



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

Máster Universitario en Derecho Público
Cursos académicos 2014-2016

Trabajo Fin de Máster

**JUSTICIA RESTAURATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO:
LA VOLUNTAD DE LAS VÍCTIMAS EN SU REPARACIÓN**

Autora: Cristina Ruiz López

Tutora: Helena Soleto Muñoz

Lugar y fecha de presentación

Getafe, 17 febrero de 2016

PALABRAS CLAVES: violencia de género, voluntad, justicia restaurativa, oportunidad y adecuación.

RESUMEN: Siendo la mediación penal uno de los procedimientos de la Justicia Restaurativa, la primera vez que el legislador español mencionó la palabra “mediación” en el ámbito penal de adultos fue para prohibirla. El artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas para la Protección Integral contra la violencia de género, introdujo el artículo 87ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo apartado 5 declaraba “prohibida” la mediación en los casos de violencia de género.

La voluntad de las mujeres víctimas de violencia de género para elegir un mecanismo restaurativo complementario al judicial (no solo la mediación penal) es el tema central del presente trabajo. Con él se pretende profundizar en la elección político criminal de la prohibición de la mediación en casos de violencia de género (precisar el alcance de esta prohibición, entender su fundamento, analizar su conveniencia, valorar su revisión) y abordar la posible utilización de los recursos que ofrece una visión de la Justicia penal restaurativa en los casos de violencia de género.

CONTENIDO

Abreviaturas	5
INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA	6
- Estructura de la investigación	6
- Justificación de la investigación	8
- Metodología	9
CAPÍTULO 1. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO 10	
1.1 El proceso de positivación internacional de los derechos humanos integrando a las mujeres y de la violencia contra las mujeres	10
1.2 El proceso de positivación nacional	22
1.3 Reflexión crítica sobre el concepto de violencia de género	33
CAPÍTULO 2. PERSPECTIVA VICTIMOLÓGICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO	45
2.1. La visión paternalista de la regulación en materia de violencia de género.	55
2.2. La defensa de la regulación intervencionista en materia de violencia de género.	60
CAPÍTULO 3. EL NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	68
3.1. Justicia Restaurativa	68
3.1.1. Origen y Principios, tipología y experiencias	68
3.1.2. Críticas y reticencias	83
3.1.3. Integración en el Ordenamiento Jurídico	87
3.1.4. La regulación de la Justicia Restaurativa en España	90
CAPÍTULO 4. JUSTICIA RESTAURATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.....	97
4.1. Prohibición española Vs. Derecho comparado	97
4.2. ¿Qué aportaría la Justicia restaurativa a la violencia de género?.....	99
4.2.1 aspectos positivos	100
4.2.2 aspectos negativos	116
4.2.3 experiencias.....	127
CAPÍTULO 5. PROPUESTA DE MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA PARA CASOS CON VIOLENCIA DE GÉNERO	134
1. Especialidad del procedimiento	134
Requisitos para la participación.....	137
Criterios de derivación.....	138
En cuanto a la persona facilitadora.....	139
En cuanto al entorno físico.....	141
Integración en el proceso penal.....	141
Papel de la abogacía.....	143
2. Garantías básicas.....	144
Seguridad física.....	144
Integridad psicológica.....	145
Respeto derechos y garantías del victimario	145

3. Procedimientos.....	146
4. Efectos.....	148
REFLEXIONES FINALES	149
CONCLUSIONES.....	158
BIBLIOGRAFÍA	164
ARTICULOS.....	164
CAPITULOS DE LIBRO.....	167
LIBROS.....	169
WEBGRAFIA	171
NORMATIVA.....	171

Abreviaturas

A.D.R. - Alternative Dispute Resolution

B.O.E. –Boletín Oficial del Estado

C.G.P.J.- Consejo General del Poder Judicial

C.E.- Constitución Española

C.P.- Código Penal

CEDAW- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Dir.- Director/a

Dirs.- Directores/as

DUDH- Declaración Universal de los Derechos Humanos

F.J.- Fundamento Jurídico

L.O. –Ley Orgánica

LECRim- Ley de Enjuiciamiento Criminal

NNUU.- Naciones Unidas

Núm.- Número

STC- Sentencia del Tribunal Constitucional

R.P. – Reglamento Penitenciario.

p.- Página

pp.- Páginas

UE- Unión Europea

UNODC- Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito.

Vid.- Véase

INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

- Estructura de la investigación

La estructura de la investigación llevada a cabo se caracteriza por la utilización de dos fases: análisis profundo independiente y reflexión integrada de conceptos.

De este modo, en primer lugar me detendré en el delito de violencia de género entendido como un fenómeno social complejo cuya complejidad se traslada al ámbito jurídico dando lugar a una regulación progresivamente técnica y en ocasiones, contradictoria. El elemento ontológico en esta investigación presenta una multidimensión que enriquece el análisis y dificulta su íntegra comprensión. Este primer apartado pretende ofrecer una aproximación a la complejidad del delito de violencia de género (su trayectoria jurídica y la particularidad de la posición de las víctimas del delito). Para ello, será analizada la positivización de la violencia contra las mujeres en el ámbito internacional y en el nacional. Con ello se pretende subrayar la progresiva incorporación en los Ordenamientos Jurídicos de una regulación con perspectiva de género en la que el reconocimiento de las vulneraciones de los derechos y libertades de las mujeres tienen como principal motivo su sexo.

En este primer capítulo me detendré en el concepto de violencia contra las mujeres. De su falta de previsión a la objetivización de su existencia.

El segundo capítulo aborda, desde una perspectiva victimológica, el consentimiento en el ámbito de las relaciones de pareja y su repercusión en el ámbito del Derecho Penal bajo criterios de orden público y respeto a derechos fundamentales como la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad.

El tercer capítulo de la investigación está destinado a la conceptualización de la Justicia Restaurativa. Serán analizados su concepto, sus principios, herramientas así como las principales reticencias para su implantación.

En el cuarto capítulo, los dos conceptos, violencia de género y Justicia Restaurativa, serán objeto de un análisis integrado, relacionado, con el objetivo de valorar la posibili-

dad de ofrecer herramientas insertadas en la denominada Justicia Restaurativa en contextos de violencia de género.

En el quinto capítulo será detallada una propuesta de aplicación de los mecanismos que ofrece la Justicia Restaurativa en casos de violencia de género.

Por último, procederé a realizar unas reflexiones finales a la luz de los apartados anteriores. Finalizando con unas conclusiones finales del estudio.

- Justificación de la investigación

Con la presente investigación persigo realizar una valoración crítica constructiva de la regulación actual del delito de violencia de género en su incidencia penal y procesal bajo el prisma de la persistencia de esta abominable práctica.

Un nuevo horizonte jurídico nos indica un posible camino: las herramientas procesales que aporta la denominada Justicia Restaurativa. Alejada de consideraciones retribucionistas, criterios de patologías forenses y deformaciones irreversibles de voluntades y capacidades. Una clara creencia en las personas y en su capacidad para recabar justicia, aplicar criterios de equidad, correspondencia y proporcionalidad enmarcados en un Estado Social de Derecho y acompañados de la función tuitiva estatal.

Con la posibilidad de ofrecer una nueva herramienta procesal para la reparación de las víctimas de los delitos de violencia de género y la responsabilización de los victimarios, se abre una nueva posibilidad de revertir conceptos estereotipados, pautas culturales y roles limitadores y cercenadores del potencial humano.

En cualquier caso, hemos de partir de una defensa de la singularidad penal y procesal consagrada en materia de violencia de género y evitar la posibilidad de que con la defensa de mecanismos restaurativos en estos casos, en realidad, se esté abogando por la supresión de la especialidad de su tratamiento.

- Metodología

La metodología empleada se ajusta al método interpretativo/cualitativo en el que el objeto de la investigación se centra en *los significados que los seres humanos atribuyen a su conducta y al mundo exterior*¹. En esta consideración de las personas como seres significantes, agregadores de significado y contenido, el enfoque cultural es indispensable, dado que la cultura supone una *red de significados y valores compartidos*², un imaginario colectivo cuyo proceso de socialización aún general, acrítico y creador de identidad, no ha de perder de vista la subjetividad de cada miembro que compone la sociedad. Por todo ello, la adopción de un enfoque interpretativo, que aúna la consideración subjetiva con la objetiva y que coloque a la persona que investiga en el mundo investigado se presenta como herramienta esencial de comprensión ontológica. En este caso ha sido de gran ayuda el análisis de diferentes encuestas realizadas por organismos públicos, la conversación con la directora del Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid, Helena Soletto, el diálogo con la directora del Instituto Universitario de estudios de género de la Universidad Carlos III, Rosa San Segundo, y con Rosa Escapa, directora Técnica de Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas en el marco de la celebración de las *Jornadas Violencia de género, religiones y educación para la igualdad* en mayo de 2015, así como la experiencia propia tanto como mediadora en el Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid como sujeto observador de las diferentes prácticas sociales.

A esta aproximación cualitativa, y para trascender en el análisis desde aspectos individuales y sociales a explicaciones supraindividuales y suprasociales, se suma el análisis de doctrina, Jurisprudencia y textos legales nacionales e internacionales sobre la materia. Desde esta metodología se presentan unas reflexiones finales y propuestas personales en la búsqueda del fortalecimiento y mejora de nuestro sistema legal para la erradicación de las distintas manifestaciones de violencia de género y la reparación de los efectos que genera en las víctimas.

¹ DELLA PORTA, Donatella; Keating, Michael; “Cap. II ¿Cuántos enfoques hay en ciencias sociales?. Introducción epistemológica”; en *Enfoques y metodologías de las ciencias sociales. Una perspectiva pluralista*”; Ed. Akal; 2013; Pág. 39.

² Op. Cit. Pág. 39.

CAPÍTULO 1. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Cuando nos referimos a la “violencia de género” nos referimos a un fenómeno³ social y una figura jurídica.

Como fenómeno social su análisis adopta una visión multidisciplinar de gran complejidad dado que interrelaciona estudios de lo más diversos temáticamente e integrados en las diferentes ramas que integran las Ciencias Sociales⁴.

Esta complejidad en su análisis “social” a la que aludimos ha penetrado en su regulación jurídica. Así, la violencia de género no se trata una expresión jurídica que goce de la necesaria precisión terminológica. Su concepto, naturaleza, estructura, elementos constitutivos, bienes jurídicos atacados, sujetos protegidos, tipos penales y fines no encuentra homogenización ni entre las distintas Disposiciones jurídicas transnacionales ni entre los ordenamientos jurídicos estatales. E incluso dentro de los mismos, encontramos disposiciones que parecen contraponerse o, cuanto menos, no seguir el mismo criterio.

Y en este complejo escenario social, político y jurídico podemos preguntarnos asumiendo una perspectiva jurídica ¿qué trata de regularse con el delito de violencia de género?

1.1 El proceso de positivación internacional de los derechos humanos integrando a las mujeres y de la violencia contra las mujeres

El primer texto jurídico internacional que proclama la igualdad entre hombres y mujeres (específicamente entre cónyuges) y que atribuye los mismos derechos a todas las personas con independencia de su sexo es la **Declaración Universal de los Derechos Hu-**

³ Al emplear el término “fenómeno” sería considerado en su acepción kantiana de “experiencia sensible” sin obviar un ápice su carácter deleznable, injusto, abominable en cualquiera de sus múltiples consideraciones.

⁴ En la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI)), en su letra W declaraba *Considerando que no se acabará con la violencia hacia la mujer mediante intervenciones individuales, sino que una combinación de acciones infraestructurales, jurídicas, judiciales, policiales, culturales, educativas, sociales, sanitarias y de otros servicios relacionados podrá contribuir considerablemente a sensibilizar a la población y reducir esta violencia y sus consecuencias;*

manos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948⁵, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Con anterioridad a esta fecha, y, o bien en contextos regionales más reducidos, o referidos a ámbitos concretos, algunos derechos de las mujeres habían sido reconocidos como el derecho de sufragio activo (siendo los primeros Estados en reconocerlo Australia -1902-, Finlandia -1906-, Dinamarca -1915- y en 1918 en Alemania, Gran Bretaña, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Polonia, Georgia e Irlanda), en el seno de la Organización Internacional del trabajo los Convenios 4 (sobre el trabajo nocturno – mujeres-) en 1919, Convenio 41 (sobre trabajo nocturno –mujeres-), el Convenio 45 (sobre trabajos subterráneos –mujeres-) en 1935, la Declaración de Filadelfia de 1944, el Convenio 111 sobre discriminación en 1958, o **la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños** y Protocolo Modificatorio en 1921 y en 1933 y la creación de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) en 1928.

En la DUDH aparece el término mujer/es en dos ocasiones (en el Preámbulo subrayando la igualdad entre hombres y mujeres y en su artículo 16.1 referido al derecho a casarse y fundar una familia). Por su parte el término “sexo” es referido en una ocasión en su artículo 2.1 como condición por la que se prohíbe discriminar.

En este mismo año de 1948, la **Novena Conferencia Internacional Americana** aprobaba la *Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, el derecho al voto y a ser electa para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo*. En la línea del progresivo reconocimiento del derecho de sufragio a las mujeres.

Por su parte, el Consejo de Europa aprobó en 1950 el **Convenio Europeo de Derechos Humanos y libertades Públicas** siguiendo el ejemplo de la DUDH (en su texto aparece solo una vez la palabra mujer/es para referirse, en su artículo 12, al derecho a casarse y fundar una familia).

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 en su versión digital en la [página oficial de Naciones Unidas](#).

Posteriormente, en el año 1957 en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas se celebró la **Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada**, estableciendo que ni la celebración, ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, afectan automáticamente la nacionalidad de las mujeres. Años más tarde, en 1960 se firmó la **Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza**. Y dos años más tarde, la **Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios**.

En 1967 se publicó por medio de la Resolución 2263 (XXII) la **Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**. Una declaración de intenciones germen de la Convención de 1979 a la que nos referiremos más adelante.

En 1969, se suscribió la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** en cuyo artículo 1 se proclama la prohibición de discriminación por razón de sexo.

De nuevo, la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1974 publicó la **Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado**.

Como consecuencia de la progresiva consideración del movimiento feminista, en 1975 tuvo lugar la **Primera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer en Ciudad de México**. En esta Conferencia se declaró el inicio el *Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz*. (1975-1985). Una previsión temporal para el estudio y análisis de la condición y los derechos de las mujeres y la necesidad de que éstas ocuparan puestos decisivos en las estructuras de poder.

En 1976 entró en vigor el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, de 16 de diciembre de 1966, en cuyo articulado aparece el término “mujer/es” en 3 ocasiones: en cuanto a garantizar el goce de los derechos reconocidos (artículo 3), la no aplicación de la pena de muerte⁶ a mujeres “en estado de gravidez (artículo 6.5) y a consagrar el derecho a contraer matrimonio (artículo 23.2). Por su parte, el término “sexo” aparece en cuatro ocasiones (artículos 2.1, 4.1, 24.1 y 26). En todas ellas como condición por la que se prohíbe discriminar. En los mismos términos aparece la referencia al “sexo” en el

⁶ Abolida en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte del 15 de diciembre de 1989.

artículo 2.2 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** de la misma fecha⁷.

Específicamente referido a los derechos humanos de las mujeres, y como ya apuntábamos en la Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobaba la ***Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)***⁸. Considerada la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres, su texto es la manifestación escrita de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.⁹

De su articulado destacaremos para los fines que nos preocupan en este trabajo la siguiente afirmación

*Convencidos de que la **máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,***

Volveremos a retomar este convencimiento en la máxima participación de las mujeres en todas las facetas al referirnos a la prohibición de la mediación en casos de violencia de género para poner de relieve esta incongruencia entre “máxima participación” y la prohibición de participación en procesos mediatorios y en general, distintos al mecanismo judicial.

Asimismo, hemos de señalar que en la CEDAW aparece en 44 ocasiones el término “discriminación”, nueve veces la palabra “sexo” y en ninguna ocasión es utilizado el término “género” ni “violencia”.

En 1980 se celebró la **II Conferencia Mundial sobre la Mujer** en Copenhague. En su Programa de Acción se subrayaba el derecho de las mujeres a la propiedad, a la herencia, custodia de hijos e hijas y la pérdida de nacionalidad. Asimismo, en su texto se menciona por primera vez en un instrumento internacional la expresión “violencia con-

⁷ Información extraída de la página web [http://dhpedia.wikispaces.com/Derechos+Humanos+\(cronolog%C3%ADa+universal,+siglos+XX+y+XXI\)](http://dhpedia.wikispaces.com/Derechos+Humanos+(cronolog%C3%ADa+universal,+siglos+XX+y+XXI))

⁸ [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) de 18 de diciembre de 1979.

⁹ http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/cedaw_2.htm. Se trata de una Comisión orgánica dependiente del Consejo Económico y Social, creado en virtud de la resolución 11(II) del Consejo, de 21 de junio de 1946. Destacar que como consecuencia del trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, en la DUDH se empleó un lenguaje neutro (Derechos Humanos) y no, como hasta entonces, el masculino como genérico (Hombres y ciudadanos).

tra las mujeres”. En su punto 163 donde se proclama la necesidad de “*promover investigaciones sobre la amplitud y las causas de violencia del hogar con miras a su eliminación; tomar medidas para evitar la glorificación de la violencia contra las mujeres y su explotación sexual en los medios de comunicación (...)*”.

Cinco años más tarde, reunidos en Nairobi representantes de 157 Gobiernos y más de 15.000 Organizaciones No Gubernamentales, se celebró la **III Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz**. Tras la constatación de que los derechos de las Mujeres no habían sido alcanzados, se adoptaron las Estrategias de Nairobi bajo la perspectiva de la necesaria transversalidad de la consideración de las mujeres. En esta ocasión, la expresión “violencia contra las mujeres” aparecía en numerosas ocasiones como en sus puntos 141.f, 163, 245, 258, y específicamente en su punto 288 dentro del apartado E) *La mujer maltratada*. En este punto en concreto se hacía un llamamiento a los gobiernos para que crearan una *conciencia pública sobre la violencia contras las mujeres*.

En 1986, la Resolución del Parlamento Europeo A-44/86 sobre las agresiones a la mujer¹⁰ supuso un hito al tratar por primera vez las agresiones sexuales y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la UE.

En el año 1993 tuvo lugar la **Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer** aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución A/RES/48/104. Complementaria a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y del Programa de Acción aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, esta Declaración contiene una amplia definición de violencia contra las mujeres: *A los efectos de la presente Declaración, 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 sicológico 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.* (Artículo 1).

¹⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas No C 176/73. 14. 7. 86

Y con más detalle, en su artículo 2 incluye dentro de “violencia contra las mujeres” los siguientes conceptos:

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Esta Declaración, la primera referida específicamente a la violencia contra las mujeres, además de la delimitación conceptual, contiene algunas ideas que han de ser resaltadas.

En primer lugar, señala la violencia contra las mujeres como un obstáculo para la igualdad, el desarrollo, la paz (remitiendo a las Estrategias de Nairobi) así como para la aplicación de la Convención de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

En segundo lugar, pone de relieve un dato que no ha de ser pasado por alto “*el descuido de larga data de la protección y fomento de esos derechos y libertades en casos de violencia contra la mujer*” (Párrafo cuarto). Como anteriormente apuntábamos, es en la II Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1980 donde se utiliza por primera vez la expresión “violencia contra las mujeres”. La Resolución del Parlamento Europeo de 1986 es la primera vez que un texto de un Organismo Internacional se refiere a la violencia contra las mujeres y es la Declaración de 1993 es el primer texto en el que se trata de conceptualizar y estructurar la regulación de la violencia contra las mujeres.

En tercer lugar, en su párrafo séptimo declara como especialmente vulnerables *algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado (...).*

Por último, hemos de señalar a los que efectos nos interesan, la letra d) del artículo 4 en la que la Asamblea General ordena a los Estados *Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;*

Señalaremos la mención a los diferentes tipos de sanciones en relación a la rama del Derecho que las regule (civil, penal, laboral y administrativa) y la referencia al acceso a los mecanismos de la justicia.

En 1994 en Belém do Pará (Brasil), la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobaba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En 1995, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing. En el punto 29 de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing se prescribe *Prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas;* Asimismo, se insta en el Capítulo III, punto 44, a adoptar medidas estratégicas respecto a la violencia contra las mujeres. Incluida dentro de las *12 esferas decisivas de especial preocupación.* Específicamente, en el apartado D) dentro del Capítulo III, destinado a la violencia contra las mujeres, en su punto 111 se mantiene la conceptualización de la violencia contra las mujeres y el señalamiento de grupos especialmente vulnerables de conformidad con la Declaración de 1993. No obstante, realiza una importante matización en su punto 113: *La expresión "violencia contra la mujer" se refiere a todo acto de violencia basa-*

do en el género (...). Puede ser considerada la primera vez en la que se asimilan los conceptos “violencia contra la mujer” y “violencia de género”¹¹.

En el punto 118 señala como causa de la violencia contra las mujeres *las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres*, así como el mantenimiento y fortalecimiento de esta desigualdad con el soporte cultural y las presiones sociales.

Es interesante señalar que como medidas tendentes a conseguir el objetivo estratégico de prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres, el punto 124, letra d), se refiera a la necesidad *de adoptar leyes y revisarlas y analizarlas periódicamente a fin de asegurar su eficacia, y ofrecer a las mujeres víctimas de la violencia acceso a los sistemas de justicia y (...) a soluciones justas y eficaces para reparar el daño (...)*.

Para los intereses de esta reflexión, hemos de mencionar que en el apartado E) *La Mujer y los conflictos armados*, el objetivo estratégico E.1 se refiere al *incremento de la participación de la mujer en la solución de conflictos a nivel de adopción de decisiones y proteger a las mujeres que viven en situación de conflictos armados o de otra índole o bajo ocupación extranjera*. Previamente, en el punto 131 y 135 se detalla la relación entre los conflictos armados y las violaciones de los derechos humanos de las mujeres¹². El señalamiento de este objetivo pretende poner de relieve cómo la participación de las mujeres en la resolución de los conflictos es tomada como esencial y estratégica a nivel

¹¹ El término “género” aparece en 238 ocasiones en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995. Mientras que el término “sexo” es referido 64 veces. En el IV Anexo de la Declaración se realiza una aclaración del significado del término género. Dicha aclaración es, en realidad, una remisión al concepto de género que ya había sido asumido con anterioridad. Se trata de un debate de gran calado el de la distinción entre sexo y género. Podemos simplemente señalar que se atribuye su primera aparición al investigador John Money en 1955 y, en concreto el sistema género/sexo a la antropóloga Gayle Rubin en 1975. VID. AGUILAR GARCÍA, Teresa; “*El sistema sexo-género en los movimientos feministas*”; AMNIS. Revue de civilisation contemporaine Europés/Ameriqués; : Femmes et militantisme 8; 2008

¹² En el artículo “*Examen de Alto Nivel sobre Mujeres, Paz y Seguridad a 15 años de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad*” en <http://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-peace-security> realizan un análisis sobre la evolución experimentada desde la Resolución 1325 (2000), en la que se profundizaba en los efectos de los conflictos armados en las mujeres, necesidad de que las mujeres ocupen puestos decisorios en cuanto a la resolución de conflictos y la interrelación entre paz e igualdad de género. En concreto, mencionan la obra de COOMARASWAMY, Radhika (2015) *Preventing Conflict, Transforming Justice, and Securing the Peace: A Global Study on Implementation of Security Council resolution 1325*. Tal y como recoge el artículo *El estudio recopila las pruebas crecientes que muestran la forma en que las negociaciones de paz en las que hay una influencia de las mujeres tienen una probabilidad mucho mayor de culminar en un acuerdo y de perdurar; de hecho, la probabilidad de que un acuerdo dure 15 años aumenta hasta en un 35 por ciento. Y continúa señalando tenemos pruebas crecientes de que las mujeres son quienes están mejor situadas para ubicar las señales tempranas de radicalización en sus familias y comunidades, y de actuar para impedirla. No obstante, señalan como principales obstáculos para conseguir los pretendidos objetivos que las mujeres siguen siendo tratadas como una medida adicional o ad hoc, obstaculizada por la falta de compromisos financieros y voluntad política, así como por barreras institucionales.*

internacional. Es cierto que en concreto se refiere a *conflictos armados o de otra índole o bajo ocupación extranjera* y que cuando habla de la participación de las mujeres no se refieren expresamente a las mujeres que hayan sufrido vulneraciones en sus derechos humanos. Y, en este sentido, podemos entender que el incremento de la participación de las mujeres no pretende ser una forma de resarcimiento o reparación por el daño sufrido. Sin embargo, el escenario conflictivo en el que se encuadra y la necesidad de que las mujeres participen en la toma de decisiones para el mantenimiento de la paz, nos ofrecen un marco general para la resolución de conflictos en situaciones de violencia contra las mujeres donde éstas participen de la resolución de su conflicto violento. Podemos aplicar, por tanto, el principio de consunción de la fórmula “las mujeres han de participar en la toma de decisiones en situaciones de conflicto” y de esta forma, el incremento y potenciación del papel de las mujeres en la resolución de conflictos incluiría los suyos personales (además de los conflictos armados, guerras, ocupaciones,.....).

Con posterioridad a Beijing, se han realizado periódicamente exámenes y evaluaciones de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Como la Declaración de la Asamblea General “*La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI*”¹³, en 2005 en la 49ª sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer¹⁴, la Resolución aprobada por la Asamblea General en 2006 sobre Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer¹⁵, la Resolución aprobada por la Asamblea General sobre Eliminación de la violación y otras formas de violencia sexual en todas sus manifestaciones, especialmente en situaciones de conflicto y situaciones análogas¹⁶ en el 54º período de sesiones de 2010.

En ese período de tiempo, el día 3 de octubre de 2002, la Organización Mundial de la Salud publicó el *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, donde se declaraba la violencia en el ámbito de la pareja como una cuestión de salud pública, una de las prin-

¹³ S/RES/1325 (2000), 31 de octubre de 2000. Especialmente las páginas 11 y 12 referidas a los logros y obstáculos en cuanto a la violencia contra las mujeres. Versión digital en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/S-23/13>

¹⁴ En cuya declaración interrelacionaban los objetivos de la Declaración y Plataforma de acción de Beijing y la Declaración del Milenio de Naciones Unidas de 8 de septiembre de 2000. En esta Declaración del Milenio, específicamente su objetivo 3 marcaba “*Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer*”.

¹⁵ A/RES/61/143, Distr. General 30 de enero de 2007

¹⁶ A/RES/62/134, 7 de febrero de 2008.

cipales causas de muerte y de lesiones en todo el mundo y resalta la opacidad de este tipo de violencia al perpetrarse en el ámbito de lo privado e íntimo.

Tras 20 años de Beijing, ONU Mujeres¹⁷, organización de las Naciones Unidas dedicada a promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, impulsa Beijing +20, que pretende continuar la línea de trabajo abierta por Beijing 1995 y conseguir la igualdad de género para 2030¹⁸ en la que denominamos la Quinta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 2015 celebrada en Nueva York (Beijing+20)¹⁹.

Por su parte, desde la Unión Europea (UE), en su preocupación por la violencia contra las mujeres se han publicado numerosos instrumentos jurídicos de diferente grado vinculatorio. Destacamos, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) que define los conceptos de discriminación directa, discriminación indirecta y acoso sexual, la Carta de la Mujer aprobada por la Comisión en marzo de 2010²⁰. En septiembre de ese año la Comisión aprobaba las estrategias para el periodo 2010-2015²¹, la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se crea la orden europea de protección, *destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual*, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre

¹⁷ <http://www.unwomen.org/es>. Creada en 2010 por unanimidad, integra la División para el Adelanto de la Mujer (DAW, 1946), Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW, 1976), Oficina del Asesor Especial en cuestiones de género (OSAGI, 1997) y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM, establecido en 1976).

¹⁸ <http://beijing20.unwomen.org/es/step-it-up/about>

¹⁹ VID. Declaración política con ocasión del vigésimo aniversario de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, donde se reconoce el nacimiento de nuevos problemas y deficiencias en las 12 esferas de preocupación de Beijing, entre otras, mujeres y derechos humanos o las mujeres en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones, Versión digital en <http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/59/declaration-sp.pdf?v=1&d=20151208T214800>

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:em0033&from=ES>. Es de interés mencionar que en ella se señala como uno de los cinco ámbitos de actuación específicos *el respeto de la dignidad e integridad de las mujeres, así como la erradicación de la violencia de género (...)*.

²¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:em0037>. En esta ocasión se refiere a la violencia contra las mujeres como violencia sexista.

los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos²². En 2012, en el Diario Oficial de la Unión Europea, 26 de octubre, se publicaba una Declaración relativa al artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que señalaba la necesidad de *combatir la violencia doméstica en todas sus formas*²³. En 2014, el Parlamento publicó la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres²⁴. En esta Resolución puede servir como parámetro para medir el tratamiento de la violencia contra las mujeres, el estado de su regulación, previsión, así como las carencias y propuestas de mejora. En concreto, señalamos su Considerando Z²⁵, AE²⁶ y punto número 5²⁷.

Con las anteriores anotaciones se pone de manifiesto la falta de armonización legislativa entre los Estados Miembros de la UE respecto a la violencia contra las mujeres, la necesidad de contar con una estrategia común en el ámbito de la UE y una regulación sobre aspectos estadísticos.

Hemos de terminar este primer apartado mencionando el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica

²² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (DO L 315 de 14.11.2012, p. 57). En esta Directiva se establecía que *se entiende por «violencia por motivos de género» la violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado; que dicha violencia puede causar a las víctimas daños físicos, sexuales, emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos y que se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y que incluye la violencia en relaciones estrechas, la violencia sexual (en particular la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos de honor»*

²³ [Diario Oficial de la Unión Europea. 26.10.2012. C 326/347](#)

²⁴ [A7-0075/2014](#)

²⁵ *Considerando que las mujeres no gozan de la misma protección contra la violencia masculina en toda la Unión debido a las diferencias de las políticas y la legislación de los diferentes Estados miembros, por lo que respecta, entre otras cosas, a la definición de los delitos y al ámbito de aplicación de la legislación, lo que, por consiguiente, las hace más vulnerables;*

²⁶ (...) *reitera la necesidad de una nueva propuesta de legislación de la UE que establezca un sistema coherente para la recogida de datos estadísticos sobre la violencia contra las mujeres en los Estados miembros, y considerando que el Consejo, en sus conclusiones de diciembre de 2012, pidió mejoras en la recopilación y la difusión de datos comparables, fiables y actualizados periódicamente sobre todas las formas de violencia contra las mujeres, tanto a escala nacional como de la UE (...).*

²⁷ *Pide a la Comisión que presente una estrategia para toda la UE y un plan de acción para combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, conforme a lo previsto en 2010 en el Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo.*

(Convenio de Estambul) de 11 de mayo de 2011²⁸. De este Convenio hemos de resaltar las definiciones que ofrece en su artículo 3:

- a) Por «**violencia contra la mujer**» se deberá entender 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;
- b) Por «**violencia doméstica**» se entenderán 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;
- c) Por «**género**» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- d) Por «**violencia contra la mujer por razones de género**» se entenderá toda **violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada**;
- e) Por «**víctima**» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;
- f) El término «**mujer**» incluye a las niñas menores de 18 años.

Hemos de tener muy presente estas definiciones para compararlas posteriormente con las definiciones que realiza el legislador español.

Asimismo, el artículo 48 del Convenio de Estambul contenía una importante prohibición

Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas.

²⁸ En vigor en España desde el 1 de agosto de 2014. Boletín Oficial del Estado. Viernes 6 de junio de 2014. Sec. I. Pág. 42946.

*1. 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.*

Este precepto presenta un marco de prohibición de la imposición del uso de métodos alternativos de resolución de conflictos. Es decir, es la obligatoriedad de su imposición lo que está prohibido. Podemos preguntarnos qué ocurre si se trata de medios no alternativos sino complementarios (integrados en el sistema judicial) y si se consagra la admisibilidad de la integración en el sistema de justicia del acceso a otras formas de resolución de conflictos alternativas a la judicial presidida por el principio de voluntariedad. Volveremos a tratar este punto más adelante.

1.2 El proceso de positivación nacional

El reconocimiento de la violencia de género como un hecho típico, antijurídico, culpable y punible no tiene un recorrido jurídico histórico demasiado extenso.

Podemos remontarnos al Siglo XVII cuando Francisca de Pedraza consiguió que la corte de Justicia de la Universidad de Alcalá de Henares sentenciara en 1624 el divorcio, la devolución de la dote y la imposición a su, hasta entonces, marido de una orden de alejamiento²⁹. Este hito se suele presentar como la primera denuncia por violencia de género en la historia jurídica española. *Stricto sensu* no podemos compartir esta opinión dado que derivado del principio de legalidad, tipicidad e irretroactividad del Derecho penal, el delito de violencia de género era atípico en ese momento jurídico. Lo que Francisca de Pedraza denunciaba era un atentado contra su integridad corporal o maltrato entre cónyuges. No había mayor reflexión. Aún quedaba un largo recorrido para que apareciera por primera vez en un texto jurídico el reconocimiento de la dignidad de las mujeres, la igualdad con respecto a los hombres y la especial protección derivada de su condición de mujeres.

²⁹ RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio; BERMEJO BATANERO, Fernando: “Una alcaláina frente al mundo. El divorcio de Francisca de Pedraza”, Ediciones Bornova; 2015.

La regulación histórica española de la violencia contra las mujeres en la legislación española ha transitado por varias etapas que han supuesto avances y retrocesos en la consideración de las mujeres como titulares de derechos humanos, el reconocimiento y garantía de su dignidad, libertad e igualdad con respecto a los hombres, y la progresiva incorporación de acciones positivas tendentes a la efectividad de los derechos humanos de las mujeres.

Podemos diferenciar una primera fase jurídica de absoluta desigualdad, discriminación y desprotección de las mujeres; una fase de persecución del parricidio (incluyendo el conyugicidio o uxoricidio); una tercera fase de positivación constitucional de la titularidad de las mujeres de los derechos humanos y progresiva equiparación de derechos y libertades; una cuarta fase de retroceso en los valores de justicia, igualdad, libertad y pluralismo político y una quinta fase de reconocimiento, garantía y protección de los derechos humanos de las mujeres y del desarrollo de acciones positivas determinantes de la consagración de un derecho desigual igualitario, pretendido transitorio y temporal. Podemos entender que nos encontramos en esta última fase.

En relación con la regulación del parricidio, el primer Código Penal (en adelante C.P.) español, de 1822³⁰, castigaba el delito de parricidio (artículo 612), en el caso de existir voluntad o premeditación, con la misma pena que el asesinato (artículo 609) es decir con la pena de muerte. Incluía en el concepto de parricidio la muerte de ascendientes, descendientes, hermanos, padrastros, hijastros, suegros, yerno, nuera, tíos camales, amos, cónyuges. Ello no obstante, el art. 619 *contenía una atenuación de la pena en el caso de que alguno matase a la hija, la nieta o descendiente en línea recta o a la propia mujer cuando eran sorprendidas en acto camal con un hombre, e igualmente al seductor*³¹.

Con lo que el asesinato de la mujer cónyuge infiel era considerado de menor merecimiento de pena, un desvalor de acción atenuado (atenuación que agravaba el adulterio de la esposa con referencia al adulterio del esposo).

³⁰ Gaceta de Madrid núm. 362, de 12/12/1822, página 1828.

³¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia; *El parricidio en la legislación española*; Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 5, 1993/1994; Pág. 147.

La diferencia en el tratamiento de la infidelidad desapareció con el artículo 523 del C.P. de 1928³² donde se dejaba al arbitrio del tribunal la fijación de la pena en caso de asesinato del cónyuge infiel –con independencia del sexo- y que desapareció con el C.P. de 1932³³ - aunque los tribunales seguían aplicando la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación³⁴-. Fue retomado el conyugicidio femenino atenuado de nuevo en el C.P. de 1944³⁵ en su artículo 428.

Con la inclusión de la muerte de la esposa como forma de parricidio se pretendía reforzar el mantenimiento de la paz familiar y del vínculo matrimonial. Así, el uxoricidio fue incluido dentro del parricidio hasta que con la publicación del C.P. de 1995 dejaba de tipificarse como delito autónomo y clase o especie de homicidio o asesinato el dar muerte a un familiar. En su lugar, se constituía en su artículo 23 una circunstancia mixta de parentesco que en estas situaciones podía actuar como fundamento agravatorio.

En cuanto a las agresiones, en el capítulo VI “*De las desavenencias y escándalos en los matrimonios*”, del Título VII “*De los delitos contra las buenas costumbres*” de la Parte Primera “*De los delitos contra la sociedad*” del C.P. de 1822, en su artículo 569³⁶ habla de la autoridad de los maridos respecto a sus mujeres y remite, en concreto, al artículo 561³⁷ que instituye el derecho de corrección (habla de castigos domésticos) e incluso la posibilidad de recabar el auxilio del alcalde del pueblo para que reprenda a la mujer con la posibilidad de que, conforme al artículo 570, si la mujer persistiera en su conducta sea ingresada en una casa de corrección a elección del marido y por el tiempo por él indicado (no superior a un año).

El artículo 571 se ocupa de los malos tratamientos. Su texto literal establece

Cuando el marido por su conducta relajada , ó por sus malos tratamientos á la muger , diere lugar á justas quejas de parte de esta , será reprendido tambien la primera vez por el alcalde; y si reincidiere en sus escesos , será arrestado ó

³² Gaceta de Madrid núm. 257, de 13/09/1928, páginas 1450 a 1526.

³³ Gaceta de Madrid núm. 329, de 24/11/1932, páginas 1361 a 1365.

³⁴ *Ibidem*, pág. 163.

³⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 13, de 13/01/1945, páginas 427 a 472.

³⁶ *Lo dispuesto en el artículo 561 del capítulo precedente es aplicable á la autoridad de los maridos respecto de sus mugeres, cuando estas incurriesen en las faltas de que allí se trata.*

³⁷ *El hijo ó hija que hallándose bajo la patria potestad se ausentare de su casa sin licencia de su padre, ó cometiere esceso grave, ó notable desacato contra su padre ó su madre, ó mostrare mala inclinacion que no bastasen á corregir las amonestaciones y moderados castigos domésticos,, podrá ser llevado por el padre ante el alcalde del pueblo para que le reprenda, y le haga conocer sus deberes.*

puesto en una casa de corrección por el tiempo que se considere proporcionado , y que tampoco pasará de un año, á lo cual se procederá en virtud de nueva queja de la muger , si resultase cierta.

De gran interés, el artículo 572 introducía una de las consideraciones de mayor calado en la violencia contra las mujeres: la delimitación de lo público y lo privado.

En el caso de escándalos mutuos por parte del marido y la muger, los cuales sean repetidos á pesar de las reprensiones y amonestaciones del alcalde, serán arrestados ambos cónyuges, ó puestos en una casa de correccion por el tiempo que parezca conveniente, con tal de que no pase tampoco de un año. Pero se encarga en este punto á todas las autoridades la mayor circunspeccion y prudencia, para que no interpongan su oficio en las desavenencias interiores de los matrimonios, sino es mediando escándalo público, ó por accion de parte legítima, ni dejen aun en tales circunstancias de apurar todos los medios de conciliacion antes de llegar á imponer pena alguna, y de dar lugar á que se ejerciten los recursos civiles que las leyes otorgan para la separacion de los casados y de sus bienes.

Asimismo, las *heridas, ultrajes y malos tratamientos de obra* de la esposa hacia el esposo lleva aparejada una pena agravada conforme al artículo 649 [(...) *sufrirá dos años mas que si cometiere el delito contra una persona estraña (...)*)] mientras que estas mismas acciones si son ejecutadas por el esposo sobre la esposa se incluirían en el tipo básico.

El C.P. de 1870³⁸ reproducía prácticamente esta tipificación. Su artículo 483 señalaba “*serán castigados con las penas de tres a quinze días de arresto y represión: 1º El marido que maltratare a su mujer, no causándola lesiones de las comprendidas en el número 4º del artículo 484, y la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare*”. Una equiparación de la pena del maltrato de obra del marido hacia la esposa y de la “desobediencia” e injuria de la esposa hacia el marido que equipara bienes jurídicos distintos y pone en relieve el mito de la expresión “*algo habrá hecho*” asimilado a “*no ha obedecido*”.

³⁸ Gaceta de Madrid núm. 243, de 31/08/1870, páginas 9 a 23.

Continuaron esta misma línea los Códigos Penales de 1928 (cuyo artículo 821.2º se refiere como falta a *reyertas y malos tratamientos entre los cónyuges* desapareciendo la diferenciación según qué cónyuge realiza la acción y sobre qué cónyuge recaiga la acción), de 1932 (el artículo 578.2º, 3º y 4º, dentro del Libro III “Faltas y sus penas”). Es significativo que al tipificar la falta de maltrato de la esposa respecto del marido se refiera a maltrato de palabra o de obra –dando lugar, por tanto, a que si producen lesiones se acuda al tipo básico de los artículos 421, 422 o 423, mientras que al tipificar la falta de maltrato del marido respecto a la esposa prescriba “*los maridos que maltrataren a sus mujeres, aun cuando no causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior* –impedir trabajos habituales y asistencia facultativa- lo que permite que haya o no lesiones, el maltrato del marido hacia su esposa conlleve la aplicación de una falta) y de 1944 (cuyo artículo 583.2º, 3º y 4º referido a la falta de maltrato, reproduce básicamente la regulación del C.P.1932).

Con la publicación de la Constitución Española de 1978, 29 de diciembre, la igualdad aparece proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), como derecho fundamental (artículo 14), el artículo 9.2 contiene una imposición a los poderes públicos para que promuevan *las condiciones para que la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan su plenitud*. En el artículo 32 aparece consagrada la igualdad jurídica en el matrimonio, en el artículo 35 se prohíbe la discriminación por razón de sexo respecto del derecho del trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente.

La progresiva incidencia del movimiento feminista tanto en el plano internacional como nacional motivó, entre otras muchas repercusiones³⁹, el auge del movimiento asociativo en España. En 1977 se crea la Comisión para la investigación de los malos tratos a mujeres⁴⁰. En 1983 es creado el organismo autónomo del Instituto de la Mujer⁴¹. En 1984

³⁹ Especial referencia al trabajo de la jurista María Telo para la reforma del Código Civil y la emancipación de las mujeres. TELO NUÑEZ, María; “*Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer*”; Ed. Aranzadi; 2009, Págs. 262.

⁴⁰ Página web <http://malostratos.org>

⁴¹ <http://www.inmujer.gob.es/>. De su iniciativa nació la primera casa de acogida para mujeres maltratadas en 1983.

el Ministerio del Interior publica por primera vez datos estadísticos de denuncias presentadas en las comisarías de policía referidas a malos tratos a las mujeres⁴².

La reforma del artículo 582 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el C.P. por medio de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio introdujo una nueva redacción *El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.*

Esta misma Ley Orgánica 3/1989, tipificaba en el artículo 425, los «malos tratos habituales»: *«el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad... será castigado con la pena de arresto mayor»*. Con la regulación de esta L.O. solo quedaba cubierto el aspecto físico, externo, perceptible por los sentidos, de la violencia contra las mujeres, dejando sin protección frente a la violencia psíquica.

Con la modificación del C.P. de 1995, L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, por medio de la L.O. 11/1999, 30 de abril⁴³, además de las modificaciones en cuanto a las prohibiciones de aproximación, modificó el artículo 617.2 dando la siguiente redacción

El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. Asimismo, los Jueces o Tribunales podrán acordar en sus sentencias, a petición de la víctima, la prohibición de que el reo se aproxime al ofendido o se comunique con él o con su familia, así como la prohibición de que el reo vuelva al lu-

⁴² Dato referido en ZURITA BAYONA, Jorge; “La lucha contra la violencia de género”. Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior N. 9, enero-junio 2013, p. 63-127; Pág.74.

⁴³ BOE núm. 104, Sábado 1 mayo, 1999 16099

gar en que se hubiere cometido la falta o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos por tiempo de tres meses a un año.»

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del C.P. de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁴, influido por el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros en 1998, supuso la *tipificación como delito específico la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas*, así como la *inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas*. Asimismo, modificaba los artículos 13 y 109 e introducía el artículo 544 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), según su Exposición de Motivos *persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias. Por otro lado, se reforma el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, al tiempo que se elimina la obsoleta referencia que se contiene en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres.*

Interesa hacer mención a la introducción en el artículo 153 CP de una conceptualización de la “habitualidad” *número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Desde el año 1986, diversos organismos, instituciones y demás poderes públicos intensifican progresivamente su regulación interna entorno a la violencia en el ámbito de la pareja dictando una serie de instrumentos jurídicos dirigidos a la prevención, detección, represión y protección de las víctimas de violencia de género. Destacan en este ámbito

⁴⁴BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999, páginas 22251 a 22253 (3 págs.).

las Circulares de la Dirección General de Policía y las Circulares e Instrucciones Fiscalía General del Estado⁴⁵.

En 1995, fue publicada otra LO que incidía en uno de los delitos en los que mayor porcentaje de víctimas mujeres presenta: los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual se constituía un sistema ayudas en el ámbito asistencial para las víctimas tanto directas como indirectas de delitos dolosos y violentos de contra la libertad sexual.

En el año 2003, se publicó la Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. Su importancia es trascendental dado que con ella se concede a la víctima de violencia de género el estatuto integral de protección y será el motor del inicio de los instrumentos de protección en los distintos ámbitos territoriales y materiales. Con la orden de protección, el Juzgado de Instrucción podrá acordar medidas de naturales penal y civil y además, supone la obligación de *informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor* (artículo segundo de la Ley que introduce el artículo 544ter de la LECRim). Esta protección derivada del estatuto integral de la víctima de violencia de género es completada con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito*⁴⁶.

Las modificaciones en el C.P introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁴⁷, se centraron, según su Exposición de Motivos (apartado III), en los siguientes aspectos

las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo

⁴⁵ ZURITA BAYONA, Jorge; *La lucha contra la violencia de género; Seguridad y Ciudadanía*: Revista del Ministerio del Interior; N. 9, enero-junio 2013, p. 63-127

⁴⁶ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015, páginas 36569 a 36598 (30 págs.)

⁴⁷ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, páginas 35398 a 35404 (7 págs.)

cual se 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 artículo 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Asimismo, la redacción del artículo 23 fue modificada incluyendo la posibilidad de haber sido cónyuge o haber mantenido una análoga relación de afectividad. Con ello se ponía el acento en uno de los momentos en que con mayor proporción suelen darse la violencia contra las mujeres: el momento de la separación o/y divorcio. De igual modo se incluía entre las personas agraviadas ascendentes, descendientes y hermanos/as de la persona conviviente o cónyuge.

Por medio de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP⁴⁸, el artículo 57 del CP establecía la obligatoriedad de que el juez acordara la medida del apartado 2 del artículo 48 en el supuesto de comisión de los delitos del apartado 1 del artículo 57 (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico) contra

- *quien sea o haya sido el cónyuge, o*
- *sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o*
- *sobre los descendientes,*
- *ascendientes o*
- *hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o*
- *sobre los menores o*

⁴⁸ BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875 (34 págs.)

- *personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o*
- *sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como*
- *sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados*

Con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el legislador español dio nombre, forma y estructura a la regulación de la violencia contra las mujeres de forma integral, multidisciplinar y autónoma. Supuso la modificación de trece leyes estatales:

1. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,
2. Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación,
3. Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo
4. Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación,
5. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad,
6. Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo,
7. Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio,
8. Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública,
9. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,
10. Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
11. Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial,
12. Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957,
13. Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Gratuita.

Del elenco de leyes modificadas podemos hacernos una idea del carácter preventivo, represivo y asistencial de la LO. Desde una visión multidisciplinar e integradora de di-

versas ciencias sociales -educación, laboral, penal, social, comunicacional-, aborda la cuestión de los delitos cometidos en el seno de las relaciones conyugales o de pareja. De su regulación nos centraremos más adelante en el concepto de “violencia de género”.

Por medio de la Disposición Final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁹, se modifica el apartado 2 del artículo 1 de la LO 1/2004 incluyendo como víctimas de la violencia de género a “*sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia*”⁵⁰. También modifica el apartado 2 del artículo 61 estableciendo la obligatoriedad de que *en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse (...) sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento (...)*. Asimismo, conforme a la modificación, el artículo 65 de la LO 1/2004 prescribe la posibilidad de que el Juez suspenda al inculpado el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela o guarda de hecho y en el caso de que la suspenda, habrá de pronunciarse sobre su modo de ejercicio. En similares términos queda modificado el artículo 66 respecto al régimen de visitas, estancias, relación y comunicación con los menores.

También ha sido modificado el artículo 20.1 de la LO 1/2004 por medio de la Ley Orgánica 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁵¹, estableciendo el derecho de las víctimas de violencia de género así como a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia y a que una misma dirección letrada asuma su defensa jurídica, gratuita, especializada e inmediata en todos los procedimientos que traigan causa de la violencia de género.

⁴⁹ BOE» núm. 175, de 23/07/2015.

⁵⁰ Interesa mencionar que esta LO también ha introducido el artículo 179quinquies en la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, reconociendo a los menores víctimas de violencia de género *titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito el derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta* cuyo padre o madre condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.

⁵¹ «BOE» núm. 239, de 06/10/2015.

Por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modifica el CP en relación a la violencia de género⁵².

Según su Exposición de Motivos se *incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.* Se introduce la posibilidad de acordar la medida de libertad vigilada del artículo 96 CP en los casos de violencia de género y doméstica.

Esta LO ha supuesto la desaparición de la categoría de “faltas” del CP. Según su Exposición de Motivos *aunque la nueva categoría de delitos leves requiera, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado, este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del nuevo delito de acoso.*

En el caso de la imposición de penas de multa, *sólo será posible la imposición de penas de multa en este tipo de delitos cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común.* Como así se precisa, entre otros, en el artículo 84.2 CP.

Por último, tipifica una nueva conducta en relación a las acciones tendentes a inutilizar o hacer ineficaces los dispositivos telemáticos que controlan el cumplimiento de las medidas cautelares y penas de alejamiento (artículo 468 CP).

1.3 Reflexión crítica sobre el concepto de violencia de género

⁵² «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.).

Como ya hemos referido anteriormente, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas para la Protección integral contra la violencia de género, supuso una modificación de gran calado en la regulación penal y procesal penal española.

En cuanto al término elegido “género”, en palabras del TC *“como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata de una discriminación 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”*⁵³.

Con ello, la legislación española emplea el término género para referirse a un tipo de violencia producida en el seno de una relación, presente o pasada, de afectividad y de un hombre hacia una mujer con mayor desvalor, y por ello con mayor merecimiento de pena, porque *las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*⁵⁴.

Conforme al artículo 1 de esta L.O.

1.1 tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 59/2008, de 14 de mayo.

⁵⁴ F.J.9º a) STC 59/2008, de 14 de mayo.

*2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia*⁵⁵.

1.3 La violencia de género a que se refiere la presente 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.

Este primer artículo de la LO 1/2004 limita la consideración de víctima de violencia de género a la existencia de una relación afectiva, presente o pasada. Esta delimitación conceptual en la legislación española se singulariza en el contexto normativo internacional de la violencia contra las mujeres, con la propia terminología empleada y con la propia lógica interna de la LO (la primera frase de la exposición de motivos de la LO expresa *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*)

En cuanto a la coherencia con la regulación internacional, de los textos apuntados anteriormente en ninguno se limitaba la consideración de violencia contra la mujer a la existencia de una relación personal. Si recordamos la **Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer** de 1993, se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexual;

⁵⁵ La referencia a los hijos menores y menores sujetos a tutela, guarda o acogimiento fue introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

les en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

*c) La violencia física, sexual y sicológica **perpetrada o tolerada por el Estado**, dondequiera que ocurra.*

Esta misma definición era mantenida en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “**Convención de Belem Do Pará**” de 1994⁵⁶. Conviene recordar la definición que ofrece la **Directiva 2012/29/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, o la diferenciación en el **Convenio de Estambul** entre violencia contra la mujer, violencia doméstica y violencia contra la mujer por razones de género⁵⁷.

Con ello, en la legislación española, “violencia de género” queda asimilada a lo que en el ámbito internacional se denomina “violencia doméstica” mientras que en España por “violencia doméstica” se entiende la violencia cuyo sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer y que recae en *descendientes* (aunque con la reforma del apartado 2º del artículo 1 de la LO 1/2004 por la LO 8/2015, los hijos menores y menores sujetos a tutela, guarda o curatela también serían considerados víctimas de violencia de género) , *ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*⁵⁸. Siendo el concepto “violencia contra las mujeres” el que aparece como integrador de los dos anteriores.

⁵⁶ 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. Artículo 1.

⁵⁷ De hecho la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2004 afirma *La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.*

⁵⁸ En definitiva, a las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP 1995.

Si los delitos que menciona el artículo 87 ter apartado 1 recayesen sobre mujeres y fueran cometidos sin mediar relación de afectividad análoga a la conyugal, en el caso de que hubieran sido cometidos como consecuencia o por razón del sexo de la víctima (ser mujer) y tras la reforma del artículo 22.4 CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo como causa de agravación de la pena cometer el delito por “*cuestiones de género*”, solo podrían ser penados conforme al tipo básico (homicidio, asesinato, agresión sexual, amenazas, coacción.....con la agravante genérica de “por motivos de género” o incluso, en el caso de que la gravedad de hecho no revista especial relevancia y con la desaparición de las faltas operada por la reforma de la LO 1/2015,, tratarse de una conducta tipificada como leve o atípica. No obstante, hay ámbitos materiales en los que sí existe una regulación específica cuando las acciones injustas recaigan sobre mujeres, sin mediar relación sentimental, pero sí otro tipo de relación en este caso laboral. Además, hay que precisar que la agravación por violencia de género está prevista para determinados delitos como lesiones, coacciones, amenazas, descubrimiento y revelación de secretos, no para todos los delitos.

En este contexto referido al concepto de violencia de género referido solo a la existencia de una relación sentimental, fue formulada una pregunta (con solicitud de respuesta escrita) el 26 de marzo de 2014, por Ramón Tremosa i Balcells, Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa, presentó a la Comisión referente a la no consideración de víctima de violencia de género a una prostituta asesinada⁵⁹. En concreto, formulaba las siguientes preguntas:

¿Considera la Comisión que la definición del concepto de «violencia de género» que figura en la Ley Orgánica española de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género es incompleta?

¿Considera la Comisión que la definición que proporciona la legislación española debe ser revisada, a fin de incluir en la misma no solo la violencia de pareja sino todos los tipos de violencia de género, tal y como contempla la Directiva 2012/29/UE?

⁵⁹<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2014-003735&format=XML&language=ES>

¿Considera la Comisión que la UE debe elaborar una directiva destinada a regular concretamente la violencia contra las mujeres, tal y como ha solicitado el Parlamento Europeo en la reciente Resolución Parvanova?

¿Cree la Comisión que el asesinato de esta prostituta en España debe considerarse un caso de violencia de género y, en consecuencia, contabilizarse como tal?

La respuesta⁶⁰, el día 2 de junio de 2014, por la vicepresidenta de la Comisión Europea Viviane Reding fue que (...) *la Directiva se aplica a los delitos penales cometidos en la Unión Europea y a los procesos penales celebrados en la EU. Su objetivo no es tipificar como infracción penal determinados actos o conductas llevados a cabo en los Estados miembros. Para que la Directiva se aplique y defina como «víctima» a una persona que haya sido objeto de un acto específico, es preciso que tales actos estén tipificados penalmente y se puedan castigar con arreglo a la legislación nacional. (...).*

En cuanto a la propia terminología empleada, la reflexión del TC respecto al término *género* no parece seguir las primeras reflexiones en torno al sistema sexo/género ni las definiciones en los distintos textos jurídicos internacionales. Respecto a las reflexiones sobre el binomio sexo/género, sin ánimo de entrar en este arduo debate, podemos señalar como primer acercamiento la obra de Ann Rosamund Oakley en cuyo libro *Sex, Gender and Society*⁶¹ propone, desde la sociología, la idea de que mientras el sexo es fisiológico (hombre/mujer), el género es el conjunto de roles, papeles y estereotipos atribuidos culturalmente (masculino/femenino).

Esta misma idea la recoge el Consejo de Europa en el Convenio de Estambul al que hemos hecho referencia cuando en su artículo 3 define “género” como *los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.*

Con lo que, si tal y como indica el TC, no es el sexo en sí de los sujetos lo que el legislador toma en consideración, no tiene sentido circunscribir la violencia de género a una relación heterosexual siendo el sujeto activo hombre y el sujeto pasivo mujer, dado que el *género* (y por tanto, el aspecto social y cultural de los comportamientos de los sexos)

⁶⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2014-003735&language=ES>

⁶¹ VID. Oakley, Ann, “*Sex, gender and society*”. Aldershot: Arena; London; 1972.

podría ser visto como un concepto cuya atribución a uno u otro sexo tiene una consideración histórica innegable y esto ha supuesto la aparición de roles femeninos en hombres y roles masculinos en mujeres. Ahora bien, olvidando esta crítica gramaticofilosófica, y teniendo presente, en primer lugar, el recorrido histórico jurídico expuesto en páginas anteriores que recogen la desigualdad y la imposición de la obediencia de la esposa respecto del esposo, y, que el sustrato cultural ha asociado el rol femenino (género) a las mujeres (sexo), lo que en palabras del TC expresa un arraigado tipo de violencia, la violencia en la pareja es un delito sexualizado (la mayoría de las víctimas son mujeres⁶²). Por todo ello, consideramos más oportuno referirse a este delito especial como violencia contra las mujeres⁶³.

Por otro lado, la dificultad de exigencia probatoria de los motivos de género del delito puede ser una de las razones por las que el Tribunal Constitucional no exige que en la comisión de los delitos de violencia de género (cuando haya relación de afectividad presente o pasada) exista un especial elemento del injusto⁶⁴. El propio TC en el Fundamento Jurídico 4º de la STC 58/2009, de 14 de mayo, apoya la postura del órgano cuestionante referente a la necesidad de que el sujeto activo sea varón. En este caso, entre parejas homosexuales no podría darse violencia de género⁶⁵.

⁶² VID. Informe mundial sobre la violencia y la salud de la Organización Mundial de la Salud en 2002.

⁶³ Ello no obstante, si se utiliza la expresión “violencia contra las mujeres” y al mismo tiempo se exige que el sujeto activo sea varón, la regulación se referiría solo a las mujeres que mantengan una relación con un hombre. Lo que por otro lado, no parece sino recoger una constatación fáctica: en la relación hombre y mujer, el imaginario social, el sustrato cultural, las condiciones laborales, de conciliación, salariales, de acceso a puestos decisorios,... sitúan a la esposa/novia en una dimensión desigual en la propia pareja.

⁶⁴ En el F.J. 11º de la STC 59/2008, de 14 de mayo, el TC daba respuesta a una de las alegaciones del órgano cuestionante. La relativa a la *existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima*. En palabras del propio TC *No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones —los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento— a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja*.

⁶⁵ Recogemos lo expuesto en la nota 62 y además, podemos entender que se trata de una restricción justificada por el arraigo cultural de este tipo de violencia (el *de dónde* venimos cultural y socialmente que ha sido reflejado en los apartados anteriores). La igualdad jurídica de las distintas relaciones afectivas no es óbice para considerar que el sexo de los integrantes de la pareja acarrea una carga sociológica y cultural que sitúa en un plano de desigualdad a las mujeres respecto de los hombres incluso dentro de la pareja.

Esta circunstancia ha supuesto la objetivación de la violencia de género en aquellos delitos en los que está prevista. Hay quienes entienden que con esta objetivación se desnaturaliza la violencia de género, que precisamente se basa en la asunción de papeles y estereotipos sociales, y que por tanto no toda lesión, coacción o amenaza del esposo/novio sobre la esposa/novia es un caso de violencia de género sino aquellos en los que se aprecia esta circunstancia. El TC ya ha refutado esta opinión (F.J11 ya señalado). Y es que en la propia STC 59/2008 de 14 de mayo⁶⁶, el TC en el Fundamento Jurídico 4.a) apoyaba la postura mantenida por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia Auto de 29 de julio de 2005 que venía subrayar en cuanto al sexo del sujeto activo y pasivo:

En este nuevo subtipo (en referencia al párrafo 1 del artículo 153) se observa la predefinición legal del sexo, diferenciando los sujetos activo y pasivo, derivando consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos. Concretamente, existe una referencia expresa a “la ofendida”, lo que claramente identifica el sexo del sujeto pasivo; en cuanto al activo, la inclusión de los términos “esposa” y “mujer ligada a él” deja poco margen para una interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto de este inciso en el que, se insiste, es en todo claro el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo. Se añade, por lo demás, que esa interpretación pugnaría con el espíritu de la norma de origen, esto es, la Ley Orgánica 1/2004, que define la violencia de género como aquella 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” (art. 1).

*El precepto presupone así un **sujeto activo hombre** y un **sujeto pasivo mujer**, y exige además una relación, actual o pasada, conyugal o de afectividad análoga. Este elemento relacional no añade nada significativo a la discriminación por sexo porque tal relación es concebible también en sujetos homosexuales, en particular tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Dicho de otro modo: **las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellas**; no así la convivencia, cuya eliminación, unida a la limitación del sexo ne-*

⁶⁶ BOE núm. 135 Suplemento, 4 de junio de 2008. Por la que se desestimaba la cuestión de inconstitucionalidad núm.5939/2005 elevada por el Juzgado de lo Penal Nº 4 de Murcia, y otras cuestiones acumuladas –se formularon cuatro votos particulares–.

cesariamente masculino del autor apuntan como bien jurídico adicional a la integridad física y psíquica de las personas a que se refiere el título, la proscripción de conductas discriminatorias, expresadas de forma violenta, en un ámbito muy concreto, el de las relaciones de pareja heterosexuales, por parte del hombre sobre la mujer.

Con todo ello, las notas definitorias del delito de violencia de género en su configuración legal en España se delimitan por el sexo de los sujetos (varón el sujeto activo y mujer el sujeto pasivo) y por la existencia de una relación de afectividad presente o pasada, aún sin convivencia. Un tipo de violencia que se entiende existe solo en el contexto de una relación heterosexual y bajo la consideración de la irreprimible injerencia de la socialización en las personas y su forma de relacionarse. La voluntad en esa asunción de pautas culturales será tratada en el siguiente apartado. Podemos reflexionar sobre si la utilización de la palabra “género” y la limitación que impone (relación afectiva) es coherente con los principios que enuncia la LO 1/2004⁶⁷.

Y en este sentido podemos pensar que el asesinato de la mujer prostituta (al que se refería el parlamentario) no sea tratado como un caso de violencia de género no es un dato sorprendente habida cuenta de que si el esposo mata a su esposa, será considerado como un delito de homicidio (o asesinato, en su caso) con las circunstancias modificativas de la responsabilidad que se determinen incluyendo la posibilidad de la nueva agravante del 22.4º CP (habrá de ser objeto de prueba) y la agravación por parentesco del artículo 23 CP. Es decir, no existe una agravación específica si la víctima es o hubiera sido esposa (o análoga relación de afectividad) puesto que el artículo 23 es aplicable con la única condición de que el delito sea cometido por el esposo contra la esposa o viceversa. Por lo que, no instaura especialidad alguna por violencia de género. La especialidad y el tratamiento como violencia de género vendría determinada por la atribución de la com-

⁶⁷ Interesante la referencia de LOBO GUERRA, María; SAMPER LIZARDI, Fernando, a JOHNSON, M.P., «A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Northeastern Series on Gender», Crime, and Law, 2008, pp. 40-50, cuando diferencia entre violencia estructural (*el agresor es habitualmente un varón, especialmente en la específica, que sería aquella que se identifica con la definición de violencia de género, y que es ejercida exclusivamente por hombres*) y violencia circunstancial (*en cambio, puede ser ejercida por ambos (sexos), como una forma rápida, e inadecuada, de afrontar las desavenencias conyugales*) en “¿Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.163-178, Pág. 168.

petencia procesal a los Juzgados de violencia sobre la mujer de conformidad con el artículo 87ter.1 LOPJ⁶⁸.

En el ámbito penológico sería de interés preguntarse cuánto variaría la pena del tipo básico con la agravante de parentesco en el momento de individualización de la pena de conformidad con las reglas del artículo 66 CP y, la pena asociada al tipo que prevé la agravación por la violencia de género. Esto nos hace pensar que la especialidad es más procesal y material que penológica dado que son determinadas acciones que con anterioridad eran consideradas faltas o atípicas las que han ido incorporándose al CP o tipificadas como delito cuando se cometen sobre la mujer en el marco de una relación heterosexual.

Podemos entender que esta limitación a una relación sentimental es justificada porque es en la relación sentimental donde con mayor impunidad se han venido produciendo estas acciones y omisiones vejatorias, injustas, peligrosas y atentatorias de bienes jurídicos de las mujeres. La delimitación del espacio privado, su adjudicación a las mujeres y la inatacabilidad de este espacio han convertido las relaciones matrimoniales en uno de los principales focos de vulnerabilidad de las mujeres a lo largo de la historia.

Además, si todo delito en el que el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo mujer fuera considerado violencia de género supondría la desconfiguración y excesiva generalización de la violencia de género puesto que lo que significa todo, significa nada.

Además, esa generalización supondría extender la prohibición del artículo 87ter LOPJ a todos los delitos en que las mujeres seamos víctimas.

Por todo ello, circunscribir la violencia de género a una relación sentimental heterosexual presente o pasada, aun sin convivencia, es un acierto del legislador dado que de no existir esta relación, entrarían en juego otros delitos tipificados en el CP, así como disposiciones específicas como los relativas a la relación laboral, o preceptos generales como las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Además, es de destacar que esta limitación aparece solo en el título IV de la LO 1/2004 destinado a la tutela penal siendo el resto de títulos generales y no circunscritos a una relación sentimental,

⁶⁸ En MARTINEZ GARCIA, Elena, GISBERT GRIFO, Susana; “*Género y Violencia*”; 1ª edición - Tirant lo Blanch; Valencia, 2015 - 146 págs. Las autoras entienden que la especialización ha quedado en papel mojado atendiendo a la configuración actual clasificación de los Juzgados sobre la Mujer: existen tres tipos de Juzgados sobre la Mujer: - *exclusivos, guarda diaria, incluso festivos y horario de tarde (hasta las 21h).*-*exclusivos pero con atención únicamente en días laborables y horario de mañana. (El resto de asuntos los llevará el Juzgado de Instrucción de guardia que practica las diligencias y procede después a la inhibición al Juzgado de VsM).* -*No exclusivos. “Compatibles”*. Pág. 24.

respetando el principio de última ratio, intervención mínima y carácter fragmentario del derecho penal.

En cuanto a la prohibición, el artículo 44 adicionaba un artículo 87 ter.5 en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo contenido establece *en todos estos casos está vedada la mediación*. Sería oportuno precisar a qué se refiere con “en estos casos”.

El artículo 87 ter apartado 1 atribuía en su letra a) la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el orden penal, con una doble condición por razón de la materia y por razón de la persona ofendida. En cuanto a la *ratione materiae*, se atribuye la instrucción de los delitos de *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*. Por razón de la persona, *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*.

En la letra b) se atribuía la competencia para la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares en el caso de que la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el apartado a). En la letra c) se refería a la competencia para la adopción de las órdenes de protección. Y en la última letra se fijaba la competencia para el 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 de la letra a)*.

En el orden civil, se atribuía a la competencia de los Juzgados sobre la Mujer para conocer de los procedimientos y recursos en los asuntos de *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 proge-*

nitor 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. En relación a estas materias, el apartado 3 declaraba la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer en los casos en

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.*

En el apartado 4, el legislador establecía que *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.*

Que los hechos no constituyan expresión de violencia de género habida cuenta de la objetivización del delito de violencia de género (no se exige un especial elemento del injusto sino que el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo sea mujer y entre ellos exista o haya existido una relación conyugal o de análoga afectividad aún sin convivencia) no deja de ser una incongruencia entre la legislación material y la procesal.

CAPÍTULO 2. PERSPECTIVA VICTIMOLÓGICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO

Con SUBIJANA podemos indicar el origen de la victimología en las teorías de Hans Von Henting y Mendelsohn. En concreto en el I Simposio Internacional de Victimología en Jerusalén en 1973 donde se definió la victimología como *el estudio científico de la víctima*⁶⁹. Es interesante destacar el estudio de Von Henting en cuanto a la denominada pareja criminal, asumiendo la contribución de la víctima en la comisión del hecho penal. En concreto, se denomina la *victimología del acto* a aquellas teorías que se sustentan en la consideración de que el riesgo de ser víctima se distribuye de forma desigual atendiendo a determinadas características de personas o grupos que les hacen más proclives a ser víctimas. Frente a este enfoque se encuentra la victimología de la acción que pretende analizar, no aquellos factores que hacen posible que una persona o grupo puedan ser víctimas, sino qué hacer cuando ya lo han sido⁷⁰. Junto a esta perspectiva se sitúa la denominada Victimología crítica. De las características que señala SUBIJANA nos interesa que con la visión crítica *se resalta que gran parte de las victimaciones supraindividuales que afectan a colectivos amplios (trabajadores, consumidores, inmigrantes) obedecen a una macroestructura socio-económica gobernada por las ideas de injusticia y desigualdad*⁷¹.

Es desde esta visión de la victimología de la acción y con esta puntualización crítica desde la que abordamos este apartado.

La necesidad de abordar la voluntad de la víctima de violencia de género en el contexto de la cada vez mayor importancia e implementación de las ADR, se torna de vital importancia por dos cuestiones principalmente. En primer lugar, porque en las ADR el motor sobre el que gira todo el procedimiento es la voluntad de las personas participantes⁷². En segundo lugar, la voluntad de las víctimas en los delitos de violencia de género constituye una de las principales notas que caracterizan estos delitos derivada de la baja

⁶⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; *“Introducción a la victimología”*; Ed. Universidad del País Vasco; 2012. Materiales del Posgrado de asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas.

⁷⁰ Op. Cit. Pág. 6.

⁷¹ Op. Cit. 7 y 8.

⁷² Así, en la Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal o en 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.

denuncia del delito, el elevado número de mujeres que retiran la denuncia, el derecho a no declarar del artículo 416 LECRim, la frecuencia con que el delito de quebrantamiento del artículo 468 CP se realiza con el consentimiento de la víctima y, por otro lado, el elevado número de llamadas al teléfono 016⁷³.

Respecto a esta última consideración (la voluntad de las víctimas de violencia de género) suele señalarse que este comportamiento que suele darse en este tipo de víctimas (no sería oportuno generalizar sin señalar que se trata de una línea general sin excluir a las víctimas de violencia de género que sí judicialicen el delito) encuentra explicación desde la psicología y la victimología. Y que atendiendo a estas disciplinas se entiende que las víctimas de violencia de género no suelen comportarse dentro del patrón general con que se espere que actúe una víctima (se reconozca como víctima, denuncie, acuse y quiera ser reparada).

En este contexto, presentar a las víctimas de violencia de género un nuevo recurso de justicia penal que deje todo el peso del proceso en su voluntad y en la del agresor, supone retroceder en el tiempo a una situación jurídica pre-1999 y sus disposiciones procesales y penales.

Desde esta profunda apreciación crítica (una de las principales que puedan hacerse en contra de la aplicación de la Justicia Restaurativa en casos de violencia de género) en este apartado analizaremos el tratamiento del consentimiento y la voluntad de la víctima de violencia de género con el objetivo de aproximarnos al tratamiento procesal que se le concede al mismo (en el ámbito penal no tiene repercusión alguna) y con ello, la posibilidad de que exista voluntad en la víctima de ser reparada utilizando un mecanismo restaurativo.

La regulación de la violencia de género que realiza el legislador español suele ser criticada por un presunto tratamiento paternalista de las mujeres. Que, en el seno de una relación heterosexual de pareja presente o pasada, cualquier mujer pueda ser víctima de violencia de género, como ha quedado anteriormente clarificado siguiendo la regulación legal y la doctrina constitucional, supone una extensión de la vulnerabilidad a todas las mujeres o cuanto menos su apreciación objetivada.

⁷³ Desde el día 3 de septiembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2014 se realizaron aproximadamente 188 llamadas diarias al teléfono 016. Datos extraídos de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio>

Con todo lo anterior, se presenta una zona crítica en cuanto al análisis y reflexión de la violencia de género: ¿qué papel otorgar al consentimiento de la víctima?⁷⁴ ¿Qué alcance otorgar a su voluntad?

Hemos de partir, del carácter público de este delito (siendo perseguible, por tanto, por el Ministerio Fiscal). Esta característica tiene una especial transcendencia dado que, conforme al artículo 106 de la LECRim, en los delitos públicos *La acción penal por delito que dé lugar a procedimiento de oficio no se extingue por renuncia de la persona ofendida*. Consecuencia de la indisponibilidad del objeto del proceso penal.

Conviene poner de relieve esta intranscendencia procesal de la renuncia de la persona ofendida por el ilícito en los procesos por delitos de violencia contra la mujer.

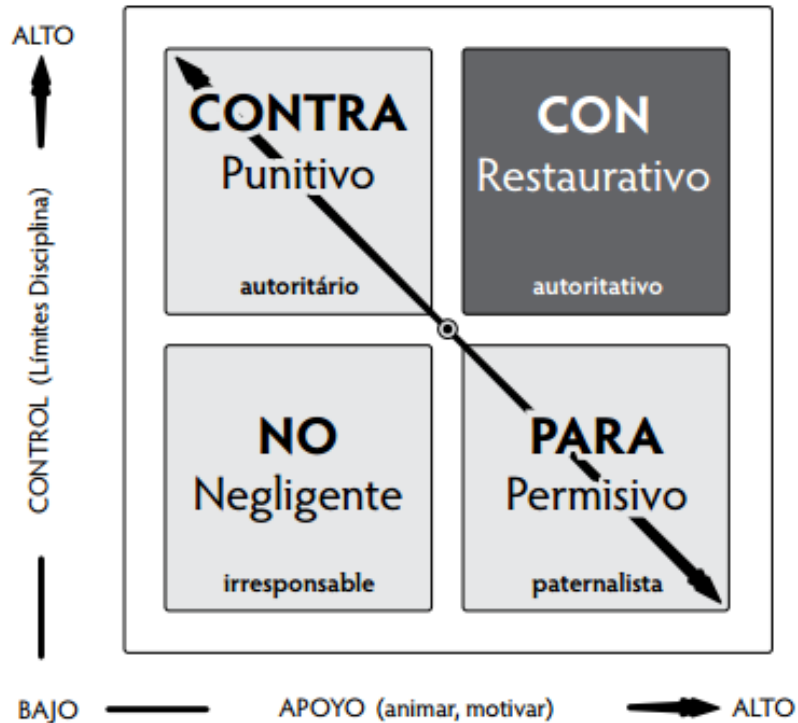
En este punto, interesa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 148/2005, de 26 de abril, “*cierto también que la perjudicada se ha retractado en juicio de cualquier imputación hacia el acusado, pero también lo es que en este tipo de delitos es usual la retractación de la víctima, la renuncia, el perdón, la retirada de la denuncia pero no por ello debe pararse la acción penal, cuando los hechos son perseguibles de oficio y la sociedad reclama la protección de la víctima, incluso pese a ella misma y contra su propio miedo*”.

Puede suponer una visión paternalista del Estado sobre la mujer víctima de violencia de género o, incluso, el tratamiento de la mujer víctima de violencia machista como una persona cuyos intereses y necesidades han de ser gestionados y representados por alguien que, en todo caso, no es ella.

Esta consideración de la Justicia penal sin las víctimas o, incluso pese a ellas, es un paradigma que se contrapone radicalmente con la visión de la Justicia penal desde la perspectiva restaurativa. Según la teoría de la ventana de la disciplina social, podemos distinguir cuatro enfoques para el mantenimiento del orden público y el respeto por el ordenamiento jurídico: un control que puede ser alto o bajo combinado con un apoyo que

⁷⁴ En este punto es necesario realizar una observación referente al tratamiento de esta cuestión en los medios de comunicación. En concreto en aquellos programas de entretenimiento que suelen ser proyectados en horarios de máxima audiencia. Más allá de la crítica a este tipo de programas, de la previsión de temas y conflictos por el equipo de profesionales de la psicología que se encargan del casting y de la banalización de temas de un programa de televisión dirigido a entretener y provocar contenido en la cadena, si negamos la importancia de pronunciar frases u opiniones machistas ante una audiencia de millones de personas y aun así, seguimos pretendiendo que las Leyes y disposiciones normativas sean entendidas, cumplidas y motiven a la sociedad civil, pecaremos de un elitismo académico endogámico, limitado, poco democrático e ininteligible.

puede ser alto o bajo. Atendiendo a esta gráfica de TED WACHTEL sobre la teoría de la ventana de la disciplina



La regulación de la violencia de género en España se situaría en un nivel de control punitivo junto con un nivel de apoyo alto paternalista al hacer justicia “para” las víctimas sin atender a lo que éstas puedan decir.

Por el contrario, se situaría en un control alto y un apoyo alto “con” las víctimas.⁷⁵

Por ello, podemos decir que la aplicación mecanismos restaurativos en casos de violencia de género supone una colisión entre dos paradigmas de Justicia Penal.

En cualquier caso, en este hacer Justicia pese a la víctima, en el foco de la cuestión se presenta el estudio del bien jurídico protegido en el delito de violencia de género.

El Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas para la Protección Integral contra la violencia de género supuso las modificaciones en el Código Penal de los siguientes delitos

⁷⁵ En WACHTEL, Ted; *Definiendo Qué es Restaurativo*; Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas; 2013, Pág. 3. Según este autor “los seres humanos son más felices, más cooperadores y productivos, y tienen mayores probabilidades de hacer cambios positivos en su conducta cuando quienes están en una posición de autoridad hacen las cosas con ellos, en lugar de hacerlas contra ellos o hacerlas para ellos”.

- introducción del subtipo agravado en delito de lesiones (artículo 148.4 y 5) cuyo bien jurídico protegido es la **integridad física y la salud física y mental**.
- redacción del delito de malos tratos del artículo 153 (sin habitualidad) cuyo bien jurídico protegido es **integridad física, salud física y mental**.
- redacción del artículo 171.4 referente al delito de amenazas cuyo bien jurídico protegido la **libertad**
- redacción del delito de coacciones en el artículo 172.2, bien jurídico protegido la **libertad**.
- redacción del delito del artículo 173.2 (habitualidad en la violencia física y psíquica) cuyo bien jurídico protegido en la **integridad física y moral**.

Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁶ el bien jurídico protegido es *la preservación del ámbito familiar o análogo como una comunidad de amor y libertad, presidido por el respeto mutuo y la igualdad: o dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a someter aquel ámbito a la imposición del miedo y la dominación*. Resulta necesario recordar la STC 58/2009 que, por su parte señalaba, a la hora de justificar la constitucionalidad de las modificaciones introducidas por la LO 1/2004 *cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado*.

Continúa esta STS señalando “la STS. 927/2000 de 24.6, a la que cita la STS. 716/2009 de 2.7, realiza un detenido estudio de las características y funciones del antiguo art. 153 CP. -actual art. 173.2 - que penaliza la violencia domestica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras SST.S. 645/99 de 29 abril, 834/2000 de 19 de mayo, 1161/2000 de 26 de junio o 164/2001 de 5 marzo. La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo dis-

⁷⁶ STS 5144/2011, de 19 de julio de 2011.

tinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 -actual art. 173.2 - es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia”.⁷⁷

Y en concreto referente al delito de maltrato habitual, señala “*Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia*”.

Este bien jurídico protegido en el delito violencia de género justificaría que el concepto de violencia de género no se haya positivizado más allá de las relaciones conyugales o de pareja. A no ser que entendamos y extendamos la aplicación de la circunstancia agravante “cuestiones de género” del artículo 22.4º CP.

⁷⁷ VID. BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel, “Silencio o retractación de la víctima y continuación del proceso penal: el bien jurídico desde una perspectiva constitucional” en *Violencia de género y Justicia*; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel Dir.; ALONSO SALGADO, Cristina coord.; Universidade de Santiago de Compostela; 2013,pps.629-646

Si el bien jurídico protegido es la paz familiar entendida como una comunidad de amor y libertad sin imposiciones, miedo ni dominaciones, se trata de un bien jurídico colectivo.

En este mismo sentido, la STC 59/2008, de 14 de mayo, señala que si el bien jurídico protegido en el delito de violencia de género es la integridad física de las mujeres *la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos*⁷⁸.

En su FJ 9º señala una serie de bienes jurídicos que se ven afectados con la violencia de género *no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su **seguridad**, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su **libertad**, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su **dignidad**, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”*

⁷⁸ F.J 8º STC 59/2008, 14 de mayo.

En este marco, la imposibilidad de que una víctima de violencia de género elija la mediación como mecanismo de reparación de los daños provocados por el delito vendría determinada por su falta de disponibilidad del bien jurídico afectado: la paz familiar o relacional de pareja. No siendo titular de este bien jurídico, su capacidad de decisión respecto a su victimización vendría reducida a ser una parte o activa o pasiva en la situación pre- procesal, procesal y postprocesal.

Sin embargo, este argumento respecto al bien jurídico protegido y al titular del mismo para justificar la prohibición de la mediación no es del todo satisfactorio dado que tal prohibición no existe en el resto de delitos públicos con bienes jurídicos colectivos y titularidad supraindividual⁷⁹.

Para responder de forma satisfactoria a estas preguntas habríamos de reflexionar, en primer lugar, sobre el consentimiento de la víctima de violencia de género. El consentimiento en una relación de maltrato y el consentimiento en una relación machista⁸⁰.

No obstante, hay resaltar que los efectos del consentimiento en el Derecho penal se encuentran muy limitados dado que como causa de exclusión de la responsabilidad penal opera en reducidos delitos y con requisitos muy exigentes. A todo ello se une que en el ámbito de la violencia de género todo elemento de análisis que pueda llevar a un posible resultado atenuatorio de la responsabilidad criminal del sujeto activo o a la “descriminalización” de una conducta es rechazado de plano sin entrar en el fondo de la cuestión. Sin embargo, considero del todo necesario abordar esta cuestión del consentimiento puesto que a la víctima de violencia de género, con el proceso de “*publicación*” del delito, le ha sido expropiada toda capacidad de decisión en su proceso de victimización incluso la decisión de acudir a mecanismos de reparación del delito complementarios al tradicional judicial⁸¹. La misma voluntad sobre la que el Estado actúa en defensa de las mujeres víctimas de violencia de género, es la voluntad necesaria para que éstas puedan decidir si quieren utilizar algún mecanismo que proporciona la Justicia Restaurativa. He

⁷⁹ Véase los encuentros restaurativos entre presos exetarras y víctimas directas o indirectas del terrorismo etarra en la cárcel de Nanclares de Oca (Álava). VID PASCUAL, Esther; “Los ojos del otro”; Editorial: SAL TERRAE; 2013; 324 págs.

⁸⁰ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “machismo” con una única acepción como *Actitud de prepotencia de los varones respecto de las mujeres*. Si buscamos la definición de prepotente, nos ofrece dos acepciones. La primera *Más poderoso que otros, o muy poderoso* y la segunda, *Que abusa de su poder o hace alarde de él*.

⁸¹ El análisis de la Justicia Restaurativa como mecanismo insertado en el proceso judicial (interesa la modificación del artículo 84.1 CP con la posibilidad de ser exigido el cumplimiento del acuerdo de mediación para proceder a acordar la suspensión de la ejecución de la pena) será analizado con posterioridad.

aquí la principal dificultad en el presente análisis. Por tanto, no se trata de abordar este tema para repercutir en la víctima ningún grado de culpa sino para entender cómo escuchar a una víctima de violencia de género en cuanto a su reparación si se entiende de forma general que su voluntad está viciada. Es necesario evitar la culpabilización de la víctima por permanecer en una relación afectiva basada en patrones machistas que la sitúen en una posición de inferioridad con respecto a su pareja coartando su libertad, autonomía y desarrollo de su libre personalidad. Esta atribución de responsabilidad a la víctima de maltrato se basa en una concepción de la libertad y de la autonomía de la voluntad superficial y abstracta que olvida el contexto social y psicológico necesario para reconocer cuándo existe una situación o contexto en el que elegir entre opciones o decidirse por otras alternativas reales, verosímiles y posibles⁸².

En este momento se sitúa en el eje de la cuestión la consideración jurídica que merecen las opciones de las víctimas. Si deciden permanecer en una relación basada en la atribución de roles de conformidad con una sociedad patriarcal, si decide no denunciar, si decide no declarar, si decide el quebranto de la orden de alejamiento, si acepta la reconciliación,.... El Derecho ha dado un paso adelante respecto a estas consideraciones referidas al amor y afecto en la pareja. No es aceptable basar una relación sentimental en la renuncia por parte una de las personas que la integran de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española y Tratados Internacionales sobre la materia.

Ahora bien, si esta voluntad de la víctima es ninguneada por el Estado, ¿cómo escuchar a la víctima de violencia de género que quiera iniciar un proceso restaurativo? Este reconocimiento de la voluntad de la víctima se enfrentaría a toda la arquitectura jurídica creada en torno a la violencia de género donde todo parece dirigirse a una víctima que quiera finalizar la relación, iniciar un proceso de separación o divorcio, castigar a su (ex)cónyuge por los bienes jurídicos vulnerados, declarar en su contra y mantenerse en esta actitud retributiva durante todo el proceso. Es decir, se exige a la víctima de maltrato por razón de género que continuamente reivindique su voluntad de desvincularse del victimario, esto es una nueva forma de exigir la permanente exteriorización del *no consentimiento* de una relación basada en estereotipos de género machistas. Hay quien puede

⁸² De interés la propuesta del Instituto Sueco de Investigación Social sobre los componentes de la desigualdad constituyentes del nivel de vida incluyendo los recursos económicos, los recursos políticos, empleo y trabajo, educación y cualificaciones, salud, vivienda, familia e integración social, seguridad y oportunidades culturales y recreativas. En JAMROZIK, Adam; NOCELLA, Luisa; *The Sociology of Social Problems Theoretical Perspectives and Methods of Intervention*; Cambridge University Press, 13 jul. 1998 - 253 págs.

pensar que esta hipótesis queda refutada por las modificaciones que se han ido introduciendo en el CP y LECRim respecto a la violencia de género, sin embargo, podemos resaltar el hecho de que para acceder como usuaria a los servicios con que asiste ATENPRO⁸³, uno de los requisitos es *No convivir con la persona o personas que les han sometido a maltrato*. Esta exigencia parece sustentarse en el obstáculo que puede resultar la convivencia entre víctima y victimario para la consecución de los objetivos que persigue ATENPRO⁸⁴. En todo caso, exigir esta decisión en la víctima puede conllevar impedir el acceso a los servicios asistenciales a mujeres víctimas de violencia de género que no quieran (podemos entender que en la diversidad de grados y alcances en que se manifiesta la violencia de género, en el grado más leve, sin habitualidad, ni reincidencia, podríamos considerar la posibilidad de que con el aprendizaje de ideas sobre cómo gestionar emociones, respetar a la pareja, etc. y el desaprendizaje de las relaciones basadas en la posesión, cosificación y pertinencia podría darse la posibilidad del mantenimiento de la relación) o no puedan dejar de convivir con su agresor (el aspecto psicológico es un aspecto trascendental en la violencia de género, teniendo presente las particularidades y especificidades de cada víctima), o abandonar el domicilio que comparten (motivos económicos, relacionales, dominicales,...).

Actualmente, ha despertado una crítica dirigida hacia consideración paternalista del Estado en su afán por asumir la persecución de la violencia de género como un asunto propio, olvidando las necesidades de las víctimas⁸⁵.

La denuncia por parte de la víctima se constituye como requisito necesario para acceder a los restantes instrumentos de protección e intervención que prevé la LO 1/2004. Así, su artículo 23 prescribe *Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima*.

En este sentido, la Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica⁸⁶, limita la posibilidad de adoptar medidas de carácter civil⁸⁷ a que tales medidas sean solicitadas expresamente por:

⁸³ <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/Recursos/ATENPRO/home.htm>

⁸⁴ Conforme al Protocolo de ATENPRO: *Proporcionar seguridad y tranquilidad, Potenciar la autoestima y la calidad de vida de las usuarias del servicio, Garantizar una atención inmediata y adecuada ante situaciones de Emergencia, Realizar un seguimiento activo de la situación (...).*

⁸⁵ TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia doméstica versus violencia de género: transitando por el universo psico-jurídico” en *Violencia de género y Justicia*; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel Dir.; ALONSO SALGADO, Cristina coord.; Universidade de Santiago de Compostela; 2013, pp.77.

⁸⁶ «BOE» núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

1) Por la víctima o su representante legal o 2) Por el fiscal, cuando existan hijos/as menores o incapaces

De este modo, para que en la orden de protección, que constituye el estatuto de protección integral de las víctimas de violencia de género, se adopten medidas de carácter civil en favor de una mujer víctima de violencia de género sin hijos menores o incapacitados, requiere que ella lo solicite.

Como pone de relieve Cristina Torrado⁸⁸, parece que esta protección sería más viable de haber atendido a la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros de 2002 sobre la protección de la mujer contra la violencia en la que se determina que la protección procederá “*exista o no denuncia formal por parte de la víctima*”.

En todo este escenario, podemos encontrar dos posturas claramente opuestas entre quienes rechazan la extensión del término vulnerabilidad y, por tanto, acusan de paternalista a la regulación española referente a la violencia de género, y entre quienes entienden que las acciones positivas en materia de igualdad y prohibición de la discriminación son *conditio sine qua non* para la igualdad real y efectiva, y, por tanto, el Derecho Penal y procesal penal no pueden estar ajenos a los obstáculos de toda clase que en su cotidianidad se encuentra las personas para el ejercicio de sus Derechos y Libertades.

2.1. La visión paternalista de la regulación en materia de violencia de género.

En la primera línea de respuestas se pronuncia TAMARIT SUMALLA para quien el principio de intervención mínima y última ratio del Derecho Penal ha de ser respetado en todo caso. Critica la extensión del término “vulnerabilidad” así como la imprecisión al hablar de violencia en general como homogeneizadora de acciones u omisiones de lo más diversas y complejas. Así, mantiene que afirmar que la mayoría de la población (...)

⁸⁷ Consecuencia de la existencia de ciertos principios de carácter civil como la justicia rogada o el principio dispositivo suponen que las medidas de naturaleza civil, que ya no suponen una protección física de la víctima, hayan de ser solicitadas por la víctima, su representante legal o el Ministerio Fiscal si existieran hijos menores o incapaces. Sin embargo, esto queda atenuado por la referencia en el mismo párrafo al art. 158 del Código Civil, que faculta al juez a dictar las medidas que considere en beneficio del menor, con lo que en realidad el juez se puede pronunciar de oficio sobre cualquier medida que atañe al bienestar del menor. SOLETO MUÑOZ, HELENA; *Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica*; Revista Sepinnet práctica procesal, serie 2531; 2005

⁸⁸ TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia doméstica versus violencia de género: transitando por el universo psico-jurídico” en *Violencia de género y Justicia*; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel Dir.; ALONSO SALGADO, Cristina coord.; Universidade de Santiago de Compostela; 2013, pp.78.

es víctima de violencia, abuso o de maltrato (...) tiene como efecto el ocultamiento, la banalización o la normalización de las victimizaciones más graves y un riesgo de desatención a las víctimas que se encuentran más necesitadas de apoyo (...) ⁸⁹. Continúa señalando que *“esta nueva concepción dinámica de la vulnerabilidad supone también (...) una extensión más allá de los dos colectivos aludidos (menores y personas con la capacidad modificada judicialmente), lo cual tiene evidentes ventajas, aunque debe ser comprendida adecuadamente para evitar los riesgos de una lucha por la sobreprotección. Existe el peligro de una asimilación entre riesgo diferencial de victimización y vulnerabilidad y entre ésta y una protección paternalista” (...) “Hay un discurso intervencionista ante la violencia de género que en cierto modo parte de una necesidad de protección especial de las mujeres, percibidas en general como personas vulnerables por razón de género”* ⁹⁰

En opinión de TAMARIT debe rechazarse un Derecho penal paternalista, protector de víctimas descuidadas o ingenuas y así reservar el recurso a la vía penal a los supuestos de víctimas vulnerables (menores de edad y personas con discapacidad psíquica) ⁹¹.

Siguiendo los principios de la Victimodogmática hay que distinguir, según su grado de implicación, entre la víctima que ha facilitado el delito, aquella que lo ha precipitado e, incluso, la que lo ha provocado ⁹².

En este marco en el que se alude a la posible participación en su propia victimización de las víctimas de violencia de género debemos analizar, en aras a la comprensión del alcance de esta visión, qué papel juegan éstas y qué repercusión tiene esta participación al analizar los efectos de su victimización en pro de su reparación.

⁸⁹TAMARIT SUMALLA, Josep; M.; “Las respuestas a la victimización: nuevas formas de intervención y reparación que garanticen el rol subsidiario de la Justicia penal” en TAMARIT TAMARIT SUMALLA, Josep M.; PEREDA, Noemí (Coords); *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*; Editorial Edisofer s.l.; 2014, pág. 308.

⁹⁰ Ibidem. Pág. 334.

⁹¹ Ibidem. Pág. 326.

⁹² KARMEN, Andrews; *Crime victims. An introduction to Victimology*, 8ª ed.; Wadsworth, Belmont, 2012; en TAMARIT SUMALLA, Josep; M.; “Las respuestas a la victimización: nuevas formas de intervención y reparación que garanticen el rol subsidiario de la Justicia penal” en TAMARIT SUMALLA, Josep M.; PEREDA, Noemí (Coords); *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*; Editorial Edisofer s.l.; Madrid, 2014, pág.332.

Con GIMBERNAT⁹³ hemos de diferenciar entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. En la heteropuesta en peligro consentida, al igual que en la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la segunda, *donde es el sujeto pasivo el que, en última instancia, y con su propia actividad, se auto-causa su muerte o el daño a su integridad física, en la heteropuesta es un tercero el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien ésta es consciente de —y asume— el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo*⁹⁴.

Según este autor, la teoría del fin de protección de la norma no soluciona este problema, tampoco el criterio de la «competencia por organización» ni el de las supuestas «incumbencias» de la víctima y del tercero⁹⁵.

Para los efectos que nos interesan, GIMBERNAT señala que en la heteropuesta en peligro consentida el sujeto solo asume un riesgo, pero no lo consiente y que *en el homicidio y en las lesiones dolosas es irrelevante para la aplicación del tipo correspondiente que la víctima haya sido o no consciente del riesgo que corrían sus bienes jurídicos, lo mismo debe regir para los tipos paralelos del homicidio y de las lesiones imprudentes, que serán aplicables independientemente de si el «matado» o el lesionado conocían la situación de peligro en la que se habían situado*⁹⁶.

En este marco de irrelevancia penal del consentimiento de la víctima, si el consentimiento de la víctima que mantiene (consiente) una relación con otra persona que la maltrata es ineficaz, ¿es eficaz cuando decida acabar con la relación? ¿Es eficaz si decide pedir ayuda —terapia familiar, trabajadoras/es sociales,...? La dificultad estriba en considerar cuándo comienza a tener eficacia la voluntad de las mujeres víctimas de maltrato.

Esta dificultad en cuanto al alcance y repercusión de la voluntad de las víctimas de violencia de género se aprecia con claridad en el recorrido jurídico del tratamiento del deli-

⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *“Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”*; REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2.ª Época, n.º extraordinario 2 (2004) pág. 75-100

⁹⁴ Ibidem. Pág. 76.

⁹⁵ *“las posiciones derivadas de la competencia institucional coinciden básicamente con las que atribuye Armin Kaufmann al garante-protector, incluyendo Jakobs entre ellas las derivadas de la relación paternofilial y las del matrimonio, figurando aquí, por ejemplo, la obligación de los padres de alimentar y de cuidar de sus hijos, y la de cada uno de los cónyuges de impedir peligros para la vida, la salud o la libertad de su pareja”* Ibidem. Pág. 81

⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *Imputación objetiva, participación (...)*. Pág. 90 y 92.

to de quebrantamiento de condena y medida cautelar con el consentimiento de la víctima. *Las soluciones ofrecidas van desde la consideración de que la conducta del agresor estaría afectada por un error de prohibición hasta la atipicidad de dicha conducta por afectar al dolo que exige la comisión del delito, la existencia de una situación de estado de necesidad, la falta de antijuridicidad de la conducta o la existencia de una eximente del art. 20.1 del Código Penal*⁹⁷. Esta autora recoge opiniones de jurista de relieve al respecto. Apunta CEREZO MIR que *el consentimiento sólo puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en los que el portador del bien jurídico protegido es un individuo, por lo que no puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, es decir, cuyo portador sea la sociedad o el Estado*. MIR PUIG afirma que *la conformidad del afectado no exime de responsabilidad penal en los delitos contra la colectividad, puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recae sobre una persona concreta (...) Ello es perfectamente aplicable al delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar que se configura como un delito contra la Administración de Justicia*. Por su parte, MUÑOZ CONDE recoge los requisitos para que el consentimiento tenga repercusión en el Derecho penal: *a) que quede claramente manifestado, ya sea de forma expresa o de forma tácita; b) que el consentimiento sea una facultad reconocida; por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos; c) capacidad para disponer, lo cual exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente; d) ausencia de vicios, ya que cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, violencia, engaño, etc.) invalida el consentimiento, y e) el consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo*⁹⁸. Con todo ello, SOLÉ entiende que *el consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento de medida cautelar no excluye la tipicidad del hecho sino la antijuridicidad (...) En el delito de quebrantamiento de medida cautelar se debe ponderar la libertad de la persona protegida y el libre desarrollo a su personalidad con la medida cautelar con el interés del Estado a que se cumplan las resoluciones judiciales. Si se concede prelación a la libertad indi-*

⁹⁷ SOLÉ RAMÓN, Anna M^a, “El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, REVISTA DE DERECHO UNED, núm. 6, 2010, pág.450

⁹⁸ Ibídem. Pág. 455.

*vidual y al libre desarrollo de la personalidad el consentimiento operará como causa de justificación en este delito. Y todo ello, habida cuenta que el tipo del artículo 468.2, segundo inciso CP no solo protege el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones judiciales sino la seguridad de la persona a cuyo favor se acuerda una medida de alejamiento*⁹⁹.

En este punto, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. En la STS de 24 de febrero de 2009 “No cabe, por lo tanto, aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria. El cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar”.

Esta postura es criticada por numerosas voces. La autora concluye que *Entendemos que en todo caso debe respetarse la voluntad de ésta y que carece de sentido no hacerlo así. Muchos autores en relación al delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consideran que sólo en supuestos de alto riesgo para la vida o integridad física de la víctima el Estado podría intervenir, aun en contra de la voluntad de ésta, imponiendo una orden de protección durante el procedimiento penal o una pena de prohibición de aproximación o de comunicación en sentencia. Estos autores señalan como instrumentos para determinar el riesgo de la víctima las Unidades Forenses Integrales de violencia de género y doméstica así como la Valoración Policial del Riesgo*¹⁰⁰.

En esta misma línea entre la repercusión de la voluntad de la víctima, se presenta la cuestión del derecho a no declarar del artículo 416 LECRim. En los casos de violencia de género, a pesar de ser delitos públicos, al tratarse de delitos en los que en la mayoría de las ocasiones las mujeres son las víctimas-testigos únicas, el uso de este derecho a no declarar supone la no aportación de las pruebas suficientes para poder condenar. Así, el uso de este derecho a no declarar ha sido usado en perjuicio de la propia persona que lo ejerce. Para tratar de dar solución al respecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 24 de abril de 2013 resolvió que:

"La exención de la obligación de declarar previstas en el art. 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

⁹⁹ Ibidem. Pág. 458.

¹⁰⁰ Ibidem. 462.

a/ La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la sustitución análoga de afecto.

b/ Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

La pregunta es obligada ¿qué repercusión tendría el silencio de la víctima aun dándose alguna de las anteriores circunstancias? No podemos abordar el tema por cuestión de espacio pero su mera enunciación pone sobre la mesa cómo las víctimas de violencia de género suelen tener una posición, un papel y una postura en su proceso de victimización que nos obligan a revisar constantemente las teorías, principios y visiones clásicas con que abordamos la ciencia jurídica.

2.2. La defensa de la regulación intervencionista en materia de violencia de género.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, en vigor desde 1981, impone a todos los Estados signatarios adoptar una perspectiva de género en la defensa y garantía de los derechos humanos de las mujeres. Esta perspectiva de género será, por tanto, una necesidad impuesta para abordar tanto el análisis de los distintos aspectos del delito de violencia de género.

Si la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las leyes ha de ser tomada en cuenta por los operadores jurídicos como criterio hermenéutico (artículo 3.1 del Código Civil español), no podríamos, cuanto menos, renunciar a la valiosa información que nos aportan las ciencias sociales para entender por qué y cómo se perpetra, en qué situaciones, desde/por/hacia dónde, quiénes y cómo reparar los efectos de este execrable delito.

Desde la victimología y la psicología señalan las perspectivas psicológicas, sociológicas y victimales de las mujeres víctimas de violencia de género. Sin ánimo de mantener perfil psicológico general, abstracto, predicable a todas y cada una de las mujeres víctimas, hemos de mencionar el síndrome de la mujer maltratada, la *teoría del ciclo de la violencia en la pareja* de LEONORE WALKER¹⁰¹, o la teoría de la indefensión aprendida de MARTIN SELIGMAN¹⁰². Nos pueden dar cuenta de lo que la violencia por

¹⁰¹ WALKER, Leonore; *The Battered Women*, Ed.: DESCLEE DE BROUWER 1979 Especialmente, la tercera fase (tras “acumulación de tensión” y “explosión o agresión”): la reconciliación o luna de miel.

¹⁰² Así como otras Teorías recogidas en el estudio “*Sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*” de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género del año 2015.

razón de género ejercida sobre las mujeres genera en su capacidades cognitivas y volitivas.

Asimismo, en los casos en que se apela a la voluntad, no hemos olvidar las distintas facetas de la libertad y las múltiples posibilidades de injerencia (en el proceso de formación de la voluntad, obstaculizando la materialización de la voluntad libremente formada, o en el actuar como si no existiera esa voluntad opuesta a la del sujeto activo libremente formada y exteriorizada¹⁰³).

Con todo ello podemos mencionar el concepto de vulnerabilidad que se maneja en el ámbito del delito de trata a efectos de comparar uno y otro tratamiento del consentimiento de la víctima¹⁰⁴. Respecto a este delito, las mujeres, los niños y las niñas presentan el más alto grado de vulnerabilidad¹⁰⁵ de entre los componentes de una sociedad y es por ello por lo que son las principales víctimas del delito de trata, en general, y con finalidad de explotación sexual, en particular¹⁰⁶. Para entender la cuestión crítica hemos de mencionar que conforme al artículo 3 a) del Protocolo contra la trata de personas se entiende por *“trata de personas” la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Con ello estamos ante la posibilidad de que la persona tratante cuente con el consenti-*

¹⁰³ Es un debate, más filosófico y de barra de bar que procesal o penal, aquel que se centra en el viejo argumento de “si ella consiente”. Sin embargo, de nada sirve, por ejemplo, dejar en manos de las mujeres decidir si someterse o no a una ablación del clitoris, es decir, bajo el argumento –paraguas “si ellas lo deciden...” puesto que primero deberíamos preguntarnos qué consecuencias conlleva de facto en aquellas culturas en las que se práctica esta tradición extirpadora, no someterse a la misma (si las mujeres son repudiadas, encuentran mayor dificultad para encontrar marido – utilizo esta expresión y no la de “contraer matrimonio” para rebajar la carga contractual, y por tanto de autonomía de la voluntad, que en occidente conlleva-, estigmatización, repudio social, ...). Mirar al Derecho y equiparar la realidad jurídica con la realidad social conlleva la opacidad de la desigualdad de facto.

¹⁰⁴ Se trata de delitos autónomos y diferentes aunque atendiendo a la información aportada por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), se trata de un delito “de género”. Por ello, realizamos esta referencia interrelacionada.

¹⁰⁵ Teniendo presente la *Nota orientativa sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad”* publicada por la UNODC. <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menuseide>

¹⁰⁶ Numerosos instrumentos jurídicos han puesto de manifiesto esta mayor vulnerabilidad. Sirva como referencia la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1981, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, la 4ª Conferencia Mundial de la Mujer de 1995, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) de 2011, la Convención sobre los Derechos de la Niñez de 1989 y sus Protocolos Facultativos.

*miento de la persona tratada. Es en este momento cuando, sin entrar en la reflexión del valor del consentimiento de la víctima en el Derecho penal, conforme a la Nota orientativa sobre el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad “La mera existencia de una vulnerabilidad demostrada no basta para apoyar la acusación de que el abuso de una situación de vulnerabilidad fue el medio empleado para llevar a cabo un “acto” determinado. En esos casos, tanto la existencia de la vulnerabilidad como su abuso deben demostrarse mediante pruebas fidedignas”. Así, en su punto 2.3 indica que El mejor modo de evaluar la existencia de vulnerabilidad es **caso por caso**, teniendo en cuenta la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima. La **vulnerabilidad personal**, por ejemplo, puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica. La **vulnerabilidad geográfica** puede deberse a que la persona esté en situación irregular en un país extranjero y se encuentre social o lingüísticamente aislada. La **vulnerabilidad circunstancial** puede estar relacionada con el desempleo o la penuria económica. Esas vulnerabilidades pueden existir previamente o ser creadas por el traficante. La vulnerabilidad ya existente puede deberse, entre otras cosas, a la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad. Se puede crear vulnerabilidad, entre otras cosas, mediante el aislamiento social, cultural o lingüístico, la situación irregular o una dependencia cultivada mediante una drogadicción o un apego romántico o emocional, o bien recurriendo a rituales o prácticas culturales o religiosos.*

En su punto 2.5 introduce una expresión de suma relevancia: *determinar la razonabilidad de la creencia de la víctima de que someterse a la voluntad de su victimario es la única alternativa real y aceptable.*

En cuanto a la prueba de esta situación de vulnerabilidad y su abuso, el punto 5.3 dice *Las pruebas de que se ha abusado de una situación de vulnerabilidad pueden ser menos tangibles que en el caso de otros medios para cometer el delito de trata (como el uso de la fuerza). Además, es posible que las víctimas no se consideren como tales, sobre todo cuando sigue habiendo una dependencia de quienes han abusado de su vulnerabilidad o un apego de otro tipo a esas personas.* Es este momento cuando menciona la posibilidad de que especialistas de distintas materias puedan cooperar y participar en la valoración de estas circunstancias que hacen a la persona vulnerable y, además, prevé la

posibilidad de que puedan ser utilizadas pruebas de esta vulnerabilidad de otras jurisdicciones.

En su punto 6, la UNODC afirma rotunda la necesidad de contar con un concepto de vulnerabilidad concreto y preciso tanto *en pro* de los derechos de la víctima como del victimario y finaliza, en su punto 7, con subrayando la necesidad de que *los profesionales del sistema penal cuenten con la formación adecuada en cuanto a la detección, percepción y protección de las situaciones de vulnerabilidad*.

En la legislación española, en concreto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹⁰⁷, se menciona en seis ocasiones la palabra “vulnerabilidad”. No obstante, en su articulado la definición de “vulnerabilidad” es inexistente.

En su apartado III de la Exposición de Motivos, menciona dos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad: las víctimas de abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y de trata de seres humanos.

El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito¹⁰⁸ se refiere en concreto a los menores de edad y a las personas con la capacidad modificada judicialmente en su artículo 30.3.a) mientras que en apartado b) menciona una serie de delitos para los que se tendrán especial consideración a las necesidades de protección mencionando en el punto 3 los cometidos por el cónyuge.

Con todo ello, ya el legislador español de 1978 entendió que el reconocimiento de Derechos y Libertades no es suficiente para su materialización y que actuar como si la sociedad ofreciera a toda la ciudadanía las mismas condiciones, contextos y recursos para hacer uso de estos Derechos y Libertades, supone una democracia de papel, una discriminación indirecta, la conculcación de cualquier criterio de Justicia y la negación de un Estados Social de Derecho.

¹⁰⁷ «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015, páginas 36569 a 36598 (30 págs.).

¹⁰⁸ «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 2015, páginas 123162 a 123181 (20 págs.).

La necesidad de atender a la realidad social en que el Derecho pretende imponerse ha sido analizada en el ámbito de la reparación a las víctimas de los delitos. En opinión de DE GREIFF *la manera como tradicionalmente los jueces evalúan los daños sufridos por las víctimas para efectos de la compensación económica tiende a castigar a las personas más pobres, a quienes tienen menores niveles de educación y a quienes han sufrido discriminación histórica, entre ellos notoriamente las mujeres. Esto porque la idea que gobierna la práctica judicial de la reparación de compensar en proporción al daño sufrido, requiere de la evaluación y prueba individual del daño. Tradicionalmente, el impacto económico de una violación de un derecho se hace en parte (lucro cesante), en función de la posición económica de la persona vulnerada*¹⁰⁹. Esta reflexión pone en evidencia una consecuencia derivada de la imposibilidad de que la reparación suponga un “enriquecimiento de la víctima”. Sin embargo, la reparación puede ser tomada como una oportunidad para transformar la situación de partida de la víctima. En este sentido, la cuestión estriba, por tanto, en la dimensión de la reparación. No se trata de colocar a la víctima en la situación previa que disfrutaba antes de la comisión del delito (porque puede que sea indeseable o incluso, atendiendo a los bienes jurídicos afectados, imposible) sino en procurar la atención de las necesidades que no le fueron cubiertas y en las capacidades que le fueron cercenadas. El principio de la *restitutio in integrum* habría de ser definido con atención a las características del delito y la víctima en concreto¹¹⁰. Y teniendo en cuenta lo anterior, que la situación previa de la víctima sea rechazable en términos de Derechos Humanos, podríamos considerar la reparación de la víctima como una oportunidad para transformar la situación de partida. Esto es, siguiendo a DÍAZ, *los programas de reparaciones son proyectos políticos que pueden adoptar explícitamente objetivos de transformación de la situación de subordinación y opresión en que se encontraban las víctimas aún antes de la ocurrencia de la violación*¹¹¹. Esto no

¹⁰⁹ En DÍAZ GÓMEZ, Catalina; “La reparación de las mujeres víctimas: una oportunidad de transformación”; en *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, Ed. Dykinson, Madrid, 151-180, Pág. 157.

¹¹⁰ De alguna forma podemos decir que esta idea fue puesta de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia en el caso del Campo Algodonero donde llega a afirmar “*teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (...), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación*”. Apartado 450. Así como en la exigencia de la evaluación individualizada que impone el artículo 23 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹¹¹ DÍAZ GÓMEZ, Catalina; “La reparación de las mujeres víctimas: una oportunidad de transformación”; en “*Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*”. 2014; 151-180. Pág. 152.

obstante plantea dos problemas esenciales: pretender subvertir una situación estructural social a través de las reparaciones puede suponer hacer responsable a los condenados de una situación global de discriminación, subordinación,... que excede de su capacidad individual de injerencia y control de cambio. Y, al mismo tiempo, puede conllevar responsabilizar al Estado por hechos privados. Si lo primero es rechazable por un principio de culpabilidad (personalidad de la penas) y lo segundo también siguiendo la teoría de la responsabilidad atribuible al Estado por incumplimiento del deber de prevención¹¹² así como por hechos no cometidos por funcionariado, autoridades o agentes públicos o cualquier persona bajo su control efectivo, ello nos conduce a la impunidad¹¹³. Rechazando esta impunidad y persiguiendo la materialización efectiva de los Derechos Humanos, numerosos textos internacionales declaran la responsabilidad del Estado en cuanto a garantizar las debidas reparaciones a las víctimas. Podemos mencionar siguiendo a DÍAZ, el documento “*Principios Básicos sobre el derecho a interponer recursos y a obtener reparaciones*” de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹¹⁴ en el que se reafirma la concepción de que los Estados tienen una serie de obligaciones de garantía (también conocidas como “deber de garantía”) para hacer efectivos los derechos humanos que hayan padecido; a un resarcimiento justo y eficaz por el daño. Así como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer donde se reconoció el derecho de las mujeres víctimas de violencia a obtener reparaciones, derecho que debe ser garantizado por el Estado¹¹⁵.

En esta línea, merece ser mencionado el principio *in dubio pro damnato* (en la duda, en favor del perjudicado) conforme a la Sentencia nº 347/2009 del TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 18 de Mayo de 2009 constituye una secuela del principio de reparación íntegra del daño en que se fundamenta nuestro sistema de responsabilidad civil, que igualmente aconseja inclinarse por la opción más favorable al resarcimiento cuando existen dudas sobre el alcance de un precepto legal en el que se regula la procedencia o la cuantía de la reparación.

¹¹² Interesa la reflexión que realiza al respecto el juez Diego García Sayán en el caso “Campo algodoneero” de la CIDH.

¹¹³ “*Cuando la culpa es de todos, la culpa no es de nadie*”. Concepción Arenal.

¹¹⁴ 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

¹¹⁵ DÍAZ GÓMEZ, Catalina; “La reparación de las mujeres víctimas: una oportunidad de transformación”; en “Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables”. 151-180. Pág.155.

El problema que nos encontramos al reflexionar sobre la violencia de género es que hemos de asumir la pieza angular en la cual se asienta todo el sistema patriarcal: la división sexual de la sociedad. Solo desde ese sexismo impuesto podemos entender la violencia de género. La paradoja estriba en que al hablar sobre la violencia de género que sufren las mujeres no falta el contraargumento de “y los hombres también sufren violencia de género”. Es decir, reflexionar sobre la violencia de género encierra la siguiente contradicción perversa: solo desde una aceptación de la división sexual podemos entender¹¹⁶ la violencia de género que solo es negada (o cuanto menos minimizada) en ese mismo paradigma sexista. Más aún, solo podemos analizar la violencia de género en una sociedad sexista, y al mismo tiempo aceptando la división sexual en la sociedad, se diversifica, expande, generaliza y vulgariza la violencia sobre la mujer porque ésta se entiende que recae sobre los dos sexos.

En este escenario, aceptar que en esta sociedad los hombres son sujetos pasivos de violencia por ser hombres (del tipo emocional –“compórtate como un hombre” y toda la carga que conlleva la exigencia de valentía rayana en temeridad,... familiar, laboral – como no disfrutar de iguales permisos de paternidad- , social, económica –ser el soporte de la economía familiar, no conciliar para no ver reducida la capacidad económica,...) lleva a una opacidad de la violencia que sufren las mujeres por ser mujeres, cuyos efectos se presenta con mayor virulencia, de forma multidimensional y basado en la desconsideración y minusvaloración. No obstante conviene hacer una matización, que existan vulneraciones de Derechos y Libertades en relaciones homosexuales y en relaciones heterosexuales donde la víctima es varón no es negado con la anterior afirmación. Solo se precisa que no se trata de situaciones incluidas en la denominación de violencia de género y que, por ello, en estas situaciones víctimas y victimarios podrían acudir a mecanismos restaurativos complementarios al judicial dado que en concreto referido a la mediación penal, la prohibición legal del artículo 87ter5 no les alcanza.

En este contexto, hay quienes entienden que el peso que en la Justicia Restaurativa se le da a la víctima es inversamente proporcional a la consideración que la propia víctima de violencia de género¹¹⁷ tiene sobre su propia identidad como víctima. En este contexto

¹¹⁶ “Entendimiento” como capacidad de conocer las causas, consecuencias y características esenciales alejado, en cualquier caso, de “justificación”.

¹¹⁷ ¿Tiene sentido hablar en singular de “la víctima de violencia de género”? ¿Todas las víctimas presentan las mismas características sociales, culturales, psicológicas, educativas, económicas,...?

plantear la posibilidad de aplicar herramientas de Justicia Restaurativa en el contexto de delitos de violencia por razón de género se torna un artificio dado que el elemento configurador de estos delitos es precisamente que las víctimas suelen presentar unos estados psicológicos que arrojan dudas sobre la libertad en la formación de la voluntad. El Instituto Andaluz de la Mujer en su cuaderno informativo de 2012 ponía sobre la mesa algunas de las causas por las que las víctimas de violencia de género deciden, o no denunciar, o retirar la acción, o acogerse a la dispensa: la vergüenza, la culpa y presiones de sus allegados¹¹⁸.

Ello no obstante, es un hecho que a pesar de la alta cifra negra que suele presentar este delito y que las víctimas que son asesinadas presentan un índice de denuncia muy bajo¹¹⁹, en el año 2015 el teléfono 016 recibió 58.284 llamadas de la usuaria y 21.470 llamadas de familiares o personas allegadas¹²⁰. Un elevado número que nos puede indicar el ánimo de informarse, de buscar salidas una solución y ayuda. Este ánimo, esta voluntad inicial es la nos interesa para abordar la posibilidad de ofrecer recursos complementarios a los judiciales, transformativos o restaurativos (como quiera que sea el alcance y visión que quiera darse). Ésta es, podemos decir, la voluntad constitucional de las víctimas que ha de ser intensificada, promovida, garantizada y tomada en cuenta dado que pretende hacer valer sus Derechos y Libertades (así como la de aquellas personas que se vean afectadas, en concreto, los menores) y ser reparada por los daños causados por el victimario.

118

http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Genero_Ficheros_Cuaderno_informativo_de_la_violencia_sobre_la_mujer_Andalucia-2.pdf

¹¹⁹ En el año 2012, fueron asesinadas 52, de las cuales solo 10 habían denunciado la violencia ejercida sobre ella por razón de sexo de las cuales ninguna de estas 10 mujeres retiraron la denuncia. 4 de ellas (7,7% del total) tenían medidas de protección en vigor.

En el año 2013, 54 mujeres fueron asesinadas víctimas por violencia de género. De las 54 víctimas, 11 habían denunciado (1 de ellas retiró la denuncia), lo que supone el 20,4% y 4 de ellas (7,4% del total) tenían medidas de protección en vigor.

En el año 2014, 54 mujeres han sido asesinadas víctimas de violencia de género. Solo 17 mujeres habían denunciado (31,5%), retirando posteriormente la denuncia 2 de ellas. 4 de ellas tenían medidas de protección en vigor (7,4%). Fuente:

<https://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/fichaResumen/home.htm>

¹²⁰ <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>

CAPÍTULO 3. EL NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1. Justicia Restaurativa

3.1.1. Origen y Principios, tipología y experiencias

3.1.1.1. Origen y principios

En su evolución y en el contexto de crisis del sistema penal retributivo en los años 70, se desarrolla en Europa del Norte y, sobre todo en Estados Unidos y Canadá, una nueva corriente de pensamiento y práctica de la justicia inspirada, entre otras consideraciones, en la incentivación de la participación de la víctima en su reparación y la asunción de responsabilidad del victimario sobre sus acciones.

Así, podemos señalar con SOLETO¹²¹, cinco factores causales de las modificaciones en los sistemas de Justicia Penal occidentales tradicionales:

a) *Corrientes retributivas*. Se comenzó a iniciar un movimiento reformador a favor de participación de la víctima en la justicia penal (asumida por completo por el Estado) así como la necesidad de atender a las exigencias en materia de reparación económica de las víctimas.

b) *Corrientes de empoderamiento social*. El desarrollo durante los años 60 en Estados Unidos de proyectos y programas de incentivación de la participación de la ciudadanía en los asuntos políticos y de resolución de conflictos, puso sobre la mesa tanto reclamaciones de acciones populares en materia jurídica como prácticas óptimas y eficaces de resolución de conflictos.

c) *Ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia*. Un movimiento crítico con el sistema de justicia impulsó las denominadas Alternative Dispute Resolution, ADR., bajo la idea de la desjudicialización de los conflictos.

Un hito en este campo fue la denominada conferencia Pound en 1976 “*National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”. En ella Frank Sander expuso la idea de concebir la Administración de Justicia como un

¹²¹ SOLETO MUÑOZ, Helena; “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”; Cuadernos penales. José María Lidón Núm. 9: *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*; Universidad de Deusto; Bilbao; 2013; pág.77-106

centro de resolución de disputas, un tribunal multipuertas, “*multidoor courthouse*”¹²², siendo cada puerta una forma de resolución de conflictos como la judicial, mediación, conciliación, arbitraje, evaluación de experto. Cada forma de resolución respondía a la necesidad de adecuación entre el método resolutorio y las partes implicadas y al asunto en concreto.

d) *Fines de reinserción*. Como señala SOLETO, el *Handbook of restorative Justice* de Naciones Unidas, recoge que los programas de justicia restaurativa pueden ofrecer a los agresores una oportunidad de:

-Asumir la responsabilidad por la ofensa y entender los efectos de la ofensa en la víctima

-Expresar las emociones, incluso remordimiento, sobre la ofensa

-Recibir apoyo para reparar daño causado a la víctima o a un mismo y a la familia

-Corregir actitudes, restituir o reparar

-Mostrar arrepentimiento a las víctimas (“apologize” en el texto original, que podríamos traducir por pedir perdón en español, sin embargo no tiene el sentido de esperar el perdón de la víctima)

-Restaurar la relación con la víctima en caso de que sea apropiado

-Conseguir cerrar una etapa (“reach closure”)

e) *Importancia de la víctima*. Si el imputado era el gran olvidado en una configuración procesal anterior a la Revolución Francesa, la víctima es la gran olvidada con el sistema configurado por los postulados revolucionarios.

Suele señalarse como la primera sentencia que aplicó criterios de Justicia Restaurativa la emitida en 1974 en Ontario, Canadá, en el caso *Elmira*¹²³, por medio de la cual un juez canadiense impulsó el encuentro entre dos jóvenes acusados de vandalismo y las víctimas de sus delitos. El éxito de este encuentro estimuló el programa estructurado para la reconciliación entre víctimas y delincuentes en Kitchener, *Victim Offender Me-*

¹²²VID. SANDER, Frank E. A.; “*Varieties of dispute processing*”; en *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*; A. Levin & R. Wheeler eds., West; 1979.

¹²³ MARTÍNEZ VARONA, Gema; “*El Derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos; avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo*”; Ed. Universidad del País Vasco; 2012, Pág. 4.

diation. El ejemplo canadiense fue instituido dos años más tarde en el Estado de Indiana, Estados Unidos¹²⁴.

Y es que desde principios de los años 90 nos encontramos en un momento de profunda reflexión sobre el modelo de Justicia Penal y de su instrumento, el proceso penal, en la mayoría de países desarrollados¹²⁵.

Dos consideraciones focalizan esta reflexión: la eficacia del proceso penal como instrumento de política criminal que dé una respuesta ágil y eficaz a las necesidades de la ciudadanía así como la adecuación del proceso penal respecto a las exigencias constitucionales¹²⁶.

Junto a estos dos elementos de análisis se presenta la necesidad de analizar el papel de la víctima del delito tanto en su reparación como en sus derechos procesales durante el enjuiciamiento del acusado así como durante la fase ejecutoria de la sentencia. No podemos obviar que junto a estas visiones críticas y de reforma del sistema penal, el nacimiento de una nueva disciplina dentro de la criminológica, la victimología¹²⁷.

El actual modelo procesal español recoge los postulados de la Revolución Francesa de 1789 cuyo eje de acción giraba en torno a la libertad y el respeto por el hombre¹²⁸. De acuerdo con estos postulados revolucionarios, el hombre se coloca en el centro del proceso penal siendo el imputado protagonista y no sujeto pasivo de la investigación y enjuiciamiento penal. Junto con este cambio profundo del sistema procesal, a su vez, el Derecho Penal de autor es superado por el Derecho penal del hecho basado en la focalización en el hecho delictivo y no en la persona del acusado, abandonando, por tanto, criterios inquisitoriales.

¹²⁴ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y mediación. ¿Una combinación posible?”; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.); CATALINA BENAVENTE, M^aÁngeles (Coord.); *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*; Ed. La Ley; Madrid, 2011. Págs. 567-602, Pág. 582.

¹²⁵ MORENO CATENA, Víctor; *El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*; Cuadernos de Derecho Judicial; n^o4; 2002; Páginas 13-62.

¹²⁶ *Ibidem.*; pág. 13.

¹²⁷ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...). Op. Cit.. Pág. 583.

¹²⁸ Entiéndase en el sentido específico de *varón* dado que como consecuencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, los Derechos reconocidos en la misma no era atribuidos a las mujeres. Esta integración se produciría de forma no oficial ni reconocida con la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana elaborada por Olympe de Gouges, en 1791. En PULEO, Alicia H. y AMORÓS, Celia; *La Ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*. Anthropos Editorial, 1993. p.154

El diseño del proceso penal vino al mismo tiempo caracterizado por la separación de la función instructora de la de enjuiciamiento y por la atribución al Ministerio Fiscal del ejercicio de la acción penal. Éstas son las líneas básicas esenciales sobre las que se producen numerosas modificaciones en el derecho procesal penal, pero que, en esencia, se trata de respetar como líneas configuradoras esenciales de la estructural procesal penal.

Todo lo anterior junto con otros factores políticos, económicos y estratégicos y el desarrollo de la criminología (sobre todo la victimología¹²⁹), inspiraron la instauración de nuevos principios fundamentales distintos a los de la justicia tradicional.

Estos principios fueron acogidos por diversas disposiciones positivizadas en numerosos instrumentos jurídicos y entre los que destacan en el ámbito europeo la Resolución 77/27, de 28 de septiembre de 1977, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre indemnización a las víctimas del delito, en la UE que conllevó la redacción del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (CEIVD), la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1981, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos y, posteriormente, destaca la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 noviembre 1985.

Con todo ello, podemos barajar dos definiciones de Justicia Restaurativa. Por un lado, la ofrecida en los *“Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal”*, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002 que define a los programas de justicia restaurativa como *"cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos"*. Por procesos restaurativos *"cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otras personas o miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador. Estos procesos pueden incluir mediación,*

¹²⁹ En el año 1993 se celebró en Budapest el Congreso Internacional de Criminología donde se impulsó el concepto de Justicia Restaurativa. Desde ese momento, ha sido uno de los términos que progresivamente ha ido acaparando mayor atención en los sucesivos Congresos Internacionales de Victimología. En ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...). Op. Cit.. Pág.583.

conciliación, conferencias y círculos de sentencia." Y por resultados restaurativos *"acuerdos logrados como resultado de un proceso restaurativo. Incluyen respuestas y programas como la reparación, restitución o servicio a la comunidad, con el objeto de satisfacer necesidades y responsabilidades de las partes y de la comunidad y lograr la reintegración de la víctima y ofensor"*¹³⁰.

Por otro lado, con RÍOS podemos entender la Justicia Restaurativa como *"la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden 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 los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito"*¹³¹.

Y es que, siguiendo al considerado padre de la Justicia Restaurativa, HOWARD ZEHR, Los tres pilares de la justicia restaurativa son los daños y necesidades, las obligaciones y la participación¹³²

En cuanto a los daños, ZEHR destaca un aspecto de suma relevancia relacionado también con quiénes han de participar: las personas participantes serán víctima, victimario y los miembros de la sociedad que puedan verse afectados. En este escenario ZEHR introduce el objetivo de enmendar el daño que ha de ser realizado en primer lugar por el ofensor y, asimismo, por la comunidad por la necesidad de apoyar al victimario en su responsabilización y a su vez, responsabilizarse ella misma de las aquellas condiciones bajo las cuales tolera, genera o intensifica los delitos¹³³. Este elemento supone una visión de la Justicia Restaurativa tanto proactiva (construir relaciones, que las víctimas vuelvan a confiar en el sistema jurídico, que el victimario forje relaciones basadas en el

¹³⁰ Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11º período de sesiones. Viena, 16 a 25 de abril de 2002. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Anexo " Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal" E/CN.15/2002/5/Add.1

¹³¹ RÍOS, J.C.; ESCAMILLA, M.; SEGOVIA, J.L.; GALLEGOS, M.; CABRERA, P. JIMÉNEZ, M., *"Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de Una experiencia (2005-2008)"*, 2009, p. 14.

¹³² ZEHR, Howard; GOHAR, Ali; *"The Little book of Restorative Justice"*; Good Books, Intercourse, Pennsylvania, USA; 2002; page 21.

¹³³ Op. Cit. Page 26. De gran interés el análisis de qué se entiende por comunidad. Zehr propone dos preguntas claves: 1) *who are those in the community who care about these people or about this offense and* 2) *how can we involve them in the process?*.

cumplimiento de sistema jurídico –estimulando su motivación–, que la sociedad se involucre en las vulneraciones de derechos humanos y construya una red de apoyo a las víctimas) así como una faceta reactiva (reacción ante el delito, persecución de las acciones tipificadas, imposición de las consecuencias penales previstas).

La consideración del proceso como un espacio comunicacional¹³⁴ donde cobren protagonismo aspectos emocionales y de necesidades de la víctima consecuencia del delito y al mismo tiempo, la responsabilización del victimario por el delito cometido y la reparación del daño causado¹³⁵. Esto es lo que ZEHR denomina *el cómo*¹³⁶.

Uno de los aspectos que mayor protagonismo puede llegar a tener en estas conversaciones es la causa del delito. Los motivos. Esto conllevará consecuencias muy positivas, entre otros aspectos, para la prevención de delitos atendiendo a las necesidades de los victimarios para modificar su comportamiento¹³⁷.

Con todo ello, ZEHR señala cinco principios de la Justicia Restaurativa:

1. Focalización en los daños y en las necesidades que genera (tanto de la víctima como de la comunidad y del ofensor).
2. Asunción de responsabilidades por los daños causados (del victimario, de la familia, comunidad y sociedad).
3. Uso de procesos colaborativos.
4. Implicación de aquellas personas afectadas por la situación.
5. Enmendar los errores¹³⁸.

Por su parte, la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, anexo, modificado en 2002 por el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa¹³⁹ sienta las líneas básicas de los sistemas de Justicia Restaurativa. Recoge cinco definiciones que hemos de

¹³⁴ Sin implicar la necesidad de encuentros cara a cara entre víctima y ofensor.

¹³⁵ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...). Op. Cit. Pág.584..

¹³⁶ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali; “ *The Little* (...). Op. Cit.; Page 24. En concreto, señala la participación de una autoridad externa al conflicto que incluso haya ocasiones en las que imponga una resolución pero intensificando procesos incluyentes y colaborativos que den lugar a acuerdos.

¹³⁷ Op. Cit. Page 28. Señala Zehr la obligación de los victimarios de realizar este análisis de los motivos y causas y apunta que para realizar este análisis podrían necesitar ayuda. El autor incluye un apartado donde se centra en los ofensores como víctimas. Este punto es trascendental en el proceso restaurativo.

¹³⁸ Op. Cit. Pág. 33.

¹³⁹ Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11º período de sesiones. Viena, 16 a 25 de abril de 2002. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Anexo “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” E/CN.15/2002/5/Add.1, Pág.12.

subrayar (las dos primeras ya enunciadas anteriormente referidas a programa de Justicia Restaurativa y a proceso restaurativo):

3. Por “*resultado restaurativo*” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

4. Por “*partes*” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

5. Por “*facilitador*” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

En cuanto a la mediación penal en concreto, sus líneas esenciales se encuentran recogidos en la Recomendación nºR (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros. En concreto se señalan:

Disponibilidad:

1º Exigencia a los Estados Miembros para que la mediación penal sea un reconocida, apoyada y financiada como un servicio general y público.

2º Intervención de judicatura, fiscalía y demás operadores jurídicos.

3º Apoyo a las asociaciones y Organizaciones No Gubernamentales relacionadas con la justicia penal.

4º El establecimiento de Códigos de Conducta para la abogacía en los que se imponga la obligación de informar a las partes sobre el recurso a la mediación y solicitud de iniciación del proceso a las autoridades competentes.

5º Aseguramiento de la calidad de la mediación penal (monitoreo de disposiciones y experiencias así como en la formación de las personas mediadoras). Especial consideración a las necesidades de las víctimas y respeto por los derechos de menores de edad. De igual forma se establecerán Códigos de Conducta y se regularán las consecuencias disciplinarias de su infracción.

6º Garantía de confidencialidad en el proceso mediatorio¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Esta confidencialidad, no obstante, cederá en los casos en que se presente un riesgo en cualquier bien jurídico de las personas implicadas o el conocimiento de la comisión de un hecho delictivo posterior al inicio del proceso restaurativo. Límite del orden público puesto de manifiesto en CASTILLEJO MAN-

7º Reconocimiento, exequátur y respeto del principio de *ne bis in idem* de las resoluciones del proceso mediatorio.

Accesibilidad:

1º Aseguramiento de los derechos de las personas participantes. Los derechos y libertades tanto de la víctima y como del victimario han de ser respetados. La participación en el proceso de mediación se basa en el consentimiento, voluntario e informado (una información clara, concisa y oportuna sobre el proceso, los derechos y deberes de las partes y los efectos) de ambas partes. Los riesgos han de ser tenidos en cuenta y no iniciarse o mantenerse en un proceso mediatorio cuando cree desventajas para alguna de las partes. En este punto, la Recomendación recoge la posibilidad de que en caso de víctimas especialmente vulnerables el proceso mediatorio se desarrolle sin encuentros cara a cara¹⁴¹.

2º La mediación será considerada un servicio público con lo que su coste será asumido por el Estado. En aquellos Estados miembros donde el coste de la mediación sea asumida por las partes, este gasto será incluido dentro de las ayudas públicas económicas en el ámbito jurídico.

3º El proceso mediatorio supondrá la suspensión del plazos judiciales.

La Recomendación incluye una serie de consideraciones sobre la concienciación de la sociedad en general, a víctimas y victimarios, a la policía, a judicatura y fiscalía, abogacía y profesionales del trabajo social.

Asimismo, ha de ser destacada la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Tomando como premisa la definición de Justicia Restaurativa que nos ofrece esta Directiva la “Justicia reparadora», *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*

ZANARES, Raquel; “El nuevo proceso penal: la mediación; Revista de derecho y proceso penal, Nº. 23, 2010, págs. 69-91, pág.84.

¹⁴¹ Esta referencia es de vital importancia para el asunto que nos trae dado que, en primer lugar, se reconoce la posibilidad de participar en un proceso mediatorio a víctimas especialmente vulnerables y, en segundo lugar, ofrece una modalidad de desarrollo de la mediación en estos casos: sin que se produzca ese encuentro cara a cara entre víctima y victimario.

Asimismo, consagraba tres derechos fundamentales que deben ser reconocidos por todos los Estados miembros:

- derecho a la protección durante las investigaciones penales,
- derecho a la protección de la intimidad y
- evaluación de la víctima de determinar sus necesidades especiales de protección.

En la mayoría de estas disposiciones normativas se parte de la incorporación de instrumentos de la Justicia Restaurativa en el ámbito de menores para progresivamente incorporar estas herramientas en los proceso penales de adultos (el ejemplo de España es paradigmático).

La mediación en el ámbito penal (VOM) se está consolidando al tiempo que se introducen otras herramientas de justicia restaurativa en legislaciones como en Reino Unido, Noruega, Países Bajos y Bélgica¹⁴². No obstante esta cada vez mayor acogida, la principal dificultad en la incorporación de la Justicia Restaurativa se encuentra en los principios que la inspiran tales como el de adecuación, flexibilidad, mínima regulación y protección de quienes participen en el proceso restaurativo, principios que parecen contraponerse a la máximas que guían el proceso penal tales como el principio de legalidad, oficialidad, necesidad o el principio acusatorio.

Este apartado ha de ser finalizado con dos consideraciones. En primer lugar, una breve referencia a la evolución que ha experimentado la Justicia Restaurativa. Desde su origen insertado en el sistema penal, sus principios, objetivos, métodos y finalidades han ido penetrando en otros ámbitos como el civil, laboral, escolar, comunitario,... En palabras de BRAITHWAITE, *“conlleva transformaciones radicales...no es una simple reforma al sistema de justicia criminal, sino una manera de transformar todo el sistema legal, nuestra vida familiar, nuestra conducta en el trabajo, nuestra forma de hacer política”*¹⁴³.

En segundo lugar, conviene realizar una precisión entre la expresión Justicia Restaurativa y las prácticas restaurativas. En opinión del fundador del Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IIRP), Ted Wachtel, la Justicia Restaurativa es un subgrupo

¹⁴² SOLETO MUÑOZ, Helena; “Presente y futuro de la resolución de conflictos”; en *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*; Ed. Tecnos; 2013, págs. 31-41, pá. 39

¹⁴³ Referencia en GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra Mera; *“Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”*; REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - N° 2; págs. 165 – 195, Pág. 166.

dentro de las prácticas restaurativas. Señala que *La justicia restaurativa es reactiva, consta de respuestas formales o informales al delito y otras conductas indebidas una vez que éstas ocurren. La definición que hace el IIRP de prácticas restaurativas también incluye el uso de procesos informales y formales que anteceden a las conductas indebidas, los mismos que forjan proactivamente relaciones y crean un sentido de comunidad para evitar el conflicto y las conductas indebidas.* Continúa *En los términos empleados en el campo de la salud pública, la justicia restaurativa proporciona una prevención terciaria, que se introduce después de que el problema ha ocurrido, con la intención de evitar la recurrencia. Las prácticas restaurativas amplían ese esfuerzo con la prevención primaria, que se introduce antes de que el problema ocurra.*

3.1.1.2 Tipología de la Justicia Restaurativa

En este apartado nos centraremos en los distintos mecanismos restaurativos señalados por NNUU y por WACHTEL.

Empezando por éste último, el autor ilustra por medio del siguiente gráfico la tipología de Justicia Restaurativa atendiendo al grado de participación de *las tres principales partes interesadas en la justicia restaurativa son las víctimas, los agresores y sus comunidades afectivas*¹⁴⁴

¹⁴⁴ WACHTEL, Ted; *Definiendo Qué es Restaurativo*; Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas; 2013, Pág. 4.



Figura 2. Tipología de la Justicia Restaurativa

WACHTEL entiende que solo un proceso que integre a víctima, victimario y comunidades afectivas puede ser considerado completamente restaurativo. Si involucran a 2 de estas partes se podrá denominar principalmente restaurativo (como en el caso de una mediación entre víctima y victimario) y en el caso de que solo participe activamente una de ella se denominará parcialmente restaurativo (por ejemplo, con una indemnización a la víctima por el Estado).

En cuanto a los métodos que ofrece la Justicia Restaurativa, siguiendo el *Handbook of restorative justice* de Naciones Unidas podemos diferenciar,

- a. VOM (victim-offender mediation): mediación entre víctima y ofensor

La mediación entre el agresor y la víctima está dirigida por un profesional de la mediación que canaliza el diálogo. Es definida por la Recomendación núm. R (99) 19 como “todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libre-

mente acceden, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con ayuda de un tercero independiente, el mediador”.

La mediación es el único método restaurativo prohibido en casos de violencia de género de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas para la Protección Integral contra la violencia de género introdujo el artículo 87ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En general, la mediación penal es el método restaurativo más utilizado. Se persigue simultáneamente la finalidad reparadora de la víctima y la necesidad de que el victimario se responsabilice de su acción u omisión típica y repare el daño causado.

b. Conferencia de grupo familiar

Este instrumento tiene su origen en Nueva Zelanda y es acogido por países occidentales como Estados Unidos donde se aplica en *asuntos relativos a menores en acogida, y en general como forma de preparación de vistas con el juez en el ámbito no penal, aunque también en asuntos criminales menos graves, como robo en tiendas*¹⁴⁵.

En la conferencia de grupo familiar el asunto no es judicializado. Intervienen victimario, víctima, una persona que facilite el diálogo y personas del entorno familiar, escolar y laboral de las personas implicadas en el delito. Se inicia un diálogo con el que se pretende abordar el daño ocasionado y las opciones de su reparación.

c. Círculos sentenciadores

Los círculos sentenciadores guardan gran similitud con la conferencia de grupo de familia pero añaden una característica que los individualizan: el órgano jurisdiccional participa en el proceso restaurativo derivando el asunto, verificando el procedimiento y asegurando el cumplimiento de las reglas procedimentales.

Puede plantearse la participación del juez en el círculo facilitando el consenso. No obstante, su intervención suele limitarse a recoger en la resolución judicial el acta de reparación (una práctica común en las naciones aborígenes de Canadá¹⁴⁶).

¹⁴⁵ SOLETO MUÑOZ, Helena; “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”; Cuadernos penales. José María Lidón Núm. 9: *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*; Universidad de Deusto; Bilbao; 2013; pág.77-106, pág. 84.

¹⁴⁶ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali; “ *The Little book (...)*. Op. Cit. Page 63.

WACHTEL diferencia los círculos de las Reuniones restaurativas. Entiende a las reuniones con una estructura y guion más formalizado que los círculos. En las reuniones participan las víctimas, los agresores y las familias/amigos de cada parte. En ellas hablan sobre las acciones delictivas, sus consecuencias perjudiciales y las formas de reparación del daño. El IIPR señala la conveniencia de seguir el guion de la Real Justice ideado por Terry O'Connell donde la persona facilitadora no es participante y actúa dirigiendo el diálogo, realizando preguntas abiertas y preguntas restaurativas, otorgando el turno de palabra, invitando a familiares y amistades a participar¹⁴⁷. Siguiendo este formato, WACHTEL señalan que las reuniones restaurativas suelen ser utilizadas en escuelas, en sede policial, en sede judicial, en instituciones penitenciarias y en las instituciones de menores, en centros de trabajo.

En cuanto a los asuntos en que suelen ser utilizados los círculos, *se utiliza en Estados Unidos en ilícitos realizados por menores, pero también por adultos, y es usado para todo tipo de delito, incluso contra la vida y la integridad sexual*¹⁴⁸.

d. Paneles restaurativos

Este instrumento restaurativo focaliza su atención en la reparación del daño ocasionado con el delito. Con el panel restaurativo el órgano judicial, una vez el victimario reconoce su responsabilidad¹⁴⁹, ofrece la alternativa (se trata de un método complementario al judicial) de analizar la forma de reparación con el panel restaurativo formado por la ciudadanía. Es interesante esta integración ciudadana puesto que no hay que perder de vista que *los conflictos surgen en contextos socio-culturales y los mecanismos para resolver los mismos deben ser culturalmente sensitivos a estos contextos*¹⁵⁰.

Una vez finalizada la reunión, el victimario se reúne con la víctima y entre ambos tratan de acordar una forma de reparación. No obstante esta participación de la víctima, en

¹⁴⁷ WACHTEL, Ted; *Definiendo Qué es Restaurativo*; Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas; 2013, Pág.8.

¹⁴⁸ SOLETO, Helena, *Aportaciones (...)*. Op. Cit, Pág. 84.

¹⁴⁹ El reconocimiento de la responsabilidad es uno de los aspectos más controvertidos de los instrumentos de Justicia Restaurativa dado que se entiende que vulnera el derecho a la presunción de inocencia, no declararse culpable y no confesar contra sí mismo que consagra la Constitución Española en su artículo 24.2.

Interesa apuntar que el apartado c del artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE apunta que “*el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso*”.

¹⁵⁰ FONT GUZMÁN, Jacqueline N.; “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”; en *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*; Ed. Tecnos; 2013, págs.440-469, pág.42.

Estados Unidos no incluyen a la víctima y se reduce el papel activo del victimario. Por ello se considera el menos restaurativo de los instrumentos restaurativos.

Entre las formas reparatorias y bajo una amplia capacidad de disposición, el panel puede considerar la reparación económica y/o centrada más en aspectos sociales como el desarrollo de trabajos en beneficio de la comunidad o emocionales como la petición de disculpas.

Habitualmente se realizan reuniones de seguimiento transcurridos unos 3 meses para controlar el cumplimiento de las medidas. Si se han cumplido, el panel felicita al agresor; si no, se reenvía el caso al juez para que determine la sentencia, que puede incluir prisión¹⁵¹.

e. Mediación comunitaria

Con la progresiva participación de la ciudadanía en la resolución de conflictos y generación de políticas sociales de los años 60 y 70, la creación de centros comunitarios canalizaba esta participación de la sociedad civil en el ámbito local. Destacan los *Community Boards* de San Francisco o los *Neighborhood Justice Centers*. En estos centros se realizan mediaciones y facilitaciones extrajudiciales en el ámbito escolar y comunitario e incluso en el ámbito penal y civil conectado con los tribunales.

3.1.1.3 experiencias

En relación a las experiencias, como hemos manifestado, los instrumentos que ofrece la Justicia Restaurativa han sido implementados en Estados como Nueva Zelanda, Estados Unidos o Puerto Rico¹⁵².

Es en Nueva Zelanda donde se implementó por primera vez en un Ordenamiento Jurídico las Conferencias familiares por medio de la *New Zealand's Children, Young Persons and their Families Act* de 1989. Este modelo fue asimilado en Irlanda del Norte donde en el año 2002 se dictó la 'Justice (Northern Ireland) Act', introduciéndose el Servicio Juvenil de Conferencias (Youth Conferencing Service)¹⁵³.

¹⁵¹ VID. IZUMI, *The use of ADR in criminal and juvenile delinquency cases*, en "ADR for judges", Washington, EEUU, 2004, pág. 202 y ss.

¹⁵² FONT GUZMÁN, Jacqueline N.; *Programas de derivación* (...) op. Cit. Pág. 441.

¹⁵³ BALLESTEROS, Alejandra Mera; "Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades"; REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - Nº 2; págs. 165 – 195, Pág. 177.

Siguiendo a FONT, resulta de gran complejidad analizar, al menos comparativamente, las experiencias de resolución alternativa de conflictos en Estados Unidos dada la falta de homogeneidad entre las disposiciones estatales¹⁵⁴.

FONT apunta que el éxito de los programas de mediación intrajudicial puede ser medido atendiendo a la reducción del tiempo en la resolución del asunto, la reducción del coste el proceso y la atención de las necesidades de las partes.

En cualquier caso, señala la autora la necesidad de atender a las metas alcanzadas en cuanto al derecho sustantivo y esta consideración conlleva la exigencia de que los acuerdos sean ajustados a la ley, que respondan a las necesidades de quienes litigan, duraderos, que mejoren las relaciones personales y que el acuerdo sea percibido como justo por quienes las partes¹⁵⁵. Conforme a la información recopilada sobre la experiencia de la mediación intrajudicial en Estados Unidos, ésta es percibida como exitosa por los litigantes, la abogacía, la comunidad y la judicatura¹⁵⁶.

Asimismo, podemos mencionar la experiencia noruega donde la VOM se ha desarrollado desde los años 70 primero con menores y después con adultos. En este caso, el fiscal controla el proceso y se exige una intensa actividad probatoria de culpabilidad. De hecho se encuentra regulada en el Código Procesal desde 1991¹⁵⁷.

Otro de los ejemplos más ilustrativos en cuanto a la regulación práctica de la Justicia Restaurativa es el ejemplo belga donde desde 1994 se reguló la VOM y se admite incluso en la fase policial, con control del Ministerio fiscal. En fase judicial, el órgano judicial puede derivar sin restricción material alguna. En estos casos el proceso mediatorio es controlado por un juez de enlace, un asesor especial y un gestor procesal¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Op. Cit. pág. 444.

¹⁵⁵ Op.. Cit. Pág. 445.

¹⁵⁶ Op. Cit. Pág. 467.

¹⁵⁷ En SOLETO, Helena, *Aportaciones....*Op. Cit, Pág 95. Vid. información relativa a Justicia Restaurativa en países de norte y centro Europa en el documento European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure, 2010,

¹⁵⁸ SOLETO, Helena, *Aportaciones....*Op. Cit, Pág 96.

En el Informe final del Proyecto del European Group of Restorative Justice de 2014 sobre el desarrollo de la Justicia Restaurativa¹⁵⁹ se señala que a pesar de que la mediación penal (como instrumento restaurativo más usado) es regulada por Ley en solo dos Estados (Lituania y Países Bajos), las prácticas en Justicia Restaurativa están reguladas por medio de Ley en Bélgica, Austria, República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Noruega, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia.

Merece especial referencia dos notas: se señala como consideración general la falta de homogeneización de guías principales así como de implementación. Y, además, en numerosos Estados las prácticas restaurativas estaban limitadas materialmente (Austria, Grecia, Eslovaquia, Hungría e Irlanda del Norte). En Eslovenia y Austria se consideran mecanismos complementarios al sistema de justicia retributivo¹⁶⁰.

3.1.2. Críticas y reticencias

Recoge SOLETO las principales resistencias a la Justicia Restaurativa señalando en primer lugar, la supuesta privatización del Derecho penal. A este respecto entendemos con PERULERO que *No se trata de privatizar el Derecho penal sino de individualizar la respuesta del sistema a través de los mecanismos procesales y sustantivos que la legislación ofrece, para construir una Justicia más justa y sana, en un escenario de actuación menos violento y más eficiente*¹⁶¹.

Este punto de suma relevancia dado que, asimismo, se debate acerca de la libre disposición de las partes en materia penal

A este respecto señala LÓPEZ que *puesto que en el sistema penal las partes carecen de capacidad para disponer sobre el delito, la pena o para poner fin al proceso, la validez de los acuerdos de reparación se supedita a que se respeten los tres límites siguientes: la homologación judicial del acuerdo, el respeto a las reglas del proceso debido y la observancia del principio de proporcionalidad (...)La imposición de una pena requiere, necesariamente, un juicio de culpabilidad y una declaración pública del reproche que*

¹⁵⁹ VARFI, Tzeni, PARMENTIER, Stephan and AERTSEN, Ivo (eds.); “Developing judicial training for restorative justice: Towards a European approach”; Final Research Report December 2014. http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/02/Developing-judicial-training-for-restorative-justice_Final-research-report_300115.pdf

¹⁶⁰ Ibid. Pág. 15.

¹⁶¹ PERULERO GARCÍA, Diana; “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal” en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs. 69-90, Pág. 78.

*sólo la sentencia judicial es capaz de hacer. Es más, forma parte del haz de derechos que conforman el estatuto de la víctima que a través de la sentencia judicial se establezca públicamente que ha sido víctima de un injusto, a cargo de un determinado agresor y por un delito determinado. De hecho, la misma sentencia que homologa el acuerdo e impone la pena cumple, por sí sola, una importante función reparadora*¹⁶².

Continúa SOLETO agrupando las reticencias en a) *La tendencia de los sistemas continentales a la aplicación de los principios del proceso y del procedimiento a la justicia restaurativa.* b) *La tendencia a reglar lo concerniente a mediación y justicia restaurativa de forma exhaustiva o amplia*¹⁶³

En cuanto al apartado a), señala la autora la improcedencia de exigir los principios que rigen el Derecho procesal penal a los procesos restaurativos. En primer lugar porque desde hace varias décadas se ha ido produciendo una flexibilización de los principios clásicos del derecho procesal penal en particular el principio de legalidad *en pro* del principio de oportunidad con figuras como la conformidad o la suspensión de la ejecución de la pena lo que supone la propia transformación y revisión de los principios clásicos procesales. En esta línea, BALLESTEROS entiende *que el proceso restaurativo no se orienta a probar hechos, sino a establecer mecanismos de solución del conflicto y en este contexto, el ofensor tiene la posibilidad de discutir con la víctima una manera satisfactoria de hacerlo. Así las cosas, existen razones para cuestionar la pertinencia y necesidad de aplicar las mismas garantías procesales establecidas en el contexto del proceso criminal tradicional a los programas de justicia restaurativa*¹⁶⁴. Esta autora señala algunas diferencias sustanciales entre la justicia tradicional y la justicia Restaurativa como, desde una perspectiva restaurativa, la consideración del delito como un conflicto entre dos partes (víctima y victimario, no el Estado) que ha generado unos daños cuyos efectos tendrán la posibilidad de discutir, sin entrar a discutir si ha existido o no delito o proceder a su averiguación (esto último caracteriza la justicia penal tradicional),

¹⁶² LÓPEZ ORTEGA, Juan José; “La reparación del daño basada en el consenso en la propuesta para la reforma del proceso penal”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); “Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs.487-500, Pág. 492.

¹⁶³ SOLETO MUÑOZ, Helena; “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional” en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs. 41-67, Pág. 53.

¹⁶⁴ BALLESTEROS, Alejandra Mera; “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”; REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - N° 2; págs. 165 – 195, Pág.183.

además, la participación voluntaria del ofensor minimiza los riesgos del abuso en el uso de la fuerza y, por ello, la necesidad de consagrar un régimen de garantías exigente¹⁶⁵. No obstante, hay quienes entienden que algunos derechos del ofensor se verían seriamente perjudicados con su participación en procesos restaurativos. En concreto señalan el derecho a ser oído en un juicio público, derecho a un tribunal independiente e imparcial, presunción de inocencia, derecho a asistencia legal.

En referencia al derecho a ser oído, subraya BALLESTEROS que *la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso ‘Deweert’, entendió que no es un derecho absoluto y puede estar sujeto a limitaciones en determinadas circunstancias (...)derecho a ser oído puede ser desestimado por las partes, siempre que esta desestimación sea suficientemente cautelada*¹⁶⁶. Con este argumento, la decisión de las partes de participar en un proceso restaurativo es la pieza angular de todo el proceso.

Respecto al derecho a un tribunal independiente, debería procederse al estudio de la imparcialidad en el seno de cada uno de los mecanismos restaurativos pero en este momento podemos mencionar que todos ellos comparten una característica: ninguno es un tribunal y, por tanto, ninguno impone una solución. La imparcialidad vendría relacionada con la igualdad de oportunidades para hablar, proponer temas, plantear opciones, realizar preguntas, ser tratado/a con respeto y dignidad,... Asimismo, en los casos en que se ha cometido un delito, como ya enunciamos, el principio de imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora o facilitadora quedaría flexibilizado ante la desigualdad moral de las partes.

En cuanto a la presunción de inocencia, señala SOLETO que *en la práctica, los programas de Justicia restaurativa exigen la concurrencia de fuertes indicios de culpabilidad, como son flagrancia, reconocimiento de hechos, defensa no basada en negación de hechos, agresiones cruzadas, etc. Además, todos los operadores del procedimiento restaurativo y del Proceso penal en general van a controlar el respeto a los derechos fundamentales*¹⁶⁷. Podemos pensar que, por tanto, la presunción de inocencia sería respetada dado que la voluntad del victimario de participar en un proceso restaurativo vendría

¹⁶⁵ Ibid. Pág. 186.

¹⁶⁶ Ibid. Pág. 187.

¹⁶⁷ SOLETO MUÑOZ, Helena; “La justicia restaurativa como (...) Op. Cit. Pág. 55.

determinada por la asunción de los hechos tipificados¹⁶⁸. El alcance, los efectos y las obligaciones son las cuestiones a tratar.

Con LÓPEZ, *“La entrada en el proceso de esta nueva tendencia político-criminal se realiza flexibilizando el ejercicio de la acción penal mediante la aplicación del principio de oportunidad, que permite otorgar una mayor relevancia a la reparación del daño y poner fin al proceso cuando éste se ha producido. Se trata, por tanto, de una excepción al principio de legalidad que encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, en la idea de que se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no obligan a imponerlo*¹⁶⁹.

En este sentido siguiendo a CASTILLEJO *“(…) el abandono del proceso de mediación puede ser debido a que no está conforme con los hechos que la víctima expone; y por otro, el Juez en ningún caso podrá basar la sentencia condenatoria en otra cosa que no sea una prueba, y el acta que el mediador remita al juzgado en ningún caso podrá entenderse como tal. En definitiva, el reconocimiento de los hechos durante el desarrollo de la actividad mediadora no podrá ser trasladado a la proceso penal si aquella finaliza sin acuerdo y, de llegarse a acuerdo, en los exclusivos términos de éste”*.

Además, algunas voces expertas señalan que cuando el sujeto decide participar lo que se produce es la asunción de responsabilidad ante la lesividad del hecho, no respecto a su culpabilidad. Por ello, el posible acuerdo reparador que se remitiría al juzgado no contemplaría en ningún caso la aceptación de culpabilidad.

Además, en cualquier caso, de conformidad con la Recomendación (99)19 y los Principios Básicos de la Justicia Restaurativa de 2002 *la participación en estos programas no puede ser usada como evidencia de culpabilidad en un proceso posterior*

Por último, respecto a la asistencia letrada, señala BRAITHWAITE *“En ninguna jurisdicción parece ser apropiado que los ofensores tengan el derecho a que los represente un abogado durante un proceso de justicia restaurativa. Parte de la idea de la justicia*

¹⁶⁸ No obstante, conviene tener muy presente que el reconocimiento de los hechos por el victimario, han de ser tratados de conformidad con la LECrim otorgándole los mismos efectos que una denuncia. Este extremo merecería un tratamiento cuya profundidad no puede ser abordada en este momento.

¹⁶⁹ Referencia a ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2001, p. 89. En LÓPEZ ORTEGA, Juan José; “La reparación del daño basada en el consenso en la propuesta para la reforma del proceso penal”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs.487-500, Pág. 495.

restaurativa es trascender el legalismo adversarial y alentar a los interesados a hablar por sí mismos en vez de hacerlo a través de un portavoz que pueda tener interés en polarizar el conflicto... Esto no significa que deba prohibirse la intervención de abogados bajo cualquier circunstancia... donde los abogados firmen un acuerdo de colaboración y sean especialmente entrenados en valores y técnicas de colaboración, podría haber un especial interés en escuchar sus apreciaciones”¹⁷⁰. Los principios del Derecho Colaborativo podrían ser traídos a colación extendiendo su práctica más allá del ámbito civil, familiar o mercantil. Así, podríamos apuntar la necesidad de que las partes se encuentren informadas sobre sus derechos, alternativas, opciones y los recursos que el Derecho pone a su disposición. Solo contando con un consentimiento libre e informado podremos iniciar un proceso restaurativo. Esta información podrá provenir de profesionales de la abogacía como así recoge la Declaración de 2002 sobre Principios básicos¹⁷¹.

3.1.3. Integración en el Ordenamiento Jurídico

Siguiendo a SOLETO¹⁷², podemos diferenciar tres formas de integración de los recursos que ofrece la Justicia Restaurativa en los Ordenamientos Jurídicos:

- a) *Sistemas complementarios a los Tribunales*
- b) *Iniciativas ajenas al proceso y a la ejecución*
- c) *Sistemas alternativos al enjuiciamiento*

Comenzando por este último, integrando en el Sistema Procesal penal los recursos que ofrece la Justicia Restaurativa de forma alternativa al judicial, las partes en conflicto serían derivadas a métodos restaurativos sin contacto alguno con la arquitectura judicial prevista. En los Estados continentales esta forma independiente de resolución de conflictos derivados de ilícitos penales es cuanto menos puesta en duda bajo la consideración esencial del carácter público del Derecho Penal y de la atribución al Estado de la competencia sobre el Derecho Procesal, *ius puniendi* y garantía de los derechos y libertades e intereses generales.

¹⁷⁰ Referencia en BALLESTEROS, Alejandra Mera; “Justicia restaurativa y proceso (...) Op. Cit. Pág. 193.

¹⁷¹ *la víctima y el ofensor deberían contar con una asesoría legal en lo referido a su participación en un programa restaurativo. Así, antes de acceder a participar en uno de estos procesos, las partes deben estar plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las consecuencias que pueden acarrear sus decisiones.* Párrafo 13. Op. Cit. Pág. 193

¹⁷² SOLETO MUÑOZ, Helena; “La Justicia Restaurativa como elemento complementario a la Justicia tradicional”; en Sobre la mediación penal; *Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs. 41-64

No obstante, *en Estados Unidos y países del norte de Europa este tipo de programas se realizan en algunos partidos con menores de edad, o en casos de robos en tiendas. La mayoría son gestionados por la policía o por entidades públicas, y excluyen ilícitos reincidentes*¹⁷³.

En España, la existencia de delitos privados en los que se instaura una condición objetiva de punibilidad y, por tanto, se exige la presentación de una denuncia o querrela por la persona ofendida o su representante legal, e incluso el reconocimiento de los efectos extintivos de la acción y responsabilidad penal en ciertos delitos (artículo 130.1.5º CP), nos ofrece un ámbito en el que junto con esta exigencia de persecución “privada” se ofreciera una alternativa a su judicialización que respondiera a la idea de que, si bien, la parte ofendida y/o titular del bien jurídico afectado ha decidido no iniciar un proceso penal, el conflicto creado por la realización de la conducta típica existe y necesita una respuesta jurídica.

En cuanto a las iniciativas ajenas al proceso y a la ejecución, este tipo de prácticas responden a una idea compositiva emocional y asistencial de la problemática creada por el delito. Como, por ejemplo, la búsqueda de diálogo en una fase ante, durante y postprocesal, donde de este diálogo entre las partes no se derivaría ninguna consecuencia jurídica y, por el contrario, numerosas necesidades psicológicas podrían verse satisfechas.

En relación a la concepción de la Justicia Restaurativa como complementaria a la vía judicial¹⁷⁴, el asunto sería judicializado en una primera fase siendo derivado al equipo, programa u oficina encargada del desarrollo de uno de los métodos de Justicia Restaurativa.

La estructura procesal de estos métodos incluye la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo de reparación del que se derivarían consecuencias penales y penitenciarias para el condenado como una *reducción de la calificación, de la pena, o su suspensión o*

¹⁷³ SOLETO, Helena, *Aportaciones (...)*. Op. Cit, Pág. 83

¹⁷⁴ En el punto 19 del Informe del grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa de NNUU se afirmaba *19. Hubo acuerdo general entre los expertos en el sentido de que las prácticas de justicia restaurativa debían considerarse como complemento de los sistemas de justicia establecidos y no como un mecanismo destinado a reemplazarlos*. Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11º período de sesiones. Viena, 16 a 25 de abril de 2002. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Anexo “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” E/CN.15/2002/5/Add.1, Pág. 6

sustitución¹⁷⁵, e incluso beneficios penitenciarios (libertad condicional o indulto particular –artículo 202 RP) y de más consecuencias de acuerdo al Derecho Penitenciario como recompensas conforme al artículo 263 RP.

En este caso hablaríamos de un mecanismo intrajudicial¹⁷⁶, y siguiendo a VENTAS, *la mediación intrajudicial es una forma de tutela judicial efectiva y no una alternativa al proceso penal, como los ADR. Esto significa que se inserta en el proceso con todas las garantías, bajo el control del Juez en todas sus fases y sin introducir elementos de privatización. De hecho, es el juez, en colaboración con el Ministerio Fiscal y el Abogado de la defensa, y en base a un protocolo de actuación, quien decide qué casos se derivan a mediación. Es también quien informa a las partes de los derechos que les asisten, quien supervisa la calidad de los mediadores, protege los derechos e intereses de la víctima y del imputado/ acusado y, por último, quien decide, con respeto al principio de contradicción, cómo se incorpora al juicio el acuerdo de reparación y qué relevancia tendrá en la solución del caso*¹⁷⁷.

En cuanto a la derivación, en países anglosajones en los que la Justicia Restaurativa se encuentra muy desarrollada, la derivación puede producirse, dependiendo de los programas, en diversos momentos, antes de la acusación, después de la acusación pero antes de la condena, posteriormente a la condena pero antes de la sentencia que contenga la pena, posterior a la sentencia y antes de la reintegración a la sociedad, y posterior al encarcelamiento y antes de la reintegración a la sociedad. Dependiendo del momento de la derivación, el órgano que la realiza será variable, la policía, la Fiscalía, el Tribunal, la autoridad penitenciaria...¹⁷⁸.

¹⁷⁵ VID. PERULERO, D., Hacia un modelo de Justicia restaurativa: la mediación penal en Sobre la mediación penal, Garcíandía y Soletto dirs., 2012.

¹⁷⁶ Ésta era la forma en que se regulaba la mediación pena en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 que finalmente no vio la luz. En su Exposición de Motivos declaraba *La justicia restaurativa se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor. Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa. En la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo.*

¹⁷⁷ VENTAS SASTRE, Rosa; “Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.91-106; Pág. 98.

¹⁷⁸ SOLETO, Helena, *Aportaciones (...)*. .Op. Cit, Pág. 82

3.1.4. La regulación de la Justicia Restaurativa en España

En España, la toma en consideración del papel de la víctima en el proceso y el reconocimiento y garantía de sus derechos en una situación *ex ante*, durante y *post* procesal, ha ido de la mano de la necesidad de cumplir con mandatos de organismos supraestatales (en mayor medida derivados de su integración en la UE) y por otro lado, consecuencia de acontecimientos en la sociedad española que despertaron tanto la sensibilización o toma de conciencia respecto a hechos típicos otrora invisibilizados o, cuanto menos normalizados, así como la sensación de desprotección y falta de atención respecto a las víctimas¹⁷⁹.

En el ámbito penal, el resarcimiento de la víctima ha evolucionado desde su absoluta falta de previsión confundándose con el presunto ánimo punitivo y retributivo de toda víctima y que, por tanto, encuentra su reparación por medio de un sistema penal de imposición de penas (Justicia Retributiva vinculada al principio de culpabilidad), hasta el reconocimiento legal del derecho de la víctima a ser restituida, reparada e indemnizada (Justicia Restaurativa o Reparadora).

Así, el reconocimiento y la regulación del derecho de la víctima a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados consecuencia de un ilícito jurídico han venido marcadas desde el principio por su carácter casuístico y dicotómico. Casuístico porque su reconocimiento y determinación originaria se produce por medio de resoluciones judiciales fundadas en criterios analógicos, de enriquecimiento injusto y de equidad sin encontrar apoyo en instrumento legal, ya por la inexistencia de su reconocimiento, ya por su falta de concreción y mera previsión general y abstracta. Dicotómico dado que tras su reconocimiento, la cuantificación se concreta por la doble confrontación de dos elementos dicotómicos: reparación *in natura*/reparación por equivalencia y daño material/daño extramaterial, perjuicio no patrimonial o moral.

¹⁷⁹ En concreto, podemos mencionar el estupor que causó en 1997 el asesinato de Ana Orantes, quien, días antes de que su marido la quemara viva, había denunciado en un programa de televisión los malos tratos a los que su marido le había sometido durante todo su matrimonio.

Con todo ello, la Justicia Restaurativa en el ordenamiento jurídico español penal destaca por su progresiva incorporación tanto de forma expresa como de forma tácita.

De forma expresa en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, así como en las recientes modificaciones introducidas en el CP y en la LE-CRim. Y de forma tácita, a través de numerosas disposiciones legales que encuentran su justificación legítima en el artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978.

En concreto, el artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978 señala *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.*

Reeducación y reinserción social que motivan y justifican numerosas disposiciones legales y principios informadores del ordenamiento jurídico español. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la CE le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.

Como manifestación de los fines de reinserción social y reeducación que informan a todo el Ordenamiento Jurídico español podemos destacar de este CP:

- Circunstancias que eximen de responsabilidad criminal (artículo 20). Se trata de aquellas situaciones personales o fácticas que se dan en el caso concreto y que manifiestan o el no dominio total de sí misma en la persona infractora o aquellos aspectos fácticos que justifiquen la actuación de la persona infractora.
- Circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (artículo 21). La atenuación de la responsabilidad criminal deriva de aspectos personales que se dan en la persona infractora y que ponen de relieve que ésta merece un menor reproche penal. De entre todas estas circunstancias, merecen especial atención la atenuante de confesión y la de reparación:

21.4ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

21. 5ª La de 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.

- El artículo 36 del Código Penal establece un límite máximo de 20 años para las penas privativas de libertad (con excepciones que pueden suponer un límite máximo de 40 años). Este mismo artículo en su apartado 2º señala: *El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.*

- Formas substitutivas de ejecución de la pena privativa de libertad y libertad condicional. Atendiendo a la peligrosidad criminal de una persona condenada por un ilícito penal, la autoridad judicial puede acordar la suspensión de la ejecución de la pena si se dan los requisitos legales y por un plazo de tiempo determinado.

Del mismo modo, la autoridad judicial puede acordar la sustitución de penas privativas de libertad (inferiores a 2 años) por otras sanciones penales como multas o/y trabajos en beneficio de la comunidad.

Además, en cuanto a la suspensión, se ha introducido con ocasión de la modificación del C.P. por la LO 1/2015, de 230 de marzo, la posibilidad de que para que el juez acuerde la suspensión de la ejecución de la pena se pueda exigir, vía artículo 84.1, el cumplimiento del acuerdo de mediación.

Dentro del Código Penal, también ha de subrayarse la eficacia extintiva de la responsabilidad penal conforme al artículo 130.1.5º CP del perdón del ofendido¹⁸⁰.

¹⁸⁰ *Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.*

En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Hay que resaltar, asimismo, la Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto. El artículo 62.i) de la Constitución Española atribuye al Rey, jefe del Estado, la competencia para hacer uso del derecho de gracia de indulto. Entre las circunstancias que deben quedar expresadas para conceder el indulto, merece destacarse, *especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado (...)*.

Dentro del Derecho Penitenciario, la LO 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Cuyo artículo 1 prescribe “*Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados*”.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados. Atendiendo a la conducta de la persona condenada, se configura un sistema de progresión de grado penitenciario.

En cuanto a la legislación procesal penal, hemos de señalar la necesidad de presentar certificado que acredite haberse celebrado o intentado la conciliación en el caso de delitos perseguibles a instancia de parte (artículo 278 LECRim) y, en este sentido, la imposición del intento de conciliación entre querellante y querellado como requisito de procedibilidad para el enjuiciamiento de los delitos de injurias y calumnias contra particulares (artículo 804 LECRim).

En cuanto a la conformidad, hemos de hacer mención a la conformidad ordinaria del artículo 655 LECRim, la conformidad privilegiada o premial regulada en el artículo 801 LECRim (enjuiciamiento rápido de determinados delitos) y la conformidad con los hechos en el procedimiento abreviado del art. 779.1.5ª LECRim.

El nuevo procedimiento de enjuiciamiento de delitos leves, consecuencia de la supresión del Libro III “Faltas y sus penas” por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, consagra el principio de oportunidad en el proceso penal español.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Este nuevo procedimiento se regula en el Libro VI de la LECrim. Reproduce las características definitorias del juicio de faltas, respondiendo a la exigencia de los principios de concentración de actos, simplificación de formas y oralidad. Sin embargo, se introduce el principio de oportunidad reglada. Con este principio se trata de evitar el enjuiciamiento de delitos materialmente intrascendentes¹⁸¹.

Con ello, el artículo 962.1 LECrim dispone que *si la Policía toma conocimiento de hechos constitutivos de delito de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias cuyo enjuiciamiento corresponda al Juez de Instrucción de guardia o a otro Juez de Instrucción del mismo partido judicial, procederá a elaborar el correspondiente atestado y a citar ante el juzgado de guardia a los ofendidos o perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos.*

Conforme al artículo 963.1.1ª LECrim, recibido el atestado en el juzgado de guardia el Juez debe resolver sobre la incoación del juicio y a continuación:

“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 tal caso, el Juez comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados por la Policía en los términos del artículo 963.1 LECrim.

Así, La reforma ha optado, en consecuencia, por un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y puro, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata¹⁸².

¹⁸¹ Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Es de interés los criterios de oportunidad que señala la Circular: La escasa gravedad del delito y Ausencia de interés público en la persecución del hecho

¹⁸² Ibíd. Pág. 17

Hemos de mencionar la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima¹⁸³, en su Exposición de Motivos se dice que “*Como ya se ha indicado, el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral*”. Además, en concreto esta Ley se refiere a la desigualdad moral entre víctima y victimario y en cómo la Justicia Restaurativa tiende a la reparación moral de la víctima.

Y así en su artículo 15 (Servicios de justicia restaurativa) consagra el derecho de las víctimas a acceder a los servicios de justicia restaurativa para obtener una *reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito*

Para ello se imponen los siguientes requisitos:

- *el infractor haya **reconocido los hechos** esenciales de los que deriva su responsabilidad;*
- *la víctima haya prestado su **consentimiento** (revocable), después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;*
- *el infractor haya prestado su **consentimiento**; (revocable)*
- *el procedimiento de mediación **no entrañe un riesgo** para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y*
- ***no esté prohibida por la ley para el delito cometido.***

Asimismo, su apartado segundo prescribe el respeto al principio de confidencialidad y secreto profesional de todo profesional que participe en el proceso restaurativo.

En el ámbito de la Justicia Penal para personas menores de edad (menores de 18 años), el Estado Español cuenta con la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (de ahora en adelante LRRPM) 5/2000.

Esta Ley está informada por unos principios que le diferencian del proceso penal de adultos. En su Exposición de Motivos se señala como principios generales de la LRRPM la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores infractores.

¹⁸³ «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015, páginas 36569 a 36598 (30 págs.).

En este sentido se articula el llamado principio de oportunidad como mecanismo para buscar la satisfacción del interés superior del menor, su reeducación y resocialización, así como para dar cumplimiento al principio de subsidiariedad o intervención mínima del derecho penal. Este principio indica en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal. Este principio de oportunidad está basado en razones de política criminal debiendo analizarse en el caso concreto si la incoación del proceso o su terminación anticipada pueden resultar beneficiosas para el imputado en particular, para la víctima y para la sociedad. Y en este sentido, se le otorga al Ministerio Fiscal y al Juez un margen de discrecionalidad para que con la ayuda del Equipo Técnico busquen la solución que mejor se ajuste al interés superior del menor. Una discrecionalidad limitada puesto que en el sistema penal español de menores rige la oportunidad reglada (la LRRPM establece las condiciones en las que se puede hacer uso de esta discrecionalidad (artículo 18 y 19).

Como manifestaciones del principio de oportunidad en la LRRPM cabe mencionar: en la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal puede acordar el desistimiento de la incoación del expediente; Una vez iniciado el expediente de reforma puede decretar el sobreseimiento del expediente; posibilidad de terminación anticipada del proceso por conformidad del menor y de su abogado; posibilidad de suspensión condicional de la ejecución del fallo o sustitución de las medidas impuestas por otras más adecuadas.

Una de las herramientas o instrumentos de la Justicia Restaurativa, la mediación, está contemplada en dos momentos: en la fase de instrucción para alcanzar la conciliación entre el menor y la víctima o compromiso de aquél de reparar el daño causado (da lugar a que el Ministerio Fiscal dé por terminada la instrucción) o en la fase de ejecución de la pena como herramienta para lograr la conciliación entre el menor y la víctima que permitirá dejar sin efecto la medida en ejecución.

CAPÍTULO 4. JUSTICIA RESTAURATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1. Prohibición española Vs. Derecho comparado

Dentro de las medidas legales para la erradicación de la violencia de género, el artículo 44 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas para la Protección Integral contra la violencia de género*¹⁸⁴ introdujo el artículo 87ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo apartado 5 declaraba “prohibida” la mediación en los casos de violencia de género.

Con ello, se prohibía un recurso ni previsto ni regulado en el ámbito penal de adultos pero que sí tenía una presencia práctica sobre todo en asuntos laborales, familiares, mercantiles y de consumo.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2004 no ofrecía los argumentos para tal prohibición. Suele apelarse a la falta de igualdad entre las partes y a la ineficacia de los métodos restaurativos en situaciones de violencia.

Podemos preguntarnos cómo se inserta esta prohibición en el marco internacional. Y en este sentido, los distintos instrumentos jurídicos que se encargaban de la protección de los derechos de las víctimas (en especial la Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal, la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, la Resolución sobre *Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal*”, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002 y 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 delito, no señalaban restricción material alguna. Sin embargo, en el Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer de NNUU de 2009, en su punto 3.9.1 se recomendaba *Prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales*. Es un punto de inflexión para el resto de países que no contaban con una prohibición de tal índole dado que en España desde el año 2004 ya se había declarado la prohibición de la mediación en violencia de género.

¹⁸⁴ «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

Del texto del Manual conviene subrayar que solo se centra en la mediación (*stricto sensu* podríamos diferenciar entre mediación, mediación penal y Justicia Restaurativa) y que además habla de métodos alternativos, dejando un vacío respecto a mecanismos complementarios en general y alternativos si son otros instrumentos restaurativos diferentes a la mediación.

En este contexto, el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) de 11 de mayo de 2011 contenía una importante prohibición

Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas.

*1. 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.*

Este precepto presenta un marco de prohibición de la imposición del uso de métodos alternativos de resolución de conflictos. Es decir, es la obligatoriedad de su imposición lo que está prohibido. Podemos preguntarnos qué ocurre si se trata de medios no alternativos sino complementarios (integrados en el sistema judicial) y si se consagra la admisibilidad de la integración en el sistema de justicia del acceso a otras formas de resolución de conflictos alternativas a la judicial presidida por el principio de voluntariedad. Volveremos a tratar este punto más adelante.

A pesar de todo ello y como reseña el Informe *Restorative Justice in Cases of Domestic Violence Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs* del Foro Europeo de Justicia Restaurativa¹⁸⁵ en numerosos Estados se han venido poniendo en práctica mecanismos restaurativos en casos de violencia de género (Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Países Bajos y Reino Unido)¹⁸⁶. En este Informe se realiza un profundo análisis sobre la posibilidad de aplicar mecanismos restaurativos (sobre todo VOM y conferencias) en casos de violencia en la

¹⁸⁵ VVAA; *Restorative Justice in Cases of Domestic Violence Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs* 2015. Versión digital en http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/02/150216_7388_RJ_Comparative_rep_WS1_final_AW.pdf

¹⁸⁶ *Ibidem* Pág. 10.

pareja. Señala el estudio la práctica de estos mecanismos restaurativos desde hace años en Austria y Finlandia¹⁸⁷.

Si bien, existen Estados, juristas, y demás voces que se posicionan en contra de los mecanismos restaurativos en el marco de la violencia de género como en EEUU, por ejemplo, National Coalition Against Domestic Violence¹⁸⁸.

En todo este escenario normativo y práctico, la cuestión esencial sería por qué pensar en la Justicia Restaurativa en violencia de género. Y la respuesta la encontraríamos en las cifras que arrojan el delito de violencia de género¹⁸⁹, los resultados de la Macroencuesta de violencia sobre la Mujer de 2015¹⁹⁰, el Informe sobre la Percepción de la violencia de género en la adolescencia y la juventud elaborado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género¹⁹¹

4.2. ¿Qué aportaría la Justicia restaurativa a la violencia de género?

Siguiendo el concepto de la *ventana de disciplina social* (página 50), el sistema de justicia penal en casos de violencia de género se basa en el paradigma punitivo paternalista que busca el castigo del agresor y la protección de la víctima sin la víctima (o pese a ella). Este acercamiento está basado en la influencia de las apreciaciones, estudios e investigaciones desde psicología sobre el delito de violencia de género (el ciclo del conflicto, trastorno de estrés post-traumático,...) que coloca a las víctimas en una posición de indefensión frente a, no solo al agresor, sino frente a sí mismas. Esta visión ocasiona la abstracción, generalización y objetivización con que el delito de violencia de género está regulado.

¹⁸⁷ Ibídem Pág. 7 y 23 y ss.

¹⁸⁸ OUBIÑA BARBOLLA, Sabela; "La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas"; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; Págs. 179- 204, Pág. 191.

¹⁸⁹ VID. <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>

¹⁹⁰

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2015/home.htm>

¹⁹¹

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/estudio/percepcion2015.htm>

En un primer momento, podríamos pensar que las prácticas violentas y discriminatorias por razón de sexo están tan insertadas, interiorizadas y asumidas tanto de forma individual como colectiva, que esta objetivación es acertada puesto que más allá de la voluntad y de la conciencia individual se encuentra la ejecución de acciones, omisiones y conductas insertadas en un marco patriarcal de desconsideración a las mujeres (una desigualdad entre hombres y mujeres que NNUU pretende ser mitigada en el año 2030). Una vez positivizada esta objetivación las preguntas claves girarían en torno a qué aportaría la Justicia Restaurativa en los delitos de violencia de género.

4.2.1 aspectos positivos

Podríamos agrupar los aspectos positivos de la aplicación de mecanismos restaurativos en casos de violencia de género en los siguientes subgrupos:

- Referidos a la propia prohibición
- Referidos a las víctimas
- Referidos a los victimarios
- Referidos a la sociedad
- Referidos al propio proceso penal

Todos estos objetivos de la Justicia Restaurativa en el marco de la violencia de género los resumen de forma clara ESQUINAS. Según esta autora, en estas prácticas se persigue, según *1º detener la acción agresiva; 2º prestar apoyo y respaldo a las mujeres afectadas y conceder credibilidad a su punto de vista; 3º conseguir que los agresores se responsabilicen y tomen conciencia del delito cometido y del daño causado; 4º enviar un mensaje a la comunidad acerca de la seriedad de la infracción y la adopción de respuestas frente a la misma; 5º y, en menor medida, puesto que resulta más discutido por las personas implicadas y político-criminalmente más controvertido, restaurar las relaciones sociales y familiares deterioradas por el delito*¹⁹².

Aunque cada uno de estos aspectos están íntimamente relacionados, interconectados, en una conexión de interdependencia, trataremos de ser lo más claras posibles.

¹⁹² ESQUINAS VALVERDE, Patricia.; “Mediación entre víctima y agresor en (...); op. cit., p. 24.

-Referidos a la propia prohibición legal

Como voces expertas ponen de relieve¹⁹³, la prohibición de la mediación en casos de violencia de género que consagra la LO 1/2004 se contrapone al Derecho Comparado o a los propios principios de la Justicia Restaurativa¹⁹⁴. Así, el artículo 3.9 de la Recomendación núm.R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar señala *“el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si puede producirse, así como los efectos que ésta puede tener sobre la negociación, y examinar si bajo estas circunstancias es apropiado el proceso de mediación”*. Conociendo lo quizás inapropiado de hacer referencia a la mediación familiar en este contexto dado que cuando hablamos de violencia de género hablamos de vulneraciones graves de los derechos humanos, discriminación y desigualdad, sin embargo, la cita subraya dos aspectos vitales: el principio de adecuación y la formación de la persona mediadora (o facilitadora en los otros mecanismos restaurativos).

Por otra parte, la prohibición de la mediación en casos de violencia de género del artículo 87ter LOPJ queda delimitada materialmente por el concepto de violencia de género establecido en el artículo 1.1 LO 1/2004, delimitada procesalmente dado que como señala GUARDIOLA¹⁹⁵ *“la Ley Integral no prohíbe el proceso mediador en los delitos de violencia de género después de la fase de instrucción, puesto que «la ubicación del precepto que prohíbe la mediación penal está referida al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Por lo tanto, alude a la instrucción de determinados delitos y el conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código penal. Ello determina la posibilidad de admitir la mediación penal una vez concluida la fase de instrucción. El instituto de la conformidad, que es utilizado con*

¹⁹³ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...); Op.Cit.; Pág. 588.

¹⁹⁴ Una contraposición que no supone un incumplimiento puesto que como señala GUARDIOLA LAGO GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», Revista General de Derecho Penal 12 (2009): « España no incumple la Decisión Marco por el hecho de prohibir la mediación penal en los casos de violencia de género. Y ello es debido a la prudencia de la Unión Europea a la hora de establecer la obligación de los Estados de implantar la mediación, ya que ésta se refiere «a las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida». Por lo tanto, en las infracciones que los Estados miembros estimen convenientes, la Unión establece la obligación de que éstos impulsen la mediación y velen para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre la víctima y el inculpaado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en causas penales».

¹⁹⁵ GUARDIOLA LAGO, Mº.J.; “La víctima de (...).Op. Cit.. Pág.6

frecuencia en la violencia de género, podría constituir un expediente para tener más en cuenta los eventuales acuerdos reparadores llevados a cabo en procesos restaurativos, en lugar de constituir, como ocurre en la actualidad, una negociación de la pena entre la fiscalía y la defensa con dudosos efectos preventivo generales y especiales. Otro de los campos donde () puede resultar muy indicada la mediación penal y que no se encuentra prohibida en nuestra legislación, es una vez celebrado el juicio oral y recaída una sentencia condenatoria al agresor”. Asimismo, referida únicamente a un mecanismo restaurativo (la mediación) dejando, de esta forma, que todo un elenco de instrumentos restaurativos puedan ser aplicados en situaciones de violencia de género.

La decisión del legislador español de asignar al orden penal la gestión de los casos de violencia de género es compartida por algunos Estados (como Portugal) y se contrapone con las opciones de política criminal de otros Estados como Austria o Alemania donde los casos leves de violencia de género son derivados al orden civil¹⁹⁶. Siguiendo la experiencia de estos Estados, juristas expertos señalan la posibilidad de reconducir a la vía civil algunas formas iniciales de violencia de género que por su naturaleza (que no gravedad dado que podemos entender que se dirigen contra bienes jurídicos de especial consideración como la dignidad, libertad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad) no suelen ir acompañadas del ánimo de punición, sino de corrección. Sabemos que transitamos sobre un terreno muy líquido en el que desde el repudio a la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones hemos de atender al bajo índice de denuncia de hechos violentos en relaciones de pareja. ¿Este bajo índice de denuncia se debe a que es el orden penal el encargado de su tratamiento?

Podemos señalar tres consideraciones: 1. Es difícil denunciar aquello que no se aprecia como violencia de género. 2. Existen acciones integradas en el concepto de violencia de género que podrían ser corregidas desde un orden no penal y no por ello supongan ser *invisibilizadas*, negadas o descuidadas. 3. ¿Despenalizar ciertas conductas de violencia de género?.

¹⁹⁶ VID. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO Cristina; “Mediación en violencia de género”; Revista de Mediación. Año 4. Nº 7. Mayo 2011; Pág. 44. Las autoras señalan que *Los datos en relación a la experiencia austríaca son ciertamente reveladores, toda vez que mediante las «agencias de intervenciones», antes para el acompañamiento e intermediación entre las partes y los servicios sociales, órganos judiciales, etc., se ha verificado que el sistema funciona y que han disminuido un 40% los casos de violencia. Así, si bien es cierto que en un amplio porcentaje no se ha conseguido el objetivo propuesto, concretamente en un 60%, también lo es que en el cuarenta restante sí se ha logrado reconducir la situación sin acudir a la vía penal.*

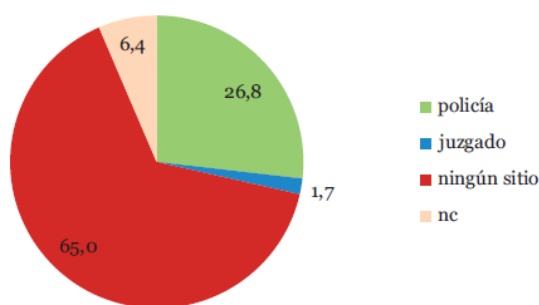
En cuanto a la primera consideración, convendría reflexionar sobre cómo poder percibir la violencia por razón de género en una sociedad en la que está normalizado el trato diferenciado según el sexo de la persona. El imaginario colectivo creado por las películas, los programas de televisión, el modo de vida de los personajes famosos, la moda,... nos sugieren modos de pensar, de vivir, de experimentar sensaciones, muchas de ellas basadas en la consideración desfavorable de las capacidades de la mujer. Aquel *dejarlo todo como símbolo de amor* o *ponerse celoso por estar enamorado* u *oponerse a una cita familiar por una mera prelación de intereses* o aquella *no es agresividad, es carácter o personalidad* o el *vigor sexual como algo innato e irremediable en el hombre*, todo como señal de amor o enamoramiento, normalizan verdaderos sentimientos de posesión, de infantilización femenina, de cosificación, en definitiva, de falta de respeto a la dignidad y personalidad de la persona con la que se comparte la vida. Desde esta normalización, ¿cómo denunciar algo que se ve como normal? Asimismo, el Instituto Andaluz de la Mujer en su informe de 2012 ponía sobre la mesa algunas de las causas por las que las víctimas de violencia de género deciden, o no denunciar, o retirar la acción, o acogerse a la dispensa: la vergüenza, la culpa¹⁹⁷ y presiones de sus allegados.

En cuanto a la segunda consideración, hemos de tener presente el siguiente gráfico¹⁹⁸

¹⁹⁷ Sería interesante analizar que el derecho a guardar silencio, como derecho de toda persona acusada, sea el más ejercido por las víctimas de violencia de género. La dispensa de declarar, asemeja a la víctima más al acusado que a un testigo. Si bien, el silencio del acusado no puede determinar su culpabilidad –el ejercicio de un derecho no puede conllevar un perjuicio para su titular–, mientras que el silencio de la víctima no puede determinar su credibilidad- ¿el ejercicio de un derecho no puede conllevar un perjuicio para su titular?-).

¹⁹⁸ Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015. Delegación Gobierno para la Violencia de Género. Esta investigación ha sido realizada por Verónica de Miguel Luken (Universidad de Málaga). Edición: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones. Año publicación: 2015; Pág. 176.

Figura 9.1. Lugar al que ha acudido a informar o a denunciar. Mujeres que han sufrido violencia física, sexual o miedo de alguna de sus parejas



Fuente: elaboración propia a partir de los microdatos del estudio 3.027 del CIS.

Añadiendo que *El valor superior se encuentra entre las mujeres de 45 a 54 años (36,6%), siendo las más jóvenes (17,3%, entre 16 y 24 años), pero sobre todo las de más edad (13,3%, 75 y más años), las que proporcionalmente menos han optado por esta salida.*¹⁹⁹.

Hay todo un elenco de acciones típicas que no llegan a hacerse públicas (ni en una primera fase de familia o allegados, cuanto menos policial o judicial). Un 65% de las víctimas de violencia de género no recaba la ayuda de ninguna autoridad, organismo u otra persona para dar fin a la situación de violencia que padece por parte de su pareja.

Asimismo, en la Macroencuesta de 2015²⁰⁰, en relación a la violencia física se distingue entre violencia física moderada o severa²⁰¹, en la página 34 se desglosan las preguntas que se les hicieron a las mujeres encuestadas referidas a la violencia sexual²⁰², en la página 54 se detallan las preguntas que se le realizaron a las mujeres encuestadas referidas a la violencia psicológica de control²⁰³, en la página 74 se recogen las preguntas

¹⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 177

²⁰⁰ Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015. Delegación Gobierno para la Violencia de Género. Esta investigación ha sido realizada por Verónica de Miguel Luken (Universidad de Málaga). Edición: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones. Año publicación: 2015

²⁰¹ *Violencia física moderada: “le ha abofeteado o tirado algo que pudiese hacerle daño” y “le ha empujado agarrado o tirado del pelo”. Violencia física severa: “le ha golpeado con su puño o con alguna otra cosa que pudiera hacerle daño”, “le ha dado patadas, arrastrado o pegado”, “le ha intentado asfixiar o quemar a propósito” y “le ha amenazado con usar o ha usado una pistola, cuchillo o alguna otra arma contra Ud.”.* Pág. 13.

²⁰² *le obligó a mantener relaciones sexuales cuando no quería, mantuvo relaciones sexuales sin desearlo por miedo de lo que le podría hacer si se negaba, le obligó a realizar alguna otra práctica de tipo sexual que no deseaba o que le resultaba humillante, intentó obligarle a tener relaciones sexuales contra su voluntad, sujetándola o haciéndole daño sin conseguirlo.*

²⁰³ *trata/aba de impedirle que vea/viese a sus amigos/as, trata/aba de evitar que se relacione/relacionase con sus familiares, insiste/insistía en saber dónde está/estaba en cada momento, le ignora/aba y le tra-*

sobre la violencia psicológica emocional²⁰⁴, en cuanto a la violencia económica en la página 104 se desglosa las tres preguntas²⁰⁵. Tomando como referencia las acciones/omisiones subrayadas en la Macroencuesta como incluidas en un tipo u otro de violencia podemos entender que muchas de ellas se refieren situaciones por las que en raras ocasiones las víctimas interpondrán una denuncia o se dirigirán a un juzgado persiguiendo el castigo del ofensor y que, por tanto, otra instancia no penal habría de gestionar esa acción ilícita. En opinión de algunas autoras *Diversos ordenamientos jurídicos, de nuestro más cercano contexto (Inglaterra, Alemania, etc.), han postulado la jurisdicción civil como la primera de las respuestas para casos «leves» de violencia de género. En esta línea, la Ley de protección ante la violencia de la familia de Austria, prevé una intervención integral en la que se contemplan medidas tales como, la posibilidad, (que no obligatoriedad) de adoptar medida de alejamiento, la orden de desalojo del domicilio familiar, etc., pero en la jurisdicción civil*²⁰⁶.

En relación a la tercera consideración, debemos tener presente que en el orden penal pueden ser impuestas penas como la de trabajos en beneficio de la comunidad²⁰⁷, así como derivado del artículo 110 CP en cuanto a la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*²⁰⁸ es posible imponer *obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa* de conformidad con el artículo 112 CP. Lo

ta/aba con indiferencia, se enfada/aba si habla/aba con otro hombre o mujer, sospecha/aba injustificadamente que le es/era infiel, espera/aba que le pida/pidiese permiso antes de ir a determinados sitios.

²⁰⁴ *le ha insultado/insultó o hecho/hizo sentirse mal con usted misma, le ha menospreciado/menospreció o humillado/humilló delante de otras personas, le ha asustado/asustó o intimidado/intimidó a propósito, le ha amenazado/amenazó verbalmente con hacerle daño, le ha amenazado/amenazó verbalmente con hacerle daño a alguien es que importante para usted.* Página 87: *¿Con qué frecuencia ha tenido o tiene Ud. miedo de su pareja actual/última pareja?* (análogamente para las parejas anteriores).

²⁰⁵ *se negaba a darle dinero para los gastos del hogar, le impedía tomar decisiones sobre la economía familiar, no le dejaba trabajar o estudiar fuera del hogar.*

²⁰⁶ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO Cristina; “Mediación en (...)”; Op. Cit. Pág. 44.

²⁰⁷ Una pena privativa de derechos (artículo 39 CP) que obliga al penado a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública (talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual,...) sin exceder de 8 horas diarias. Conforme a la Memoria 2015 Fiscalía General del Estado: Fiscalía de Sala Coordinadora contra la Violencia sobre la Mujer, en el 54,48 % de las sentencias condenatorias ejecutadas en casos de violencia de género se impusieron la pena de trabajos en beneficios de la comunidad. Pág.373. Disponible en <http://observatorioviolencia.org/estadisticas/>

²⁰⁸ Que incluye 1. ° La restitución. 2. ° La reparación del daño. 3. ° La indemnización de perjuicios materiales y morales.

que nos lleva a pensar que despenalizar ciertas conductas de violencia de género supondría atender únicamente a esta faceta civil referida a la reparación del daño (del todo necesaria) olvidando la necesidad de que la acción del sujeto activo sea perseguida por el desvalor de acción que se le atribuye. Una opción político criminal que compartimos puesto que como problema educacional²⁰⁹ vulnera bienes jurídicos tutelables penalmente (principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos) por medio de modalidades de ataque más peligrosas para ellos (principio del carácter fragmentario del Derecho penal) al insertarse en el ámbito de la pareja rompiendo la confianza, solidaridad, paz conyugal y amor que debe presidir dicho espacio, ser el sujeto activo con quien se ha de crear ese espacio de confianza, amor, solidaridad y paz, ser acciones/omisiones perpetradas en espacios privados donde resulte difícil recabar auxilio y probar los hechos y ser conductas insertadas en una práctica arcaica de desconsideración de las mujeres por razón de su sexo y las características, roles y papeles sociales asignados por razón de género, preeminencia de los intereses y derechos de los hombres y, con ello, la sexualización masculina de cada institución, aparatos de representación, decisión y gobierno²¹⁰.

-Referidos a las víctimas

Desde las facetas de las víctimas, y según el *Handbook of restorative justice* de Naciones Unidas de 2006, la Justicia Restaurativa ofrece las siguientes ventajas:

- Participar directamente en la resolución de la situación y el establecimiento de las consecuencias de la ofensa*
- Recibir contestaciones a sus preguntas sobre el crimen y el ofensor*
- Expresarse sobre el impacto que les ha producido la ofensa*
- Recibir restitución o reparación*
- Recibir una disculpa*
- Restaurar, cuando ello sea apropiado, una relación con el ofensor*
- Conseguir cerrar una etapa*

²⁰⁹ “Abrid escuelas y se cerrarán cárceles” Concepción Arenal.

En las relaciones de pareja situaciones de flagrantes vulneraciones de derechos y libertades están cubiertas por la consideración cultural de lo que es amor. Este hecho hasta hace pocos años se ha considerado un elemento atenuante –un estado pasional- o una causa de justificación –consentimiento del ofendido-.

²¹⁰ Compartimos la referencia en el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) de 2015 a que la *actuación penal y la sentencia en contra de los perpetradores puede cumplir un rol reparador en sí mismo, dado el mensaje de rechazo a la violencia feminicida que se envía a la sociedad*. Pág. 115, Punto 384.

Hemos de partir, no obstante, de la diferenciación entre víctimas directas y víctimas indirectas. Conforme al artículo 2 de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima, se considera víctima directa *a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.*

Y como víctima indirecta, *en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:*

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

No obstante, y tras la reforma del artículo 1.2 de la LO 1/2004 por medio de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se consideran víctimas directas de violencia de género *a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.* Así también queda reconocido en el artículo 13.4 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

En cuanto a las víctimas directas, en concreto las mujeres, con ALONSO y TORRADO, compartimos que el legislador español instaura una opción político criminal basada en

*el arquetipo de víctima inerte e incapaz de pensar en su propio interés*²¹¹. Sin embargo, con GUARDIOLA²¹² existen diversos grados de severidad en la violencia de género y hemos de atender a cada caso en particular para apreciar sus particularidades (incluso conviene tener muy presente en estos análisis pormenorizados los diversos modelos de familias o de pareja basados en la dominación y control entre cónyuges que sin llegar a constituir casos de violencia de género, se acercan peligrosamente a una desconsideración hacia los derechos y libertades de cada integrante de la relación familiar o conyugal).

Refiriéndonos en particular a la mediación, encontramos dos acercamientos dispares: quienes entienden que es el tipo penal y la entidad de la pena lo que determina la conveniencia de la mediación, y la de quienes abogan por que la mediación sea un recurso accesible a todos los delitos²¹³.

En cuanto a la primera postura, conllevaría la prohibición de la mediación en los casos de delitos graves²¹⁴.

Sin embargo, con GONZÁLEZ²¹⁵, negar la mediación en estos casos supone privar a la víctima y al victimario de todos los efectos positivos que derivan de la mediación. Esta autora así como otras voces abogan por la instauración del principio de aplicación universal centrando el proceso en la adecuación del caso en particular (hechos objetivos y circunstancias personales, consideraciones psicológicas, igualdad entre las partes,...).

²¹¹ Op. Cit. Pág.588

²¹² GUARDIOLA, M^a.J.; “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”. Revista General de Derecho Penal, 12, 1-41, 2009, pág.6.

²¹³ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...); Op.Cit.; Pág.589.

²¹⁴ De conformidad con el artículo 33.1 CP. A saber: a) *La prisión permanente revisable.*

b) *La prisión superior a cinco años.*

c) *La inhabilitación absoluta.*

d) *Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*

e) *La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*

f) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*

g) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*

h) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*

i) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

j) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

k) *La privación de la patria potestad.*

²¹⁵ Referencia en ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...)”; Op.Cit.; Pág.589

Con CASTILLEJO²¹⁶, la decisión inicial sobre la derivación recae sobre el juzgador²¹⁷ mientras que la decisión final estaría en manos del equipo mediador.

Consideramos más oportuno atender a la valoración del riesgo²¹⁸ que realicen los profesionales que entablen los primeros contactos con las víctimas. Y en este caso, teniendo presente que la gran mayoría de las denuncias de violencia de género proceden de un atestado policial²¹⁹, el Protocolo sobre la Valoración Policial del Riesgo (VPR) y la Valoración Policial de la Evaluación del Riesgo (VPER)²²⁰ se presenta como un primer paso de indudable repercusión (aunque prevalecerán las medidas de protección acordadas por la autoridad judicial conforme al punto 2.8 de la Instrucción 14/2007).

Teniendo presente los diferentes grados en que pueden ser clasificados conforme a la valoración policial, en octubre de 2015, el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén)²²¹ nos ofrece los siguientes datos:

Riesgo no apreciado: 35.141

Riesgo bajo: 13.483

Riesgo medio: 2.866

Riesgo alto: 143

Riesgo extremo: 7

De la valoración del riesgo en uno u otro grado se derivan las consecuencias establecidas en el anexo I de la Instrucción 5/2008, de la Secretaría del Estado, focalizadas en la separación física entre agresores y víctimas y el establecimiento de comunicaciones periódicas con las víctimas para asegurar su seguridad física.

Es en este contexto donde la coordinación entre los diferentes organismos, autoridades, agentes de la autoridad y demás entidades se torna esencia. El análisis de las consecuen-

²¹⁶ Referencia en ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...); Op.Cit.; Pág.590

²¹⁷ En el artículo 144.2 del *nonato* Código Procesal Penal de 2013, se atribuía al Ministerio Fiscal el juicio de adecuación del caso a mediación penal una vez el ofensor manifestara su voluntad de participar en la mediación penal.

²¹⁸ VID. Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja (vcmp). Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. 2012.

²¹⁹ En el año 2014, en el 78,24% de los casos la denuncia fue formulada a través de un atestado policial. Fuente CGPJ. Versión digital en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Datos-anuales-de-2014>

²²⁰ Instrucción 14/2007, de 10 de octubre, de la Secretaría del Estado con las modificaciones introducidas por la Instrucción 5/2008.

²²¹ Versión digital en http://www.interior.gob.es/documents/642012/4399474/Datos+estadisticos+Sistema_VioG%C3%A9n+a+31-10-2015.pdf/aa74a50a-5565-4c24-ab46-682b54b06ca6

cias de estas medidas policiales de protección para el desarrollo de los mecanismos restaurativos necesitaría de un estudio profundo que excede los objetivos de este trabajo.

En cuanto a la victimización secundaria, de la comisión de un delito se derivan distintos tipo de victimizaciones. La victimización secundaria abarca los costes personales derivados de la intervención del sistema legal que, paradójicamente, incrementa los padecimientos de la víctima (...) LANDROVE señala que *la víctima puede sentir que está perdiendo el tiempo, malgastando el dinero, sufre incomprensiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema o, simplemente, sus pretensiones resultan ignoradas. (...) la diferencia entre victimización primaria y secundaria radica en que aquélla procede del mismo delito en sí mientras ésta resulta una consecuencia negativa del propio sistema tendente a aclarar la investigación de los hechos y el posterior proceso penal orientado a determinar la inocencia o culpabilidad del imputado*²²².

Estos efectos negativos sobre las víctimas derivados de su relación con el sistema penal que se entienden que pueden ser mitigados o incluso neutralizados por medio de mecanismos de Justicia Restaurativa donde la consagración de la voluntad de la víctima se constituye como pieza angular del proceso ofrece a ésta la posibilidad de controlar su propio proceso de victimización y las formas de reparar el daño causado. Hay quienes señalan, al mismo tiempo, la función socializadora²²³ al empoderar a la víctima dotándole de los conocimientos y habilidades necesarios para defender sus derechos y libertades. Una víctima que adopta un papel activo, proactivo, lejos del papel tradicional de la víctima pasiva, inactiva y dependiente. Papeles pasivos que toman su máxima aplicación en el caso de las mujeres víctimas de violencia de género.

En este sentido, señala CARRETERO que *normalmente, el lenguaje jurídico utilizado les es bastante ajeno, sin que, en muchas ocasiones, nadie les explique en términos comprensibles qué es lo que está pasando a su alrededor. Se llegan a cuestionar temas como la veracidad de los hechos que han dado lugar a la denuncia o la adecuación de la respuesta al episodio de violencia. El interrogatorio por el que han de pasar las víc-*

²²² MORILLAS FERNÁNDEZ; David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María; “*Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*”; Ed. Dickinson; 2011; pág. 118

²²³ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...)”; Op.Cit.; Pág.601.

*timas supone una dura prueba al verse sometidas a preguntas del abogado de la defensa que pretenden desacreditarlas a fin de exculpar a sus clientes. El Ministerio Fiscal o el propio Juez, también realizan puntualmente preguntas a la víctima en orden a determinar las circunstancias concretas en que sucedieron los hechos que pueden llegar a ser bastante incómodas para ésta, haciendo que, en definitiva, dicho interrogatorio se convierta en un calvario. La obligación de probar o acreditar los hechos, la necesidad de hablar de episodios íntimos de su vida privada, las presiones a las que se ven sometidas, llevan, en ocasiones, a hacer desistir a las víctimas de la continuación del proceso o, incluso, a no llegar ni a iniciarlo*²²⁴.

En este punto es del todo interesante la incidencia de la actitud de las personas que rodean a víctima y victimario en la victimización que sufre la víctima y en responsabilización del victimario. Así, señala TAMARIT que “...el reconocimiento de la condición de víctima por parte del entorno tiene efectos reparadores, (...) El riesgo de ausencia de una respuesta reparadora del entorno es mayor si el infractor no se encuentra socialmente aislado sino integrado en un colectivo que le ampara o justifica”²²⁵. (...) la profesionalización de la atención a las víctimas induce un efecto de inhibición o cierta despreocupación por las mismas”²²⁶

En este contexto es interesante mencionar que junto con el mecanismo restaurativo más conocido, la VOM (victim-offender mediation), aparecen otros mecanismos como la Conferencia de grupo familiar, Círculos sentenciadores o los Paneles restaurativos donde además de los profesionales mediadores o facilitadores, la víctima y el victimario, intervienen otras personas relacionadas con las partes.

Por otro lado, en opinión de VENTAS *se debería dejar a la mujer víctima la posibilidad de intentar una reconciliación con su pareja a través de una mediación penal tutelada en aquellos casos en los que la violencia haya sido mínima, especialmente cuando*

²²⁴ CARRETERO MORALES, Emiliano; “Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia (...)”; Op. Cit. Pág. 217.

²²⁵ Una falta de comprensión en el entorno familiar que se agrava en situaciones de violencia de género donde el victimario pertenece al núcleo familiar.

²²⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M.; “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en BACA, E.; ECHEBURÚA, E Y TAMARIT, J.M.; *Manual de victimología*; Tirant lo Blanch; Valencia; 2006; pág.39

sea de carácter psíquico²²⁷. Teniendo la “reconciliación” la repercusión jurídica que se le atribuye en cuanto a los efectos del matrimonio y de sucesión, esta valoración de la mediación como espacio para la reconciliación es la apreciación de uno de los posibles efectos de la mediación, sin perder de vista que la multiplicidad de resultados de la mera participación en el proceso mediatorio puede conllevar beneficios sin que de ello se derive la necesidad de restaurar ninguna relación, ni que el resultado final conlleve la reconciliación, puesto que la flexibilidad, adecuación y voluntariedad son el eje de todo proceso de Justicia Restaurativa.

Además, hemos de apuntar la necesidad de abordar la reparación de la víctima desde una perspectiva restaurativa. Con ESQUINAS entendemos que *“se entiende que en casos de grave afectación a la dignidad y la integridad moral y psíquica del perjudicado, como son los de violencia de género, la forma de compensar ese daño habrá de manifestar también una intensa dimensión psicológica capaz de contrarrestar, siquiera en grado mínimo, dicho perjuicio igualmente afectivo. Por consiguiente, no parece suficiente la indemnización económica y material, sino que también podría ser recomendable, en principio, como forma de resarcimiento, que el maltratador se sometiera a escuchar el relato de su víctima, recibiera el reproche generalizado de la comunidad asistente a las reuniones, reconociera públicamente su responsabilidad y, eventualmente, accediera a participar en una terapia para superar sus tendencias violentas. Y de esta forma combinada quedaría compensado más adecuadamente el desvalor de acción y de resultado propio de la conducta de maltrato”*²²⁸.

Con ORDÓÑEZ compartimos que *“cada ser humano se enfrenta al delito de forma diferente, según sus posibilidades materiales y emocionales. A veces se produce miedo, odio, necesidad de venganza o sentimiento de culpa. Normalmente la víctima necesita liberar la emoción negativa para recuperar la necesidad de equilibrio interior. El equilibrio interior de la víctima puede alcanzarse gracias al reconocimiento del delito por el infractor y, sobre todo, cuando éste se responsabiliza del daño causado”*²²⁹

²²⁷ VENTAS SASTRE, Rosa; “Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.91-106; Pág. 102

²²⁸ ESQUINAS VALVERDE, Patricia; *“Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género”*; Ed. Tirant; Valencia, 2008, p. 14.

²²⁹ ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., «La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos», en La Ley Penal, núm. 44, año IV, diciembre de 2007, p. 43.

En cuanto a las víctimas indirectas, es de sumo interés la referencia a la reparación de las víctimas indirectas del delito de feminicidio prevista en el *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*²³⁰. En concreto su punto 381 señala la necesidad de entender la reparación como un proceso. *Desde una perspectiva psicosocial, se ha destacado la importancia de entender la reparación como un proceso: “La reparación, el proceso de recuperación, no ocurre solo o principalmente a través de la entrega de un objeto (por ejemplo, una pensión o un monumento) o actos de reparación (por ejemplo, una disculpa), también se da a través del proceso que acontece alrededor del objeto o el acto. El reto es crear un ambiente conducente que permita el desarrollo del proceso, de tal manera que los dilemas que surjan cuando se están otorgando las reparaciones sean verbalizados, atendidos y asumidos como componentes importantes de cualquier programa. Los procesos, el contexto y los discursos que rodean el otorgamiento de las reparaciones deben recibir”*

En este proceso reparador de los daños producidos por el delito de feminicidio se señalan algunas de las medidas que ha de incluir esta reparación: medidas de restitución (volver al estado anterior de la violación); indemnización (compensación de los daños causados por la conducta punible); rehabilitación (recuperación de los traumas físicos y psicológicos sufridos por causa del delito); satisfacción (compensación moral a efecto de restablecer la dignidad de las víctimas) y garantías de no repetición (compromiso del Estado de realizar acciones tendientes a erradicar los factores generadores de la violencia femicida).

Merece destacarse la referencia a la extensión de los servicios de asistencia y apoyo a cónyuges y asimilados y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima.

-Relacionados con los victimarios.

Desde la perspectiva del agresor, podemos preguntarnos cómo le afecta el proceso penal, si supone la incomprensión de los motivos del despliegue jurídico en su contra, si mantiene una actitud de justificación de los motivos de su conducta que no son revisados en ninguna fase procesal, suponiendo la persistencia en su actitud delictiva, así co-

²³⁰ Elaborado por Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

mo la inexistencia de aprendizaje alguno, con una nula responsabilización por los hechos siendo por tanto, un sujeto cuya resocialización o reinserción social son una mera fantasía jurídica.

Estas actitudes podrían verse completamente modificadas si se emplearan mecanismos restaurativos donde el ofensor ha de reflexionar sobre los hechos cometidos, escuchar a la víctima, responder sus preguntas, aprender nuevas formas de comunicación impuestas por el propio mecanismo restaurativo, tomar conciencia de los hechos cometidos, reflexionar sobre cómo repararlos y atender a las formas de reparación que mantenga la víctima,

Así, podríamos valorar el tratamiento del maltratador como víctima de la propia ideología que soporta sus acciones desde el punto de vista victimológico (no penal). Apuntábamos páginas atrás que durante el proceso restaurativo, se realizaba una consideración profunda a las causas, motivos del victimario. En este contexto, ZEHR introducía un apartado en el que se refería a los ofensores como víctimas. Indica que según GILLIGAN toda violencia es un esfuerzo para conseguir justicia o para deshacer una injusticia. Considerarse víctima por supuesto que no absuelve al ofensor pero podemos analizar cómo percibe la Administración de Justicia quien es castigado sintiéndose víctima. Sin duda, refuerza su consideración autocompasiva, indulgente y justificadora. Nada de reeducación o transformación. Como señala ZEHR, se trata de un tema muy controvertido en el que a pesar de pretender alcanzar una explicación (no justificación) se percibe como una excusa²³¹.

Señala OUBIÑA, que en Austria dos estudios llevados a cabo con una diferencia de una década 1998-2008 demostraron que la mediación entre víctima y maltratador-ofensor es a un tiempo un instrumento para fortalecer a la víctima, pero también tiene un efecto directo en el cambio de actitud de los quienes perpetran estos delitos. Otro estudio en EEUU comparaba los efectos de la mediación vs el arresto y prisión de los maltratadores, diferenciando en este caso el perfil de los autores entre (A) aquellos que tenían una educación superior o media y trabajo, de aquellos otros (B) con menor formación académica y en situación de desempleo. Los resultados señalaron, entre otras cosas, que la

²³¹ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali; “ *The Little book (...)* Op. Cit. 29.

mediación es un instrumento estratégico para frenar la violencia de género entre la población masculina en situación de desempleo y/o con menor formación académica²³².

Ahora bien, la decisión libre e informada del victimario de participar en un proceso restaurativo es *conditio sine qua non* para que éste tenga lugar. La determinación de esta formación libre e informada ha sido puesta en duda cuando entre la alternativa restaurativa y la tradicional, la amenaza de la imposición de una pena condiciona la formación libre del consentimiento para participar en un proceso restaurativo. En este punto se pronunció, como recoge BALLESTEROS, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Deweer manifestando que *la amenaza de una persecución criminal no constituye, en principio, coerción suficiente para el ofensor. De acuerdo al razonamiento de la Corte, sólo podría haber coacción cuando hay una flagrante desproporción entre las dos alternativas*²³³. La cuestión de calda se centraría en este momento en analizar si se trata de alternativas proporcionales.

- *Referidos al propio proceso penal.*

Podríamos afirmar que el primer acercamiento a este tema proviene de la contraargumentación a la misma crítica radical a la posibilidad de utilizar cualquier mecanismo restaurativo en casos de violencia de género: el origen (o una de sus casusas) de la Justicia Restaurativa basado en la crítica al sistema criminal retributivo. Con la Justicia Restaurativa se trata de devolver a las personas el control sobre delitos y sus consecuencias. Este argumento no casaba con el progresivo y necesario proceso de publicación de la violencia contra las mujeres en general, y en particular, la ejercida en los contextos matrimoniales. Este objetivo, puesto de manifiesto por el movimiento feminista, pronto encontró el problema del olvido de las víctimas del sistema procesal penal al atribuir carácter público a determinados delitos que afectan a sujetos particulares. Es ante esta constatación cuando quienes defienden la aplicación de mecanismos restaurativos en contextos de violencia de género presentan las ventajas de su utilización para dar voz a las víctimas *en pro* de su reparación, promover el reconocimiento de los hechos y la

²³² OUBIÑA BARBOLLA, Sabela; “La distancia que les (...); págs. 179-204, Pág. 201.

²³³ Corte Europea de Derechos Humanos, 27.02.1980, Series A Nº35, referencia en BALLESTEROS, Alejandra Mera; “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”; REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - Nº 2; págs. 165 – 195, Pág.189.

transformación del ofensor, restablecer la sensación de seguridad en la víctima, así como la confianza en el propio sistema jurídico. Y ante todo, detener la violencia ejercida.

-Referidos a la sociedad

La sociedad es una de las partes que ha de verse involucrada en el proceso restaurativo por diversas causas. En primer lugar, se en su seno donde se produce la violencia contra las mujeres. Como ponía de manifiesto ZEHR, la comunidad (entendiéndola como un eslabón por debajo de la sociedad y por tanto, integrada por personas más allegadas a víctima y victimario -sin necesidad de ser conocidos- ampara, tolera cuando no genera o incentiva determinadas formas delictivas. En el caso de la violencia de género nos podemos hacer una idea de esta aquiescencia por medio de las campañas de sensibilización de los organismos públicos apelando a la no complicidad con este delito por el silencio. En una comunidad, en una sociedad, se comete el delito, en esa misma comunidad, sociedad, se ha de reparar el delito. El *cómo* es el resultado de una operación jurídica, victimológica, sociológica y psicológica.

Con ello se da cumplimiento al fin de prevención general de las penas sin olvidar elementos esenciales de política criminal para el estudio de las causas de criminalidad de una sociedad, sus consecuencias y las posibilidades de reparación.

Asimismo, con los procesos restaurativos se promueve la denominada democratización de las relaciones familiares. Hay quienes entienden que *aplicar la mediación en estas parejas favorece la instalación de un proceso democratizador de las relaciones familiares. BERARDO, GRECO Y VECCHI, exponen que «la familia atravesada por violencia doméstica que emprende un proceso de mediación y logra cristalizar acuerdos en materia de alimentos, estancias y comunicaciones... experimenta el tránsito por un espacio diferente de elaboración pacífica de los desacuerdos (...)*²³⁴.

4.2.2 aspectos negativos

La prohibición de la aplicación de la mediación en casos de violencia de género suele ser defendida atendiendo principalmente al aspecto sociológico y psicológico caracterís-

²³⁴ LOBO GUERRA, María; SAMPER LIZARDI, Fernando; “¿Es posible(...) Op. Cit. Pág. 173.

tico en este delito. De hecho, suelen considerar extensible esta prohibición a cualquier mecanismo restaurativo y no solo respecto de la mediación penal.

No obstante, existen voces que matizan la anterior opinión por su taxatividad y por un lado, reclaman la posibilidad de utilizar mecanismos restaurativos en caso de delitos de violencia de género, tanto para cuestiones penales como civiles dependiendo de la entidad y gravedad de las acciones en que se haya materializado el delito, o, entienden que estos mecanismos restaurativos solo pueden ser utilizados en los aspectos civiles implicados.

Podríamos sintetizar estas diversas posturas y opiniones de la siguiente forma:

- *Referidos a las víctima*

-Desigualdad, miedo y coacción. Las siguientes críticas radicales²³⁵ a la aplicación de mecanismos restaurativos en casos de violencia de género las sintetiza autoras como DEL POZO²³⁶, para quien *«en materia de violencia de género **no existe arrepentimiento del autor, simplemente es una estrategia, forma parte de una de las fases del ciclo de la violencia (...). El presunto maltratador de género no se arrepiente por el daño originado a la mujer, sino por las nefastas consecuencias que puede tener para él este comportamiento**»* (p. 292), *«no hay maltrato esporádico»* (p. 294), *«**desigualdad entre las partes en conflicto con la consiguiente falta de equidad, es evidente que este argumento justificaría por sí mismo la prohibición de mediación en violencia de género, sin necesidad de añadir ningún otro**»* (p. 299), *«el poder y la dominación de una parte tenderá a prevalecer en el sustrato de la mediación, con lo cual los posibles acuerdos que se alcanzasen serían producto unilateral, una vez más, de la imposición del más fuerte, del presunto agresor que tiene sometida a la víctima, que la controla, que se impone a la fuerza»* (p. 301), *«falta de voluntad por consentimiento viciado de la víctima. Inexistencia de voluntariedad. Considero que la víctima de violencia de género podría encontrarse en una situación personal límite que la llevaría a carecer de voluntad, capacidad de decisión e incluso se podría considerar su consentimiento viciado»* (p. 303), *«la mediación favorece el ciclo de la violencia de género con la contribución a potenciar la*

²³⁵ Por estar referidas a la raíz o esencia de la cuestión.

²³⁶ Vid. DEL POZO PÉREZ, M., ¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?, en *La mediación en materia de familia y Derecho penal: estudios y análisis* (coord. F. MARTÍN DIZ), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011 referencia en CARRETERO MORALES, Emiliano; "Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia de género"; en GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal: Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs.211-241, Pág. 225.

luna de miel» (p. 320), «vedar la mediación en este contexto es lo más acertado para tratar de erradicar este preocupante y creciente fenómeno, a un presunto autor que considera inferior a su víctima, que no se arrepiente, que no sabe pedir perdón, que anula su voluntad y que incluso puede aprovecharse de esta alternativa de solución para prolongar el ciclo de la violencia no puede permitírsele, en ningún caso, este método alternativo de canalización del conflicto, la solución única debe ser por tanto el proceso, sin otras alternativas» (p. 324).

Refiriéndonos a la falta de igualdad entre las partes, podemos diferenciar entre aspectos psicológicos y aspectos más relacionados con la moral. Los aspectos psicológicos están relacionados con los diferentes estados psíquicos y cuadros psicológicos que presentan las víctimas de violencia de género. En concreto, sin ánimo de ser exhaustiva, suelen hacerse referencia a la teoría del ciclo de la violencia, desarrollado por WALKER²³⁷ basada en la teoría del aprendizaje social de la desesperanza, la teoría de la indefensión aprendida de SELIGMAN, la teoría del vínculo traumático de DUTTON y PAINTER²³⁸, la teoría del análisis de costes y beneficios y la teoría de la trampa psicológica²³⁹. A todo ello se le une la posible aparición del denominado Trastorno de Estrés Post-Traumático tras la experimentación de situaciones de violencia de intensa gravedad²⁴⁰. Por ello, y por los estados emocionales y psicológicos que genera²⁴¹ se entiende que no es aconsejable la utilización de un mecanismo que se basa en la voluntad, el diálogo, el

²³⁷ WALKER, L.E.; *“The battered women, Harper and Row, New York”, 1979.* O WALKER, L.E.; “Psychology and domestic violence around the world”, American Psychologist, Psycarticles, 1999.

²³⁸ DUTTON, D.G y PAINTER, S.L.; *“Traumatic bonding: the development of emotional attachment in battered women and other relationships of intermittent abuse”*, Victimology: An International Journal, 6 (1-4), 139-155, 1981.

²³⁹ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y mediación. ¿Una combinación posible?”; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.); CATALINA BENAVENTE, M^aÁngeles (Coord.); *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*; Ed. La Ley; 2011. Págs. 567-602, Pág. 576-577.

²⁴⁰ VID. “MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María; *“Aspectos psicológicos en víctimas de delitos violentos”* en *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*; Ed. Dickinson; Madrid; 2011, pág. 369-406

²⁴¹ Conforme a la Macroencuesta de 2015, Los sentimientos de las mujeres que han sufrido violencia física, sexual o miedo de alguna pareja o expareja tras los episodios de violencia son (Pág. 140):

- Impotencia ante la situación: 60,7%.
- Tristeza: 59,8%.
- Rabia: 58,4%.
- Miedo: 51,6%.
- Angustia: 49,9%.
- Vergüenza: 38,7%.
- Culpa: 30,1%.
- Agresividad: 19,1%.

acuerdo, el equilibrio entre las partes²⁴². Lo que determinaría su inferioridad en las negociaciones. Y es que uno de los principales argumentos en contra de la aplicación del proceso mediatorio en casos de violencia de género se basa en la desigualdad psicológica de las partes.

En este sentido, GARCÍA entiende que *«este sistema restaurativo, en ningún caso, debería suponer una confrontación directa de las partes víctima y agresor, pues agravaría las consecuencias del delito sobre la víctima»*²⁴³.

Como ya mencionamos, el aspecto psicológico en esta tipología delictual es uno de las consideraciones que más implicaciones tendrá en todo el proceso victimal y, por ende, procesal y jurídico en general. Lo que puede ser introducido en este momento es la idea de que se trata de una situación de partida injusta que puede transformarse²⁴⁴.

En opiniones expertas²⁴⁵, para alcanzar esta igualdad entre las partes y el estado psicológico adecuado, habrá ocasiones en los que será necesaria *una actuación previa de empoderamiento a manos de profesionales de la psicología*. Lo que supone, por tanto la necesidad de que exista una valoración psicológica de las personas implicadas para valorar la adecuación de la mediación en estos casos. Lo que, por otro, lado, es una exigencia que ha de predicarse de cualquier mediación.

En este sentido, GUARDIOLA destaca la posibilidad de que los cursos de sensibilización para maltratadores pueden contribuir a *paliar la desigualdad existente entre las partes y abrir el camino a una futura mediación*²⁴⁶. Sin olvidar que la conducta a perseguir por su tipicidad es la del victimario, la atención psicológica y de empoderamiento

²⁴² A este respecto, tanto la directora del Instituto Universitario de estudios de género de la Universidad Carlos III, Rosa San Segundo, así como Rosa Escapa, directora Técnica de Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas en el marco de la celebración de las *Jornadas Violencia de género, religiones y educación para la igualdad en mayo de 2015*, aseguraban que el uso de la mediación en casos de violencia de género conllevaba efectos muy negativos para las víctimas. Ante la pregunta de si existe la posibilidad de que los maltratadores se reeduce, negaban tal posibilidad y en todo caso, rechazaban que la vía del cambio fuera a través del mantenimiento de un diálogo con la víctima. Programa de las Jornadas en versión digital en http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/inst_estudios_genero/seminarios/religiones/programa_internet_rel_igiones.pdf

²⁴³ GARCÍA TORRES, M.L., *«La mediación penal. Especial atención a (...)»*, op. cit., p. 43, referencia en CARRETERO MORALES, Emiliano; *“Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia de género”*; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs.211-241, Pág. 225.

²⁴⁴ VID. OUBIÑA BARBOLLA, Sabela; “La distancia que les separa (...)”; Op. Cit.; Pág. 197.

²⁴⁵ ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...)” Op.Cit.; Pág.591.

²⁴⁶ GUARDIOLA LAGO, M^o.J.; “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”; Revista General de Derecho Penal, 12, 1-141, 2009, pág. 6

de la víctima ha de ser pieza angular de todo el proceso restaurativo. Una víctima que se reconozca como víctima y quiera dejar de serlo para ello necesita el apoyo, asistencia y formación adecuada y aportada por profesionales del trabajo social y la psicología.

Interesa subrayar el principio de adecuación: ni la taxatividad para su prohibición es una técnica correcta ni la taxatividad para su imposición resulta adecuada para los fines perseguidos y los bienes jurídicos afectados.

El artículo 12.2 de la Directiva de 2012 ponía de relieve la idea de la adecuación al caso, superando el automatismo procesal jurisdiccional. Y este principio de adecuación actuaría como filtro indispensable para los supuestos en que exista una *situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo*²⁴⁷.

Asimismo, es interesante que la propia Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en el apartado VI de la Exposición de Motivos señala que *el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor*. Es en este momento cuando hemos de recordar la función de la persona mediadora. Su formación profesional, experiencia práctica y cumplimiento de los principios que guían su actuación²⁴⁸ han de ser regulados y exigidos de forma escrupulosa.

- Falta de seguridad. La integridad corporal, psicológica y/o la salud mental de las víctimas de violencia de género se vería comprometida en las sesiones presenciales.

Se trata de una apreciación que puede extenderse a cualquier otro delito, con cualquier otra víctima y otro agresor. De hecho, en el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, señala “*En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuan-*

²⁴⁷ Referencia a GUARDIOLA LAGO, en ALONSO SALGADO, Cristina; TORRADO TARRÍO, Cristina; “Violencia de género, Justicia Restaurativa y (...)”.Op.Cit.; Pág.601.

²⁴⁸ Interesa precisar el alcance del principio de imparcialidad en el ámbito de la mediación en casos de violencia de género. Siendo exigida en mayor medida una *parcialidad equilibrada* al estilo enunciado por Gustafson en pro del óptimo restablecimiento de equilibrio de poder.

do ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”.

Con lo que, a este reconocimiento legal de la exclusión de la actuación de los servicios de Justicia Restaurativa solo ha de exigírsele una concreción de los términos generales con que está prevista. Señalando qué órganos son los encargados de determinar el nivel de riesgo de que se produzca una vulneración de bienes jurídicos, qué bienes jurídicos, por medio de qué procedimiento se ha de determinar, comunicar la decisión y llevarla a cabo, a qué órganos informar de esta decisión, qué medidas jurídicas, asistenciales, sociales, y demás necesarias, han de ser tomadas.

En cuanto al argumento de la imposición obligatoria de la pena accesoria del artículo 48.2 CP²⁴⁹ de conformidad con el artículo 57.2 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre²⁵⁰, que impide, por tanto, un encuentro directo entre víctima y victimario. Mayor alcance si además se impone la prohibición de comunicación del apartado 3 del artículo 48 CP.

Este argumento podría ser abordado desde una doble perspectiva: centrándonos en la conveniencia de modificar el apartado 2 del artículo 57 eliminando la imposición obligatoria de esta pena privativa de derechos accesoria, o presentando las alternativas para los casos en que exista una prohibición de aproximación entre víctima y victimario.

Respecto a la primera perspectiva, han sido numerosas voces las que abogan por la revisión de este apartado 2º del artículo 57 CP. Por ejemplo, en la Memoria del Fiscal General del Estado de 2015 se aboga por la necesidad de modificar este apartado 2 del artículo 57 CP.

Centrándonos en este último supuesto, de los mecanismos que ofrece la Justicia Restaurativa, a saber, VOM (victim-offender mediation): mediación entre víctima y ofensor, Conferencia de grupo familiar, Círculos sentenciadores, Paneles restaurativos, Mediación comunitaria, podríamos decir que en prácticamente todos podría ser utilizadas sesiones individuales y/o la utilización de videoconferencia u otros medios de comunica-

²⁴⁹ *La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.*

²⁵⁰ «BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875 (34 págs.)

ción similar. Respecto a este último aspecto, CARRETERO²⁵¹ realiza un interesante abordaje de la utilización de esta forma de comunicación para el desarrollo del proceso mediatorio en casos de violencia de género. Señala autor que *parece más conveniente que, en la mayoría de los casos, la comunicación en los asuntos de violencia de género sea asincrónica, ya que va a permitir a las partes mayor tiempo de reflexión a la hora de elaborar sus mensajes y respuestas, y además al mediador también le va facilitar el guiar adecuadamente el proceso ya que va poder filtrar la información y utilizar las reformulaciones oportunas en orden a que los mensajes lleguen de forma indicada a los respectivos receptores*²⁵². En este caso se podría utilizar desde el chat como el email para el mantenimiento de la conversación²⁵³. No obstante, *podría ser aconsejable que, en aquellos casos en los que fuere posible, el mediador tuviese una primera entrevista con cada una de las partes por separado a fin de presentarse personalmente a las mismas y conseguir al menos de inicio que dicho contacto personal cree el necesario vínculo de confianza que las partes han de tener en el mediador*²⁵⁴. En cualquier caso, señala este autor que la utilización de medios electrónicos para la comunicación en casos de violencia de género presenta las ventajas de su inmediatez, su rapidez, el bajo coste, la creación de un espacio donde la víctima exprese sus sentimientos y emociones, la posibilidad de elección de un facilitador/a o mediador/a con independencia del lugar geográfico en el que se encuentre, la mayor flexibilidad que otorga tanto el mecanismo restaurativo como el canal electrónico utilizado, la consagración de un espacio que permite mayor capacidad de reflexión sin necesidad de tomar decisiones con inmediatez, Asimismo, tal y como recoge el punto 23 del Informe del Grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa al que hemos hecho referencia, *Si bien se consideraba conveniente que tanto el delincuente como la víctima participaran en los procesos restaurativos, había casos en que podían aplicarse a una de las partes prácticas asimétricas basadas en enfoques restaurativos si la otra parte no estaba disponible o no tenía deseos de participar. En ese contexto se examinó la utilización de delincuentes y víctimas “sustitutos”. Por ejemplo, podía autorizarse a delincuentes a que mantuvieran encuentros con integrantes de la comunidad en lugar de con víctimas identificadas y concretas. En los casos en que nunca se capturaba al delincuente, la utilización de delincuentes sustitutos*

²⁵¹ CARRETERO MORALES, Emiliano; “Mediación online (...); Op. Cit.; págs.211-241.

²⁵² Ibid. Pág. 233.

²⁵³ VID. SAN. PARRILLA; “El uso de los medios electrónicos en la mediación”; en SOLETO, Helena (Dir.); “Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos; Ed. Tecnos; 2013; Pág. 336-348

²⁵⁴ CARRETERO MORALES, Emiliano; “Mediación online: (...) Op. Cit. Pág. 234.

*u otras medidas restaurativas podía ser importante como forma de responder al daño sufrido por las víctimas. En todos los casos, se consideraba esencial que quienes*²⁵⁵.

Este escenario donde las personas implicadas como víctima y victimario se reúnen con otras personas que se subrogan en la posición de víctima o victimario (dependiendo de su papel en el delito) es también propuesta por ZEBALLOS²⁵⁶. El autor recupera la opinión de TAMARIT²⁵⁷ y expresa que *víctima no significa lo mismo en el ámbito de la victimología que en el del ámbito la dogmática jurídico- penal. En la doctrina penal se identifica a la víctima con el sujeto pasivo del delito, es decir, con el titular del bien jurídico protegido. Apunta Tamarit que ello implica la extensión del concepto más allá de la persona física, lo cual escapa ya del ámbito en el que habitualmente se desenvuelve la victimología y nos adentra en los denominados “delitos sin víctima”*. Aunque el autor se refiere a aquellos delitos en los que no existen víctimas directas (como en los delitos contra la salud pública), sin embargo, podríamos apreciar la posibilidad de aplicar este sistema de subrogación en aquellos delitos en los que la víctima no quiera participar en el proceso restaurativo mientras que el victimario sí decida voluntariamente mantener un diálogo restaurativo con otras víctimas del mismo delito que él ha cometido²⁵⁸. O incluso, y aunque se intenta evitar una nueva victimización provocada por la aceptación de la víctima del delito y la negativa del victimario para participar en un proceso restaurativo, en estos casos, la reunión de la víctima de violencia de género con un victimario distinto a su ofensor podría determinar unos innegables efectos reparadores en las víctimas producto, entre otras consideraciones, de la rebaja de tensión, miedo, o coacción que le pueda provocar su propio victimario.

Podemos pensar, de hecho, que con la pena de trabajos en beneficios de la comunidad, ya se está realizando una labor restaurativa con el contacto que se produce entre el ofensor y el centro donde desarrolle su actividad, o incluso con los programas y talleres formativos a los que suelen estar obligados a acudir. Si en todo este proceso que ya

²⁵⁵ Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11º período de sesiones. Viena, 16 a 25 de abril de 2002. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Anexo “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” E/CN.15/2002/5/Add.1, Pág. 7.

²⁵⁶ ZEBALLOS MAUDO, Iker; “La incorporación de la llamada víctima subrogatoria al procedimiento de mediación” en MORENO CATENA, Víctor (Dir.); *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2015, Pág. 803 a 810

²⁵⁷ Op. Cit. Pág. 303.

²⁵⁸ Al estilo de los encuentros restaurativos en el marco de la denominada vía de Nanclares. VID. PAS-CUAL, Esther; “Los ojos del otro”; Editorial: SAL TERRAE ; 2013; 324 págs.

existe incluyéramos a las víctimas, podríamos considerarlo cercano al sistema restaurativo al que apelamos.

En este aspecto podemos mencionar, asimismo, la crítica relativa a la posibilidad de que la participación del victimario en el proceso restaurativo venga condicionada por la esperanza de obtener alguna ventaja en previsión de lo que pudiera obtener del proceso judicial. En este sentido es de interés el artículo 146 del *nonato* Código Procesal Penal de 2013 cuyo texto decía “*Ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza*”.

-Restauración. Los fines de la Justicia Restaurativa, en su triple “R” (reparación, reconocimiento, restauración), guardan un fin perverso: la restauración de las relaciones entre las partes. La propia palabra “restaurativa” hace referencia a la restauración, como vuelta al *status quo* anterior a la comisión delictiva. En un contexto de maltrato hacia las mujeres, lo que cualquier instrumento de justicia ha de buscar es la transformación, entendida como protección de los derechos de las mujeres, tutela, garantías de no repetición, seguridad frente al agresor,...en ningún caso, una vuelta a la situación predelictual porque nos situaremos en un contexto de vulneraciones más o menos leves de sus derechos y libertades. En este escenario, en vez de Justicia Restaurativa deberíamos abogar por una Justicia Transformativa. Concepto al que aludía Stephen Owen, secretario parlamentario del Ministro de Justicia de Canadá en la reunión del grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas: *A menudo se planteaban casos en que las situaciones en que se hallaban las personas afectadas antes de la comisión del delito eran de índole tal que su restauración no constituía una solución deseable. Esos casos habían determinado el surgimiento de nuevas iniciativas en el marco de lo que se había denominado “justicia transformativa”, que trataban de lograr resultados compatibles con los verdaderos intereses y necesidades de las partes en lugar de la mera restauración del statu quo ante*²⁵⁹.

²⁵⁹ Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11º período de sesiones. Viena, 16 a 25 de abril de 2002. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Anexo “ Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” E/CN.15/2002/5/Add.1, pág.4.

- Referidos al sistema procesal penal y sociedad y a los fines de las penas

El Derecho Penal persigue, entre otros fines, la prevención general. Este fin se vería gravemente afectado si el delito encuentra su respuesta en un mecanismo particular de las partes.

Este argumento suele partir de un desconocimiento de los mecanismos de Justicia Restaurativa así como de los objetivos que persigue y los principios que la fundamentan. Siguiendo a DOMINGO²⁶⁰, *Precisamente lo bueno que tiene otras herramientas como los círculos es que el reproche del delito no solo viene de la víctima (como en la mediación penal) sino que los allegados de ambos van a estar presentes y el infractor verá que su conducta es desaprobada por la comunidad en general pero también que si quiere cambiar va a tener una oportunidad, haciendo lo posible para compensar o mitigar el daño*. Esta autora resalta un dato muy relevante: la Justicia Restaurativa no supone una privatización de la Justicia. En concreto se centra en uno de los mecanismos restaurativos que puede que sea el que mayor adecuación presente en casos de violencia de género: los círculos restaurativos. En estos casos, el fin de la prevención general es cumplido no solo por la propia configuración del mecanismo restaurativo elegido sino por el reconocimiento procesal de los instrumentos de Justicia Restaurativa (que ya es exigido por la legislación supranacional y por las disposiciones españolas aunque ha de ser exigida una mayor profundidad en su regulación).

Otra de las críticas se basa en que supone dejar en manos de las mujeres víctimas de violencia de género la consideración de tutelar o no un derecho o una libertad. Lo que supone una privatización del delito de violencia de género. Frente a este argumento podríamos decir que la implementación de mecanismos restaurativos en el proceso penal no supone la desjudicialización de la violencia de género pues como mantuvimos se trataría de una integración con un carácter complementario. Además, entre las funciones de las Oficinas de asistencia a las víctimas, Capítulo II del Título III del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, destacan el acompañamiento a las víctimas, la elaboración de un plan de apoyo psicológico a las víctimas vulnerables, así como la información que en todo caso

²⁶⁰ Domingo de la Fuente, Virginia; *Mediación no es Justicia Restaurativa*; en lawyerpress; 23 de OCTUBRE de 2015 en lawyerpress. http://www.lawyerpress.com/news/2015_10/2310_15_018.html

y desde el primer contacto ofrecerán a las víctimas sobre los recursos que el sistema jurídico le ofrece.

- *Referidos a los victimarios*

Las sesiones de mediación no garantizan el cambio conductual y educacional de las personas agresoras²⁶¹.

Atender a los aspectos psicológicos y criminológicos de los maltratadores es un aspecto ineludible en cualquier estudio sobre la violencia de género. Podemos apuntar sin ánimo de ser exhaustiva que con CAMARERO, *“uno de los rasgos psicológicos típicos del maltratador es la exclusión de responsabilidad, éste nunca llega a considerar el problema como propio y lo suele achacar a causas ajenas. Además «la reserva personal forma parte de su comportamiento. No sostiene conversaciones sobre sus sentimientos. Las circunstancias emotivas no suelen alterar su conducta y raramente transmite aspectos interiores de su personalidad»*²⁶². Podemos entender que la existencia de un espacio donde el victimario pueda oír, expresar, dialogar y atender a todos estos aspectos, puede suponer una de las transformaciones a que aspira la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social.

Señalan LOBO y SAMPER²⁶³ *que la implicación de las partes en la toma de decisiones sobre los efectos de su ruptura predice una menor necesidad de intervención judicial en la vida familiar y una posterior capacidad para afrontar de manera autónoma las nuevas decisiones que el ciclo vital inevitablemente irá requiriendo. En muchas ocasiones, se obvia una realidad que inevitablemente existe: muchas parejas en las que ha existido violencia, aunque se separen, tendrán en ocasiones que retomar el contacto, por ejemplo cuando tienen hijos comunes, y muchas otras, vuelven a retomar la relación y la convivencia. Participar en un proceso de mediación puede enseñarles otras formas no violentas para resolver sus conflictos.*

²⁶¹ Apartado influido por las consideraciones de ESQUINAS VALVERDE, Patricia; Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género; Ed. Tirant; Valencia; 2008.

²⁶² CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., «Violencia doméstica. Una introducción desde la criminología», en Revista del Ministerio Fiscal, núm. 13, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 197-199.

²⁶³ LOBO GUERRA, María; SAMPER LIZARDI, Fernando; “¿Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.163-178, Pág. 165.

4.2.3 experiencias

Desde los años 80 se han desarrollado numerosos programas y prácticas restaurativas en casos de violencia de género a nivel internacional. Destaca el modelo Duluth o DAIP (Programa de Intervención contra la violencia doméstica) en el Estado de Minnesota con un *enfoque pedagógico, social y cognitivo-conductual, bajo el argumento de que tanto el comportamiento violento en el seno de la familia como el pacífico/afectivo, pueden, respectivamente, desaprenderse y aprenderse, pues todo constituye una cuestión de entrenamiento y aprendizaje*²⁶⁴.

En Alemania, uno de los mayores grupos de presión en este campo lo constituye el denominado “Hombres contra la violencia masculina” de la ciudad de Hamburgo cuya principal característica es el rechazo de la terapia como pena, destinando sus actividades formativas a los maltratadores que voluntariamente soliciten ayuda y participen en el entrenamiento contra la agresividad²⁶⁵.

Presenta ESQUINAS el “Proyecto de Intervención contra la violencia doméstica sobre las mujeres” de la ciudad de Friburgo que logró poner en marcha el programa de Entrenamiento Anti-violencia de Friburgo (FAGT) dirigido por un gabinete psicológico privado²⁶⁶.

En cuanto a la experiencia en España, señala HERNÁNDEZ que *desde 1998 el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña inició una experiencia piloto que se afianzó con la creación permanente del Servicio de Mediación Penal, situado en la sede de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Barcelona y con delegaciones en el resto de provincias catalanas. También se han impulsado experiencias de este tipo en otras provincias como País Vasco, Valencia, La Rioja, Valladolid o Burgos tanto desde organismos públicos como de la mano de asociaciones privadas como AMEPAX o la Asociación Apoyo en Madrid. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial patrocina un programa piloto de mediación penal en adultos, al que se han sumado más de treinta Juzgados de Instrucción y de lo Penal, tanto de enjuiciamiento como de ejecutorias*²⁶⁷.

²⁶⁴ ESQUINAS VALVERDE, Patricia; Mediación (...), Op. Cit., Pág. 40.

²⁶⁵ Ibid. Pág. 41.

²⁶⁶ Op. Cit. 41.

²⁶⁷ HERNÁNDEZ MOURA, Belén; “Mediación penal: derechos y garantías”; 2013. Versión digital en http://mediacion.uc3m.es/wp-content/uploads/2014/11/TFG_mediacion%20C3%B3n_HS-pub.pdf. Pág. 14-15

Así el Instituto catalán de Reinserción Social, ONG, ofrece una actividad asistencial a través de la *realización del programa de tratamiento formativo contra la violencia doméstica impuesto por los tribunales como medida penal alternativa sobre casos leves de maltrato. Programas formativos impartidos por entidades especializadas que actúan en concierto con el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña*. La asistencia a dichos programas puede ser exigida como complementaria a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como condición para la suspensión de la ejecución de la pena, como una pena autónoma o como una obligación en sustitución de la pena que corresponda²⁶⁸.

En concreto referido a la experiencia en País Vasco, en la Memoria de 2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco recoge los datos aportados por el Servicio de Mediación Intrajudicial (instaurado desde 2011) sobre mediación penal. En 2014 se derivaron 1557 expedientes que unidos a los casos pendientes del año anterior (226) son un total de 1783 casos trabajados. De ellos se cerraron el 85,58% y dentro de este dato, se cerraron con mediación el 58,26% de los casos. Con acuerdo en el 77,39% de las ocasiones. Se derivaron 190 delitos y 1615 faltas.

En cuanto a los delitos, en su mayoría (el 45,33%) han sido delitos de lesiones. En este punto interesa recoger textualmente las palabras de la memoria dada la repercusión para lo que nos interesa. *El resto de los delitos se encuentran distribuidos en distintas tipologías pudiendo destacar el delito de daños con un 9,34% de representatividad, seguido de las lesiones en violencia doméstica con 5,19% y maltrato en el ámbito familiar 4,84%. Sorprende el aumento de estos temas a lo largo del año y respecto a años anteriores, siendo significativa la violencia filio parental donde en general podemos afirmar que la mediación ha sido efectiva y es uno de los casos en los que el seguimiento constituye una herramienta esencial*²⁶⁹.

Este dato pone de relieve que la mediación penal en casos de violencia doméstica tiene presencia en la práctica jurídica y social desde hace varios años y del se derivan consecuencias beneficiosas. ¿Qué ocurriría si se extendiera la práctica a la violencia sobre las mujeres?

En cuanto al momento de la recepción del expediente, *es en la mayoría de los casos en la fase de Instrucción siendo la recepción total en Euskadi de 1175 expedientes (75,47)*

²⁶⁸ ESQUINAS VALVERDE, Patricia; Mediación (...), Op. Cit. Pág. 30 y ss.

²⁶⁹ Memoria de 2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Disponible en versión digital en <http://www.parlamento.euskadi.net/irud/10/00/030378.pdf>. Pág. 78

En la fase de enjuiciamiento solo un 24,53% de los expedientes recibidos, mientras que en ejecución no ha habido ningún asunto en materia penal²⁷⁰.

En referencia a la relación entre las partes, destaca el dato del 27,23% (muy por encima del resto de datos) de los asuntos las personas implicadas eran expareja.

Los casos no iniciados fueron del 15,72% en 2014, dato inferior al del año 2013 (20,13%). En el 35,16% de las ocasiones el motivo del inicio fue *Porque la persona denunciante no lo desea*. En el 15,70% de los casos la persona denunciada no lo desea. En el 0,96% el motivo del no inicio de la mediación se debió a que la persona denunciada no reconoció los hechos²⁷¹.

Fueron cerrados con acuerdo en el 84,16% de las faltas y en el 15,84% de los delitos. Cuando la relación entre las partes es de expareja, la mediación acaba en acuerdo en el 22,67% de las ocasiones.

En cuanto a la victimización anterior, en el 81,22% de los casos no habían sufrido una experiencia victimal anterior.

En referencia a la modalidad de las sesiones, fueron indirectas en 538 casos y directas en 351 casos.

En relación al tiempo que transcurre desde que ocurren los hechos hasta que se inicia la mediación, en la mayoría de los casos transcurrió entre uno y dos meses. Y entre que se inicia la mediación y finaliza, en la gran mayoría de los casos el tiempo de duración de la mediación fue inferior a un mes²⁷².

Es de sumo interés el contenido de los acuerdos:

²⁷⁰ Op. Cit. Pág. 90.

²⁷¹ Op. Cit. Pág. 95.

²⁷² Op. Cit. Pág. 104.

2.2.12.2.- CONTENIDO DE LOS ACUERDOS

CONTENIDO DE LOS ACUERDOS	TOTAL
Contextualización y reflexión de la conflictiva habida, el comportamiento desarrollado y los perjuicios derivados	635
Lamentar la conflictiva habida y los perjuicios ocasionados	474
Ofrecimiento y aceptación de disculpas formales	359
Compromiso de no reincidencia y mantenimiento de actitud de respeto futura	539
Compromiso de respeto a las medidas judiciales vigentes	49
Establecer pautas de conducta y comunicación futura	349
Compromiso de instar modificación judicial del convenio regulador y/o régimen económico matrimonial en los términos obrantes en acta	4
Modificación extrajudicial puntual y consensuada de aspectos familiares que afectan lo recogido en el convenio regulador, y adaptándolo a sus actuales circunstancias	40
Compromiso de reparación económica en los términos obrantes en acta	121
Compromiso de intervención psicosocial-sanitaria en los términos obrantes en acta	30
Compromiso de participación en voluntariado en los términos obrantes en acta	3
Compromiso de recabar información sobre los lindes	1
Compromiso de no contacto	1
Salida de vivienda	1
Renuncia a acciones penales y civiles	677
TOTAL	3.283

Destacando el compromiso de no reincidencia y mantenimiento de actitud de respeto futura.

En cuanto a la resolución judicial tras la mediación, en el 31, 25% de los casos se encuentran pendientes de sentencia, en el 30,81% supuso el archivo definitivo de la causa y en 30,09% una sentencia absolutoria²⁷³.

En el estudio realizado en 2010 auspiciado por el CGPJ²⁷⁴, se detallaban entre los motivos por los que no se había logrado un acuerdo, achacarlo a la otra parte, las diferen-

²⁷³ Op. Cit. Pág. 112.

²⁷⁴ Consejo General del Poder Judicial, Grupo investigador: Ramón SÁEZ (director), Concepción SÁEZ, Julián RÍOS, Teresa OLAVARRÍA, Cristóbal FÁBREGA, Celima GALLEGU, Félix PANTOJA; «La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de Política Criminal y del Derecho a la tutela judicial efectiva», noviembre de 2010, pág.32

cias sobre la clase y cuantía de la reparación; la falta de voluntad para continuar el proceso; y la falta de reconocimiento de los hechos

Recogiendo los datos del CGPJ según el Servicio de Planificación²⁷⁵, en el segundo semestre de 2009, 170 órganos judiciales del orden penal habían intervenido o experimentado con procesos de mediación penal, lo que demuestra el creciente interés que ha ido adquiriendo este instrumento,

a pesar de no haber ido acompañado de su necesaria regulación legal.

La distribución es la siguiente:

- Audiencias Provinciales, 13 (8%).
- Juzgados de instrucción, 118 (69%).
- Juzgados de lo Penal, 36 (21%).
- Juzgados de violencia sobre la mujer, 3 (2%).²⁷⁶

Este último dato referido a las mediaciones en sede de los Juzgados de violencia sobre la mujer, señala VENTAS que *Como los Juzgados de Violencia sobre la Mujer han sido creados como órganos especializados de Instrucción, cuyas competencias corresponden al conocimiento y fallo de las faltas de los Títulos I y II del Libro III CP relativas a violencia de género, así como la instrucción de delitos del mismo calibre, el Departamento de Ejecución Penal de la Consejería de Justicia del Gobierno vasco mantiene la interpretación, al menos hasta 2009, que la mediación penal no está vedada en la fase de enjuiciamiento, de competencia de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, ni tampoco en la fase de ejecución de sentencia. Esta tesis propició la no exclusión por los Servicios de Mediación Penal de Euskadi de los delitos de violencia sobre la mujer entre las infracciones susceptibles de mediar.*

²⁷⁵ Consejo General del Poder Judicial, Grupo investigador: Ramón SÁEZ (director), Concepción SÁEZ, Julián RÍOS, Teresa OLAVARRÍA, Cristóbal FÁBREGA, Celima GALLEGU, Félix PANTOJA; «La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de Política Criminal y del Derecho a la tutela judicial efectiva», noviembre de 2010, p. 18.

²⁷⁶ VENTAS SASTRE, Rosa; “Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); “Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.91-106

3. Futuro

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2015²⁷⁷, se aboga por la necesidad de proceder a la regulación de la mediación penal ya abordada en el *non nato* Borrador Código Procesal de 2011.

Señalan en el estudio auspiciado por el CGPJ en 2010 que *la violencia de género es considerada materia mediable por siete de los nueve jueces encuestados (quienes opinan lo contrario lo explican porque la ley lo prohíbe y porque la mujer-víctima podría sentirse coaccionada). Más del 90% de los fiscales suscribe también esta opinión. De quienes sostienen la posibilidad de mediar en estos tipos, parece que entre los jueces la disposición es más abierta y confiada; los fiscales se muestran más circunspectos y cautelosos*²⁷⁸.

En este mismo año, una de las ideas que se extraen de Seminario del Consejo General del Poder Judicial sobre Instrumentos Auxiliares en el Ámbito del Derecho de Familia celebrado el pasado mes de febrero de 2010, que dice textualmente: *«Se reitera una vez más que se entiende desafortunada la previsión recogida en el art. 87 ter LOPJ en su redacción dada a éste por la LOMPIVG, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación. En este sentido resultan elogiables la experiencias desarrolladas en el Juzgado de Hospitalet de Llobregat, después en el Juzgado núm. 5 de Violencia sobre la Mujer de Barcelona o en el Juzgado*

²⁷⁷ Memorias de la Fiscalía General del Estado del año 2015. Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Depósito legal: M-25678-2015. Pág. 766-767. Disponible en versión digital en www.fiscal.es.

²⁷⁸ Consejo General del Poder Judicial, Grupo investigador: Ramón SÁEZ (director), Concepción SÁEZ, Julián RÍOS, Teresa OLAVARRÍA, Cristóbal FÁBREGA, Celima GALLEGÓ, Félix PANTOJA; *«La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de Política Criminal y del Derecho a la tutela judicial efectiva»*, noviembre de 2010, Pág. 46.

núm. 1 de Violencia sobre la Mujer de Murcia en las que se orienta a las partes a una mediación familiar una vez se ha procedido al archivo del procedimiento penal»²⁷⁹.

Podemos mencionar, asimismo, las Conclusiones del Curso de Formación continua organizado por el CGPJ, los días 6,7 y 8 de noviembre de 2006 en Barcelona cuyo punto 9 especificaba: *Se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho –siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes-, relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia, como las que tienen lugar en las relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que intentar reconstruir o resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias.*

Por ello, se valora como desacertada la previsión del art. 44 de la LO 1/2004 que prohíbe la mediación en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

Con ello resaltamos el apoyo por gran parte de los operadores jurídicos, que unido a las experiencias que de facto se están llevando a cabo en numerosos Juzgados, así como el ejemplo de su regulación y admisión en Derecho Comparado y, sobre todo, en la necesidad constante, necesaria e imperiosa de abordar los mecanismos jurídicos y sociales para erradicar estos delitos de violencia de género con la mayor de la seriedad, garantías, progresismo y respeto por los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, la incorporación de mecanismos de Justicia Restaurativa a los textos procesales y penales es ya una realidad que debemos intensificar y mejorar, y la admisión de estos mecanismos restaurativos, su positivación y desarrollo práctico homólogo (dentro del respeto a la flexibilidad del modelo restaurativo) será una situación legal en un futuro inminente, puesto que en la práctica, es una realidad alentadora.

²⁷⁹ Referencia en LOBO GUERRA, María; SAMPER LIZARDI, Fernando; “¿Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.163-178, 164.

CAPÍTULO 5. PROPUESTA DE MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA PARA CASOS CON VIOLENCIA DE GÉNERO

A la luz de los capítulos y apartados anteriores podemos esbozar una propuesta de implementación de los mecanismos restaurativos atendiendo a algunas consideraciones esenciales.

Aspectos esenciales del modelo reparador/restaurativo en violencia de género

Especialidad del procedimiento	Requisitos para la participación	Criterios de derivación	Persona facilitadora	Entorno físico	Integración en el proceso penal	Finalidad y temas (cuestiones familiares/ cuestión penal/ reparación/ reeducación)	Papel de la abogacía
Garantías básicas	Seguridad física	Integridad psicológica	Respeto derechos y garantías del victimario				
Procedimientos restaurativos	Procedimiento especial de estilo mediatorio indirecto	Círculos	Dinámicas restaurativas indirectas	Conferencia	Reuniones		
Efectos	Fase de instrucción	Fase de enjuiciamiento	Fase de ejecución				

1. Especialidad del procedimiento

Como hemos venido manteniendo, la Justicia Restaurativa está inspirada en unos principios distintos a los de la Justicia Retributiva. Alejada, pues, de conceptos como el de culpabilidad, causalidad, pruebas, proporcionalidad o legalidad, su integración en la estructura procesal añadiría aspectos que hasta ahora el proceso penal entendía como irrelevantes, sin repercusión pública y privados. Su implementación determina necesariamente la consagración de un proceso penal nuevo y la previsión de unas reglas procedimentales ajustadas a la especialidad del mecanismo restaurativo que se utilice.

Con ello, el procedimiento restaurativo, cualquiera que sea el mecanismo en concreto, habrá de ser voluntario, gratuito, confidencial, flexible, bilateral y que atienda al principio de oficialidad (su derivación habrá de ser realizada por el Juez/Jueza, valorando el informe de los servicios de atención a las víctimas, oído el Ministerio Fiscal). La importancia y trascendencia de un mecanismo restaurativo integrado en el sistema procesal implica la necesidad de su regulación homogénea a nivel territorial y por ello, se presenta como insuficiente la regulación que sobre los servicios referidos a la Justicia Restaurativa realiza el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Un paso más decidido fue realizado con la previsión del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 que incluía una referencia expresa a la mediación penal y realizaba una remisión de sus principios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles que más adelante veremos..

Así, el acceso a los servicios de Justicia Restaurativa, como derecho de las víctimas conforme a la Ley 4/2015 y su Reglamento de desarrollo, ha de ofrecerse a las víctimas de violencia de género desde un primer momento. Podemos distinguir:

- El Servicio Telefónico de Atención y Protección a las víctimas de la violencia de género (ATENPRO)²⁸⁰ ha de informar sobre los mecanismos que ofrece la Justicia Restaurativa/Reparadora durante la tramitación del proceso penal. Informar sobre los requisitos de su participación, principios que guían su práctica, objetivos que se persiguen, aspectos procedimentales y repercusión jurídica. Esta información, y teniendo presente que en el año 2015, 58.284 llamadas fueron realizadas por la propia usuaria, 21.470 por familiares/personas allegadas y 2.047 por otras personas²⁸¹, podemos pensar que llegará a un número mayor de mujeres víctimas puesto que en ese mismo año, las denuncias presentadas directamente por mujeres víctimas de violencia de género fueron 3.935²⁸². Lo que parece indicar que se deciden por la llamada telefónica como mucha más prioridad que por la judicialización del delito.

- En sede policial. En el Anexo I del Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer²⁸³ se relatan las medidas policiales aparejadas a los

²⁸⁰ <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/Recursos/ATENPRO/home.htm>. Es significativo mencionar que en el año 2015 el número de mujeres usuarias de los Servicios de ATENPRO fueron 10.887. Menos de la mitad de las llamantes.

²⁸¹ Fuente: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>

²⁸² Fuente: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>

²⁸³ Instrucción 10/2007, modificada por la Instrucción nº 5/2008, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

distintos grados en que el programa informático valore el riesgo en atención a los *ítems* que hayan sido introducidos. Sin entrar a valorar la conveniencia de la mejora en el formulario, la especialización necesaria del agente de policía que procede a su desarrollo o los errores manifiestos que se han producido en atención a algunos casos, en los distintos niveles de riesgo las víctimas y los denunciados deberán ser informadas de los Servicios que le ofrecen las Oficinas de asistencia a las víctimas incluidos los mecanismos de Justicia Restaurativa/Reparadora.

- En sede judicial, en los Juzgados de guardia²⁸⁴, desde la presentación de la denuncia o atestado policial, se informará a las Oficinas de Atención a las Víctimas para la asistencia integral en su reparación. Incluirá la información acerca de la utilización de mecanismos restaurativos durante el desarrollo del proceso. Junto con la información, si existe la voluntad de la víctima y del victimario se procederá al inicio del proceso restaurativo de forma paralela y complementaria al curso del proceso penal.

Respecto a la mediación penal, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 realizaba en su artículo 144 una remisión a determinados preceptos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En concreto a los artículos:

6.1, la mediación es voluntaria.

6.3, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

7, Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores

8, Neutralidad

10.1, Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

10.3, Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

11, Condiciones para ejercer de mediador.

12, Calidad y autorregulación de la mediación.

²⁸⁴ En MARTINEZ GARCIA, Elena, GISBERT GRIFO, Susana; “*Género y Violencia*”; 1ª edición - Tirant lo Blanch; 2015 - 146 páginas. Pág. 24, Las autoras critican la falta de especialización en sede judicial. *Existen tres tipos de Juzgados sobre la Mujer:*

- *exclusivos, guarda diaria, incluso festivos y horario de tarde (hasta las 21h).*

- *exclusivos pero con atención únicamente en días laborables y horario de mañana. (El resto de asuntos los llevará el Juzgado de Instrucción de guardia que practica las diligencias y procede después a la inhibición al Juzgado de VsM).*

-*No exclusivos. “Compatibles”.*

- 13, Actuación del mediador.*
- 14, Responsabilidad de los mediadores.*
- 17, Información y sesiones informativas*
- 18, Pluralidad de mediadores.*
- 19, Sesión constitutiva.*
- 20, Duración del procedimiento.*
- 21, Desarrollo de las actuaciones de mediación.*
- 22, Terminación del procedimiento.*
- 23, El acuerdo de mediación.*
- 25 Formalización del título ejecutivo*
- 26 Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación.*

De todas ellas, la especialidad del procedimiento restaurativo aconseja mantener la referencia a la voluntariedad, no imposición de inicio ni del mantenimiento ni de un acto de reparación, garantizar la igualdad y garantías de las partes, el principio de flexibilidad (si bien se señalan algunas fases y duración), la buena fe, colaboración y respeto de las partes entre sí y respecto a la persona mediadora o facilitadora, la formación de la persona mediadora, condiciones para ejercer, actuación y responsabilidad (aspectos desarrollados por el Real Decreto 980/2013, que no obstante será matizado en el apartado siguiente), monitorización de la calidad del ejercicio, recepción judicial del acto reparatorio.

Requisitos para la participación

Para la participación en un procedimiento restaurativo, además de la voluntariedad habrá de exigirse:

- Capacidad y actitud del agresor.
- Buena fe y capacidad de asumir la responsabilidad, valorable por los distintos operadores, como son los miembros del tribunal que realizan la remisión, la persona mediadora, los equipos psicosociales, etc. En especial, por las Unidades de Valoración Integral, creadas en virtud de la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de competencia autonómica o estatal.
- Capacidad y actitud de la víctima.

- Adecuación del instrumento en sentido estricto.
- No reincidencia.
- Participación de las partes adecuada.
- Participación de terceros.
- Eficacia del instrumento en el conflicto²⁸⁵.
- Posibilidad de exclusión de determinadas víctimas y victimarios²⁸⁶.

Unos de los temas de debate más intensos en cuanto a la mediación penal se centra en la posibilidad de excluir la participación de victimarios reincidentes. En este sentido, tanto para casos de violencia de género como el resto de delitos, hemos de precisar si ha habido con anterioridad a la reincidencia un proceso restaurativo o no y sobre qué delito. En el caso de que exista reincidencia por la comisión de anteriores delitos de violencia de género, parece que hemos de atender a las particularidades de los momentos temporales en que se cometen los delitos y, en este sentido, no parece rechazable la derivación del caso a mediación (u otro método restaurativo). Sin embargo, si en el caso de ser un sujeto reincidente por violencia de género y en anteriores ocasiones participó en procesos restaurativos, no parece *prima facie* adecuado asignar de nuevo a un mecanismo restaurativo el caso. No obstante, como ya apuntamos, el principio de adecuación habrá de ser valorado de forma casuística.

Cada uno de estos aspectos serían analizados o bien en sede policial, o por las Unidades de Valoración Integral (éste será el criterio utilizado para la derivación en sede judicial) o en una situación muy inicial, por las oficinas de protección a las víctimas o asociaciones que tenga entre sus fines la asistencia, protección y defensa de las víctimas de violencia de género.

Criterios de derivación

²⁸⁵ SOLETO MUÑOZ, Helena; “La justicia restaurativa como (...) Op. Cit. Pág 58.

²⁸⁶ Señala ESQUINAS VALVERDE, Patricia., *Mediación entre víctima y agresor en...*, op. cit., p.88 la exclusión de determinadas víctimas y victimarios para la mediación penal que se realiza en el programa restaurador de Hamburgo: en el caso de victimarios que no hayan asumido su culpabilidad o presenten un síndrome de adicción a sustancias tóxicas. Referidos a las víctimas, se dividen en dos perfiles para los que se entiende que la mediación solo sería posible como mecanismo complementario y de acompañamiento al judicial, mujeres con largo historial de maltrato, y mujeres con una postura ambivalente respecto a sus agresores y con fuertes vínculos de dependencia emocional.

En cuanto a los criterios de derivación, en primer lugar habría que decir que mejor que “derivación” habríamos de hablar de “asignación complementaria” para subrayar que el asunto no es desjudicializado total o parcialmente sino que el proceso penal discurrirá de forma paralela a la práctica restaurativa. La dificultad estribará en coordinar los tiempos procesales a los restaurativos.

El artículo 15 de la Ley 4/2015 recoge los requisitos para el acceso a estos servicios que *el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; el infractor haya prestado su consentimiento; 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;*

Junto con estos requisitos mínimos y generales, habrían de ser reseñados otros específicos en casos de violencia de género. En particular y el más relevante de estos requisitos serán las características de la víctima en concreto y del victimario tal y como apuntábamos en el apartado anterior. En el caso de que existan hijos/as menores de edad, será analizada la posible repercusión del proceso penal y del proceso restaurativo valorando especialmente la oportunidad (pertinencia o conveniencia) de su participación. De igual forma, la valoración del riesgo, la habitualidad de la ejecución de las acciones típicas, los bienes jurídicos afectados en cada caso, serán elementos esenciales a la hora de decidir la asignación del caso de forma complementaria a los servicios restaurativos. Este principio de adecuación exige profesionales especializados y especialistas en la materia. En cualquier caso, presenta una dificultad extrema valorar la posibilidad de negación de asignación complementaria de un caso en atención a características generales como la gravedad de la violencia, la habitualidad,... pues se opondría al principio de adecuación que venimos defendiendo.

En cuanto a la persona facilitadora

Cada uno de los procesos restaurativos ha de ser dirigido, gestionado, controlado y desarrollado por una persona mediadora o facilitadora. Su papel es trascendental para la consecución de los objetivos restaurativos/reparadores. Por ello, es indispensable abor-

dar la regulación de la profesión de mediador/a o facilitador/a. Una vez tomada conciencia de la necesidad de implementar la mediación penal y el resto de mecanismos restaurativos en el proceso penal español, el peso del proceso recae en aquella persona profesional (o el equipo) que deba dirigir, guiar, y ayudar a las partes en el mecanismo restaurativo adecuado al efecto. La regulación de la formación mínima de mediadoras/es en el ámbito civil y mercantil es realizada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁸⁷. No supuso una profesionalización del oficio de mediador/a por cuanto la carga mínima formativa, así como la formación continua, se basaba en acuerdos de mínimos a la par que el hecho de tratarse de disposiciones normativas no acompañadas de una planificación económica, el ejercicio de la profesión de mediador/a se suele dejar a la libre disposición de la Institución de Mediación que en concreto se constituya.

Sería muy conveniente abordar con mayor profundidad este aspecto pero por motivos de espacio podríamos preguntarnos si es suficiente con la situación actual donde las personas interesadas en ser mediadoras han de contar con formación específica en mediación (normalmente a través de un Máster de especialización) además de contar con una formación básica normalmente en Derecho, Psicología, Trabajo Social, Pedagogía,... O, si por el contrario, habríamos de indicar la conveniencia de, o bien, establecer grados universitarios específicos de mediación, o convocar concursos u oposiciones para cubrir las plazas de personas mediadoras en sede judicial que integren las oficinas de atención a las víctimas cuya regulación, organización, dirección y control no es homogénea en España al ser competencia tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas que hayan asumido esta competencia.

Asimismo, consideramos que deben ser matizadas las obligaciones de imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora/facilitadora en el ámbito de la Justicia Restaurativa. El reconocimiento de la desigualdad moral generada por el delito aconseja mantener una postura más cercana a la propuesta de Gustafson en cuanto a una parcialidad equilibrada que suponga el empoderamiento de las víctimas al modo que recogimos en apartados anteriores en relación al fortalecimiento.

²⁸⁷ «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105296 a 105311 (16 págs.).

En cuanto al entorno físico

Recogiendo las preocupaciones y reticencias que presentaba la Justicia Restaurativa en casos de violencia de género, el espacio físico y el canal de comunicación cobran una especial importancia. La gravedad, características, habitualidad y alcance de la violencia determinará tanto la asignación complementaria del caso al equipo de Justicia Restaurativa, como el mecanismo restaurativo, el espacio físico y canal de comunicación. Así, en los casos valorados por la primera asistencia a las víctimas en sede policial como de nivel de riesgo medio, alto y extremo, no aconsejarán en ningún momento la utilización de una comunicación directa y un mecanismo síncrono de comunicación. Asimismo, si las víctimas manifiestan su deseo de no compartir espacio físico con su agresor y/o mantener una conversación directa con él, se le ofrecerá la posibilidad de sesiones individuales en las que participaran víctima y victimario por separado. El principio de flexibilidad será de especial consideración incluyendo en estas sesiones individuales a aquellas personas que las víctimas deseen que participen en aras de su reparación y sean admitidas por la persona mediadora o facilitadora (que podrá negar esta participación si la estima perjudicial, nociva, negativa o no procedente para la víctima, el victimario o el proceso). Consideramos que han de ser incluidas, por tanto, las referencias al uso de medios electrónicos para la comunicación ya se trate de sesiones individuales o conjuntas. Los medios electrónicos aportan beneficios indiscutibles como la superación de obstáculos físicos, el mantenimiento de un espacio físico seguro, la generación de la necesidad de respetar el turno de palabra y de no ofrecer respuestas inmediatas favoreciendo el uso del tiempo en el desarrollo de opciones, y la creación de la sensación de escucha y comprensión. También comporta efectos negativos como la no apreciación del lenguaje no verbal o la ausencia de los beneficios que aporta la cercanía en situaciones emocionales intensas. Todo ello habrá de ser valorado por la persona mediadora o facilitadora.

Integración en el proceso penal

En cuanto a su integración en el Derecho penal y procesal penal, en páginas anteriores defendimos la relación de complementariedad que entendemos debe existir entre el sistema judicial y los mecanismos restaurativos en casos de violencia de género. Hay quie-

nes entienden que la Justicia Restaurativa en esencia supone una alternativa a la solución judicial. Sin embargo, partimos de una situación similar a la alternatividad en los casos de violencia de género donde, con anterioridad a modificaciones de los años 1989 y 1999 en los respectivos Código Penales vigentes en cada momento, la denuncia de este delito era dejada en manos de aquellas víctimas que quisieran recabar su protección y tutela de sus derechos. La tipificación del delito, su naturaleza pública y la consagración de las distintas medidas de protección, provocaron un giro copernicano jurídico en el tratamiento de este delito que ha tenido diversos efectos como ya expusimos en las páginas que preceden este apartado.

En este contexto, se plantea la necesidad de analizar cómo la integración de mecanismos restaurativos en casos de violencia de género afectaría a principios clásicos del sistema penal y procesal, así como a las garantías procesales.

Apunta LODE que *“Las garantías legales contenidas en el sistema de justicia penal tradicional no pueden ser simplemente trasplantadas. La justicia restaurativa reclama tener sus bases en una concepción de sociedad diferente y ofrecer un nuevo paradigma de justicia... El debido proceso, el derecho a defensa, culpabilidad y responsabilidad, proporcionalidad y otros principios siguen teniendo validez, pero su contenido debe ser revisado críticamente en el contexto de la justicia restaurativa, posiblemente reformulados, rechazados o reemplazados”*²⁸⁸. Por todo ello, como ya hemos apuntado, derechos y garantías del imputado como la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, la asistencia letrada o el derecho a un tribunal imparcial no quedarán afectados por los procesos restaurativos dado que la esencia y finalidades de los mismos distan de los objetivos perseguidos por la justicia penal tradicional. Ello no obstante, sigue siendo vigente y reconocida su inatacabilidad y la necesidad de su protección.

Así, entendemos aplicable el Protocolo de Mediación Penal del CGPJ²⁸⁹ para las mediaciones y demás recursos restaurativos para casos de violencia de género.

²⁸⁸ Referencia en BALLESTEROS, Alejandra Mera; *“Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”*; REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - N° 2; págs. 165 – 195, Pág. 168.

²⁸⁹ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

En cuanto a la finalidad (cuestiones familiares/cuestión penal/ reparación reeducación)

Durante el proceso restaurativo será configurada una agenda temática confeccionada por las partes principalmente. Estará vinculada al delito y sus efectos y esto supondrá la necesidad de hablar sobre cuestiones penales (acciones típicas, agravantes, atenuantes,...), sobre cuestiones civiles (divorcio, separación, pensión compensatoria, pensión de alimentos, régimen de visitas, responsabilidad civil,...) así como la cuestión constitucional de la reinserción y reeducación. Recordamos la indisponibilidad del objeto penal por parte de las partes, la irrelevancia penal del perdón de la víctima de violencia de género, o la no disponibilidad del cumplimiento de penas o medidas de seguridad por parte de las víctimas (especial alcance en el delito de quebrantamiento del artículo 468 CP). El acto reparatorio habrá de ser valorado por el juez/a y desplegará los efectos legales previstos por la LECRim y CP (como la aplicación de la atenuante de arrepentimiento –dependiendo de la fase procesal-, la imposición de condiciones para la suspensión de la pena, el contenido de las medidas de libertad vigilada,...).

Papel de la abogacía

En cuanto al papel de la abogacía, la asistencia letrada es un derecho indispensable para las víctimas y los victimarios. Las partes habrán de estar debidamente informadas sobre sus derechos y los recursos que el sistema jurídico les ofrece y garantiza. Solo de esta forma pueden consentir de forma libre e informada (y por tanto, de forma válida) participar en un proceso restaurativo. Ello, no obstante, la concepción de la Justicia Restaurativa o Reparadora como el escenario para dar voz a las víctimas en su reparación supone aconsejar que sean ellas mismas quienes expresen sus necesidades, manifiesten sus emociones, presenten las opciones sobre su reparación, realice las preguntas que estime convenientes y dote de un determinado alcance reparatorio la resolución judicial del delito del que ha sido víctima.

Por su parte, la asistencia letrada al victimario es un derecho constitucional indisponible. El victimario gozará de asistencia letrada durante el proceso restaurativo para el respeto y protección de sus derechos, el cumplimiento de las garantías del proceso restaurativo insertado dentro del proceso penal. Esta asistencia no implica representación y

por tanto, el victimario habrá de participar personalmente en el proceso restaurativo en busca del reconocimiento del daño que el delito por él cometido ha provocado en la víctima, su alcance y gravedad, y su concienciación sobre la ilicitud de sus acciones. En definitiva, estimular la motivación que el Derecho Penal pretende causar con la tipificación de determinadas acciones y omisiones y su asignación de penas.

Compartimos con BRAITHWAITE que *“en ninguna jurisdicción parece ser apropiado que los ofensores tengan el derecho a que los represente un abogado durante un proceso de justicia restaurativa. Parte de la idea de la justicia restaurativa es trascender el legalismo adversarial y alentar a los interesados a hablar por sí mismos en vez de hacerlo a través de un portavoz que pueda tener interés en polarizar el conflicto... Esto no significa que deba prohibirse la intervención de abogados bajo cualquier circunstancia... donde los abogados firman un acuerdo de colaboración y sean especialmente entrenados en valores y técnicas de colaboración, podría haber un especial interés en escuchar sus apreciaciones”*²⁹⁰.

Los principios del Derecho Colaborativo podrían ser traídos a colación extendiendo su práctica más allá del ámbito civil, familiar o mercantil. Así, podríamos apuntar la necesidad de que las partes se encuentren informadas sobre sus derechos, alternativas, opciones, y recursos que el Derecho pone a su disposición. Solo contando con un consentimiento libre e informado podremos iniciar un proceso restaurativo. Esta información podrá provenir de profesionales de la abogacía como así recoge la Declaración de 2002 sobre Principios básicos²⁹¹.

2. Garantías básicas

Seguridad física

En cuanto a las precauciones particulares en casos de violencia de género, siguiendo a ESQUINAS²⁹², deberá prestarse especial atención al fortalecimiento²⁹³ de las mujeres

²⁹⁰ Referencia en BALLESTEROS, Alejandra Mera; *“Justicia restaurativa y proceso (...)”* Op. Cit. Pág. 193.

²⁹¹ *la víctima y el ofensor deberían contar con una asesoría legal en lo referido a su participación en un programa restaurativo. Así, antes de acceder a participar en uno de estos procesos, las partes deben estar plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las consecuencias que pueden acarrear sus decisiones.* Párrafo 13. Op. Cit. Pág. 193

²⁹² ESQUINAS VALVERDE, Patricia.; *“Mediación entre víctima y agresor en (...)”*, op. cit., p. 85 y ss.

²⁹³ Entendiendo por fortalecimiento *la utilización, el impulso, el desarrollo y reconversión de determinados recursos personales (también económicos y jurídicos) de un individuo, a fin de capacitarles con vistas a concederle poder.* Con el fortalecimiento previo, proseguiría el empoderamiento entendido como *movilización de una capacidad de actuación política, de una capacidad de transformar y producir cambios en el entorno social.* Op. Cit. Pág. 89

víctimas de violencia de género. El equilibrio de las partes en los mecanismos restaurativos es esencial aún en los supuestos en que no tengan lugar encuentros cara a cara. Ésta es, precisamente, una de las ventajas de la integración de mecanismos restaurativos dado que al incorporar garantías de base psicológica y social cubren una de las necesidades no satisfechas, y peor aún, intensificadas, por el sistema judicial: la desigualdad moral de las partes. De hecho, *en el sistema ATA austriaco se ha abandonado la antigua exigencia estricta de neutralidad en favor de un intento de combinar la defensa de todos los intervinientes con la protección y afianzamiento del más débil*²⁹⁴. Asimismo, en este equilibrio entre víctima y victimario se ha de asegurar las garantías procesales de este último. Señala ESQUINAS que en este aspecto la justicia tradicional ha conseguido equilibrar esta contraposición de intereses.²⁹⁵

Integridad psicológica

Como ya pusimos de manifiesto, para alcanzar esta igualdad entre las partes y el estado psicológico adecuado, habrá ocasiones en los que será necesaria una valoración psicológica de las personas implicadas para analizar la adecuación del mecanismo restaurativo en estos casos. Lo que, por otro, lado, es una exigencia que ha de predicarse sea cual sea la materia a mediar.

Respeto derechos y garantías del victimario

Señalamos en apartados anteriores la improcedencia de exigir los principios que rigen el Derecho procesal penal a los procesos restaurativos. Ello no obstante, y entendiendo los procesos restaurativos como complementarios y voluntarios, el consentimiento del victimario para participar en ellos será *conditio sine qua non* y esencial para su permanencia en el proceso restaurativo. Su derecho a ser oído, a participar en igualdad de condiciones (turno de palabra, respeto y deferencia a las personas participantes, buena fe, colaboración,...), a revocar su consentimiento de participación, proponer opciones reparatoras, a un acto reparatorio proporcional, a dirigir el proceso restaurativo a la finalidad reparatora y de reinserción social, serán los ejes vertebradores de su intervención restaurativa y del proceso en general.

²⁹⁴ Op. Cit. Pág. 87

²⁹⁵ Op. Cit. Pág. 92.

3. Procedimientos

De entre los distintos procedimientos restaurativos las particularidades de cada uno aconsejan su utilización dependiendo de factores como las características de las víctimas y de los victimarios, de las personas que les rodean, la gravedad de los hechos, del alcance y efectos del delito, la existencia de menores, la situación geográfica, la posibilidad de desplazamiento, y, en definitiva, el mecanismo que la persona facilitadora/mediadora considere más óptimo para los objetivos perseguidos. Con ello podemos pensar que el **Procedimiento especial de estilo mediatorio indirecto** es el más adecuado para el tratamiento de los temas no penales como los relativos al divorcio, convenio regulador, pensión compensatoria, régimen de visitas, pensión de alimentos,...y de más extremos de naturaleza civil que sean introducidos por las partes. Así como en materia penal en los casos cuya valoración del riesgo sea *no apreciado* o *bajo*.

Por su parte, los **círculos restaurativos**, recordamos la opinión de DOMINGO²⁹⁶, *Precisamente lo bueno que tiene otras herramientas como los círculos es que el reproche del delito no solo viene de la víctima (como en la mediación penal) sino que los allegados de ambos van a estar presentes y el infractor verá que su conducta es desaprobada por la comunidad en general pero también que si quiere cambiar va a tener una oportunidad, haciendo lo posible para compensar o mitigar el daño*. Esta característica hace que los círculos en los que intervienen familiares de las víctimas y del victimario se presente como uno de los mecanismos que mayor repercusión reparadora podrá ofrecer a las víctimas. Ello no obstante, habrá de valorarse la participación de estas personas familiares y allegadas a las víctimas dado que en ocasiones, precisamente es la red de contactos más cercana a las víctimas la que no reconoce el delito, lo minimiza o en el peor de los casos lo justifica. Con lo que puede ser un instrumento de efectos muy positivos pero a su vez, convertirse en una nueva victimización para la víctima.

Por otro lado, consideramos de sumo interés las prácticas de **dinámicas restaurativas indirectas** con mayor incidencia respecto a la reparación y a la reeducación. Recordamos el punto 23 del Informe del Grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa al que hemos hecho referencia, *Si bien se consideraba conveniente que tanto el delincuente como la víctima participaran en los procesos restaurativos, había casos en que podían*

²⁹⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia; *Mediación no es Justicia Restaurativa*; en lawyerpress; 23 de OCTUBRE de 2015 en lawyerpress. http://www.lawyerpress.com/news/2015_10/2310_15_018.html

aplicarse a una de las partes prácticas asimétricas basadas en enfoques restaurativos si la otra parte no estaba disponible o no tenía deseos de participar. En ese contexto se examinó la utilización de delincuentes y víctimas “sustitutos”. Por ejemplo, podía autorizarse a delincuentes a que mantuvieran encuentros con integrantes de la comunidad en lugar de con víctimas identificadas y concretas. En los casos en que nunca se capturaba al delincuente, la utilización de delincuentes sustitutos u otras medidas restaurativas podía ser importante como forma de responder al daño sufrido por las víctimas. En todos los casos, se consideraba esencial que quienes²⁹⁷.

Este escenario donde las personas implicadas como víctima y como victimario en el delito se reúnen con otras personas que se subrogan en la posición de víctima o victimario (dependiendo de su papel en el delito) es también propuesta por ZEBALLOS²⁹⁸. El autor recupera la opinión de TAMARIT²⁹⁹ y expresa que *víctima no significa lo mismo en el ámbito de la victimología que en el del ámbito la dogmática jurídico-penal. En la doctrina penal se identifica a la víctima con el sujeto pasivo del delito, es decir, con el titular del bien jurídico protegido. Apunta TAMARIT que ello implica la extensión del concepto más allá de la persona física, lo cual escapa ya del ámbito en el que habitualmente se desenvuelve la victimología y nos adentra en los denominados “delitos sin víctima”*. Aunque el autor se refiere a aquellos delitos en los que no existen víctimas directas (como en los delitos contra la salud pública), sin embargo, podríamos apreciar la posibilidad de aplicar este sistema de subrogación en aquellos delitos en los que la víctima no quiera participar en el proceso restaurativo mientras que el victimario sí decida voluntariamente mantener un diálogo restaurativo con otras víctimas del mismo delito que él ha cometido³⁰⁰. O incluso, y aunque se intenta evitar una nueva victimización provocada por la aceptación de la víctima del delito y la negativa del victimario para participar en un proceso restaurativo, en estos casos, la reunión de la víctima de violencia de género con un victimario distinto a su ofensor podría determinar unos efectos

²⁹⁷ Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11º período de sesiones. Viena, 16 a 25 de abril de 2002. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Anexo “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” E/CN.15/2002/5/Add.1, Pág. 7.

²⁹⁸ ZEBALLOS MAUDO, Iker; “La incorporación de la llamada víctima subrogatoria al procedimiento de mediación” en MORENO CATENA, Víctor (Dir.); *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia; 2015, Pág. 803 a 810

²⁹⁹ Op. Cit. Pág. 303.

³⁰⁰ Al estilo de los encuentros restaurativos en el marco de la denominada vía de Nanclares. VID. PAS-CUAL, Esther; “*Los ojos del otro*”; Editorial: SAL TERRAE ; 2013; 324 págs.

reparadores en las víctimas innegables producto, entre otras consideraciones, de la rebaja de tensión, miedo, o coacción que le pueda provocar su propio victimario.

4. Efectos

La simultaneidad del proceso restaurativo y del proceso penal supone que los efectos del “Plan de reparación” se ajusten a la regulación que la LECRim y CP realiza respecto a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad (artículo 21 CP), el instituto de la conformidad³⁰¹, el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves (artículo 962 y siguientes LECRim), como regla de conducta del artículo 83 CP, la imposición de condiciones para la suspensión de la ejecución de la pena de conformidad con el artículo 84.1 CP, o como contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* del artículo 110 CP, así como los efectos en fase de ejecución de la pena que se atribuya a los efectos transformadores que genere el tratamiento penitenciario en la fase de ejecución de la condena como *beneficios penitenciarios* (libertad condicional o indulto particular –artículo 202 RP) y de más consecuencias de acuerdo al Derecho Penitenciario como recompensas conforme al artículo 263 RP.

A este respecto resulta de gran ayuda la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial elaborada por el Consejo General del Poder Judicial en 2010. Aunque referida solo a la mediación penal, puede servirnos de modelo a seguir respecto al resto de mecanismos restaurativos.

³⁰¹ La conformidad ordinaria del artículo 655 LECRim, la conformidad privilegiada o premial regulada en el artículo 801 LECRim (enjuiciamiento rápido de determinados delitos) y la conformidad con los hechos en el procedimiento abreviado del art. 779.1.5ª LECRim.

REFLEXIONES FINALES

Desde el primer apartado hemos señalado la consideración de la violencia de género como un fenómeno³⁰² social multidimensional, interdisciplinar y transversal cuya complejidad recoge el Ordenamiento Jurídico.

Esta consideración conlleva dos consecuencias aparentemente compatibles pero que guardan una profunda incompatibilidad entre sí: al tratarse de un fenómeno complejo, se necesita una formación especializada para su análisis, gestión, prevención, erradicación y tratamiento de personas implicadas. Al tratarse de un fenómeno complejo cada caso ha de ser estudiado de forma minuciosa atendiendo a las características personales y fácticas que presente el delito en concreto.

Aparentemente se trata de dos cuestiones que se interrelacionan y complementan entre sí: una persona profesional especialista en violencia de género analiza el caso en cuestión en todas sus particularidades y características propias. Sin embargo, he aquí la principal dificultad en materia de violencia de género: que un caso sea valorado como violencia de género.

En las ciencias en general, y en las sociales y jurídicas con mayor ímpetu, recae uno de los males que afecta a cualquier teoría por muy neutral que pretenda ser: la subjetividad. Con esta apreciación no pretendo iniciar, ni profundizar, sobre la existencia o no de una realidad extrasubjetiva, ni sobre la posibilidad de su aprehensión y comprensión, ni sobre la vinculación e influencia de la persona investigadora sobre el objeto investigado. Si bien, la adopción de un enfoque ontológico y epistemológico interpretativo nos presenta las ventajas de la aceptación de la íntima vinculación entre lo objetivo y lo subjetivo focalizando la consideración de los seres humanos como *agentes significativos*, cuya volición y subjetividad ha de ser señalada como principio de acción³⁰³.

En violencia de género conocemos lo perverso de este mal. Aquellas opiniones sobre si una víctima entraba dentro o no del pretendido perfil de víctima de género o la gravedad de la dificultad de la valoración del riesgo en sede policial³⁰⁴ o la cantidad de expresio-

³⁰² Al emplear el término “fenómeno” sería considerado en su acepción kantiana de “experiencia sensible” sin obviar un ápice su carácter deleznable, injusto, abominable en cualquiera de sus múltiples consideraciones.

³⁰³ DELLA PORTA, Donatella; Keating, Michael; “Cap. II ¿Cuántos enfoques(...). Op. Cit; Pág. 37.

³⁰⁴ El nuevo Protocolo merecería una consideración que no podemos realizar por cuestión de espacio.

nes, acciones que han sido clasificadas como de violencia de género en algunas ocasiones y en otras no³⁰⁵.

El ideal de que se deriven los asuntos cuyas características se adecúen los principios y requisitos de la Justicia Restaurativa sería el escenario jurídico perfecto. Este ideal de la adecuación lo sintetiza CASTILLEJO entendiendo que *“La derivación a mediación no debe responder exclusivamente a criterios objetivos que atiendan de forma única a los tipos penales, sino que se debe tomar en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Tengamos en cuenta que la gravedad del hecho según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente, de forma tal que no tienen por qué estar todos los delitos graves excluidos, ni deben incluirse todas las faltas porque no todas son idóneas para el proceso de mediación”*³⁰⁶.

Sin embargo, el legislador español ha preferido la generalización y abstracción de la disposición prohibitiva de la mediación en el delito de violencia de género. Y es una decisión del todo comprensible atendiendo a la opción político criminal con la que regula la violencia de género. Ya que, tal y como apuntábamos al principio, el propio concepto de violencia de género ha sido objetivado en la descripción de un único escenario objetivo posible: relación heterosexual en la que el varón comete un hecho típico sobre su esposa o novia, aún sin convivencia, sin exigir un elemento especial del injusto, dado que es sobre la propia configuración de la relación sentimental heterosexual en nuestra sociedad por los roles y estereotipos asociados al hombre y a la mujer en ella, la que actúa como elemento del tipo.

Si no hay valoración acerca de si una determinada agresión de un esposo sobre su esposa es motivada por razones de sexo o género, tampoco habrá valoración acerca de si para la reparación de la víctima mediante un proceso restaurativo complementario al judicial sería beneficioso. Y subrayamos a las víctimas porque como ya apuntamos, la configuración penal de la atenuante por reparación, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la imposición como condiciones de la libertad vigilada de asistencia a

³⁰⁵ Fue famosa la Sentencia Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3ª, Sentencia de 17 de Junio de 2011 en la que se declaraba que llamar “zorra” a la esposa no tenía un carácter de desprecio porque se refería a las cualidades del animal zorra como destreza.

³⁰⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., «El nuevo proceso penal...», op. cit., p. 87.

cursos, programas formativos y talleres o el instituto de la conformidad, hacen que fines de la Justicia Restaurativa ya tengan presencia en la legislación española en cuanto al victimario. Con lo que parece que son las víctimas de violencia de género las principales damnificadas por esta regulación por tres principales motivos:

1º. Porque con la regulación actual la violencia de género no ha sido por supuesto ni erradicada (se entiende que este fin es harto difícil), ni detectada, ni prevenida, ni ha supuesto la disminución de sus víctimas. Ello no obstante, los datos referidos a la asistencia integral a las víctimas (económica, habitacional, jurídica, escolar, laboral,...), denuncias en sede policial y judicial, las llamadas al teléfono 016, la coordinación entre autoridades, el establecimiento de protocolos de actuación en los diferentes escenarios donde se hacen precisa su establecimiento, etc ha de ser un dato alentador que debemos tener presente como mínimo desde el que partir. Hemos de considerar oportuna la defensa de la LO 1/2004 por su pertinencia, sus finalidades, los principios que la guían, su inserción histórico-jurídica, y la voluntad del legislador del momento en no solo poner sobre la mesa una de las mayores vulneraciones de los Derechos fundamentales sino por el propósito de establecer dentro de una regulación de naturaleza mixta (hard law y soft law) y firme propósito de constituir mínimos desde los que entablar un debate jurídico y social.

2º Porque la voluntad de las víctimas es desde el primer momento irrelevante. Esta irrelevancia tiene su origen en el propio delito que supone la progresiva alienación de las víctimas. Pero el sistema procesal no puede continuar esta misma línea de desconsideración y quizás, necesitamos revisar los principios sobre autonomía y libertad en un contexto de coerción puesto que la mejor de las intenciones en el terreno penal y procesal (como es poner fin a la violencia y proteger a las víctimas) se puede volver perversa procesalmente cuando no cuentas con ellas para su reparación.

3º. Porque la objetivación de la violencia de género trata a todas las víctimas con un perfil homogéneo. Esta homogeneidad se presenta de gran utilidad para el establecimiento de una regulación que cumpla con los principios de abstracción y generalidad, así como para el establecimiento de protocolos y guías de actuación pero se torna una paradoja cuando *de facto* hay situaciones victimales que no se ajustan a estas líneas generales.

A todo ello, hemos de apuntar que el bajo número de denuncias de violencia de género (sobre todo en los casos de mayor gravedad como hemos apuntado anteriormente y en los de menor entidad que aun constituyendo prácticas asociadas a la asunción de roles y estereotipos, o no suelen ser vistas como rechazables o son toleradas) puede indicarnos que las víctimas puede o bien, tener miedo, o sentir vergüenza, o no reconocerse como víctimas, o no sentirse respaldadas por la familia, la sociedad o el sistema policial y jurídico, o pueden no querer el castigo a sus agresores. Este último motivo es el que se nos presenta como de mayor importancia a los efectos que nos interesan. Si tomamos en cuenta la opinión de una víctima que entiende desproporcionada la respuesta penal a su victimización podríamos correr el riesgo de dejar en manos privadas decisiones de política criminal que le corresponden al Estado de forma exclusiva y excluyente. Esta será una aproximación peligrosa al Derecho Penal. Lo que, sin embargo, nos debe mover son las causas de esta opinión. Hay quienes pueden atribuir a las víctimas de violencia de género un cuadro psicológico de total coacción, sometimiento y control por su pareja lo que hace que tome decisiones que le perjudican pensando que con ellas evitan otras de mayor lesividad. Sin restarle ni importancia ni veracidad a esta afirmación puesto que negaríamos la base y el sustrato de toda violencia de género, sí pensamos, no obstante, que la individualización de la víctima y del agresor ha de guiar todo acercamiento a la violencia de género. Por supuesto que comparten características generales que permiten su conceptualización como violencia de género. Sin embargo, dada la complejidad del ciclo conflictual, los distintos tipos de violencia, las distintas respuestas ante un mismo hecho, los aspectos psicológicos, los procesos de socialización, los contextos familiares,... todo ello aconseja un uso del plural (las víctimas de violencia de género, los agresores) que indique la ausencia de perfiles (que en ocasiones sirven como elemento más de distorsión que de comprensión) y presente la necesidad de adecuar la respuesta jurídica a las características fácticas y personales (dentro de los términos legales y de la abstracción y generalidad de toda norma).

En otro plano, hay quienes entienden que la no judicialización del delito por parte de la víctima deriva del hecho de que el legislador español ha impuesto una suerte de “penalización” de todas las conductas relacionadas con la violencia de género. Entienden que puede suponer una extensión injustificada del principio de mínima intervención y última ratio del Derecho Penal. Y en este sentido afirman que *se ha observado por distintos*

operadores jurídicos que en muchas ocasiones las mujeres víctimas de violencia machista «han llegado al Juzgado a decir que sólo querían asustarle para que escarmen-tara, otras que no quieren declarar ante el juez porque quieren retirar la denuncia », «al venir a firmar ante el juzgado muchas veces el autor viene acompañado de su pare-ja... muchas de las veces la víctima acompañante se encara con los funcionarios por el malestar que les ocasiona la presentación de su pareja ante el Juzgado... o quienes vie-nen a suplicar ante el Secretario Judicial que se retire la prohibición de alejamiento de su pareja, (...)»³⁰⁷.

En este contexto hay quienes mantienen que la respuesta ante ciertas formas de violen-cia de género habría de ser competencia del orden civil³⁰⁸. Esta modificación en el or-den jurisdiccional supondría la no necesidad de regular la mediación en violencia de género para quienes entienden que solo podría mediar en situaciones de carácter leve (que serían las despenalizadas) o, meramente, la regulación de esta mediación por me-dio de la Ley 5/2012 y ya gozar de regulación. En cualquiera de estos casos, como ya mantuvimos en páginas anteriores, debemos tener presente que en el orden penal pue-den ser impuestas penas como la de trabajos en beneficio de la comunidad³⁰⁹, así como derivado del artículo 110 CP en cuanto a la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*³¹⁰ es posible imponer *obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones persona-les y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa* de conformidad con el artículo 112 CP. Lo que nos lleva a pensar que despenalizar ciertas conductas de violencia de género supondría aten-der únicamente a esta faceta civil referida a la reparación del daño (del todo necesaria) olvidando la necesidad de que la acción del sujeto activo sea perseguida por el desvalor de acción que se le atribuye, así como asegurar la defensa de los Derechos fundamenta-les y el mantenimiento de la vigencia del Ordenamiento Jurídico. Una opción político

³⁰⁷ VENTAS SASTRE, Rosa; “Principio de oportunidad y (...)”; Op. Cit.. Pág. 100

³⁰⁸ VID. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGA-DO Cristina; “*Mediación en violencia de género*”; Revista de Mediación. Año 4. Nº 7. Mayo 2011.

³⁰⁹ Una pena privativa de derechos (artículo 39 CP) que obliga al penado a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública (talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual,...) sin exceder de 8 horas diarias. Conforme la Memoria 2015 Fiscalía General del Estado: Fiscal de Sala Coordinadora contra la Violencia sobre la Mujer, en el 54,48 % de las sentencias condenatorias ejecutadas en casos de violencia de género se impusieron la pena de trabajos en beneficios de la comunidad. Pág.373. Disponible en <http://observatorioviolencia.org/estadisticas/>

³¹⁰ Que incluye 1. ° La restitución. 2. ° La reparación del daño. 3. ° La indemnización de perjuicios mate-riales y morales.

criminal que compartimos puesto que como problema educacional³¹¹ vulnera bienes jurídicos tutelables penalmente (principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos) frente a modalidades de ataque más peligrosas para ellos (principio del carácter fragmentario del Derecho penal) al insertarse en el ámbito de la pareja rompiendo la confianza, solidaridad, paz conyugal y amor que debe presidir dicho espacio, ser el sujeto activo con quien se ha de crear ese espacio de confianza, amor, solidaridad y paz, ser acciones/omisiones perpetradas en espacios privados donde resulte difícil recabar auxilio y probar los hechos y ser conductas insertadas en una práctica arcaica de desconsideración de las mujeres por razón de su sexo y las características, roles y papeles sociales asignados por razón de género, preeminencia de los intereses y derechos de los hombres y, con ello, la sexualización masculina de cada institución, aparatos de representación, decisión y gobierno.

De esta forma, hemos de subrayar que las reformas que actualmente está experimentando el Derecho Penal flexibilizan principios clásicos como el de legalidad (con la incorporación del principio de oportunidad para el Enjuiciamiento de los Delitos leves tras la reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, o para el instituto de la conformidad, o en caso de suspensión de la ejecución de la pena o incluso con la atenuante de reparación), el principio de intervención mínima, toda vez que el Derecho penal ha ido asumiendo un papel resocializador y reeducador, ha ido diluyéndose abarcando aspectos que se asemejan más a consideraciones educativas, o incluso conductas morales (exigir arrepentimiento, los efectos del perdón, reparar, delatar, ...) que a las antiguas disposiciones meramente retributivas que aconsejaban la imposición del Derecho Penal en último lugar. Además, *la declaración oficial de la comisión del delito, su atribución al autor y la imposición de una pena constituye, por sí sola, una forma de reparación de las víctimas, que al tiempo cumple una función preventiva para la sociedad, puesto que ofrece seguridad jurídica y contribuye a restablecer la vigencia de la norma*³¹². Siguiendo a este autor, *un sector de la doctrina penal entiende que el proceso penal, por sí solo,*

³¹¹ “Abrid escuelas y se cerrarán cárceles” Concepción Arenal.

En las relaciones de pareja situaciones de flagrantes vulneraciones de derechos y libertades están cubiertas por la consideración cultural de lo que es el amor. Este hecho hasta hace pocos años se ha considerado un elemento atenuante –un estado pasional- o una causa de justificación –consentimiento del ofendido-.

³¹² LÓPEZ ORTEGA, Juan José; “La reparación del daño basada en el consenso en la propuesta para la reforma del proceso penal”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs.487-500, Pág. 496.

puede ser la reacción adecuada según los principios de necesidad y merecimiento de pena. Se dice que en determinados casos para restaurar la paz jurídica perturbada basta con reaccionar contra la persona a quien se atribuye la comisión del delito, imponiéndole una condición (reparación) que cumple la misma finalidad legitimadora de la pena y, por ende, constituye la reacción adecuada frente al delito. Este es el sentido de la regulación contenida en el § 153 StPO alemán y en el art. 281 CPP portugués, preceptos que sólo encuentran sentido si se parte de que la amenaza de iniciación del proceso o la existencia del mismo constituyen la reacción adecuada frente a una conducta que en principio se haría merecedora de la imposición de una pena, pero que la reparación la convierte en innecesaria³¹³.

Por todo ello, consideramos que ha de suprimirse la prohibición de la mediación en casos de violencia de género contenida en el artículo 87ter5 de la LOPJ. El desarrollo reglamentario del acceso a servicios de justicia restaurativa por medio del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, previstas en el artículo 15 de la Ley 4/2015, habría de ser interpretado de forma extensiva incluyendo a las víctimas de violencia de género en iguales términos y alcance que el resto de víctimas en el desarrollo de los derechos previstos en el articulado de esta Ley y del resto del Ordenamiento Jurídico.

Ello no obstante, compartimos con SOLETO que existe una tendencia a la hiperregulación *habitual en los sistemas continentales, mucho más tendentes a la superregulación de las instituciones con relevancia jurídica. Por el contrario, los sistemas anglosajones asumen la variabilidad y no regulación cerrada de los sistemas de justicia restaurativa en los distintos programas³¹⁴*. Y, con CARRETERO entendemos que *Es posible que frente a la creación de nuevas leyes y de nuevos órganos judiciales que las apliquen, quizás sea más conveniente plantearse la creación de otros recursos más eficientes, como por ejemplo incorporar gestores responsables que supervisen el correcto funcionamiento y utilización de los recursos existentes, detectar las múltiples disfunciones del*

³¹³ Op. Cit. 496

³¹⁴ SOLETO MUÑOZ, Helena; “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional” en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*; Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs. 41-67, Pág. 57.

*sistema e incorporar nuevas formas o vías complementarias de gestión de conflictos*³¹⁵. Sin embargo, parece una necesidad impuesta por la práctica contar con una regulación que homogenice las prácticas en la búsqueda de la igualdad de la ciudadanía española en el acceso a mecanismos restaurativos complementarios³¹⁶. Esta regulación insertada en la legislación procesal española dotará de seguridad jurídica la utilización de mecanismos restaurativos tanto para quienes hacen uso de ellos como parte como para todos los operadores jurídicos con competencia para la planificación, derivación, organización, dotación de personal, económica, material, desarrollo procesal, ejecución y monitoreo. Asimismo, ofrecerá al resto de la ciudadanía no participante directamente, la seguridad de tratarse de procesos jurídicos restaurativos reconocidos, oficiales, insertados en la arquitectura jurídica, con garantías y efectos jurídicos reconocidos.

Para que el reconocimiento y garantía del derecho de acceso a los servicios de justicia restaurativa de las víctimas de violencia de género despliegue sus efectos de forma óptima consideramos oportuno realizar una serie de observaciones.

En primer lugar, el derecho de acceso a servicios de Justicia Restaurativa en ningún caso supondría la desjudicialización de este delito dado que su implementación en la estructura procesal penal consagraría una regulación de complementariedad e integración donde derivación, monitorización, y resolución final judicial presidirían su desarrollo.

En segundo lugar, tratar cada caso de violencia de género en su consideración particular, características personales y circunstancias fácticas, focaliza la decisión de derivación o asignación a los mecanismos restaurativos en la formación y especialización de todo aquel profesional que intervenga en este proceso. Especial consideración a la valoración del riesgo en sede policial.

En tercer lugar, el término Justicia Restaurativa, presenta la problemática etimológica de la palabra “restaurar”. Este término ha de ser entendido como posicionar a las víctimas en la situación anterior a la vulneración de sus derechos y libertades. Hay quienes para alejarse de la hipotética idea de que con los mecanismos restaurativos se persiga la

³¹⁵ CARRETERO MORALES, Emiliano; “Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia (...); Op. Cit.; Pág. 214.

³¹⁶ Lo expresa la Recomendación (99) 19 del Consejo de Europa “*La Mediación tiene un carácter menos formal que los procedimientos de justicia criminal, con el objeto de permitir una forma más personal y comprensiva de aproximación al conflicto. Estos procesos, no pueden, ni deben, ser regulados en detalle. Sin embargo, hay derechos y salvaguardas procesales de los individuos en el proceso criminal que no pueden ser descartados en una sociedad gobernada por el estado de derecho*”

reconciliación y la restauración de las relaciones rotas por el delito así como para resaltar los beneficios que aporta a las víctimas su asistencia y protección, prefieren hablar de Justicia Reparadora o Transformativa. Consideramos que la utilización de “Justicia Restaurativa” en casos de violencia de género es del todo apropiada porque incide en el papel de las víctimas en su reparación y en el reconocimiento de la vigencia de sus derechos y libertades. Al mismo tiempo, sugiere la idea de la validez y preeminencia del Ordenamiento Jurídico inhibiendo conductas, prácticas, acciones contrarias a Derecho (lo que fortalece la seguridad jurídica y confianza en el cumplimiento general del Ordenamiento jurídico), y permite la integración del respeto a las garantías de los victimarios, el derecho a su tratamiento y reinserción.

En cuarto lugar, la integración de mecanismos restaurativos en el proceso penal habría de estar presidida por una serie de consideraciones que atiendan a la especialidad de la materia (violencia de género). En concreto, referidos a la especialidad del procedimiento restaurativo en violencia de género, los requisitos de participación y circunstancias de exclusión, los criterios de asignación al equipo restaurativo, la formación y la función de la persona facilitadora/mediadora, el entorno físico, el papel de la abogacía, las consideraciones acerca de la seguridad física, igualdad y empoderamiento, la integración en el proceso penal, los distintos tipos de mecanismos restaurativos y los efectos de su desarrollo.

CONCLUSIONES

El recorrido histórico de la regulación de la violencia contra las mujeres pone de relieve cómo las vulneraciones de los bienes jurídicos de las mujeres (por razón de su sexo o del género) han sido tipificadas con carácter específico cuando las cifras han alcanzado números epidémicos.

La necesidad de recapitular, al inicio de este trabajo, la evolución de la previsión y regulación internacional de las normas sobre la violencia contra las mujeres en su perspectiva cronológica pretende insertar este trabajo en ese progresivo fin de protección de derechos humanos, atención a nuevas realidades y estudios teóricos, la experiencia y opinión de profesionales en la materia, y en definitiva, la mejora de la respuesta jurídica a los problemas sociales.

Asimismo, con este recorrido histórico-jurídico ha sido señalado el concepto y el tratamiento de los delitos de violencia de género como uno de los ámbitos en que más aguda se proyecta la sombra de la falta de homogeneidad en las diferentes legislaciones internacionales. En el caso del legislador español, ha entendido el delito de violencia de género restringido a una relación heterosexual conyugal o de pareja presente o pasada, aun sin convivencia, para los delitos en los que se prevé una agravación de la pena (normalmente de su límite mínimo) y una especialización competencial procesal si el sujeto pasivo es quien sea o haya sido esposa o relación sentimental asimilada aún sin convivencia. Siendo específicamente regulada la violencia contra las mujeres, sin necesidad de relación personal sentimental, únicamente en el ámbito laboral (con el acoso sexual laboral o mobbing por razón de sexo). Para el resto de los delitos, a raíz de la modificación del artículo 22.4º CP a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, es posible aplicar una agravante genérica “por razón de género” que tendrá la repercusión en la fijación de la pena que determinen las reglas del artículo 66 CP.

Ello nos lleva a que siguiendo el concepto de violencia contra las mujeres de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución A/RES/48/104, en 1993³¹⁷, la Declara-

³¹⁷ 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

ción de en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995³¹⁸ así como el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) de 11 de mayo de 2011, existan mujeres víctimas de violencia de género que puedan recurrir a mecanismos restaurativos para su reparación y otras que, por el contrario, tengan vedado un mecanismo restaurativo, la mediación penal (quienes sean o hayan sido esposas o novias).

Las múltiples razones para justificar la restricción de la legislación española³¹⁹ no son óbice para entender que resulta una paradoja jurídica y una injusticia social que víctimas del mismo delito (en su conceptualización internacional) encuentren para su reparación tal alcance limitado.

Ante los efectos psicológicos de la socialización y su implicación en la voluntad y el consentimiento, los delitos cometidos en el seno de las parejas presentan uno de los debates jurídicos más complejos del momento: qué alcance otorgar a esa voluntad. El legislador español cuando modificó la naturaleza privada de los delitos de violencia de género a una naturaleza pública pareció acoger la idea de una Justicia por las víctimas sin las víctimas. O más aún, una Justicia para las víctimas a pesar de ellas. Ésta es la línea en la que resulta de suma complejidad incorporar criterios de Justicia Restaurativa dado que la misma voluntad que es necesaria para iniciar el proceso restaurativo (sea cual sea el método elegido) es la voluntad sobre la que se impone la voluntad punitiva pública. Lo que nos lleva a un callejón sin salida: no se pueden ofrecer mecanismos de Justicia Restaurativa en los casos de violencia de género porque la voluntad de la víctima es ficcionada, expropiada o cuanto menos, menospreciada y tomada en cuenta solo para diagnosticar un síndrome dentro de la psicología.

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. (Artículo 1).

³¹⁸ En su punto 113: La expresión "violencia contra la mujer" se refiere a todo acto de violencia basado en el género (...). Puede ser considerada la primera vez en la que se asimilan los conceptos "violencia contra la mujer" y "violencia de género". El término "género" aparece en 238 ocasiones en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995. Mientras que el término "sexo" es referido 64 veces. En el IV Anexo de la Declaración se realiza una aclaración del significado del término género. Dicha aclaración es, en realidad, una remisión al concepto de género que ya había sido asumido con anterioridad.

³¹⁹ En concreto, las características espacio temporales de la comisión de estos delitos en el ámbito de la pareja así como la ruptura del espacio de paz, amor, solidaridad y respeto que ha de presidir una relación de pareja.

Por esta injusta desconsideración hacia las víctimas de violencia de género, la perdurabilidad de las vulneraciones de los derechos y libertades de las mujeres por su sexo y/o género, la necesidad de revisar, analizar, mejorar y reforzar nuestro sistema de justicia procesal, los beneficios que aportan los métodos restaurativos, las experiencias positivas pasadas y presentes, la exigencia constitucional de que con las penas y medidas de seguridad se persiga la resocialización y reeducación de la persona penada, y, en definitiva, la necesidad de cumplir con las disposiciones constitucionales y las exigencias de instancias supraestatales, hemos de abordar la regulación de los delitos de violencia de género con una vocación reformadora, restaurativa, reparadora, resocializadora y garantista cuyo eje sea la atención a las víctimas, la satisfacción de sus necesidades y la atención a su voluntad constitucional. Entendiendo por ésta aquella decisión de la víctima de hacer valer sus derechos fundamentales y libertades públicas contra prácticas, roles o papeles asociados históricamente a su sexo.

En todo este camino jurídico de integración de criterios y principios restaurativos en casos de violencia de género existen tres campos de tensión:

1. Procesal, referido a la integración de estos mecanismo restaurativos en un proceso penal presidido por los principios clásicos del proceso penal (acusatorio, legalidad, oficialidad, mínima intervención, culpabilidad, proporcionalidad, contradicción, libre valoración de la prueba).

A todo ello hay que añadir la regulación de la violencia de género en España. Siguiendo el concepto de *la ventana de disciplina social* de WACHTEL, podemos distinguir cuatro enfoques para el mantenimiento del orden público y el respeto por el ordenamiento jurídico: un control que puede ser alto o bajo combinado con un apoyo que puede ser alto o bajo. Según la gráfica de WACHTEL sobre la teoría de la ventana de la disciplina de la página 50, la regulación de la violencia de género en España se situaría en un nivel de control punitivo junto con un nivel de apoyo alto paternalista al hacer justicia “para” las víctimas sin atender a lo que éstas puedan decir.

Por el contrario, las prácticas restaurativas se situarían en un control alto y un apoyo alto “con” las víctimas³²⁰.

³²⁰ En WACHTEL, Ted; *Definiendo Qué es Restaurativo*; Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas; 2013, Pág. 3. Según este autor “los seres humanos son más felices, más cooperadores y productivos, y tienen mayores probabilidades de hacer cambios positivos en su conducta cuando quienes están en una posición de autoridad hacen las cosas con ellos, en lugar de hacerlas contra ellos o hacerlas para ellos”.

Puede suponer una visión paternalista del Estado sobre las mujeres víctimas de violencia de género o, incluso, el tratamiento de la mujer víctima de violencia machista como una persona cuyos intereses y necesidades han de ser gestionados y representados por alguien que, en todo caso, no es ella.

Esta consideración de la Justicia penal sin las víctimas o, incluso pese a ellas, es un paradigma que se contrapone radicalmente con la visión de la Justicia penal desde la perspectiva restaurativa.

Por ello, podemos decir que la aplicación mecanismos restaurativos en casos de violencia de género supone una colisión entre dos paradigmas de Justicia Penal.

Este campo de tensión está encabezado por profesionales del mundo jurídico.

2. Violencia de género como delito

Este segundo campo de tensión está focalizado en las particularidades psicológicas de las víctimas de violencia de género, las características de los agresores y el contexto social en el que se desarrollan. La visión de unas víctimas coaccionadas, atemorizadas, con cuadros psicológicos de alcances casi de incapacidad, así como la negativa a la posibilidad de transformación y reeducación del agresor, y el resto de consideraciones recogidas en el apartado de los efectos negativos de la aplicación de la Justicia Restaurativa, constituyen las críticas más radicales al acercamiento reparador/restaurativo a la violencia de género principalmente desde el campo de la psicología, sociología y trabajo social.

3. Restauración

Otro de los campos de tensión radica en la negativa de efecto restaurativo en el ámbito de la violencia de género. Es sustentado por profesionales del trabajo social y psicología en mayor medida y suele estar presidido por la idea de que en los casos de violencia de género no hay conflicto, sino delito. Por tanto hablar de restaurar una relación, induce a considerar la posibilidad de una reconciliación y con ella, la inserción de la víctima de nuevo en una relación violenta y su puesta a merced del agresor.

A todas estas consideraciones hemos tratado de dar unas respuestas que admitiendo su veracidad, oportunidad y relevancia (parcial o totalmente), las encuadren más en el con-

cepto de riesgos a neutralizar o retos a los que ofrecer cobertura legal, que como argumentos de exclusión de la aplicación de la Justicia Restaurativa en casos de violencia de género.

Con todo lo anterior, podemos sugerir la necesidad de la incorporación de una regulación de la mediación penal con un abordaje de mayor calidad con el que el Borrador del Código Procesal Penal de 2013 se aproximaba someramente al fenómeno de la mediación. Además, en cualquier caso, en este primer acercamiento a la mediación penal en el sistema penal de adultos del legislador español solo se preveía un mecanismo restaurativo (a saber, la mediación) siendo uno de los otros variados instrumentos que pueden ser utilizados como los círculos restaurativos, los paneles restaurativos,... La necesidad de contar con una regulación más o menos detallada sobre estos mecanismos de gestión de conflictos es indudable habida cuenta de la cada vez mayor frecuencia con que son utilizados en la práctica jurídica. Si el Ordenamiento Jurídico de un país recoge los usos de su ciudadanía así como induce otros (ajustados a la constitucionalidad en el caso español) hemos de advertir que el legislador español debe recoger y dar forma jurídica a las nuevas formas de resoluciones de conflictos tanto alternativas como complementarias a las judiciales. Y de igual forma, convencido (ya sea un convencimiento autogenerado o sugerido o impuesto) de sus beneficios y corrigiendo, neutralizando o minimizando sus obstáculos recogerlo como un derecho fundamental, informar de su configuración y características, fomentar su uso, y hacerlo viable, en el sentido de no obstaculizar su materialización en ninguna de sus fases. Entendemos que esta regulación podría ser realizada o bien en la LECRim y en la Ley General Penitenciaria (o su Reglamento), o bien en una Ley Orgánica específica al modo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles³²¹.

Esta regulación insertada en la legislación procesal española dotará de seguridad jurídica la utilización de mecanismos restaurativos tanto para quienes hacen uso de ellos como parte como para todos los operadores jurídicos con competencia para la planificación, derivación, organización, dotación de personal, económica, material, desarrollo procesal, ejecución y monitoreo. Asimismo, ofrecerá al resto de la ciudadanía no participante directamente, la seguridad de tratarse de procesos jurídicos restaurativos reco-

³²¹ «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242 (19 págs.).

nocidos, oficiales, insertados en la arquitectura jurídica, con garantías y efectos jurídicos reconocidos.

Y finalizamos, poniendo el acento en la indispensable regulación de la profesión de mediador/a o facilitador/a. Una vez tomada conciencia de la necesidad de implementar la mediación penal y el resto de mecanismos restaurativos en el proceso penal español, el peso del proceso recae en aquella persona profesional que deba dirigir, guiar, y ayudar a las partes en el mecanismo restaurativo adecuado al efecto. La regulación de la formación mínima de mediadoras/es realizada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³²², no supuso una profesionalización del oficio de mediador/a por cuanto la carga mínima formativa, así como la formación continua, se basaba en acuerdos de mínimos a la par que el hecho de tratarse de disposiciones normativas no acompañadas de una planificación económica, el ejercicio de la profesión de mediador/a se suele dejar a la libre disposición de la Institución de Mediación que concreto establezca.

Sería muy conveniente abordar con mayor profundidad este aspecto pero por motivos de espacio podríamos preguntarnos si es suficiente con la situación actual donde las personas interesadas en ser mediadoras han de contar con formación específica en mediación (normalmente a través de un Máster de especialización) además de contar con una formación básica normalmente en Derecho, Psicología, Trabajo Social, Pedagogía,... O, si por el contrario, habríamos de indicar la conveniencia de, o bien, establecer grados universitarios específicos de mediación, o convocar concursos u oposiciones para cubrir las plazas de personas mediadoras en sede judicial.

La revisión y mejora de la regulación de la violencia de género ha de ser abordada teniendo presente la magnitud del delito, la abominable presencia diaria de estas acciones insertadas en una estructura social cuyo imaginario compartido provoca, recoge o tolera, los bienes jurídicos que se ven atacados, el alcance de los efectos perjudiciales que genera y sobre todo, partiendo de un principio de responsabilidad individual y compromiso ciudadano en la mejora del ordenamiento jurídico que regula nuestras vidas en comunidad.

³²² «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105296 a 105311 (16 págs.).

BIBLIOGRAFÍA

ARTICULOS

AGUILAR GARCÍA, Teresa; “*El sistema sexo-género en los movimientos feministas*”; AMNIS. Revue de civilisation contemporaine Europés/Ameriqués; Femmes et militantisme 8; 2008

ARROYO ZAPATERO, Luís; “*La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español*”; Dictamen para el Congreso de los Diputados; 8 de septiembre de 2004; [www.congreso.es/publicaciones/Diario de sesiones de Comisiones](http://www.congreso.es/publicaciones/Diario%20de%20sesiones/Comisiones).

BALLESTEROS, Alejandra Mera; “*Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades*”; REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - N° 2; págs. 165 – 195

BRAITHWAITE, John; “*Restorative Justice: theories and worries*”; 123RD INTERNATIONAL SENIOR SEMINAR; Resource Material Series No. 63, P 47-56, 2004

CASES SOLA, Adriana; “*La violencia de género durante la Segunda República*”; HISPANIA NOVA. Revista de Historia Contemporánea. Número 11; 2013.

DÍAZ GÓMEZ, Catalina; “*La reparación de las mujeres víctimas: una oportunidad de transformación*”; en “*Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*”. 2014. Págs. 151-180.

Domingo de la Fuente, Virginia; *Mediación no es Justicia Restaurativa*; en lawyerpress; 23 de octubre de 2015 en lawyerpress. http://www.lawyerpress.com/news/2015_10/2310_15_018.html

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE; “*Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*”; REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2.ª Época, n.º extraordinario 2 (2004) pág. 75-100.

GUARDIOLA, M^a.J.; “*La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*”. *Revista General de Derecho Penal*, 12, 1-41, 2009,

HERNÁNDEZ MOURA, Belén; “*Mediación penal: derechos y garantías*”; 2013. Versión digital en http://mediacion.uc3m.es/wp-content/uploads/2014/11/TFG_mediaci%C3%B3n_HS-pub.pdf.

IZUMI, Carol L.; “*The use of ADR in criminal and juvenile delinquency cases*”; in “*ADR for judges*”, eds. (Donna Steinstra & Susan M. Yates 196; Washington, EEUU, 2004, pág. 202 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena; *La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo*; Asparkía, 24; 2012, 19-24.

MARTÍNEZ VARONA, Gema; “*El Derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos; avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo*”; Ed. Universidad del País Vasco; 2012.

MORENO CATENA, Víctor; *El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*; Cuadernos de Derecho Judicial; nº4;2002; Páginas 13-62.

SOLÉ RAMÓN, Anna M^a; “*El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”; *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, 2010.

SOLETO MUÑOZ, Helena; *Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España*; Cuadernos penales. José María Lidón Núm. 9: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos; Universidad de Desuto; Bilbao; 2013; pág.77-106.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; *Introducción a la victimología*; Ed. Universidad del País Vasco; 2012.

TAMARIT SUMALLA, Josep M.; Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro; Cuadernos penales José María Lidón; núm. 9: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos, Universidad de Deusto, 2013, Bilbao, págs. 317-328.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia; “El parricidio en la legislación española”; Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 5, 1993/1994; Pág. 147.

STUBBS, Julie; “*Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence*”; Australian Domestic & Family Violence Clearinghouse, Issues Paper; 2004.No 9, pp24.

SÁEZ, Ramón (director), SÁEZ, Concepción, RÍOS, Julián, OLAVARRÍA, Teresa, FÁBREGA, Cristóbal, GALLEGRO, Celima, PANTOJA, Félix; «*La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de Política Criminal y del Derecho a la tutela judicial efectiva*», noviembre de 2010.

STUBBS, Julie; “*Relations of Domination and Subordination: Challenges for Restorative Justice in Responding to Domestic Violence*”; University of New South Wales Law Journal 16(2); 2010; 970-986.

STUBBS, Julie; “*Restorative Justice, Gendered Violence and Indigenous Women*”; Sydney Law School Research Paper No. 09/27; 2009.

WACHTEL, Ted; *Definiendo Qué es Restaurativo*; Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas; 2013.

ZURITA BAYONA, Jorge; *La lucha contra la violencia de género*; Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior; N. 9, enero-junio 2013, p. 63-127.

CAPITULOS DE LIBRO

BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel, “*Silencio o retractación de la víctima y continuación del proceso penal: el bien jurídico desde una perspectiva constitucional*” en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel Dir.; ALONSO SALGADO, Cristina coord.; *Violencia de género y Justicia*; Universidade de Santiago de Compostela; 2013, pps.629-646

CARRETERO MORALES, Emiliano; “*Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia de género*”; en GARCIA-NDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); “Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs.211-241.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Pilar; “*Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo normativo*”; en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.); CATALINA BENAVENTE, M^aÁngeles (Coord.); “Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación”; Ed. La Ley; 2011. Págs. 125-144.

FONT GUZMÁN, Jacqueline N.; “*Programas de derivación judicial en Estados Unidos*”; en “Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos”; Ed. Tecnos; 2013, págs.440-469

LOBO GUERRA, María; SAMPER LIZARDI, Fernando; “*¿Es posible la mediación en aquellos casos en los que ha existido violencia de género?*”; en GARCIA-NDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); “Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.163-178.

MUERZA ESPARZA, Julio; “*La autonomía de la voluntad en el proceso penal; perspectivas de futuro*”; en GARCIA-NDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ,

Helena (Dir.); *“Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”*; Ed. Thomson Reuters; 2012;; págs. 343-355.

OUBIÑA BARBOLLA, Sabela; “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y otros sistemas”; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *“Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”*; Ed. Thomson Reuters; 2012;; págs. 179-204.

PERULERO GARCÍA, Diana; *“Hacia un modelo de Justicia Restaurativa: la mediación penal”*; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *“Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”*; Ed. Thomson Reuters; 2012; págs. 69-81.

SOLETO MUÑOZ, Helena; *“La Justicia Restaurativa como elemento complementario a la Justicia tradicional”*; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *“Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs. 41-64.

SOLETO MUÑOZ, Helena; *Presente y futuro de la resolución de conflictos*; en “Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos”; Ed. Tecnos; 2013, pág. 31-41.

TAMARIT SUMALLA, Josep; M.; *“Las respuestas a la victimización: nuevas formas de intervención y reparación que garanticen el rol subsidiario de la Justicia penal”* en TAMARIT SUMALLA, Josep M.; PEREDA, Noemí (Coords); *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*; Editorial Edisofer s.l.; 2014.

VENTAS SASTRE, Rosa; *“Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal”*; en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); *“Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012; págs.91-106.

ZEBALLOS MAUDO, Iker; “La incorporación de la llamada víctima subrogatoria al procedimiento de mediación” en MORENO CATENA, Víctor (Dir.); *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*; Ed. Tirant lo Blanch; 2015, Pág. 803 a 810

LIBROS

AGUILAR CÁRCELES, Marta María; MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*; Editorial: Dykinson; 2ª ed.; 2014; Págs. 860.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.); CATALINA BENAVENTE, M^aÁngeles (Coord.); “*Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*”; Ed. La Ley; 2011.

CHRISTIE, N., “*Conflict as property*”: The British Journal of Criminology Vol. 17; 1977

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.; SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.); “Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters; 2012

MARTINEZ GARCIA, Elena, GISBERT GRIFO, Susana; “*Género y Violencia*”; 1ª edición - Tirant lo Blanch; 2015 - 146 páginas.

JAMROZIK, Adam; NOCELLA, Luisa; *The Sociology of Social Problems Theoretical Perspectives and Methods of Intervention*; Cambridge University Press, 13 jul. 1998 - 253 págs.

KARMEN, Andrews; *Crime victims. An introduction to Victimology*, 8ª ed.; Wadsworth, Belmont, 2012;

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María; “*Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*”; Ed. Dikinson; 2011.

PASCUAL, Esther; “Los ojos del otro”; Editorial: SAL TERRAE; 2013; 324 págs.

RICO GARRI, Manuel; RUIZ ALVARADO, Alfredo; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Candido ; *El Delincuente de Género en Prisión. Estudio de las características personales y criminológicas y la intervención en el medio penitenciario*; Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica; Madrid; 2011; Págs. 92.

RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio; BERMEJO BATANERO, Fernando: “*Una alcaláina frente al mundo. El divorcio de Francisca de Pedraza*”, Ediciones Bornova; 2015.

TELO NUÑEZ, María; “*Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer*”; Ed. Aranzadi; 2009, Págs. 262.

WALKER, Leonore; “*The Battered Women*”, Ed.: Desclee de Brouwer; 1979.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali; “*The Little book of Restorative Justice*”; Good Books, Intercourse, Pennsylvania, USA; 2002.

OTROS TEXTOS

Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Ed. Consejo General del Poder Judicial; 2013.

Cuestiones de Género son importantes. Manual sobre cómo abordar la violencia de género que afecta a los jóvenes. Consejo de Europa, 2007. <http://www.unwomen.org/es>

Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015. Delegación Gobierno para la Violencia de Género. Esta investigación ha sido realizada por Verónica de Miguel Luken (Universidad de Málaga). Edición: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones. Año publicación: 2015.

Nota orientativa sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad” publicada por la UNODC. <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menuaside>

Restorative Justice in Cases of Domestic Violence Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs 2015. Versión digital en

http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/02/150216_7388_RJ_Comparative_rep_WS1_final_AW.pdf

Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

WEBGRAFIA

<http://www.unwomen.org/es>

<http://www.poderjudicial.es/>

www.fiscal.es

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/>

<http://observatorioviolencia.org/>

<http://www.justiciarestaurativa.org/>

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html>

NORMATIVA

Española

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.

Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria,” BOE» núm. 239, de 05/10/1979.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, “BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, «BOE» núm. 40, de 15/02/1996.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «BOE» núm. 11, de 13/01/2000.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

Borrador de Código Procesal Penal, 2013.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

Internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Resolución 2263 (XXII) la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 1967.

Resolución A/RES/48/104, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. 1993.

Primera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer en Ciudad de México. 1975

Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer en Copenhague en 1980.

Tercera Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, en 1985.

Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing. 1995.

Quinta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nueva York (Beijing +20) en 2015.

Europa

1. Consejo de Europa.

Recomendación núm. R (85)11, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso y del derecho penal.

Recomendación núm. R (87)18, sobre la simplificación de la justicia penal.

Recomendación núm. R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal.

2. Unión Europea

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

JURISPRUDENCIA

-Tribunales españoles

Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 5144/2011, Sala 1ª, de lo Civil, de 19 de julio de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 347/2009, Sala 1ª, de lo Civil, de 18 de Mayo de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo 24 de febrero de 2009

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 148/2005, de 26 de abril de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3ª, de 17 de Junio de 2011

- Tribunal extranjero

Sentencia caso Elmira. Ontario, Canadá, 1974.

-Tribunales Internacionales

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 1980. “Caso ‘Deweer’.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México.

