se trata de un modelo multicausal que permite integrar las distintas teorías explicativas de la naturaleza polifacética de la violencia.

HEISE<sup>211</sup>, basándose en el modelo ecológico propuesto por Bronfenbrenner<sup>212</sup> para el estudio del desarrollo humano, lo ha adaptado para el estudio de la violencia contra la mujer proponiendo un modelo de distintos factores determinantes distribuidos en cuatro niveles: nivel ortogenético o individual, microsistema, exosistema y macrosistema<sup>213</sup>.

##### Nivel individual

---

<sup>209</sup> MONTAGU, A., “La naturaleza de la agresividad”, Madrid: Alianza Universidad, 1990, citado por SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*. Madrid: editorial universitaria Ramón Aceves, 2008, p. 36.

<sup>210</sup> Asociación de Psicología Americana (APA), Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) o la Organización Mundial de la Salud (OMS).

<sup>211</sup> HEISE, L., *Violence against women. An integrated, Ecological Framework*. Violence against women No. 4, 1998, pp. 262-290.

<sup>212</sup> Vid. BRONFENBRENNER, U. *La ecología del desarrollo humano*. Barcelona: editorial Paidós, 1996.

<sup>213</sup> El planteamiento de HEISE fue asumido por la OMS desde 2003 y se abordan las relaciones, condiciones y sujetos que influyen en el comportamiento violento y riesgos que lo incrementan.

Vid. Informe Mundial sobre la Salud, disponible en: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/es/summary\\_es.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf)

En el primer nivel se identifican los factores biológicos y de la historia personal que influyen en el comportamiento de los sujetos y aumentan sus probabilidades de convertirse en víctimas o perpetradores de actos violentos<sup>214</sup>.

Se puede considerar como la “mochila” que trae cada persona y que aporta a su futura relación en pareja. Englobaría características como el sexo, nivel educativo, ocupación laboral o los ingresos. Los factores de riesgo asociados a este primer nivel son la presencia de antecedentes relacionados con conductas agresivas o de desvalorización, haber presenciado o sufrido episodios de malos tratos durante la infancia, trastornos psicopáticos, alcoholismo u otras adicciones a sustancias inhibitoras o frustraciones personales.

### Microsistema

El microsistema es el contexto más reducido y toma en consideración las relaciones cara a cara que constituyen la red más directa de la persona<sup>215</sup>. Es el contexto más inmediato en el que la violencia tiene lugar y, generalmente, se refiere al entorno familiar. Se abordan las relaciones más cercanas, como las mantenidas con la familia, los amigos, las parejas y los compañeros, y se investiga cómo aumentan éstas el riesgo de sufrir o perpetrar actos violentos<sup>216</sup>. Por tanto, se incluyen elementos estructurales de la familia y patrones de interacción familiar.

Este nivel englobaría interacciones que aumentan considerablemente las posibilidades de que la mujer sea víctima o que el agresor vuelva a cometer un acto de violencia de género. Cuando dos personas deciden crear un vínculo emocional, con distintas creencias y expectativas, el conflicto puede aparecer y ser causa de mal entendidos que, si no se encauza adecuadamente y se suma un desequilibrio de poder entre las partes, puede desembocar en actos violentos.

---

<sup>214</sup> Informe OMS. cit., p. 11.

<sup>215</sup> CORSI, J. *Violencia familiar: una mirada interdisciplinaria sobre un problema social*. Buenos Aires: Paidós, 1995, pp. 18-21.

<sup>216</sup> Informe OMS. cit., p. 11.

## Exosistema

Este nivel comprende contextos comunitarios donde se desarrollan los individuos y las familias, así como las relaciones sociales que se establecen en el vecindario, comunidad escolar (falta de soluciones alternativas a los conflictos interpersonales o planes de estudio impregnados de estereotipos de género) y en el entorno laboral de las personas. Estarían incluidos los modelos incitadores de violencia presentado por los medios de comunicación y las normas que regulan la violencia contra la mujer que contribuyen a aumentar las probabilidades de sufrir un episodio violento y a su victimización secundaria. La televisión, radio, prensa, revistas, música (son numerosísimas las canciones que tienen un contenido terriblemente machista y misógino, que de manera explícita y, sin ningún atisbo crítica, exaltan y promueven la violencia contra la mujer) o las redes sociales promueven la idea del hombre protector y la mujer sumisa. Los medios de comunicación y las redes sociales propagan la violencia simbólica en cuanto crean un discurso mediante el cual el machismo legitima su posición dominante sobre los grupos subordinados. Así, la superioridad y el poder no sólo se constituye por la fuerza, sino a través de ideas compartidas y aceptadas socialmente.

Las leyes tampoco favorecen que no se discrimine a la mujer, y los órganos judiciales son en muchas ocasiones ineficaces además de poco resolutivos cuando se denuncia por un maltrato en la pareja.

## Macrosistema

El macrosistema está referido a la organización social, al sistema de valores y creencias, a las formas y pensamientos que prevalecen en una cultura específica que pueden fomentar el uso de la violencia mediante actitudes hacia el uso de la fuerza como una forma de resolver los conflictos familiares o, por el contrario, ser una barrera protectora. Engloba los roles culturales y familiares, así como los derechos y obligaciones de cada miembro de la sociedad. Incluye las normas de contenido

sociocultural que confieren a los hombres el control del comportamiento de las mujeres y que justifican la violencia machista forma de resolver los conflictos de la pareja.



<b>INDIVIDUO</b>	<b>MICROSISTEMA</b>	<b>EXOSISTEMA</b>	<b>MACROSISTEMA</b>
<b>CARACTERÍSTICAS INDIVIDUALES</b> <b>CONSUMO DE ALCOHOL/DROGAS</b> <b>DEPRESIÓN</b> <b>TESTIGO/VÍCTIMA DE MALOS TRATOS</b>	<b>RELACIONES INTERPERSONALES</b> <b>CONTROL Y DOMINIO DEL HOMBRE</b> <b>VIOLENCIA DE PAREJA</b>	<b>LEYES-NORMAS- MEDIOS DE COMUNICACIÓN</b> <b>ESTATUS SOCIOECONÓMICO</b> <b>TRABAJO, ESTRESS LABORAL/VITAL</b> <b>REACCIÓN ÓRGANOS JUDICIALES Y POLICIALES</b>	<b>CULTURA PATRIARCADO</b> <b>ACEPTACIÓN DE LA VIOLENCIA COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN</b> <b>ROLES DE GÉNERO RÍGIDOS</b>

#### **IV. EL MALTRATADOR: CÓMO ES Y QUÉ ES LO QUE LE LLEVA A ATENTAR CONTRA LA MUJER SÓLO POR SERLO**

Conocer el perfil del maltratador es una cuestión de suma importancia, pues cuanto mejor se le conozca, mejor protección se le podrá dar a la víctima en concreto. Sin embargo, esta labor resulta tremendamente complicada, ya que existe una numerosa variedad de perfiles.

Las personas que ejercen la violencia contra la mujer no suelen presentar características claramente dominantes sobre el resto de la sociedad, no hay un rasgo fijo en la personalidad del agresor. Se trata de un grupo de personas muy heterogéneo en el

que no existe un tipo único y que, partiendo de la afirmación de que el denominador común es la existencia de una relación sentimental con la víctima, en la mayoría de los casos no se puede asegurar que existan trastornos de la personalidad o trastornos de otro tipo que sirvan como patrón en la persona del maltratador.

LORENTE lanza una pregunta al respecto que me resulta de lo más oportuno para abordar el estudio de esta cuestión, y es la siguiente: ¿el maltratador nace o se hace?, respondiendo a la misma de forma rotunda: “*La conducta violenta contra las mujeres depende de quienes la ejercen, y su justificación se construye sobre las referencias culturales que presentan la violencia como un instrumento adecuado para resolver conflictos dentro de la pareja*”<sup>217</sup>.

La violencia, como forma de resolver el conflicto, no está directamente vinculada a factores biológicos, no es innata ni genética. Está probado, científica y académicamente, que es una construcción social y política.

En efecto, como se dijo en otro epígrafe del presente trabajo de investigación y, desde una perspectiva psicosocial, el rol masculino está configurado por un aprendizaje temprano de creencias, actitudes y valores que influyen negativamente en su personalidad y que están estrechamente relacionados, de un lado, con las creencias perniciosas sobre los roles de género y la inferioridad de la mujer y, de otro, con la creencia distorsionada de la legitimación de la violencia como forma de resolver los conflictos.

Dejando al margen este elemento, que está presente en todos los casos de violencia contra la mujer, por lo general, puede afirmarse que no existen otras características que compartan todos los maltratadores. Ello no obsta para que, en aras de esclarecer las causas del maltrato en la pareja, se haga una clasificación de estos para visibilizar las diferentes características diferenciales que, no sólo van a describir los

---

<sup>217</sup> LORENTE ACOSTA, M. *El maltratador, la condición masculina y el maltrato de las mujeres*. Revista Crítica No. 960 (Ejemplar dedicado a: Violencia de género, problema social), 2009, p. 44.

distintos tipos que existen, sino que abordan las causas y motivaciones que los llevan a maltratar a la mujer.

Entre todas las clasificaciones de maltratadores, existen dos que resaltan por su interés y en las que se basan el resto.

### **El modelo de Holtzworth-Munroe y Stuart**

La tipología propuesta por Holtzworth-Munroe y Stuart se centra en tres variables relevantes: funcionamiento psicológico, extensión de la violencia y gravedad de las conductas<sup>218</sup>. Tomando en consideración estas tres dimensiones, se pueden diferenciar, a su vez, tres subtipos de agresores:

- Maltratadores que se limitan al ámbito familiar: la violencia se ejerce fundamentalmente contra la pareja y los hijos (en el caso que los haya) y representan prácticamente el 50% de los agresores en la tipología teórica. Los episodios violentos son de menor frecuencia y gravedad que en los grupos restantes. Son sujetos que, aparentemente, se ajustan a los parámetros normativos, con niveles bajos de depresión y abuso de alcohol o drogas. Tampoco se caracterizan por tener niveles moderados de la ira (suelen ser poco impulsivos).
- Maltratadores que borderline/disfóricos: representa el 25 % de ellos y el tipo de maltrato hacia la familia suele ser físico, psicológico o sexual, con una mayor intensidad que el anterior (moderada-alta), pudiendo existir episodios violentos extrafamiliares. Son los que presentan mayores alteraciones psicológicas, tales como imposibilidad, inestabilidad emocional o irascibilidad (altos niveles de depresión e ira). Niveles moderados al alcohol o drogas.

---

<sup>218</sup> HOLTZWORTH-MUNROE, A., STUART, G.L. “*Typologies of male batterers: Three subtypes and the differences among them*”. Psychological Bulletin, No. 116, 1994, 476-497, en: AMOR ANDRÉS, P.J., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., LOINZAZ CALVO, I. *¿Se puede establecer una clasificación tipológica de los hombres violentos contra su pareja?* International journal of clinical and health psychology, Vol. 9, No. 3, 2009, p. 522.

- Maltratadores violentos en general/antisociales: supone el 25% de los maltratadores. El tipo de violencia que utiliza, que se manifiesta de forma generalizada y no limitada al hogar, es instrumental (con el objetivo de conseguir objetivos específicos) y es de mayor frecuencia e intensidad que en los dos grupos anteriores. Presentan características de personalidad claramente antisocial y son considerados agresores de alto riesgo. Altos niveles de abusos a las sustancias, niveles moderados de ira y bajo nivel de depresión.

En un estudio empírico posterior, los autores propusieron un cuarto subtipo de agresor, que por sus características se ubicaría entre el primer y tercer grupo, denominado Antisocial-Nivel bajo (Low Level Antisocial, LLA)<sup>219</sup>.

### **El modelo de clasificación de Gottman et al**

Los psicólogos Jacobson y Gottman sostienen que existen dos categorías de maltratadores:

- Maltratadores tipo “cobra”: Son antisociales, narcisistas, agresivos, se comportan de modo violento tanto en el ámbito familiar como con otro tipo de personas (amigos, desconocidos, compañeros de trabajo) y ejercen una violencia de tipo instrumental, sin sentimiento alguno de culpa, la conducta agresiva se planifica para obtener beneficios específicos. La mujer que permanece con este tipo de agresores lo hacen, entre otras razones, por puro miedo.
- Maltratadores tipo “pitbull”: saben controlar sus agresiones, son inseguros y suelen depender de sus parejas de forma casi enfermiza. Se trata de una violencia impulsiva, presentan dificultades para controlar sus impulsos o en la expresión de sus afectos. Se puede afirmar que responden de forma violenta para liberar tensión acumulada.

---

<sup>219</sup> HOLTZWORTH-MUNROE, A., MEEHAN, J.C., HERRON, K., REHMAN, U. Y STUART, G.L. *Testing the Holtzworth-Munroe and Stuart (1994) batterer typology*. Journal of Consulting and Clinical Psychology, No. 68, 2000, 1000-1019.

A modo de conclusión, se podría afirmar que el perfil del maltratador es realmente heterogéneo, presentan multitud de características que los hace diferentes. Si tuviera que resaltar alguna característica común, diría que pasan desapercibidos y, al margen del mayor o menor número de relaciones sociales, no suelen establecer vínculos de amistad o intimidad profunda, lo que no significa que sean personas con trastornos psicológicos. Ello puede deberse a sensaciones de fracaso o frustración personal que los llevan a emplear la violencia como forma de ganarse el respecto ante su pareja y ante los demás debido a que pueden carecer de estrategias adecuadas para hacer frente a los conflictos. Son varios los autores que consideran la frustración como *“un factor que favorece la agresión a la mujer, tanto si proviene de factores ajenos al hogar como si se genera dentro, pero al igual que ocurre con el alcohol, sólo los hombres que tienen establecidos y asumidos los patrones de dominación y control en el seno de la pareja llevan a cabo la agresión a la mujer, ya que la frustración se puede canalizar por muy diversas vías y superar de modos muy diferentes”*<sup>220</sup>.

En cuanto a la atribución de la responsabilidad por los actos de violencia cometidos, suelen minimizar o negar la violencia y prima la tendencia a culpar a los demás de los propios problemas. De hecho, los calificativos más frecuentes que emplean para justificarse son de la índole de *“no es para tanto”*, *“he perdido el control”* o *“ha sido una simple discusión”*.

Queda constatado que el comportamiento violento es fruto de discriminación por razón del sexo, por ser mujer, fruto de desviaciones cognitivas que son fruto de un proceso de socialización que legitima la violencia. Como dice acertadamente LORENTE, *“No hay perfiles de agresores en cuanto a que la violencia no parte de determinadas personas ni de rasgos de personalidad o características psicológicas, pero sí formas de llevar a cabo las agresiones y de ejercer la violencia que nos*

---

<sup>220</sup> LORENTE ACOSTA, M. Mi marido me pega lo normal. cit., p. 222.



*permiten agruparlas en diferentes grupos alrededor del protagonista de las acciones violentas”.*<sup>221</sup>

## **V. SER MUJER ES EL PERFIL PARA SER UNA VÍCTIMA MALTRATADA. BARRERAS QUE CONTRIBUYEN A LA CONTINUIDAD DE LA MUJER EN LA RELACIÓN VIOLENTA**

Al igual que ocurre con el maltratador, la mujer maltratada tampoco responde a un perfil de mujer susceptible de violencia machista. No tienen porqué ser mujeres de un bajo estrato social, ni tener que depender económicamente de sus parejas, ni ser poco cualificadas o de baja formación académica. Las víctimas de violencia de género pueden ser, y de hecho lo son, mujeres inteligentes, fuertes y empáticas. Rasgos como dependencia, vergüenza, sentimientos de culpa, miedo o baja autoestima no son previos a la violencia, sino que, como consecuencia de ésta, la mujer los adquiere después de sufrir el maltrato.

Si bien en el caso del agresor, sin llegar a perfilar un perfil, se plantearon unos rasgos o características comunes en su conducta, en el caso de las víctimas de violencia de género es mucho más complicado por una simple razón: es difícil separar y distinguir que rasgos son propios de la mujer (me refiero a los que tenía antes de sufrir la violencia) y cuales son producto del maltrato.

La violencia de género puede tener múltiples consecuencias sobre la salud de la víctima en general, siendo probablemente la violencia psicológica la que puede tener más efectos dañinos.

Las lesiones físicas son la consecuencia más visible, pero no la única. La Organización Mundial de la Salud (OMS) destaca los siguientes efectos sobre la salud física de las víctimas: trastornos crónicos (síndrome del intestino irritable, trastornos gastrointestinales, enfermedades somáticas, etc.), conductas de riesgo para la salud (fumar, abuso de alcohol y drogas, conducta sexual de riesgo, inactividad física, etc.),

---

<sup>221</sup> LORENTE ACOSTA, M. *El Rompecabezas*. Barcelona: Ares y Mares, 2004.

consecuencias sobre la salud reproductiva (embarazos no deseados, trastornos ginecológicos, abortos de riesgo, abortos espontáneos, complicaciones del embarazo, enfermedad inflamatoria pélvica, enfermedades de transmisión sexual, etc.)<sup>222</sup>.

En cuanto a la salud mental, teniendo en cuenta que el maltratador suele responsabilizar a la víctima del episodio violento, se pueden señalar las siguientes<sup>223</sup>: síndrome de estrés postraumático, depresión, angustia, baja autoestima, aislamiento social, sentimiento de culpa, fobias, estados de pánico, pérdida del apetito sexual, etc. Algunos estudios muestran que las mujeres que han sido víctimas de violencia de género tienen más probabilidad de consumir sustancias como alcohol, drogas o medicamentos como ansiolíticos o antidepresivos.

Muchos de los efectos permanecerán una vez que se haya puesto fin a la violencia, incluso alguno de ellos acompañará a la víctima a lo largo de su vida.

Hay que destacar que, junto a las secuelas físicas y/o psicológicas, propias de la acción delictiva del maltratador, existen otras consecuencias relativas al sistema sociopolítico que repercuten en el bienestar posterior de la víctima. En el momento en el que ésta decide salir de su situación de maltrato y lo pone en conocimiento de la Justicia, mediante la interposición de una denuncia, por ejemplo, podría sufrir otro tipo de victimización relacionadas, bien con el propio sistema jurídico-penal<sup>224</sup> (policial o judicial), bien con un sistema institucional inefectivo (escasez asistencial, baja o inexistente cobertura económica, falta de asesoramiento jurídico, ineficaces intervenciones facultativas, etc.) que agravan su situación traumática. Este fenómeno,

---

<sup>222</sup> Para más información se puede visitar la siguiente página: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98862/WHO\\_RHR\\_12.43\\_spa.pdf;jsessionid=2A8E2AA62E387971A71CCC892E8E296E?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98862/WHO_RHR_12.43_spa.pdf;jsessionid=2A8E2AA62E387971A71CCC892E8E296E?sequence=1)

<sup>223</sup> PLAZAOLA J, RUIZ PÉREZ I. *Violencia contra la mujer en la pareja y consecuencias en la salud física y psíquica*. Revista Medicina Clínica, 2004, p. 122 461-7

<sup>224</sup> LANDROVE DÍAZ, G. *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 50. En palabras del autor, " *En contacto con la administración de justicia o la policía, las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo o malgastando su dinero; otras, sufren incomprendiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema o, simplemente son ignoradas. Incluso, en algunos casi y con relación a determinados delitos, las víctimas pueden llegar a ser tratadas de alguna manera como acusadas y sufrir la falta de tacto o la incredulidad de determinados profesionales*".

denominado “victimización secundaria” se identifica con los efectos perniciosos que pueden sufrir las víctimas, es *“el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento. Comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales y judiciales, la exploración médico – forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral. En un sentido más extenso cabe también considerar los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación”*<sup>225</sup>. Las víctimas, y muy especialmente las de violencia de género, tienen todo el derecho de no sentirse humilladas de nuevo a causa del propio sistema y en aras de un proceso ulterior que determine la inocencia o culpabilidad del presunto agresor. Es preciso revisar y acondicionar los protocolos de actuación de los órganos y de los profesionales para evitar que el contacto de la víctima con ellos no suponga una nueva fuente de dolor y sufrimiento”.

La violencia hacia la mujer ha sido, en no pocas ocasiones, negada, minimizada o invisibilizada, con argumentos tan poco creíbles como que el silencio de la víctima es corolario de su aceptación, de su consentimiento. Nadie más que ella debe querer terminar con ese tipo de relación. Por tanto, ¿por qué las mujeres permanecen en esa relación de violencia?

Para poder comprender la dinámica de la violencia de género es necesario, en primer lugar, estudiar su carácter cíclico<sup>226</sup>. El ciclo de la violencia tiene la finalidad de “perpetuar el control sobre la víctima” y genera en ella “un progresivo estado de confusión de emociones, distorsión de pensamientos y paralización que dificultan que la

---

<sup>225</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M. “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en: BACA BALDOMERO, E. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, J. M., TAMARIT SUMALLA (Coords.), *Manual de Victimología*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006, pp. 17-47.

<sup>226</sup> Leonore E. Walker es una psicóloga norteamericana, que en su obra “The Battered Woman”, de 1979, recoge lo que la autora denomina “Cycle of Abuse”, en atención al ciclo que las víctimas de género viven respecto a su maltratador. Walker, partiendo de los experimentos de Seligman, inauguró una línea de investigación que concluyó en que *“repetidos malos tratos disminuyen la motivación de la mujer a responder”*.

mujer abandone la relación establecida por el sujeto maltratador”<sup>227</sup>. La violencia de género se produce dentro de una relación sentimental que consta de un proceso cíclico de tres etapas, que, a mayor cronicidad de la violencia, menos posibilidad de abandonarlo. La repetición de esos ciclos sirve para atar fuertemente a la mujer maltratada.

Existe una primera etapa, también denominada **fase de acumulación o tensión**, que suele ser más prolongada que las otras dos, el agresor manipula sutilmente a su pareja e imponerle sus creencias y forma de pensar, le irá haciendo ver y transmitir su “rol” en la relación para ir consiguiendo, poco a poco, su superioridad. Paulatinamente, comienzan a producirse cambios imprevistos y repentinos en el estado de ánimo del hombre, se muestra tenso, irascible y, cualquier comportamiento de su pareja para darle consuelo, termina irritándolo. La víctima a menudo se culpa a sí misma, intenta controlar la situación, cediendo a sus abusos y, a pesar de ello, son constantes los menosprecios, los insultos, las humillaciones e incluso algunos atisbos de agresiones físicas de carácter leve, aunque suelen ser puntuales.

Llegado el punto máximo de esta primera fase, es cuando estalla la violencia (**fase de explosión o agresión**). Es un periodo más corto que el anterior y se produce una descarga incontrolada de la tensión acumulada a través de agresiones físicas (las primeras suelen consistir en pellizcos, zarandeos, empujones hasta que, en algún momento, el agresor le da una bofetada, para pasar a patadas y puñetazos), psicológicas, relaciones sexuales no consentidas o amenazas graves hacia la mujer o los hijos/as, dependiendo en función de su grupo de personalidad. La víctima, impotente, asume la culpa de lo ocurrido, se siente avergonzada y le resulta muy difícil reaccionar (a lo sumo, debido a ese estado de ansiedad y depresión, algunas de ellas deciden acudir a un centro de salud para que le receten fármacos, sin que el facultativo/a conozca nada de lo que le pasa realmente a la víctima).

---

<sup>227</sup> ESCUDERO NAFS, A., POLO USAOLA, C., LÓPEZ GIRONÉS, L., AGUILAR REDO, L. *La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género. I: Las estrategias de la violencia*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, No. 95, 2005, pp. 59-91.

En la **fase de arrepentimiento o reconciliación “luna de miel”**, el agresor se arrepiente de lo que le ha hecho a su mujer (eso sí, recordándole que si le ha pegado ha sido en gran parte debido a que ha sido ella la que lo ha provocado) y comienza a manipularla con regalos, con detalles del pasado que le reconfortan, prometiéndole que “no volverá a pasar”. El lobo se convierte en la persona más encantadora del mundo y, la víctima, si había decidido abandonarle, lo descartará por completo. Sin embargo, al tiempo vuelven a comenzar los episodios de acumulación de tensión y el ciclo se vuelve a iniciar.

El ciclo se repite varias veces, las fases se van sucediendo cada vez más rápidamente y los episodios más violentos, hasta que la fase de reconciliación desaparece; la víctima queda anulada, aislada, subordinada, le ha generado una absoluta dependencia emocional hacia el agresor que mantiene su poder a través de la manipulación, el hostigamiento, miedo, violencia.

### La indefensión aprendida

De lo estudiado, se afirma que la mujer maltratada desarrolla lo que Seligman<sup>228</sup> denominó “indefensión aprendida”, entendiéndose como tal un estado psicológico por el que la víctima del maltrato interioriza que no puede defenderse haga lo que haga, no hay nada que pueda cambiar su situación. Desiste y la asume, sin intentar cambiarla ni escapar de ella.

Este sentimiento de indefensión en la mujer maltratada debilita su capacidad de reacción provocándole una desmotivación que favorece su permanencia en la relación violenta.

---

<sup>228</sup> Durante los años 70, Martin Seligman, psicólogo y escritor estadounidense, desarrolló una teoría que, si bien sirvió de base para explicar el comportamiento animal, posteriormente ha servido para estudiar el comportamiento humano. Básicamente, descubrió que, tras someter a un animal a descargas eléctricas sin posibilidad de escapar de ellas, éste no emitía ya ninguna respuesta evasiva, aunque hubiere dejado la jaula abierta. El animal había aprendido a sentirse “indefenso” y a no escapar de su situación.

WALKER<sup>229</sup>, partiendo de los experimentos de Seligman, propuso una analogía con la mujer maltratada e inició la siguiente línea de investigación “*Repetidos maltratos, como los choques eléctricos, disminuyen la motivación de la mujer para responder. Ella llega a ser pasiva. Secundariamente, su habilidad cognitiva para percibir éxitos está cambiada. Ella no cree que su respuesta acabará en un resultado favorable, sea o no eso posible*”. También afirma que, generalmente, esa indefensión es aprendida por la víctima durante su infancia, lo que puede ayudar al mantenimiento de esa situación.

#### Otras teorías explicativas de la permanencia de la mujer maltratada<sup>230</sup>

- a) Teorías sobre el proceso de toma de decisiones
- Teoría de costes y beneficios (Pfouts, 1978): La mujer decide abandonar o seguir la relación de pareja después de considerar las ventajas y beneficios (beneficios) y desventajas (costes) percibidas en función de las posibles alternativas que se le presentan.
  - Modelo de la inversión (Rusbult, 1983): La mujer analiza su grado de compromiso en la relación de pareja a partir de tres factores: grado de satisfacción, alternativas e inversión realizada en recursos materiales y psicológicos.
  - Teoría de la trampa psicológica (Brockner y Rubin, 1995): La mujer maltratada tiene la esperanza de que cese el maltrato y cree que invirtiendo más esfuerzos y tiempo puede lograr una relación de pareja armoniosa.
  - Modelo del proceso de toma de decisiones en mujeres maltratadas (Choice y Lamke, 1997): La mujer toma una decisión en función de dos preguntas: a) ¿estará mejor fuera de la relación?; y b) ¿seré capaz de salir de ella con éxito?

---

<sup>229</sup> WALKER, L.E. *The Battered Women*. New York: Harper and Row, 1979.

<sup>230</sup> Vid. AMOR ADRÉS, P.J., BOHÓRQUEZ, I., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., ¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratada? *Revista Acción Psicológica*, Vol. 4, No. 2, 2006, p. 134.

- b) Teorías referidas a la dependencia emocional y a las repercusiones psicopatológicas del maltrato
- Teoría de la unión traumática (Dutton y Painter, 1981): La persona que durante un periodo prolongado de tiempo sufre maltrato de forma impredecible e incontrolable llega a un estado de indefensión que hace más probable su permanencia dentro de esa relación. Asimismo, su malestar (p. ej., falta de motivación, apatía, etc.) interfiere gravemente en su proceso de toma de decisiones.
  - Modelo del castigo paradójico (Ong y McNamara, 1989): La permanencia en la situación de maltrato se debe a las contingencias de reforzamiento que se establecen en función de un patrón cíclico de interacción.
  - Modelo de intermitencia (Dutton y Painter, 1993): Las víctimas de maltrato pueden autodevaluarse e idealizar al agresor debido a la diferencia de poder entre la víctima y agresor, así como a la intermitencia extrema entre el buen y el maltrato.

## **CAPÍTULO CUARTO: LA MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **I. LA PROHIBICIÓN DE MEDIAR EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, ¿ES RAZONABLE Y/O ADECUADA?**

#### **1. Entender el planteamiento del legislador y analizar el estado actual de la cuestión**

Plantear cualquier debate sobre posibles procedimientos o actuaciones derivados de la violencia de género requiere previamente, tal y como se ha hecho en la segunda parte del presente trabajo de investigación, una contextualización que delimite, de la forma más precisa posible, qué conductas son las que integran este tipo específico de violencia y cuáles no, ya que si no se comprenden adecuadamente los conceptos

inherentes a la violencia contra la mujer, difícilmente se podrá reflexionar sobre las discusiones y los distintos puntos de vista que se han generado en torno a este planteamiento.

En la lucha por acabar con cualquier tipo de discriminación hacia la mujer y erradicar la violencia machista de nuestra sociedad, resulta fundamental poner de relieve la participación de los colectivos más sensibilizados (grupos feministas) que han conseguido que, aquello que sucedía en el ámbito más íntimo y privado de la vida familiar, pase a ser considerado como problema de orden público y que se haya tenido en consideración por todos los actores públicos para llevarlo a la agenda política. De esta manera, se ha visibilizado esta lacra y se abordaron nuevas formas para su erradicación. La perspectiva feminista de la violencia contra la mujer ha derivado en un cambio de rumbo en el análisis de las causas y consecuencias de este problema, así como en la configuración de nuevas acciones (incluidas las penales) para resolverlo.

En efecto, como consecuencia de esta incesante lucha para visibilizar este problema social, se han impulsado numerosas reformas legislativas en nuestro país que abordan de forma integral y transversal esta realidad, que, hasta hace poco tiempo, era consentida y justificada. Podría afirmarse que, la respuesta del legislador que representa el mayor exponente en la lucha contra la violencia machista es la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que supone la ampliación de un modelo de intervención que, aparte de actuar como una clase de proceso de socialización en aras de conseguir la igualdad, también persigue y sanciona a los maltratadores, mediante una política criminal represiva, de corte punitivo, caracterizada por una “tolerancia cero” ante la violencia de género configurándose un nuevo paradigma asentado en la idea de peligrosidad de todos los la ejercen<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Vid. MAQUEDA, M.L. *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*. Jueces para la Democracia, No. 61, 2008, pp. 19-29; FARALDO, P. “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en: MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PEGORARO, J.S. (coord.) *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 269-284.



La decisión de incorporar a la norma directrices de índole criminal también ha tenido consecuencias en el tratamiento legal de la víctima desde el momento en el que se pone los hechos (normalmente a través de denuncia) en conocimiento de los cuerpos policiales o del órgano judicial, y que se traduce en ciertas fórmulas procesales que se deciden al margen de la voluntad de aquella, sustrayéndola de todo tipo de influencia en el proceso penal. Este planteamiento se corresponde con las denominadas *no-drop policies*, donde se postula que la víctima no puede disponer del proceso y que éste va a continuar independientemente de cuál sea el deseo de aquella al respecto. Se complementa con los *mandatory arrest operan*, actuaciones de similar filosofía, pero anteriores a la incoación del proceso penal y que supone el deber, por los agentes de los Miembros y Cuerpos de Seguridad, de proceder a la detención del agresor siempre que existan motivos racionalmente bastantes de la comisión de un acto de violencia doméstica<sup>232</sup>.

Esta protección hacia la mujer se produce en aspectos tales como la presentación y retirada de la denuncia, detención forzosa del maltratador, orden de protección o el quebrantamiento de condena, entre otras<sup>233</sup>, y deja fuera otros mecanismos que permiten tratar de forma eficiente los problemas concernientes a la violencia de género. Se podría hablar de una visión paternalista<sup>234</sup> en la gestión de la relación sentimental, en virtud de la cual, la víctima no está preparada para decidir por sí mismas y es el Estado el que se

---

<sup>232</sup> MARTÍN RÍOS, P. *La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género. Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE*. Diario La Ley, No. 8016, 2013. Resulta interesante el análisis que realiza la autora en relación con el debate existente entre los defensores de planteamientos *pro victim choice* y los de las *no-drop policies*.

<sup>233</sup> Hay que añadir el carácter público de este delito, perseguible de oficio, dado que conforme al art. 106 LECrim, “*La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida*”.

<sup>234</sup> Esta intervención del Estado se denomina por la doctrina “Paternalismo Jurídico” y se define como “*aquella intervención coactiva por parte del Estado en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma, y en virtud de la cual se ejercita un determinado poder con el fin de impedir que ese sujeto lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le supongan un incremento del riesgo de daño*” y encuentra su fundamento en “evitar daños importantes siendo necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses”. Vid. ORTIZ PIRATILLO, J.C. *El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género*. Revista de Derecho Procesal Justicia No. 1, 2012, pp. 363-364.

atribuye la potestad de dirigirla por el bien de ella con el fin evitar más consecuencias negativas de las que se han derivado del episodio violento.

El legislador parte de la premisa de que la mujer que ha sido víctima de la violencia de género se encuentra alineada, bien por la desigualdad entre ambos, bien por las circunstancias que rodean a la relación sentimental (hijos, convivencia, presiones en el entorno familiar...) y, a consecuencia de ello, es al Estado a quien le corresponde acerca de cómo deben ser protegidas<sup>235</sup>. Si se le otorga relevancia al consentimiento de la mujer en la relación violenta, se puede entender que éste puede estar viciado por la situación de violencia psicológica que padecen y que ésta no está siendo racional, lo que es lo mismo que afirmar que no es una persona con pleno ejercicio de sus derechos. Ello no hace más que reproducir un rol paternalista/patriarcal en el que la mujer sigue sometida a tutela, esta vez no al *pater familias*, sino al Estado, quien perpetúa la consideración de la mujer como “objeto” de tutela judicial y no como “sujeto” del proceso con plena capacidad para decidir<sup>236</sup>.

Se proyecta, pues, una visión estereotipada y simplista de la mujer, pues se puede dar el caso de que sólo le interese que se acabe la situación y no romper con su pareja. Eso no significa que se hallen enajenadas o que no sean capaces de detectar el peligro al que se enfrentan.

Sobre esta misma base se sostiene la prohibición de la mediación en casos de violencia de género, incorporada al art. 87 ter.5 LOPJ por mandato del art. 44.5 de la LO 1/2004<sup>237</sup> introducido por una enmienda del Grupo Parlamentario CIU en el que se argumentaba la evidencia de “*que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación es absolutamente inadecuada, tal como se sostiene en todos los foros especializados. A pesar de ello, aún existen situaciones en las que se*

---

<sup>235</sup>ORTIZ PIRATILLO, J.C. *El paternalismo del legislador...* cit., p. 364.

<sup>236</sup>ORTIZ PIRATILLO, J.C. *Esteriotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima*. Diario La Ley, No. 8697, 2016.

<sup>237</sup> El art. 87 ter.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al referirse a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, dispone que “en todos esos casos está vedada la mediación”.

*reconduce a la mediación, aunque haya violencia, por lo que mantenemos la necesidad de que quede expresamente vedada la misma*”<sup>238</sup>.

A priori, se puede afirmar que la decisión del legislador de introducir esta prohibición choca con la previsión contenida en el art. 10 de Decisión Marco 2001/220/JAI<sup>239</sup>. Sin embargo, el TSJUE ha resuelto cualquier duda sobre la facultad de los Estados miembros de excluir la mediación, dependiendo del supuesto en concreto, si así lo consideran oportuno<sup>240</sup>.

Antes de este debate interno, ya existían disposiciones que desaconsejaban recurrir a la mediación en los incidentes de violencia doméstica o cuando uno de los cónyuges amenace la seguridad del otro<sup>241</sup>. Quizás la más llamativa, por su relevancia, sea la prohibición que se regula en el art. 48 del Convenio de Estambul (bajo la rúbrica “*Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas*”), que señala en su apartado núm. 1 lo siguiente:

---

<sup>238</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2004. VIII Legislatura. Núm. 39. Sesión Plenaria núm. 35 Disponible en la web:

<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP200410070039.CODI.%29>

<sup>239</sup> Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (2001/220/JAI). Dispone en su art. 10:

*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 inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.*

<sup>240</sup> En efecto, la STJE de 11 de septiembre de 2011, al resolver la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 2, 8 y 10 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, se pronunció sobre la potestad de los Estados miembros de excluir la mediación penal en los procesos de violencia de género al establecer que “*Ha de añadirse que la apreciación de los Estados miembros puede verse limitada por la obligación de utilizar criterios objetivos a la hora de determinar los tipos de infracción para los que consideren inadecuada la mediación. Ahora bien, no hay indicio alguno de que la exclusión de la mediación prevista por la LOPJ se base en criterios carentes de objetividad. (...) Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión que el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones*”.

<sup>241</sup> En este sentido, vid. la Exposición de Motivos de la Recomendación R (98) 1, sobre mediación familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998.

*“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio”.*

Esta insistencia prohibicionista es acorde con posiciones próximas al feminismo estructural o radical y que ha puesto el acento en la incompatibilidad de la teoría de la justicia restaurativa con la violencia de género<sup>242</sup>. La justicia restaurativa ha sido introducida como una herramienta diferente a la justicia tradicional que se aleja del fin punitivo y que potencia un escenario de encuentro entre la víctima y el agresor. La construcción de este nuevo paradigma se remonta a los años 70 del pasado siglo y a la participación activa de Christie en su artículo *“Conflicts and Property”* en el que se pone de relieve la necesidad de articular una verdadera alternativa al sistema penal tradicional. Se presenta como un paradigma alternativo de justicia totalmente contrapuesto al modelo de justicia retributiva convencional donde conceptos como la disculpa y la petición de perdón no son compatibles en los casos de violencia de género. Siguiendo los pasos de Christie, Zehr fue el autor que dio nombre al nuevo modelo de justicia<sup>243</sup> y la presenta como alternativa al modelo inoperante de justicia tradicional, destacando los enormes beneficios, no sólo para las víctimas, sino también para los ofensores ya que favorecen una auténtica toma de conciencia y la asunción de la responsabilidad por los hechos cometidos.

Esta nueva visión de la justicia, más propia de culturas distintas a la española, son tenidas en cuenta para obstaculizar el recurso de la mediación en los casos de violencia contra la mujer. En este sentido, en nuestro país, esta violencia es un problema de índole estructural, como he tenido la oportunidad de explicar, a consecuencia de la desigualdad en la distribución de los roles sociales producto de la sociedad patriarcal. Por tanto, la violencia de género, considerada por la LO 1/2004 “como el símbolo más

---

<sup>242</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. Política criminal española en materia de violencia de género. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 123-124.

<sup>243</sup> ZEHR, H. Retributive justice, restorative justice. New Perspectives on Crime and Justice-Occasional Paper Series. Kitchener Mennonite Central Committee, Canada Victim Offender Ministries, 1985.

brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, que se dirige contra la mujer “por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”, no encajaría en aquella visión de justicia restaurativa por resultar sus postulados demasiado liviana o superficial en el tratamiento de una lacra que se ha cobrado la vida de más de 1.000 mujeres desde que empezó a contabilizarse en el 2003.

Como puede apreciarse, el legislador ha sido tajante en su decisión de vetar la mediación en los casos de violencia de género, a pesar de que en aquel momento no existía una regulación legal en el ámbito penal, una decisión que no ha sido compartida por una gran parte de la doctrina<sup>244</sup> y la judicatura<sup>245</sup>. Este escenario normativo no ha

---

<sup>244</sup> Entre otros muchos, 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, No.12, 2009, ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 85 y ss., MADRID LIRAS, S., “Dinámica y aspectos psicológicos en las relaciones de maltrato: la «tela de araña»”, en: SOLETO MUÑOZ, H. (Ed.), *Violencia de género. Tratamiento y prevención*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 154 y ss., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Posibilidades y límites de aplicación de la mediación penal en casos de violencia de género”, en: RODRIGUEZ CALVO, M. S., VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 311, LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C., ALONSO SALGADO, C. *Mediación en violencia de género*. Revista de Mediación, No. 7, 2011, pp. 38 y ss., HERNÁNDEZ HIDALGO, P. *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 256 y ss., MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación penal en los procesos por violencia de género: entre la solución real del conflicto y el "ius puniendi" del Estado*. Revista de Derecho Penal, No. 33, 2011, pp. 9-32, ESQUINAS VALVERDE, P. “Capacitación de la mujer (“empowerment”) y mediación en la violencia de género”, en: PUENTE ABA, L. M. *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología. Granada: Comares, 2010, pp. 85 y ss., MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación en el proceso penal en España: en especial, los delitos por violencia de género*. Revista Direito e desenvolvimento, No. 4, 2011, pp. 104-141.

<sup>245</sup> Vid. Acuerdo del Pleno del Consejo del Poder Judicial, de 21 de marzo de 2001, sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, pág. 76: “Sería deseable, asimismo, la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, en aquellos supuestos en los que la escasa gravedad de la agresión y las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejen y permitan el mantenimiento de la relación familiar o de la pareja”.

El seminario sobre mediación penal celebrado en la sede del CGPJ en Madrid, junio de 2005, fija en una de sus conclusiones que “resulta, al menos sorprendente, que la Ley Integral para la protección contra la violencia de género, prohíba expresamente la mediación penal en las infracciones que contempla, cuando, por un lado, la experiencia comparada nos sirve para afirmar que es en este tipo de conflictos en los que la mediación puede tener un mayor efecto reparador, y en segundo lugar, porque no puede prohibir lo que no está regulado”.

cambiado desde entonces<sup>246</sup>; de hecho, más rotunda es la prohibición que se deriva de la medida núm. 116 que, del informe elaborado por la Subcomisión para el Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género en el Congreso, en la que textualmente puede leerse: “Reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género”<sup>247</sup>.

## **2. Sin paños calientes: si hay violencia no es posible mediar. ¿realmente es así?**

Se ha discutido si la prohibición del art. 87 ter. 5 de la LOPJ alcanza sólo a la mediación penal, civil o ambas a la vez. De una interpretación literal del precepto, podría deducirse que el ámbito de la prohibición se extiende a cuestiones tanto de lo penal como civil que sean competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

No hay unanimidad en la doctrina para esta cuestión. Existe un gran número que consideran excluida la posibilidad de mediación tanto penal como civil<sup>248</sup>. Algunos autores se inclinan en que el legislador se refiere únicamente al ámbito civil<sup>249</sup>, habida cuenta de que dicha prohibición está estrechamente relacionada a asuntos propios del

---

<sup>246</sup> La decisión del legislador estatal se extendió rápidamente a las Comunidades Autónomas. Alguna, como es el caso de Castilla-La Mancha, modificó la normativa en materia de prevención de malos tratos en el ámbito familiar (Ley 5/2001, de 17 de mayo), que recogía un servicio de mediación en supuestos de deterioro de las relaciones familiares y que pasó a la absoluta prohibición cuando exista violencia de género (Ley 1/2015, de 12 de febrero). Algunos ejemplos más son la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 31 i), Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears (art. 4.4) o la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar (art. 5.4)

<sup>247</sup> La Subcomisión para la elaboración del Pacto de Estado elaboró el informe después de conocer la situación en la que se encuentra en la actualidad el problema de la violencia de género, analizando los obstáculos que impiden avanzar en la erradicación de las diferentes formas que esta lacra adopta. Se recogen propuestas de actuación entre las que se incluyen específicamente reformas que deben acometerse para dar cumplimiento a las recomendaciones de los organismos internacionales, Naciones Unidas y Convenio de Estambul.

<sup>248</sup> Entre otros, ORTIZ PIRATILLO, J.C. *El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género*. cit., p. 11, MARTÍN DIZ, F. *Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?* Revista Derecho en Libertad, No. 3, 2009, p. 182, DEL DEL POZO PÉREZ, M. *Matices y acotaciones sobre la prohibición de la mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*. Práctica de Tribunales, No. 98, 2012, MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad. Claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos”, en: AAVV. *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 414

<sup>249</sup> GONZÁLEZ CANO, M. I. “La mediación penal en España”, en: BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 41.

Derecho de familia que se dirimen en un proceso civil. Otros, al contrario, sí consideran que en el ámbito civil puede aplicarse<sup>250</sup> o en el penal<sup>251</sup>

La base de optar por uno u otro camino se encontraría en perfilar en qué consiste cada proceso. En el ámbito civil, la mediación familiar se caracteriza por existir plena igualdad entre las partes del conflicto; ambas, en la misma situación de equilibrio, libremente y mediando su consentimiento, formalizan un acuerdo de voluntades. Conforme a ello, se justificaría la prohibición de mediación en el ámbito civil, pues la violencia de género comporta, conforme a la norma, una situación de desigualdad<sup>252</sup>.

Respecto a la mediación penal, la paradoja se encuentra en prohibirla en un ordenamiento donde no se encontraba regulada esta institución en el proceso penal de adultos. Antes de que se aprobara la LO 1/2004, existía en el ámbito de la justicia juvenil una norma que incluía la mediación como un mecanismo alternativo y desjudicializador. Con la aprobación de la LORPM, se flexibiliza el poder punitivo del Estado, especialmente con la aplicación de los principios de intervención mínima y con el empleo por parte de la Fiscalía del principio de oportunidad, otorgándose relevancia a *“las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución”*, tal y como se puede leer en el Preámbulo de la norma. Por ello, no resulta descabellado pensar que el legislador, al prohibir la mediación en violencia de género, se haya querido adelantar a una posible regulación de la mediación penal en los adultos a corto/medio plazo en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>250</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L. *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*. Castellón: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2007, p. 118.

<sup>251</sup> En este sentido, RÍOS MARTÍN, J.C. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Colex, 2008, p. 117.

<sup>252</sup> DEL POZO PÉREZ, M. *Matices y acotaciones sobre la prohibición de la mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*. cit. La autora afirma que el fenómeno de la violencia de género excede del ámbito penal al tener componentes del Derecho de familia y, al difuminarse los contornos del Derecho penal y civil y ser el Juzgado de Violencia contra la Mujer competente en ambos órdenes, resulta justificada la prohibición absoluta de la mediación.

Por otra parte, surge la duda de si el legislador, al referirse de modo expreso a la mediación, permite tácitamente otros métodos de resolución de los conflictos integrados en el modelo de justicia restaurativa, tales como el *conferencing* o los círculos restaurativos, que se diferencian de aquella por el carácter no bilateral víctima-ofensor. TAMARIT SUMALLA contempla la utilización de estos métodos al afirmar que “*la Ley de violencia de género no prohíbe otra clase de encuentros restaurativos como el conferencing. La diferencia entre ambas prácticas restaurativas no es meramente nominal, sino sustancial, por lo que la aplicación del conferencing no puede considerarse un fraude de etiquetas o fraude de ley. Las diferencias entre ambas tienen relación con el sentido de la prohibición*”<sup>253</sup>.

Siguiendo a GUARDIOLA LAGO, la ley integral no prohibiría la mediación en los casos de delitos de violencia de género después de la fase de instrucción<sup>254</sup>. Defiende la autora que la ubicación del precepto que la prohíbe está referida al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la mujer; por tanto, se aludiría a la instrucción de determinados delitos<sup>255</sup> y al conocimiento y fallo de los delitos leves a los que se refiere el art. 14.5 d) de la LECrim. Del mismo modo, la autora defiende la admisión de la mediación en la fase de ejecución, una vez celebrado el juicio oral y recaída una sentencia condenatoria al agresor.

Sin embargo, esta interpretación podría definirse de incongruente, pues si se excluye la mediación en esta primera fase del proceso penal, lo más lógico sería pensar que se mantiene esa prohibición en las otras dos fases (juicio oral y ejecución) en atención al principio de igualdad. La desigualdad entre las partes, agresor y víctima se

---

<sup>253</sup> TAMARIT SUMALLA, J. *El necesario impulso de la justicia restaurativa...*cit., p. 156.

<sup>254</sup> GUARDIOLA LAGO, M.J. *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal...* cit.

<sup>255</sup>Ibidem.

Concretamente se refiere a los delitos como el homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, además de la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares.



seguiría manteniendo independientemente del momento procesal y, por ende, el legislador no ha distinguido entre fases del procedimiento<sup>256</sup>.

## **II. CUÁLES SON LOS ASPECTOS MÁS ESPINOSOS QUE DIFICULTAN LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **1. Para empezar, la desigualdad: principio rector de la prohibición**

La Exposición de motivos de la LO 1/2004 no contiene mención alguna a la razón por la cual el legislador ha optado por prohibir la posibilidad de mediación en los casos de violencia contra la mujer. La doctrina, mayoritariamente, coincide en que existe una asimetría en la posición de las partes.

En efecto, el desequilibrio entre la víctima y su agresor en este tipo específico de violencia y la quiebra del principio de igualdad son el fundamento y el principal inconveniente para mediar en violencia de género. Situar la desigualdad como eje de la prohibición es entender el veto llevado a cabo y servirá para el análisis acerca de la adecuación de esta herramienta de la justicia restaurativa ante este tipo de violencia, de naturaleza machista.

La mediación se caracteriza por ser un procedimiento en el que las partes, libre y voluntariamente, pueden acordar las decisiones sobre sus discrepancias en igualdad de condiciones. La neutralidad y la voluntariedad caracterizan a esta modalidad de otros procesos afines. En la interacción, violencia, poder y mediación, nos encontramos ante una situación de desigualdad, de desequilibrio que, cuando se manifiesta de forma evidente y desmesurada, invalida cualquier intervención mediadora. En cualquier delito en el que se ejerza la violencia, resulta inevitable que exista una relación asimétrica entre las partes que conlleva inevitablemente a una disminución de la autonomía de la voluntad de la persona que ocupa la posición más vulnerable en la relación.

---

<sup>256</sup> Vid. CUCARELA GALIANA, L.A., “La víctima de violencia de género ante el sistema judicial ((art. 44.5 Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género)”, en: ALONSO SALGADO, C., CASTILLEJO MANZANARES, R. *Violencia de género y justicia*. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2013, pp. 429-447.

La manifestación de un conflicto violento se manifiesta en diversos ámbitos y escalas; en el caso de la violencia de género, basta con leer la Exposición de motivos de la Ley Integral: “*se manifiesta (la violencia de género) como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”. No se puede negar que cuando nos enfrentamos a este tipo de violencia con asimetrías tan evidentes<sup>257</sup>, con un desequilibrio de poder constatable, la mujer puede participar desde una posición de desigualdad de condiciones, estando compelida en la práctica a conformarse con un trato que no contuviera los derechos y las medidas que en realidad no le correspondieran<sup>258</sup>. Una relación donde el presunto maltratador considera a su mujer como un ser inferior, que no respeta los derechos de libertad, respeto, capacidad de decisión y que la trata como un objeto de su propiedad, vulneraría el principio de equidad y quedaría justificado el no poder acogerse a la mediación<sup>259</sup>.

Además, la víctima de la violencia de género, como consecuencia del estado psicológico producto del maltrato que desemboca en desesperanza, desmotivación o depresión, puede sufrir una alteración del nivel cognitivo, emocional y conductual que la incapacita y la hace vulnerable para entender sus propios intereses en el procedimiento de mediación y el maltratador podría abusar de la ocasión que le brinda el proceso para continuar ejerciendo esa posición de dominio y superioridad.

Sin embargo, no todas las voces coinciden con este análisis y es que la violencia no es algo uniforme ni en todos los casos la mujer se halla en la misma posición de inferioridad respecto al hombre. Es cierto, como se expuso en la segunda parte de esta

---

<sup>257</sup> Hay que recordar que el art. 1 de la citada norma también dice “*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...*”.

<sup>258</sup> ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. cit., p. 71.

<sup>259</sup> DEL POZO PÉREZ, M. “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 445 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en: MARTÍN DIZ, F (Coord.). *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Santiago de Compostela, 2011, pp. 299-302.

investigación, respecto al elemento intencional de la violencia machista, que la jurisprudencia (Tribunal Supremo en su reciente sentencia 677/2018) entiende que cualquier acto de violencia del hombre hacia su mujer (en el contexto de una relación sentimental) es violencia de género sin necesidad del elemento subjetivo de la dominación y que la víctima, ante la comisión de cualquier acto delictivo, por leve que sea, se encuentra en una posición de inferioridad por el mero hecho de que ésta ha sido el sujeto pasivo del delito.

Si bien es cierto que en muchísimos casos de violencia de género subyace una relación de poder, de subordinación y superioridad del hombre hacia la mujer, no lo es menos que existen también otros tanto casos, episodios aislados (quizás como consecuencia del desgaste de la relación) en los que esa posición de dominio, esos patrones subjetivos y sociales que fomentan la creencia de superioridad que le llevan a ejercer el poder sobre la mujer no estén profundamente interiorizados en el hombre. En efecto, pueden darse situaciones en las que cualquiera de las dos partes puede perder el control y efectuar manifestaciones o acciones que, merecedoras sin duda de reproche penal, desde la óptica de la derivación a mediación, no deben ser rechazadas de facto. Voy a poner como ejemplo los hechos que han dado lugar a la sentencia anteriormente reseñada. Según se relata en los hechos probados, los encausados cuando se encontraban junto a una discoteca iniciaron una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a él un puñetazo en el rostro y éste le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por ella sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro<sup>260</sup>.

Evidentemente no es lo mismo un tortazo o un zarandeo que una situación de violencia habitual. En este caso es muy posible que se haya quebrado el principio de igualdad, pero la reacción de la mujer agrediéndole también o si hubiera reaccionado de

---

<sup>260</sup> STS 677/2018, de 20 de diciembre.

otra forma, como por ejemplo denunciando los hechos en las dependencias policiales, debe llegarse a la conclusión de que, además de que el hombre no tenga interiorizado las raíces del patriarcado y que pueda existir un grado constatable de arrepentimiento, respecto a la mujer, que ese principio de igualdad lo tenga interiorizado y que, ante esa primera y leve agresión sea capaz de hacer valer sus derechos ante las instituciones públicas.

En los casos de violencia habitual, el principio de igualdad ha sido “minado” durante el periodo donde la violencia se ha convertido en habitual y, cuando la mujer decide salir de esa situación y acudir a la Justicia, el desequilibrio preexistente entre las partes no permite negociar ni, por supuesto, acudir a un procedimiento de mediación<sup>261</sup>.

Por lo tanto, hay que tener muy en cuenta las características y la distinta intensidad que pueden revestir las manifestaciones de violencia y respuesta entre quienes tienen o han tenido una relación de pareja o análoga relación de afectividad, pues éstas pueden ser graduadas<sup>262</sup> y, por lo tanto, susceptibles de una respuesta diferenciada en función de la su entidad.

Cada caso de maltrato es diferente de los demás y que no existe un único perfil ni de la víctima ni del agresor. De ahí que se considere fundamental el papel del mediador con las partes y, de modo muy especial, con la que ocupa la posición más débil. No hay más que aplicar la filosofía de los procesos restaurativos de modo que, si las posiciones de las partes son iguales, se tratará a todos por igual, pero si existe desigualdad, por mínima que ésta sea, se tratará de modo desigual, para dotar a la parte que se encuentra en la posición de desventaja de autonomía y poder.

---

<sup>261</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes”, en: MONTESINOS GARCÍA, A. *Tratado de mediación. Mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 232.

<sup>262</sup> Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema” en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), SANZ HERMIDA, A., ORTIZ PRADILLO, J.C. (Coord.), *¿Mediación un método de? Conflictos*. Madrid: Colex, 2010, p. 202.

Según CASTILLEJO, la psiquiatría especializada estructura en una escala de 25 niveles el impacto de la violencia en las relaciones interpersonales de ámbito familiar y que, en la mayoría de los casos, excluyendo aquellos que representan una violencia grave e infunden a las víctimas miedo y desequilibrio emocional, la mediación sería un método recomendable por su idoneidad.

Para ello, como se verá más adelante, resulta fundamental la aptitud y especialización de los equipos de mediación, dadas las características tan peculiares de este tipo de violencia, con el fin de que puedan reaccionar a la más mínima señal que pueda poner en peligro la integridad y seguridad de la mujer.

## 2. OTROS INCONVENIENTES

Siguiendo a DEL POZO, otra razón poderosa que justifica la prohibición de la mediación en violencia de género es la falta de voluntad por consentimiento viciado de la víctima<sup>263</sup>. Con ello se vulneraría uno de los pilares informadores de la mediación, pues las partes han de participar libre y voluntariamente, de lo contrario estará abocada al fracaso. La autora argumenta que *“la violencia ejercida sobre la mujer por parte de la pareja o expareja genera una situación tan extrema en la persona de la víctima por esa espiral de terror, miedo y relación de dominio que dificulta su capacidad volitiva y que anula o, al menos, limita su capacidad de decisión libre”*.<sup>264</sup>

Estoy de acuerdo con esta opinión, pues la violencia machista genera en la víctima tal carga de victimización primaria que le provoca consecuencias psicológicas que, en no pocas ocasiones, les priva de esa capacidad volitiva. No obstante, cabe recordar una vez más, que la afirmación de que la dinámica de la violencia les priva siempre de su capacidad de acudir a un procedimiento de mediación es una visión simplista de la mujer víctima de la a violencia de género. La inidoneidad e inadmisibilidad de este mecanismo para cualquier mujer, en términos generales, puede tener como consecuencia directa que la mujer, por el mero hecho de serlo, debe integrarse en un grupo vulnerable y debilitado; con ello, se le infantiliza y se le presume una falta de autonomía y capacidad para tomar sus propias decisiones.

Considero, pues, que la referida crítica no cuenta con suficiente fundamento, habida cuenta de que, a fin de garantizar la libertad de la víctima y conforme a lo establecido en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del

---

<sup>263</sup> DEL POZO PÉREZ, M. *¿Es adecuada la prohibición de mediación...cit.*, pp. 303-315.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 315.

delito, se le dotará de una adecuada y completa información sobre el contenido, procedimiento y las posibles consecuencias de sus decisiones. La voluntad de la víctima ha de ser tenida a lo largo de todo el procedimiento de mediación, lo que implica que podrá abandonarlo en cualquier momento, sin necesidad de justificar el motivo.

La voluntariedad en la víctima se justifica en términos de prevenir la revictimización, evitando que se comprometa su integridad física o psicológica ante la posibilidad de que el maltratador cometa nuevas agresiones cuando la práctica restaurativa no sea lo suficientemente correctiva.

La falta de seguridad de las víctimas y el riesgo para su integridad son inconvenientes que hay que tener en cuenta para cualquier delito y no sólo para la violencia de género. En el Estatuto de la víctima se tiene muy en cuenta y, de hecho, en la Exposición de Motivos se señala que *“En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”*. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas para proteger a la víctima de una victimización secundaria o reiterada. Es, por este motivo, que la mediación en estos casos nunca podría ser obligatoria, pues se vulneraría el principio de voluntariedad; la víctima se vería privada de ejercer la autonomía de su voluntad y obligada a asumir planteamientos que se planteen, aunque no los considere justos, lo que podría ser, desde luego, psicológicamente traumatizante para la ella<sup>265</sup>. Por otra parte, en aras de evitar el riesgo que podría existir en un encuentro directo con el agresor, se podría plantear la posibilidad de trabajar por separado con ambas partes e incluso haciendo que se puedan comunicar sin necesidad de encontrarse en un mismo lugar; en este sentido, las nuevas tecnologías de la comunicación permitirían una mediación online, lo que se conoce como ODR (*Online Dispute Resolution*). MONTESINOS GARCÍA resalta que la experiencia demuestra que es una vía idónea para resolver los conflictos que surgen en

---

<sup>265</sup> De ahí que en el Convenio de Estambul prohíba expresamente formas de resolución de conflictos que se impongan contra la voluntad de la víctima y que puedan aumentar sus sentimientos de vergüenza o vulnerabilidad.

los entornos familiares “*quizás porque en muchas ocasiones no se trata de resolver cuanto a limar, suavizar o incluso evitar la aparición del verdadero conflicto jurídico*”<sup>266</sup>. La tecnología es una realidad que lleva muchos años implantada en nuestra sociedad, la Justicia debe aprovechar esta posibilidad y beneficiarse de sus posibilidades.

Algunas corrientes defensoras de la incompatibilidad de la mediación defienden que este procedimiento es una forma de trivializar el maltrato, convirtiéndolo en una disputa o en un conflicto *inter partes* y que ello sería insuficiente para transmitir a la sociedad un mensaje serio acerca de la entidad del delito. A lo que habría que añadir que, con estas nuevas dinámicas se teme un retroceso en la línea de que se privatice un problema que tanto esfuerzo ha costado para transformarlo en una cuestión pública. En cuanto a esto último, la privatización, he de decir que la mediación penal, en ningún caso, excluiría el ejercicio del *ius puniendi* para dejar en manos privadas competencias que son exclusivas del Estado. El derecho penal no puede ser ajeno a la violencia de género y dejarlo a la libre disposición del agresor y su víctima. En primer lugar, porque no es un problema o conflicto de pareja, sino un delito. No hay ninguna justificación para el maltrato, ni perdón de la mujer. Se trata de una mediación intrajudicial, tiene lugar dentro del proceso y dentro del ámbito de control del órgano jurisdiccional. Se trata de un procedimiento riguroso que, como complementario de la Justicia tradicional y en caso de que no haya sido fructuoso, se prevé la continuación del proceso penal hasta su finalización.

El hecho de que éstas tengan un espacio dentro del proceso judicial no significa en modo alguno una privatización de la Justicia. Por otra parte, la mediación, respecto a la prevención general del delito, reafirma la norma trasgredida a través del reconocimiento del daño originado y de la inequívoca voluntad de repararlo. Es más, el procedimiento mediador satisface “*(...) las tres funciones que se encuadran en la prevención general positiva. Informa a la persona infractora y a la persona víctima de*

---

<sup>266</sup> MONTESINOS GARCÍA, A. *Mediación on line*. Revista de la contratación electrónica, No. 94, 2008, p. 94.

*lo que está prohibido por el ordenamiento (...); ello produce un refuerzo y el mantenimiento en la confianza del sistema penal de permanencia e imposición (...) Siendo las penas símbolos abstractos de desaprobación, sin relación sustancial con la naturaleza de la infracción penal, la reparación, que sí tendría esa relación sustancial, aparece como una contribución a la confirmación normativa. Si el sistema penal busca a través de la pena el restablecimiento de la paz jurídica a través de la conciliación, la reparación satisface las necesidades de prevención general o al menos las aminora en gran medida*”<sup>267</sup>. La reparación a la víctima produce un efecto de prevención positivo, pues el delito no sólo genera consecuencias penológicas, sino también otros efectos distintos a la trasgresión de una norma penal. En los casos de violencia machista, existe una identificación y sensibilización de la sociedad con la víctima del delito. Los intereses de ésta en ser reparada adecuadamente coinciden con el resto de la sociedad. Si una pena justa al agresor devuelve la confianza en la norma, no es menos cierto que una reparación a la víctima que consiga su empoderamiento y el restablecimiento de su igualdad podría incluso superar a la pena en cuanto nivel de aceptación por parte de la sociedad.

Asimismo, también se ha señalado que el procedimiento mediador no es compatible con la prevención general negativa debido a que puede comportar una reducción de la perspectiva intimidatoria. ALONSO SALGADO subraya que el temor ante la pena no pierde su efecto, toda vez que esta sigue cerniéndose como una espada de Damocles sobre el victimario e incluso puede resultarle menos gravosa que afrontar un proceso de reconocimiento y diálogo de la mediación<sup>268</sup>.

También, aunque menos numerosas, existen críticas respecto desde el punto de vista de los ofensores. En concreto, la utilización de la mediación en el ámbito penal puede llevar a la conclusión de que se podrían vulnerar las garantías propias del proceso penal

---

<sup>267</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La mediación en el sistema penal*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, pp. 138-138, citada por ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. cit., pp. 193-194.

<sup>268</sup> ALONSO SALGADO, C. *La mediación...cit.*, p. 194. La autora termina argumentando que, de acuerdo con estas críticas cabría concluir que la suspensión de la pena, por ejemplo, podría constituir un incentivo para delinquir cuando no es así ya que encuentran su sitio entre las finalidades de la pena.



en aquellos casos en que, habiendo hablado y reconocido libremente la comisión de los hechos no se alcanza un acuerdo reparador, retornándose al proceso penal<sup>269</sup>. El requisito contenido en el art. 15 a) del Estatuto de la Víctima exige un reconocimiento de los hechos esenciales del asunto. Ese reconocimiento es necesario y acorde a las necesidades de la víctima, conforme a los postulados de la justicia restaurativa. Sin embargo, esa aceptación no debe ser interpretada como un reconocimiento de la responsabilidad penal, ya que no prejuzga la concurrencia de causas de justificación o exculpación. Si el infractor accede a iniciar un procedimiento de mediación no significa que admita también su culpabilidad, pero ello no es óbice para que los jueces, en caso de que fracase la mediación, actúen como si esta nunca se hubiese producido. Algún sector de la doctrina entiende que ese reconocimiento atenta contra el derecho a no declarar contra uno mismo en relación con la presunción de inocencia. ARROM LOSCOS distingue dos momentos en los que se pueden producir declaraciones inculpativas con consecuencias distintas, a saber<sup>270</sup>:

- Declaración de reconocimiento de los hechos ante el Juez Instructor, como requisito previo a la autorización de la mediación: el valor de la declaración se circunscribe a ser uno de los requisitos para que se autorice la mediación. No se trataría de un acto de prueba ordinario ni tampoco de una prueba anticipada con la virtualidad de destruir la presunción de inocencia, puesto que la culpabilidad del sujeto se declarará si se vence la presunción de inocencia tras el acto de juicio oral.
- Declaraciones autoinculpativas vertidas ante el mediador durante la sustanciación del acto de mediación: el autor distingue entre declaraciones autoinculpativas sobre hechos objeto del proceso penal del que trae causa la mediación, que estarían amparadas por la exigencia de la confidencialidad propia de la mediación de otras que suponen una *extralimitación* del ámbito

---

<sup>269</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Justicia Restaurativa...cit.*, p. 191; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Víctimas y Garantías: algunos cabos sueltos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 140.

<sup>270</sup> ARROM LOSCOS, R. *Aproximación a la mediación penal, líneas rojas Violencia de género y mediación penal, ¿un reto de futuro?* Revista La Ley, No. 135, 2018.

lícito en el que se debe sustanciar aquélla al afectar a hechos nuevos y distintos de los que integran el objeto del proceso penal en curso. En este caso, los hechos no se beneficiarían del deber de secreto.

Como puede apreciarse, este inconveniente puede ser relativizado, pues normalmente sólo se derivarán a mediación aquellos supuestos en los que el infractor reconoce los hechos existiendo elementos probatorios bastantes de su autoría, no resultando un problema el procedimiento de mediación de cara a la destrucción de la presunción de inocencia.

### **III. “POSIBLES” VENTAJAS A CONSIDERAR “BAJO DETERMINADAS CONDICIONES”**

Del mismo modo que la violencia de género genera especialidades para su tratamiento penal, la mujer que ha sido víctima está rodeada de ciertas notas a la hora de ser reparada. Conocer cuáles son las necesidades específicas de la víctima de violencia machista es una tarea fundamental para evaluar qué herramienta de la justicia restaurativa se ajusta a la mejor reparación posible.

El proceso penal convencional no atiende convenientemente las necesidades de las víctimas que, ahogadas en una maraña de formalidades, terminan ocultando la naturaleza del problema subyacente en la infracción penal y, por consiguiente, no hacen posible un abordaje razonable de las soluciones. Las partes suelen ser instrumentalizadas con fines punitivos en el que sólo tiene cabida el castigo del infractor y la responsabilidad civil que se deriva del delito cometido. En absoluto es de interés para el Derecho penal profundizar en los conflictos y daños morales causados por el delito y, normalmente, la víctima es la gran perdedora. No sólo ha sido agredida, ha sufrido o ha sido revictimizada, sino que también ha perdido la posibilidad de participar en su propio caso. El sistema penal le ha sustraído de su conflicto desde el momento en el que ese problema ha puesto en funcionamiento la rueda de la Justicia tradicional, que

sólo se centra en la idea del castigo y de la expiación olvidando que las víctimas, en ocasiones, buscan respuestas que difícilmente pueden ser satisfechas por el proceso penal convencional.

Las víctimas de violencia de género sienten miedo, dolor, rabia, frustración, indefensión, depresión y la justicia restaurativa puede ser una herramienta más idónea que el sistema penal tradicional para satisfacer sus intereses y dar una cobertura adecuada a unas necesidades que derivan de ese plano emocional y que van a requerir un tratamiento de esa índole.

Entre los diversos métodos restaurativos, la mediación podría ser la herramienta más apropiada para algunos casos de violencia de género, dada la necesaria confidencialidad y discreción en el abordaje de estos casos, que afectan muy directamente a dos personas que serán quienes participarán en la forma de decisiones personales sobre las consecuencias del delito.<sup>271</sup>

La mediación puede ofrecer ventajas, no sólo para las partes directamente involucradas en el delito, sino también para la sociedad en general.

En primer lugar, reubicando a la víctima del maltrato en posición de igualdad, empoderando y recuperando socialmente a la mujer como forma de reparación del daño; puede coadyuvar a que el agresor reconozca su responsabilidad y que se comprometa a cambiar su conducta sexista; finalmente, como forma de satisfacción de los fines de prevención general con un claro mensaje a la sociedad de que la violencia de género es condenable mejorando la percepción social de la Justicia.

## **1. EL EMPODERAMIENTO Y LA RECUPERACIÓN SOCIAL DE LA VÍCTIMA**

---

<sup>271</sup> VALL RIUS, A. “Justicia restaurativa y violencia contra las mujeres”, en: CARRASCOSA, A., SOLETO, H. *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 728. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ HIDALGO, P. *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta ... cit.*, p. 262.

La Ley 4/2015 nace con la finalidad de dar una respuesta, tanto jurídica como social y lo más amplia posible, a las víctimas del delito. Con ello se pretende satisfacer las demandas que planteaba la sociedad, en aras del reconocimiento de su dignidad, respecto a la defensa de sus bienes materiales y morales, así como los del conjunto de la sociedad<sup>272</sup>. Gracias a ello, se han intensificado los esfuerzos para satisfacer las demandas de una norma que cubrieran las necesidades de las víctimas antes, durante y después del proceso penal para que puedan recuperarse de las consecuencias del delito (se les permite participar en el proceso, se abordan cuestiones de protección o se implantan medidas de sensibilización a los distintos operadores jurídicos para evitar la victimización secundaria). Pese a este esfuerzo, la víctima sigue sufriendo esas consecuencias negativas dimanantes del delito, en ocasiones es ninguneada y otras veces es olvidada por la sociedad. Muchas de ellas, y en especial las de violencia de género, a pesar del paso del tiempo, continúan siendo víctimas sin que puedan deshacerse de esa “etiqueta”.

El sistema penal siempre ha actuado de manera estereotipada respecto a la víctima del delito machista, dando por hecho que todas ellas tienen las mismas necesidades, sin tener en cuenta su situación particular tras el delito, que es diferente a cada una de ellas.

Según ESQUINAS VALVERDE, la mediación puede reivindicar o recuperar socialmente a la víctima de maltrato, permitiéndole expresar libremente su versión de los hechos, lo que coadyuvaría a una desvictimización de la misma al atender a sus especiales necesidades sociales y psicológicas<sup>273</sup>.

La mediación en un espacio destinado a generar una comunicación ágil permitirá a la mujer aliviar sus tensiones emocionales, expresarle libremente a su agresor sus sentimientos de dolor, miedos, angustia, contribuyendo, de este modo, a superar ese impacto psicológico y personal del maltrato. Necesitan entender las causas que han

---

<sup>272</sup> Vid. el Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

<sup>273</sup> ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor...*cit., p. 52.

motivado su situación dolorosa, para poder superarlo y para ello es fundamental que esa información que precisa se la proporcione el autor del delito; así podrá calmar sus sentimientos, aclararle todas sus dudas e interrogantes sobre las causas del maltrato. Es de vital importancia oír a la víctima, permitirle que participe en la búsqueda de soluciones, darle la oportunidad de comprender que es lo que ha motivado a su pareja a llegar a esa situación y reflexionar sobre el resultado dañino que ello tiene en su vida, contribuyéndose a disminuir su victimización. El diálogo y la conciencia de que se participe en la resolución del problema empodera a la víctima frente a esa situación de relegación en el proceso penal, en el que el órgano judicial es el que va a dictar una resolución que, con toda seguridad, tendrá efectos en su vida. Cuando la mujer denuncia la agresión, se pone en marcha la maquinaria judicial sin que quepa la certeza de que la víctima se sentirá realmente reparada.

La mediación, al contribuir a ese empoderamiento, permitirá a la víctima que decida con más libertad qué desea hacer con su vida en el futuro, pues hay muchas de ellas que lo único que quieren es que la violencia cese, más que en castigar a su agresor. ¿Qué expectativa tiene la víctima del maltrato cuando formula una denuncia? Según los resultados más destacados, librarse del agresor, “que me deje en paz”, es la respuesta mayoritaria en casi todos los casos<sup>274</sup>.

Existen situaciones de violencia prolongada donde las expectativas de las víctimas se vinculan al alejamiento, la protección y la ruptura definitiva del vínculo relacional. Pero también hay otras tantas de conflicto puntual, primigenio, de violencia leve y que están más relacionados con el deseo de un simple escarmiento (porque no desean acabar con la relación inmediatamente y deciden establecer un tiempo de prueba) o la separación como consecuencia del deterioro de la relación. En estos casos, dado el carácter discursivo de la mediación, que puede resultar especialmente útil en estos delitos<sup>275</sup>, la mediación puede ser el medio idóneo que permite reducir tensiones y

---

<sup>274</sup> FERNANDEZ NIETO, J., SOLÉ RAMÓN, A. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico*. Madrid: Lex Nova, 2011, p. 137.

<sup>275</sup> ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor...cit.*, p. 25.

lograr un buen acuerdo reparatorio. Si la violencia no es grave, las relaciones familiares tienden a continuar, normalmente por la existencia de hijos menores. Con esto no quiero decir que la mediación sea entendida como un mecanismo para intentar o lograr la reconciliación, sino como una posibilidad, complementaria a la justicia tradicional, para restablecer la comunicación y el diálogo. La justicia restaurativa otorga la posibilidad de dar voz y voto a la víctima, no se debe privar a la mujer de la capacidad de adoptar sus propias decisiones, libre y voluntariamente, sobre todo en asuntos que le afectan de forma tan directa.

Cada víctima de maltrato es diferente y cada una podrá experimentar los encuentros restaurativos de diferente manera. Habrá mujeres en los que la mediación les ha proporcionado un medio para reprochar a su maltratador todo el dolor que le ha generado configurándose como un gran potencial sanador para curar sus heridas; otras dulcorarán sus relaciones y llegarán a acuerdos en beneficio ambos o de terceros estrechamente vinculados a ellos. Pero el denominador común en todos estos encuentros es el diálogo, que siempre y cuando sea voluntario y pacífico, restaura y pone el foco de atención en la víctima, en su empoderamiento y en mejorar sus condiciones de vida.

## **2. EL AGRESOR RECONOCE SU RESPONSABILIDAD Y SE PREVIENE EL RIESGO DE REINCIDENCIA**

Siguiendo a ESQUINAS, parece que las “dinámicas emocionales” durante los encuentros de mediación, pueden ayudar al agresor a reconocer su responsabilidad<sup>276</sup>. Su tesis es la de que, al confrontarse el agresor con los sentimientos de la víctima, éste asumirá su responsabilidad moral por la conducta, activándose su voluntad al regreso de la legalidad<sup>277</sup>. Los detractores de los procedimientos de justicia restaurativa se inclinan a pensar en la posibilidad de que, al propio tiempo que el agresor reconoce los hechos y

---

<sup>276</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>277</sup> Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial...* cit., p. 255.

manifiesta su voluntad de intervenir en la mediación, éste alberga la voluntad de retomar la situación de control y dominio sobre la víctima<sup>278</sup>.

La asunción de la responsabilidad y la voluntad de participar en el procedimiento ha de ser auténtico, pues en caso contrario, la víctima correría el riesgo de ser instrumentalizada y revictimizada. En los casos de violencia de género se cuestiona esa autenticidad precisamente por la dinámica del maltrato, en el que la petición de disculpas y la promesa de no volver a agredir se apunta como una pauta común entre los maltratadores<sup>279</sup>. Esta crítica se sustenta en la idea de que, únicamente puede hablarse de voluntariedad, mientras que el agresor piense que su conducta no es conocida por nadie extraño a la relación; en el momento de que conozca que se le va a perseguir por el delito, ya no podría hablarse de una voluntariedad espontánea, el maltratador ya no se presta por voluntad propia, sino por el temor de afrontarse a consecuencias más gravosas para él.

La dinámica emocional puede incidir en la concienciación por parte del agresor de que, cuando se produjo el maltrato, tenía otras opciones diferentes al hecho de recurrir a la violencia favoreciéndose su entendimiento de que su conducta es reprochable y sancionable, para así conseguir, como fin último, su disposición a cambiar de actitud a corto/largo plazo<sup>280</sup>. Cuando el maltratador escucha a la víctima, puede producirse *“una reinterpretación del hecho a partir de normas sociales, éticas y legales, tomando consciencia del sufrimiento que ha provocado y responsabilizándose de su conducta”*<sup>281</sup>.

La mediación implica que el agresor reflexione sobre las consecuencias de sus actos, configurándose como una interiorización (confrontándose con el daño causado, su

---

<sup>278</sup> Ibidem.

<sup>279</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R. *Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género*. Diario La Ley, No. 8882, 2016.

<sup>280</sup> CORRAL MARTÍNEZ, M., LÓPEZ LÓPEZ, C., ESCRIVÁ CÁMARA, J. *La vergüenza como castigo al crimen. Una reflexión para el siglo XXI*. Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad, No. 4, 2019, p. 20.

<sup>281</sup> VALL RIUS, A. *Justicia restaurativa...*cit., p. 728.

culpabilidad, responsabilidad, consecuencias) que sólo tendrá éxito si esa responsabilización no es coactiva y sí voluntaria.

El sistema de justicia retributivo no incentiva ni el reconocimiento de la autoría ni el restablecimiento de las comunicaciones entre la víctima y el infractor; más bien lo contrario, ya que al poner de relieve la responsabilidad criminal, minimiza la responsabilidad moral. El sistema genera a éste actitudes irresponsables, incapacidad para asumir sus consecuencias y la preparación de todo un caldo de cultivo para la reincidencia. Deja de ser un destinatario más de la norma y pasa a convertirse en un enemigo del sistema, encajando perfectamente en lo que Braithwaite define como vergüenza estigmatizante, donde la persona queda marcada para siempre por su delito y apartada de la sociedad<sup>282</sup>. A sensu contrario, la vergüenza reintegradora o reintegrativa, condena el delito, pero se reintegra al criminal de alguna manera en la sociedad. La teoría que se basa en este tipo de vergüenza es una de las que más ha influido en el desarrollo del paradigma de la justicia restaurativa. Los procedimientos que la engloban trabajan de manera implícita con el elemento de la vergüenza reintegradora, ya que al poner en contacto a la víctima y al agresor, permitiendo a éste enfrentarse a sus emociones y poder manejar sus sentimientos de forma directa, al mismo tiempo se desapruaba el comportamiento dañino y se reconoce el valor intrínseco del ofensor y la víctima<sup>283</sup>.

La vergüenza reintegradora es una expresión clara de la desaprobación de la comunidad al acto cometido, seguida de la reaceptación de la persona que incurrió en la conducta, siendo este binomio lo que conllevaría al éxito de un procedimiento restaurativo<sup>284</sup>. Puede ayudar a prevenir el delito (prevención especial), pues el sujeto teme más a ser avergonzado ante los ojos de su víctima que a un castigo formal<sup>285</sup>

---

<sup>282</sup> Vid. LANGÓN CUÑARRO, M. *La teoría de la vergüenza reintegrativa de John Braithwaite*. Revista de la Facultad de Derecho, No. 18, 2000, pp. 63-68; MCALINDEN, A.M. *The shaming of sexual offenders. Risk, retribution and reintegration*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.

<sup>283</sup> CORRAL MARTÍNEZ, M. *La vergüenza como castigo al crimen...*cit., p. 18.

<sup>284</sup> LANGÓN CUÑARRO, M. *La teoría de la vergüenza...*cit., p. 64.

<sup>285</sup> *Ibidem*.



(entendiéndose, en un acto de violencia de género, que éste ha interiorizado la existencia de un abuso de poder y desequilibrio dentro de su relación afectiva).

Para que un procedimiento de justicia restaurativa resulte exitoso, es necesario aunar los efectos positivos de la vergüenza reintegrativa y la minimización del impacto de la vergüenza estigmatizante<sup>286</sup>, y la mediación es un medio idóneo para conseguirlo. Actúa sobremanera en el ámbito preventivo especial, pues ayuda al infractor salir de esa estigmatización asociada al delito y le permite, gracias a ese espacio de comunicación, buscar vías de solución o minimización del daño causado<sup>287</sup>.

Parece razonable pensar que, al ser partícipe en la reparación de la víctima y no poner el foco de atención en su persona (culpabilidad), sino en el delito cometido, resultará factible que se reincorpore con éxito a la sociedad. Al fin y al cabo, el maltratador de la violencia de género es otra víctima más de la sociedad patriarcal y cabe esperar razonablemente que, un cambio conductual positivo de abandono de la conducta sexista resultará muy prometedor en evitar que reincida en su comportamiento. Ese abandono, para que la reparación sea lo más efectiva posible, debería ir acompañado del sometimiento obligatorio a un programa asistencial y reeducativo<sup>288</sup>, una terapia conductiva permitiéndose incluso a la víctima que acompañe a su pareja, sin que ello signifique que el objetivo sea la reconstrucción de la relación, sino más bien el fijar la razón del porqué una relación violenta debe culminar en separación o divorcio<sup>289</sup>. Autores como SALVADOR CONCEPCIÓN alaban programas de este tipo y pone de ejemplo *The Integrated Domestic Abuse Programme*, puesto en marcha en el Reino Unido y que se centran en que los autores de la violencia acepten su responsabilidad por su comportamiento y se comprometan a modificar su conducta y

---

<sup>286</sup> CORRAL MARTÍNEZ, M. cit, p. 21.

<sup>287</sup> Ibidem.

<sup>288</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos y de prevención...*cit.,

<sup>289</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación penal en los procesos por violencia...*cit., p. 242.

actitudes, otorgándole apoyo a la víctima a fin de que ésta denuncie si la violencia continúa<sup>290</sup>.

Para finalizar, cambio personal y el abandono de la conducta sexista a la que he hecho referencia deben ir de la mano para conformar la prohibición de mediación en el caso de que el maltratador vuelva a reincidir. La reparación es una respuesta adecuada cuando se trata de un primer episodio de violencia machista, de lo contrario no existen las mismas oportunidades de reinsertarse a la sociedad. Para evaluar los resultados satisfactorios que puede aportar el procedimiento de mediación, debe considerarse el impacto que el maltrato ha tenido en la víctima, pues uno de los objetivos a los que he hecho referencia anteriormente es lograr un equilibrio entre las partes. Si existen antecedentes de violencia en la pareja, no debe haber mediación.

### **3. EL IMPACTO DE LA MEDIACIÓN EN LA SOCIEDAD**

La justicia restaurativa, y en concreto la mediación, hace partícipe a la sociedad en sus efectos. De hecho, el resultado, sea positivo o negativo, de los encuentros restaurativos repercuten en ella. De nada sirve imponer una pena al infractor si las consecuencias de su acción para la víctima no son reparadas. Igualmente, no hay justicia si el infractor no se responsabiliza de sus acciones y no se reintegra de nuevo a la sociedad.

A la sociedad la habilita para comprender las causas subyacentes del crimen, promover su bienestar y prevenir acciones futuras delictivas (Naciones Unidas). En los casos de maltrato a la mujer, la paz social únicamente quedará restablecida cuando la sociedad sienta que las víctimas son efectivamente resarcidas y que, al mismo tiempo, se transmita un mensaje claro de que la violencia machista es siempre reprobable y que los maltratadores pueden reintegrarse a la sociedad si verdaderamente están arrepentidos y están dispuestos a abandonar ese rol sexista. Y ello puede ser posible gracias a la mediación.

---

<sup>290</sup> SALVADOR CONCEPCIÓN, R. *Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género*. Revista La Ley Penal, No. 112, 2015.

#### IV. PRÁCTICAS RESTAURATIVAS QUE APOYAN MEDIAR EN VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO COMPARADO

La finalidad del presente apartado es dar a conocer diversos procesos de justicia restaurativa en supuestos de violencia de género que vienen desarrollándose en otros países fuera del entorno español, principalmente en el ámbito comunitario. En estos ordenamientos se han implementado programas específicamente señalados para tales supuestos, que combinan criterios punitivos y cualitativos.

De modo general, en el ámbito internacional, la sistematización de los distintos instrumentos de justicia restaurativa sigue un esquema tripartito: *Victim-Offender Mediation* (VOM), los denominados *Family Group Conferencing* (FGC) y los *Restorative Justice Circles*<sup>291</sup>. A estos tres mecanismos habría que añadirse, por su interés, el modelo *Duluth Domestic Abuse Intervention Project* (DAIP), destinado al ámbito concreto de la violencia doméstica<sup>292</sup>. Estos modelos ponen de manifiesto el grado de satisfacción de los participantes y su idoneidad en la aplicación en casos de violencia doméstica (y de género).

Los FGC son prácticas que encuentran su origen en el modelo de pacificación de las comunidades aborígenes de Nueva Zelanda, Australia y Canadá. Aunque

---

<sup>291</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género*. Revista Penal, No. 30, 2012, pp. 177-216.

<sup>292</sup> A través de este método se interviene durante la fase inicial consiguiendo una aproximación entre la víctima y el agresor. Incluye un programa educativo dirigido al victimario y promueve que la víctima anime a éste para que tome conciencia y se responsabilice de los actos y de las consecuencias que le ha podido inferir. Podría entenderse como un método rehabilitador, un tratamiento o terapia que el agresor acepta voluntariamente para que pueda interiorizar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

En EEUU existen cuatro requisitos para los supuestos de violencia de género, a saber: a) La relación personal de las partes ha de ser factible; debido a las circunstancias de unión, es posible que mejore.; b) el agresor debe responsabilizarse de sus actos; las partes deben acudir voluntariamente con el compromiso de querer construir una relación futura pacífica; c) los mediadores han de estar especialmente preparados debido a las especiales particularidades y características que presenta los delitos de violencia de género; asimismo, y con el objetivo de que la víctima no se vea en ningún momento desprotegida, han de acudir siempre a la mediación con abogado. De todas formas, si el mediador detectara en algún momento que continúa existiendo algún tipo de abuso o violencia hacia la víctima, tomará las medidas pertinentes, incluyendo el aplazamiento, la retirada o el fin de la mediación.

Para más información, vid. BELTRÁN MONTOLIÚ, A. “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, en: BARONA VILAR, S., ERVO, L. et. al. *La mediación penal en adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

inicialmente fue empleado en niños abusados que incluían violencia doméstica, posteriormente se utilizó en parejas sentimentales. Se caracteriza por la participación de otros miembros de la comunidad, como representantes de la policía, trabajadores sociales o personas de apoyo en función de las circunstancias concretas de la violencia. Los *Circles* también integran determinados representantes de la sociedad legitimados para defender los intereses de la parte más débil de la violencia sexista.

Ambos sistemas podrían ser adecuados para el empoderamiento de la mujer y la asunción de la responsabilidad del agresor, a lo que habría que añadir que no se dejan solas a las partes en el conflicto (sean pareja o expareja), sino que se hace partícipe a la familia y la comunidad y, por tanto, al contexto en el que ésta se integra<sup>293</sup>.

Sin embargo, siguiendo a VILLACAMPA, estos procedimientos pueden acarrear serias dificultades para su aplicación en los casos de violencia contra la mujer; en primer lugar, son mecanismos ajenos a nuestra cultura, con estructuras que difícilmente pueden encontrar acomodo en la moderna sociedad occidental; en segundo lugar, la intervención de la comunidad puede perjudicar a la víctima del maltrato, especialmente en aquellas que son tolerantes con el maltrato familiar proveniente con el cabeza de familia<sup>294</sup>; y en último lugar, porque la mujer maltratada puede verse tan aislada que le resulte difícil conseguir apoyo que acuda con ella a estos métodos restaurativos<sup>295</sup>.

A priori, parece deducirse que el VOM es el método más utilizado los Estados europeos (algunos implementan el programa de *conferencing* específicamente diseñado para los delitos de violencia contra la mujer). En ellos, el desarrollo de los programas de mediación penal responde, bien por la aplicación directa de las normas que regula el

---

<sup>293</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes...*cit., pp. 237-238.

<sup>294</sup> En este punto, me gustaría resaltar que, en nuestro país, gracias a la visibilización de la violencia de género que ha pasado a ser parte de la agenda pública, se ha conseguido el efecto en la sociedad de sensibilizar este problema y, por tanto, no sería un problema implicar a la comunidad en esta modalidad de justicia restaurativa.

<sup>295</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género.* cit., pp. 211-2012.

método restaurativo, bien por la aplicación de programas piloto o proyectos existentes que han demostrado ampliamente sus efectos positivos en las vidas de los participantes.

En Portugal existen diversas normas específicas relativas a la violencia doméstica, siendo la más relevante la Ley 112/2009, por la que se establece un régimen jurídico aplicable a la prevención de la violencia doméstica y asistencia a sus víctimas. En Finlandia, ya existían proyectos antes de la aprobación de la Ley en 2006 sobre mediación en casos penales y algunos civiles.

Gran Bretaña, hasta la aprobación de la *Crime and Courts Act*, resultado de una enmienda en el año 2013 que permitió a los tribunales desviar las causas a mediación atendiendo a criterios de oportunidad, sólo contaba con programas restaurativos de base no legal<sup>296</sup>.

Respecto a Grecia, la mediación para los casos de violencia de género fue introducida por Ley 3500/2006 para los casos menos graves (castigados con pena privativa de libertad de hasta 5 años). El MF es el órgano que va a decidir la derivación a mediación y ésta se lleva a cabo por el Juez (mediador judicial), con la finalidad de cambiar el comportamiento del agresor y eludir el proceso judicial. Los requisitos para que prospere la mediación, según la ley, referidos al agresor, son los siguientes; declare haber cometido el hecho y se comprometa a no volverlo a realizar en un futuro (durante 3 años); siga un programa terapéutico; haga frente a los daños y perjuicios causados a la víctima; y, además, en caso de cohabitación, se comprometa a permanecer fuera de la familia por un tiempo razonable. En defecto de mediación judicial, el proceso se seguirá de acuerdo con el código de procedimiento criminal<sup>297</sup>.

En Alemania destaca el proyecto “*Die Waage Hannover e. V.*”, especialmente dirigido para el ámbito de la violencia de pareja. Los grupos de supuestos en los que se

---

<sup>296</sup> El documento de referencia esencial lo encontramos en las *Best Practice Guidance for Restorative Practice*; en su sección B, dedicada a los casos delicados y complejos, se señala la violencia contra la mujer como poco recomendable para procesos restaurativos.

<sup>297</sup> Vid. FREIXES, T, ROMÁN, L. *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*. Universitat Rovira i Virgili, 2014, p. 32.

concentra el proyecto son los siguientes: (I) los que aparecen o incrementan la violencia con motivo de una separación; (II) los de amenazas, presiones y coacciones permanentes a la expareja; y (III) los de parejas que conviven en el momento de afrontar la mediación, y que presentan, a menudo, un significativo historial de maltrato<sup>298</sup>. El procedimiento se desarrolla en diversas formas y funciona de la siguiente forma: los mediadores (utilizan un sistema de co-mediación, integrado por un hombre y una mujer), se entrevistan en primer lugar con la víctima y, en el caso de que ésta preste su consentimiento, lo hacen posteriormente con él. Los encuentros pueden ser cara a cara o de forma indirecta. Los resultados de la mediación son diversos: existen supuestos en los que la mujer da por terminada la relación sentimental y no desea que haya ningún contacto futuro; en otros casos, puede haber reconciliación o simplemente que ambos lleguen a un acuerdo sobre cuestiones referentes al mantenimiento de los hijos. También puede darse el caso de que el acuerdo se centre en un tratamiento terapéutico para el agresor que tenga problemas de adicción al alcohol<sup>299</sup>.

Respecto a Austria, es el país donde existe una práctica más generalizada y donde existen estudios que han monitorizado los programas VOM realizados por la Oficina de compensación extrajudicial de su país (*ergerichtlicher Tatausgleich*, ATA)<sup>300</sup>. El Instituto de Sociología Criminal y Jurídica de Viena ha realizado varios estudios, entre los que merece una mención especial la investigadora C. PELIKAN. Los resultados obtenidos por ésta mediante la observación directa de mediaciones y las entrevistas de seguimiento a cada uno de los participantes. Uno de los más destacados

---

<sup>298</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ ¿Por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 15, 2016, p. 240-241.

<sup>299</sup> Más información

<https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/Restorative%20Justice%20and%20Domestic%20Violence%20and%20Abuse.pdf>

<sup>300</sup> Vid. PELIKAN, “Victim-offender mediation in domestic violence cases. A research report”, accesible en [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org).

de la investigación es la existencia de tres formas de violencia que determinan si el procedimiento de mediación va a ser favorable o no, a saber<sup>301</sup>:

- Relaciones en las que existe una rutina de violencia física mutua.
- Relaciones en las que la incidencia de la violencia constituye un suceso extraño y turbador, generalmente consecuencia de una situación estresante.
- Relaciones donde la dominación del hombre es demostrada establecida y defendida mediante el empleo de la fuerza física, representando el concreto episodio violento uno más de los habituales de este tipo.

Según las investigaciones desarrolladas por PELIKAN, junto con otros estudios a los que se dedicó más de diez años de duración, la mediación ha contribuido a la separación de la pareja casi en la mitad de los casos, el 83% de las mujeres no experimentó una ulterior violencia y en el 40% de los casos en los que la mujer continuaba con el agresor o seguía en contacto con él, consideraba que la mediación había producido un cambio positivo en el agresor<sup>302</sup>.

Austria ha desarrollado un sistema propio para mediar en los casos de violencia contra la mujer. El procedimiento es el siguiente: el MF es el que deriva el procedimiento a mediación al órgano competente, compuesto por dos personas de distinto sexo: el hombre se entrevistará con el agresor y la mujer con la víctima. Una vez concluidas las entrevistas individuales, se programa una sesión conjunta en la que el equipo mediador expone las versiones de cada parte (hechos, origen del conflicto, naturaleza y se examina la entidad de los actos del maltrato); cuando terminan, éstas pueden corregir o modificar la historia. El efecto que se consigue es el de promover que la víctima y el victimario puedan tener otra perspectiva del papel que ha desempeñado cada uno en el conflicto. Aunque parezca simple, el hecho de ser escuchado y oído es la esencia del reconocimiento que conduce al cambio personal; en el caso de la víctima, se

---

<sup>301</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Justicia Restaurativa...*cit., p. 203.

<sup>302</sup> DE VICENTES CASILLAS, C. *La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación.* Cuadernos Penales Jose María Lidón, No. 9, 2013, p. 215.

produce un empoderamiento que equilibra la relación de poder entre las partes, proporcionando apoyo a la parte más débil. Los elementos centrales de la mediación (reconocimiento y empoderamiento) son alcanzados gracias al diseño realizado<sup>303</sup>.

Las evaluaciones permiten concluir que la mediación tiene un alto grado de aceptación entre los afectados, permite atender mejor a los intereses de los hijos en común y se muestra más eficaz que la respuesta de la justicia tradicional con una baja de reincidencia<sup>304</sup>.

En Finlandia, hasta el año 2006 la mediación penal no estaba regulada por una ley específica, hasta que se aprobó la Ley 1015/2015 que regula esta institución en casos penales y algunos casos civiles. Se caracteriza porque es siempre voluntaria, independiente, confidencial, gratuita y requiere el consentimiento de las partes en el proceso, del que se pueden retractar en todas las fases de este.

Los tipos de delito que pueden ser objeto de mediación dependen de su naturaleza y de la relación habida entre las partes; en los casos de violencia doméstica se excluye si es recurrente, si las partes han mediado ya con anterioridad o si el ofensor considera la violencia como algo “normalizado” en la pareja. Sólo la policía y el Fiscal pueden iniciar un procedimiento de mediación en los casos de violencia contra la pareja ante la oficina competente que lo examinará y evaluará su idoneidad para decidir si comienza el procedimiento o no.

El procedimiento es el siguiente: reuniones individuales con el agresor y la víctima para comprobar que la participación es voluntaria, recabar información sobre la naturaleza y circunstancias del delito, explicar el procedimiento y ventajas que se derivan de este. Reunión conjunta en la que cada parte escucha la versión del otro y sus inquietudes. En el caso de que se llegue a un acuerdo, se le envía a la policía o al Fiscal para el control y el seguimiento de lo pactado.

---

<sup>303</sup> Ibidem.

<sup>304</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos...cit.*, p. 243.



En 2014, se remitieron a mediación un total de 1.857 casos de violencia doméstica, de los que se inició finalmente un 74%. El 12% (169 casos) de los procesos se interrumpió cuando se observaba claramente que no se daban las condiciones de la mediación o se descubría que el agresor negaba la violencia o presionaba o amenazaba a la víctima. Finalmente, se llegó a un acuerdo a través de la mediación en el 62% de los casos de violencia contra la pareja<sup>305</sup>.

## **V. PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ARCHIVADOS EN LOS JUZGADOS DE VIDO<sup>306</sup>**

Imaginemos la siguiente situación: la víctima de maltrato denuncia unos hechos presuntamente delictivos que son competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer y, como consecuencia de que no se dan los requisitos o circunstancias para seguir adelante con la acción penal, el órgano judicial decide archivar el caso. En otras palabras, el/la Jueza considera que no existe delito de violencia de género.

La práctica que a continuación se va a exponer, se basa en una experiencia que se inicia en abril de 2008 a raíz de la puesta en funcionamiento del servicio de Mediación Familiar en los Juzgados de L'Hospitalet de Llobregat. El propósito u objetivo no es otro que *“promover la mediación en todos los conflictos familiares que*

---

<sup>305</sup> Para más información, Vid. las Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia, aprobado por el Comité en su 57º período de sesiones (celebrado del 10 al 28 de febrero de 2014) en relación con la Recomendación General núm. 19, sobre Violencia sobre la Mujer. El Comité examinó el séptimo informe periódico de Finlandia (CEDAW/C/FIN/7) en sus sesiones 1201ª y 1202ª (véanse los documentos CEDAW/C/SR.1201 y 1202), celebradas el 20 de febrero de 2014. La lista de cuestiones y preguntas del Comité figura en el documento CEDAW/C/FIN/Q/7 y las respuestas del Gobierno de Finlandia figuran en el documento CEDAW/C/FIN/Q/7/Add.1.

<sup>306</sup> VERGARA, J., GUILLAMAT, A. *Experiencia piloto de mediación familiar en conflictos familiares derivados de procedimientos archivados en los juzgados de VIDO*. Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones. Barcelona: CosmoCaixa, 2009, pp. 101 y ss.

*llegan a la vía judicial*”, es decir, los que llegan a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (juzgados VIDO).

Ciertamente, esta experiencia piloto es un “suplemento” a situaciones conflictivas que llegan al juzgado VIDO y responden a conflictos relacionales de convivencia. Y es que, archivar los procedimientos que llegan a estos juzgados sin que se les de una respuesta adecuada y satisfactoria, es contraproducente sobre todo tratándose de conflictos relacionados con la pareja o hijos/as que vuelven a retornar la convivencia con la certidumbre de que, casi con toda probabilidad, volverán las discusiones y las denuncias con el consiguiente plus de conflictividad y cronificación del conflicto.

Los asuntos que se derivan a estos juzgados hunden sus raíces en enfrentamientos puntuales tipificados como delitos leves (antiguas faltas) que terminan en los juzgados de violencia contra la mujer. Como se refleja en la experiencia piloto sobre las situaciones derivadas, no se habla *“de un conflicto concreto que genera violencia, si no de una dinámica relacional que genera violencia y conlleva la denuncia al juzgado VIDO”*.

En una muestra de 23 derivaciones (1 de abril de 2008-30 de abril de 2009), 20 inician un procedimiento de mediación que se presenta al servicio de mediación para la sesión informativa, donde se sigue el modelo del Protocolo para la Implantación de la Mediación Familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de Procesos de Familia<sup>307</sup>. Todas, menos una, finalizan con acuerdo.

Primeramente se recibe a la pareja, en múltiples ocasiones de forma conjunta, aunque se informa individualmente a cada parte para después, en función de la viabilidad de la mediación y el estado emocional de cada una de ellas, así como de la voluntariedad de las mismas en participar, se acabe celebrando una sesión conjunta donde las partes, después de participar en la toma de decisiones y con la ayuda del

---

<sup>307</sup> Este protocolo es elaborado por los Magistrados Dña. Teresa Martín Nájera, Dña. Margarita Pérez Salazar y D. José Luis Utrera Gutiérrez, en mayo de 2008.

mediador/a, se comprometen a llegar a un acuerdo que cambie el rumbo de sus vidas. El proceso de cambio tiene dos claros propósitos<sup>308</sup>:

- Utilizar la mediación para establecer unas “medidas provisionales”.
- Paralelamente, iniciar un proceso judicial relacionado con la separación de la convivencia o, en el caso de que los implicados deseen continuarla, trabajar sobre la mejora aquella o de la relación si la misma ya no existe y el motivo está relacionado con la entrega y recogida de hijos comunes, impago o atraso de la pensión de alimentos o la aparición de nuevas relaciones sentimentales.

El procedimiento de mediación tiene una duración máxima de seis sesiones; una vez acabado, se da conocimiento del resultado de la mediación (con acuerdo o sin él) al juzgado de violencia que ha derivado el caso. La experiencia final fue muy positiva.

## **V. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PROCESO DE MENORES POR DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

La violencia de género ente adolescentes es un fenómeno que está en auge. En una nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística sobre violencia de género publicada en mayo de 2018, se revela que las denuncias por violencia de género entre menores de edad alcanzaron niveles históricos. Los mayores aumentos en el número de denunciados por violencia de género se dieron en el tramo de menos de 18 años (18.7% de las personas que fueron denunciadas por violencia machista, que fueron en total 28.987). También aumentaron en mayor medida las víctimas menores en 2017 respecto al año anterior (14,8%). De estas cifras se puede sacar una clara lectura: cada vez más persisten las actitudes machistas en la pareja en las generaciones más jóvenes. Durante la adolescencia comienzan las primeras relaciones afectivas de pareja, unas relaciones que se construyen sobre los cimientos de una idea del amor influenciada a través de los continuos mensajes culturales de las películas, series, publicidad o la música que

---

<sup>308</sup> VALL RIUS, A., GUILLAMART 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.

normalizan actitudes y conductas estrechamente relacionadas, más que con el respeto y el amor, con el dominio y el control en la relación.

## **1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DEL MENOR**

Siguiendo al profesor GIMENO SENDRA, el principio de oportunidad se define como *“la facultad que al titular de la acción penal le asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*<sup>309</sup>. En cuanto al fundamento de este principio, he de decir que junto argumentos genéricos que desaconsejan abrir un procedimiento judicial por razones de economía procesal (piénsese en el ahorro de trabajo para el órgano judicial si éste se soluciona de forma temprana y no al final, en la vista oral), existen otros de carácter específicos que pueden sintetizarse, en los siguientes<sup>310</sup>:

- Evitar los efectos criminógenos y perniciosos de las penas cortas privativas de libertad. Como tuve la oportunidad de decir en líneas anteriores, la criminalidad juvenil se caracteriza por ser infracciones de carácter más bien episódicos, de baja gravedad que tienden a desaparecer cuando se llega a la edad adulta. La necesidad de conjugar la respuesta penal con el interés del menor y la naturaleza educativa del procedimiento de menores obliga a debilitar o incluso suprimir ciertas premisas de perseguibilidad que rige en el procedimiento penal de los adultos.
- Rehabilitación del infractor mediante procedimientos de readaptación, a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad. A este respecto, pienso que una adecuada reacción penal respecto a

---

<sup>309</sup> GIMENO SENDRA, V. *Los procedimientos penales simplificados*. Poder Judicial, Especial II, 1986, pág. 34

<sup>310</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1999, págs. 111 y 112.

la exigencia de resocialización sería muy conveniente a los efectos de la prevención especial.

- Estimula la pronta reparación del daño. No debemos olvidar que el principio de oportunidad en el proceso penal de menores presenta muchas posibilidades de éxito debido no sólo porque éste se erige en un proceso concebido para obtener la rehabilitación del menor, sino que también encuentra su fundamento en el interés de la víctima, que puede obtener mayor satisfacción de sus expectativas<sup>311</sup>.

En la LORPM se prevén varias manifestaciones del principio de oportunidad reglada en distintos momentos del proceso, incluso cuando también éste ha finalizado y se encuentra en su fase de ejecución:

- En concreto, en una fase preprocesal y de instrucción, se distinguen dos momentos en el que principio de oportunidad entra en juego; el primero sería antes del inicio de la fase de instrucción y tras la práctica de las diligencias preliminares. En este momento, el Fiscal ha valorado los presupuestos para acordar la iniciación del expediente de reforma (verosimilitud de los hechos denunciados, determinación del presunto responsable y tipicidades penales de la conducta) y decide desistir dicha incoación conforme a lo establecido en el art. 18 LORPM. El segundo momento tendría lugar una vez que se ha incoado el expediente de menores, momento en el que el Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento del expediente por diferentes razones (arts. 19, 27.4 y 30.4 LORPM).
- En la fase de alegaciones o al inicio de la fase de audiencia, momento en el que es posible la terminación anticipada del proceso por conformidad del menor y su abogado (arts. 32 y 36 LORPM).

---

<sup>311</sup> En este sentido, la LORPM dedica una especial atención a las víctimas de los delitos cometidos por los menores en aras a garantizar una mayor información y participación en el proceso. El art. 4, dedicado a los derechos de las víctimas y los perjudicados, atribuye al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores la labor de velar en todo momento por su protección.

- Por último, ya en la fase de ejecución, existen posibilidades de suspender condicionalmente alguna de las medidas previstas impuestas al menor (art. 40 LORPM) o la eventual sustitución de las medidas impuestas por otras que sean más adecuadas con especial atención al interés del menor (art. 51 y 14 LORPM).

La mediación en el proceso penal de menores tiene un carácter reglado y contempla momentos y presupuestos concretos, a saber: en la fase de instrucción, con el fin primordial de la conciliación o la reparación del menor y la víctima (arts. 19 LORPM) y en la fase de ejecución como forma de sustitución de la medida impuesta para lograr también aquellos fines (art. 51.3 LORPM). Los demás supuestos bajo el paraguas del principio de oportunidad no serán objeto de estudio en el presente trabajo bien por no concurrir los requisitos que establece el precepto penal<sup>312</sup> o bien porque no presentan elementos particulares cuando el proceso penal se haya incoado por actos de violencia de género ejercida por los menores<sup>313</sup>.

## **2. LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE MENORES**

### **2.1 Mediación en la fase de instrucción. Sobreseimiento por conciliación o reparación**

La LORPM recoge en su art. 19 una de las principales formas en la que se cristaliza el principio de oportunidad; la mediación, inspirada en la idea de, sin necesidad de finalizar el procedimiento mediante una sentencia condenatoria, sustituir la responsabilidad penal del menor por otras medidas alternativas (reparación o conciliación) en aras a satisfacer la finalidad educativa y resocializadora que inspira a la norma penal. Hay que tener muy presente que ello no implica una desjudicialización o de una forma de Justicia extraprocesal, pues se lleva a cabo en un proceso que se ha

---

<sup>312</sup> Sería el caso del art. 18 LORPM, que exige que no exista violencia ni intimidación en las personas, elementos que precisamente son utilizados como manifestación de la discriminación, situaciones de desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer (art. 1.1 LOPICVIG) y que aparecen de modo explícito en el tipo de los arts. 153.1 (todas las agresiones contra la víctima a la que se refiere el precepto son tipificables al artículo, por leve que sea la violencia desplegada), 171.4 y 172.2 (si se ejerce intimidación que constituya una amenaza o coacción, aunque sean leves) del Código penal.

<sup>313</sup> GRANDE SEARA, P., PILLADO GONZÁLEZ, E. *El Principio de Oportunidad. En La Justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 151.

incoado por atribución al menor de un hecho constitutivo de delito y, a diferencia del sobreseimiento regulado en el art. 18 LORPM, existe un control judicial que culminará con un Auto de sobreseimiento y archivo (en el caso de que la mediación concluya positivamente habiéndose cumplido los compromisos alcanzados) o con una sentencia absolutoria o condenatoria, según los casos.

El art. 19.1 LORPM refiere que, esta modalidad de mediación sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o una falta (delito leve) tipificado en el Código penal o en las Leyes penales especiales (tipicidad necesaria para exigir la responsabilidad penal de las personas mayores de 14 años y menores de 18 conforme a lo establecido en el art. 1 de esta Ley).

Los delitos menos graves son aquellos que tienen previstos una pena de naturaleza menos grave, es decir, una pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años (art. 13.2 en relación con el art. 33 CP). Por su parte, son delitos leves las infracciones que la Ley castiga con una pena leve.

Junto al criterio de la gravedad de la infracción penal, el art. 19.1 exige que en la ejecución del delito no se haya empleado violencia o intimidación grave (a diferencia del art. 18 LORPM, aquí sí es posible que la infracción revista cierto grado de estos elementos) ni se haya producido alteración del orden público o revele peligrosidad del autor.

¿Qué se entiende por violencia o intimidación? Aplicar la violencia es, según el Diccionario de la Real Academia “aplicar medios violentos a personas o cosas para vencer su resistencia”. Intimidar es “causar o infundir miedo, inhibir”. No hay ni un solo precepto del Código penal que defina ambos términos, por lo que habría que acudir a la legislación y a la jurisprudencia<sup>314</sup>. Los delitos de violencia de género en el Código penal son, por sus características específicas anteriormente reseñadas, los descritos en

---

<sup>314</sup>Según el art. 1267 CC: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”.

los arts. 153.1 (maltrato ocasional), 171.4 (amenazas leves), 172.2 (coacciones leves), 147.1-148.4 (lesiones) y 173.2 (violencia habitual). Únicamente los tres primeros comparten una característica: tipifican violencia e intimidación de escasa entidad y, desde un punto de vista estrictamente formal, no habría en principio ningún impedimento para que puedan ser sometidos a la mediación del art. 19 LORPM. No obstante, habrá que realizar un somero análisis, pese a la escasa entidad penal de la conducta, de que no exista una situación de desequilibrio entre las partes. No debemos olvidar que la LORPM dedica atención la información, asistencia y participación de la víctima en el proceso (el art. 4 atribuye el Juez de Menores y al MF la obligación de velar por su protección). El equipo técnico, encargado de mediar en estos casos y compuesto por profesionales capacitados para determinar si el caso es mediable, tendrá que decidir si la víctima está preparada para ello, pues no todos los casos van a ser iguales; siempre van a existir diferencias en el grado, frecuencia o intensidad de la violencia. Igualmente, habrá supuestos de violencia presuntamente circunstancial que, tras un estudio minucioso, se comprobará que es estructural. Tampoco las consecuencias de la violencia ejercida van a ser iguales para todas las víctimas. Y es precisamente aquí donde se tendrá que profundizar para valorar si el caso puede ser mediable o no. No digo que no deberán tenerse en cuenta el hecho en sí o la violencia ejercida; son indicios de peso que han de ser valorados en su conjunto y sometidos a un examen muy riguroso para poder determinar qué repercusión han tenido en la víctima. Sólo así podremos contar con cierta seguridad de que la víctima de la violencia de g que ha sido víctima de unos de malos tratos va a poder sentarse a mediar en iguales condiciones de igualdad y libertad que su agresor.

Finalmente, la norma también hace mención, aparte de las circunstancias de los hechos, a las circunstancias del menor, por lo que sería necesario hacer una valoración de carácter criminológico, debiendo considerarse todos los aspectos de la historia personal del menor, sus circunstancias sociales y familiares, y los efectos que quepa esperar del propio sobreseimiento del expediente y del cumplimiento de la conciliación



o del compromiso de reparación con la víctima del delito. Para esta valoración de la situación del menor, también será de especial interés el informe del equipo técnico.

Aunque la LORPM diferencia la conciliación de la reparación, lo cierto es que ambas figuras tienen la finalidad de que el menor infractor y la víctima lleguen a un acuerdo para poner fin al procedimiento judicial.

Se entenderá producida la conciliación *“cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas”* (art. 19.2 LORPM). Se trata de la suma de dos voluntades siendo requisito que el infractor esté realmente arrepentido, se disculpe y la víctima lo aceptase<sup>315</sup>, quedando al margen de esta modalidad el arrepentimiento espontáneo del menor que sería más bien considerado como un acto en el que únicamente cuenta su opinión.

En la conciliación, las partes intervinientes (con la colaboración del equipo técnico) podrán resolver el conflicto a través de un acuerdo restaurativo. Se trata de posibilitar un encuentro en el que el equipo técnico propiciará un acercamiento permitiendo a la víctima expresar las consecuencias que le ha producido el hecho delictivo. Independientemente de las ventajas y de los inconvenientes que ofrece la mediación en determinados casos de violencia de género, a los que me referiré en un apartado específico, deben tomarse ciertas premisas para que la mediación pueda tener lugar.

El art. 19.2, cuando regula los requisitos de la conciliación, hace mención de que el menor reconozca el daño y se disculpe. Resulta imprescindible, pues, que no sólo reconozca el hecho delictivo (cualquiera de los delitos de género de carácter leve que he enumerado en el apartado anterior), sino que debe asumir su rol de maltratador (ha existido una posición de poder y de desequilibrio en su relación amorosa o de afectividad) y de que se encuentra absolutamente arrepentido y que su voluntad real es

---

<sup>315</sup> La obligatoriedad de la aceptación de la víctima se entiende en la Exposición de motivos de la LO 5/2000, que dice *“La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe y la persona ofendida lo acepte u otorgue su perdón”*.

la del cambio y no simplemente obtener un beneficio mediante el sobreseimiento de la causa.

Respecto a la víctima del delito, se dice en la norma que debe aceptar las disculpas del menor. Para ello, resulta también absolutamente necesario, que comprenda el alcance de la acción delictiva del menor (sigo refiriéndome al maltrato) y que lo reproche sin que quepa ningún tipo de justificación de la conducta de aquél. En toda situación de violencia de género existe un desequilibrio de poder y, para estos casos mediabiles, ha de ser mínimo. La función del equipo técnico en el procedimiento de mediación debe estar orientada a un estudio previo en el que se valorará no sólo el entorno social o las circunstancias psicológicas, familiares y educativas del menor, sino que también el equipo valorará el nivel de conciencia que ambos tienen de los hechos y de que existe una posición de igualdad suficiente para llevar a cabo el proceso. Es también muy importante que se hayan investigado adecuadamente (por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o el órgano judicial) los hechos delictivos para tener seguridad de que se está mediando conductas de carácter aislado y leve, debiéndose descartar la violencia habitual o la de carácter grave.

La reparación implica “el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunicad, seguido de su aplicación efectiva” (art. 19.2 LORPM). Al igual que ocurre con la conciliación, la reparación exige concurrencia de voluntades. Si bien pudiera pensarse que el término “reparación” pudiera corresponderse con la satisfacción de la responsabilidad civil originada por el hecho delictivo, existen razones para desnaturalizar esta idea : en primer lugar, es posible que la reparación no reporte utilidad alguna o beneficio directo y concreto al perjudicado desde que cabe la posibilidad de que éste puede consistir en trabajos en beneficio de la comunidad y en segundo lugar la expresión en el art. 19 LORPM “*todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito*” da a entender que el acuerdo de reparación puede tener un contenido distinto a la sola reparación económica.

En el caso de que la víctima no acepte las disculpas y no se llegue a un acuerdo, debe ordenarse la prosecución del procedimiento judicial conforme a lo establecido en el art. 19 LORPM. Sin embargo, esta solución puede ser muy extrema, pues se deja en manos de la víctima la continuación o no de la causa, a pesar del reconocimiento y las disculpas ofrecidas seriamente por el menor. Si se atiende a los principios de educación y del interés superior del menor, podría entenderse que la solución a este dilema debería ser bien distinta si se atiende a lo que establece el art. 19.4 LORPM, por cuanto se permite al MF dar por concluida la instrucción y solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones<sup>316</sup> a pesar de la negativa de la víctima a aceptar sus disculpas, siempre que se comprometa a cumplir la actividad educativa que proponga el equipo técnico en su informe<sup>317</sup>. Para determinar qué debe entenderse por “actividad educativa” se puede acudir a los arts. 7.1 k) LORPM, referido a las prestaciones en beneficio de la comunidad o al art. 7.1 l) LORPM donde, al definir las medidas definitivas, se alude a la realización de tareas socioeducativas que supondría someter al menor infractor *“sin internamiento ni libertad vigilada, a actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social”*.

La finalidad esencial de estas medidas es que el menor comprenda, como puede ser en los casos de violencia machista, que la víctima ha sufrido de modo injustificado consecuencias negativas derivadas de su conducta y que la realización de esas actividades educativas van a coadyuvar a una sensibilización y prevención de la violencia de género. Es con los menores que han protagonizado episodios de violencia de género con los que se deben establecer medidas psico-educativas tendentes a modificar actitudes, creencias y comportamientos que si no se trabajan adecuadamente corren el peligro de que se repitan. Uno de los factores más importantes, por no decir el

---

<sup>316</sup> El precepto establece que *“Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”*

<sup>317</sup> GRANDE SEARA, P., PILLADO GONZÁLEZ, E. *El Principio de Oportunidad. En La Justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores...cit.*, pág. 151.

principal en mi opinión, de la violencia machista es que es una conducta aprendida y las actividades educativas tendrán que ir orientadas a desaprenderla.

## **2.2 La mediación en la fase de ejecución. La sustitución o el cese de las medidas por conciliación**

El art. 51.3 LORPM dispone que *“la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”*.

El Juez de Menores que ha conocido los hechos en primera instancia y que es el competente para el control de la ejecución de la sentencia<sup>318</sup>, es el que también va a acordar, si procede, dejar sin efecto la medida impuesta al menor. El momento procesal donde se va a mediar no puede ser otro que, en la fase de ejecución, una vez que el expediente ya ha sido resuelto y ya se le ha impuesto la medida a aquél.

El ámbito de aplicación de la conciliación en la fase de ejecución es más amplio que el establecido en el art. 19 LORPM puesto que la norma no realiza ninguna referencia a la gravedad de la infracción cometida a la hora de la posible aplicación del precepto. Respecto a este punto y aplicado a los delitos de violencia de género ejercida por menores, me gustaría hacer la siguiente reflexión. La mayoría de los inconvenientes esgrimidos por la doctrina para valorar una mediación penal en violencia de género pivotan sobre dos factores: la desigualdad entre las partes y la improcedencia de estos métodos ante situaciones donde ha existido la violencia.

---

<sup>318</sup> Art. 44.1 LORPM: *“La ejecución de las medidas previstas en esta Ley se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, salvo cuando por aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de esta Ley sea competente otro, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso”*.

Atendiendo al primero de ellos, que considera a la desigualdad como una evidente desventaja, decir que hay autores que consideran que la mujer, debido a sus características peculiares, se expone de antemano a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones<sup>319</sup>. Entiendo que prejuzgar, de entrada, que la mujer posee, por el mero hecho de serlo, unas características peculiares impeditivas para participar en la mediación es hacer uso de una visión más bien estereotipada de la violencia de género. Se está dando por hecho que la mujer posee características propias que le van a privar siempre de toda capacidad para negociar con libertad, en un plano igualitario, con su agresor.

En cierta forma puede ser así, siempre que pensemos en mujeres que han sufrido episodios graves de violencia, que han estado bajo un constante sometimiento a la voluntad de su agresor, con reiterados y crecientes ejercicios de violencia por parte de sujetos altamente agresivos. Estas víctimas de violencia machista se mueven por el miedo y los sentimientos, son incapaces por sí mismas de interponer una denuncia y, por supuesto, el principio de igualdad está totalmente quebrado. En ningún caso podrían ser partes de un procedimiento de mediación. Sin embargo, sí podemos encontrar con otro tipo de víctima que no minimiza ni justifica de ninguna de las maneras la conducta de su agresor, que son capaces de plantarse en a una Comisaría de Policía a denunciar y emprender pasos firmes con vistas a poner fin de una vez por todas al ejercicio de la violencia, mostrando a su vez que poseen capacidad suficiente. Es en estos casos es donde podría tener cabida el proceso de mediación, precisamente porque existirían unas condiciones mínimas de igualdad que no van a ser impeditivas para que las partes puedan dialogar libremente. Según GUARDIOLA LAGO, la desigualdad sería un impedimento en los aquellos casos de “desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo”<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup>ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor...*cit., 59 y ss.

<sup>320</sup> GUARDIOLA LAGO, M. *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...*cit., pp. 68 y 78.

“Se arguye en este sentido que la justicia restaurativa desatendería la protección de la víctima, puesto que un reencuentro con el delincuente podría revictimizarla, al tiempo que se podría repetir la

La gravedad de la infracción del hecho, que podría ser un elemento de exclusión, no es relevante en algunos países como en EE. UU., donde se considera que los procesos de mediación pueden ser incluso beneficiosos y convenientes en delitos graves<sup>321</sup> o en los países escandinavos donde se permite la mediación en delitos que comportan violencia, entre ellos las agresiones sexuales o la violencia doméstica<sup>322</sup>.

QUINTERO Y CARBAJOSA distinguen dos tipos de violencia: estructural, ejercida por el agresor de forma sistemática y permanente con el fin de conseguir dominar a la víctima y sistemática, que es aquella que surge de conflictos puntuales y desaparece una vez que han sido resueltos<sup>323</sup>.

Para finalizar, si bien el art. 51.3 LORPM no contempla el límite de la gravedad de los hechos, en los supuestos de violencia de género cometido por los menores estaría absolutamente fuera del ámbito de aplicación el delito de violencia habitual del art. 173.2 CP), por el mero hecho de que en estos casos la víctima se encuentra sometida a una situación de permanente agresión y dominación, sin que pueda hablarse de un equilibrio entre las partes, sino más bien de una situación de dominio y control que impide la eficacia de la mediación. Del mismo modo, tampoco serían mediables los delitos de lesiones graves (art. 148 CP) y las amenazas igualmente graves (art. 169 CP),

---

*desigualdad de poder existente entre la víctima y el delincuente. De este modo, se considera que la víctima, especialmente en delitos graves, no puede situarse en una posición de igualdad en un diálogo con el autor, puesto que ésta sufre en la mayor parte de las ocasiones de un estrés postraumático (...). Con todo, definir aquello que se entiende por igualdad resulta tan complejo como esencial para que los procesos de justicia restaurativa no posean efectos contraproducentes (...) la diferencia entre la mediación en el ámbito penal y otros órdenes radica ya en una situación de desigualdad en la experiencia y en la posición ante el derecho de la víctima y del autor del delito. Además, pretender una exacta igualdad podría llegar a contradecir algunos de los extremos donde existe un cierto acuerdo doctrinal y empírico. Así, si la mediación y otras prácticas restaurativas poseen el efecto positivo para las víctimas de reducir el estrés post-traumático derivado del delito, particularmente en los casos en los que este es grave, ello implica necesariamente que se deba aceptar la posible presencia del mismo en el proceso restaurativo, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo”*

<sup>321</sup> BARONA VILAR, S. *Mediación penal. Fundamento, fines...cit.*,

<sup>322</sup> *Ibidem.*

<sup>323</sup> QUINTERO TURINETTO, A. *Hombres maltratadores. Tratamiento psicológico de agresores.* Acebo, Madrid, 2008.

donde la voluntad y el consentimiento de la víctima pudieran estar viciados por la gravedad de los hechos y su incidencia en su integridad física o psíquica<sup>324</sup>.

El art. 51.3 LORPM dispone que *“la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”*.

Como se deduce del precepto, esta modalidad de mediación exige la participación de la víctima y la conciliación habrá de entenderse producida en los mismos términos del art. 19.2 (reconocimiento del daño causado y aceptación de disculpas), siendo exigible también, para dejar sin efecto la medida impuesta, atender al tiempo de duración de la medida ya cumplido.

Si la víctima fuera también menor, deberá recabarse autorización del Juez de Menores y el representante de la menor habría de asumir el compromiso adquirido con la conciliación (art. 15 RD 1774/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM).

---

<sup>324</sup> Vid. GUTIÉRREZ ROMERO, F. “La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género”, en Diario La Ley, nº. 7711, 2011

**PARTE III: PROPUESTAS PARA UNA MODIFICACIÓN LEGAL EN EL  
HIPOTÉTICO CASO DE UNA MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE  
GÉNERO**



## **CAPÍTULO QUINTO: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

A lo largo del presente trabajo de investigación, he ido haciendo referencia a la obsesión de una política criminal expansiva que aspira a ser cada vez más eficaz. En este contexto se aceptó la inclusión de la incompatibilidad del uso de la mediación en supuestos de violencia de género, recogido en el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género. Sin embargo, en mi opinión, esta prohibición tan funcional para los intereses político-criminales para la protección de las víctimas de este tipo delictivo es absolutamente incompatible con el derecho que tienen las víctimas, tras la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, que les permite acceder a los servicios de justicia restaurativa (entre los que se encuentra la mediación) para la obtención de una reparación, tanto moral, como material. Después de más de una década desde que se aprobó la Ley 1/2004, sigue sin contemplarse los intereses de la mujer involucrada en un conflicto penal y continúa apegada a una lógica paternalista y a una concepción de la mujer que le impide llegar a un consenso o a un acuerdo de reparación. Esto pone de manifiesto la necesidad de una revisión normativa y a una reforma para albergar en su seno la posibilidad de la mediación en ciertos supuestos de violencia de género.

El daño causado por el delito necesita ser reparado y el Código Penal incluye fórmulas resarcitorias como la restitución o la indemnización, pero desconoce el derecho de participación de la víctima en la solución consensuada de su conflicto. Y, cuando se trata de delitos de género, cualquiera que sea su gravedad y las características de los implicados, los trata como meros objetos procesales controlando e inocuizando al agresor considerándolo como una fuente de peligro. El sistema penal debe permitir, al menos en una franja de estos delitos, que el agresor pueda asumir voluntariamente su responsabilidad (fin prevención especial), reconocer el daño que ha infringido a su

pareja (o expareja) y proceder a un comportamiento resarcitorio posterior que pueda ser valorado positivamente por la sociedad (fin prevención general).

La propuesta para la modificación del sistema actual incluye una respuesta diferente con un alto contenido reparador, en aras a responder, en primer lugar y, principalmente, a los intereses y necesidades de la víctimas que han sufrido la violencia machista y, en segundo lugar, a tratar de dar una respuesta al delito que, utilizada conjuntamente con la pena, ofrezca una solución menos estigmatizante y que cumpla con los fines de prevención general y especial, respetando siempre los principios que rigen el derecho penal.

En las siguientes líneas tengo la intención de analizar bajo qué premisas se podría desarrollar un procedimiento de mediación en violencia de género, qué particularidades tendría y las posibilidades de éxito. En ningún caso pretendo sustituir el modelo de justicia vigente en la actualidad, sino complementarlo para dar cabida a las necesidades de las víctimas y victimarios. Para ello, la implementación de la justicia restaurativa y, concretamente, la mediación penal en violencia de género requiere, en el hipotético caso de que se eliminase la prohibición, de un proceso gradual desde las infracciones penales más livianas a las más graves, dada la particularidad de estos delitos en relación con la posición de igualdad de las partes que requiere de una mayor sensibilización que en otro tipo de delitos.

En este contexto, parece adecuado comenzar aclarando que el procedimiento de mediación que aquí se contempla es un complemento a la vía judicial y, en ningún caso, una alternativa a la misma; lo que pretende esta forma de resolución de conflictos es obtener una mayor satisfacción de la sociedad en la resolución de los conflictos de naturaleza penal (atendiendo a las necesidades de las víctimas y en la posibilidad de reinserción de los infractores) y, para ello, debe ser extremadamente respetuoso con las garantías procesales, lo que conlleva que la mediación no sea alternativo al proceso penal ni a la judicialización del conflicto delictivo.

Una vez aclarada esta cuestión, intentaré responder a preguntas que no encuentran respuestas en la sucinta regulación de la Ley 4/2015: ¿Qué fase del procedimiento penal es la más adecuada para derivar un procedimiento de mediación en violencia de género?, ¿Qué características debe tener el mediador/a y que especificidades deben observarse para la implementación del proceso con seguridad para la víctima y el ejercicio del derecho de defensa del agresor?, ¿Qué efectos tiene el acuerdo al que lleguen las partes y cómo se articula el control del cumplimiento de lo acordado?

La mediación en violencia de género no tiene las mismas características que en otro tipo de delitos, que se traduce en una diferencia cualitativa motivada por un desequilibrio de poder entre la víctima-victimario y es el empoderamiento-restablecimiento de las posiciones lo que ha de inspirar la naturaleza y el procedimiento restaurativo.

MARTÍNEZ GARCÍA define la mediación en violencia de género como *“la vía alternativa desarrollada dentro del proceso penal y destinada a aplicar el Derecho penal a través de la intervención activa de la víctima y el infractor en las fases procedimentales que establezca el legislador”*<sup>325</sup>.

De cuanto antecede, me atrevería a inferir la siguiente definición que hago mía: La mediación en violencia de género sería *“un método complementario a un proceso penal en curso, informado por el principio de igualdad, al que la víctima y el infractor pueden acudir voluntariamente siempre y cuando éste haya reconocido los hechos denunciados por aquella, conducido por un mediador/a imparcial que procurará, mediante la participación activa de aquellos, restablecer los lazos de comunicación y diálogo en aras de acordar la mejor solución para reparar el daño producido a la víctima y a la sociedad”*.

---

<sup>325</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes*. cit., p. 243.

Con las propuestas que se presentan a continuación, pretendo que se abra un debate acerca de la utilización este modelo de justicia restaurativa ante conductas delictivas que, si bien constituyen un problema tan relevante y grave en nuestra sociedad como es la violencia de género, devuelve el papel protagonista a la mujer víctima del delito y potencia la consideración del infractor como un sujeto responsable capaz de asumir las consecuencias de sus hechos.

## **II. NO EXISTE UNA BARRERA INFRANQUEABLE, PERO NO TODOS LOS DELITOS DE GÉNERO SON MEDIABLES**

Para que la mediación sea factible, resulta necesario no sólo el reconocimiento de la responsabilidad y la voluntad reparadora, sino que el hecho punible sea adecuado para ser sometido a este procedimiento. BELTRÁN MONTOLIU enumera cuatro requisitos exigibles para que la mediación penal fuera posible en los casos de violencia de género<sup>326</sup>: a) que la relación sentimental de las partes sea factible de modo que, en función de las circunstancias que la rodean, se prevea una mejora de la misma; b) el agresor debe responsabilizarse de sus actos; c) tanto el agresor como la víctima de violencia deben acudir voluntariamente al procedimiento de mediación; y d) especial preparación de los mediadores, no se está mediando ante un delito común, sino ante actos que revisten especiales características y, por ello, se propone que las partes acudan siempre con un abogado/a.

Desde un punto de vista teórico y general, debiera convenirse su procedencia en todo tipo de infracciones penales, pues resulta complicado determinar a priori qué

---

<sup>326</sup>BELTRÁN MONTOLIU, A. *Justicia restaurativa y mediación penal en los países anglosajones*. Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2014, pp. 23-52.

delitos pueden derivarse a mediación teniendo en cuenta que las combinaciones posibles son muy variadas para poder realizar una selección exhaustiva de delitos mediables<sup>327</sup>.

Pero desde el punto de vista de la violencia de género se debe caminar con pies de plomo, empezar por delitos de muy escasa gravedad e ir renovando la tipología de los casos de forma muy paulatina y, en principio, de debe establecer una lista cerrada de infracciones penales susceptibles de ser derivadas a un proceso restaurativo. El objetivo es atender tanto al tipo de infracción penal como a las circunstancias que rodean a las partes implicadas y, a partir de ahí, valorar la posibilidad de que el asunto sea susceptible de ser derivado a mediación. No debemos olvidar que la víctima de violencia de género reacciona ante las agresiones de diferente forma, sobre todo teniendo en cuenta la relación y situación de dominio/desigualdad a la que ha estado sometida, donde los daños psicológicos pueden ser determinantes.

El tipo de delito cometido es importante y, por ello, debe limitarse a ciertos delitos de género tipificados en el Código Penal donde se podría inferir, a priori, que los daños psicológicos generados a la víctima pueden previsiblemente ser resarcidos y para los que la mediación no sea una alternativa a las penas previstas, sino un complemento para dar una mejor respuesta del *ius puniendi* y evitar una mayor escalada del conflicto en la pareja. El proceso de mediación es fundamental para recuperar el diálogo, la confianza, la igualdad y la responsabilización y, por lo tanto, se habría que poner veto a ciertas infracciones penales que, a continuación, voy a especificar.

La mediación no va a ser posible ante supuestos de violencia habitual o grave. En el primer caso, porque existe una clarísima desigualdad entre las partes motivada por un prolongado historial de maltrato y dominación del hombre sobre su pareja o expareja, muy relacionado con algunas de las teorías explicativas del maltrato a las que hice mención en la segunda parte de este trabajo conocida como “indefensión aprendida”. Un encuentro restaurativo en estos casos podría ser excesivamente

---

<sup>327</sup> En este sentido, el art. 10 de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) establece: “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”.

peligroso para la víctima, ya que no sería siquiera de comprender el hecho delictivo y condenarlo como tal, debido principalmente a que se encontraría atrapada ante una dependencia psicológica y emocional respecto a su agresor. La relación de pareja viene determinada por una absoluta ausencia de igualdad y de sometimiento que impide a la mujer comprender el estado en el que se encuentra y salir del ciclo de violencia, son incapaces de comprender que las fases de absoluta tensión y arrepentimiento son formas de reforzamiento de la relación de poder y están desprovistas de cualquier habilidad que les permita escapar de ese ciclo de violencia. Es incompatible pensar en una mediación en la que una de las partes es incapaz de reaccionar ante situaciones de maltrato y que no tiene control alguno sobre lo que le está causando daños físicos y/o psicológicos, una situación que le lleva a inhibirse y mostrar una absoluta pasividad para modificar y poner fin al estado de su situación.

En el segundo caso, la violencia grave se diferencia de la habitual por una delgada línea que, en muchos casos, es imposible de separar; las consecuencias en las víctimas vienen a ser igual de desastrosas y perjudiciales. El ejercicio de conductas violentas graves está relacionado con anteriores episodios de violencia física y psicológica contra la pareja, así como con la progresión del clima de tensión, amenazas y la práctica de agresiones sexuales<sup>328</sup>. Los maltratadores suelen ser celosos, recurrentes al consumo de alcohol o drogas y se muestran indiferentes ante una posible condena penal. Las víctimas de violencia grave tienden a ser más vulnerables, dependientes y más propensas a retirar las denuncias de malos tratos<sup>329</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto, y excluidas las infracciones de mayor gravedad cabe preguntarse: ¿Qué infracciones penales son susceptibles de mediación en violencia de género? Desde mi punto de vista, entiendo que los delitos que más se adecuan a el procedimiento de mediación serían los siguientes: delito de vejaciones injustas de carácter leve (art.173.4 CP), maltrato ocasional (art. 153.1 CP), delito de

---

<sup>328</sup> Vid. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., FERNÁNDEZ MONTALVO, J., DE CORRAL GARGALLO, P. *¿Hay diferencias entre la violencia grave y la violencia menos grave contra la pareja? Un análisis comparativo.* [International Journal of Clinical and Health Psychology](#), No. 2, 2008, p. 369.

<sup>329</sup> Ibidem.

amenazas leves (171.4 CP) o el delito de coacciones leves (172.2 CP) o incluso los delitos de impago de pensiones tipificados en el art. 227 CP, si es competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer. Exceptuando el primero, que es un delito leve, los demás son delitos menos graves castigados con una pena privativa de libertad que no supera el año y que contemplan la posibilidad de imponer la pena inferior en grado “*en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho*”. Considero que esta atenuación de la pena que contempla el legislador es de suma importancia para el tema que estamos tratando, y es que el Juez o Tribunal que enjuicie estos delitos debería valorar el comportamiento posdelictivo del sujeto de la acción ilícita, especialmente cuando se haya reparado el daño afectado. De *lege refrenda*, se podría valorar un acuerdo reparatorio entre las partes como circunstancia concurrente posterior al hecho delictivo y que el infractor condenado por la realización de cualquiera de estos delitos pueda acogerse a esa rebaja de la pena. Respecto a ello, profundizaré a continuación al tratar la reparación de la víctima y el infractor.

Es necesario que la futura ley que regule el procedimiento de mediación en violencia de género establezca el ámbito objetivo en el que va a ser admisible en el sentido de acotarla a estas infracciones previstas en el Código penal, aunque, a priori, puedan resultar injustas para casos que sean de mayor gravedad. Los delitos de género a los que me he referido pueden cumplir la premisa de que las partes se encuentren en un plano igualitario y participen en igualdad de condiciones. Si las experiencias empíricas lo permiten, podría plantearse una aplicación progresiva del procedimiento a otro tipo de delitos.

### PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGAL DE DERECHO SUSTANTIVO EN EL CÓDIGO PENAL

Una vía muy empleada para la incorporación de la mediación al proceso penal viene de la mano de la atenuación penológica.<sup>330</sup> Junto a las atenuantes genéricas, el

---

<sup>330</sup> ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. cit., p. 277.

ordenamiento jurídico incorpora las atenuantes específicas, es decir, aquellas previstas por la Ley para un tipo concreto junto al que se determinan y producen el efecto particular que el propio precepto penal recoge. Concretamente, en la parte especial del Código Penal español se contemplan atenuantes específicas como el reconocimiento de la falsedad o falta de certeza de las imputaciones con retractación (art. 214 CP), la reparación voluntaria del daño causado en los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico y medio ambiente (art. 340 CP) o el abandono y la colaboración con las autoridades o sus agentes en los delitos contra la salud pública (art. 376 CP), entre otros.

De todas estas atenuantes específicas, merece especial atención la reparación a la que hace mención el art. 340 CP:

*“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.*

La reparación voluntaria del daño causado tiene influencia en la determinación de la pena con una clara función: atenuante de la pena. Como puede apreciarse, el legislador pretende fomentar en el infractor un comportamiento responsable que de alguna manera mitigue o disminuya las consecuencias del delito cometido. Junto al fin retributivo, se pretende en cierto modo “premiar” la responsabilización del sujeto activo del delito en aras de, no sólo reprimir, sino también de reparar. El sistema penal debe ofrecer al infractor la posibilidad de reparar voluntariamente el daño infringido a la víctima, consiguiendo con ello ciertos beneficios atinentes a la graduación de la pena. El Derecho penal debe también prestar mayor atención a los intereses del sujeto pasivo del delito, lo que podría hacerse de modo satisfactorio desde una óptica penal reparatoria junto a la represiva.

La introducción de la reparación, como un elemento para tener en cuenta en la disminución de las penas, es cada vez más común en el Derecho comparado y opera como un atenuante para la determinación de aquellas. De hecho, el Código Penal



alemán ha introducido la mediación como forma de conciliación entre la víctima y el victimario que permite al juez atenuar o prescindir de la pena en el caso de reparación total o parcial del daño infringido, si el autor se ha esforzado seriamente para ello<sup>331</sup>. El problema que se plantea, en el caso de una hipotética incorporación de la mediación en los delitos de violencia de género, es de qué forma debe tomar en consideración los actos de reparación del infractor a la víctima.

La reparación como una nueva herramienta penal es, bajo mi punto de vista, una magnífica opción para modificar la política criminal e incluir a la víctima en la resolución del conflicto penal. Incorporar la reparación a las víctimas de violencia de género como forma de atenuación específica de la pena exige un cambio profundo de mentalidad en la sociedad que, cada vez con más frecuencia, clama una constante demanda punitiva y mantener la prohibición de la mediación en este tipo de delitos.

Se promueve la necesidad de incorporar una atenuante específica en los artículos 153.4 (maltrato ocasional), 171.4 (amenazas leves) y 172.2 (coacciones leves), en los siguientes términos:

***“Si el culpable del delito de género tipificado en este artículo hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado a la víctima en virtud de un acuerdo de mediación, el Juez o Tribunal le impondrá la pena inferior en grado a la respectivamente prevista”.***

Formulada la propuesta de modificación, pasemos a analizar que naturaleza tiene la reparación del daño en materia de violencia de género. Para empezar, deja a un lado la tendencia abolicionista que busca reducir la intervención penal, de manera que todos los conflictos que puedan ser reparados al margen del sistema penal, no ingresen en él. El resultado podría ser altamente pernicioso, pues se suscitarían presiones entre el maltratador y la víctima. No es en absoluto la finalidad perseguida con la mediación, por lo que no se plantea esta posibilidad.

---

<sup>331</sup> GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. cit., pp. 248 y ss.

Tampoco la reparación del daño causado a la víctima es una forma de saldar la responsabilidad civil *ex delicto*. Ésta tiene una función exclusivamente indemnizatoria, trata de pagar únicamente los daños y perjuicios derivados de la acción delictiva; pero nada más. Debemos recordar que la víctima de violencia de género tiene necesidades que trascienden la reparación puramente económica, sufren un impacto psicológico que se suma al simple daño material o físico del delito. El pago de una cantidad económica no es suficiente para compensar el daño infringido a la víctima, necesita de otro tipo de reparación y es lo que lo diferencia de la simple responsabilidad civil.

¿Podría plantearse la reparación al delito de género como una tercera vía, junto a la pena y la medida de seguridad? Actualmente, el legislador sólo contempla que el castigo al delito sea una u otra, y ninguna otra consecuencia. Y si se considerase la reparación como una tercera vía, ¿Se desvirtuarían con ello los efectos preventivos, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial? ROXIN defiende que se trata de una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines de la pena, la cual podría ser, sino sustituida, sí atenuada<sup>332</sup>. A partir de esta idea, la reparación es una consecuencia jurídica más que atiende dos aspectos fundamentales, la responsabilización del infractor y la preocupación por la víctima. De esta forma, así como la medida de seguridad sustituye o complementa a la pena, cuando acorde con el principio de culpabilidad ésta no se puede justificar, la reparación la atenuaría en los casos en los que convenga a los fines preventivos del castigo y a las necesidades de la víctima<sup>333</sup>.

La legitimación político-jurídica de la reparación del daño como “tercera vía” la proporcionaría el principio de subsidiariedad<sup>334</sup>. La implantación de la reparación en

---

<sup>332</sup> Vid. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, T: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 2006, pp. 108-110. El autor entiende que la reparación no es una sanción penal, pero que “se encuentra al servicio de la prevención especial y general, al igual que sucede con las penas y las medidas especialmente orientadas hacia la prevención especial. Se le ha de colocar, como sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito, junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar, pero también, en su caso sustituir”.

<sup>333</sup> GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. cit., p. 177.

<sup>334</sup> ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, T: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. cit., pp. 109-110. “La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una “tercera vía” de

nuestro Derecho penal en materia de violencia de género no sería mediante una cláusula a modo de atenuante general ubicada en la Parte General, sino mediante una atenuante específica para este tipo específico de delitos castigados con una pena privativa de libertad que no supera el año.

Sin duda, en los delitos de género, la consagración de una atenuante específica de reparación a la víctima resultaría muy recomendable, puesto que la desvictimización y la recuperación de la mujer sería una medida mucho más eficiente que el cumplimiento integral de la pena prevista. Es muy difícil reparar, a diferencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, el bien jurídico lesionado en las víctimas del maltrato machista, de ahí que todos los actos a su reparación sólo puedan tener efectos atenuantes y, en ninguno de los casos, excluyente de la pena.

La previsión de esta circunstancia atenuante específica consagraría el espíritu de la justicia restaurativa y un cambio de paradigma que colocaría el foco de atención en la consideración del castigo, no como una forma de expiación, sino en la reparación de las consecuencias jurídicas sufridas por el delito. GORDILLO SANTANA sostiene que “*un acuerdo que repara simbólicamente o materialmente a la víctima permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada*”<sup>335</sup>.

El ingreso de la reparación como atenuante específica en el catálogo de delitos quedaría justificada por las ventajas político-criminales que trae aparejadas para todos los implicados en el delito; víctima, infractor, sociedad y Administración de Justicia<sup>336</sup>.

---

*nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad (cfr. § 2, nm. 28 ss.). Así como la medida sustituye o completa la pena como "segunda vía" donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo-especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual”.*

<sup>335</sup> GORDILLO SANTANA, L.F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. cit., p. 73.

<sup>336</sup> GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. cit., pp. 177-178.

Lo fundamental de la atenuante específica es que la reparación del daño se haga de forma efectiva ya que el especial efecto otorgado quedaría justificado por la exigencia de la reparación del daño, no por la simple disminución de este. La mera intención de repararlo o un esfuerzo, aunque sea serio, pero infructuoso, no serían suficientes para la aplicación de la atenuación. Ahora bien, si la reparación no se hubiera llevado a cabo por falta de acuerdo no debería, sin más, archiversse y continuarse con el proceso judicial hasta sus últimas consecuencias. Desde un punto de vista normativo, conforme a las exigencias del Estatuto de la Víctima (art. 15.1a), el infractor ha reconocido su responsabilidad en los hechos esenciales y ha realizado un comportamiento voluntario positivo posterior para reparar a la víctima. Por este motivo, se debe tener en cuenta ese especial esfuerzo realizado por el infractor, que ha aceptado voluntariamente su responsabilidad y ha hecho todo lo posible en reparar el mal causado a la víctima. Este sujeto habría reconocido su comportamiento contrario a la norma penal y el daño causado, podría considerarse a los efectos de la reparación como “sujeto responsable” y, por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad, pese a un esfuerzo serio, ¿debería continuarse el proceso sin más, sin valorar esa iniciativa tendente a reconocer el daño causado y reparar a la víctima? Entiendo que debe valorarse positivamente, incluso por encima de una mediación fallida por la decisión negativa adoptada por la víctima. La reparación debe realizarse, preferentemente, a favor de la víctima; sin embargo, ante esta casuística, cabría admitir una reparación a favor de la sociedad o reparación simbólica, tales como trabajos en beneficio de la comunidad, actos de contenido inmaterial como prestación de servicios u otras actividades que redunden en beneficio del infractor o del interés general. La realización de estas actividades aparecería como alternativa en aquellos casos en los que la reparación no ha sido posible por causas ajenas a la voluntad del infractor. El cumplimiento de esa reparación simbólica no conllevaría una rebaja de la pena tan sustancial como la efectiva reparación a la víctima, si bien podría aplicarse la atenuante genérica del art. 21.5 CP (*“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la*

*celebración del acto del juicio oral*”) y la aplicación de la pena prevista en su mitad inferior (art. 66.1 CP).

### **III. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN**

La mediación penal puede suceder en cualquier fase del procedimiento. La Ley 4/2015 se limita a fijar directrices sobre los requisitos de acceso, pero calla respecto al momento procesal al que podrían derivarse las mediaciones. En la práctica, los operadores jurídicos acuden a la Guía sobre mediación intrajudicial publicada por el Consejo General del Poder Judicial<sup>337</sup>.

Si lo que se pretende es que con la mediación se obtenga una solución rápida del conflicto esta debe transcurrir, siempre que sea posible, al inicio de la fase instructora, que es donde el principio de oportunidad puede desplegar todas sus aptitudes.<sup>338</sup> Si se concibe como forma anticipada del proceso, puede ser que la causa se sobresea y archive de forma definitiva por ausencia del interés en el ejercicio de la acción penal, por reparación de la víctima, por ejemplo.

Pongamos de ejemplo unas vejaciones leves, no habituales en los que la mujer denuncia ante la policía, pero su intención no es, por el momento, poner fin a su relación sino más bien que no se repita los insultos.

En este supuesto, es la Fiscalía la que debería dictar la resolución de derivación a mediación y no el Juez/a de Violencia contra la Mujer<sup>339</sup>. La razón es obvia: si la pareja de la mujer que ha sido objeto de las vejaciones tiene que reconocer los hechos esenciales para poder participar en el proceso de mediación y éste no llegara a buen puerto, no sería prudente que el Juez/a que derivó el procedimiento sea el que conociera

---

<sup>337</sup> La guía contiene previsiones para derivar la mediación en todas las fases del proceso penal, esto es, dentro de la fase instructora, de la intermedia, del juicio oral o en el proceso de ejecución.

<sup>338</sup> ETXEBERRÍA GURIDÍ, J.F. *La mediación penal en el ordenamiento español...*cit., p. 78.

<sup>339</sup> La FGE, Memoria elevada al Gobierno de S.M., presentada en el año judicial 2012, contempla que la derivación a mediación puede hacerse no sólo por el Juez de instrucción o de lo penal, sino también por el MF que haya tomado conocimiento del hecho por medio de atestado o denuncia.

el juicio oral por delito leve, pues podría producirse un prejuicio sobre la culpabilidad del acusado. Incluso la policía podría jugar un papel importante en el procedimiento de mediación, si la mujer denunciara los hechos en las dependencias policiales y se confeccionara el correspondiente atestado; si tras prestar declaración la víctima y el denunciado se comprobare que concurren los presupuestos de la mediación (reconocimiento de los hechos y voluntad reparadora) y un informe de valoración del riesgo inexistente<sup>340</sup>, podrían informar las partes sobre un procedimiento de mediación dentro del proceso penal una vez que se abran las correspondientes diligencias judiciales.

La mediación no le corresponde al MF, sino a el mediador/a, sin perjuicio de que éste pueda ser asesorado por aquél en todo lo relativo a cuestiones jurídicas. Finalizado con éxito el procedimiento de mediación, sí es al Fiscal al que le corresponde comprobar el contenido del acuerdo reparador y, si lo estima conveniente, solicitar el sobreseimiento de la causa<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> En este contexto, bajo el amparo del artículo 32 de la Ley 1/2004, en el año 2007, se desarrolla y pone en funcionamiento desde la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) del Ministerio del Interior, el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de violencia de Género (Sistema VioGén). Gestionado por el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior (GESI) — actualmente el Gabinete de Coordinación y Estudios (GCE) —, tiene por objetivo integrar las acciones de seguimiento y coordinación de las actividades desarrolladas por las administraciones en materia de violencia de género. Consiste en una aplicación web a la que acceden usuarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional y Guardia Civil obligatoriamente, y las Policías Autonómicas y Locales que voluntariamente se adhieran), Instituciones Penitenciarias, Juzgados, Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Oficinas de Asistencia a las Víctimas, Fiscalías, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y, finalmente, Servicios Sociales y Organismos de Igualdad de las diferentes Comunidades Autónomas.

Más información en la siguiente web:  
<http://www.interior.gob.es/documents/642012/8791743/Libro+Violencia+de+G%C3%A9nero/19523de8-df2b-45f8-80c0-59e3614a9bef>

<sup>341</sup>La reforma de la LECrim por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha instaurado en el ordenamiento jurídico español el principio de oportunidad en los delitos leves permitiendo el sobreseimiento de la causa al establecer el art. 963.1 1º que “Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado”.

Los efectos del sobreseimiento estarán en función del cumplimiento del acuerdo reparador; en el caso de que sea preciso un plazo para la reparación, el MF podrá solicitar el sobreseimiento provisional y, una vez reparada la víctima, podrá solicitar el definitivo<sup>342</sup>.

En el resto de los delitos de género menos graves, se requiere una investigación lo más completa posible de los hechos que han sido denunciados para averiguar si éstos son primarios o muy puntuales, pues se puede correr el riesgo que lo manifestado por la víctima sólo sea lo más superficial del maltrato, es decir, la punta del iceberg<sup>343</sup>. Sólo así se podrá tener una cierta seguridad de que el maltratador no va a manipular las negociaciones, que son hechos que revisten carácter leve y que la víctima no se sienta presionada por él, sino que su participación es absolutamente voluntaria.

En los procedimientos penales, la fase de instrucción o investigación está dirigida a averiguar la perpetración de delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su clasificación, culpabilidad de los infractores y, por supuesto, la protección de las víctimas. Merece especial consideración la investigación de antecedentes del agresor en aras de no permitir el acceso a los servicios de justicia restaurativa en el caso de que éste sea reincidente. No creo que los denominados “juicios rápidos” sean oportunos para la averiguación de este tipo de delitos, entre otras cosas porque para cerciorarse de que las partes están preparadas para participar en un procedimiento de mediación, resultará necesario hacer una previa valoración. Es necesaria una preparación de la víctima para saber si está preparada para encontrarse y escuchar al

---

<sup>342</sup> Vid. ETXEBERRÍA GURIDÍ, J.F. *La mediación penal en el ordenamiento.*, cit., pp. 99-100.

<sup>343</sup> De especial interés sobre la trascendencia en la investigación de los delitos de violencia de género, es reciente la nota informativa nº 85/2020, del Tribunal Constitucional, que exige en la fase de instrucción “un canon reforzado, para realizar una investigación suficiente y eficaz”. La Sala Segunda del Tribunal subraya que “este canon reforzado se entenderá debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada, permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial”. Acorde con la nota informativa, las diligencias de investigación en violencia de género deben satisfacer dos necesidades concretas: “la primera, emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito y la segunda, evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el resultado de la investigación”.

infractor, una necesidad que es común en todos los delitos, pero de mayor trascendencia en los delitos de género.

### **1. La mediación en la fase de enjuiciamiento**

En este caso debería procurarse que las partes y el Ministerio Fiscal llegasen a un acuerdo reparador con anterioridad a la fecha señalada para, en su caso, la aplicación de la atenuación específica de reparación voluntaria a la que hice referencia en la propuesta de modificación de derecho sustantivo.

El momento oportuno para la reparación debería ser antes de la celebración del juicio oral; de este modo, la víctima verá resarcidas sus pretensiones y no tendrá que esperar a la ejecución de la sentencia, contribuyéndose de este modo a un menor número de perjuicios y a una disminución de la victimización secundaria. El plazo máximo, pues, vendría determinado en el procedimiento abreviado hasta el mismo momento del inicio de la sesión del juicio para poder presentar la prueba que lo acredite<sup>344</sup>.

De este modo, alcanzado el acuerdo, se deberá incorporar al proceso mediante la institución de la conformidad atribuyéndole los efectos de esta<sup>345</sup>. No debe confundirse mediación con conformidad. Aquella es una de las herramientas de la justicia restaurativa en el que la víctima y el infractor, con la participación del mediador, acuerdan la reparación del daño causado, mientras que la conformidad es el mecanismo por el que se incorpora ese acuerdo al proceso penal.

BARONA VILAR defiende que la incorporación del acta de mediación precise de una sesión oral con la asistencia del acusado, víctima, Fiscal y abogados de las partes

---

<sup>344</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 73.

<sup>345</sup> *Protocolo...*, cit., p. 105: “El/la Juez o el Tribunal, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Ministerio Fiscal como el/la abogado/a defensor/a otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda, incluyendo, siempre que resulte posible, el pronunciamiento referido a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión con los deberes, prohibiciones, prestaciones o medidas que, en su caso, procedan”.



para la ratificación del acuerdo conseguido y que, de este modo, se dicte una sentencia de conformidad de viva voz con las ventajas de rebaja de la pena<sup>346</sup>.

El control del acuerdo por el Juez o Tribunal sentenciador debe efectuarse en el momento de la conformidad.

## **2. La mediación en la fase de ejecución**

La fase de ejecución de la pena implica que el órgano jurisdiccional ya ha dictado una sentencia condenatoria y es cuando el Estado, declarada la existencia del delito, despliega su clásica función de actuación del “*derecho de penar*” e irroga al acusado la correspondiente pena prevista en el Código Penal. Ahora bien, concebir ese castigo acorde a la gravedad del delito cometido, no significa que se tenga que imponer y ejecutar en todo caso. Es posible renunciar a su ejecución, si esta no es indispensable desde el punto de vista de la función preventiva general y no está indicada para el condenado desde los fines de la prevención especial.

Una opción para evitar la pena privativa de libertad es, precisamente, la suspensión de su ejecución que permite, una vez dictada la sentencia condenatoria, que el Juez pueda acordar que ésta no se cumpla si se dan una serie de requisitos y circunstancias. Si éste decide que la ejecución no es necesaria para evitar la comisión de futuros delitos, lo podrá valorar siempre y cuando existan una serie de parámetros (art. 80.1 CP):

- Circunstancias del delito cometido: tratándose de delitos de género, podría valorar la gravedad del maltrato, carácter continuado, existencia de hijos en común, etc.
- Antecedentes: debería añadirse a los judiciales aquellos que todavía están pendiente de enjuiciamiento y a los antecedentes penales en violencia machista.

---

<sup>346</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*. cit., p. 254.

- Conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado.
- Circunstancias familiares y sociales.
- Efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Además de las modalidades de suspensión previstas en este artículo, la Ley prevé condiciones a las que la supedita, reguladas en los arts. 83, 84 y 85 CP. Con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se permite condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación. Con ello se da cumplimiento a las recomendaciones de impulsar la mediación en las causas penales y tomar en consideración todo pacto que se haya alcanzado con ocasión de ella. El hecho de dar carta de naturaleza al acuerdo alcanzado a través de la mediación debe ponerse, además, en relación con el art. 15 del Estatuto de la Víctima, regulador de la justicia restaurativa.

Permitir la mediación en delitos de violencia de género en esta fase del proceso penal representaría una forma de combinar la justicia restaurativa y el proceso penal y, la mediación no se va a articular como una alternativa de éste, sino como una herramienta que coadyuve a evitar la reincidencia en los delincuentes primarios y en potenciar el papel de la víctima en esta fase, en gran medida, por la particular naturaleza que tiene estos ilícitos penales.

De este modo, la mediación en la ejecución de la condena podría ser una forma de canalizar el castigo teniendo en cuenta las necesidades de la víctima y, respecto al condenado, una alternativa en el que podrá optar por cumplir el acuerdo alcanzado mediante esta institución o cumplir la sentencia dictada por el Juez. Podría pensarse que, condicionar la suspensión de la ejecución a la mediación, podría ser una forma de presionar al penado para participar en este procedimiento y conseguir de este modo mantener la pena en suspenso. El art. 84 CP alude al “cumplimiento” y no al “sometimiento” a la mediación por lo que *“aun cuando no*

*se señale, no cabe duda de que el cumplimiento del acuerdo únicamente podría servir de condicionante cuando aquélla se celebrara con anticipación suficiente — en relación la decisión del órgano jurisdiccional—, a los efectos de salvaguardar el principio de voluntariedad de la mediación que, como sabemos, constituye un conditio sine qua non del procedimiento mediador”<sup>347</sup>. En el caso de que el penado incumpla lo acordado en la mediación, se produciría la revocación de la suspensión con el correspondiente ingreso en prisión y, en los casos de que al condenado se le hubiera impuesto trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal, podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP); con ello se reviste de especial relevancia a lo acordado en el procedimiento de mediación y las obligaciones que conlleva, lo que, por una parte, estimula al penado a cumplirlo y, de otra, la víctima podrá cumplir sus expectativas de reparación.*

Además de la suspensión ordinaria del art. 80 CP, cuando el condenado no haya iniciado el cumplimiento de la pena, la mediación podría servir para la suspensión durante la tramitación de un indulto u obtener algún beneficio penológico en condenas distintas a la pena de prisión, como la condena de localización permanente o la pena de alejamiento.

Una vez iniciado el cumplimiento de la pena, la reparación del daño mediante la mediación podría servir para la clasificación o progresión de los diferentes regímenes penitenciarios, concesión de permisos o ser un indicio favorable para la concesión de la libertad provisional.

---

<sup>347</sup> ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. cit., 313.

#### **IV. CRITERIOS ORIENTATIVOS PARA LA DERIVACIÓN DE UN DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO A MEDIACIÓN**

Si bien la función de valorar la idoneidad de si el caso corresponde al equipo que va a llevar a cabo la mediación, su selección inicial sería labor del órgano judicial siendo, pues, el punto de unión de la justicia restaurativa con la ordinaria<sup>348</sup>.

La instancia a los procedimientos de justicia restaurativa, en este caso de mediación, podría canalizarse a través de diferentes vías, a saber:

- Instancia judicial: la selección del caso la podría realizar el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia, individualmente o de forma consensuada.
- Ministerio Fiscal: en cualquier momento del procedimiento, individualmente o de forma consensuada con el Juez o Letrado de la Administración de Justicia.
- Partes: por sí mismas o a través de sus correspondientes letrados.
- Otros: Oficinas de Atención a la Víctima del Delito, Servicios Sociales, etc.

Delimitados los delitos de género que son apropiados para la mediación a los que hice referencia en las páginas anteriores, se deberían tener en cuenta otros indicadores para garantizar, en la medida de lo posible, la adecuación del caso a la mediación. Las características especiales que revisten este tipo de delitos requieren que se preste especial atención a las condiciones subjetivas de las partes que intervienen en el proceso, en aras de evitar que se deriven casos en los que exista una clara asimetría entre el agresor y la víctima.

La relación previa del maltratador - víctima es de gran trascendencia y convendría centrarse en el tipo de relación que tenían ambos en el momento en el que se denunciaron los hechos. RODRÍGUEZ MANZANERA ha sido uno de los grandes estudiosos de las relaciones entre la pareja penal (víctima-victimario) y desarrolló una escala de variables que inciden en esa relación, pudiendo incluso

---

<sup>348</sup> De conformidad con lo dispuesto en el *Protocolo de derivación a mediación* del CGPJ, “La selección de los casos que se van a derivar a mediación la realizará el órgano judicial, quien a través de la oportuna resolución invitará a las partes y sus abogados a que acudan a una sesión informativa; dependiendo del momento procesal en que se acuerde resultará competente el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia”.

delimitar la gravedad de la futura agresión. Una de esas variables es la actitud, que la define como *“la disposición mental específica de un sujeto hacia una experiencia concreta (en nuestro caso la contraparte en la relación victimal), que puede ser positiva, negativa o neutra”*<sup>349</sup>. De las múltiples actitudes que existen, simplifica tres variantes: atracción, rechazo o indiferencia.

Las posibilidades que pueden plantearse en el ámbito de la violencia de género, con el objetivo de delimitar la intensidad de la agresión y la relación de poder/subordinación resultante sería la siguiente<sup>350</sup>:

- a) Víctima y agresor se atraen. Típico de los periodos anteriores al maltrato y en lo que se señala como “luna de miel”. Cabe identificarlo con los periodos de reconciliación y las primeras agresiones.
- b) El agresor se siente atraído por la víctima, pero ésta es indiferente. El maltrato está interiorizado en ésta y el agresor la agrede con intensidad leve, manteniendo una actitud de arrepentimiento por los hechos. Las posibilidades de que cesen las agresiones son mínimas, el maltratador está a gusto y la víctima mantiene una actitud indiferente sin signos de evitar el maltrato.
- c) El agresor se siente atraído por la víctima, pero ésta lo rechaza. Este supuesto es típico de las primeras agresiones ante las que la mujer no se encuentra dispuesta a tolerarlas y reacciona frente a ellas, bien enfrentándose a él o bien planteándose la denuncia.
- d) La víctima se siente atraída por el agresor y a éste le es indiferente. La víctima se siente a gusto con el agresor y perdona todos sus actos violentos por la imagen idealizada que tiene de éste y la falsa esperanza de que el maltrato es algo aislado que no volverá a pasar.

---

<sup>349</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La elección de la víctima*. [Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología](#), No. 22, 2008, p. 158.

<sup>350</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., AGUILAR CÁRCELES, M. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 235 y ss.

- e) Ambos son indiferentes. El maltrato es algo rutinario o habitual a lo que la víctima, completamente anulada, se ha resignado. El peligro es que, en breve, el agresor evolucionará hacia el rechazo mientras que la mujer continuará aislada en la indiferencia.
- f) La víctima rechaza al victimario, adoptando éste una actitud indiferente. La víctima se puede sentir más dispuesta a poner fin a la relación entre ambas partes y aumenta, de forma considerable, la posibilidad de denunciar las agresiones.
- g) El agresor rechaza a la víctima, pero ésta se siente atraída por aquél. Una situación extremadamente peligrosa, ya que mientras la mujer continúa anclada en la fase de atracción, el maltratador evoluciona hacia el rechazo, lo cual puede llevar a una etapa muy amplia de maltrato con episodios de violencia muy grave debido a que el maltratador deja de percibir a la mujer como persona, la representa como un objeto sobre el que descargar su ira sin importarle el resultado. La mujer, sin embargo, está dispuesta a perdonarlo, lo que lo hace ganar confianza para futuras agresiones.
- h) El agresor rechaza a la víctima, mientras ésta es indiferente. También es grave, pues la mujer concibe el maltrato como algo con lo que tiene que convivir, sin ver más allá de ello.
- i) Agresor y víctima se rechazan. Las agresiones son continuas y empieza vislumbrarse un objetivo rechazo de la víctima a aquél, quien no sólo se va a plantear la posibilidad de denunciar los hechos, sino que incluso va a ser capaz de hacerle frente, algo que puede aumentar la violencia ya que el maltratador empezará a percibir que está perdiendo el control sobre ella y, como quiera que el único mecanismo que conoce es la violencia, no dudará en llevarla hasta sus últimas consecuencias para recuperar su posición. Los resultados finales pueden ser fatales.

Como puede apreciarse, no todas las relaciones de maltrato son iguales ni afectan de igual forma a las víctimas. Las respuestas y consecuencias de un acto de violencia de género son muy diversas entre las mujeres victimizadas,

pudiéndose diferenciar casos donde el impacto de la violencia pasa prácticamente inadvertido de aquellos donde la cronicidad sumada a las variables afectividad, rechazo e indiferencia condicionan la forma de vivir de la víctima.

## 1. Presupuestos de las partes para la derivación

Las partes en un procedimiento de mediación en violencia de género son las mismas que en el proceso penal, esto es, la víctima y el infractor. Para poder participar en él, es exigible que ambas cumplan ciertos requisitos previos para que el caso pueda ser derivado.

- a) Requisitos exigibles al infractor. De conformidad con el primer apartado del art. 15.1 del Estatuto de la Víctima, éste ha de haber reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad. Bajo mi punto de vista, ese reconocimiento tendría mucho valor si se hubiere producido antes del ofrecimiento a participar en el proceso restaurativo. Cuando se comete un delito de violencia de género y se produce la detención del agresor puede ocurrir, y de hecho ocurre que éste, de forma voluntaria y espontánea, realice determinadas manifestaciones a los agentes de la autoridad que actuaron en primer lugar con él sobre su culpabilidad y de arrepentimiento por haber actuado así con su pareja. El Instructor del atestado policial debe reflejar estas manifestaciones en el mismo, conforme a lo que establece el art. 2 LECrim<sup>351</sup>. Estas declaraciones deberían ser tenidas en cuenta, junto al delito cometido, por el órgano judicial cuando evalúe las posibilidades de derivarlo a mediación.
- El agresor debe estar en pleno uso de sus facultades mentales, debiéndose descartar trastornos de la personalidad, bipolaridad, celos patológicos o compulsivos o cualquier otro trastorno psicológico grave.

---

<sup>351</sup> Art. 2 LECrim: “*Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de **consignar y apreciar las circunstancias** así adversas como **favorables** al presunto reo.*”

En cuando a la reincidencia, tampoco debería admitirse en ningún caso la mediación cuando el infractor tuviera antecedentes por delitos de la misma naturaleza (violencia de género) o un historial de conductas violentas graves con otras personas (familia, amigos, compañeros de trabajo, etc.) o bien consigo mismas (intentos de suicidio).

El comportamiento posterior a la denuncia también es importante, sobre todo si el infractor ha asumido que su pareja lo haya denunciado, lo asuma, se muestre respetuoso o haya cumplido, en el caso de separación o divorcio, con lo que las partes hayan pactado en el convenio.

En aras de garantizar el derecho a la presunción de inocencia, no cabría derivar a mediación cuando el infractor niegue los hechos, es decir, declare ante el Juez Instructor que no se considera culpable porque no ha participado en los hechos denunciados. Diferente es quien, admitiendo los hechos esenciales, se opone a su significación jurídica. Un ejemplo de ello, podría ser el caso en el que el procedimiento penal se ha iniciado por un delito de maltrato ocasional en el que se han causado lesiones de menor gravedad previstas en el art. 147.2 CP; si el agresor afirma ser el causante de éstas, pero considera que se produjeron en legítima defensa, sí sería posible la derivación. En cambio, no sería factible si éste afirma no haber causado las referidas lesiones.

- b) Requisitos de la víctima: para que el consentimiento al que se refiere el art. 15 sea válido y creíble, hay que poner de relieve la necesidad de que la mujer dé un paso firme en su relación y que haya decidido denunciar los hechos como símbolo de asunción del principio de igualdad. Habría que valorar aspectos que refuercen esta asunción, tales como que no tenga una personalidad dependiente, trastornos psiquiátricos graves o adicciones al alcohol, cuente con apoyo familiar o social, no expresa deseos de retirar la denuncia, etc.

Al igual que en el apartado anterior, la víctima debe ser valorada por un equipo psicosocial para comprobar que cumple los requisitos para mediar y aquí es



donde cobra especial importancia las Unidades de Valoración Integral<sup>352</sup>. La violencia de género es un fenómeno complejo y multicausal y requiere una respuesta multidisciplinar que implique a distintos profesionales con una adecuada preparación en la materia. La LO 1/2004 contempla estas Unidades de Valoración en su Disposición Final 2ª, que son esenciales y que requieren su total implantación, ya que los informes que proporcionen los diversos profesionales que la integran en los procedimientos penales y civiles relacionados con la violencia de género pueden ser determinantes<sup>353</sup>.

El Informe sobre Organización y puesta en funcionamiento de las Unidades de Valoración Forense Integral define a las Unidades de Valoración Integral como *“equipos multidisciplinares en los que se integrarán médicos forenses, psicólogos y asistentes sociales, para dar una respuesta específica y especializada, y coordinada entre los diferentes profesionales, que permita un diagnóstico de la violencia de género más allá de la simple búsqueda de signo de agresión concreta<sup>354</sup>”*.

---

<sup>352</sup> En la Comunidad Autónoma Andaluza existen las Unidades de Valoración Integral de la Violencia de Género (UVIVG), creadas en virtud de la [disposición adicional segunda](#) de la Ley Orgánica 1/2004; incluye un estudio de la víctima, del agresor y de los menores expuestos a la violencia, extendiéndose más allá de las agresiones físicas o psíquicas y es la encargada de efectuar e informar, a petición de los órganos judiciales con competencia en violencia sobre la mujer, las siguientes actuaciones:

-Valoración integral de los efectos de la violencia física, psíquica y sexual en las mujeres víctimas de violencia de género.

-Valoración de los efectos de la exposición a la violencia y de las agresiones sufridas por los hijos y las hijas y menores a su cargo.

-Valoración de la incidencia, la peligrosidad objetiva y el riesgo de reincidencia del agresor.

-Valoración relativa a los procedimientos civiles que afecten a las víctimas de violencia de género contemplados en la legislación vigente.

<sup>353</sup> BELTRÁN MONOLIU, A. *Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM: evolución jurisprudencial*. Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 19, 2018, pp. 13-46.

<sup>354</sup> Añadir que el art. 479 LOPJ establece que *“los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses contarán con unidades de valoración forense integral, de las que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y el diseño de protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. Asimismo, dentro de los Institutos podrán integrarse el resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, cuyo personal tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres”*.

La actuación de estos organismos puede ser determinante para situaciones de maltrato extremadamente complicadas, como los malos tratos psíquicos o casos de violencia habitual. Los informes que las Unidades de Valoración Integral emitan deben analizar cuestiones trascendentales como la naturaleza del hecho, historial del maltrato, la valoración del riesgo de nuevas agresiones o la propuesta de medidas como la orden de protección o alejamiento.

Por último, especialmente útiles para valorar el riesgo de las víctimas de violencia de género, hacer referencia al Protocolo Médico-forense de valoración urgente del riesgo publicado en 2011 y a las propias valoraciones que hacen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ambos pueden complementarse, teniendo en cuenta que aquél es más completo por disponer de mayor número de datos<sup>355</sup>.

No quisiera dar por terminado el presente apartado sin mencionar la función de los Letrados/as de las partes en el procedimiento de mediación penal. En primer lugar, es fundamental para garantizar el consentimiento libre y voluntario de la participación de éstas en el mismo. Una vez que el órgano judicial decide derivar el caso a mediación, resulta necesario que lo comunique tanto a la víctima/victimario como a sus abogados/as, quienes tendrán la función de asesorarlos de forma adecuada para que puedan tomar libremente su decisión de participar en el procedimiento.

El papel de los abogados/as en la mediación penal dependerá de las distintas fases del procedimiento mediador, es decir, según se trate de la fase de preparación, encuentro o negociación. En la primera fase, caracterizada por ser informativa sobre las condiciones y las características del proceso restaurativo, deberían estar presentes los abogados/as de ambas partes para que puedan asesorarlas sobre la conveniencia o no de participar en el proceso de mediación. En la fase de encuentro, los abogados no deberían asistir y dejar que sean las partes las que sean ellas mismas las que expresen sus inquietudes y necesidades, manifiesten sus emociones y las que presentes las posibles soluciones al conflicto, pues de lo contrario, podrían ser vulnerados los principios de

---

<sup>355</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Género y violencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 45 y ss.

voluntariedad y bilateralidad que caracterizan a todo procedimiento mediador<sup>356</sup>. Finalmente, los letrados/as serán una pieza fundamental para asesorar a las partes en el momento de fijar el contenido del acuerdo alcanzado. Para ello, deberán dotar de contenido jurídico el acuerdo alcanzado y decidir qué herramienta van a emplear para introducir el resultado de la mediación en el procedimiento penal, que normalmente será mediante la institución de la conformidad penal<sup>357</sup>.

## 2. El equipo mediador

El mediador/a es un tercero imparcial, cuya función es la de aproximar posturas entre el infractor y la víctima, a través del diálogo, y con ello poner fin al conflicto surgido como consecuencia del delito y llegar a lograr un acuerdo de reparación que sea beneficioso para ambos. GORDILLO SANTANA afirma que la mediación es “*una herramienta nueva basada en la aplicación de conocimientos interdisciplinarios, aportados por la sociología, el Derecho, la psicología, la teoría de los sistemas y las técnicas de negociación*”<sup>358</sup>. En la materia que se está tratando, me atrevería a sumar también conocimientos de la Criminología y la Victimología; aquélla por dar una explicación a la criminalidad y la conducta delictiva y ésta por poner el acento en las sus consecuencias e incluir mecanismos de reparación del daño, tanto para las víctimas directas como para las indirectas.

La Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, desarrollada por el RD 980/2013, de 13 de diciembre, establece los requisitos que ha de

---

<sup>356</sup> Si se parte de la idea de que la justicia restaurativa trasciende el elemento adversarial, propio del sistema de justicia tradicional, dejando que sean la víctima y el victimario las que recuperen ese protagonismo perdido y atribuido al Estado permitiendo, por tanto, a las partes disponer de un papel preponderante en la resolución del conflicto, la mera presencia de los Letrados/as podría coartar la libertad de participación y decisión de éstas.

<sup>357</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Cit., p. 192.

<sup>358</sup> GORDILLO SANTANA, L.F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007, p. 239.

cumplir el mediador en sus arts. 11 y ss.<sup>359</sup>. En materia penal, y especialmente en delitos de violencia de género, es muy importante que cuente con suficientes facultades para procurar un diálogo entre las partes que favorezca situaciones de simetría o igualdad. No es suficiente con una formación especializada en mediación, sino otras capacitaciones que CASTILLEJO MANZANARES<sup>360</sup> resume en las siguientes:

- Alta capacitación en el manejo de herramientas de detección y evaluación de la violencia y los efectos que ésta provoca en la víctima.
- Dominio de la entrevista y las sesiones de caucus.
- Las habilidades y el manejo de estrategias y tácticas para equilibrar el poder de las partes.
- Saber hacer frente a situaciones emocionalmente complejas.

El mediador/a ha de ser absolutamente imparcial, limitándose a facilitar la comunicación y dirigiendo el procedimiento hacia el acuerdo restaurador. En los casos de violencia de género, puede cuestionarse esta imparcialidad debido a que se parte de la necesaria admisión de un desequilibrio entre las partes<sup>361</sup> y el mediador/a tendrá que equilibrar el poder ayudando a la parte más débil, es decir, a la víctima. No obstante, coincido con ALZATE y MÉNDEZ<sup>362</sup> que abogan por que *“la persona mediadora deberá apoyar a la parte más débil en cada momento del proceso con el fin de ayudarle a equilibrar sus recursos con respecto a la parte contraria. Esta estrategia que puede verse, a priori, como una falta de imparcialidad del mediador y que muchos autores cuestionan o rechazan aludiendo a que implica echar por tierra la esencia de la*

---

<sup>359</sup> Art. 11: 1. *“Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”*. 2. *El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”*.

<sup>360</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R. *Política legislativa y violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 252.

<sup>361</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación penal en los procesos de violencia...cit.*,

<sup>362</sup> ALZATE, R., MENDEZ, M. *La mediación en situaciones asimétricas: procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Madrid: Reus, 2012, p. 15, citado por CASTILLEJO MANZANARES, R. *Política legislativa y violencia... cit.*, p. 252.

*mediación, supone justamente el proceso contrario. Si el mediador percibe que una parte domina a la otra y no actúa, en un intento de conservar esa imparcialidad que se le exige, realmente lo que está haciendo con su pasividad es potenciar el desequilibrio. El refuerzo del silencio”.*

En cuanto a los mediadores, coincido con VÁZQUEZ-PORTOMEÑE<sup>363</sup> en afirmar que la técnica de la comediación mediante un sistema “doble mixto”, compuesto por un hombre y una mujer, puede suponer una herramienta muy adecuada en situaciones de desequilibrio de poder en la pareja. Es el equipo propio de programas como el de Austria (ATA), concebido por Ed Watzke para su empleo en programas de mediación extrajudicial en conflictos de pareja.

Este sistema implica un trabajo coordinado del equipo mediador, se va a trabajar con las partes simultáneamente, lo que implica una especial complementación entre ellos. Es de suma importancia que, ante una hipotética mediación en violencia de género bastante compleja, además de los conocimientos y la experiencia sobre la materia, estén preparados y concienciados en el trabajo en equipo, de manera que puedan fácilmente entenderse entre ellos. Desde el momento en el que es derivado el caso a mediación, ambos deberían preparar a fondo todas y cada una de las sesiones, estableciendo las directrices adecuadas para afrontar el peligro potencial de que cualquiera de los dos mediadores se vea, en cierto modo, atrapado por las dificultades que dimanen de este tipo específico de violencia.

El equipo doble de mediación puede coadyuvar a mantener el equilibrio entre las posiciones de las partes y evitar que un integrante de él pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Si alguno de ellos percibiera que existe desequilibrio entre las partes, actuará para compensarlo y, en los casos que existan discrepancias sobre esta cuestión, deberán discutir las y trabajarlas fuera del espacio de la mediación para evitar perder esa imparcialidad.

---

<sup>363</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial...*cit., p. 259. En el mismo sentido, <sup>363</sup> ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor...*cit., p.86.

### 3. LAS FASES O ETAPAS DE LA MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación debe estar reglado y, como hemos visto, sujeto a los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad, además de gratuito.

Aun cuando este procedimiento suele ser informal, pudiendo quedar al arbitrio de las partes y del equipo de mediación las fases que estimaren convenientes, la doctrina<sup>364</sup> suele establecer las siguientes fases: a) preparación o inicial de contactos; b) encuentro; c) negociación y d) ejecución.

#### A) FASE DE PREPARACIÓN

Según el “*Protocolo de derivación a mediación del CGPJ*”, la derivación la realizará el órgano judicial, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, a través de la oportuna resolución invitará a las partes y sus abogados a que acudan a una sesión informativa.

La primera duda que puede surgir es la siguiente, ¿con quién se contacta primero, con la víctima o con el agresor? Según la mayor parte de la doctrina, se debe contactar primeramente con la persona infractora, justificándose tal decisión en el deber de no generar falsas expectativas en la víctima, ni ocasionarle frustraciones, sino que habría que llamarla cuando el equipo mediador se haya cerciorado de que el infractor quiere realmente participar en el proceso<sup>365</sup>.

Sin embargo, cuando se trata de mediar entre infractor y víctima en un ámbito de proximidad social como es en la violencia de género, es más aconsejable contactar inicialmente con la víctima con la idea de informarla, examinar su disposición y obtener su consentimiento para tomar contacto con el agresor<sup>366</sup>. Si de lo que se trata es de

---

<sup>364</sup> Vid. Vid. BARONA VILAR, S. *Mediación Penal. Fundamentos, fines...*cit., pp. 373 y ss.

<sup>365</sup> En este sentido vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La mediación en el sistema penal*. cit., p. 271.

<sup>366</sup> Esta es también la regla general en el proyecto “Waage Hannover”, que permite a los mediadores optar por otras formas de actuar, en función del conflicto. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial...*cit., p. 249.

comprobar que la mujer se encuentra en una posición de igualdad suficiente para iniciar un diálogo con su pareja (o expareja)<sup>367</sup>, que presenta de antemano una cierta fortaleza personal, aptitudes internas y externas para poder enfrentarse a su agresor<sup>368</sup> y que no hay riesgos potenciales que puedan poner en peligro su seguridad, creo que lo mejor es iniciar los contactos con la víctima y que sea ella la que decida si quiere seguir adelante y que se contacte con el infractor. Esto ayudará a que favorezca la confianza hacia los mediadores y a que interiorice cierta sensación de privilegio en el procedimiento, pues podrá ser escuchada en qué condiciones desea esa mediación.

En la primera entrevista que se haga a la víctima (en el caso de un sistema mixto de mediación estaría a cargo de la mediadora) se le deberá informar, de forma clara y sencilla, sobre el contenido y la naturaleza de la mediación, funciones de los mediadores y de los posibles efectos y repercusiones que podría tener un eventual acuerdo entre las partes<sup>369</sup>. Se hablará de los patrones de violencia, si ha existido situaciones de miedo o humillación, problemas recurrentes de la pareja, motivaciones, expectativas dentro y fuera de la relación, etc. El equipo mediador tendrá muy en cuenta aspectos cognitivos, tales como que la víctima minimiza o resta importancia a los hechos o daños ocasionados por la conducta de su agresor o aspectos psicológicos como sentimientos de culpa, frustración, terror u otros aspectos relativos a su vida social como el aislamiento y la falta de apoyo social. Cualquier respuesta positiva en este contexto será tomada en cuenta por el equipo mediador para analizar la situación de igualdad y la autonomía personal de la mujer. En el caso de que la víctima no desee participar en la mediación o no fuera posible corregir la situación de desigualdad entre las partes, se dará por terminado el procedimiento y deberá continuarse con la tramitación del procedimiento judicial.

---

<sup>367</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y momento procesal recomendable”, en: BARONA VILAR, S. *Justicia civil y penal en la era global*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 427.

<sup>368</sup> ESQUINAS VALVERDE, P. Mediación entre víctima... cit., p.87.

<sup>369</sup> MAGRO SERVET, V. *Protocolo para la implantación de la mediación penal en los juzgados y tribunales*. [CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos](#), No. 184, 2016, pp. 117-134.

Puede ocurrir que la víctima se sienta muy afectada como consecuencia del hecho delictivo, por lo que habrá que comprobarse en qué momento se encuentra, ya que puede ser necesario que se adapte o ajuste tras el episodio de violencia. En este sentido, la víctima puede pasar por las siguientes fases<sup>370</sup>:

- a) Fase de impacto: se corresponde en el momento inmediatamente después del suceso traumático presentando en muchas ocasiones un “*estado de shock*”.
- b) Fase de negación: la víctima expresa incredulidad ante lo ocurrido, en unos momentos parece mantener el control sobre la situación, mientras que en otros el desequilibrio la gobierna.
- c) Fase de aceptación: la víctima toma conciencia de lo sucedido, busca ayuda y apoyo en personas cercanas, se implica en el proceso penal y deja que otros profesionales la ayuden.
- d) Fase de organización: la víctima se va adaptando paulatinamente a su antiguo estilo de vida, tiene en consideración el cambio producido tras el impacto producido por el maltrato e intenta retomar su antigua rutina de la manera más favorable posible.

Hay que valorar ese grado de victimización en el que la mujer puede encontrarse, valorar si es capaz de expresarse a través de sentimientos que no sean la rabia, venganza, miedos o tristeza. La posibilidad de ser atendida previamente por el equipo de mediadores puede permitirle que rebaje esos sentimientos negativos y redirigirlos de manera adecuada en el momento en que coincida con su agresor en la fase de encuentro.

En el caso de que el equipo mediador considere factible continuar con el procedimiento se contactará con el infractor. En el sistema mixto, esta entrevista podría ser realizada por un mediador. Una vez que se le ha informado sobre su situación legal y procesal, fines del procedimiento restaurativo, ventajas y desventajas que puedan derivarse del mismo y si éste presta su consentimiento, comenzaría la entrevista

---

<sup>370</sup>MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., AGUILAR CÁRCELES, M. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Cit., p. 126.



individual donde contará los datos relativos al delito, la responsabilidad que asume (puede ser que entienda el daño ocasionado a la víctima o puede darse el caso que justifique su conducta y que considere que no es merecedor de ningún reproche penal), las posibilidades de encontrarse con la víctima, motivaciones para implicarse en el proceso, expectativas, etc.

El reconocimiento de los hechos es absolutamente fundamental para que el agresor pueda acogerse a un procedimiento de mediación. No pueden existir comportamientos desfavorables como minimizar el daño ocasionado a la víctima, atribuirle a ella o a la sociedad la responsabilidad de su comportamiento o que se justifique de alguna otra manera. Debe prestarse especial atención por el mediador si esa mediación puede marcar una reconstrucción de su masculinidad, es decir, si además de poder reparar a la víctima va a poder cambiar su modelo de relación de afectividad mediante un proceso de sensibilización aplicado en el proceso de mediación. De ahí que el mediador deberá estar especializado en estudios de género y de violencia en la pareja, que sea conocedor de conductas estereotipadas que cosifican y degradan a la mujer. De esta forma, podrá conocer mejor que la relación sentimental con su pareja o expareja no está relacionada necesariamente con la dominación, humillación o subordinación y que las negociaciones que se lleven a cabo puedan llevar a buen puerto.

El equipo mediador puede oponerse al encuentro restaurativo a pesar de que el infractor esté dispuesto a participar. Por ejemplo, si durante la sesión informativa, el agresor expone demasiadas excusas que no justifican de ninguna de las maneras su acción delictiva. Cuando éste no está en condiciones de asumir su responsabilidad por el daño ocasionado a su pareja, no vale la pena implementar la mediación pues podría agravarse sobremanera el riesgo de que el incidente violento se agrave, complicándose aún más la situación. Sólo si existe cierta seguridad de que el encuentro restaurativo no va a entrañar ningún riesgo para la víctima y que ésta se encuentra preparada para ello, es cuando sí se puede pensar en que la mediación puede ser una opción viable. Si el equipo tuviera alguna sospecha de lo contrario, debería informar a la víctima de este extremo y dar por terminado el procedimiento. De todas formas, aun cuando el equipo

considere que el encuentro restaurativo puede ser una magnífica opción, si alguna de las partes no estuviera lo suficientemente segura o convencida, de debería influir en sus decisiones para la participación, debiendo respetarse plenamente su decisión de no participar.

Creo que el éxito de la siguiente fase de encuentro o acogida depende en gran medida del trabajo previo del equipo mediador, que debe generar en las partes confianza, seguridad y serenidad.

#### B) FASE DE ENCUENTRO O ACOGIDA

Esta fase consiste en el encuentro conjunto con las dos partes, siempre y cuando ambas lo deseen y el equipo mediador lo considere factible.

En el sistema mixto, los mediadores, tras las entrevistas individuales con cada una de las partes, valoran la posibilidad el encuentro centrándose en la autonomía de la víctima; si ambas están de acuerdo, tendrá lugar el encuentro basado en el método del *Reflecting Team*.<sup>371</sup>

Normalmente esta fase es conjunta, pero puede hacerse de otra forma distinguiéndose entre mediación directa e indirecta. En la primera, como puede deducirse, la víctima y el infractor coinciden en el mismo espacio físico que, en aras de este tipo específico de violencia, cobra especial trascendencia. El lugar ideal sería en la sede de los juzgados, pues de una parte dota de la oficialidad que requiere el procedimiento y, de otra, se mejora la seguridad de la víctima por contar, dentro del horario de apertura, con la presencia de los Miembros y Cuerpos de Seguridad para el mantenimiento del orden. Este tipo de mediación es muy propicia los encuentros restaurativos, pues uno de sus fines es que las partes recuperen los lazos de comunicación ha habían perdido.

---

<sup>371</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial...*cit., p. 253.

Puede ocurrir, no obstante, que alguna de las partes prefiera el sistema indirecto para no coincidir físicamente en el mismo espacio y, sin embargo, llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos sin tener que encontrarse cara a cara debido a que la relación de la pareja está muy deteriorada, como por ejemplo un proceso de separación o divorcio contencioso. En estos casos pueden incluirse medios electrónicos para la comunicación, no sólo en las sesiones conjuntas, sino también en las individuales en el caso de que alguna de las partes no se pudiera trasladar a la sede judicial. Las videoconferencias en *Skype* o *Webex* pueden ser especialmente útiles en estos supuestos.

En esta fase lo que se pretende es *“que las partes cuenten su versión de los hechos, que expresen libremente sus sensaciones y sentimientos ante el otro, que el mediador trabaje con estas versiones y resuma las mismas con las partes, asegurándose ante ellas de que ha entendido el conflicto existente y de que es importante identificar cuáles son los posibles focos discordantes entre ellas, tratando el mediador de que cada uno de ellos se pueda poner en la posición del otro y ofrecer respuestas ante las mismas”*<sup>372</sup>.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE explica cómo funciona el método *Reflecting Team*, que considero especialmente adecuado para estos casos de mediación en violencia de género y que paso a describir a continuación<sup>373</sup>: cada parte escucha las dos versiones de lo sucedido (la suya propia y la de su expareja o expareja) narradas por el mediador, consiguiendo de esta forma una perspectiva externa (refleja) que ayuda a identificar sus intereses. Seguidamente, pueden pronunciarse sobre si lo narrado corresponde a “su” realidad e introducir correcciones o aclaraciones, abriéndose un tiempo para que puedan reaccionar e interactuar libremente. Con ello se posibilita el empleo de técnicas de comunicación indirecta y se proyecta la imagen de un hombre y una mujer desarrollando sus funciones en condiciones de igualdad. La distribución del trabajo de mediación entre los dos mediadores es la mejor forma de conjurar riesgos de que el

---

<sup>372</sup> BARONA VILAR, S. *Mediación Penal. Fundamentos, fines...* cit., p. 376.

<sup>373</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial...* cit., pp. 253 y ss.

mediador se vea atrapado en las dinámicas de dependencia y manipulación que son característicos de conflictos enquistados de larga duración<sup>374</sup>. Uno de los mediadores será el que conducirá la conversación, mientras el otro asesoraría a las partes apoyando a una y otra en el caso que sea necesario para compensar posibles desequilibrios, reforzándose esa imparcialidad y neutralidad que requiere el procedimiento de mediación. No obstante, el equipo no debe inducir o influir en las conversaciones de los participantes, deben dejar que ellos puedan expresarse libremente y encuentren sus propias soluciones.

Este sistema podría favorecer que el agresor reconozca la naturaleza del conflicto y la asunción de responsabilidades para el restablecimiento del orden público y el daño generado a la víctima.

### C) FASE DE NEGOCIACIÓN

Después de un encuentro dialogado, en el que ambas partes han tenido una participación activa y se hayan restablecido los lazos de comunicación y de entendimiento sobre lo que significa y las consecuencias que ha tenido la violencia de género en sus vidas, procede conformar un acuerdo reparador que cubra las necesidades de ambas partes, soluciones reales que pongan fin al conflicto entre ellos. Son ellos los que tienen que aportar ideas tendentes a solucionar el conflicto en base a intereses comunes. Deben proponer, a través de la denominada “tormenta de ideas”, las posibles formas de superar la violencia de pareja y que deberán ajustarse a las soluciones reales estén en el ámbito de las posibilidades de que el legislador proponga<sup>375</sup>. Puede ocurrir que las partes no digan nada y, en este caso, el equipo mediador propondrá posibles acuerdos reparadores, siendo aquellas las que analicen cada una de las opciones y

---

<sup>374</sup> Ibidem p. 253.

<sup>375</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve...cit.*, p. 428.

escojan la que más estimen conveniente para sus intereses. En ningún caso, el equipo deberá imponer su decisión sobre como conformar el acuerdo reparador.

Esta fase es la menos estructurada de todo el procedimiento de mediación, pues en ella las partes discuten sus ideas de cómo solucionar el conflicto y reparar el daño.

Pudiera pasar que las partes estén muy próximas a alcanzar un acuerdo, pero necesiten de un nuevo plazo, en cuyo caso lo solicitarán ante el órgano judicial competente o que o hayan alcanzado ningún acuerdo; en tal caso, las partes, asistidas de sus Letrados, realizaran un acta en el que se notifique la ausencia de consenso procediéndose a archivar la mediación y a comunicar tal extremo al órgano jurisdiccional, respetándose por supuesto la confidencialidad y la ausencia de autoinculpación por parte del infractor.

Cabe preguntar, ¿Qué ocurre si el infractor, a pesar de haber reconocido abiertamente desde un principio los hechos y asumido el desvalor de su acción no llega a un acuerdo por no ser aceptado por la víctima, a pesar de pudiera existir un informe positivo del equipo técnico? A mi entender, su actitud de arrepentimiento y su voluntad inequívoca reparadora sí debe tenerse en cuenta por el órgano judicial a la hora de individualizar la pena. Ahora bien, el sólo hecho de procurar un procedimiento de mediación, sin más, no es suficiente para que el infractor pueda beneficiarse de una posible atenuación de la pena. En este sentido, la STS 249/2014, de 14 de marzo establece que *“intentar un programa de mediación sin más es penalmente irrelevante. La mediación es la herramienta para alcanzar unos fines. Hay que situarla en su lugar adecuado. La reparación y la conciliación son objetivos que la llamada justicia restaurativa que textos internacionales animan a implementar en alguna de sus formas (vid. Decisión Marzo del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 - arts. 10 y 17- sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo del Consejo de 25 de octubre de 2012 -art. 12-) colocan en un lugar preferente, aunque no excluyente. La mediación es solo una de las vías -no la única- para alcanzar esos objetivos. Es medio y no fin”*.

El contenido de la reparación puede ser de muy diversa índole, pero serán la voluntad de las partes y las circunstancias del caso concreto las que van a determinar cómo se ha de restablecer el equilibrio dañado. Esta reparación no tiene necesariamente que tener naturaleza pecuniaria<sup>376</sup>: *“La reparación en esa perspectiva engloba no solo indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil. Los parámetros exclusivamente pecuniarios no agotan todas las vertientes de la reparación. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido. Por eso han de mirarse con simpatía las normas penales de otros países (como Alemania o Portugal) que sitúan al mismo nivel que la reparación el sincero y real esfuerzo reparador”*.

Los contenidos de la reparación en términos de justicia restaurativa se podrían sintetizar en cuatro grupos<sup>377</sup>:

- a) Reparación económica del daño, muy relacionado con el pago de la responsabilidad civil en los delitos patrimoniales.
- b) Reparación simbólica o testimonial: da juego a las obligaciones de dar, hacer o no hacer. En este sentido, es de interés poner de ejemplo una sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Jaén referida a un delito de violencia doméstica: *“Concluido el proceso de mediación con acuerdo de reparación se convocó a las partes a juicio, donde el Ministerio Fiscal, modificando su escrito de calificación provisional, calificó los hechos como constitutivos de un delito de maltrato habitual del art. 173.2 del Código Penal y cuatro faltas de amenazas, con la eximente incompleta de alcoholismo del art. 21.1 en*

---

<sup>376</sup> STS 249/2014, de 14 de marzo.

<sup>377</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Cit., p. 71 y ss.

*relación con el art. 20.1 y 68 CP, solicitando para el acusado por el delito la pena de seis meses de prisión, un año y seis meses de privación de tenencia y porte de armas y un año y seis meses de prohibición de aproximación y comunicación a su madre y hermana xxxxxx, y por cada falta seis días de localización permanente, además de una medida de seguridad consistente en sometimiento a tratamiento de rehabilitación del alcoholismo durante un plazo máximo de tres años. El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos del escrito de conclusiones del Fiscal, con la calificación jurídica y la pena y medida solicitada, y asumieron como reparación del daño la continuación del tratamiento de rehabilitación del alcoholismo iniciado. Además, oídas las víctimas tanto el Ministerio Fiscal como el Letrado de la defensa estimaron procedente la suspensión de la pena por plazo de dos años condicionada a la continuación del tratamiento rehabilitador comprometido”.*

Supuestos de reparación simbólica pueden ser conductas dirigidas a obtener el perdón de la víctima (redacción de una carta pidiendo disculpas), conductas altruistas (visitas a instituciones asistenciales, servicios a personas necesitadas), colaborar con la Justicia en la persecución del delito, compromisos personales de no reincidencia (sometimiento a tratamientos de deshabituación del alcohol u otras sustancias adictivas) o la disminución de los efectos del delito<sup>378</sup>. Esta modalidad de reparación es interesante en aquellos casos en los que el agresor trata de reducir los daños que el delito provoca en la víctima directa del delito o en otras de delitos similares<sup>379</sup>.

Atendiendo a los casos de violencia de género, creo que el primer modo de reparación es la evitación de nuevos peligros o daños del hombre hacia su pareja (o expareja). Las raíces del machismo, cuando no son muy profundas, pueden ser cortadas y suprimidas por un modelo que deje al margen todo tipo de violencia. Para ello, existen

---

<sup>378</sup> Ibidem.

<sup>379</sup> Ejemplos de este tipo de reparación son ayuda a las autoridades para atender a las víctimas después de un accidente de tráfico producto de un delito contra la seguridad vial o prestar servicios a las víctimas que han sido objeto de un delito de lesiones.

tratamientos psicológicos o sociológicos que pueden penetrar en la persona del agresor y desestructurar esa construcción social desencadenante del maltrato. Estos programas serán complementarios al proceso de mediación que, muy probablemente, habrá efectuado un cambio en el agresor para la reconstrucción unas relaciones sentimentales basadas en la no violencia y en la asunción del principio de igualdad.

La reparación a la víctima también podrá consistir en un “no hacer”. En este sentido, me gustaría traer a colación un caso penal en la Comarca de Oliveira de Azeméis (Portugal) en el que se planteaba una suspensión provisional del proceso, a cambio de medidas compensatorias del injusto. El caso se basaba en una denuncia fundada de malos tratos y el Fiscal prefería la suspensión mediante la imposición de las siguientes medidas<sup>380</sup>:

*“Pedir desculpas à sua esposa; não praticar, durante o período de um ano, qualquer acto usceptible de censura criminal à sua esposa, nomeadamente agressões físicas e insultos; · consultar a sua médida de familia no sentido da mesma lhe recomendar um tratamento à toxicodependência e alcoholismo, e frequentar o referido tratamento, fazendo disso prova nos autos”.*

Estas obligaciones son un claro ejemplo de que también es admisible la reparación simbólica a la que hice mención anteriormente destinada a atender las necesidades de los participantes en el proceso restaurativo y producir las condiciones para la reincorporación social de ambos. Medidas voluntarias como participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de la violencia de género, abstenerse de consumir drogas o abusar del alcohol, entre otras muchas, pueden coadyuvar a satisfacer de todos los actores del conflicto criminal. Las necesidades de la víctima no sólo son tangibles y la reparación puede satisfacer necesidades que quedan al margen del resarcimiento puramente material.

---

<sup>380</sup> GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 285.



En los casos en que la víctima no desee ser beneficiaria de la reparación, ésta puede ser destinada simbólicamente a la comunidad. En este sentido MARTÍNEZ GARCÍA propone que, en caso de renuncia a la acción civil por la víctima, debiera pasar a un fondo de ayuda a la mujer maltratada<sup>381</sup>.

#### D) FASE DE EJECUCIÓN

Dada la circunstancia de que la mediación penal se rige por el principio de oficialidad, el acuerdo alcanzado por las partes debe materializarse mediante un escrito en el que deberá constar el compromiso de reparación y el plan para llevar lo a cabo. El informe de la mediación deberá remitirse al órgano judicial para que, una vez obtenido el visto bueno, surjan los efectos oportunos.

Como he dicho, el acuerdo de mediación deberá incluir un plan de reparación detallado en el que se exprese con claridad las obligaciones adquiridas. Asimismo, estará sujeto a un plazo concreto para su cumplimiento.

Aceptado el acuerdo por el Juez, quedará obligado a tomar una decisión que dependerá del momento procesal en el que se haya formalizado ese pacto. Tal y como expuse, creo que el mejor momento es en la fase de enjuiciamiento, ya cerrada la fase de investigación donde se ha podido averiguar qué entidad tiene ese episodio de violencia y donde el *ius puniendi* se va a hacer valer por el Estado mediante una sentencia condenatoria que, si se llega a modificar la Ley, tendrá en cuenta la reparación de la víctima.

Entiendo, pues, que las obligaciones contraídas por el infractor que sean distintas al pago de la responsabilidad civil, hayan sido cumplidas en el momento de dictar la posible sentencia de conformidad, de forma que se habrá tenido en cuenta precisamente ese acuerdo ya satisfecho.

---

<sup>381</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. “Mediación penal y violencia de género ¿Es posible y/o adecuada su aplicación?”, en: *Los juzgados de violencia sobre la mujer: tercera edición de las Jornadas "Justicia con Ojos de Mujer"*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre 2010) / coord. por Ixusko Ordeñana Gezuraga, Katixa Etxebarria Estankona, 2012, p. 248.

En el caso de que la mediación haya concluido sin acuerdo, deberá reanudarse el proceso penal suspendido como consecuencia del procedimiento mediador.

## **V. CASOS PRÁCTICOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO SUSCEPTIBLES/IMPOSIBLES DE MEDIACIÓN**

No me cansaré de afirmar que, en relación con la mediación en los casos de violencia de género, existe una gran dificultad y es que la mujer que ha sido víctima de este tipo de delitos ocupa una posición de inferioridad en el conflicto, lo que puede coadyuvar a que no se respete el principio de igualdad en aquellos casos en el que ésta se encuentra dominada por ocupar esa posición de sumisión y poder frente a su agresor.

Sin embargo, ni todos los agresores son iguales ni todas las víctimas se enfrentan al delito de maltrato de la misma forma, pues variará en función de las circunstancias de la víctima y de su vulnerabilidad en defender sus intereses frente al agresor.

A continuación, voy a exponer un par de casos en los que sería eficaz el procedimiento de mediación y en los que sería más recomendable aplicar la Justicia tradicional. Se trata de dos casos extremos, el primero es un clarísimo ejemplo de posibilidad de mediación y el otro de absoluta prohibición. Los casos de violencia de género han de ser individualizados, pues no toda violencia es de la misma trascendencia y entidad ni todas las víctimas son iguales. El principio de igualdad es el que manda y, por tanto, el desequilibrio de poder existente entre las partes es el eje sobre el que debe pivotar cualquier procedimiento de mediación. Eso sí, siempre con mucha cautela y valorando caso por caso, con exclusión de la violencia habitual o grave.

Para finalizar, también expondré un caso de mediación en violencia de género entre adolescentes como una solución complementaria al proceso penal con un importante potencial educativo.

### **CASO PARA DERIVAR A MEDIACIÓN**

Abel y María están casados desde hace siete años y tienen dos hijos menores en común. Desde hace más de un año, la relación entre ambos es muy problemática, son continuos los insultos entre ambos, algunas veces en presencia de sus hijos. Aunque él se sigue sintiendo atraído por su mujer, ésta lo rechaza y quiere dar por terminada la relación sentimental.

Un día, cuando ambos se encontraban en la cafetería del centro comercial al que habían acudido para llevar a los menores para que se distrajeran en la zona de ocio, comenzaron una acalorada discusión en la que Abel cogió de los hombros a María y la zarandeó. Al aproximar ella su rostro al de él, le propinó una bofetada en la cara provocándole unas lesiones consistentes en herida incisa en el borde inferior del labio y erosiones, lesiones que solo precisaron de una única asistencia facultativa para su curación y que sanaron a los siete días sin secuelas.

La policía local intervino al ser llamados por la discusión de la pareja y, cuando se acercaron al lugar, vieron como el agresor se dirigió hacia los agentes diciendo *“soy una mierda, no tengo perdón, le he pegado a mi mujer y merezco que me detengan”*.

La mujer estaba bajo un ataque de nervios y a pesar de ello dijo *“no estoy dispuesta a tolerar esta situación”* y, con decisión y firmeza, manifestó su deseo de denunciar a su marido que finalmente fue detenido.

En la Comisaría de la policía Abel, en presencia de su abogado, reconoció los hechos y volvió a afirmar que se sentía arrepentido por su acción. La víctima, después de ser valorada por los facultativos y por la policía, no presenta factores de riesgo para su vida o integridad física o psíquica. En ningún momento le ha quitado importancia a lo que ha pasado y se siente indignada por la actitud de su marido hacia ella. Después de la investigación llevada a cabo, se comprueba que no existe situación de violencia habitual o consentida en el tiempo.

Los hechos relatados serían constitutivos de un delito de maltrato del art. 153.1 CP penado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

La víctima no desea continuar con la relación sentimental y tampoco quiere que su marido sea condenado a una pena privativa de libertad. Simplemente desea que éste le pague una pensión para sus hijos y que no la moleste más.

Como puede deducirse de todo lo expuesto, existen varios factores que permiten y aconsejan la mediación en este concreto supuesto de violencia de género, a saber:

- No es un supuesto de violencia grave o habitual; más bien se trata de un tipo primigenio de violencia leve. No hay reincidencia ni antecedentes policiales por maltrato.
- La mujer ha denunciado inmediatamente los hechos, lo que representa que tiene asumido e interiorizado el principio de igualdad.
- El agresor ha reconocido y asumido el daño proferido a su mujer; se ha equivocado, está preocupado por las consecuencias que su acción ha podido causar a su mujer e hijos y está dispuesto a hacer lo que sea para reparar el daño y cambiar su actitud.

Una hipotética mediación penal en este caso puede ser beneficiosa para ambas partes, a saber: en primer lugar y en el caso de que se alcanzara un acuerdo satisfactorio, permitiría restablecer la comunicación entre la pareja ofreciéndole la oportunidad de tomar sus propias decisiones con respecto a su relación y la de sus hijos menores, sin que el órgano judicial tenga que hacerlo en su lugar. Es un acuerdo “propio” al que se ha llegado de forma conjunta. Respecto al orden penal, reconocido los hechos esenciales y mostrado el arrepentimiento del agresor, éste podría beneficiarse de una rebaja sustancial de la pena que, como tuve la oportunidad de plantear anteriormente, podría traducirse en la imposición de la pena inferior en grado.

## CASO IMPOSIBLE DE MEDIACIÓN

Abel y María están casados desde hace siete años y tienen dos hijos menores en común. Él siente absoluto rechazo hacia ella, pero ésta se sigue sintiendo atraída por él. Mientras María se ha anclado en su atracción, Abel ha ido evolucionando cada vez más hacia la repulsa, hasta tal punto que la ha sometido a continuas humillaciones y vejaciones, la ha tratado con absoluto desprecio, como si no valiese para nada, como si fuese una sirvienta o una esclava; en definitiva, Abel ha dejado de percibirla como una persona y descarga sobre ella violencia sin importarle para nada el resultado.

Después de unos meses desde que ambos contrajeron matrimonio, Abel ultrajó tanto psicológicamente como físicamente y de manera reiterada a María, profiriéndole todo tipo de expresiones que tenían por objeto someterla a un estado de absoluto control y de sumisión hacia él. En numerosas ocasiones, la dejaba encerrada en el domicilio familiar durante días y también la obligaba a mantener relaciones sexuales no consentidas que terminaban en palizas y en todo tipo de vejaciones.

A pesar de las palizas que últimamente le daba a su mujer, ésta siempre estaba dispuesta a perdonarlo, lo que favorecía que Abel ganara confianza para seguir maltratándola una y otra vez más.

Detenido por las fuerzas policiales, Abel no muestra ninguna muestra de arrepentimiento ni le ha quitado importancia al asunto, todo lo contrario, echa la culpa a la víctima de todo lo sucedido por no hacerle nunca caso y que, si hubiera podido, hubiera acabado matándola porque es lo que se merece.

María no quiere denunciar a su marido, es más, minimiza incomprensiblemente los actos de violencia e incluso justifica alguno de ellos. Los informes realizados por la policía catalogan la violencia de riesgo muy alto.

Los hechos relatados son constitutivos de un delito de violencia habitual del art. 173.2 CP, un delito continuado de agresión sexual del art. 179 en relación con el art. 180 CP o delito de detención ilegal del art. 163 CP, entre otros.

Son varias las razones que desaconsejan completamente recurrir a la mediación en este caso de violencia de género:

- Absoluta desigualdad entre las partes. Puede apreciarse como el maltratador considera a su mujer, no como un ser inferior, sino como una cosa que carece de derechos, algo carente de libertad, respeto o capacidad de decisión. La mediación requiere una cierta posición de igualdad al que sería imposible llegar debido al desequilibrio entre las partes.
- Ausencia de consentimiento o consentimiento viciado de la víctima. No es posible pensar que María pueda acudir al procedimiento de mediación libre y voluntariamente. Se encuentra en una situación límite en la que su voluntad está totalmente viciada, no tiene capacidad de decisión y, por las características de la violencia sufrida, se encuentra en una situación de sometimiento y sumisión. Tiene totalmente anulada su capacidad volitiva.

Evidentemente, en este caso no sería posible plantearse la mediación y tendría que ser la Justicia penal la que resuelva esta lamentable y penosa situación.

### CASO MEDIACIÓN ENTRE MENORES

Abel y María, de 17 y 16 años, mantienen una relación sentimental desde hace dos años. En el último año de la relación, el comportamiento del menor hacia María se tornó en celoso y posesivo siendo frecuente las discusiones entre ellos llegando a ponerse agresivo en ocasiones, en las que le propinó empujones y alguna bofetada sin llegar a causar lesiones que requieran tratamiento médico o quirúrgico.

En la dinámica de la pareja, Abel profería insultos, así como advertencias, controlando la forma de vestir de aquella hasta el punto de llegar a romperle una

camiseta que estrenaba aquella. Del mismo modo y con idéntico propósito vigilaba sus movimientos bien prohibiéndole quedar con las amigas o bien llamándole un número elevado de veces al día o enviándole WhatsApp si no la localizaba limitando esta forma de libertad.

Los hechos son denunciados por la madre de la menor en la Comisaría de Policía.

El menor, si bien considera que los empujones y la bofetada son constitutivos de maltrato físico, muestra confusión en las actitudes y conductas que suponen maltrato emocional o psíquico. No llega a justificar el uso de la violencia dentro de la pareja, pero mantiene ciertos estereotipos tales como atribuir cierta responsabilidad hacia ella o considerar que los celos y el control son muestras de amor o de preocupación.

Los hechos son constitutivos de un delito de maltrato ocasional tipificado y penado en el art. 153 CP.

Tal y como recoge la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, en este ámbito existe la obligación de velar tanto por la protección de las víctimas como por el interés superior de los menores que intervienen en el proceso.

La derivación a mediación en el ámbito de la violencia de género cuando los participantes son menores de edad es perfectamente concebible y factible desde el punto de vista legal, tal y como se estudió en el epígrafe correspondiente de este trabajo de investigación. En este supuesto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, es posible y recomendable acudir a mediación por las siguientes razones:

- El propio interés de la víctima. Se trata de un caso de violencia que no es grave y podría ser beneficioso para evitar la victimización secundaria con todas las consecuencias negativas que ello supone. Para ello, la actuación con ella debe centrarse en garantizarle una protección efectiva ante esa situación de maltrato, facilitarle el poder hablar de lo ocurrido e intentar que normalice su situación lo antes posible ayudándole a superar lo antes

posible la estigmatización y a interiorizar un mensaje de “tolerancia cero” ante este tipo de conducta.

- En cuanto al menor agresor, es importante transmitirle que se tiene conocimiento de todo lo ocurrido y que es sancionable. Debe reconocer su responsabilidad y estar dispuesto a llevar a cabo una actividad o tarea socioeducativa relacionada con la violencia de género orientada a prevenir semejantes comportamientos con otra pareja en el futuro.

Considero que la reparación que se contempla en el art. 19 LORPM sea una reparación de tipo penal y educativa. La fórmula que se contempla en este precepto debe estar condicionada a la circunstancia de que el menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. La finalidad no es otra que el menor comprenda durante su realización, que una persona ha sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta machista y que su participación en las tareas socioeducativas constituyen un acto de reparación justo para cubrir unas necesidades concretas como es la asunción del principio de igualdad. Sólo a través de este modelo de Justicia, donde priman medidas de carácter educativo con un claro componente de responsabilización, se podría hablar de mediación en violencia de género con menores, pues de lo contrario se podría transmitir un mensaje equívoco y peligroso de que, con una eventual conciliación o perdón, podría solucionarse este tipo de conflictos.





## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El Derecho penal debe ajustarse al principio de la protección de bienes jurídicos de modo que sólo la ofensa a uno de ellos, legitima su intervención. No debe entenderse como la panacea para solucionar la mayor parte de los conflictos de la sociedad y, sin embargo, parece ser que ha abandonado otro de sus principios fundamentales; el de intervención mínima, dándose entrada a nuevas infracciones penales o endureciendo las penas de las ya existentes, en aras de satisfacer una supuesta demanda social de “más seguridad” o simplemente para satisfacer los intereses políticos del Gobierno de turno. Sin duda, instrumentalizar el Derecho penal es una artimaña que genera beneficios políticos, pero es una respuesta absolutamente errónea que provoca una expansión punitiva que aleja a éste de su función de protección y prevención del delito. La mayoría de los tipos penales de contenido simbólico han sido criticados por la doctrina y la jurisprudencia por su falta de adecuación a catálogo de infracciones penales, evidenciando con ello una ideología sancionadora que no se corresponde con la realidad.

**SEGUNDA.** Las debilidades de la moderna justicia penal también se manifiestan en una significativa crisis de la función preventiva de la pena; acudir de forma excesiva a ella no garantiza una disminución de la criminalidad y, sin embargo, la pena privativa de libertad sigue siendo el alma de un sistema contrario a generar pensamientos de blandura a las consecuencias del delito. Debe darse a la sociedad una imagen de que los problemas derivados de los delitos deben tomarse en serio y ser solventados con contundencia. Prueba de ello es la población penitenciaria que existe en este país, superior al resto de los países comunitarios. La involución a un Derecho penal cada vez más endurecido y autoritario se refleja en una política criminal que ha optado por el abandono del espíritu resocializador y reinserción social del condenado. La prisión es un lugar para la inocuización del delincuente, de custodia y que, en muchos casos, constituye un factor criminógeno que genera reincidencia. La resocialización es un

principio al que el Estado está obligado a potenciar y en el caso de que, sobre todo en las penas cortas privativas de libertad, sea dudosa su efectividad, habrá que buscar alternativas para evitar o atenuar, al menos, sus consecuencias negativas. Es evidente que existe una urgente necesidad de cambiar ese enfoque represivo y punitivo, que caracteriza al sistema de justicia tradicional por otro que, de manera más efectiva, reintegre al infractor a la sociedad.

**TERCERA.** El fin principal de la justicia penal ha sido la represión del infractor, siendo la reparación de la víctima algo secundario. Gracias a los defensores de los derechos de las víctimas, se empieza a tener conciencia de que el modelo convencional del castigo las relega en el momento en que el Estado asume la reacción ante el delito, sin mostrar sensibilidad alguna más allá de asegurar una sentencia condenatoria y de una indemnización resarcitoria. La reparación que necesitan las víctimas no se ajusta únicamente en la responsabilidad civil *ex delicto*; forma parte de sus necesidades, pero no es suficiente para obtener una reparación completa. El proceso penal no satisface otras inquietudes y necesidades de la víctima; se demanda otro tipo de procedimiento que coadyuve a una verdadera reparación integral. También la sociedad reclama una nueva visión de la Justicia, pues no hay que olvidar que la delincuencia es el resultado de un problema social; sólo cuando se aborden las verdaderas causas del delito, se podrá prevenir que se reproduzca nuevamente la conducta antisocial.

**CUARTA.** La justicia restaurativa es una filosofía que trata de dar la mejor respuesta a las demandas e intereses, no sólo al binomio infractor-víctima, sino también a los de la comunidad social en general. Uno de sus principales postulados es subsanar las deficiencias del Estado respecto a la víctima, convirtiéndola en la parte principal del conflicto al permitirle participar con el infractor en buscar la mejor solución para su reparación y encontrar nuevas formas de prevención. Dota a las partes de una herramienta para afrontar las consecuencias del delito previniendo, con la participación dialogada de ambos, la repetición delictiva y de victimización.

**QUINTA.** La mediación es sólo una forma de justicia restaurativa, entre otras muchas, siendo, quizás, la que mejor puede integrarse en el proceso penal por su naturaleza, potencialidad reparatoria y la posibilidad de consenso entre la víctima y el victimario. Un mecanismo que debe entenderse complementario al sistema de justicia, institucionalizado e integrado por las normas procesales, estrechamente conectado con los Juzgados y Tribunales, de modo que se considere como un programa o procedimiento perteneciente a la justicia penal. No es una alternativa, sino un medio del que dispone la Justicia al servicio de la víctima, para garantizarle la mejor reparación moral y material en aquellos casos en los que, la aplicación del Derecho penal por sí mismo, no lo conseguiría. De todo ello se puede afirmar que, la mediación es compatible con los fines de prevención general, el conflicto se dirime dentro de los parámetros de la Justicia y, tanto la reparación de la víctima como la reinserción del infractor, contribuye a la confianza y al reconocimiento de la vigencia de la norma.

**SEXTA.** Las víctimas de violencia de género requieren necesidades que precisan de un tratamiento especial y diferenciado, motivado por la especialidad del delito cometido y que abarcará distintas formas de actuación para su mejor reparación. La mujer que ha sido maltratada necesita superar el impacto emocional, los miedos, requiere su empoderamiento en aras de que se reafirme el principio de igualdad que se quebró como consecuencia del maltrato.

**SÉPTIMA.** La violencia de género es un alarmante problema social, un atentado en toda regla a los derechos humanos y una forma de desigualdad absoluta que el hombre utiliza como instrumento de control y dominación sobre la mujer, por el mero hecho de serlo. Un problema que no comienza a visibilizarse hasta bien adentrado el siglo XX con normas internacionales trascendentales como la CEDAW, el Convenio de Estambul en Europa o la Ley 1/2004 a nivel interno, que visibiliza este fenómeno tratando de ofrecer una respuesta integral a este tipo de violencia, bajo el paraguas de tolerancia cero. De esta manera, el legislador español ha asumido el compromiso de lograr la igualdad real que sustenta el art. 14 CE, quedando más que justificado el trato diferente,

proporcionado, razonable y, en absoluto, no arbitrario hacia la mujer, en aras de la consecución de este objetivo.

**OCTAVA.** En este trabajo de investigación se ha puesto de relieve la aplicación de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales, dando lugar a una nueva era en la interpretación de la violencia contra la mujer. Con ello, se pone de manifiesto que, tanto el origen como la perpetuación de la desigualdad entre un hombre y una mujer, no se debe a circunstancias naturales o biológicas, sino a una pura construcción social que se va transmitiendo de una generación a otra mediante un proceso de socialización que diferencia ambos géneros. Esta perspectiva ayuda a comprender las relaciones que se dan entre ellos y cuestiona los estereotipos con que la sociedad es educada, abriendo una nueva vía que permite elaborar nuevos conceptos en una relación entre seres humanos. Aplicar la perspectiva de género en una sentencia judicial es fundamental, pues ofrece un abanico de posibilidades para comprender cómo se produce la discriminación del hombre hacia la mujer y la vía para transformarla. El Tribunal Supremo la ha aplicado por primera vez en una sentencia de 2018 y supone un punto de inflexión en las prácticas judiciales, pues se posiciona contra los estereotipos y prejuicios hacia la mujer que tanto tiempo han estado implementados en los órganos encargados de impartir justicia. El sometimiento y la discriminación hacia la mujer es una realidad que no puede pasar desapercibida en el ámbito del Derecho penal y, es por ello, que los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, deben ser capaces de detectar cualquiera de estas formas de violencia y aplicar en sus resoluciones el Derecho con absoluta rigurosidad desde, por supuesto, una perspectiva de género.

**NOVENA.** Después de analizar los diferentes modelos de justicia restaurativa en el Derecho comparado, se observa que, si bien con distinto nombre, según la tradición del país en la que se inserte, se corrobora un cierto grado de satisfacción en las víctimas y victimarios que han participado en los diversos modelos de justicia restaurativa diseñado para casos de violencia de género. Los programas europeos aludidos en el presente trabajo de investigación presentan características procedimentales y metodológicas que permiten concluir que, debe rebajarse sustancialmente la tensión

existente entre mediación y violencia de género en una sociedad civilizada y moderna como la española. Considero de gran relevancia seguir muy de cerca los avances en los casos gestionados por los organismos austriacos, uno de los países europeos con más tradición e incipientes experiencias en esta línea de investigación de justicia restaurativa en supuestos de violencia de género.

**DÉCIMA.** En cuanto a la mediación penal con menores, existe una regulación específica que contempla este procedimiento en tres momentos del proceso penal: diligencias preliminares, fase de instrucción y fase de ejecución. La mediación en este ámbito específico, como es el juvenil, debe tender a fomentar la responsabilización del menor de modo que ésta prevalezca frente a una respuesta que únicamente implique que el conflicto surgido como consecuencia de un episodio de violencia de género se desjudicialice mediante la simple conciliación o el perdón de la víctima. Ante la violencia machista, la mediación no puede ser convertida en un procedimiento judicial alternativo o en una especie de conciliación simbólica; por el contrario, se ha de determinar medidas que garanticen que la víctima va a ser atendida y reparada, que existe una completa armonía entre el objetivo educativo y el reparador, si bien no olvidemos que aquella es la verdadera protagonista en estos conflictos. Estoy firmemente convencido que, aquellos casos en los que se permita la mediación juvenil en casos de violencia de género augurarían un futuro prometedor para este sistema de gestión del conflicto en el que los menores aprenderán nuevas formas de relacionarse libre y al margen de connotaciones machistas.

**UNDÉCIMA.** Fruto de la presión social hacia esa tolerancia cero, el legislador prohíbe la mediación de forma absoluta cerrando todas las puertas a una institución que aún no se encontraba regulada ni siquiera en el ámbito penal de adultos. Como tuve la oportunidad de explicar, la violencia de género es producto de la estructura del patriarcado, que utiliza este sistema de dominación y relaciones de poder para perpetuar la desigualdad entre el hombre y la mujer. Ello trae consigo la necesidad de elaborar políticas públicas para proteger a la mujer a toda costa lo que, a su vez, conlleva a considerar a la víctima de violencia de género, independientemente de la entidad del

episodio de maltrato, como una persona altamente vulnerable, dependiente y necesitada de que el Estado tome decisiones que éstas no pueden alcanzar, por estar sumidas y sometidas a su agresor.

El reforzamiento de la tutela penal de la mujer que, durante tanto tiempo ha permanecido invisibilizada, está detrás de indiscutibles y buenos propósitos para proteger a todas esas víctimas que han estado sumergidas en una relación sentimental de violencia permanente que ha ido anulando y minando paulatinamente su autoestima y capacidad de respuesta para salir de ese círculo vicioso.

Han pasado más de quince años de aplicación de la Ley 1/2004 y son muchas las evidencias positivas dotadas de optimismo y esperanza. No puede dudarse de que la respuesta del Estado ha sido adecuada pero, ¿siquiera siendo actualmente eficiente? ¿Es conveniente mantener esa prohibición ante supuestos de violencia leve y esporádica que no demuestran una sumisión absoluta de la mujer e incapacidad de decisión?

La mujer, por el hecho de serlo, no debe ser considerada como un ser carente de autonomía y voluntad, pues ello sería imponer injustamente esta única visión al resto de las mujeres que han sido maltratadas. Pienso que la sociedad en general y, los órganos jurisdiccionales en particular están lo suficientemente preparados para distinguir cuándo el agresor mantiene una relación de dominio sobre la mujer y la existencia de algún peligro para su integridad física o psíquica. Cuestión distinta es que se desconfíe del sistema judicial y se presuma que derivaría la mediación en violencia de género como sucedáneo de la justicia, pero eso no es un problema de la naturaleza de la violencia contra la mujer y la mediación, sino un problema de la Justicia y de los jueces.

**DUODÉCIMA.** Respecto a la víctima, un procedimiento de mediación puede contribuir a su desvictimización, en cuanto a su empoderamiento y recuperación social, pues la reparación del daño causado podrá ayudar a que se restablezca su vida previa a la violencia machista. Una adecuada reparación, a través de la mediación, propiciaría lograr que la víctima recupere su sensación de seguridad, a recobrar su dignidad o al resarcimiento de las secuelas que la violencia haya podido generarle. Evidentemente, no

todas las víctimas podrán beneficiarse de esta herramienta, sino sólo aquellas que tengan interiorizado y asumido el principio de igualdad.

**DECIMOTERCERA.** Respecto al infractor, al asumir su responsabilidad, resultará más proclive a su resocialización y a que se disminuyan las posibilidades de reincidencia. La reparación será asumida como algo justo y necesario, no como un castigo estigmatizante. Evidentemente, no todos los agresores pueden participar en mediación; sólo aquellos que no tengan interiorizado el rol patriarcal de dominación y sumisión a la mujer.

**DECIMOCUARTA.** Atendiendo a las dos conclusiones anteriores, no todos los delitos de género son mediables. Queda absolutamente descartada en los casos de violencia habitual o grave, ciñéndose a delito de vejaciones injustas de carácter leve (art.173.4 CP), maltrato ocasional (art. 153.1 CP), delito de amenazas leves (171.4 CP) o el delito de coacciones leves (172.2 CP) o incluso los delitos de impago de pensiones tipificados en el art. 227 CP, si es competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

**DECIMOQUINTA.** Se propone la derivación a mediación una vez concluida la fase de instrucción, es decir, una vez que se haya investigado suficientemente los hechos y de que se tenga una cierta seguridad de que esa violencia ha sido primaria y de escasa entidad. Sólo así se podrá tener una cierta seguridad de que el maltratador no va a manipular las negociaciones, que son hechos que revisten carácter leve y que la víctima no se vaya a sentir presionada por él, sino que su participación es absolutamente voluntaria.

**DECIMOSEXTA.** Se propone un equipo mixto de mediación, compuesto por un hombre y una mujer, por considerarse muy adecuado en situaciones de desequilibrio de poder en la pareja. Ambos deber tener una capacitación en el manejo de herramientas de detección y evaluación de la violencia y de los efectos que ésta provoca en la víctima, así como poseer las suficientes habilidades para equilibrar la situación de poder de las partes.



**DÉCIMOSEPTIMA.** El proceso de mediación constaría de diversas fases: preparación, encuentro, negociación y ejecución. Se propone que la satisfacción por el infractor de los intereses de la víctima, mediante la reparación aparezca incorporada, junto a la pena, al sistema de sanciones jurídico-penales como una tercera vía en aras de que el infractor asuma su responsabilidad, no frente a un sistema que lo critica y perjudica sino ante, en el caso de violencia de género, la persona que ha sufrido y padecido con él.

**DECIMOCTAVA.** El modelo que propongo tiene la finalidad de aportar los elementos necesarios para que la sociedad y el legislador reflexionen sobre la prohibición de mediar en algunos casos de violencia de género. Las posturas radicales de corte prohibitivo no han de confundir su adecuación al proceso penal como la oportunidad de minimizar la conducta del agresor o con privatizar los conflictos surgidos como consecuencia de la violencia. Tal y como se ha planteado, el Derecho penal debe servir para algo más que la punibilidad del delito y la reparación de la víctima contribuiría, junto a la pena, al restablecimiento de la paz social y a un cambio en la percepción de la satisfacción de la víctima y la rehabilitación del infractor.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBERDI, I.; MATAS, N. *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Barcelona: Fundación “La Caixa”, 2002

ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018

ALZATE, R., MENDEZ, M. *La mediación en situaciones asimétricas: procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Madrid: Reus, 2012

AMOR ADRÉS, P.J., BOHÓRQUEZ, I., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., ¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratada? *Revista Acción Psicológica*, Vol. 4, No. 2, 2006

ARROM LOSCOS, R. *Aproximación a la mediación penal, líneas rojas Violencia de género y mediación penal, ¿un reto de futuro?* *Revista La Ley*, No. 135, 2018

BANDURA, A., *Social learning theory*,. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall., 1977

BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

BARONA VILAR, S., “La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en: BLASCO GASCÓ, F. de P., CLEMENTE MEORO, M. E., ORDUÑA MORENO, F. J., PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA SERVER, R., (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011

BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011

BARONA VILAR, S. *Mediación penal: un instrumento para la tutela penal*. *Revista del Poder Judicial* No. 94, quinta época, 2012

BARONA VILAR, S., *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

BELÉN SARASUA, I. *Violencia en la pareja*. Málaga: ediciones Aljibe, 2000

BELTRÁN MONTOLIU, A. “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, en: BARONA VILAR, S., ERVO, L. et. al. *La mediación penal en adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

BELTRÁN MONTOLIU, A. *Justicia restaurativa y mediación penal en los países anglosajones*. Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2014, pp. 23-52

BELTRÁN MONTOLIU, A. “Los delitos de cuello blanco y mediación penal”, en: MONTESINOS GARCÍA, A. *Tratado de mediación. Mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

BELTRÁN MONOLIU, A. *Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM: evolución jurisprudencial*. Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 19, 2018

BERISTAIN, A: *Criminología y Victimología, alternativas re-creadoras al delito*. Santa Fe de Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 1998

BLAZQUEZ PEINADO, M.D. *La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?* Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 17, No. 46, 2013

BOSCH FIOL, E., FERRER PÉREZ, V. A. *La voz de las invisibles*, Madrid: Cátedra, 2002

BOSCH-FIOL, E., FERRER-PÉREZ, V. *Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI*. Psicothema, No. 24, 2012

BOSCH FIOL, E., FERRER, V. A. *Nuevo modelo explicativo para la violencia contra las mujeres en la pareja: el modelo piramidal y el proceso de filtraje*. Asparkía, No. 24, 2013

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema” en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), SANZ HERMIDA, A., ORTIZ PRADILLO, J.C. (Coord.), *¿Mediación un método de? Conflictos*. Madrid: Colex, 2010

CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C., ALONSO SALGADO, C. *Mediación en violencia de género*. Revista de Mediación, No. 7, 2011

CASTILLEJO MANZANARES, R. *Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género*. Diario La Ley, No. 8882, 2016

CASTILLEJO MANZANARES, R. *Política legislativa y violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020

CUCARELA GALIANA, L.A., “La víctima de violencia de género ante el sistema judicial ((art. 44.5 Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género)”, en: ALONSO SALGADO, C., CASTILLEJO MANZANARES, R. *Violencia de género y justicia*. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2013

DUTTON DG, KROPP, PR. *A Review of Domestic Violence Risk Instruments*, en Trauma, Violence and Abuse, No. 2, 2000

CAGIGAS ARRIAZU, A. *El Patriarcado, como origen de la violencia doméstica*. Monte Buciero No. 5, 2000, p. 307

CANO SOLER, M. *La mediación penal*. Pamplona: Aranzadi, 2015

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal*. Revista Justicia Juris, vol. 13, 2017

CERVELLO DONDERIS V. *Principios y Garantías de la Mediación Penal desde un enfoque resocializador y victimológico*. Revista Penal, No. 31, 2013

CERVELLO DONDERIS, V., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial*. En <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

CORCOY BIDASOLO, M.: *Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales*, Revista de Derechos Fundamentales- Universidad Viña del Mar, No. 8, 2012

CORRAL MARTÍNEZ, M., LÓPEZ LÓPEZ, C., ESCRIVÁ CÁMARA, J. *La vergüenza como castigo al crimen. Una reflexión para el siglo XXI*. Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad, No. 4, 2019

CORSI, J. *Violencia familiar: una mirada interdisciplinaria sobre un problema social*. Buenos Aires: Paidós, 1995

DE VICENTES CASILLAS, C. *La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación*. Cuadernos Penales Jose María Lidón, No. 9, 2013

DEL POZO PÉREZ, M. “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 445 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en: MARTÍN DIZ, F (Coord.). *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Santiago de Compostela, 2011

DEL DEL POZO PÉREZ, M. *Matices y acotaciones sobre la prohibición de la mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*. Práctica de Tribunales, No. 98, 2012

DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., FERNÁNDEZ MONTALVO, J., DE CORRAL GARGALLO, P. *¿Hay diferencias entre la violencia grave y la violencia menos grave contra la pareja? Un análisis comparativo*. International Journal of Clinical and Health Psychology, No. 2, 2008

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., MUÑOZ SÁNCHEZ, J. M. *Límites entre la violencia psicológica y la relación de pareja meramente disfuncional: implicaciones psicológicas y forenses*. Anales de Psicología, Vol. 33, No. 1, 2017

ESCUDERO NAFS, A., POLO USAOLA, C., LÓPEZ GIRONÉS, L., AGUILAR REDO, L. *La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género. I: Las estrategias de la violencia*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, No. 95, 2005

ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008

FARALDO, P. "Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género", en: MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PEGORARO, J.S. (coord.) *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*. Madrid: Dykinson, 2011

FERNANDEZ NIETO, J., SOLÉ RAMÓN, A. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico*. Madrid: Lex Nova, 2011

FREIXES, T, ROMÁN, L. *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*. Universitat Rovira i Virgili, 2014

GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

GIMENO SENDRA, V. *Los procedimientos penales simplificados*. Poder Judicial, Especial II, 1986

GIMENO SENDRA, V. *Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*. Poder Judicial, 1987

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1999

GONZÁLEZ CANO, M. I. "La mediación penal en España", en: BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

GONZÁLEZ CANO, M.I. *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

GÓMEZ COLOMER, J.L. *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*. Castellón: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2007

GORDILLO SANTANA, L.F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007

GRACIA MARTÍN, L., *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo"*, Nuevo Foro Penal, No. 69, 2006

GRANDE SEARA, P., PILLADO GONZÁLEZ, E. *El Principio de Oportunidad. En La Justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016

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, No.12, 2009

HASSEMER, W., *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 45, 1992

HEISE, L., *Violence against women. An integrated, Ecological Framework*. Violence against women No. 4, 1998

HEISE, L., GARCÍA MORNO, C. “Violencia en la Pareja”, en VV. AA *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2003

HERNÁNDEZ HIDALGO, P. *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

HOLTZWORTH-MUNROE, A., MEEHAN, J.C., HERRON, K., REHMAN, U. Y STUART, G.L. *Testing the Holtzworth-Munroe and Stuart (1994) batterer typology*. Journal of Consulting and Clinical Psychology, No. 68, 2000

HOLTZWORTH-MUNROE, A., STUART, G.L. “*Typologies of male batterers: Three subtypes and the differences among them*”. Psychological Bulletin, No. 116, 1994, 476-497, en: AMOR ANDRÉS, P.J., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., LOINZAZ CALVO, I. *¿Se puede establecer una clasificación tipológica de los hombres violentos contra su pareja?* International journal of clinical and health psychology, Vol. 9, No. 3, 2009

LANDROVE DÍAZ, G. *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998



LANDROVE DÍAZ, G., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005

LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

LANGÓN CUÑARRO, M. *La teoría de la vergüenza reintegrativa de John Braithwaite*. Revista de la Facultad de Derecho, No. 18, 2000

LARRAURI, E., *Populismo punitivo...y cómo resistirlo*, Jueces para la Democracia No. 55, 2006

LAURENZO COPELLO, P. *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración políticocriminal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 7, 2005

LORENTE ACOSTA, M. *El Rompecabezas*. Barcelona: Ares y Mares, 2004

LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal*, Barcelona: Planeta, 2009

LORENTE ACOSTA, M. *El maltratador, la condición masculina y el maltrato de las mujeres*. Revista Crítica No. 960 (Ejemplar dedicado a: Violencia de género, problema social), 2009

LORENTE M, TOQUERO DE LA TORRE F. *Guía de la buena práctica clínica en abordaje en situaciones de violencia de género*. Madrid: International Marketing and Communications, 2004

LORENZO COLUNGA, M., “Una aproximación a la Justicia Restaurativa: un sistema penal para «dar a cada uno lo suyo»”, en: ROCA DE AGAPITO, L. (Dir.). *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019

MCALINDEN, A.M. *The shaming of sexual offenders. Risk, retribution and reintegration*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007

MAGRO SERVET, V. *Protocolo para la implantación de la mediación penal en los juzgados y tribunales*. CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, No. 184, 2016

MAGRO SERVET, V. *El delito de stalking o acoso en la violencia de género*. Revista La Ley Penal, No. 139, 2019

MADRID LIRAS, S., "Dinámica y aspectos psicológicos en las relaciones de maltrato: la «tela de araña»", en: SOLETO MUÑOZ, H. (Ed.), *Violencia de género. Tratamiento y prevención*. Madrid: Dykinson, 2015

MARTÍN RÍOS, P. *La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género. Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE*. Diario La Ley, No. 8016, 2013

MAQUEDA, M.L. *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*. Jueces para la Democracia, No. 61, 2008

MAQUIEIRA, V. "Género, diferencia y desigualdad", en BELTRÁN, E, MAQUIEIRA, V. ÁLVAREZ, S., SÁNCHEZ, C. *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid: Alianza, 2001

MARSHALL ROSENBERG, T: *Crime and Justice, a review of research*. Chicago: University of Chicago Press, 1999

MIGUEL BARRIO, R. *La justicia restaurativa y el interés por el delito: los círculos restaurativos como posible método de resocialización del victimario*, Diario La Ley No. 9297, 2018

MARTÍN DIZ, F. *Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?* Revista Derecho en Libertad, No. 3, 2009

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. *Mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Reus, 2011

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación penal en los procesos por violencia de género: entre la solución real del conflicto y el "ius puniendi" del Estado*. Revista de Derecho Penal, No. 33, 2011

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Mediación en el proceso penal en España: en especial, los delitos por violencia de género*. Revista Direito e desenvolvimento, No. 4, 2011

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad. Claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos”, en: AAVV. *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Género y violencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes”, en: MONTESINOS GARCÍA, A. *Tratado de mediación. Mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y momento procesal recomendable”, en: BARONA VILAR, S. *Justicia civil y penal en la era global*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

MARTÍNEZ GARCÍA, E. “Análisis de la justicia “procesal” desde la perspectiva de género”. En: AVILÉS PALACIOS, L. *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2018

- MONTAGU, A., “La naturaleza de la agresividad”, Madrid: Alianza Universidad, 1990, citado por SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*. Madrid: editorial universitaria Ramón Aceves, 2008
- MONTESINOS GARCÍA, A. *Mediación on line*. Revista de la contratación electrónica, No. 94, 2008, pp. 85-110
- MONTESINOS GARCÍA, A., *Tratado de mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017
- MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, 27 ed.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., AGUILAR CÁRCELES, M. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, 2011
- ORTIZ PIRATILLO, J.C. *El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género*. Revista de Derecho Procesal Justicia No. 1, 2012
- ORTIZ PIRATILLO, 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
- PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La mediación en el sistema penal*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011
- PELAYO LAVÍN, M. *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*. Universidad Complutense de Madrid, 2011
- PELIKAN, “Victim-offender mediation in domestic violence cases. A research report”, accesible en [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org).
- PÉREZ RIVAS, N. *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2017

PLAZAOLA J, RUIZ PÉREZ I. *Violencia contra la mujer en la pareja y consecuencias en la salud física y psíquica*. Revista Medicina Clínica, 2004

PUENTE ABA, L. M. *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología. Granada: Comares, 2010

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Víctimas y Garantías: algunos cabos sueltos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997

QUILES DEL CASTILLO, N. *Psicología de la maldad: cómo todos podemos ser Caín*. Madrid: Grupo 5, 2014

QUINTERO TURINETTO, A. *Hombres maltratadores. Tratamiento psicológico de agresores*. Acebo, Madrid, 2008

RAMÍREZ ORTÍZ, J.L. *Perspectiva de género, prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019

RÍOS MARTÍN, J.C. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Colex, 2008

RÍOS MARTÍN, J.C. *Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad*. Revista de Mediación, No. 8, 2º semestre 2011

RODRÍGUEZ CALVO, M. VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Estudio empírico sobre la violencia de género. Un análisis médico legal, jurídico penal y criminológico de 580 casos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Presente y futuro de la mediación penal”, en: RODRÍGUEZ TIRADO, A. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

RODRÍGUEZ MANZANERA, L. *La elección de la víctima*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, No. 22, 2008, pp.155-168

ROIG TORRES, M. *La delimitación de la “violencia de género”: un concepto espinoso*. Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXII, 2012

ROMERA ANTÓN, C., MERINO ORTÍZ, C. *Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares. Dos formas ascentrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo*. Cuaderno de Instituto vasco de criminología, nº 12, 1998

ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, T: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 2006

SALVADOR CONCEPCIÓN, R. *Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género*. Revista La Ley Penal, No. 112, 2015

SAUNDERS, D.G. *A Tipology of men who Batter Women: three types derived from cluster análisis*, en American Journal of Orthopsychiatry, No. 62, 1992

SERRANO HOYO, G. “Los servicios de justicia restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito”. En M. BULNES M.J., PÉREZ GIL J. *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, 2016

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001

SOLETO MUÑOZ, H. “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”, en: ECHANO BASALDUA. et al.: *Justicia restaurativa, una*

*justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Cuadernos penales José María Lidón, No. 9., 2013

TAMARIT SUMALLA, J. M. “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en: BACA BALDOMERO, E. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, J. M., TAMARIT SUMALLA (Coords.), *Manual de Victimología*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006

TAMARIT SUMALLA, J. *El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, Revista Ars Iuris Salmanticensis, vol. 1, 2013

TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., SERRANO MASIP, M. *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

URBANO CASTRILLO, E., *La mediación penal, una urgente necesidad*, Revista Economist&Jurist, No. 138, marzo, 2010

URBANO CASTRILLO, E., *La justicia restaurativa penal*, Revista La Ley, No. 73, julio, 2010

VALL RIUS, A., GUILLAMART 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

VALL RIUS, A. “Justicia restaurativa y violencia contra las mujeres”, en: CARRASCOSA, A., SOLETO, H. *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Posibilidades y límites de aplicación de la mediación penal en casos de violencia de género”, en: RODRIGUEZ CALVO, M. S., VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

VERGARA, J., GUILLAMAT, A. *Experiencia piloto de mediación familiar en conflictos familiares derivados de procedimientos archivados en los juzgados de VIDO*. Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones. Barcelona: CosmoCaixa, 2009

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 9, 2007

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo” en: *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género*. Revista Penal, No. 30, 2012

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Política criminal española en materia de violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018

VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Méjico, Méjico, 1994

WALKER, L.E. *The Battered Women*. New York: Harper and Row, 1979

ZEHR, H. *Retributive justice, restorative justice*. New Perspectives on Crime and Justice-Occasional Paper Series. Kitchener Mennonite Central Committee, Canada Victim Offender Ministries, 1985

ZEHR, H. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. United States: editorial Good Books, 2005

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “La Ley de Seguridad Ciudadana: un síntoma de la crisis del poder ejecutivo. Especial consideración del sistema penal”, en: MUÑAGORRI



LAGUÍA, I. (Coord.) *La protección de la seguridad ciudadana*, The International Institute for the Sociology of Law, 1995