

## **MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL EN ESPAÑA: EN ESPECIAL, LOS DELITOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO.**

*Elena Martínez García\**

**Resumen:** En España existe una tendencia progresiva a admitir la mediación en el proceso penal. Sin embargo, la LO 1/2004 de medidas integrales contra los actos de violencia de género decidió prohibir el uso de la mediación en este tipo de conflictos, prohibición necesaria en el momento y contexto de su gestación y, aún en el momento actual. Sin embargo, estas líneas que ahora expongo son fruto de años de investigación, donde tras estudiar numerosos casos de violencia de este tipo, consideramos que es posible discernir entre situaciones que no son enteramente iguales y que, por tanto, merecen una reflexión individualizada por parte de sus aplicadores y también del legislador.

**Palabras clave:** Mediación. Proceso Penal. España. Violencia de género.

**Resumo:** Na Espanha existe uma tendência progressiva de admitir a mediação no processo penal. No entanto, a LO 1/2004 de medidas integrais contra os atos de violência de gênero decidiu proibir o uso da mediação neste tipo de conflitos, proibição necessária no momento e contexto de sua gestação e, ainda no momento atual. No entanto, estas linhas que agora exponho são fruto de anos de investigação, em que entre estudar numerosos casos de violência deste tipo,

---

\* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universitat de València. Es doctora por la Universitat de València y dirige el Centro de Estudios Multidisciplinares en Violencia de Género de la misma universidad española ([www.uv.es/genero](http://www.uv.es/genero)). El presente artículo se encuadra en el marco de dos proyectos de I+D diferentes pero claramente complementarios e interdisciplinares. Nos referimos a PROMETEO/2010/095 “Mediación y arbitraje: piezas esenciales del modelo de justicia en el Siglo XXI” y DER2009/13688 “Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio transdisciplinar a través de la educación, los medios de comunicación y la actuación de los Jueces”.

consideramos que é possível discernir entre situações que não são inteiramente iguais e que, portanto, merecem uma reflexão individualizada por parte de seus aplicadores e também do legislador.

**Palavras-chave:** Mediação. Processo Penal. Espanha. Violência de gênero.

### **I. Planteamiento de los términos del debate**

El debate jurídico planteado desde el inicio de la puesta en marcha de la LO 1/2004 de Medidas Integrales de Protección contra los actos de Violencia de Género con motivo de la prohibición de mediación establecida en el art. 85 ter pfo.5, no ha sido solucionado tras cinco años de aplicación de esta Ley sino, antes al contrario, la grieta interpretativa abierta ha sido cada vez más profunda<sup>1</sup>. Paralelamente, desde hace una década, hemos asistido durante estos años a una sinergia proclive a comprender compatible los fines del proceso penal y la introducción de esta fórmula alternativa a la imposición necesaria de la pena por el Juez.

---

<sup>1</sup>Art. 85 ter pfo.5 “1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

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

- la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
- c. De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
  - d. Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a de este apartado.
  - e. Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.
2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:
- a. Los de filiación, maternidad y paternidad.
  - b. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
  - c. Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
  - d. Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
  - e. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
  - f. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
  - g. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:
- a. Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
  - b. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a del presente artículo.
  - c. Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
  - d. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.
4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.
5. *En todos estos casos está vedada la mediación.*

En este marco de debate científico irrumpe esta prohibición, acompañada de importantes escollos arrojados por la propia práctica judicial, donde paradójicamente, la opinión de los distintos operadores jurídicos especializados en violencia de género es muy dispar, lo que enriquece más, si cabe, el objeto de este debate.

La mediación penal es un procedimiento de resolución de conflictos que debe de discurrir entre la búsqueda de la solución real al conflicto y la pretensión procesal, conceptos que no siempre van de la mano en el proceso penal. Se dice que solo la verdad responsabiliza al que ha cometido un delito y en ella la víctima puede verse reconocida y perdonar. *A priori* estos fines quedan fuera del proceso penal y, por tanto, de su pretensión; sin embargo, la práctica ha demostrado el alto grado de reincidencia dado en este tipo de delincuencia por la razón de que el verdadero conflicto no se ha solucionado por y en el proceso penal. Según se verá, en este tipo de delitos existe un elemento diferenciador que no concurre en ningún otro tipo penal, a saber, la relación de *afectividad*<sup>2</sup>. El presente elemento va a ser una clave interpretativa a tener en cuenta al abordar los conceptos en juego, igual que lo será el *desequilibrio* indubitado en el que se encuentran las partes del conflicto que, en definitiva, ha llevado al legislador a establecer dicha prohibición incompatible con el principio de igualdad de nuestra Constitución (art. 14). En conclusión, en la medida que no se aborde con plenitud y dentro del proceso penal el conflicto existente, la simple imposición coactiva de la pena resultará –en numerosas ocasiones– incompatible con la relación de afectividad que quieren seguir manteniendo las partes del conflicto, con su segura perpetuación de los roles de víctima y agresor y con una consecuente elevación del nivel de riesgo y violencia para y contra ella. Esta triste realidad es algo que –frecuentemente se va a dar– imponamos o no la pena, porque

---

<sup>2</sup> Salvo en la violencia doméstica – de claro entronque con el género (con una etiología y explicación diferentes del abuso de poder manifestado en agresión) –, el resto de tipología delictiva no contiene este elemento de “afectividad” que distorsiona lo que se entiende por relación entre víctima y victimario y que les mantiene en roles que perpetúan la violencia.

conflicto real y pretensión van por cauces dispares. Con la propuesta de mediación pretendemos:

- a) Que en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones se intente atajar las raíces del conflicto;
- b) Que se eviten nuevos incumplimientos del maltratador y se reubique a la víctima en posición de igualdad.

Son otras las ventajas que un cambio de patrón, como el que se propone en estas líneas, podría traer consigo. En términos de eficacia procesal, escuchar a las partes en su conflicto y posible solución de forma reglada y supervisada, puede ser bastante más barato para el Estado que aplicar, siempre y en todo caso, en sistema punitivo estatal. Discernir entre situaciones de violencia, graduar entre ellas y que las partes se corresponsabilicen en la transformación de la convivencia y en los roles desigualitarios, puede ser una oportunidad de solucionar el conflicto. La causa pasa a encontrarse *subiudice* durante el tiempo que dure el pacto de ejecución al que hayan llegado las partes.

Todo lo que decimos no se encuentra carente de riesgos muy graves, que exigen que cualquier novedad pase por respetar unas premisas de difícil cuestionamiento. A tal fin responden el estudio propuesto en las siguientes líneas.

## **II. La prohibición de mediar en los conflictos de violencia de género**

La mediación como fórmula de resolución de conflictos no sólo generados en el esfera civil sino también el penal, nos llega desde el ámbito europeo a través de la Decisión Marco de la Unión Europea 2001/220/JAI por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>3</sup>. Paralelamente, desde este mismo ámbito europeo se

<sup>3</sup> A este respecto, véase la evolución dada en la materia en el ámbito europeo: Recomendación núm. (83) 7 de 23 de junio, del Comité de ministros del Consejo de Europa por la que se pide a los Gobiernos de los Estados la regulación de mecanismos que aseguren la indemnización de la víctima en los casos en los que exista pena sustitutiva a la pena privativa de libertad;

obliga a los estados a comprender el complejo fenómeno de la violencia sexista y a regularlo, partiendo del reconocimiento del desequilibrio existente, de la manera más protectora posible para la mujer, que le evite la victimización secundaria y posibles nuevas agresiones. En conclusión, el desequilibrio entre las partes en conflicto y la quiebra del principio de igualdad son fundamento de la LO 1/2004 y *leitmotiv* de la acción realizada a lo largo de toda la Ley en diferentes materias y, por supuesto, en materia penal.

Entender la violencia de género supone partir de una doble premisa como es, en primer lugar, la de dar voz a la víctima en el proceso llegando a comprender y respetar sus intereses en cuanto sean cohonestables con el orden público; en segundo lugar, dentro de la rehabilitación del condenado agresor está la necesidad de que se corresponsabilice de lo realizado y repare el daño y ello exige darle esa oportunidad de ofrecer algo a la víctima y que ella lo admita como

---

Recomendación núm. (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal, donde se recomienda a los estados el uso y fomento de la mediación y conciliación;  
Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia de las víctimas y la prevención de la victimización;  
Recomendación (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad como formas de combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión;  
Resolución 1999/26, de 28 de julio, del Consejo Económico y Social sobre el desarrollo y aplicación de la mediación y la justicia reparadora en el derecho penal;  
Comunicación de 14 de julio 1999 de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social sobre la alternativa real al procedimiento penal que puede ser la mediación entre delincuente y víctima;  
Consejo Europeo de Tampere donde se concluye que los estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales también en materia penal (15 y 16 de octubre 1999);  
Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio 2000 sobre la importancia del desarrollo de los derechos de las víctimas del crimen;  
Recomendación núm. (2006) 8, de 14 de junio de 2006 sobre la asistencia de las víctimas de las infracciones criminales. Véase su Anexo donde se define con claridad todos los aspectos relativos a la justicia restaurativa y, en concreto, a la mediación penal.

reparación<sup>4</sup>. De esta forma, el compromiso o acuerdo al que se llega no es una pena independiente o ajena al bien jurídico dañado, sino que tiende directamente a restablecerlo<sup>5</sup>. Para entenderlo, pensemos que en una pareja –en la que se quiebra la igualdad en los términos que ocurre en la violencia de género–, la víctima pretende –en numerosas ocasiones– acabar con el desequilibrio pero no perder el ámbito afectivo que le une a la pareja. Y esta doble pretensión es incompatible con el sistema punitivo y procesal actual de diseño decimonónico<sup>6</sup>.

Lo que en ningún caso debe ser admisible es una suerte de relajación del elemento público a favor del privado. Es decir, la manifestación de la violencia física o psicológica es un atentado grave contra la persona. Sus causas tienen una base afectiva y emocional que le lleva a comportamientos asociales con sus parejas o ex parejas. La

<sup>4</sup> Contrariamente a la idea que originariamente ha ido anudada a la reparación y compensación en el sistema penal de sanciones, donde alcanzar un acuerdo compensatorio suponía una suerte de reconciliación entre víctima y autor del hecho delictivo (*vid.* ROXIN, C., “Pena y reparación”, **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. LII (1999), p.6.), hoy parece que los postulados de dicha reparación tienen un fundamento diferente y alejado de tal presunción. Debemos de distinguir –precisamente en los delitos de violencia de género– entre finalidad de la reparación (opción política que apuesta por la *oportunidad*) y la meta perseguida por el legislador al regular estos mecanismos restauradores de la justicia (*legalidad* como forma de lograr la igualdad y justa responsabilidad por el hecho). A este respecto *vid.* HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Jueces para la democracia* 4 septiembre/1988, p.10.

<sup>5</sup> Pensemos que una mediación civil o mercantil se hace porque este tipo de solución de conflictos permite a las partes continuar, por ejemplo, con una relación comercial y éste puede ser un interés tan importante para las partes como la recuperación de las reivindicaciones iniciales que les han llevado ante los Jueces. Claro está, que en la mediación penal entran en juego otro tipo de intereses y lo público *a priori* no entiende de negociaciones e intereses particulares. Pero precisamente aquí debe de residir el cambio: cómo seguir tutelando intereses públicos por el Juez, dando voz a las partes del conflicto y supervisando que ambas se encuentran en igualdad de oportunidades para exigir y dar de forma acorde y respetuosa con la ley y el orden público.

<sup>6</sup> Muy interesantes las líneas de reflexión de PÉREZ GINÉS, C.A., “La mediación en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección e difícil cumplimiento”, *La Ley penal* núm.71, Mayo 2010.

mediación va a permitir generar el marco para hablar, negociar y entablar condiciones en relación con las causas que generan la violencia, pero respecto de los actos agresivos no podemos permitir una minimización de su desvalor. Cuestión diferente es que si atajamos las causas de la violencia, sea razonable permitir reconocer una modulación de la pena, según el tipo de violencia generada pero – siempre y en todo caso –, cuando este diálogo se produzca en el marco de un proceso judicial y restablecido con carácter previo el equilibrio *interpartes*, o mejor dicho, restablecida libre y fehacientemente la libre determinación de la autonomía de la víctima mujer. Si esta última condición no se genera, en ningún caso se debe permitir por el Juez o Ministerio Fiscal – como responsables de velar por el orden público y la vulnerabilidad de la parte en conflicto – la posibilidad de acceder a una mediación penal entre ellas.

Los conflictos en violencia de género sólo deben de ser mediables según las características del mismo y el estadio o grado de violencia impuesto por el hombre hacia su pareja. No es lo mismo una primera amenaza o zarandeo físico que una situación de violencia habitual. En el primer caso, roto el principio de igualdad, si la mujer víctima reacciona solicitando a la Justicia la tutela de sus derechos, *debe entenderse que el principio de igualdad lo tiene dicha mujer interiorizado* y al primer abuso es capaz de sacarlo de la esfera privada y ubicarlo en la pública con la tutela penal de sus derechos fundamentales. En el segundo supuesto, dicho principio constitucional ha sido minado durante ese periodo donde la violencia se ha convertido en habitual y cuando la mujer acude a la Justicia el desequilibrio preexistente entre las partes no permite negociar o transaccionar, por eso el orden público pasa a ocupar un primer plano y no puede dejarse en suspenso, atenuarse o negociarse la ejecución de una pena. Por esta razón, en el proceso penal con carácter general las faltas son ampliamente admitidas por la doctrina y jurisprudencia como objeto de mediación pero no los delitos<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Esta aceptación en materia de faltas no es honesta en el sentido de que son muchas las ocasiones en las que tras la falta no existe una investigación real de lo ocurrido o, cierta jurisprudencia, entiende erróneamente que la falta de prueba del ánimo discriminatorio, convierte en falta el delito de violencia de género.

En conclusión, la prohibición del legislador tuvo todo su sentido en esta primera fase de cambio de percepción legal de estas acciones delictivas y de su firme voluntad de transformar la sociedad, en sus roles de género, de forma más igualitaria y comprometiendo al Poder Judicial en dicho cambio, según se explicará en los siguientes apartados<sup>8</sup>.

### III. La desigualdad como punto de partida

Para entender la acción llevada a cabo por el legislador en el marco de la LO 1/2004, es necesario hablar del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad. Las claves de dicha interpretación servirán para realizar los ajustes procesales propios de la incorporación del principio de igualdad a los procesos en los que se tutelan actos violentos de género<sup>9</sup> y, en concreto, para poder plantearnos la adecuación de esta fórmula pacífica de solución del conflicto ante este tipo de violencia, de naturaleza desequilibrada y machista. Insistimos que los términos “resolver el conflicto” a tienden a las causas de la violencia y no a una minimización de la acción delictiva y de la consecuencia penal.

El artículo 14 CE consagra ese derecho desde una doble perspectiva. En primer lugar, se refiere a *la igualdad formal*, que impone la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este mandato es doble<sup>10</sup>. En segundo lugar, y con el

<sup>8</sup> Existe muy poca bibliografía específica. Recomendamos la lectura de ESQUINAS VALVERDE, P. **Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género**, Tirant monografías, 2008.

<sup>9</sup> Cuesta afirmar que desde que se promulgó la Constitución española de 1978, donde se sitúa al principio de igualdad como piedra angular de la misma, este mandato a los poderes públicos todavía no se ha hecho una realidad en materia de género, entre el hombre y la mujer, en casi ninguno de los ámbitos en los que éstos interactúan y tampoco en el de las relaciones de afectividad.

<sup>10</sup> Por un lado, exige la *igualdad de trato* a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación. Es decir, ante supuestos de hecho iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales y cualquier desigualdad debe de ser razonable y proporcionada (STC 229/1992). Pero por otro lado, también impone la *prohibición de*

fin de alcanzar la igualdad, la prohibición de la discriminación tiene un alcance *material* en el artículo 14 en relación con el art. 9.2 CE, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su efectiva realización. Ello implica una obligación para los poderes públicos de generar las condiciones necesarias para asegurar la igualdad efectiva. Y es aquí cuando se permite la discriminación positiva para lograr tal fin. En este sentido, afirma el Tribunal Constitucional “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados” (STC 216/1991). Nos encontramos, pues, en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el “derecho desigual igualatorio”*; esto es, la desigual situación de partida de un determinado colectivo requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con el objetivo de igualarlas de modo real y efectivo. De lo contrario se produciría la “*discriminación por indiferenciación*”, es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles<sup>11</sup>.

La Ley Orgánica 1/2004 parece haber asumido esta diferenciación de trato lo largo de su articulado. Una de ellas –y la única controvertida- incide sobre el ordenamiento penal. A ella se refiere el pronunciamiento del Tribunal Constitucional 59/2008 –entre otros– que ha declarado expresamente la constitucionalidad del art. 153.1

*discriminación, de modo que se prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables, “que afectan a colectividades concretas”, que históricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos a los que expresamente se refiere el precepto (art.10 CE).*

<sup>11</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, **La nueva Ley contra la Violencia de Género**, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, pp.65 y ss. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., **La tutela Judicial de la Violencia de Género**, Iustel, 2007.

CP<sup>12</sup>. No se trata de un supuesto de discriminación positiva ni de medida de acción de esta índole, sino simplemente de “una legislación sexualmente diferenciada, que es razonable porque obedece a la selección constitucionalmente legítima, al amparo del art.9.2 CE, de bienes jurídicos y finalidades constitucionalmente legítimas distintos a los protegidos por las normas generales del Código penal sobre malos tratos, lesiones, coacciones o amenazas”<sup>13</sup>. O, en otros términos, se trata de una ley sexo-específica<sup>14</sup>.

En este sentido, entender la posición del Alto tribunal, supone partir de los siguientes aspectos<sup>15</sup>:

- a) La desigualdad de género en las relaciones de afectividad que generan violencia y sometimiento constituyen el plus de protección dispensado por el legislador en estos tipos penales. Se trata del principio de igualdad entre el hombre y la mujer del artículo 14 CE. Como esta desigualdad se genera casi de forma unánime en una dirección, la consecuencia lógica ha sido que el sujeto pasivo siempre será el mismo, pero la protección dispensada se dirige a dicho principio protector de la igualdad y del género en el ámbito de las relaciones de afectividad.
- b) El género (y la vulnerabilidad en que se encuentra estas personas frente a la violencia en el ámbito de la pareja) es el fundamento de la diferencia de penalidad, pero el sexo es el elemento diferenciador en la norma. Por esta razón, la agravación de las penas al maltratador la ha generalizado el

<sup>12</sup> Sobre esta sentencia véase el comentario LARRAURI PIOJAN, E., “Igualdad y violencia de género”, **Revista para el análisis del Derecho**. Indret, febrero 2009, www.indret.com

<sup>13</sup> ALÁEZ CORRAL, B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, **Reseptorio Aranzadi del Tribunal Constitucional**, núm.12/2008, de 13 de enero, Thomson Aranzadi, pág.14.

<sup>14</sup> AÑÓN ROIG, M.J/MESTRE MESTRE, R.”Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho”, **La nueva Ley contra la Violencia de Género**, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, pp.64 y ss.

<sup>15</sup> COMAS D’ ARGERMIR, M., “La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución”, **Tutela procesal frente a hecho de violencia de género**, (VVAA, Coor. GÓMEZ COLOMER), *op.cit.*, pp. 61 y ss.

legislador para todos los casos que afecten a los sujetos pasivos que sufran dicha violencia dentro enclave de la relación afectiva, tanto para la mujer como para las personas especialmente vulnerables (hijos, ancianos etc.).

- c) Esta agravación no es algo ajeno a nuestra tradición jurídica. Cuando el código penal castiga de forma diferente al sujeto activo (empresario) que emplee sin contrato a españoles y a extranjeros, recibirá mayor reproche si el empleado es extranjero que si es nacional, dado que las condiciones de vulnerabilidad y especial situación de debilidad son diferentes (arts.311 y 312 CP).
- d) No se quiebra el principio de proporcionalidad, dado que no se priva al Juez de la posibilidad de realizar un juicio de proporcionalidad dentro de la aplicación del Derecho penal, en las condiciones definidas por el legislador y acordes al art.9.2 CE para perseguir las finalidades constitucionalmente legítimas (principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la especial vulnerabilidad de ésta frente a la violencia de su pareja).
- e) El art. 153.1 CP (así como los arts. 148.4, 172.2, 171.4,5 y 6 CP) se trata de una norma sexo-específica que se dirige directamente a romper con la subordinación generada en el ámbito de la pareja y a restablecer la igualdad de género.

Con esta explicación podemos sentar las bases de entendimiento de la prohibición del legislador. Si hasta la aprobación de la LO 1/2004 se minimizaba la consideración delictiva de este tipo de conflictos por los poderes públicos y, ejemplo de esta situación también lo encontramos en la Judicatura, se entiende que el principio de igualdad se regulara marcadamente en una pluralidad de preceptos y que, en esa línea, no se permitiera a los órganos jurisdiccionales abrir puertas que “minimizaran” el sentido de la reforma y la novedad legal<sup>16</sup>. En conclusión, la prohibición de mediación penal del art. 87 *ter* pfo.5

<sup>16</sup> Este espíritu debe impregnar igualmente la interpretación de la propia LECrim y, fruto de ello (así como de otras muchas normas), es posible pedirle al legislador una revisión del art. 87 *ter* pfo.5.

para los conflictos de violencia de género, ha logrado de forma sensata impedir obviar a los aplicadores de la norma o restarle importancia al hecho delictivo, tal y como venía desde antaño siendo frecuente, sobrevalorando el ámbito de la privacidad familiar en detrimento de la dignidad e integridad física y moral de la persona y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en la pareja.

Hoy, a punto de cumplir el sexto aniversario de la puesta en marcha de la Ley en cuestión, con una aplicación generalizada y razonable de la norma por los Juzgados especializados y las secciones de las Audiencias Provinciales, es el momento de volver a reflexionar en la materia<sup>17</sup> y fijar las condiciones y perfiles sobre las que podría ser factible. A este fin pretende contribuir las siguientes líneas de reflexión.

#### **IV. La mediación como solución equidistante e *inter partes* del conflicto. Dos visiones contrapuestas de la mediación: ¿fracaso o nueva visión de la administración de justicia?**

Comprender el fenómeno del que hablamos exige entender el propio origen de la acción penal. Históricamente el propio derecho penal nace como una forma de negación de la idea de venganza que se ubicaba tras la Ley del Talión o, lo que es lo mismo, el “ojo por ojo, diente por diente”. Este cambio fue acompañado de la asunción del monopolio estatal de la jurisdicción penal, en este caso, donde sería un tercero a partir de ese momento quien procedería a aplicar el derecho penal de forma impositiva, por la razón de que se privó de la acción a los titulares de la relación jurídica material entre víctima y victimario.

Desde hace un tiempo el modelo ha entrado en crisis. Las razones son muy variadas y valga como ejemplo para sostener el

<sup>17</sup> Informe de la Subcomisión penal para el estudio del funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación (**Boletín Oficial de las Cortes Generales**, Serie D, 154/000005, de 23 de noviembre 2009, núm.296.

En este sentido, vienen pronunciándose SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa”, Panorama actual y Perspectivas de la victimología: La victimología y el sistema penal, **Estudios de Derecho Judicial**, núm.121, 2007y LARRAURI, **Criminología crítica y violencia de género**, Trotta, 2007, p. 106.

cambio que aquí señalamos aquella que se refieren a la ineptitud demostrada por el proceso penal para prevenir nuevos delitos o para resolver nuevas formas criminológicas, la poca presencia de la víctima en el mismo –aun a sabiendas que el caso español es bastante más generoso que la mayoría de ordenamientos extranjeros– y en general, costes excesivos para una justicia desbordada. Además, de no cumplir las funciones propias que le atribuye la Constitución española relativas a la prevención general en la sociedad, la reparación de la víctima y la sociedad y la rehabilitación y reinserción del delincuente.

Ya no se trata de explicar el proceso penal a través de conceptos penales y procesales más o menos novedosos, tales como protagonismo de la víctima y la responsabilización de la conducta por el infractor, sino que hay que ir a la génesis real del problema y aplicarle en el siglo XXI una solución adecuada y que traiga como consecuencia que la víctima ya no se sienta víctima y que el infractor deje de serlo. Pero este cambio de perspectiva trae consigo el reconocimiento del ejercicio del *ius puniendi* del Estado para restablecer el orden público dentro proceso penal, donde se facilite el diálogo y se reconstruya la paz social, “devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil” y “minimizando las consecuencias negativas” que todo proceso penal conlleva<sup>18</sup>. En palabras de dicho autor, se trata de “otra” idea de la Justicia diferente a la clásica Justicia penal, basada en la “superioridad ética del modelo” restaurativo, donde se trata de “releer” los principios del proceso penal desde los valores dignificadores a los que sirve la justicia restaurativa<sup>19</sup>. La mediación penal no puede ser un “postizo” que se añade a un modelo procesal hoy caduco, sino que requiere de una modulación de alguno de los componentes del sistema penal, del sistema procesal penal y del sistema penitenciario, amén de la conformación orgánica y competencial de algunos de nuestros órganos jurisdiccionales<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> RIOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia (2005-2008)” <www.ammediadores.es>, p.9.

<sup>19</sup> RIOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa...”, *op.cit.* p. 14 y 15.

<sup>20</sup> BARONA VILAR (VV.AA), *La mediación penal para adultos*, “Prólogo”, Tirant lo Blanch, 2009, p.15. También *vid.* DE URBANO CASTRILLO, E., “La Justicia restaurativa penal”, la **Ley penal** núm.73 julio 2010.

Retomamos nuestras palabras que entendemos premisa básica en la aceptación de la reformulación del binomio mediación/causas del conflicto –en el marco del principio de oportunidad cuya función es resaltar la finalidad y efectividad de la norma – y pena/consecuencias de desvalor–como ejercicio del principio de legalidad cuya meta a conseguir es la justicia e igualdad en la expiación del hecho<sup>21</sup>. Ello lo consideramos así por la razón de que “realidad” y “consecuencias legales fijadas por la norma penal” van por caminos diferentes y, si bien para otra tipología delictiva poco o nada importa tal disfunción, en el caso de la violencia sexista se traduce en un conflicto perpetuado o no resuelto por la pena, por la razón de que el agresor sigue queriendo delinquir contra su víctima (y solo contra ella) y, en ocasiones, con una indudable y no superada vinculación emocional de esa víctima respecto del agresor. Mirar a un lado negando tales premisas nos lleva a seguir maquillando el problema, en sus orígenes y consecuencias.

#### **V. Un ejemplo real: La denominada “Jurisprudencia Terapéutica” en el derecho anglosajón**

Desde hace ya tiempo, a instancias de los Jueces se viene apuntando las dificultades que entrañan determinados conflictos, predominantemente en materia penal, que aunque constitutivos de delito o falta, tienen su origen en un problema de naturaleza social y psicológica. De esta forma, cuando el conflicto llega a manos del Juez, éste debe resolver problemas, digamos, de naturaleza humana que son la causa de que estos casos lleguen a los juzgados. En esta línea dentro del derecho anglosajón encontramos la creación de juzgados que intentan comprender y enfrentarse al problema subyacente origen del delito o falta y, a su vez, ayudar a los sujetos en conflicto desde el propio Juzgado

---

<sup>21</sup>Ya hemos aludido *supra* a la necesaria coherencia que arroja el derecho penal y el proceso de los principios de oportunidad y legalidad, siendo el primero una opción política que introduce finalidades diferentes (pero necesarias) a la responsabilidad justa e igualitaria por el hecho cometido (principio de legalidad). A este respecto vid. HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *op.cit.* p.10.

y dentro del proceso penal con el fin de que se trate el problema eficazmente, se eviten reiteraciones delictivas y se desperdicien recursos.

La “Therapeutic Jurisprudente” es un movimiento en el ámbito de los jurídico y judicial que explica –dentro del proceso penal – una nueva forma de elaborar la solución del conflicto<sup>22</sup>. Existen ejemplos meridianamente claros de conflictos en los que la prisión en ningún caso aporta solución alguna al problema social generado por el individuo en cuestión. Ejemplo de ello son Juzgados de Tratamiento de Drogas, fundados en Miami en 1989, creados a partir de la toma de conciencia de que las condenas por posesión de drogas (sin que mediara acto de violencia) no consigue efecto alguno si no se realiza una terapia que acabe con la adicción.

No significa que la justicia penal a través de estos juzgados especializados haga funciones que le corresponden a la Administración, pero sí que se imponga pena y/o medidas de seguridad en proceso penal con cierta eficiencia y acorde con la resocialización del delincuente, conminando a la administración pública a que preste su servicio. Se trata, por tanto, de ejercicio de jurisdicción en el proceso, orientada a la resolución tangible de los casos, desde una perspectiva multidisciplinar tendente averiguar *qué* soluciones legales funcionan y *por qué*, sobre la premisa de que “la ley es una fuerza social que puede producir consecuencias terapéuticas o antiterapéuticas”:

La JT propone que utilicemos los instrumentos de las ciencias de la conducta para estudiar el impacto terapéutico y antiterapéutico de la ley y que pensemos creativamente en cómo mejorar el funcionamiento terapéutico de la misma sin violar otros valores importantes, tales como los referidos al debido proceso. (GAULT)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Sobre esta materia puede encontrarse abundante información en < [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org) >, < [www.vorp.com](http://www.vorp.com) >, < [www.therapeuticjurisprudence.com](http://www.therapeuticjurisprudence.com) >.

<sup>23</sup> WEXLER, D/ WINICK, B. “La transformación del Papel de la Justicia”, [www.therapeuticjurisprudence.com](http://www.therapeuticjurisprudence.com)

Sobre esta base, en numerosos países viene realizándose mediaciones en materia penal<sup>24</sup>, que combinan el criterio cualitativo con el de la gravedad del caso y de la pena. En esos ordenamientos que regula este sistema de aplicación del derecho penal reconsiderando la forma en la que se llega y aplica el castigo, sin perderse por ello el efecto intimidatorio de la pena o minimizando las acciones delictivas.

## **VI. Propuestas para una posible mediación en los procesos por violencia de género: Presupuestos, principios y aspectos procesales sujetos a revisión.**

La escasa eficacia que tiene el sistema procesal penal en los términos establecidos en la LECrim, hace reflexionar sobre su necesaria actualización y reforma. La pregunta básica que surge al hilo será la siguiente: ¿debe la pena retroceder en aras del principio de subsidiariedad del derecho penal a favor de la reparación y restauración del orden dañado?

El análisis de Gonzalez Cano desde un punto de vista constitucional y procesal es inmejorable. El proceso penal tiene la doble finalidad de ser instrumento para el ejercicio del *iuspuniendi* del estado pero también la de satisfacción de derechos e intereses<sup>25</sup>. No es algo ajeno al derecho penal y ni algo que se encuentre desregularizado<sup>26</sup>, de hecho, en la actualidad los arts. 21 y 27 CP regulan la atenuación de la pena por la existencia de conciliación entre víctima e infractor a través del proceso de mediación, algo que si bien podría darse en otra tipología delictiva no es el fin a alcanzar en materia de violencia sexista y, en tal sentido se requeriría de cierta reformulación legal de las normas.

### **1. Presupuestos**

La mediación, se articula sobre cuatro criterios básicos<sup>27</sup>, concretables también en los casos de violencia sexista.

<sup>24</sup>BARONA VILAR, S., *La mediación para adultos...*, *op.cit.*

<sup>25</sup> GONZÁLEZ CANO, I., (Coor. BARONA VILAR, S.) *La mediación para adultos...*, *op.cit.*, p.27.

<sup>26</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las Víctimas...”, *op.cit.*, 235 y ss.

<sup>27</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las Víctimas...”, *op.cit.*, 240.

- 1) En primer lugar, la consideración de la víctima de violencia de género como persona capaz de comprender el hecho delictivo y de condenarlo como tal. No cabe justificación alguna; de darse, nos encontraríamos fuera del ámbito de lo mediable, porque mediación no es reconciliación<sup>28</sup>.
- 2) En segundo lugar, el reconocimiento del victimario de los hechos delictivos acometidos contra la víctima y el por qué de su realización, con asunción explícita de la existencia de un abuso de poder y desequilibrio dentro de la relación de afectividad presente o pasada.
- 3) La creación de un espacio de comunicación reposado que genere la reflexión de lo ocurrido y el significado dañino que ello tiene en sus vidas. Espacio que será creado por un mediador formado en esta tipo de comunicación vertebrada y equidistante, que asegure las condiciones de equilibrio y respeto en dicha comunicación, con poder para romper el diálogo cuando se quiebren estas condiciones.
- 4) La posibilidad de construir por víctima y victimario una reparación adecuada al daño producido a la víctima y a la sociedad, que en nuestra opinión siempre debería ir acompañada de un sometimiento obligatorio a terapia conductiva en el caso del maltratador y, en su caso, si así se estimara y aceptara, también por la víctima.

En conclusión, más que hablar de tipos delictivos susceptibles de mediación, consideramos más factible que se cumplan los requisitos expuestos con anterioridad. Lo importante no es que se denuncie una falta y ésta se someta a mediación. El órgano jurisdiccional tiene el deber de averiguar todo lo ocurrido en el tiempo y solo si concurren los citados requisitos se podrá incoar procedimiento de mediación.

## **2. El principio de oportunidad**

La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal (y por tanto la influencia de principio acusatorio puro de partes) es una

<sup>28</sup>Vid. nota 4.

realidad callada en nuestro proceso, que solo cuando se acude a juzgados se puede comprobar, que se manifiesta en detrimento del principio de legalidad, de alguna forma. En palabras de Moreno Catena el principio de legalidad “hunde sus raíces tanto en el positivismo legalista propio del movimiento codificador del siglo XIX, como en las doctrinas retribucionistas de la pena, de modo que la Ley ha de proporcionar al órgano público de acusación los parámetros seguros para el ejercicio de acción”<sup>29</sup>. Hablar hoy de rehabilitación, reinserción y reeducación impone entender el proceso penal con presupuestos diferentes al principio de legalidad, pues éste llevado hasta sus últimas consecuencias no crea una sociedad con menores tasas delictivas y tendente a la no reiteración del delito<sup>30</sup>.

Volvemos sobre nuestras palabras señaladas *supra* en torno a la necesaria cohonestación que el legislador debe de asumir en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal futura (*vid.* nota 4). Se pone de manifiesto que la realidad viene ajustada por la función jurisdiccional para no aplicar las normas (y penas) de manera poco eficiente, en términos constitucionales<sup>31</sup>, es decir, el principio de legalidad penal, que genera seguridad jurídica en la aplicación de la sanción penal, debe de poder ser modulado por el Juez, previa habilitación normativa, en determinados casos, lo que nos lleva a admitir el principio de oportunidad reglada en el proceso penal. En tales términos, aceptar la

<sup>29</sup>MORENO CATENA, V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, **Cuadernos de Derecho Judicial**, núm.4, 2002, Madrid, 2003.

<sup>30</sup>Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre, sobre la simplificación de la justicia penal, exhorta a los Estados Miembros a que adopten la introducción del principio de oportunidad en los procesos penales con las necesarias cautelas en su aplicación.

<sup>31</sup>Eficiencia debe distar de conceptos tales como economía procesal, descargar a los tribunales de trabajo, etc. Eficiencia debe entenderse en el sentido constitucional de imposición penas por los Jueces y Tribunales orientadas a la resocialización y reeducación del delincuente, donde el derecho de la persona víctima de un delito sea restablecido, así como la paz en la sociedad. Muy interesante en este sentido la reflexión de DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, Oportunidad y Otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, **La Ley Penal**, núm.73, julio 2010.

oportunidad será ejercitar acción penal de la forma establecida por el legislador y, por tanto, no al margen de la legalidad.

Por esta razón, y sin que sea el objeto de estas líneas, para admitir el principio de oportunidad debe de hacerse sobre la toma de conciencia de su alcance y significado, a saber, sobre las siguientes premisas<sup>32</sup>:

- a) Respeto por el principio de separación de poderes: Mientras que el principio de legalidad asegura igualdad de trato entre los ciudadanos, el principio de oportunidad pone en peligro, en cierta forma, el principio de división de poderes, porque si la autoridad instructora puede decidir acerca de la no persecución de hechos delictivos, supone que el poder judicial acaba definiendo lo que es o no delito perseguible e importante, criminalidad más o menos grave.
- b) Respeto por la fase plenaria del proceso penal: Igualmente, se está “devaluando el plenario”:” cuantos más delitos se eliminen durante la fase instructora –en especial la llamada “criminalidad en masa” – menor será el significado del juicio para el control de punibilidad. Esto ya es algo que ocurre con las conformidades en la actualidad<sup>33</sup>.
- c) Respeto por el principio de publicidad del plenario. La publicidad es una garantía constitucional del proceso; todo lo que no pasa por la fase pública del proceso no puede ser fiscalizado por tercero.

<sup>32</sup>HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *op.cit*, p.10.

<sup>33</sup> En la conformidad también hay oportunidad y, además, un diálogo vertical, escalonado, entre sujetos procesales que se encuentran en posiciones desiguales, *vid.* muy interesante a este respecto CANDAU PÉREZ, A., (junto a ANDRÉS, P., y TARUFFO, M.), **Consideraciones sobre la prueba judicial**, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p.169. De hecho en otros países es determinante en los casos de violencia de género la concepción *oportuna* del proceso penal, pues a pesar del entendimiento público de estos delitos de violencia de género, se acaba de alguna forma persiguiendo a voluntad de la parte ofendida que es quien genera el acervo probatorio mayoritariamente

### **3. Ley de mediación penal futura para los conflictos en violencia de género**

Consideramos, a la luz de todo lo dicho, que la mediación en violencia de género no puede tener exactamente las mismas características que en otro tipo de delitos. Aceptar la mediación en este tipo de agresiones físicas o morales dentro del ámbito de la afectividad, supone partir de la necesaria admisión de un desequilibrio de poder entre las partes, algo que ocurre en todo tipo de delitos, pero donde la negociación se da entre el Estado y el delincuente. En este caso, hablamos de una aproximación de posturas en la que una parte ha maltratado a otra y este dato debe de modificar la naturaleza, el alcance y procedimiento de mediación.

¿Qué significa, entonces, mediación en violencia de género? El concepto de mediación aplicado a este tipo delictivo se definiría 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 procesales que establezca el legislador.

Para el diseño de este procedimiento debemos partir de varias premisas que deberá regular la Ley.

- 1) Cumplimiento de la obligación de investigar los hechos una vez interpuesta la denuncia y/o la querrela en los términos establecidos por los artículos 299, 774, 797, 309 bis de la LECrim. Del resultado de dicha investigación se deducirá judicialmente si se trata de un supuesto susceptible de mediación o no.
- 2) Necesaria solicitud a instancias del Ministerio Fiscal y/o órgano judicial.
- 3) Necesario reconocimiento por ambas partes de la naturaleza delictiva de los hechos.
- 4) No minimización o trivialización de los hechos por parte de la mujer. La recuperación de su autoestima y el reconocimiento de la gravedad de lo ocurrido es condición necesaria para poder derivar a una mediación, recurriendo incluso a una terapia previa, en su caso. Solo así se restablece un diálogo de poder

equilibrado en el que las partes apliquen el derecho penal de la manera más adecuada a la naturaleza del conflicto y necesidades de las partes pero, en definitiva, aplicando la ley penal.

- 5) Solo aplicable cuando no hay reincidencia. Aquí se exige una especial labor judicial y de Fiscalía tendente a averiguar los hechos reales, antecedentes hasta llegar al acto violento denunciado y, en definitiva, averiguar si se trata este concreto hecho de la punta de un iceberg tras el que se ubica una situación violenta consentida –entendida como no denunciada – en el tiempo. En estos casos no debe haber mediación. Y ni que decir tiene que el juicio rápido no sirve a los fines averiguadores de conductas a los que nos referimos.
- 6) La función de las Unidades de Valoración Forense<sup>34</sup> en los procedimientos de mediación debe de ser previa al inicio del

<sup>34</sup> Estas unidades se encuentran adscritas al Instituto de Medicina Forense y tienen la siguiente composición: Un/a médico forense, un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social. La citada composición pretende abarcar el conflicto de forma plural y compleja, a imagen y semejanza de este tipo de violencia. Su función es realizar los informes sobre los que el órgano jurisdiccional va a decidir, abarcando un estudio tanto de la víctima como del agresor e hijos, en su caso. Dicho estudio solo se entrega al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de modo que en caso de que las medidas civiles las dicte un Juzgado de Familia la emisión de dicho informe es competencia de un equipo psicosocial diferente.

Una finalidad no prevista pero evidentemente de utilidad práctica sería extender las posibilidades que ofrecen dichas Unidades a la actuación preventiva de la policía, que debe evaluar riesgos objetivos. La valoración integral debe hacerse sobre los siguientes ejes a tenor del citado Informe:

- Valoración del resultado de las agresiones puntuales y de las consecuencias de la exposición prolongada a la violencia que ejerce el agresor como mecanismo de control de la mujer en el seno de la relación de pareja.
- Valoración de la agresión y la violencia en el plano físico y psíquico, y sus repercusiones en el ámbito social de la pareja.
- Estudio de la mujer y menores víctimas de la Violencia de Género, y del agresor en cada uno de los casos para poder integrar todos los elementos y circunstancias de la violencia, y alcanzar de este modo una imagen global de la situación denunciada.
- En el caso del estudio sobre el agresor, debe incluirse de manera sistemática una valoración del riesgo o peligrosidad que presente en los momentos del estudio

procedimiento con el fin de valorar por ese equipo psicosocial el grado de toma de conciencia que las partes tiene del conflicto (minimización de lo ocurrido, antecedentes, etc.) y, por tanto, del cumplimiento de las condiciones requeridas para mediar. Además, con ello se obtiene el efecto – respecto de la víctima – de que su declaración pudiera tener mayor consistencia y que el miedo no le hiciera retractarse y/o querer volver con el agresor incumpliendo, probablemente, el mandato del 468 CP y – respecto del agresor – a tomar conciencia de la necesidad de recibir una terapia adecuada y a ser derivado de forma inmediata para recibir ayuda. La situación se encontraría *subiudice* con la tutela institucional deseada.

- 7) La mediación no puede suponer un beneficio en detrimento de la víctima real o simbólica<sup>35</sup>, al igual que tampoco puede ser un medio para desvirtuar la clara finalidad de los pronunciamientos civiles que corresponden a este tipo de tutela<sup>36</sup>. Por tanto, el respeto por estos dos aspectos civiles y su supervisión por el Juez o el Ministerio Fiscal, pasa a ser presupuesto para poder realizar una mediación.

#### **4. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

La admisión de la mediación dentro del proceso penal exige de ciertas modificaciones de la Ley procesal y del Código penal<sup>37</sup>, aunque no le falta razón a Subijana Zunzunegui que la habilitación legal actual

<sup>35</sup>Sobre la responsabilidad civil véase IBÁÑEZ SOLAZ, M, “La valoración de la responsabilidad civil de la víctima de malos tratos”, *Cuadernos de formación del Consejo General del Poder Judicial*, 2010 (en prensa).

<sup>36</sup>Nos referimos a las cuestiones relativas a la guardia y custodia de menores, régimen de visitas y periodos vacacionales, uso del domicilio familiar, cuestiones relativas a la pensión alimenticia, cuestiones relativas a la pensión por desequilibrio y otros gastos que puedan ser extraordinarios.

<sup>37</sup>Sobre estos pormenores existe un estudio pormenorizado realizado por el Consejo General del Poder Judicial, accesible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) en la sección destinada a la Mediación, que a su vez se basa en el estudio realizado por varios autores coordinador por RIOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa ...” *op.cit.*

para admitir la mediación y reconducir el proceso se encuentra en los artículos destinados a regular las conformidades<sup>38</sup>. Sin pretender más que una aproximación a esta cuestión *de legeferenda*, valgan las siguientes propuestas:

- a) El art. 2LECrim debe de incorporar la definición del concepto de mediación.
- b) El art. 9 LECrim debe de regular la competencia de los tribunales para decidir sobre la derivación del asunto a este tipo de procedimiento; para ello será necesario definir bien en el código penal, bien en la LECrim la obligatoria derivación, oída la Unidad de Valoración Integral de la víctima, sea cual sea la fase procesal en la que se encuentre.
- c) El art.325LECrim sobre la actuación judicial en fase de instrucción que, conforme al Informe del Consejo, deberá desarrollar un procedimiento que garantice el derecho de información de las partes y de sus letrados relativo a este tipo de fórmula restaurativa e, igualmente, a su audiencia previa a la derivación donde otorgarán el consentimiento informado de someterse, en su caso, a una mediación<sup>39</sup>.
- d) Los arts. 779 y 780 deberán admitir la posibilidad de que se presente escrito de calificaciones acorde al compromiso reparatorio fruto de la mediación emitido por el equipo mediador, en su caso.
- e) Para las faltas se deberá modificar el art. 962 LECrim en el sentido de incorporar la posibilidad de ir a mediación y sus consecuencias.
- f) Igualmente, debiera regularse expresamente el hecho de que la información obtenida durante este proceso, sea cual fuere el momento procesal oportuno, no pueda constituir prueba las

<sup>38</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., *op.cit*, p.250.

<sup>39</sup> El sometimiento y la derivación del caso, en ningún momento, puede suponer una paralización de la causa y, especialmente, de las diligencias de investigación. El intento de mediación se deberá hacer con la antelación suficiente que asegure la apertura del juicio oral con resultado positivo o negativo del intento de acuerdo.

aportaciones en ese u otro proceso ni afectar, por tanto, a la presunción de inocencia<sup>40</sup>. En este sentido deberá señalarse el contenido que debe reunir el acta del equipo mediador y que cubre el secreto profesional, obligación que puede ser dispensable por las partes<sup>41</sup>.

- g) En la Ley procesal debiera introducirse, según lo dicho, el principio de oportunidad reglada en el artículo correspondiente, actualizándose a una situación forense real y regularizando los casos en los que es adecuada la introducción de dicho principio, sus límites y formas.

---

<sup>40</sup>DEL MORAL GARCÍA, A., “Perspectiva de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un fiscal”, **Revista Familia**, núm.36 Universidad Pontificia de Salamanca, enero 2008, donde afirma que no es una fase destinada a recabar pruebas y donde las actuaciones de mediación no son prueba. La decisión de someterse a una mediación o su decisión contraria no son prueba, pero son más de actitudes valorables como indicio o conraindicio y deberán ser sometidos a debate contradictorio en juicio oral con las mismas garantías de inocencia que pudieran derivarse, por ejemplo, de un reconocimiento de culpabilidad en la fase de instrucción y su posterior negativa en juicio oral. Se tratará de una cuestión de lo que se pueda o no probar en juicio y de la decisión judicial plasmada en la sentencia. Afirma el citado autor “que sentar la regla de que el fracaso del proceso de mediación ha de ponernos en una situación idéntica a aquella en que el proceso no se hubiera iniciado no es real. (...) No significa que aquel sea culpable, pues hay muchas circunstancias y factores que pueden justificar creíblemente la realización de una actividad de reparación distinta a la culpabilidad y también algunas (...) que explican verosímilmente un prematuro reconocimiento de unos hechos delictivos por el autor que luego se retracta y que, por tanto, pueden explicar un pronunciamiento absolutorio a pesar de esa inicial confesión. (...). Es más correcto admitir que el reconocimiento de los hechos previo a la mediación, que la voluntad de someterse a ese proceso, puede influir posteriormente en la valoración probatoria –aunque, desde luego, no han de ser determinantes– para que el imputado adopte la decisión con toda la información y siendo consciente de todas las repercusiones”, p.94.

<sup>41</sup>Se debe de tener en cuenta el hecho de que la declaración testifical del que fue mediador es uno de los supuestos que puede dar lugar a la ilicitud probatoria (arts. 11.1 LOPJ y 416 LECrim).

- h) Fruto de ello, se tendría que incorporar los momentos en los que una mediación penal sea posible y las consecuencias o efectos de la misma en sus diferentes fases.
- i) Pensemos que la ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse con anterioridad al juicio oral si se pretende que se acabe con un sobreseimiento o archivo de la causa (cuando la pena fuese inferior a un año de prisión). La reparación puede considerarse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por el/la Juez o el Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas. Ello exigiría tanto para delitos como para faltas, regular esta situación y sus condiciones para generar el sobreseimiento (638 y 641).
- j) Sobre la incorporación del acuerdo a la sentencia se estará al 248 LOPJ y se modificará el art. 794 LECrim a tales fines
- k) Igualmente se modificará el art. 984 LECrim en materia de ejecución penal.

### **5.Modificaciones en el Código penal**

Nuestro derecho penal no recoge los postulados propios de la justicia restaurativa. Sin embargo, podrían reinteprarse en esta clave como formas de atenuación de la pena, reparación, suspensión, sustitución, ejecución y extinción<sup>42</sup>.

- a) Se debe de incorporar expresamente una atenuante específica en el art. 21 CP, donde se exprese el inicio de la reparación con carácter previo al juicio oral. La concurrencia de dos atenuantes o una muy cualificada puede llevar consigo la atenuación de la pena en uno o dos grados (art.66.1.1 y 2 CP).

<sup>42</sup>Véase el extenso y cuidadoso estudio realizado por SUBIJANA ZUNZUNEGUI p.251 y ss. También véase aquí el aludido informe del CGPJ.

- b) El código penal debiera incorporar un elenco de delitos no perseguibles de oficio en el que quepa la mediación en los términos que determine el legislador. Igualmente debiera haber una mención expresa para los casos en los que la pena a imponer sea en trabajos en beneficio de la comunidad, se haya solicitado indulto, se sustituya la pena, para la clasificación en grados o la libertad condicional, en los términos expuestos con anterioridad<sup>43</sup>.
- c) Modificación del art. 80.5 CP en el sentido de incorporar la posibilidad de que la mediación tras la sentencia, pueda habilitar al Juez para proceder a la suspensión de la prisión de hasta 3 años, aunque no concurra el requisito del 81.1 CP.
- d) En caso de mediar renuncia a la acción civil por la víctima debiera pasar a un fondo de ayuda a mujer maltratada como responsabilidad civil simbólica derivada de delito consumado, frustrado, tentativa, en los casos en los que haya mediación. Igualmente, aquel que no pueda pagar debe de hacer trabajo en beneficio de la comunidad. La mediación no puede suponer un beneficio en detrimento de la víctima real o simbólica<sup>44</sup>, al igual que tampoco puede ser un medio para desvirtuar la clara finalidad de los pronunciamientos civiles que corresponden a este tipo de tutela<sup>45</sup>. Por tanto, estos dos aspectos civiles pasan a ser presupuestos irrenunciables en la mediación.

## VII La mediación *en* los procesos por violencia de género en fase de ejecución penal

Como punto de partida consideramos admisible la mediación en fase de ejecución judicial en los delitos por violencia de género.

<sup>43</sup> Vid. en ejecución apartado VII. de este trabajo.

<sup>44</sup> Sobre la responsabilidad civil véase IBÁÑEZ SOLAZ, M, “La valoración de la responsabilidad civil de la víctima de malos tratos”, **Cuadernos de formación del Consejo General del Poder Judicial**, 2010 (en prensa).

<sup>45</sup> Nos referimos a las cuestiones relativas a la guardia y custodia de menores, régimen de visitas y periodos vacacionales, uso del domicilio familiar, cuestiones relativas a la pensión alimenticia, cuestiones relativas a la pensión por desequilibrio y otros gastos que puedan ser extraordinarios.

Dadas las incógnitas y desconfianzas existentes todavía sobre la aplicación de la mediación en procesos por violencia sexista, creemos que el legislador correría pocos riesgos admitiéndola *adprobandum* en fase de ejecución donde claramente y sin lugar a dudas el *iuspuniendi* se ha hecho valer por el estado y existe pena a imponer.

Esta situación que planteamos no ofrece margen de duda cuando la aplicación de la mediación se imponga en fase de ejecución. Las razones se pueden resumir del siguiente modo:

- 1) Sin lugar a dudas, ya se ha aplicado el derecho penal y la mediación servirá como forma de canalizar una pena oyendo a la víctima –que debe de seguir cumpliendo los mismos requisitos anteriores- y al condenado al que se le abre la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos e imposiciones derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez. Igualmente, a esta parte condenada le serán de aplicación los presupuestos o requisitos aludidos con anterioridad.
- 2) El incumplimiento de lo convenido en la mediación reactivará la condena pendiente y, además, constituirá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.
- 3) En ningún caso, el perdón del ofendido tiene virtualidad en este tipo de delitos públicos.

Las posibilidades que podemos encontrar son las siguientes<sup>46</sup>. En primer término, nos referiremos al condenado que no se encuentre en situación de privación de libertad; y, en segundo lugar, cuando se encuentre privado de libertad.

Cuando no se encuentre privado de libertad será aplicable tal negociación entre ambas partes con el fin de obtener algún beneficio penológico y poder valorar el esfuerzo reparador<sup>47</sup>, siempre bajo el

<sup>46</sup>RÍOS MARTÍN, J.C., “La mediación en la fase de ejecución penal”, **Revista de estudios penitenciarios**, Extra 2006, pág. 169 y ss.

<sup>47</sup>A través de este posible acuerdo se daría contenido a los numerosos supuestos en los que se procede a condenar y a sustituir sin que en la práctica haya ningún esfuerzo real por responsabilizarse y reparar el daño.

cumplimiento de los presupuestos establecidos en el epígrafe anterior, en las siguientes penas y casos:

- a) Cuando la condena sea a pena de localización permanente<sup>48</sup>
- b) Cuando la condena sea a pena de alejamiento<sup>49</sup>
- c) Suspensión ordinaria de los arts. 80-86 CP, así como la suspensión especial del art. 87<sup>50</sup>
- d) Suspensión durante la tramitación de un indulto
- e) Valoración de la mediación a los efectos de sustituir la pena de prisión por la de multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88 CP)<sup>51</sup> cuando quede acreditar la reparación del daño.

<sup>48</sup> Vid. Arts. 35 y 37 CP y RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; RD 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005

<sup>49</sup> Vid. Art. 57.2 CP; este artículo impone la obligatoriedad para el juez de adoptar en la sentencia la pena de alejamiento respecto de la víctima por aplicación de lo dispuesto en el art. 48.2 CP. Sería una manera de mitigar los efectos derivados de esta pena de imposición obligatoria y que, en las ocasiones en las que no hay una toma de conciencia de la situación delictiva cometida por el agresor y sufrida por la víctima, deviene en quebrantamientos de condena del artículo 468 CP. En estos casos, existiría pena de alejamiento, con posibilidad de modulación tras la negociación y estando la causa *sub iudice* con supervisión judicial del cumplimiento de los requisitos establecidos para dicha suspensión.

<sup>50</sup> Vid. RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; también en RD 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005. Su incumplimiento conllevará la pena de prisión al no aplicarse el artículo 84.2 CP.

<sup>51</sup> Tanto para las penas que no sean superiores al año de privación de libertad como a las que sí lo fueren, según se establece en el art. 88 CP y el RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se fijan las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; también *vid.* RD 1849/2009, de 4

Cuando sí se encuentre condenado a pena privativa de libertad será un dato a tener en cuenta la mediación resultante con reparación del daño:

- a) Para la clasificación en los diferentes regímenes
- b) Para la concesión de permisos
- c) Para excluir el periodo de seguridad del art. 36.2 CP
- d) Para la concesión de la libertad condicional
- e) Aplicación de la libertad condicional anticipada

Acertadamente, afirma el citado autor que, en los supuestos en los que la mediación no siga adelante por voluntad de la víctima, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá decidir cómo afecta el proceso mediador a la ejecución de la pena en cualquiera de sus formas, aunque parece poco probable que si la víctima rompe la mediación sea por una actitud admisible del condenado. Corresponde a la unidad de valoración informar al órgano judicial sobre los problemas acaecidos en la negociación. Aquí la presunción de inocencia ya no está en juego y, por tanto, se trata solo de los términos en los que se ejecuta la sentencia de condena. No cabe agravación o intoxicación por parte del Juez sino, en todo caso, la ejecución de la sentencia dictada.

### **VIII. Procedimiento de Mediación**

El procedimiento de mediación –aun siendo una herramienta de comunicación y aproximación de las partes para la solución del conflicto de forma más satisfactoria-, debe de estar reglado. Los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, oficialidad, flexibilidad, bilateralidad informan el proceso de mediación. Este procedimiento, además, debe de ser gratuito.

---

de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005. En caso de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debe retomarse la ejecución de la prisión que fue sustituida inicialmente, descontando las jornadas efectivamente cumplidas. Lo mismo ocurrirá cuando el incumplimiento verse sobre las obligaciones acordadas como condición para fijar la sustitución.

Según se ha dicho, resulta básico que en un futuro se formule una regulación legal de los diferentes momentos o fases en los que se puede mediar con criterios objetivos que establezcan o unifiquen las decisiones judiciales de derivación a mediación (ante causam, intracausam, post causam, en fase de ejecución penitenciaria). En la bibliografía más asentada se establece 4 fases en la mediación que consideramos aplicables a nuestro objeto de estudio con los matices que se expondrán a continuación.

- 1) Fase inicial de contacto: se encuentra destinada a que el órgano judicial decida de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal proceder a derivar el caso a una posible mediación. Para ello se hace aconsejable que el legislador determine los perfiles del conflicto que hacen posible mediar y qué se entiende por consentimiento informado de las partes<sup>52</sup>.

Por su lado, el procedimiento mediatorio debe de regular cuál será el órgano mediador, características, etc. Solo tras una entrevista individual este órgano –y dado el consentimiento de ambas partes- podrá decidir si es posible encontrarnos en una posición de igualdad suficiente como para iniciar un diálogo *inter partes* equilibrado o si es necesario derivar, con carácter previo a un equipo psicosocial. Entretanto, deberá quedar en suspenso el proceso principal y la mediación sólo se activará en el momento que el equipo psicosocial dé su visto bueno. A tal fin la Ley tendrá que regular plazos orientativos para estos profesionales.

- 2) Fase de acogida: en la presente fase importa que las partes se encuentren en un equilibrio restablecido y a través del mediador reconozcan la naturaleza del conflicto y la pena a imponer, en su caso, por el órgano jurisdiccional. Debe de llegarse a través de un proceso comunicativo a que el imputado/procesado/condenado reconozca su culpabilidad, los hechos realizados y se corresponsabilice en el restablecimiento del orden público y

---

<sup>52</sup> Para ello recordar todo lo dicho en el apartado relativo a los presupuestos de la mediación (*supra*).

daño generado a la víctima; por su lado, ésta debe de reconocer que esos actos son delictivos y atentatorios contra su persona, consciente de que no son actos que puedan perdonarse ni minimizarse y dándole la palabra para que pueda manifestar cómo podría restablecer el victimario el daño producido a ella y a la sociedad en general. Esta fase puede ir acompañada de la necesaria instrucción de lo que significa el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, así como de apoyo psicológico y legal para ambas.

- 3) Fase de negociación: Aproximadas las partes al conocimiento profundo del problema que genera la violencia del hombre hacia su pareja o expareja, de las posibilidades de reincidencia si no se da la terapia debida y de las consecuencias penales derivadas de una nueva agresión, las partes deben de proponer a través de la denominada “tormenta de ideas” las posibles formas reales de superar esta situación de violencia intrafamiliar y de pareja y éstas deberán de aproximarse al catálogo de soluciones que el legislador proponga. La idea de permitir a las partes realizar esa “tormenta de ideas” se dirige a que se obliguen a interiorizar el conflicto y la reparación y deban pronunciarse sobre cómo restablecer el orden dañado. Cualquier acuerdo debe de ser aceptado, *a priori* por el mediador y *a posteriori* por el juez. Si no existiera acuerdo o éste no fuera lo suficientemente claro y corresponsable para el mediador, se procederá a archivar la mediación y a comunicar tal archivo sin más al órgano jurisdiccional<sup>53</sup>. Sólo si en la mediación su hubieran dado indicios de nuevos delitos, debiera dársele parte al Juez.
- 4) Fase de ejecución del acuerdo: Esta fase se compone de dos momentos. En primer término, aceptado el acuerdo por el Juez quedará obligado a tomar una decisión de carácter

---

<sup>53</sup>Téngase en cuenta aquí todo lo dicho sobre la importancia de no transigir en materia de responsabilidad civil y los pronunciamientos civiles que vienen aparejados a este tipo de delitos (*vid. supra*).

procedimental, según el momento procesal en el que se haya generado el acuerdo<sup>54</sup>.

A continuación, se procederá, entonces, a la ejecución de los términos del acuerdo. La Ley debe de determinar las consecuencias del incumplimiento y la forma en la que se realice el seguimiento del cumplimiento y por quién.

Llegado a este punto, una cuestión nada sencilla de resolver es la relativa a la eficacia que puede tener voluntad participadora del maltratador y tendente a la reparación del daño. ¿Puede este recibir algún beneficio si la víctima no quiso mediar?, En nuestra opinión, si no hay acuerdo debe hacerse cumplir la Ley en los exactos términos que dice el Código penal y el órgano

---

<sup>54</sup>DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, Oportunidad y otras propuestas para optimizar la Instrucción penal”, **La Ley penal**, núm.73, Julio 2010, clasifica entre los supuesto en los que la causa se ha tramitado por diligencias previas del procedimiento abreviado o por Juicio de faltas.

En el primer supuesto, cuando se trate de un reconocimiento de hechos de los previstos en los art. 779.1.5 y 801 LECrim), se procederá de inmediato a transformar en diligencias urgentes, con sentencia de conformidad y rebaja de un tercio de la pena. Se proclamará la firmeza de la sentencia y se envía a ejecución, es decir, se ejecuta la pena en los términos pactados por las partes y aceptados por el Juez.

Por su lado, en los demás casos y siempre y cuando la pena no exceda de seis años de prisión, aunque llegado a este punto ya no hay beneficio penológico alguno, sí podría considerarse el acuerdo de mediación a los efectos de apreciar la atenuante de reparación del daño, en ausencia de agravante alguna. A posteriori, igualmente, podría tener efectos beneficiosos en relación a una posible suspensión o sustitución pero, en nuestra opinión, siempre sujeto –no tanto a la intervención del maltratador en la mediación- sino antes bien a la existencia de un acuerdo forjado sobre la base de la toma de conciencia por ambas partes del carácter grave y delictivo de los hechos, la libertad en la negociación y la reparación de los hechos en los términos descritos *supra*.

En el segundo caso, si se tratara de un juicio de faltas en el que la mediación produce un acuerdo reparador satisfactorio entre las partes, se convocará una vista oral destinada a ratificar el acuerdo y dictar sentencia de conformidad y a reducir la pena conforme al art. 638 CP. La sentencia será firme y se reconducirá a su ejecución. En estos casos, lo normal es que las partes no acudan a juicio oral y no ratifiquen, por lo que normalmente se acaba con un archivo de la

jurisdiccional encargado de resolver el asunto; así, la pena no está en manos de la víctima, y si el órgano jurisdiccional aplica, por ejemplo el art. 21.5 CP es porque ha habido un esfuerzo reparador (que no mediador). No se puede utilizar esta vía para seguir obviando a la víctima.

- 5) Fase de seguimiento: En violencia de género se recomienda que sean equipos psicosociales los que supervisen y emitan un acto para corroborar el estado de la ejecución.

Solo pueden ser mediadores los equipos psicosociales o las Unidades de Valoración Integral en los términos que señale la Ley, no debiendo hacerlo ni el órgano jurisdiccional, ni Fiscalía ni la policía. Deben de tener la capacitación necesaria y exigida por la ley de mediación penal y, además, ser especialistas en materia de género e igualdad. En ningún caso puede salir del ámbito de la administración de justicia pues hablamos de la aplicación del derecho penal.

## **IX. Conclusiones y claves de la justicia restauradora**

La delegación que el ciudadano hace de sus conflictos en manos de la administración de justicia, ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias, de ahí que exista en la LECrim un reflejo del principio de legalidad y necesidad; ahora parece que las cosas cambian y se debate sobre la necesidad de incorporar en la propia ley procesal una leve introducción del principio de oportunidad<sup>55</sup>.

---

causa equivalente a una sentencia absolutoria. El problema surge, como apunta el citado autor, en los casos en los que existía un acuerdo reparador económico, pues se hace inviable. Como el acuerdo no es título ejecutivo del art. 517 LEC, la víctima queda desamparada, por eso lo razonable sería que el acuerdo se recogiera en sentencia condenatoria de conformidad con la mínima, pero concretando la responsabilidad civil. En mi opinión, es precisamente en este aspecto uno de los mayores óbices de la propuesta que hacemos porque el beneficio de no mediar es superior al de mediar. Hay que introducir algún elemento corrector.

<sup>55</sup> El castigo penal es siempre una mirada al pasado, no al futuro. Hacerle responsable en el restablecimiento del orden público en una mirada al futuro.

En palabras de Hassemer, hasta ahora se ha neutralizado a la víctima, su conflicto pasó a ser del estado. No se trata de introducir a la víctima para quitarle algo al imputado:

No se trata de privatizar el conflicto, en el sentido de considerarlo como asunto privado, toda vez que la mediación no se concibe como sistema alternativo sino como una herramienta más de la justicia penal para una adecuada respuesta al delito; como una respuesta que puede insertarse en las distintas fases del proceso con diversos efectos jurídicos y en cuya práctica han de observarse unos principios básicos-voluntariedad confidencialidad, libertad, neutralidad- .(.) Es pues al Estado a quien corresponde la definición y articulación de esta figura, así como garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías procesales<sup>56</sup>.

No es un problema solo de dotar de recursos económicos sino de cambio de percepción, de integrar pena, rehabilitación y satisfacción de la víctima. Supone sustituir los fines retributivos de la pena por los restaurativos. Hubo una expropiación de los derechos subjetivos a ser tutelado en el proceso penal y hoy hay una suerte de retroversión en esta situación, devolviendo al ciudadano lo que originariamente fue suyo, lo que le permite discutir la forma en la que debe aplicarse el derecho penal.

Además, se introducen parámetros de índole de justicia material claros, como es el hecho, en primer lugar, de la facilidad de cobro del los daños producidos a la víctima (pues la entrada en prisión del agresor impide normalmente indemnizar a la víctima), y para el maltratador la reparación deberá pasar a ser un acicate para que el Juez dé por sentado el restablecimiento del orden social y reparación de la víctima. Pero, igualmente, la causa *sub iudice* marca un paso de imposible vuelta atrás para el agresor más allá de los aludidos aspectos

<sup>56</sup> RIOS MARTÍN, *op.cit.*, p. 28.

económicos, pues la administración de justicia pasa a auspiciar la protección de la víctima y a velar por la no reincidencia del victimario. La prevención general funcionará, dado que la sociedad percibe la aplicación judicial del derecho penal, la reparación del daño, la terapia conductual, y la administración de justicia tras los pasos de un delincuente primario al que reactivará la pena en caso de incumplir.

Todo ello sin olvidar la premisa fundamental de este trabajo, a saber, que no todos los casos serán mediables y que la mediación no es la solución a la crisis del proceso penal y, cuando menos, de los procesos por violencia de género, sino que es una posibilidad dentro del proceso penal para evitar futuras nuevas agresiones de parejas o exparejas cuyas primeras manifestaciones violentas son afortunadamente denunciadas por la mujer que es consciente de que ese acto violento significa desequilibrio y desigualdad.

Por su lado, mientras el presunto maltratador afirme su inocencia, dispondrá del proceso penal público y contradictorio para que se demuestre su culpabilidad, haya habido o no intento de mediación, con pleno ejercicio del derecho de defensa.

### BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, Resepertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm.12/2008, de 13 de enero, Thomson Aranzadi.

AÑÓNROIG, M.J/MESTRE MESTRE, R.”Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho”, **La nueva Ley contra la Violencia de Género**, (Coor. Boix/Martínez), Iustel, 2005. BARONA VILAR (VV.AA), **La mediación penal para adultos**, “Prólogo”, Tirant lo Blanch, 2009, p.15.

CANDAU PÉREZ, A., (junto a Andrés, P., y Taruffo, M.), **Consideraciones sobre la prueba judicial**, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p.169.

COMAS D' ARGERMIR, M., “La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución”, **Tutela procesal frente a hecho de violencia de género**, (VVAA, Coord. Gómez Colomer), p. 61 y ss.

DE URBANO CASTRILLO, E., “La Justicia restaurativa penal”, **La Ley Penal** núm. 73 julio 2010.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Perspectiva de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un fiscal”, **Revista Familia**, núm. 36 Universidad Pontificia de Salamanca, enero 2008.

DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, Oportunidad y Otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, **La Ley Penal** núm. 73, julio 2010.

ESQUINAS VALVERDE, P. **Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género**, Tirant monografías, 2008.

GONZÁLEZ CANO, I., (Coord. Barona Vilar, S.) **La mediación para adultos...**, op.cit., p. 27.

HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, **Jueces para la democracia** 4 septiembre/1988

IBÁÑEZ SOLAZ, M., “La valoración de la responsabilidad civil de la víctima de malos tratos”, **Cuadernos de formación del Consejo General del Poder Judicial**, 2010 (en prensa).

LARRAURI PIOJAN, E., “Igualdad y violencia de género”, **Revista para el análisis del Derecho**. Indret, febrero 2009, [www.indret.com](http://www.indret.com)  
\_\_\_\_\_, **Criminología crítica y violencia de género**, Trotta, 2007.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., **La tutela Judicial de la Violencia de Género**, Iustel, 2007.

MORENO CATENA, V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, **Cuadernos de Derecho Judicial**, núm.4, 2002, Madrid 2003

PÉREZ GINÉS, C.A., “La mediación en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección e difícil cumplimiento)”, **La Ley Penal** núm.71, Mayo 2010.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, **La nueva Ley contra la Violencia de Género**, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005,

RIOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia (2005-2008)” <[www.ammediadores.es](http://www.ammediadores.es)>

\_\_\_\_\_. “La mediación en la fase de ejecución penal”, **Revista de estudios penitenciarios**, Extra 2006, pág. 169 y ss.

ROXIN, C., “Pena y reparación”, **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. LII (1999)

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa”, **Panorama actual y Perspectivas de la victimología: La victimología y el sistema penal**, Estudios de Derecho Judicial, núm.121, 2007

WEXLER, D/ Winick, B. “La transformación del Papel de la Justicia”, <[www.therapeuticjurisprudence.com](http://www.therapeuticjurisprudence.com)>