

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER EN ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO



Mediación penal en víctimas de violencia de género

Autor: Teresa Moreira Gaspar

Director: Fernando Martín Diz

Salamanca, 2011

Abreviaturas

- ADR - Alternative Dispute Resolution
- Art.- Artículos
- Coord.- Coordinador/a
- CP- Código Penal
- EEUU- Estados Unidos
- GRAL- Gabinete de Resolução Extrajudicial de Conflictos
- LO- Ley Orgánica
- MP- Ministerio Público
- N°- Número
- ONG- Organización no gubernamental
- Pág.- Página
- Págs. – Paginas
- R- Recomendación
- RAE- Real Academia Española
- SMP- Sistema de Mediación Penal
- Ss.- Siguietes
- UE- Unión Europea

Índice

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 1 |
| Capítulo I: La Mediación..... | 5 |
| 1. ¿Cómo surgen los métodos alternativos de resolución de disputas? | 6 |
| 2. Antecedentes históricos | 8 |
| 3. Noción de mediación | 9 |
| 4. Propósito y características de la mediación..... | 11 |
| 5. Principios de la mediación..... | 12 |
| 6. Procedimiento de la mediación..... | 16 |
| 6.1. Participantes en el procedimiento de mediación | 16 |
| 6.2. Derechos y deberes de las partes en la mediación | 17 |
| 6.3. Etapas de la mediación | 19 |
| 6.4. Motivos para la finalización de la mediación..... | 25 |
| 6.5. Eficacia del acuerdo | 26 |
| 6.6. Coste de la mediación | 26 |
| 7. El mediador | 28 |
| 7.1. Concepto y Habilidades del mediador | 28 |
| 7.1.1. Saber preguntar | 29 |
| 7.2. Principios de actuación del mediador..... | 30 |
| 7.3. Derechos y Deberes del mediador..... | 32 |
| 7.4. Perfil profesional: Formación del mediador..... | 33 |
| 7.4.1. Un mediador no es... .. | 35 |
| Capítulo II: La Mediación Penal | 37 |
| 1. Situación legal en España..... | 38 |
| 2. El principio de legalidad..... | 40 |

| | |
|--|----|
| 3. Principio de oportunidad | 41 |
| 4. Justicia Restaurativa versus Justicia Retributiva | 43 |
| 5. La búsqueda de la mediación penal a través de la justicia restaurativa..... | 45 |
| 6. Derecho comparado: mediación penal en Portugal | 47 |
| 7. Mediación Penal en España..... | 50 |
| 7.1. Propuesta de mediación penal | 50 |
| 7.2. Posible marco legal de la mediación penal: ¿en qué delitos o faltas?..... | 52 |
| Capítulo III: Violencia de género | 54 |
| 1. El fenómeno de la violencia de género..... | 55 |
| 1.1. Contextualización del término de violencia de género | 55 |
| 1.2. Definición de violencia de género..... | 56 |
| 2. La víctima | 58 |
| 2.1. Modalidades de violencia dirigida hacia la mujer..... | 58 |
| 2.2. La violencia | 59 |
| 2.2.1. Cómo empieza..... | 59 |
| 2.2.1. Ciclo de violencia | 61 |
| 2.3. Razones por las que las mujeres siguen con sus parejas | 62 |
| 3. El maltratador | 64 |
| 3.1. Perfil del maltratador..... | 65 |
| 3.2. Rasgos específicos de los maltratadores | 68 |
| 3.3. Intervención psicosocial con maltratadores | 73 |
| 4. Mediación en víctimas de violencia de género..... | 77 |
| 4.1. La prohibición del legislador..... | 77 |
| 4.2. Beneficios de la mediación | 79 |
| 5. Propuesta de mediación penal en víctimas de violencia de género..... | 80 |
| 5.1. Características del procedimiento | 83 |

| | |
|---|----|
| 5.2. ¿Cómo tiene que ser la formación del mediador? | 84 |
| 5.3. ¿Cuándo es posible? | 85 |
| 5.4. ¿En qué tipo de agresores? | 85 |
| Conclusiones..... | 87 |
| Bibliografía..... | 89 |

Introducción

El conflicto “es aquella situación en la que se encuentran, por lo menos, dos partes, que tienen soluciones diferentes a un problema emergente que les afecta directa o indirectamente, diferencia la visión que es percibida por las mismas”¹.

Se puede decir que existe el conflicto desde que existe la Humanidad, pero la forma de resolver y regular ese conflicto es lo que ha cambiado con los siglos. La regulación del conflicto puede ser de una manera muy diversa, o sea, mediante mecanismos formales e informales, tradicionales y alternativos, depende de cómo la diversidad de una comunidad interpreta el conflicto y cómo lo suelen y piensan resolver. No es lo mismo resolver un conflicto en una tribu de la Amazonia que resolverlo en las sociedades occidentales, todo depende de cómo valoran el conflicto.

De partida tenemos que entender que el conflicto depende de la diversidad y de la cultura. Esta cultura es la base para diferenciar la manera de cómo afrontar una controversia, ya que puede ser lo que oriente a la paz o a la guerra.

Lo que es cierto es que existe un problema y que si se tiene que resolver, se tendrá que analizar sus causas, sus efectos, sus ventajas y inconvenientes y buscar una solución para reparar el daño.

La forma de resolver el conflicto tuvo su evolución, digamos que se empezó por resolver el conflicto mediante lo que interpretaban los implicados, donde los implicados buscaban la solución a su problema, como se suele decir cuando se hacía justicia por su propia mano, hasta que ha evolucionado y este conflicto empieza a ser más valorado por la sociedad donde se interpone el Estado mediante la creación de leyes donde los conflictos empiezan a catalogarse como delitos o faltas y se genera su “castigo”. No obstante, se puede decir que este modelo de justicia pasa por un periodo de crisis en la actualidad.

Esta crisis de la justicia proviene de la aparición de otro posible modelo, la Justicia Reparadora o Restaurativa.

¹Vid: Palou I Loverdos, J., La mediación como sistema de alternativa de conflictos. Una nueva visión del conflicto”, 1º Congreso de mediación comunitaria, Barcelona, 2000, texto manuscrito En Gordillo Santana, L., La justicia restaurativa y la mediación penal, Iustel, Madrid, 2007, pág. 23

Esta Justicia Restaurativa nace, por así decirlo, a comienzos del siglo XXI y trae consigo otros mecanismos de resolución de conflictos, como por ejemplo la mediación.

Como afirma Zehr y Vann Ness², se trata de un método normal de resolución en las sociedades tempranas.

La mediación es un “proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que ellos mismos, por medio de la negociación lleguen a acuerdos comunes”³.

Lo que realmente ha cambiado respecto a la época en que se resolvían los problemas mediante autotutela, es que por un lado existe una tercera persona en medio del conflicto, es decir el mediador, es una persona imparcial pero está en el medio de la disputa, este sistema se encuentra regulado, tiene unas normativas, una naturaleza, unas características y un orden, pero la esencia de la forma de resolver el problema es la misma, es decir son las partes quienes tienen que buscar la solución a su problema.

Además este nuevo sistema, la mediación, todavía es más beneficioso ya que tiene unas pautas que se tienen que proporcionar, sino no se podrá resolver la controversia mediante la mediación, como es la igualdad de partes y que los implicados quieran resolver su conflicto mediante este proceso (voluntariedad). Estas circunstancias son la clave para distinguir la satisfacción del proceso, ya que antiguamente se resolvía sí o sí mediante el acuerdo de las partes, podrían existir personas que no estuvieran conformes con el acuerdo (como no existía otro método, las personas no podían elegir) o bien porque no sintonizaban plenamente con el acuerdo, y podía existir una desigualdad (que exista un cierto poder o superioridad de una parte hacia la otra).

Esta vía de resolución del conflicto (mediación) ya se encuentra vigente en muchas sociedades y diversos ámbitos, como la mediación familiar, juvenil, laboral, mercantil, penal, etc.

Por este motivo, y por mi profundo interés sobre los motivos de la falta de consolidación de este método en territorio nacional, he decidido analizar, estudiar y

² Vid: Maier, J., (comp): “De los delitos y las víctimas”, Buenos Aires, AD HOC, 1992, pág. 1-15

³Según la Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar.

proponer un sistema de mediación, más concretamente, de mediación penal en el ámbito nacional.

Me centro en este análisis por diversos motivos como son: la existencia de esta posibilidad desde hace muchos años en otros países; el éxito que está teniendo; y las recomendaciones desde la UE para su implantación que ha tenido España y que no ha atendido. Sin embargo, el motivo que más me seduce para realizar este estudio, es que pienso que este sistema de mediación favorece la igualdad de oportunidades, igualdad en la medida que una persona resuelve su problema partiendo de la premisa de que todos somos iguales y que puede resolver las controversias de una forma mejor. Esta igualdad está visible en la oportunidad de poder resolver su conflicto mediante una vía judicial o mediante la mediación, algo que actualmente en España no es posible.

En España se encuentra vigente un sistema de mediación en materia de familia con grandes diferencias en función del ámbito autonómico, o sea, las Comunidades Autónomas han elaborado su normativa con respeto a la mediación familiar, no obstante ni siquiera en todas las regiones se encuentra vigente, ni para todos los ámbitos de la mediación, principalmente la mediación penal. Ello conlleva a una desigualdad, es decir, una persona que viva en una Comunidad Autónoma y no en otra, va a verse beneficiado de unas normativas mientras que otras no. Por este motivo, aludo a la necesidad de un sistema de mediación que sea eficaz para todo el territorio nacional, logrando así que todos los ciudadanos tengan los mismos derechos.

El presente trabajo se iniciará con un estudio global de la mediación, en cuanto a su significado, propósito, características y la figura del mediador, constituyendo así la base del trabajo que permitirá la profundización en determinados aspectos en los siguientes capítulos.

El capítulo segundo del presente trabajo se fundamenta en el análisis de la mediación penal y concluye con una posible propuesta de un sistema de mediación penal en España. Saber su definición, sus ventajas, dónde está instaurado y de qué forma son las posibles respuestas que se pueden encontrar en este capítulo.

Por último, el tercer capítulo cerrará el círculo al análisis de este estudio, desvelando las claves del fenómeno de la violencia de género, en cuanto a su significado, a la víctima y al maltratador. Este trabajo termina vinculando violencia de género y mediación ya que el objeto de investigación es saber si existe o no la posibilidad de un

sistema de mediación penal en víctimas de violencia de género, en qué casos concretos y cómo debería ser el sistema.

Sólo analizando y percibiendo lo que es este fenómeno, se podrá elaborar una respuesta al objeto de investigación que en este presente trabajo expongo, mi propuesta de una posible mediación en casos de violencia de género, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos.

Para concluir, quiero enfatizar que el origen de este trabajo nace de la reflexión y de la preocupación sobre la necesidad de que se creen mecanismos dentro del Derecho penal, siempre mediante una vía complementaria, que permitan dar más una solución mejor y más eficaz a los conflictos entre las personas, y que para ello se sirvan del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres.

Capítulo I: La Mediación

Sumario:

1. ¿Cómo surgen los métodos alternativos de resolución de disputas?,
2. Antecedentes históricos; 3. Noción de mediación; 4. Propósito y características;
5. Principios de la mediación; 6. Procedimiento de mediación; 6.1. Participantes en el procedimiento de mediación; 6.2. Derechos y deberes de las partes; 6.3. Etapas; 6.4. Motivos para la finalización de la mediación; 6.5. Eficacia del acuerdo; 6.6. Coste; 7. El mediador; 7.1. Concepto y habilidades del mediador; 7.1.1. Saber preguntar; 7.2. Principios de la actuación del mediador; 7.3. Derechos y deberes del mediador; 7.4. Perfil profesional: formación del mediador; 7.4.1. Un mediador no es...

**“No preguntamos si estamos
plenamente de acuerdo, sino si marchamos
por el mismo camino”**

W. Goethe

1. ¿Cómo surgen los métodos alternativos de resolución de disputas?

Los métodos alternativos de resolución de disputas, más conocidos por ADR (Alternative Dispute Resolution) tuvieron sus orígenes en Estados Unidos. Se utiliza este término para referirse a la resolución informal de disputas entre dos partes en conflicto mediante la intervención de una tercera parte que les ayuda a solucionar la disputa.

M. Morán, G. nos dice “que estos métodos (mediación, arbitraje y conciliación) han surgido debido al impulso de los movimientos a favor de los derechos civiles desde los sesenta, que han facilitado un mayor grado de sensibilidad social en la tutela de los derechos individuales, los derechos de las minorías, de los menores, de las mujeres, y en lucha contra la discriminación y segregación en sus múltiples variantes, sexual, racial y religiosa, donde se ha visto su reivindicación en la Civil Right Act de 1964. Esta ley demandaba una tutela judicial efectiva para todos los ciudadanos”⁴.

Debido a los innumerables procesos judiciales y la lentitud en la resolución de los mismos, al incremento de errores administrativos y judiciales en los tribunales federales y estatales de Estados Unidos, paulatinamente se ha ido introduciendo un modelo diferente para resolver estos conflictos.

⁴Vid: Morán, G., Mediación en EE.UU en Souto Galván, E. (coord.), “La mediación: un instrumento de conciliación”, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 17

A su vez, la mediación, la conciliación y el arbitraje se han convertido en los métodos de resolución de disputas más utilizados por los ciudadanos, lo que facilitó una descongestión de la actividad de los tribunales de justicia.

El éxito de los ADR en EEUU ha deparado una expansión a nivel internacional y han llegado a Europa hace algunas décadas.

La Unión Europea ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde el acceso a la justicia es fundamental, y con estos objetivos de por medio, el Consejo Europeo se reunió en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, donde rogó a los Estados miembros a que se instauren procedimientos alternativos de carácter extrajudicial⁵ de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia.

Posteriormente, la Comisión Europea publicó un Libro Verde de debate sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos.

En julio de 2004, la Comisión creó el código de conducta de los mediadores⁶ destinado a expertos en mediación. El 22 de octubre de 2004, el Consejo Europeo y el Parlamento presentaron una propuesta de directiva⁷ con el propósito de promover el recurso a la mediación en materia civil y mercantil.

En 2008 el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE vuelven a reunirse con la finalidad de que los Estados Miembros aludan a sus recomendaciones sobre las posibles medidas para promover el uso de la mediación y que garanticen “que las partes que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil.” (Artículo 7)⁸

⁵Vid:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF> (15 de Mayo de 2011, 18:32)

⁶ Vid: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (15 de Mayo de 2011, 18:45).

⁷Vid: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:ES:PDF> (15 de mayo de 2011, 19:00)

⁸ Vid: Si desea más información acerca de esta Directiva, consulte: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF> (15 de Julio de 2011, 11:00)

2. Antecedentes históricos

El término mediación como vía de solución de un conflicto es tan antiguo como la existencia humana. Tenemos evidencias concretas de este vocablo desde el siglo pasado en las décadas de 60 y 70, en los Estados Unidos. Sin embargo, encontramos sus orígenes muchos siglos antes.

Fiadjoe nos describe que la mediación como un sistema de justicia ya fue adoptada desde hace mucho tiempo en las aldeas hindúes y en las sociedades africanas, donde las personas más respetadas eran designadas para mediar en conflictos entre vecinos⁹

Según Martín Diz, ya en el siglo XIII podemos observar referentes en Europa a través de la figura del <<mediator>>, como una persona que intermediaba entre las personas y sus conflictos¹⁰.

La mediación como sistema de solución de conflictos estable se conforma dentro del surgimiento de los medios de resolución extrajudicial de litigios a partir del año 1960 y desde los Estados Unidos de América.

En el año 1976, Warrer Burger organiza la Pound Conference (National conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice) en EE.UU donde juristas e investigadores debatieron el sistema legal americano y la administración de la justicia de aquel país.

En esta conferencia tuvo especial importancia la intervención del profesor Frank Sander quien a través de su discurso traza las limitaciones de los tribunales en la resolución de conflictos y remite a la necesidad de “to reserve the courts for those activities for wich they are best suited and to avoid swamping and paralzing them with cases that do not requiere their unique capabilities”. Todo ello origina que la persona

⁹Vid: Fiadjoe, A., *Alternative dispute resolution: a developing worl perspective*, Londres, 2004, pág. 57.

¹⁰Vid: Martín Diz, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2009, pág. 58

referente en el nacimiento y el desarrollo del ADR (alternative dispute resolution) sea Sander¹¹.

Estos avances llegan a Europa, y en 1999 se reúne el Consejo Europeo en Tampere, en una sesión extraordinaria, donde el principal tema de diálogo estaba centrado en cuestiones de justicia además de debatir sobre la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en la Unión Europea.

Consultando las conclusiones de esta reunión¹² podemos observar el intento de la Unión Europea de facilitar el acceso a la justicia mediante procedimientos extrajudiciales alternativos, como la mediación, el arbitraje y la conciliación.

De forma paulatina, los países de la Unión Europea fueron siguiendo los pasos de los Estados Unidos y se puede observar como en la mejora de que en estos países se encuentran vigentes diferentes procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

3. Noción de mediación

Definir la mediación es algo muy complejo, genérico y muy amplio, ya que puede tener diversas interpretaciones, como puede ser la visión jurídica, una visión terapéutica, una visión coloquial, una visión social, etc.

Si nos basamos en una definición jurídica, la mediación es un sistema (método) autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irritable, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador) que auxilia y ayuda las partes en la obtención libre y voluntaria de un mutuo acuerdo pero sin proponer ni imponer el mismo¹³.

¹¹Vid: Sander, F., *Varieties of dispute Processing*, The Pound Conference: perspectives on justice in the future, A. Levin & R. Weeler eds., West, 1979.

¹²Vid: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF> (12 Mayo de 2011, 19:36)

¹³He sugerido que esta noción es jurídica porque la ha empleado un jurista. Vid: Martín Diz, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2009, pág. 50

También podemos encontrar la definición de mediación en diversos textos normativos, como la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su artículo 3, define la mediación como “ un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de un litigio con ayuda de un mediador”, o en la Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar que la definen como un “proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que ellos mismos, por medio de la negociación lleguen a acuerdos comunes”.

En términos lingüísticos y conceptuales, se define la mediación como <<la acción y efecto de mediar>> y mediar como << Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia).

Redorta Lorente¹⁴ define la mediación como un proceso voluntario de resolución de conflictos, donde las partes en disputa participan voluntariamente asistidas por un tercero neutral con la finalidad de construir sus propias decisiones.

Grover Duffy¹⁵ dice que es “la intervención en un conflicto de una tercera parte neutral que ayuda a las partes opuestas a manejar o resolver su disputa. La tercera parte imparcial es el mediador, quien utiliza diversas técnicas para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado con el fin de resolver su conflicto”.

Según el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en este momento se encuentra en estudio en el Congreso de los Diputados con vista a ser aprobado en España, define en su artículo 1, la mediación “aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

¹⁴Vid: Redorta Lorente, J., Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar, Valencia, 1999.

¹⁵Vid: Grover Duffy, K., Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro, en la mediación y sus contextos de aplicación, una introducción para profesionales e investigadores (VV.AA.), Paidós, Barcelona, 1996, pág. 52.

Al contemplar estas diferentes acepciones acerca del concepto de mediación, puedo decir que todas comparten algunas ideas fundamentales, como, que es un método que requiere la intervención de una tercera persona llamada mediador, que dicha persona tiene que tener como características básicas la imparcialidad y neutralidad y que su función se fundamenta en orientar a las partes en la búsqueda de una solución a sus problemas, pero sin imponer ni dar la solución al conflicto y donde son las partes las que desean la mediación como forma de resolución para sus controversias, y las que han de alcanzar un acuerdo.

4. Propósito y características de la mediación

La finalidad de la mediación es que las personas dispongan de un sistema o método para resolver sus conflictos, que puede ser de una manera extrajudicial o intrajudicial y que puede ser de tipo privado o público, con diferentes tipos de mediación en función del ámbito en el que se origine el problema, como puede ser el juvenil, familiar, penal, laboral, etc.

La mediación pública es aquella que se desarrolla con la intervención de mediadores que desenvuelven su función dentro de un servicio institucional y administrativo, prestando el servicio de mediación como integrante de un servicio social y por lo tanto, generalmente, de carácter gratuito para los mediados. La mediación privada se desarrolla por mediadores que ofrecen sus servicios como profesionales particulares y liberales a cambio de una remuneración pactada con las personas que soliciten su intervención. Actualmente, debido a la inexistencia de normativa legal específica en España, solo es posible acceder a la mediación por medio privado salvo contadas excepciones (como el caso de Castilla La Mancha o Cataluña).

En cuanto a la mediación judicial intrajudicial o extrajudicial, en líneas generales, según Blanco Carrasco “la mediación judicial es aquella que, desarrollándose al margen del proceso judicial, se encuentra vinculado a él de alguna forma, generalmente mediante el acceso al servicio de mediación por remisión del juez”¹⁶. Mientras que la

¹⁶Vid: Carrasco Blanco, M., mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2009, pág. 143

mediación extrajudicial es aquella, como su nombre indica, que se desarrolla ajena y externa a un proceso judicial, por tanto al margen de juzgados y tribunales.

La mediación en España tiene naturaleza predominantemente extrajudicial ya que su ejercicio no es tutelado o dirigido por órganos jurisdiccionales, como son los jueces o magistrados. Actualmente es desarrollada por personas o identidades privadas que no pertenecen al Poder Judicial, y que también están desvinculados de servicios públicos.

La mediación también es un sistema complementario al sistema judicial, ya que son las personas quienes pueden optar por este método o por una resolución jurisdiccional. Jamás se debe orientar o condicionar a una persona para que elija un método extrajudicial de conflictos, como la mediación, en vez de acceder al proceso judicial porque se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, como podemos contemplar en el artículo 24 de la Constitución Española. Asimismo los ADR en general deben ser considerados como sistemas alternativos y complementarios a la jurisdicción, pero nunca excluyentes de la misma.

Martín Diz apunta que la mediación en su carácter complementario, supone una utilización: extraprocesal (no tiene relación temporal con el proceso judicial), preprocesal (cuando las partes han tomado como primera opción la mediación y esto no haya resultado fructífero y con este resultado no exista ninguna salida más que optar por el proceso judicial), intraprocesal (cuando se inició el proceso mediante un proceso judicial y se suspende para intentar solucionarlo a través de la mediación, esperando los resultados de la mediación) y postprocesal (para la resoluciones de las diferencias que pueden existir entre las personas en cuanto a contenido, extensión o forma de cumplimiento de la resolución judicial previa)¹⁷.

5. Principios de la mediación

En el apartado siguiente se expone los principios fundamentales de la mediación como posible complemento de la administración de la justicia en la resolución extrajudicial de conflicto.

¹⁷ Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 66

Igualdad de partes

El principio fundamental de la mediación es la igualdad de partes. La mediación debe producirse cuando ambos/as están en una situación de igualdad, donde no exista una situación de dominación, predominio, preponderancia o imposición de una parte sobre la otra. Si llega a existir una superioridad de una parte hacia la otra, de ningún modo, puede existir un procedimiento de mediación válido.

Al iniciar el procedimiento de mediación, las partes tendrán que firmar un acuerdo de voluntades, donde las partes muestran su voluntad en solucionar su problema, en ceder a un cambio, en buscar una solución donde ambas salgan ganando. A partir del momento que una persona ejerce algún tipo de poder, bien sea físico o psíquico, la otra persona ya esta, en inferioridad, ya no existe igualdad y la mediación ha quedado desnaturalizada y es inviable.

Voluntariedad

La mediación es un proceso completa y absolutamente voluntario para todos sus intervinientes. En materia penal así lo ha de ser para el acusado, para la víctima y para el mediador. La obligatoriedad a este recurso podría llevar a que las partes omitiesen sus opiniones, sentimientos, se ven compelidos a resolver un conflicto a través de una vida no deseada lo que haría inviable cualquier discusión.

Los implicados son los que deciden si se sienten capaces, o no, para afrontar este problema a través del dialogo, de una forma pacífica. Éstos pueden abandonar libremente el proceso de mediación en cualquier momento, sin que se sientan presionados, ni recibirán sanción o reproche alguno por ello.

El proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España menciona la voluntariedad y libre disposición, en el artículo 7, como uno de los principios informadores de la mediación, ya que “la mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal; cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez

o existencia del contrato en el que conste; nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

Además también es voluntario para el mediador, en el sentido de que éste puede sentirse incomodo con el procedimiento por algún motivo personal y abandonarlo, o no aceptar el procedimiento de mediación y poder renunciar y derivarlo a otro mediador.

Vasconcelos Sousa menciona que “Un juez, un estatuto o un contrato, pueden obligar a las partes a que se encuentren en sesión de mediación, pero nada las obliga a llegar a un acuerdo o, en muchas circunstancias, nada las obliga a que se interesen y se impliquen sinceramente en el proceso de búsqueda de solución”¹⁸. En este sentido estoy de acuerdo con la opinión de Vasconcelos, ya que son los propios implicados quienes deciden o no el tipo de solución a su conflicto, bien sea a través de un proceso judicial o de un medio extrajudicial. No obstante, cabe matizar que normalmente si se inicia el proceso judicial en todo en caso el juez propone la solución de la controversia; pero si a algunas de las partes implicadas no le interesa, en ningún momento tendrá la obligación de aceptar la solución a su conflicto mediante la mediación.

En este sentido, es impensable que cualquier tipo de ADR tenga un requisito como la obligatoriedad.

Confidencialidad

Otro principio que se observa en el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles es la confidencialidad, en cuanto al procedimiento y a la documentación, como entendemos según el artículo 10.1 “El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”. También nos garantiza la confidencialidad del procedimiento y de su contenido “Se garantiza la confidencialidad de la mediación y de su contenido, de forma que ni los mediadores, ni las personas que participen en el procedimiento de mediación estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo,

¹⁸Vid: Vasconcelos Sousa, J., Mediação, Quimera, Lisboa, 2002, pág. 33

excepto: cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación y cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal ”.

La mediación es un proceso privado y confidencial, en el que se puede hablar de todo, de sentimientos, de problemas, de daños, etc. pero con la condición de que lo que se trate en el procedimiento., entre las partes del conflicto y el mediador no trascienda fuera del mismo ni a otras personas.

Esta característica es básica, y se ve patente ya en una primera fase de la mediación, es decir, en el acuerdo que los interesados firman en la premediación. Esta confidencialidad va a ser un deber para el mediador y una obligación para las partes implicadas de no desvelar la información manejada en el transcurso de la misma, incluso cuando las partes implicadas resuelven terminar su conflicto a través del medio judicial y abandonan la mediación.

Como se puede contemplar en el Código Europeo de Conducta para Mediadores, esté expone que “el mediador debe preservar la confidencialidad de todas las informaciones tratadas en la mediación o a ésta vinculadas, incluyendo el hecho de que la mediación va a realizarse o ya ha sido realizada, a menos que se vea obligado a revelarlas por motivos legales o de orden público”.

De este modo, en el caso de no llegar a ningún acuerdo, las partes implicadas desisten de revelar y utilizar la información expuesta en la mediación en una eventual y posterior vía judicial, o sea, no se puede utilizar lo que han manifestado como prueba en un juicio.

Esta característica abre muchas líneas para el debate en términos de mediación penal, y si se llega a implantar en España, sería de bastante interés. Pienso que si se llega a implantar la mediación penal en España, esta característica debería existir ya que es fundamental para que el proceso de mediación tenga éxito. Sin embargo, siempre deja muchas dudas ya que podría facilitar bastante la resolución del conflicto cuando existe la intervención de otros profesionales, como puede ser una psicóloga, una trabajadora social, o incluso en el caso de que más tarde la resolución no sea de una manera extrajudicial. Además puede suponer fricciones con derechos fundamentales procesales tan relevantes como el derecho a la presunción de inocencia.

Flexibilidad e Informalidad

La mediación es un método flexible e informal. Flexible porque adapta, en cada supuesto concreto, a las diversas necesidades que van surgiendo. Esta flexibilidad se hace visible en cada sesión de mediación ya que van surgiendo otros conflictos o dudas, que desde un principio ni siquiera se sabía que existían. A medida que va avanzando todo el proceso van apareciendo otras opiniones e intereses que no se habían planteado antes, por eso es un proceso flexible que debe adaptarse a las circunstancias y al momento en que el conflicto va siendo abordado.

Paralelo a la flexibilidad está la informalidad del procedimiento. La informalidad de la mediación se contrapone a la formalidad de un proceso judicial. No es que la mediación no tenga reglas, sí las tiene, pero las partes cuando intervienen exponen los hechos, y de fondo siempre se transmiten sus sentimientos y deseos, mientras que en el proceso judicial las reglas son más precisas y estrictas y no hay margen para actuar o intervenir de otra forma que no se la prevista en la ley.

Características como la flexibilidad y la informalidad son cruciales en un proceso de mediación en el sentido de que los mediados van a sentir un clima positivo, donde podrán manifestar libremente sus intereses y necesidades sin que exista la formalidad y rigidez de un proceso judicial.

6. Procedimiento de la mediación

6.1. Participantes en el procedimiento de mediación

Antes de desarrollar el funcionamiento del proceso de mediación, resulta adecuado fijarse en las personas que participan en este proceso, que no son las mismas que participan en el contrato de mediación.

Las partes que participan directamente en el proceso son el mediador y las partes directamente enfrentadas en el conflicto. El mediador tiene como función “guiar el

proceso y tratar de construir una comunicación efectiva entre las partes en conflicto que les permita alcanzar por sí mismas la solución al mismo.”¹⁹

Cercano a estos últimos, se debe tener en consideración a las partes indirectamente involucradas en el conflicto que son “aquellas que si bien no tienen un interés directo y legítimo o protegible jurídicamente, participan en el mismo sosteniendo o alimentando la posición de las partes directamente enfrentadas” (Marta Carrasco Blanco).

Una de las bases fundamentales de la mediación es que se resuelva mediante una participación directa y activa de los mediados pero no implica que no participen terceras personas en el proceso, con una implicación de estos más reducida, y siempre y cuando el mediador apruebe y considere conveniente su participación en el procedimiento. Estas terceras personas no podrán participar en ninguna decisión, de manera que su participación sea complementaria y no decisoria.

Es necesario que el mediador tenga conocimiento de la existencia de personas que se encuentran indirectamente involucradas en el conflicto, y la relación que éstos tienen con los mediados porque puede influir en que las partes implicadas tengan un verdadero equilibrio en la negociación. Este es caso de los hijos, los abogados²⁰, peritos o personas expertas en el sector de la actividad objeto de conflicto, etc.

6.2. Derechos y deberes de las partes en la mediación

A continuación se exponen los derechos y deberes de las partes en la mediación. En el apartado anterior se han detallado las partes que participan en el proceso de mediación. Para participar directamente o indirectamente en un proceso de mediación, cualquier persona va a tener siempre una serie de derechos y correlativamente asumirá algunas obligaciones.

¹⁹Vid: Carrasco Blanco, M., “Mediación y sistemas alternativos...”, Cit. pág. 183

²⁰ El papel de un abogado en un proceso de mediación es muy diferente a la participación que puede tener en un proceso judicial. Su función en este proceso va a consistir en algunas asistencias, recomendaciones u orientaciones técnico- jurídicas en el procedimiento de mediación, así como en la representación de los intereses de su cliente fuera del proceso de mediación. El apoyo del abogado supone una ayuda tanto para los mediados como para el mediador. Para los mediados porque tendrán asesoramiento y el mediador no tendrá que renunciar a ese apoyo a las partes porque no puede proporcionar ese tipo de asesoría para mantener su debida imparcialidad.

Derechos de las partes

Se detallan los derechos de las partes de una forma bastante amplia porque no existe normativa estatal en vigor acerca de la mediación en general, no obstante, si existe normativa autonómica, por ejemplo respeto a la mediación familiar.

Referente a los derechos de los implicados en la mediación podemos reflejar:

- Derecho de información: los sujetos que intervienen en la mediación deberán tener derecho a toda la información respecto a la mediación, es decir, el funcionamiento, el procedimiento, desarrollo, gestión, coste de la misma, y a conocer previamente la lista del Registro de los mediadores inscritos y de los equipos de mediadores.
- Derecho a iniciar el procedimiento de mediación: todo el proceso de mediación se rige por la voluntariedad de las partes, es decir, los mediados tienen el derecho de iniciar la mediación, así como desistir del procedimiento cuando les interese.
- Derecho a la gratuidad de la mediación: la mediación puede ser gratuita para aquellas personas que acrediten falta de recursos económicos. Como se ha mencionado anteriormente considero que además debe ser gratuita, en el caso, de que se instaure la mediación penal para las víctimas.
- Derecho a la elección del mediador: las partes pueden elegir, estando de acuerdo, al mediador. Inclusive pueden cambiar de mediador, en el caso de que ambas partes no estén de acuerdo con su actuación. Sin embargo, en una mediación totalmente gratuita, quien designaría al mediador serían los órganos competentes. Pienso que el mediador debería ser elegido a través de éstos, ya que serían seleccionados con un orden más aleatorio e imparcial. En el caso de que sean las partes quienes lo elijan, siempre puede existir la idea de que no quieren porque una de las partes pueda haber gozado de algún tipo de privilegio a la hora de elegir al mediador.
- Derecho a una mediación legal: en esta acepción se englobarían todos los principios que he citado anteriormente, el cumplimiento de procedimiento del mediador y los principios en relación con el correcto y adecuado tratamiento de

las partes, por parte del mediador y del contrario durante el procedimiento de mediación.²¹

- Una clausula final de cierre, como nos refiere Martín Diz, “suele incluirse, por la cual se deja abierta la posibilidad de considerar reconocido a las partes <<cualquier otro derecho>> establecido en la norma reguladora de la mediación que sea aplicable al conflicto o en su normativa de desarrollo”²²

Deberes de los implicados

Los derechos que puede disfrutar una persona tiene siempre el otro lado, que son los deberes que han de atender. De ahí que los deberes que voy a mencionar tienen una relación con los derechos ya referidos.

- Deber de actuar de una manera correcta en el procedimiento de mediación: como hemos anticipado las partes sí optan por un proceso de mediación, es porque voluntariamente lo han elegido, por eso las partes tienen que proporcionar toda la información necesaria: buena voluntad, respetar las reglas del procedimiento, respetar a todas las personas que forman parte de este procedimiento (mediador, el otro mediado, y si existen las personas que indirectamente participan en la mediación) y respetar el acuerdo de las partes.
- Deber de costear los gastos de la mediación: cada uno tendrá que asumir lo que le sea atribuido para abonar los costes de todo el proceso.

6.3. Etapas de la mediación

Como he mencionado anteriormente, la mediación es un sistema de solución de conflictos que se basa en la flexibilidad e informalidad. Aunque este procedimiento tiene como principios estas características no deja de tener unas etapas en su desarrollo.

²¹Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 100

²²Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 101

Como nos manifiesta Martín Diz acerca del desarrollo del proceso “en la mediación, el ritmo y el rumbo de las actuaciones queda absolutamente en manos de las partes y de las posibles orientaciones y propuestas del mediador”²³, una situación que dificulta estructurar de forma predefinida sus etapas. Pero este sistema de solución de conflictos no deja de componerse por tres etapas, como la premediación, la mediación y la postmediación.

Este procedimiento además cambia según el tipo de mediación, bien sea laboral, penal, familiar, juvenil, etc., conforme el tipo de entidad que lo promueva (privada o pública), y las particularidades de la materia en conflicto y del caso concreto.

Según Luquin Bergareche este procedimiento se puede iniciar de muchas maneras, puede ser que sean las propias partes quienes acudan a la mediación con el propósito de conocer “personalmente las ventajas de esta metodología de resolución de conflictos y los efectos que está logrando, o por recomendación o derivación de alguna otra persona que haya pasado por esta experiencia”²⁴, e incluso por remisión legal si así se estableciese.

Lo normal es que sea una de las partes implicadas la que recurra a este método extrajudicial de resolver el conflicto, en este caso el procedimiento es más complejo en la medida que, como menciona Luquin Bergareche, “se hace necesario organizar de la mejor manera posible este delicado e importante momento que es el contacto con la otra parte para que <<se anime>> a participar en un proceso que quizá no conozca y que, en todo caso, le suscitará lógicas reticencias al provenir de la parte con la que tiene un conflicto abierto y de la que, a priori al menos, desconfía”.²⁵

Aunque el procedimiento se inicie, o bien, por ambas partes, o bien porque uno de los implicados quiera recurrir a este método, la mediación propiamente dicha va estar orientada por las tres fases que a continuación expongo:

²³Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 104

²⁴Vid: Luquin Bergareche, R., Teoría y práctica de la mediación familiar y extrajudicial en España. Thomson. Pamplona, 2007, pág. 127

²⁵Vid: Luquin Bergareche, R., “Teoría y práctica de la mediación...”, Cit. pág. 128

Premediación

La premediación es la técnica preliminar y preparatoria que se utiliza antes de la mediación.

Esta primera fase del procedimiento de mediación se divide en dos apartados. En una primera etapa, las partes intervinientes tienen que dar su consentimiento para la celebración de la mediación, mediante un acuerdo o un contrato, y en una segunda parte, el mediador explica a los mediados sus funciones y todo el procedimiento de la mediación, así como su tramitación.

La primera etapa supone un primer contacto con las partes, por eso es importante que el mediador cree un clima de empatía. Por otro lado, desde un principio, tiene que dejar claro que es un procedimiento voluntario y que las partes pueden desistir siempre que lo deseen, este punto es bastante importante porque de cierta manera ya está dejando espacio y tranquilidad a la persona que no ha solicitado la mediación, o cuando los mediados la siguen por la mediación intrajudicial.

En cuanto a la segunda parte de esta primera fase, Lucía García García nos alude a las funciones del mediador en esta primera fase²⁶, indicando las siguientes:

- El protagonismo del mediador (coordinando y dirigiendo el procedimiento pero sin imponer una solución para la controversia)
- La declaración de imparcialidad del mediador, en sus relaciones con cada una de las partes.
- La definición de los parámetros de confidencialidad, advirtiendo que las conversaciones mantenidas con una de las partes, en una sesión privada, no serán reveladas a la otra sin autorización expresa. Además, solicitará a cada una de las partes que le digan, de forma explícita, lo que no les interesa que sea revelado a la otra parte.

²⁶Vid: García García, L., *Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 171-172

Con respecto al procedimiento de mediación el mediador tendrá que esclarecer:

- La duración de las sesiones (la duración y el número de las sesiones es variable, dependiendo del tipo de conflicto y de los propios mediados)
- Es él el conductor del procedimiento y ejercerá el control del mismo (organiza reuniones, maneja tiempos, dispone de las sesiones)
- Establecerá unas reglas de comportamiento (respeto mutuo)

Una vez terminada esta primera fase preliminar y habiendo explicado a los mediados sus funciones, el procedimiento de mediación y la tramitación del mismo; aclararé todas las dudas de las partes y fomentaré la confianza en el mediador y si están conformes se pasaría a la siguiente fase: la mediación.

Mediación

La mediación propiamente dicha se empezaría a realizar tras la premediación y la finalidad de ésta es buscar un acuerdo, una solución. Martín Diz expone que “estaríamos en disposición de realizar y efectuar la mediación en sentido estricto, esto es: la fijación del conflicto, la intervención de los mediados y el mediador, la identificación de puntos de convergencia y divergencia en la disputa, la propuesta de soluciones, y, en el mejor de los casos, la formalización del acuerdo entre las partes que pone fin a la controversia.”²⁷

En algunos casos, la fase preliminar no viene seguida inmediatamente a la mediación, existiendo así un tiempo, que según algunos autores sirve para reflexionar acerca del procedimiento. No obstante, pienso que apenas se han hablado de los conflictos, no se han postulado soluciones, no se ha discutido ningún motivo para que las personas piensen en si quieren o no seguir con la mediación, solo en el caso de que sean los propios involucrados quienes lo pidan. Además no olvidemos que cuando los mediados no estén conformes con la mediación, podrán desistir en cualquier momento. Pienso que cuando se inicie el procedimiento de mediación, y se empiece a trabajar acerca de los conflictos, no estaría de más que entre cada sesión de mediación existiera

²⁷Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 111

un lapso de tiempo para que las partes piensen y mediten acerca de los problemas y de sus posibles soluciones.

Siguiendo el planteamiento del “procedimiento del mediador” de Galeote Muñoz, el mediador tendrá que trabajar sobre dos aspectos en el conflicto, el conflicto manifiesto y el conflicto latente. El conflicto manifiesto es aquél que nos indica cuál es el conflicto, mientras que el conflicto latente, es aquel que se observa tras el diálisis del primer aspecto y que hará que el mediador sitúe el conflicto y le permita elegir la técnica más adecuada para desarrollar esta segunda etapa.²⁸

Según esta autora, este procedimiento estaría organizado en tres fases: la fase de preparación, la fase de debate y por último la fase final.

La primera fase, la fase de preparación, tiene el siguiente orden:

- I. Tomar contacto y analizar el asunto para obtener información acerca del conflicto.
- II. Tendrá que prepararse y realizarse la primera entrevista personal con los mediados que conviene que sea de forma individual, para que el mediador pueda conocer los problemas, los motivos, la posición de cada parte, los sentimientos, etc.
- III. Se realiza la primera sesión de mediación, con ambas partes. En este primer contacto es importante que se haga un recorrido sobre toda la información obtenida, para constatar con ellos si el asunto está bien planteado, o si desean ampliar más información.

Después de realizar estas tareas, se accede a la segunda fase del procedimiento, la fase de debate. Esta fase está integrada por: un encuentro inicial convocado por el mediador donde expone todas las cuestiones relacionadas con el procedimiento, es un resumen de lo acordado en la premediación; un relato de las partes donde “el mediador solicitara, por separado, a cada una de las partes que exponga su postura, argumentos, razones y motivos respecto de los hechos en conflicto y de sus consecuencias, así como sus posibles deseos de solución y necesidades al respecto, para ir conformando una idea

²⁸ Vid: Galeote Muñoz, M.P., La mediación in Sistemas de Solución extrajudicial de conflictos, coord. Rafael Hinojosa Segovia, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 77 y ss.

de los intereses de cada parte y de las posibles salidas y puntos de convergencia hacia los cuales pueden ir conduciendo las partes”²⁹, elaboración de cronograma de los problemas a resolver, así como de las metas y las estrategias que pueden ayudar a solucionar el conflicto y por último el mediador va a crear plantear otro escenario diferente, de manera que las partes van a intentar conseguir una solución que satisfaga los intereses de todos.

Y por fin llegaría la fase final, donde los mediados, poco a poco y con la labor del mediador (guiar a las partes a través de su habilidad profesional), pueden haber llegado a una solución donde los implicados han realizado una propuesta común, satisfactoria, agradable, provechosa para ambas partes.

Postmediación

La Postmediación es la última fase de todo el procedimiento de mediación, que se basa en el seguimiento por parte del mediador de los acuerdos alcanzados durante el mismo. Normalmente pueden hacerse estos controles cuando el mediador crea conveniente, pero habitualmente se realizan, a los 3 meses y al año.

Pienso que esta fase es bastante importante y que se debería conceder el valor que realmente tiene, porque en la mediación las personas van cediendo poco a poco a un acuerdo, van analizando lo que ganan y lo que pierden, no obstante las partes van terminarla si hay acuerdo, con derechos y obligaciones por eso la postmediación es importante para averiguar si estos van a ser cumplidos o no, incluso en el caso de que no lo sean, hablar con las partes y recordarles el acuerdo que han firmado, e incluso las posibilidades de que se ejecute forzosamente.

En el caso de que esta fase no existiera, no habría manera de controlar si los implicados van a actuar conforme a lo que han asumido, en el caso que no lo hicieron, podría conllevar que las personas que intentaron resolver sus controversias mediante este sistema y no les haya solucionado el problema, o que el acuerdo no se cumpla, piensen que este método no sea viable para la resolución de un conflicto, lo cual va

²⁹Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 119

claramente en detenimiento de la propia mediación y de la confianza de los ciudadanos en la misma.

6.4. Motivos para la finalización de la mediación

El logro que se puede obtener del procedimiento de mediación es que ambas partes consigan llegar a un acuerdo, y que ambas se queden satisfechas del acuerdo que han conseguido. En este caso, estaríamos ante una mediación eficaz.

Sin embargo, no siempre es así y existen numerosas situaciones que provocan que este procedimiento no termine con el grado de satisfacción más óptimo.

La mediación puede llegar a su finalización porque los implicados no han logrado formalizar un acuerdo o cuando se ha determinado que la resolución del conflicto se va realizar mediante un proceso judicial.

También serian causas para terminar la mediación la falta de colaboración, la inasistencia injustificada a las sesiones o el incumplimiento de las obligaciones o del procedimiento establecido por alguna de las partes en el desarrollo de la mediación (Martín Diz)³⁰.

Igualmente se puede terminar la mediación porque una de las partes o incluso todas las partes, abandonan este método de resolución y prefieren otra vía para solucionar su conflicto. También en el caso de que el mediador, por alguna razón justificada, decida poner fin anticipadamente al procedimiento.

Serian causas de terminación con el procedimiento de mediación, según el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones... bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento...o cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.” (Artículo 23).

³⁰Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 124

Éstos podrían ser los factores para terminar con el procedimiento de mediación. Pienso que se podría intentar resolver un conflicto a través de la mediación porque nos deja espacio y lugar para poder solucionar más conflictos de los que se pueden resolver mediante el jurisdiccional, pero que en ningún caso, a priori, garantiza llegar a solucionar satisfactoriamente el conflicto.

6.5. Eficacia del acuerdo

Las partes cuando llegan a un acuerdo en el procedimiento de mediación es todo un triunfo, sin embargo ¿hasta qué punto el acuerdo tiene o no eficacia?

Ésta es la pregunta fundamental que se harán todos los ciudadanos cuando prefieren resolver sus conflictos mediante esta intervención en España. Digo en España porque aquí se carece de normativa legal que incorpore la mediación como un sistema extrajudicial y complementario de la jurisdicción bajo la tutela de administraciones y órganos públicos, lo que ofrecería a los ciudadanos una mayor efectividad en cualquier método alternativo de resolución de conflictos, como es la mediación. No obstante, en estos momentos está para aprobarse un proyecto de ley, en materia de mediación civil y mercantil, en que dará eficacia a este procedimiento siempre y cuando sean en las materias que he mencionado.

Sin embargo hasta que este proyecto de Ley sea publicado, la eficacia de la mediación se mide a través de la buena fe y voluntad de cada persona en resolver el conflicto y como ya he mencionado anteriormente, las personas después del terminar con el procedimiento de mediación se pueden “olvidar” del acuerdo establecido y al no tener una validación judicial todavía será más fácil la no ejecución del mismo y su incumplimiento.

6.6. Coste de la mediación

Todo lo que engloba el procedimiento de mediación supone un coste, como los servicios del mediador, cuando participan terceros (como peritos, expertos), posibles

documentos públicos (escrituras públicas, acta final, etc.), gastos relacionados con la gestión de la mediación (como el material tangible y los lugares de realización de la mediación, desplazamientos...).

A pesar de todo este coste jamás va a tener la misma proporción al coste que requiere un proceso jurisdiccional. Sin embargo, debido a la inexistencia de regulación en estas materias, como mencionaba en el apartado supone que estos métodos se utilicen más en el ámbito privado, lo que origina que no sean tan utilizados ya que supone un coste individual a cada persona.

Mediante lo expuesto considero que el legislador, además de mirar por la rapidez con la que se podría solucionar un conflicto y así descongestionar los procesos en los tribunales, debería también analizar los reducidos costes que supondría utilizar estas estrategias.

Aunque piense que el Estado debería regular todo el sistema de mediación, y los costes se reduzcan para el Estado, no dejo de considerar que las personas que están involucradas no tengan que costear el procedimiento, pero con la condición de que ese coste sería inferior al de un proceso judicial y mucho más asumible para cualquier ciudadano.

Opino que el procedimiento de mediación debería tener un coste diferente para cada parte, por ejemplo, en el caso de la mediación laboral no es lo mismo la empresa, cuando esta sea la responsable de que el trabajador que esté siendo víctima de algún fraude, como tampoco es igual en la mediación penal, es decir, la víctima que el agresor.

No obstante el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aborda el tema del coste del procedimiento de la siguiente forma: “El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario; tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado” (artículo 16).

7. El mediador

7.1. Concepto y Habilidades del mediador

Un proceso de mediación, jamás podría ser considerado como tal sin que se realce la figura del mediador, sus funciones, habilidades, características, etc.

Según Ordoñez Triañes el mediador o la mediadora es como “esa figura intermediaria entre las partes en conflicto, cuya misión en dicho proceso consiste en actuar como hilo conductor, facilitando el surgimiento de alternativas y propuestas de las partes implicadas para solucionar, así como gestionar los posibles obstáculos que se encuentren durante el proceso”³¹.

En cuanto a la intervención del mediador en la solución del conflicto en el sistema de mediación, se podrá afirmar que es un sistema autocompositivo, ya que la controversia es resuelta por las propias partes y el mediador no emite ninguna opinión, no participa directamente en la solución del conflicto.

En concordancia con lo expuesto la función del mediador se limita a dirigir las partes del conflicto y a supervisar el procedimiento de mediación. No obstante, éste tiene habilidades que pueden hacer que todo el procedimiento de mediación tenga un cierto orden y que los propios mediados sientan confianza para poder transmitir sus necesidades y sentimientos. Esta confianza es importante que se adquiera desde el primer contacto, la primera entrevista, ya que puede ser decisivo para que los mediados opten por esta vía alternativa de solución a sus controversias o simplemente elegir la vía judicial.

El mediador tendrá que aplicar la escucha activa para poder conocer, identificar y valorar todos los intereses de las partes que en ocasiones no se encuentran visibles o claramente expuestos. Esta cualidad es vital en este procedimiento ya que es necesario que entienda los sentimientos, las dificultades, los problemas que se encuentran invisibles entre los implicados y así poder ir adquiriendo su confianza. La confianza de

³¹Vid: Ordoñez Triañes, D., La mediación en España, En Souto Galván, E. (coord.), “La mediación...”, Cit. pág.61

las partes es esencial en todo el proceso ya que sin ella puede que todo el pcto. de mediación sea muy superficial, es decir, todo puede ser analizado y resuelto sobre una base muy fría, donde aparentemente se resuelve el problema pero no en su profundidad, sin analizar lo que se encuentra realmente bajo ese conflicto, que en ocasiones puede ser incluso más grave que el propio conflicto en sí, y de esta forma estaríamos actuando como en un proceso judicial, sin ninguna ventaja especialmente de tipo personal, a través del procedimiento de mediación.

Además de esta gran habilidad (escucha activa), el mediador tendrá que poseer muchas otras, como la capacidad de gestionar la diversidad (de gestionar la complejidad), la capacidad de tomar decisiones con escasa información (gestionar la incertidumbre), la capacidad de convicción (habilidades en negociación y persuasión), capacidades de conseguir objetivos en ambientes de tensión, de rendir bajo presión (habilidad en mantener el equilibrio personal), capacidad para gestionar las situaciones de tensión/ explosión emocional ³².

7.1.1. Saber preguntar

El mediador necesita saber comunicar, necesita dominar perfectamente el arte de preguntar, de saber cómo preguntar y saber qué tipo de preguntas tendrá que hacer ya que estas son la base para adquirir una mayor información acerca de los problemas y para fomentar o no la relación de confianza con los mediados.

Los tipos de preguntas pueden ser abiertas o cerradas. Las preguntas abiertas son bastante dispersas o amplias y dejan espacio a que las respuestas ofrezcan opiniones, pensamientos, sentimientos de los mediados, donde se puedan expresar con total libertad. Mientras que las preguntas cerradas son restrictivas con respeto a la contestación, no dejan la oportunidad para grandes y explícitas contestaciones (sí o no) y que muchas de las veces ya van con la respuesta, como por ejemplo ¿usted, se siente

³²Vid: Ordeñez Triañes, D., La mediación en España, En Souto Galván, E., “La mediación...”, Cit. pág.63

culpable, no? Además de que en esta pregunta ya se encuentra explícita la respuesta, el mediado se va a sentir atacado y puede que el mediador no le transmita confianza.

Además también existen las preguntas circulares, que se basan en que cada parte explique al mediador lo que imagina que la otra parte siente o piensa en determinada cuestión lo que conlleva a que los mediados interpreten lo que cada uno siente por el otro y la percepción de la realidad, de los conflictos. De esta forma facilita al mediador a que las partes intenten entender las ideas del otro y así poder terminar con el conflicto, ya que éste se sustenta en que existen dos partes que tienen dos opiniones diferentes de la misma realidad.

7.2. Principios de actuación del mediador

Hablar de los principios de actuación del mediador es resaltar en cierto modo algunos de los principios de la mediación, ya que éste, como interviniente tendrá que someterse a los mismos principios, como la neutralidad, la imparcialidad, la confidencialidad, etc.

Neutralidad

El mediador tendrá que saber distinguir muy bien entre intervenir en el proceso y ser neutral con el resultado de la controversia.

Como expone Marta Blanco Carrasco la neutralidad es aquel “principio que impide al mediador imponer un determinado acuerdo ni orientar a las partes a acuerdos que se correspondan con su propia escala de valores”³³.

Al mediador, durante todo el proceso de mediación, se le prohíbe imponer soluciones, jamás deberá traspasar sus ideales, pensamientos en cuanto al procedimiento. Su función se basa en respetar los ideales de los mediados y lo que quieran como solución a sus conflictos y no lo que el mediador entienda como la mejor solución.

³³Vid: Carrasco Blanco, M., “Mediación y sistemas alternativos...”, Cit. 174

Imparcialidad

Al referirnos al principio de imparcialidad del mediador, sustentamos que éste no podrá tener ningún tipo de relación con las partes, bien sea directa o indirecta ni con la controversia que dirimen. No va a poner de manifiesto los intereses de ninguna de las partes ya que cuando éste tenga algún tipo de relación con ellos, o con el conflicto, se deberá abstener del proceso.

El proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el artículo 14, nombra y valora este principio ya que el “mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad”. Además antes de que el procedimiento se inicie tendrá la obligación de relevar cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad. Tales circunstancias podrían englobarse: “todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.”

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Confidencialidad

Este principio se basa en que tanto las partes como el mediador tendrán la obligación de guardar secreto y reserva de todo lo tratado antes, durante y después del procedimiento de mediación y que esté directamente relacionado con el desarrollo de esa mediación y las informaciones y cuestiones relativas al conflicto que se hayan puesto de manifiesto.

Esta obligación de secreto garantiza a las partes que el mediador no podrá ser llamado en un juicio como testigo, prohibiendo que informe de las propuestas,

opiniones, declaraciones o confesiones tratadas en la mediación. Sin embargo, normativas internacionales³⁴ y nacionales han resaltado que esta obligación tendrá que tener unos límites, como en los casos de que ambas partes lo consientan expresamente, o existe un peligro para la integridad física o psicológica ajena a la persona o si comparte una amenaza para la vida de una persona o si la información puede constituir un posible hecho delictivo.

7.3. Derechos y Deberes del mediador

En el primer apartado de este capítulo he subrayado los derechos y deberes de las partes implicadas en el procedimiento de mediación y a continuación voy a plantear lo que podrían ser los derechos y deberes del mediador. Para empezar me gustaría hacer hincapié en que en España los mediadores carecen de un Estatuto profesional del mediador que sea regulado en el ámbito nacional. Debido a la inexistencia de estos estatutos del mediador podemos afirmar que no existe una regulación con respecto a todo lo indispensable en ejercicio de esta profesión, como su formación, el acceso a la profesión, derechos, deberes, responsabilidades, compromisos, etc. lo que según mi opinión dificulta bastante considerar cuál sería el mediador más adecuado para ciertos temas y la eficacia del procedimiento, así como que podría conllevar a no creer que este método sea eficiente al no estar suficientemente regulado. Creo que cada mediador debería tener una formación específica según el tipo de mediación que ejerza (en razón de las materias de los conflictos que vaya a gestionar), ya que un mediador escolar no tendrá que tener los mismos conocimientos, preparación y habilidades que un mediador penal.

Aunque todavía no se encuentre regulada en el ámbito estatal la mediación, de momento se encuentra en estudio en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en lo cual abordan en el capítulo III, el

³⁴Como podemos observar en la R (98) 1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre mediación familiar, en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, en la Directiva del Parlamento Europeo, en el Código de Conducta Europeo para los mediadores.

estatuto del mediador, en cuanto a las condiciones para ejercer de mediador (artículo 12), actuación del mediador (artículo 14), responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación en el artículo 15.

No obstante, debido a esta carencia de regulación, me voy a centrar en la propuesta que Martín Diz nos revela en relación de lo que debería contener este estatuto del mediador respecto a los derechos y deberes del mediador.

En relación a los derechos nos remite a la libertad para aceptar o renunciar a iniciar una mediación, recibir sus honorarios por su trabajo, solicitar asesoramiento a expertos o especialistas así como a otros miembros del equipo mediador, actuar con libertad e independencia, recibir toda la información, tanto de las partes como de otros profesionales respecto al proceso, y que éste pueda terminar con la mediación cuando vea y justifique que no va a ser fructífera. Con respecto a los deberes del mediador Martín Diz, lo divide en: deberes ante las partes, deberes en el procedimiento de mediación y deberes ante las instituciones o entidades públicas o privadas de mediación³⁵.

7.4. Perfil profesional: Formación del mediador

El mediador aparece como una nueva actividad profesional, que no es exclusivamente jurídica, pero que todavía no se sabe donde englobar en términos de formación. No obstante, opino que deberá tener unos sólidos y amplios conocimientos jurídicos.

En el Estado de EE.UU (Florida) y Argentina la figura del mediador se encuentra en sus universidades dentro de lo que se incluye en los estudios de medios alternativos de resolución de conflictos, un buen camino, considero, para que se creen profesionales eficaces.

³⁵ Si el lector desea tener más información acerca de lo que este autor considera que deberían ser los deberes expuestos en los Estatutos de mediadores. Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 181 y ss.

Desde un principio, quiero dejar bien claro mi opinión, los mediadores deberían tener formación universitaria base (diplomatura, licenciatura o grado) y además una especialización, por ejemplo, un posgrado en mediación en un ámbito general o en la mediación específica que se quiera trabajar. Hablo de un posgrado porque se imparten formaciones de apenas 300 horas que permiten la inscripción del interesado/a en el registro de mediadores, como está ocurriendo en algunas comunidades autónomas de España. Entonces mi duda es, ¿todas estas personas son aptas para poder ejercer de mediadores o mediadoras? Por ejemplo, si en un futuro, que espero que sea breve, se llega a implantar la mediación penal pienso que para ejercer como tal debería tener un grado que proporcionara unos conocimientos básicos jurídicos y además un posgrado en mediación penal. Lo que no me parece aceptable es que alguien estudie ciencias ambientales y haga un curso de 300 horas de mediador familiar y ejerza como tal, porque pienso que además de que sus estudios universitarios de origen no están orientados a esta salida profesional, el curso de 300 horas tampoco le va proporcionar toda la formación suficiente para poder a ejercer de mediador o mediadora de una manera correcta.

En España, con base en la normativa de mediación familiar, por lo general, los profesionales que se dediquen a la mediación deberán tener formación en licenciaturas de derecho, psicología, trabajo social, educador social y pedagogía y además haber cursado estudios específicos en sistemas alternativos de resolución de conflictos y técnicas de mediación.

Esta inexistencia de normativa común acerca de la formación, acuerdo a la profesión e inscripción en el registro oficial como mediador a nivel estatal provoca que cada Comunidad actúe de una manera diferente con las consiguientes disfunciones.

Por lo expuesto considero como una necesidad urgente la creación de una ley general estatal. No obstante, desde Abril ya se encuentra un Proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con vista a ser aprobado por el Congreso de los Diputados de Mediación.

Este Proyecto de ley regula en el artículo 12 las condiciones para ejercer de mediador, es decir, “podrán ejercer la función de mediación prevista en esta ley las personas naturales que cumplan los siguientes requisitos: hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso; estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior; tener

suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y figurar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación”.

Pienso que este proyecto de ley se queda corto en el sentido de que debería especificar más la formación específica y especializada que deberían tener el mediador.

Mediante este proyecto de ley, con la finalidad de su instauración a nivel estatal hará que las comunidades autónomas puedan adaptar a sus criterios, donde se desarrolle que orientación formativa de base tendrán que tener.

No obstante si critico la falta de normativa respecto a la formación, pienso que con esta normativa tampoco esclarece que tipo de formación complementaria debería poseer cada mediador.

7.4.1. Un mediador no es...

No es un juez

El juez juzga pero no media, según el artículo 117.3 de la CE la función exclusiva y excluyente del juez es “juzgar y hacer cumplir lo juzgado”. El juez juzga en el sentido de que las normas jurídicas para dar una solución a un problema y hace cumplir lo juzgado, en el sentido de que ordena el cumplimiento forzoso de lo por el revuelto, es decir, decide sobre el conflicto y vela por el cumplimiento de la resolución adoptada.

Mientras que el mediador no tendrá que ejecutar ninguna orden acerca del conflicto, es completamente neutral. El resultado del procedimiento de mediación es un acuerdo entre las partes en conflicto alcanzado por ellas mismas, quedando además a su libre y exclusiva voluntad atender lo pactado.

Estos planteamientos garantizan que en ningún momento el mediador podrá actuar como un juez, ni un juez como mediador.

Los implicados tendrán que saber distinguir entre la resolución de su conflicto mediante un proceso judicial y la posibilidad de acudir voluntariamente a un procedimiento de mediación.

No es un árbitro

Utilizo la figura del árbitro porque puede que existan dudas acerca de lo que es un árbitro o un mediador.

Un árbitro tiene, como un juez, una decisión en la solución del conflicto, pero con otras dimensiones. El mediador como refería antes no tiene la capacidad de dirigir el conflicto, inclusive en los ámbitos que se permite al mediador emitir una propuesta de solución del conflicto, como podemos observar en la mediación laboral, pero siempre son las partes quienes deciden o no si la propuesta que el mediador le ofrece les conviene o no.

Sin embargo, el árbitro tiene más similitudes con un juez que a un mediador, ya que un árbitro tiene la función de declarar la solución al conflicto.

En cuanto a las funciones del mediador se reducen a un facilitador de comunicación entre los mediados, podrá ofrecer soluciones pero que no son efectivas ya que son las partes quienes lo deciden.

Un árbitro tiene carácter heterocompositivo mientras que la mediación tiene un carácter autocompositivo. Es heterocompositivo puesto que es un tercero (árbitro) quien decide cual es la solución del conflicto, mientras que en la mediación la solución de la controversia es dada voluntariamente por las partes.

Los ciudadanos, cuando deciden optar por el arbitraje lo hacen en razón de que es un sistema alternativo al jurisdiccional y no es complementario como la mediación. El carácter complementario de la mediación permite que el juez pueda tener conocimiento de lo tratado en el proceso de mediación y además porque las partes siempre podrán cambiar de opinión, abandonar la mediación y resolver el conflicto a través del sistema jurisdicción.

Capítulo II: La Mediación Penal

Sumario:

1. Situación legal en España; 2. Principio de legalidad; 3. Principio de oportunidad; 4. Justicia Restaurativa versus Justicia Retributiva; 5. La búsqueda de la mediación penal a través de la Justicia Restaurativa; 6. Derecho comparado: mediación penal en Portugal; 7. Mediación penal en España; 7.1. Propuesta de mediación penal; 7.2. Posible marco legal de la mediación penal: ¿en qué delitos o faltas?

**“Sueño con un mundo donde haya un lugar donde
los conflictos puedan ser resueltos sin violencia,
sin castigo, por vías productivas”**

Laura Mirsky

1. Situación legal en España

Actualmente España no ve claro, una posible promulgación legal de la mediación penal, como sistema de resolución de controversias que sea complementario al proceso penal, por eso carece de una regulación legal general en cuanto a la mediación penal.

En el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España, menciona en el artículo 2.2, referente al ámbito de aplicación que “quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta ley: la mediación penal; la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. España demuestra que no tiene previsto legalizar la mediación penal en a nivel estatal.

Martín Diz nos indica que la mediación penal “no es un sistema de justicia penal legalmente contemplado en ninguna de las normas internas de nuestro estado. No hay por tanto, ni una ley específica de mediación penal, ni tampoco se encuentra regulada dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.³⁶

No obstante, no existe ninguna normativa legal que regule que la mediación penal es ilegal, sino que como comprobamos seguidamente, diferentes textos normativos europeos la sugieren y casi la imponen.

³⁶Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág.304

España carece de normativa en materia de mediación penal, pese a las recomendaciones internacionales y supranacionales, y no deja de lado sus ideales tradicionales al rechazar la posibilidad de una justicia restauradora.

Europa ya dio un paso al frente, como podemos observar en 1985 a través de la R (85) del Comité de Ministros del Consejo Europeo sobre la posición de la víctima en el ámbito del derecho penal y del proceso penal, donde recomendaba a los Estados miembros que analizaran las posibles ventajas de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Posteriormente la R (99) 19, del Consejo de Europa define la mediación penal como un proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un delito a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador. Establece que la legislación interna debe facilitar la mediación en estas materias, y así existir una guía del uso de la mediación que contenga las garantías fundamentales de los procedimientos (apartado III del apéndice, punto 6).

En el apartado IV, punto 14, nos señala que la participación en mediación no podrá ser usada como reconocimiento de culpabilidad en el procedimiento legal así como que las decisiones tomadas en función de acuerdos de mediación tendrán el mismo estatus que la decisión judicial y por tanto eliminan la persecución de los mismos hechos (apartado IV, punto 17).

A pesar de todas estas sugerencias para la implantación de la mediación penal, España, como estado miembro de la Unión Europea, y con base en la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, ya debería haber incluido la normativa necesaria para introducir en su legislación la mediación penal, ya que según el artículo 10 de la citada Decisión Marco: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”. “Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. De acuerdo con el artículo 17: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión Marco, plazo que expiró ya en marzo de 2006 y que España no ha atendido.

Según el artículo 1.e de esta Decisión marco, se entenderá por “mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”³⁷.

A nivel internacional, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985, podemos observar que se reclama que las víctimas han de participar más activamente en el proceso penal, señalando unos principios, que deberían predominar en los sistemas legales. En estos principios se encuentran los de la restitución y la compensación a las víctimas. Establece, además, que cuando proceda se utilizarán mecanismos para la solución de conflictos, incluidos la mediación... a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

2. El principio de legalidad

El principio de legalidad se encuentra contemplado en diversas leyes en España, como podemos observar, en lo que aquí importe, en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando nos señala que “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”. También la encontramos formulado en los artículos 24, 25, 53.2 y 106.1 CE.

Es decir, según el principio de legalidad la sanción penal tiene que ser impuesta mediante una resolución judicial, o sea, a través de una sentencia dictada por el órgano competente y mediante un proceso judicial dejando así excluido de cualquier posibilidad el ejercer otros tipo de métodos de resolución del conflicto de carácter penal, bien sean de forma privada o extrajudicial.

Según este principio vigente, se encuentra directamente excluida la idea de que se puede implementar la mediación penal como otro método de resolución a un conflicto, a

³⁷ Más información en: Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004).

no ser que se inicie una reforma global en materia penal, que según mi opinión es lo más beneficioso, tanto para la víctima como para el agresor, y que podría facilitar a ambos, siempre y cuando estén de acuerdo y la ley así lo contemple, otra manera más eficaz de resolver sus controversias de carácter penal.

3. Principio de oportunidad

Para que se pueda ampliar e implementar el principio de oportunidad lo primero que se tendría que hacer es reformar el principio de legalidad para que posteriormente se pueda aplicar el principio de oportunidad.

Ruiz Vadillo explica que “parece importante reafirmar el principio de legalidad como contrapuesto a arbitrariedad, expresión distinta al de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida en la ley y está sujeta a determinadas reglas se hace legalidad y su principio de aplicación es correcta y ortodoxa”³⁸. Es decir no duda si el principio de oportunidad es viable, si provoca desigualdad en la sociedad, si va en contra de otras leyes, si excluye o no los deberes del legislador, simplemente mantiene que mientras que no esté reglado tendrá todas estas características.

Son muchos los profesionales que se cuestionan la eficacia de este principio de oportunidad. Martín Diz interpreta que este principio puede derivar a una desigualdad jurídica penal, ya que las partes al elegir la mediación penal, en vez de la vía jurisdiccional, hacen que el agresor no pague de la misma forma (no es condenado) por el acto delictivo.³⁹ Además este principio va en contra del artículo 25 de la Constitución Española, que garantiza el principio de legalidad.

Este autor también nos alude que si llega a instaurarse la mediación penal “el Estado estaría renunciando, explícita o implícitamente, a perseguir delitos y faltas, dejando exclusivamente en manos de los ciudadanos la resolución de los conflictos penales”.⁴⁰

³⁸Vid: <http://www.juecesdemocracia.es/congresos/IVCONGRESO/ponencias/I/Principio%20de%20oportunidad.pdf> (30 de Junio de 2011, 13:30)

³⁹Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 314

⁴⁰ Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 315

En este sentido, pienso que el problema base es que España no está acostumbrada y todavía no entiende lo que puede significar mediación penal, que no es más que otra vía de solución al conflicto entre dos personas y que, en el hipotético caso de que algún día se llegue a instaurar la mediación, se tendría que analizar para que tipo de delitos o faltas, es apropiado que no todos estos actos delictivos sean exactamente iguales, examinando cuáles de ellos se podrían resolver mediante la mediación y cuales otros obligatoriamente han de ser resueltos a través de la vía jurisdiccional.

No se podría dejar de analizar que en estos supuestos se estaría dando una oportunidad de igualdad a los ciudadanos. Esta igualdad se plasma en que cada persona podría elegir lo que considera personalmente la mejor forma para resolver su controversia, sin que el Estado les obligue a resolverla.

Son diversos los elementos que se pueden percibir mediante la instauración del principio de oportunidad, en cuanto a la jurisdicción, a la víctima y al agresor.

En la R (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de los Estados miembros sobre la simplificación de la justicia penal propone para agilizar la justicia “recurrir al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal” ya que este sería un gran avance en resolver la lentitud de la jurisdicción.

Gimeno Sendra señala que el principio de oportunidad supondría un instrumento para obtener la agilización de la justicia penal.⁴¹

La víctima también podría tener palpables beneficios ya que no tardaría tanto tiempo en resolver su conflicto, podría llegar a lograr la reparación emocional más fácilmente que a través de la justicia penal tradicional (puede obtener el perdón -lo que es muy importante para la estabilidad emocional de la víctima-).

En cuanto al agresor, pienso que es todavía más importante que se resuelva mediante este proceso restaurativo que mediante la justicia tradicional. En estos procedimientos se analiza el porqué de los problemas, los motivos que han llevado a que el agresor actuara de esa manera, circunstancias que muchas veces no se puede, identificar en un proceso judicial donde apenas se exterioriza los sentimientos y emociones de las personas. No obstante mediante esta forma se puede conseguir que el agresor se someta voluntariamente a un procedimiento rehabilitador (por ejemplo en el caso de

⁴¹Vid: Gimeno Sendra, Procedimientos Penales simplificados, en Jornadas sobre la Justicia Penal, Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas,2010, pág. 34

toxicómanos, alcohólicos, etc.), puede hacer que admita la infracción que han cometido, puede suponer que el agresor obtenga una resocialización, les da la oportunidad de no ir a la cárcel siempre y cuando se haya reparado el daño de la víctima y evitando que este no tenga más contacto criminógeno de la cárcel, y así obtener una prevención general del agresor.

Sin embargo el principio de oportunidad tiene sus límites, como podemos contemplar en la misma Recomendación, en el punto quinto: “que debe inspirarse de igualdad y en la individualización de la justicia penal y concretamente teniendo en cuenta: a) gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; b) la personalidad del denunciado; c) la condena que pudiera imponerse; d) los efectos de esta condena sobre el denunciado y e) la situación de la víctima”.

Pese a lo expuesto anteriormente, pienso que el principio de oportunidad reglada debería estar implantado y desarrollado en plenitud en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté bajo la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales.

4. Justicia Restaurativa versus Justicia Retributiva

Se difunde que la mayor aportación al concepto de justicia restaurativa proviene del trabajo publicado en los años setenta por Hudson y Galaways. No obstante, algunos expertos manifiestan que la razón de ser de este modelo se fundamenta en la obra de Nils Christie, mediante su artículo “Conflicts as Property”⁴², publicado en 1976. Este autor manifiesta la necesidad de establecer una alternativa al sistema penal tradicional que permita una solución diferente en relación a los conflictos.

Gordillo Santana defiende la idea de una alternativa, donde las partes en conflicto, por ellas mismas, participan activamente en el proceso encontrando una solución a sus problemas.⁴³

Sin embargo, el primer autor que ha realizado un trabajo de compendio integral y comprensible de este modelo de justicia fue Zehr en “Retributive Justice, Restorative

⁴²Vid: Maier, J., “De los delitos...”, Cit. pág.15

⁴³Vid: Gordillo Santana, L., “La justicia restaurativa...”, Cit. pág. 40

Justice, alternative justice paradigm”, en el año de 1985, y posteriormente en el libro “Changing Lenses” en 1990.

El término de Justicia Restaurativa fue promovido en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993, y siguió cobrando importancia en los Congresos Internacionales de Adelalia (Australia) en 1994 y Ámsterdam ⁴⁴en 1997.

Las Naciones Unidas definen la Justicia Restaurativa o Reparadora como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve la armonía social, a través de la sanación de víctimas, ofensores y comunidades.

La justicia restaurativa o justicia reparadora viene a contraponerse a la justicia vindicativa (justicia penal tradicional).

La diferencia es que la justicia tradicional, tiene un carácter retributivo, donde plantea que el delito es una lesión de una norma jurídica y que el infractor tendrá su sanción. Su principal actividad es fijar la pena y valorar el daño en cada crimen concreto, mientras que la justicia restaurativa, con un carácter reparador, ve el crimen como un daño en contra de una persona y de las relaciones interpersonales.⁴⁵

El objetivo de esta nueva justicia es buscar alternativas, que tengan un componente más reparador en la parte personal, mediante la satisfacción de la víctima, arrepentimiento del infractor, rehabilitación social del agresor y en un plano material a través de una retribución de los daños y perjuicios producidos por el delito.⁴⁶

Van Ness⁴⁷ alude que este nuevo modelo podría estar basado en cuatro principios o valores. Explica que el crimen es algo más que la vulneración de la ley, causa lesiones y perjuicios a las víctimas, a los victimarios y a la comunidad:

⁴⁴ Vid: Varona Martínez, G., la mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998, pág.1

⁴⁵Vid: http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia_restaurativa (30 de junio de 2011, 17:30)

⁴⁶Vid: Martín Diz, F., “La Mediación: sistema complementario...”, Cit. pág. 321

⁴⁷ Vid: Van Ness, D., Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice, ICCA Journal of Community Corrections, n°8, 1997, pág. 7-12

1. La justicia requiere que su energía se enfoque en la curación de las víctimas, los victimarios y la comunidad tras la lesión causada por la comisión del crimen.
2. Las víctimas, los victimarios y la comunidad deberían darse una oportunidad para involucrarse activamente en el proceso de justicia tan pronto como fuera posible.
3. Debemos repensar los relativos roles y responsabilidades de los gobiernos y la comunidad. Los gobiernos deben de ser responsables de preservar el justo orden y la comunidad de establecer la paz.
4. Encuentro, reparación, reintegración y participación.

5. La búsqueda de la mediación penal a través de la justicia restaurativa

La mediación se revela como el principal instrumento de la Justicia Restaurativa.

Según Roldán Barbero los pilares de la mediación priman en base a la justicia reparadora ya que ésta se basa en el perdón, la reparación del daño y la prestación de un trabajo o servicio a favor de la comunidad o de la propia víctima⁴⁸, de ahí que ambas sean aliadas.

La definición que muchos autores recogen acerca de la justicia restaurativa es que “se trata de un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”⁴⁹.

Este concepto se fundamenta en tres factores: el proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores⁵⁰.

⁴⁸Vid: Roldán Barbero, H., La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar, Doctrina, 2003, pág. 118

⁴⁹Vid: Gordillo Santana, L., “La justicia restaurativa ...”, Cit. pág. 60

⁵⁰ Vid: Ashworth, A., Responsibilities, Rights and Restorative Justice, The British Journal of Criminology, Special Issue, vol.42, nº3, 2002, pág.578

El proceso de diálogo

El proceso de diálogo es la gran diferencia de la justicia restaurativa con la justicia retributiva. Este diálogo pretende que entre las partes sepan analizar ¿cuál es el daño?, ¿qué debe hacerse para repararlo?, y ¿quién es el responsable por hacerlo? ⁵¹.

El diálogo es imprescindible en este proceso ya que es bastante beneficioso para ambas partes. La víctima porque va a poder expresar directamente al agresor sus sentimientos de dolor, miedo, angustia, y contribuir de este modo a superar el impacto del delito. En cuanto al victimario va a proporcionarle que sea más consciente del daño causado y genera la responsabilización por el hecho⁵², y el consiguiente ente compromiso por reparar las consecuencias.

Participación de las partes

Las partes que han estado involucradas en el delito (infractor y la víctima) tienen que participar directamente en la resolución de la controversia, ya que son ellos los afectados.

Los implicados son guiados a través del proceso comunicacional por medio del mediador, cuya tarea es ayudar a las partes a generar un clima acogedor y aceptable para buscar una solución conjunta al conflicto.

Los acuerdos reparadores

Es aquel acuerdo que repara simbólicamente o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada⁵³.

⁵¹Vid: Zehr, H., Changing lenses: a new focus for crime and justice, Scottsdale, PA Herald Press, 1990, pág. 578

⁵²Vid: Larrauri, E., Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 444

⁵³Vid: Larrauri, E., “Tendencias actuales...”, Cit. pág.447

En cuanto a la víctima los acuerdos buscan la satisfacción y reparación de los aspectos dañados, tanto emocionales (disculpas, el perdón, etc.) como materiales (compensación económica o algún trabajo acordado entre ambas partes).

No obstante no significa que además se impongan medidas rehabilitadoras, de tratamiento, etc. siempre que sean aceptadas por el infractor.

6. Derecho comparado: mediación penal en Portugal

Las experiencias de otros países siempre pueden servir de ayuda y de ejemplo a la hora de pensar en implementar algo nuevo en un sistema que nos es totalmente desconocido como ocurre con la mediación penal en España.

Como nos cita Martín Diz “cada sistema jurídico, cada país, cada sociedad, tiene su propia idiosincrasia, sus tradiciones y costumbres (sociales y jurídicas) que han de observarse y prevalecer sobre la mera copia y transferencia de la institución jurídica experimentada por otro estado”. Con este propósito observo y analizo las experiencias jurídicas instauradas en Portugal.

Portugal ya ha cumplido con las “ordenes” de la Unión Europea, a pesar de que fue el último país en implementar leyes referentes a la mediación penal, con la diferencia de España que todavía no ha cumplido ni siquiera con este imperativo de la normativa europea⁵⁴.

⁵⁴España no cuenta con una normativa específica acerca de la mediación penal de adultos, no obstante ya existen numerosas experiencias piloto en diversas comunidades autónomas, donde ya comenzaron a aplicarse programas experimentales de mediación penal. Entre algunas experiencias piloto, podemos destacar en Cataluña puesta en marcha por el Departamento de Justicia de la Generalitat (1998) que conllevó a la creación del Servicio de Mediación Penal, en Valencia (1993), en la Rioja en el 2000, Madrid en 2001, en Burgos desde el año 2004. Destacando el denominado Proyecto “Justicia restaurativa y mediación penal por adultos: análisis y valoración de las experiencias de mediación penal en la jurisdicción de adultos” patrocinado por el CGPJ iniciado en el año 2005 desde el Juzgado número 20 de Madrid donde posteriormente se han adscribiendo más órganos jurisdiccionales. Este proyecto fue la primera experiencia piloto de ámbito nacional en España.

Esta normativa legal se incorpora en Portugal, a través de la Lei nº 21/2007 de 12 de junho⁵⁵, entrando en funcionamiento en enero de 2008.

Podemos decir que la ley tuvo sus inicios basados en las normativas antes mencionadas y en experiencias piloto, como el “Projecto do Porto”.

La instauración de esta ley se realizó de forma gradual, empezó por establecerse en cuatro comarcas y posteriormente se implantó en quince comarcas portuguesas, que actualmente son las que trabajan en este ámbito.

Después de la implantación de la ley, la coordinación de estos métodos alternativos de resolución de conflictos es realizado por el Gabinete de Resoluçao Extrajudicial de Conflictos (GRAL) dependiente del Ministerio de Justicia Portugués.

El SMP de Portugal sostiene la idea que el procedimiento de mediación se puede iniciar de una manera intrajudicial o extrajudicial.

En el desarrollo de la Lei Nº 21/2007 podemos observar que exige unos requisitos para que se pueda disfrutar del sistema de mediación. En términos del ámbito de aplicación de la ley presenta, en su artículo 2, que la mediación solo es posible en procesos por delitos donde el procedimiento dependa de una queja o una acusación particular y en procesos por delitos contra las personas o el patrimonio.

Referente igualmente al ámbito de aplicación, en el artículo 2.3, de la predicha ley, la mediación penal no podrá ser aplicada cuando el tipo legal del delito establezca pena de prisión superior a 5 años, cuando se trata de un proceso por crimen contra la libertad o autodeterminación sexual, de extorsión, corrupción o tráfico de influencia, o si el ofendido es menor de 16 años y si es aplicable un proceso sumario o sumarísimo.⁵⁶

El desarrollo del procedimiento de mediación penal, y la remisión al GRAL, se basa en la decisión que adopte el Ministerio Público, es decir, el fiscal. Éste tiene la función de nombrar un mediador, y de verificar si concurren los requisitos básicos que he nombrado anteriormente. Según el artículo 3.2 de la ley, el procedimiento de mediación

⁵⁵Para más información acerca de la ley véase en : <http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf> (19 de Mayo de 2011, 11:49)

⁵⁶ Si se pretende obtener más información, puede consultar la ley en <http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf> (19 de Mayo de 2011, 18:30)

también podrá ser solicitado por el imputado y el ofendido, siempre y cuando estén de acuerdo, al Ministerio Público⁵⁷.

Después de que se les remita a un mediador, bien sea porque lo ha acordado el MP o porque los implicados lo han solicitado, se inicia el procedimiento de la mediación. En primer lugar, el mediador tiene que contactar con la víctima y el agresor, les informa de sus derechos y obligaciones, así como de todo el procedimiento (naturaleza, finalidades y reglas del procedimiento). Lo fundamental que el mediador debe obtener y valorar es el consentimiento de ambas partes, de que ambos están interesados en esta forma de resolución de su conflicto, sino el mediador tendrá que analizar los motivos que lo impiden y el proceso retoma la vía judicial poniéndolo en conocimiento del Ministerio Público⁵⁸.

Esta ley repasa y valora cómo tiene que ser los mediadores y cuáles son los requisitos obligatorios para poder pertenecer a las listas de mediadores⁵⁹. Tendrán que tener más de veinticinco años de edad, tener una licenciatura adecuada, haber superado un curso que esté homologado por el Ministerio de Justicia y tener unas aptitudes ideales para el ejercicio de mediador.

Con respeto al acuerdo, son los implicados quienes lo elaboran. No obstante, no podrá incluir sanciones privativas de libertad o de obligaciones que ofendan la dignidad del agresor (artículo 6).

Una gran ventaja para los ciudadanos es la gratuidad del servicio (artículo 10, de la Lei 21/2007) lo que conlleva a que los ciudadanos además de la rapidez del procedimiento se beneficien de esta ventaja, ya que es prestado por el SMP.

⁵⁷ Si desea más información acerca de las listas de mediadores penales y de las personas que están habilitadas para ejercer estas funciones, consúltese el artículo 11 y 12 de la Lei nº 21/2007 de 12 de Junho de 2007.

⁵⁸ Más pormenores en los artículos 3.5, 6 y 7 de la Lei nº 21/2007 de 12 de Junho de 2007.

⁵⁹ Véase en el artículo 12 de la Lei nº 21/2007 de 12 de Junho de 2007.

7. Mediación Penal en España

7.1. Propuesta de mediación penal

La mediación penal en España, como otra vía de resolución de conflictos para la Justicia penal, requiere un orden, necesita que sea organizada jurídicamente, es decir, que tenga un marco legal vigente, que la sociedad sepa lo que significa, sus ventajas y sus inconvenientes y que en general no se vea como otro sistema judicial sino como un verdadero complemento al Poder judicial que se podrá utilizar en determinados delitos y faltas.

A continuación voy a relatar como pienso que podría articularse un Sistema de Mediación Penal en España (SMP).

Como he referido anteriormente tiene que ser un procedimiento complementario y alternativo al judicial. Es importante que la víctima sepa que este sistema jamás va ser excluyente de la vía judicial.

No obstante, en el caso de que se instaure un sistema de mediación penal, pienso que el legislador tendría que garantizar que algunos delitos si se podrían resolver mediante la mediación pero que en otros casos no será posible, dependiendo de la gravedad del delito de otros factores.

Quiero apuntar que personalmente me parece bastante beneficiosa la introducción de una justicia restaurativa y que a través de la mediación se encuentre una respuesta a la ineficacia del proceso penal. Además pienso que lo que lleva a una justicia reparadora (reparar el daño personal y material de la víctima) en muchos casos es más viable que en una resolución puramente judicial.

En cualquier caso, lo que es fuente de crítica para muchos expertos es la inexistencia de una pena. Esto es lo más dramático de la situación, porque estos expertos reclaman que la ley exija a la sociedad que cuando se cumple un delito el agresor tenga que cumplir con una pena. Pero si la víctima es la principal persona afectada y que quiere resolver su problema mediante la mediación, ¿Por qué tendrá la obligación ver resuelto este conflicto a través de la vía judicial? Son los implicados quienes tienen que optar, y pensar y decidir la vía en la que quieren resolver su controversia, y no la vía que le impongan.

Este sistema debería estar regulado en el ámbito nacional y debería integrarse en la Administración de Justicia.

Es imprescindible que este sistema dependa de la Administración de Justicia ya que lleva al final de la mediación privada en materias penales, la cual no nos parece adecuada.

Es necesaria la creación de una Oficina de Resolución de Conflictos, una medida vital para que el ciudadano tuviera más información acerca del procedimiento de mediación, de cómo entenderlo, incluso serviría de publicidad a este servicio.

Este SMP se podría realizar mediante dos posibilidades, cuando se inicie el proceso por la vía judicial (con un carácter intrajudicial) o con una carácter previo a la vía judicial (extrajudicial). Lo que hay que reflejar es que en ambos casos los implicados solo podrán acudir a estos métodos siempre y cuando sea de forma voluntaria.

En cuanto a los mediadores debería estar inscrito el Registro Central de Mediadores y debería ser la administración de este sistema quien eligiera el mediador para cada caso, según sus conocimientos, capacidades e idoneidad.

No obstante su formación debería ser especializada, como ya he mencionado en la primera parte de este trabajo y la gestión de las listas y de todo lo correspondiente a los mediadores debería gestionado por el Ministerio de Justicia, a través del SMP.

En lo referente al coste, pienso que el agresor debería tener que pagar un coste mínimo ya que sería también una forma de que tenga que asumir que ha cometido un error.

El procedimiento estaría organizado en las tres fases típicas de la mediación: premediación, mediación y postmediación. Estas fases tendrían el mismo desarrollo que he mencionado en el primer capítulo.

En cuanto al plazo de duración máxima de la mediación, pienso que podrían ser tres meses con una posible prórroga de dos meses más. No obstante pienso que es muy importante la postmediación, y esta fase no debería estar incluida en estos plazos, y además debería poder inscribirse con una posible exigencia ante los órganos jurisdiccionales del cumplimiento del acuerdo en cuanto de que éste no sea atendido voluntariamente.

7.2. Posible marco legal de la mediación penal: ¿en qué delitos o faltas?

En el epígrafe anterior he mencionado cómo pienso que podría ser un diseño SMP en España. He dejado claro que pienso que solo podría ser posible este método en algunos casos, para concretos y determinados delitos o las faltas cometidas por el agresor, pero no para todos.

Como he advertido, España se encuentra con la inexistencia legal mediación penal que regule el ámbito, objeto de aplicación, órganos, acceso y desarrollo de la misma, etc. Sin embargo, pienso que se debería crear una Ley orgánica de Mediación Penal, así el legislador podría clarificar todo el proceso y en qué casos y cómo se podría realizar este sistema.

Según el CP son delitos o faltas las acciones y omisiones dolorosas o imprudentes penadas por la ley. En cuanto a su naturaleza se clasifican como penas graves (prisión superior a cinco años), menos graves (penas hasta un máximo de duración de cinco años) y penas leves.

A continuación analizaré cuales pienso que podrían ser las faltas que se podría resolver mediante la mediación:

- Faltas contra las personas- artículos 617 a 622 CP
- Faltas contra el patrimonio- artículos 623 a 628 CP
- Faltas contra los intereses generales- artículos 629 a 631 CP
- Faltas contra el orden publico- artículos 633 a 637 CP

Pienso que los ilícitos catalogados como faltas se podrían resolver a través de la mediación, ya que la pena del agresor es considerada leve. Según el artículo 33.4 CP “son penas leves: la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo

de un mes a menos de seis meses, la multa de 10 días a dos meses, la localización permanente, los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”.

En cuanto a los delitos menos graves, podría ser objeto de mediación:

- Delitos vinculados a lesiones- el artículo 147, 148 y 153 CP son considerados delitos menos graves ya que su pena no es superior a cinco años. Algunos delitos vinculados a las personas son considerados como delitos graves (art. 149,150 CP) no obstante pienso que todos podrían ser objeto de mediación.
- Delitos contra el honor- artículos 205 a 210 CP
- Delitos contra la libertad- Amenazas, Coacciones - artículos 169 a 171 CP
- Delitos hacia las relaciones familiares- artículos 217 a 233CP
- Delitos contra el patrimonio- artículos 234 a 242

No obstante pienso que jamás será posible la mediación en delitos graves como pueden ser, a título de ejemplo:

- Delitos vinculados a un homicidio- artículos 138 a 143 CP
- Delitos vinculados a la provocación del aborto- artículos 144 a 146 CP
- Delitos de las lesiones al feto

Cuando me refiero a los delitos que considero que podrían ser objeto de mediación, me refiero a aquellos que no tienen una pena superior a cinco años, es decir, los que el CP considera como delitos graves.

Este SMP debería ser introducido paulatinamente, bien en un principio para ciertos delitos (delitos con penas leves), y posteriormente cuando se verifique el éxito de este procedimiento se vaya instaurando poco a poco, siempre y cuando se deje claro que es un sistema complementario al judicial; o mediante la solución que dió nuestro país vecino (Portugal) cuando instauró la ley de mediación penal, es decir, que cuando la ley de mediación entró en vigor, por un tiempo de dos años, tanto la ley como el SMP estuvieron en una fase experimental.

Capítulo III: Violencia de género

Sumario:

1. El fenómeno de la violencia de género; 1.1.Contextualización del término de violencia de género; 1.2. Definición de violencia de género; 2. La víctima; 2.1. Modalidades de violencia dirigida hacia la mujer; 2.2. La violencia; 2.2.1. Cómo empieza; 2.2.2. Ciclo de la violencia; 2.3. Razones por las que las mujeres siguen con sus parejas; 3. El maltratador; 3.1.Perfil del maltratador; 3.2. Rasgos específicos de los maltratadores; 3.3.Intervención psicosocial con maltratadores; 4.Mediación penal en víctimas de violencia de género; 4.1.La prohibición del legislador; 4.2.Pros de la mediación; 5.Propuesta de mediación penal en víctimas de violencia de género; 5.1. Características del procedimiento; 5.2. ¿Cómo tiene que ser la formación del mediador?; 5.3. ¿Cuándo es posible?; 5.4. ¿En qué tipo de agresores?

**“No puede haber una sociedad floreciente y feliz
cuando la mayor parte de sus miembros
son pobres y desdichados”.**

Adam Smith

1. El fenómeno de la violencia de género

1.1. Contextualización del término de violencia de género

La violencia de género es un fenómeno que existe en todas las partes del mundo y desde hace mucho tiempo.

Este fenómeno no es típico de esta sociedad moderna sino que lleva existiendo durante desde toda la historia de la Humanidad, pero hasta hacia pocas décadas ha sido prácticamente invisible y un problema privado, hasta que se ha considerado la violencia de género como un problema social⁶⁰.

⁶⁰ El Instituto de la mujer ha realizado tres macroencuestas, una en el año 1999, la segunda en 2002 y la tercera en abril de 2006 acerca de la progresión del maltrato contra las mujeres en el ámbito doméstico. En este informe se puede ver que definen el maltratado como maltrato técnico y maltrato declarado. El maltrato Tipo A, es el técnico. Que es aquel a que las mujeres no se consideran como maltratadas.

Mientras que el maltratado declarado, es del Tipo B, aquellas mujeres que confiesan haber sido maltratadas durante el último año.

No obstante los resultados de este informe son asombrosos cuando el 90.6% de las mujeres se sintieron agredidas psicológicamente, el 17.6% sufrieron maltrato físico. El 4.8% de las mujeres han sufrido un maltrato económico. La violencia estructural se cita en un 4.1%. El maltrato sexual es citado por el 1.6% de la mujeres. Y el maltrato espiritual se cita en un 2.1%.

Se llama violencia de género porque es una traducción al término “gender violence” y tuvo sus inicios en los años 90, ajustándose con el reconocimiento social de la gravedad de esta violencia.

Marta del Pozo menciona que se puede decir que este término ha venido siendo reclamado por el feminismo desde la década de los 70, “en la que engloban todo el conjunto de pautas culturales, actitudinales, sociales, religiosas, educacionales, etc.... que sitúan a las mujeres, únicamente por el mero hecho de serlo, en una posición de inferioridad en relación con los hombre”⁶¹.

Mediante la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos en Viena (1993), la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1994) y la Conferencia Mundial de Mujeres en Pekín (1995) el concepto de violencia de género se empieza a expandir. Se puede decir que este término es adoptado en España mediante la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género en 2004.

A continuación expondré su noción, así como las formas en que se puede apreciar esta violencia.

1.2. Definición de violencia de género

Delgado Álvarez define la violencia de género como aquella que sufren las mujeres por el hecho de serlo, y que se debe a la posición de inferioridad a la que han sido relegadas históricamente.⁶²

Se desea más información acerca de este informa consulte: III Macroencuesta del Instituto de la Mujer de 2006

⁶¹ Del Pozo Pérez, M., ¿es adecuada la prohibición de mediación del art.22.5 de la Ley Orgánica 1/2004?, Martín Diz, F. (coord.), La mediación en materia de familia y derecho procesal: Estudios y análisis, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, pág. 284

⁶²Delgado Álvarez, C., 161 respuestas sobre la violencia de género, Globalia Artes Gráficas, Salamanca, 2008, pág. 31

Las Naciones Unidas⁶³ definen la violencia de género como “el acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada”.

La Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género establece que la violencia de género “no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige a 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”.

Las palabras del Pozo Pérez son bastantes explícitas para definir lo que es género cuando nos menciona que: “la palabra género se designa: en primer lugar, el sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres, en segundo, se delimita que la causa última de esta violencia se basa en la desigualdad histórica y universal, que se ha situado en una posición de inferioridad a las mujeres respecto a los hombres y en último lugar se remite a la generalidad de los ámbitos en que se ejerce, se produce en todos ellos, ya que la desigualdad de poder cristaliza en la pareja, familia, economía, política, religión, etc...”⁶⁴

Al definir lo que es violencia de género me gustaría que se considere que la violencia de género es un término general, que se puede determinar como aquella que se lleva a cabo por los hombres sobre las mujeres por el mero hecho de serlos, por considerar a las mujeres como inferiores. Pero esta violencia puede ser muy diversa. Es decir las mujeres también pueden sufrir esta violencia de género en otros ámbitos de la vida, se puede visualizar en las relaciones de pareja, acoso sexual, violación, acoso laboral, penalización de la infidelidad, etc.

No obstante cuando estudio este apartado quiero hacer hincapié en la violencia de género en la pareja, como aquella que es ejercida en las relaciones de pareja, y más concretamente en que el agresor es el hombre y la víctima la mujer.

⁶³Vid: Res. A.G. 48/104, ONU, 1994.

⁶⁴Vid: Del Pozo Pérez, M., “¿es adecuada la prohibición de...” Cit. pág.285

2. La víctima

2.1. Modalidades de violencia dirigida hacia la mujer

La violencia de género se puede revestir de diversas formas, entre ellas las más conocidas y habituales encontramos las siguientes⁶⁵:

- Malos tratos físicos o violencia física: suelen ser patadas, cortes, empujones, bofetadas, palizas
- Malos tratos psicológicos o verbales: normalmente suelen encubrir comentarios hirientes, amenazas, aislamiento social y familiar, desprecio, insultos, etc.
- Malos tratos sexuales o violencia sexual: toda “aquella actividad sexual no consentida en la que se incluye visionado o participación forzosa en pornografía, tocamientos indeseados, violación (...) todo ello dirigido a la ejecución de actos sexuales que la mujer considera dolorosos o humillantes”

Estos son los tipos de violencia de género más conocidos, no obstante el Grupo de Especialistas del Consejo de Europa⁶⁶ expone otras formas de violencia contra las mujeres, que tienen tanta o más gravedad que las anteriormente mencionadas, como pueden ser:

- Violencia estructural: está relacionada con la violencia económica, incluye barreras invisibles e intangibles contra la realización de las opciones potenciales y de los derechos básicos por parte de la pareja o ex pareja mujer, por ejemplo se impide el tener amigas o poder relacionarse con personas distintas de la del propio agresor.
- Violencia económica: considerada como la desigualdad en el acceso a los recursos compartidos, por ejemplo negar o controlar el acceso al dinero, el

⁶⁵Informe sobre la violencia contra las mujeres, 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Instituto de la Mujer, 1997, pág. 6

⁶⁶Informe del Grupo de Especialistas para Combatir la Violencia contra las Mujeres del Consejo de Europa, 1997

impedir la realización de trabajo remunerado o el prohibir la educación a las víctimas.

- **Violencia espiritual:** consiste en erosionar o destruir las creencias culturales o religiosas de la mujer a través del ridículo y el castigo, o el obligar a alguien a que acepte un sistema determinado de creencias, cuestiones como impedirle acudir a actos relacionados con su culto religioso o integrarse en una asociación de mujeres.

2.2. La violencia

2.2.1. Cómo empieza

Normalmente la mujer no percibe el origen de la violencia de género, ya que al principio de la relación el maltratador no es aparentemente una persona violenta. Es lo que podría considerarse una persona “normal”. Además si desde un principio tuviera este tipo de actitudes con la mujer, quiero pensar que no se enamoraría de él, y al mismo tiempo sería más fácil terminar con la relación. Es decir, no llegarían a establecer una relación afectiva.

Por eso cuando se inicia este periodo de violencia, el hombre ya tiene un significado para ella, ya han construido y idealizado un futuro, han compartido sueños, ideas, y muchas veces es el padre de sus hijos/as.

Éstas situaciones provocan que cuando se inicie este ciclo de violencia la mujer no se dé cuenta, o que entienda que algo es diferente e intenta buscar soluciones o justificaciones a su situación, como que es un mal día, que hay un problema en el trabajo, etc.

No obstante, antes de que comience a agredir físicamente a su pareja, muestra algunos comportamientos que suponen una alerta.

Estos comportamientos constituyen una señal de alarma de la violencia que podría ejercer cuando consiga afianzar la relación y ganarse la confianza de su víctima.

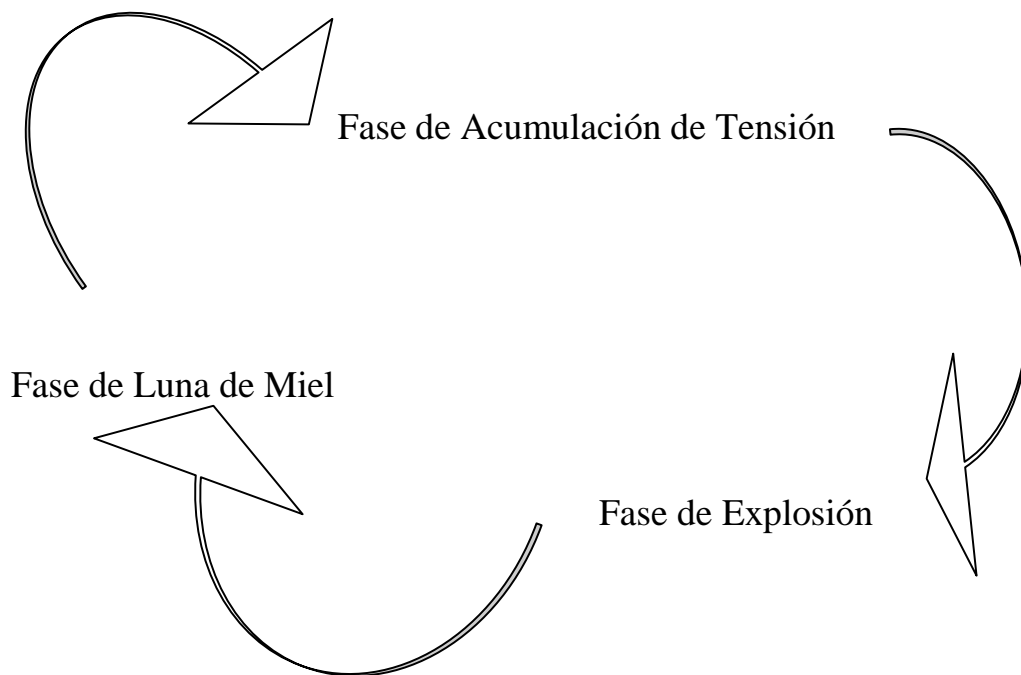
Carmen Delgado Álvarez nos desvela estos comportamientos previos a la violencia en estadios iniciales de la relación, tales como⁶⁷:

- Encanto excesivo: suelen ser encantadores. Muchas mujeres han descrito a su presunto maltratador como un “Príncipe Encantador” cuando lo conocieron. Son especialmente seductores, muy agradables, amables, considerados, educados y exquisitos en su trato con las personas de su entorno.
- Posesividad: aíslan a las mujeres en aras de un amor exclusivo y único. El aislamiento suele comenzar pidiendo a la mujer que pase todo el tiempo con él. De este modo va cortando el contacto con sus amistades o familia y sistemas de apoyo. Le va sugiriendo que compañías le gustan para ella y cuáles no, hasta imponer con quién puede hablar y con quién no; le acaba controlando las llamadas, mensajes y visitas de familiares, amistades, entorno.
- Celos: los celos son una potente herramienta de control. Al principio, los usa como supuesta prueba de amor y exclusividad, pero a medida que avanza la relación, los celos irán mostrando su rostro más hostil, comenzando con sospechas de supuestos admiradores, hasta acusarla de tener otras relaciones. Los celos constituyen el mayor factor de riesgo, y sin embargo existe una gran tolerancia al no valorar el riesgo que suponen en los estadios iniciales de la relación.
- Golpes emocionales: destruyen el valor personal de la mujer. Comienzan siendo pequeños <<sabotajes>> y al principio suelen tener un tono de <<broma>>: burlas, desvalorizaciones, críticas... poco a poco van subiendo de intensidad y perdiendo el tono de <<broma>> hasta instaurarse el clima de violencia sobre el que tendrá el lugar la agresión. El efecto de los golpes emocionales es la progresiva erosión de la seguridad personal de la mujer, que se va haciendo más vulnerable, hasta creer que <<sin él, ella no es nada>>.

⁶⁷Vid: Delgado Álvarez, C., “161 respuestas sobre...”, Cit. pág. 43Y 44

- **Control:** el control es un factor de riesgo muy potente, ya que es el centro del maltrato, su verdadera razón de ser. Comienza de un modo <<amable>> como una prueba de amor. Se manifiesta en querer saber <<todo>>lo que hace la mujer: con quién habla, que hace minuto a minuto, donde va... para ello utiliza los recursos que tenga a su alcance: llamadas constantes al móvil, control en las facturas telefónicas, del correo electrónico, registro de mensajes y cosas... con el tiempo acabara controlando todo en la vida de la víctima: cómo utiliza el tiempo, qué ropa se pone, dónde va, con quién habla...controlara absolutamente todos los aspectos de la vida de la mujer.

2.2.1. Ciclo de violencia



El ciclo de violencia es como un círculo que va girando siempre de una fase a otra, donde la violencia se intensifica cada vez más y el miedo y el terror de la mujer maltratada es creciente y constante.

Leonor Walker, en el año 1979, describió el patrón común de comportamiento de los maltratadores que le llamó <<Modelo Explosivo de la violencia de género>>. La

Edificación de la Tensión en el Ciclo de la Violencia, se desarrolla en tres fases: fase de Acumulación de Tensión, Fase de Explosión y la Fase de Arrepentimiento y Luna de Miel.

La fase de Acumulación de tensión es aquella en la que el maltratador empieza de repente a comportarse de una manera diferente, se va haciendo más agresivo y más crítico con la mujer. A medida que aumenta la tensión ella se va sintiendo cada vez más insegura sin el control de la situación. La mujer no sabe lo que le ocurre, pero va fijando excusas de que puede que tenga un mal día, o que algo le va mal, etc. Ella vive intentando hacer lo posible para que él no la maltrate, pero esta actitud no va tener ningún resultado ya que el va hacer lo que le apetezca (agredir o no).

En la Fase de Explosión la tensión alcanza sus límites máximos, y el maltratador va a explotar mediante la violencia, bien sea verbal o física. Esta violencia es más intensa que la violencia de la fase anterior y el resultado que produce en la víctima es miedo intenso y paralización para evitar un daño mayor.

Después surge la Fase de Arrepentimiento, o Luna de Miel, donde el maltratador expresa remordimiento por su comportamiento, pide perdón, promete cambiar y le pide ayuda a ella. Se vuelve encantador para compensar la violencia. Se muestra arrepentido (diciendo que va cambiar, que la necesita, que sin ella no es nada, que necesita curarse, que la quiere a ella más que a nadie, que si le deja se muere) para que ella le perdone. Y ella termina perdonándole.

Al acabar esta fase se reinicia el ciclo de nuevo, no obstante la fase de acumulación de tensión y la fase de luna de miel van siendo cada vez más cortas, hasta que llegue el día en que la relación sea una fase continua de explosión de violencia.

2.3. Razones por las que las mujeres siguen con sus parejas

Pienso que lo que implica que estas mujeres no dejen a sus parejas en cierto modo son un conjunto de factores que no dan a la mujer la oportunidad de pensar en otra solución a su vida, como la sociedad (falta de comprensión de la familia, amigos, vecinos, etc.), el Estado, porque no tiene ayudas suficientes para que estas mujeres se puedan estabilizar económicamente y el propio miedo a la pareja.

No obstante a continuación expondré las barreras que originan que no a abandonen sus parejas, según Ibáñez Martínez⁶⁸:

- Dependencia económica
- Temor a las represalias (miedo a la persecución y a la muerte)
- Miedo a estar sola y no poder cuidar de sus hijos/as
- Vergüenza de la sociedad
- Por haber vivido anteriormente malos tratos en la familia
- Por negación (en el fondo él es bueno)
- Por optimismo (todo va a cambiar)
- Por sentimiento de culpabilidad
- Por lealtad (puede que esté enfermo)
- Por creencias religiosas (lo que se incite cuando se contrae matrimonio)

El psicólogo Andrés Montero explica que las mujeres sufren todo un proceso psicológico que hace que estas no abandonen la relación, lo que le llama Síndrome de Estocolmo Doméstico, abreviadamente SIES-d. Se puede describir como un vínculo interpersonal de protección, construido entre la víctima y el agresor, en el marco de un ambiente traumático y de aislamiento⁶⁹. El maltrato resulta tan traumático para la víctima, en el sentido de que aquella es la persona de la que se enamoró, que tiene una familia, proyectos de vida, que hace que para que esta pueda superar esta situación desarrolle un modelo mental inducido (desarrollan ideas distorsionadas de la realidad que hacen que protejan su propia integridad psicológica).

⁶⁸Ibáñez Martínez, L., “161 respuestas sobre...”, Cit. pág.19

⁶⁹Si desea más información acerca de su teoría consulte: <http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html> (1 de julio de 2011, 15:30)

3. El maltratador

Los maltratadores son personas “normales”, la sociedad crea estereotipos en relación al maltratador tal vez para intentar explicar lo que para ellos puede significar un maltratador: suelen ser personas con algún tipo de trastorno, suelen decir que son consumidores de alcohol o drogas, tienen trastornos psicológicos, problemas sociales, laborales, económicos o algún otro tipo de problema más específico y singular que ha causado que maltratara la pareja.

Esto no pasa de ser simples estereotipos, los maltratadores son “iguales” que toda la población. Como nos dice Delgado Álvarez “se encuentran maltratadores en todas las clases sociales, en todas las profesiones, en todos los niveles culturales, en todas las ideologías políticas, en todas las creencias religiosas, en todas las culturas orientales y occidentales, en todas las edades, en todos los estados civiles, en todos los niveles culturales, y en todos los países del mundo”.⁷⁰

Dohmen define al maltratador como⁷¹ “un sujeto de sexo y género masculino que ejerce diversas modalidades de violencia: física, emocional, sexual, etc., de forma exclusiva e intencional sobre la persona con quien mantiene un vínculo de intimidad: su esposa o compañera”.

El único trazo común en todos los maltratadores es su ideología sexista, la creencia de que la mujer le pertenece y que tienen que tener un control sobre ella y su vida. El problema está en cómo el maltratador ha elaborado su masculinidad y piensa que tiene que dominar a la pareja para sentirse más hombre, para reafirmarse ante sí mismo y ante los demás.

La propia sociedad es culpable de la existencia de esta masculinidad mediante lo que se enseña, de mitos, de creencias, como por ejemplo que es el hombre el que “tiene que llevar los pantalones”, que “la mujer tiene que estar en casa para cuidar del marido y de los hijos”, etc.

⁷⁰Delgado Álvarez, C., “161 respuestas sobre...”, Cit. pág. 45

⁷¹ Vid: Corsi, J. (coord.). Violencia masculina en la pareja. Buenos Aires, Paidós, 1995, pág. 43-130

No obstante, no todos los hombres que maltratan a su pareja son iguales, ni toda la violencia que surge en la pareja tiene las mismas connotaciones.

Según Johnson toda la violencia de género en la pareja se basa en dominar y mantener el poder sobre la mujer, pero existen dos tipos diferentes⁷²:

1. **Violencia estructural:** la que el agresor ejecuta de manera sistemática y permanente, para tener el dominio completo de la víctima. Este maltrato no surge por una situación puntual, sino que es el modo en que los agresores se relacionan con sus parejas. Estos hombres utilizan constantemente la violencia para resolver sus problemas y así mantener siempre el poder. Esta violencia estructural, puede ser exclusiva (maltrato permanente que se produce exclusivamente en las relaciones de pareja) y generalizada (las agresiones se extienden a otros ámbitos fuera de la familia).
2. **Violencia circunstancial:** es la que se genera por conflictos puntuales, por ejemplo en momentos de crisis familiares, que deriva en agresiones, pero que cuando se resuelven estos problemas concretos la violencia desaparece. Esta violencia no es ejercida exclusivamente en un solo momento, es decir si la crisis tiene una duración de una semana, el maltratador seguirá ejerciendo violencia hasta que el problema no se supere o desaparezca.

3.1. Perfil del maltratador

Según Miguel Lorente no existe un perfil concreto del maltratador pero existen diferentes modos de maltratar.

La psicóloga Neil Jackson y el psicólogo John Gottmann, después de estudiar muchos casos (63 casos de parejas en las que había maltrato), descubrieron dos tipos de maltratadores: maltratador “cobra” y maltratador “pitbull”.

⁷²Vid: Johnson, MP., Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women in U.S. families, *Journal of Marriage and the Family*, 1995, pág.283-294

Según Carmen Delgado Álvarez se estima que los maltratadores “cobra” son menos frecuentes que los “pitbull”, ya que los cobra se estima que son 1 de cada 5 y los pitbull son 4 de cada 5 maltratadores⁷³.

Los dos tipos de maltratadores tienen características muy diferentes, lo que puede provocar que algún tipo de maltratadores se pueda “recuperar” a través de terapia.

Los cobra suelen ser personas con comportamientos antisociales y delictivos desde la adolescencia y pueden mostrarse violentos con su pareja también y con otras personas en la sociedad. Su pareja es alguien que le proporciona beneficios y les ayuda a conseguir lo que desean.

En estos maltratadores reina la frialdad. La violencia ejercida es impredecible y muy intensa desde el principio de la relación, ejercen un alto abuso emocional, incluso pueden llegar a pedir perdón después de una agresión pero no lo sienten de verdad. Esto hace que las mujeres que mantienen una relación con estos maltratadores tengan más dificultad para abandonarles (más miedo), no obstante cuando se separan estos no suelen acosar a su expareja. Normalmente no tiene motivación para cambiar, lo que dificulta la intervención con ellos.

El maltratador “pitbull” suelen ser personas socialmente integradas muy valoradas por los amigos, vecinos, etc. lo que conlleva a que los demás jamás sospechen que puede ser un maltratador y que lo todavía dificulta más a la mujer poder alegar y demostrar que es una víctima de maltrato (puede que nadie la crea, ya que para la sociedad es una persona “normal”).

Este maltratador se caracteriza por la dependencia que tiene de su pareja (no puede vivir sin ella) lo que implica que vaya cerrando todo su círculo de relaciones sociales y así teniendo cada vez más control acerca de lo que ella puede hacer o no hacer. El ciclo de violencia suele ir en aumento con la relación, la relación va progresando y el ciclo de violencia también, lo que difiere bastante respecto del maltratador “cobra”.

El miedo a perder a su pareja hace que jamás la abandone, no admite que le deje, que construya otra vida independiente de él, cuando lo deja le seguirá y le acosará, incluso

⁷³ Delgado Álvarez, C., “161 respuestas sobre...”, Cit. pág. 46

se puede someter a una terapia con el objetivo de que vuelva con él, pero si él ve que ella no vuelve es muy probable que abandone la terapia.

Otra tipología del maltratador es la perfilada por Michel Johnson. Este autor especifica tres tipos de maltrato que distingue a partir de la función que tiene la violencia en las relaciones de pareja. Su clasificación no parte de analizar las características del maltratador, sino de cómo la violencia sirve para ejercer el control y el dominio en las relaciones. Las tipologías son las siguientes⁷⁴:

- Terrorista íntimo o terrorista patriarcal: son los agresores que utilizan la violencia para dominar y tener el control de la relación. Estos maltratadores sienten la necesidad de tener el control general sobre la mujer, y mediante el maltrato dominan todos los espacios de la mujer.
El motivo para este tipo de violencia es la diferencia cultural de género producido de la desigualdad de poder.
- Resistencia mediante la violencia: son las personas que reaccionan al intento de ser controlados, o sea, es una respuesta ante el maltrato previo. Normalmente es realizada por las mujeres que son víctimas, es como una reacción ante el maltrato que se sufre. Las mujeres ante una agresión pueden responder de dos maneras: algunas son sumisas a las agresiones mientras que otras tratan de liberarse de diferentes formas, por ejemplo enfrentándose y defendiéndose del maltrato con otra agresión, en este caso es una conducta de reacción de la víctima para protegerse.
En este caso la violencia no tiene el objetivo de controlar como hemos visto antes, sino al contrario para liberarse.
- Violencia circunstancial: es la que se produce mediante conflictos y tensiones específicas dentro de la relación. La necesidad de controlar se verifica en

⁷⁴ Si desea más información acerca de otras tipologías del maltratador. Vid: Quinteros Turinetta, A., Carbajosa Vicente, P., “Hombres maltratadores: tratamiento psicológico de agresores”, LDM Ediciones, Madrid, 2008, pág. 42-53

situaciones conflictivas en las que se elevan las tensiones, provocando una reacción violenta.

Esta reacción puede ser de mayor o menor relevancia, ya que puede ser instantánea (donde actúa con violencia pero en seguida pide perdón y se arrepiente) o de mayor duración.

La diferencia de estos tres tipos de maltrato radica en que en el primero (terrorista íntimo) el maltrato sucede porque el agresor quiere controlar a la mujer, en comparación con la violencia circunstancial que es un maltrato afincado en los acontecimientos de una situación puntual y más leve. En cuanto a la resistencia mediante la violencia, está es una reacción contra el maltrato, no directamente un maltrato en sí mismo.

Johnson ha realizado una comparación con el trabajo de Jacobson y Gottman, en donde divide al terrorista íntimo en dos categorías:

- Terrorista íntimo dependiente- que tiene las mismas características del “pitbull”, es decir, son celosos, dependientes y necesitan utilizar la violencia como excusa para no perder a su pareja.
- Terrorista íntimo antisocial- tienen características similares de los maltratadores “cobra”, es decir, son antisociales, maltratan de manera generalizada, cometen violencia con otras personas y utilizan la violencia para mantener el control, son más independientes de sus parejas y fríos emocionalmente.

3.2. Rasgos específicos de los maltratadores

Saber el tipo de maltratadores es fundamental, pero para poder analizar y comprender a cada maltratador es importante saber analizar las características afectivas, cognitivas, conductuales e interaccionales de la persona en concreto.

A la hora de elaborar programas específicos para la rehabilitación del maltratador, además de saber a qué tipología puede pertenecer, es esencial saber los rasgos individuales de cada uno.

Echeburúa y Amor han puntualizado diversas características que tienen los hombres maltratadores mediante los aspectos comportamentales, cognitivos, emocionales e interaccionales,⁷⁵ que a continuación expondré:

➤ Aspectos comportamentales:

- ❖ Deseabilidad social: normalmente el hombre se muestra socialmente adaptado, emocionalmente ajustado. Por eso se habla de su doble fachada. Es cuando nos referimos a aquellas personas que tienen una doble imagen socialmente, es decir, socialmente se presenta como tranquilo, amable, preocupado por la familia, pero dentro del entorno familiar muestra su otra cara violenta, agresiva, dominante, etc. Esta característica es importante ya que se presentan como personas amables y preocupadas por su familia, intentando demostrar que es él la víctima, lo que puede confundir a las personas.
- ❖ Repetición de la violencia con otras parejas: a veces el hombre que agrede a su mujer ya lo ha hecho antes y puede volver a hacerlo en otras relaciones posteriores. Puede repetir la misma conducta, por eso la violencia ejercida no es un problema puntual de una relación, sino que el problema parte del agresor, independientemente de lo que diga o haga su pareja. Es necesario realizar una intervención que modifique estas pautas.
- ❖ Resistencia al cambio: es una de entre muchas otras características que presenta el maltratador. Esta resistencia significa la negación, la minimización y el culpar a otra persona de su conducta. Es necesario que en un primer momento el maltratador reconozca que ha maltratado.

⁷⁵ Echeburúa, E., Amor, P.J., “Hombre violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención”. En Rechea, C., Criminología aplicada, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 99-128

- ❖ Abuso de sustancias: el consumo de alcohol suele ser un rasgo característico en este tipo de personas, no obstante no se debe asociar como la causa del maltrato, como mucho puede ser un detonante del acto de agresión. Esto es relevante ya que los maltratadores en ocasiones se disculpan con el alcohol, en este caso la persona tendría dos problemas, la adición y su agresividad.

 - ❖ Control de impulsos frente a impulsividad: los maltratadores son violentos cuando ven que pierden el dominio, que la situación de control que ejercen no les funciona. Los agresores maltratadores no son personas violentas en cualquier lugar, es decir, si se enfadan con su pareja en un lugar público, no les van agredir allí sino que esperan hasta llegar a casa y descargar la violencia, como puede ser una persona que no controla sus impulsos, que delante del problema desencadena su ira en cualquier lugar.
- Aspectos cognitivos:
- ❖ Definiciones rígidas de los roles masculinos y femeninos: esto es lo fundamental para entender la violencia de género en la pareja. Los hombres maltratadores mantienen unos pensamientos acerca de sus roles que debe asumir el hombre y la mujer.

 - ❖ Minimización y justificación: normalmente los maltratadores tienen tendencia a minimizar su conducta agresiva considerando que lo que ha pasado a su pareja es algo sin importancia, a minimizar la gravedad, la cantidad y el tiempo.

 - ❖ Negación: el agresor tiene tendencia a negar y a justificar lo sucedido, como si fueran inventos de su pareja para perjudicarlo.

- ❖ Generalización del discurso y del lenguaje: el maltratador generaliza y no personaliza su discurso con la intención de negar y justificar la violencia.
 - ❖ Externalización de la responsabilidad: la persona que ejerce la violencia no se responsabiliza de su conducta, sino que culpa a la pareja, es ella que provoca o agrede, posicionándose como que es él la víctima.
 - ❖ Falta de empatía: se produce cuando la persona sólo observa su punto de vista sin ponerse en el lugar del otro, no puede entender lo que su pareja siente y piensa. Jamás entienden porqué su mujer no está siempre de acuerdo con ellos.
 - ❖ La rumiación en el pensamiento: este rasgo está asociado a la inseguridad, los celos, que él hombre tiene. A medida que pasa el tiempo va creando fantasías internas que van haciendo que él las crea, por ejemplo, que la mujer ha mirado a un amigo, él empieza a pensar que está teniendo una relación con él.
 - ❖ Rigidez cognitiva: “pensamiento todo o nada”; el agresor cree que su idea es la correcta, piensa que todo se debe hacer como él dice porque es la única manera posible. Es muy difícil que reconozca que está equivocado.
- Aspectos emocionales:
- ❖ Baja autoestima: este rasgo está asociado a la dependencia y a la inseguridad, refuerza la rigidez de género, ya que las pautas culturales machistas les aportan una falsa seguridad de cómo ser hombres.
 - ❖ Restricción emocional y racionalización de los sentimientos: estos son rasgos característicos del hombre machista, que no puede mostrar el dolor, el temor y la tristeza, no habla de sus sentimientos, ni de sus

emociones, lo que conlleva a que acumule sensaciones negativas hasta explotar en la violencia.

- ❖ Dependencia/ inseguridad: el hombre que maltrata tiene una dependencia afectiva, que no le permite estar solo, necesita a la mujer como si fuera el mismo.
- ❖ Celos: están presentes en todos los hombres maltratadores. Los celos junto con la inseguridad, la baja autoestima aumentan la idea de que son engañados.
- ❖ Baja tolerancia a la frustración: en especial con sus parejas, las frustraciones del día a día la descarga con ella.

➤ Aspectos interracionales:

- ❖ Aislamiento: normalmente tiene dificultad de mantener un contacto afectivo e íntimo. Aunque se vea que tiene relaciones con muchas personas, son relaciones superficiales.
- ❖ Conductas controladas y manipuladas: el agresor intenta siempre dominar a su víctima de todas las maneras posibles, cuando siente que ya no puede manipular y pierde ese control empieza a agredir físicamente.
- ❖ Inhabilidad para resolver conflictos de forma no violenta en el hogar: este rasgo está vinculado con la incapacidad de comunicar los afectos y soportar el conflicto. Piensan que el conflicto no tiene que existir en una relación, ya que interpretan que el conflicto es sinónimo de violencia.
- ❖ Evitación y negación de los conflictos fuera de la familia: son incapaces de mostrar que tienen un conflicto en un espacio público.

- ❖ Escasas habilidades de comunicación y asertividad: tienen gran dificultad para expresar sus sentimientos y las emociones de modo que su forma para enfrentar los conflictos es evitando sobre todo espacios públicos.

3.3. Intervención psicosocial con maltratadores

Actualmente los programas con hombres que maltratan suelen ofrecer los siguientes variantes:

- Tratamiento de grupos cerrados y con un número de sesiones determinadas y pautadas
- Grupos psicoeducativos
- Tratamiento en grupos abiertos
- Intervención individual

Todos estos tratamientos son necesarios y útiles cuando son aplicados en el momento preciso y a las personas adecuadas.

Cada persona es un mundo y tiene sus problemas, por eso la necesidad de hacer un plan de trabajo individual con objetivos específicos para cada persona, según las características que presenta (como los rasgos y la tipología), con la finalidad de determinar cuál es el mejor tratamiento.

Quinteros Turinetta y Carbajosa Vicente nos señalan que “antes de detallar el programa propuesto, es importante destacar que para realizar el tratamiento con personas que maltratan a sus parejas, se deben tener en cuenta, independientemente del tipo de intervención a realizar, un conjunto de principios básicos que guían cada una de las acciones y que deben ser compartidas por todos los profesionales del equipo de atención”.⁷⁶

⁷⁶Vid: Quinteros Turinetta, A., Carbajosa Vicente, P., “Hombres maltratadores: tratamiento psicológico...”, Cit. pág. 138

Según Aumann estos principios se fundamentan⁷⁷:

- La seguridad de la víctima es el principal objetivo de tratamiento.
- Ningún ser humano merece ser maltratado
- Cada persona es responsable de su conducta violenta: quien ejerce la agresión debe asumir las consecuencias.
- El maltrato en las relaciones familiares no tiene ninguna justificación, ni existen argumentos posibles que lo avalen.
- El maltrato es un delito.
- Ningún miembro del grupo familiar puede vivir con miedo, amenazado, golpeado o menospreciado.
- Las personas no tienen el derecho a recurrir a la violencia.
- Las conductas agresivas no se detienen espontáneamente; por el contrario, si no se interviene, aumentan con el tiempo.
- Estas conductas pueden controlarse y dominarse con un tratamiento adecuado.
- Las personas que maltratan a un familiar no se caracterizan por tener una psicopatología especial.
- La relación de pareja no es una relación de poder y control.
- La intervención con personas que maltratan a sus parejas debe tener principalmente una orientación de género como concepto transversal al tratamiento.
- Los servicios de atención deben estar constituidos por profesionales con formación específica en violencia familiar.

El proceso de tratamiento que se lleva a cabo tiene en cuenta tres fases de acuerdo:

1. Fase de ingreso
 - La adherencia al tratamiento y la motivación.
 - El diagnóstico: aspectos relevantes para tener en cuenta.
2. Fase de tratamiento

⁷⁷ Vid: Corsi, J. (coord.), “Maltrato y abuso...”, Cit. pág. 239-272

- Organización de las sesiones terapéuticas.
 - Las etapas de la intervención psicológica grupal
3. Fase de seguimiento

Objetivos de cada fase atendiendo a las distintas áreas de intervención

| Fase del tratamiento | Áreas de intervención |
|---------------------------|---|
| 1º fase: contemplativa | Área cognitiva |
| | <p>Hacer conscientes las distorsiones cognitivas que tienden a producir argumentos que minimizan o niegan su conducta violenta o que tienden a culpabilizar a la víctima, fundamentalmente las ideas sexistas.</p> <p>Hacer conscientes los pensamientos negativos, generalmente distorsionados (celos desmedidos, provocaciones, etc.), que aumentan su malestar en las distintas áreas de su vida: familiar, laboral, social.</p> <p>Conocer los mecanismos de pensamiento utilizados para el manejo del estrés.</p> <p>Identificar las distintas áreas de conflicto.</p> |
| | Área afectiva |
| | <p>Percepción y reconocimiento de los sentimientos, especialmente del ira y el enfado.</p> <p>Comienzo de intervenciones para incrementar la autoestima.</p> |
| | Área conductual e interaccional |
| | <p>Aprendizaje de mecanismos que permitan anticiparse al desencadenamiento de la conducta violenta.</p> <p>Toma de conciencia de la forma en que se enfrenta los conflictos: falta de empatía y asertividad.</p> |
| | Área cognitiva |

| | |
|--|---|
| <p>2º fase: Proceso de cambio</p> | <p>Cambios en las actitudes estereotipadas en relación a los roles sexuales. Rectificación de los pensamientos y creencias que justifiquen su violencia. Racionalización realista de las ideas colotípicas. Elaboración del maltrato o el abandono que pudieron haber sufrido en su infancia o la violencia de género de sus padres. Flexibilidad del pensamiento rígido (todo o nada) que permita elaborar distintas ideas con respecto al problema.</p> |
| | <p>Área afectiva</p> |
| | <p>Manejo de estrés diario y de la ansiedad. Expresión adecuada de los sentimientos negativos: temor, enojo, angustia, etc. Incremento de la autoestima. Aumento de la tolerancia a la frustración Reducción de la elevada dependencia afectiva hacia los demás</p> |
| | <p>Área conductual</p> |
| | <p>Aumento de las redes sociales y abandono del aislamiento. Brindar pautas de establecimiento de relaciones interpersonales no violentas. Resolución de conflictos de forma no violenta.</p> |
| <p>3º fase: Mantenimiento</p> | <p>Disparadores personales de la violencia (emocionales, cognitivos) Identificación y resolución de situaciones conflictivas (estilos de afrontamiento). Habilidades sociales y de comunicación adquiridas. Roles de pareja y de padre. Situaciones de crisis y emergencias. Cierre y preparación para el proceso de seguimiento. Plan individual de prevención de recaídas</p> |

Los programas que actualmente están formulados para la rehabilitación de los maltratadores tienen bastante calidad, no obstante no significa que tengan éxito, porque el éxito depende fundamentalmente del agresor y de la motivación que éste tenga para el cambio. Lo esencial es que el hombre asuma la responsabilidad de lo que hace. Se

puede verificar esta responsabilidad cuando no minimizan la violencia que ejercen, no se reconocen como maltratadores, no se justifica buscando la culpa en la pareja, no aísla a su pareja de las redes sociales.

Cuando todos estos indicadores estuvieran asumidos, se podrá aseverar que aumentan en gran proporción las posibilidades de que con la ayuda de una intervención psicológica el maltratador puede dejar de serlo.

4. Mediación en víctimas de violencia de género

4.1. La prohibición del legislador

La mediación penal es un tema tabú en España, aunque la mediación penal en casos de violencia de género es una fuente de discusiones todavía más dramática.

El legislador dejó bien claro la prohibición de la mediación en estos casos, como podemos verificar mediante el artículo 44.5 de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia, cuando menciona expresa y tajantemente que está prohibida la mediación en este supuesto.

Sin embargo, manifiesto mis dudas respecto a la no puesta en funcionamiento de este procedimiento, ya que estoy a favor de que sí es posible la mediación en materia de violencia de género, sobre todo cuando no exista gravedad de los delitos así como en los efectos en la víctima, físicos y psicológicos.

El artículo 1 de la Ley 1/2004, menciona que la violencia de género “es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres... y que comprende todo acto de violencia física y psicológica... la privación de libertad”. Coincido plenamente. La violencia de género consiste en el poder y el control que el hombre quiere ejercer constantemente en su pareja.

Esta desigualdad entre las partes es lo que, según los expertos, provoca que la mediación no se pueda realizar.

No obstante, pienso que esta desigualdad sufre una crisis, es decir, cuando la mujer denuncia a su pareja hace que el agresor no tenga ese control y ese poder sobre ella, y cuando ve que ella ha tomado una decisión que tiene como finalidad terminar con esta situación tan dolorosa, pienso que se reduce la posibilidad de que no tenga conciencia de lo que ha hecho, es decir, que no asuma que es un maltratador cara a la existencia de más probabilidades de que tome conciencia del daño que ha realizado y reflexione sobre lo que ha pasado.

Esta etapa, a la cual denomino “crisis”, tendrá que estar patente mientras él inicia un proceso psicológico, o sea, el maltratador ya debería tener la primera sesión con un psicólogo/a.

En el caso de que tanto el maltratador como la víctima inicien un tratamiento psicológico antes de que se inicie el proceso judicial, estimo que existen grandes posibilidades de que esta desigualdad puede que ya no exista o que se haya minimizado, siempre y cuando el agresor tome conciencia del daño causado y de que la víctima haya adquirido una cierta fortaleza.

Cuando el procedimiento siga el orden que he mencionado anteriormente, entonces puede ser posible que exista una igualdad de partes que permitirá que se pueda resolver el conflicto mediante la mediación.

Cuando existe un episodio de violencia de género, según el legislador penal está prohibida la mediación, tanto para los aspectos penales como civiles. No obstante pienso que estas causas se deberían separar, es decir, una cosa es la violencia ejercida a su pareja y otra son los asuntos familiares que surgen después de que la víctima abra su alma y transmita sus sentimientos.

En estos casos, considero que debería ser la víctima la que exprese sus deseos, es decir la que diga si quiere o no separar estas materias, y someterse o no a una mediación.

En las materias civiles, como la filiación, maternidad, paternidad, nulidad matrimonial, separación o divorcio, atribución del uso de la vivienda familiar, régimen respeto de los hijos, etc. según la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí se puede utilizar la mediación. No obstante en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, nos alude que “en todos los casos está vedada la mediación” lo que origina a que exista dudas si realmente se podrá ejercer la mediación civil en la faceta civil derivado de un episodio de violencia de género.

4.2. Beneficios de la mediación

Participación de la víctima

Felizmente quedó superado el tiempo en que la víctima y su familia negociaban una compensación por el delito con el agresor. Este derecho totalmente privado, o sea, cuando se resolvía un conflicto mediante la “justicia por su mano”, tuvo final cuando en las sociedades occidentales se ha reflejado la división de poderes (legislativo, judicial y ejecutivo), en la instauración del principio de legalidad como pilar máximo del proceso, de forma que nadie puede ser juzgado por hechos que no estén regulados en la ley, ni aplicar una pena que tampoco esté predeterminada legalmente.

Es de esta forma cuando la víctima deja de tener su protagonismo, y el conflicto empieza a tener que ser resuelto entre el Estado y el agresor, olvidando así que el conflicto es de la víctima y el delincuente antes que sea administrado y remitido por el Estado y del delincuente.

Este panorama nos ha conducido paulatinamente a que se debata sobre la necesidad de que la víctima, entendida como parte activa ante el hecho criminal, sea considerada dentro del sistema penal y dentro del proceso penal como una parte más, al igual que el imputado⁷⁸.

Fortalecimiento de la posición de la víctima

La mediación puede implicar efectivamente que la víctima se fortalezca y participe mucho más que en un proceso por vía judicial. Ya que es ella quien, va en cierto modo, va a tener el poder. Por más que sean ambos los implicados que lleguen a un acuerdo como reparar el daño, la mujer va a sentir un mayor protagonismo, va a sentir que su opinión es importante y relevante y que por primera vez su pareja la tendrá que escuchar y saber lo que piensa y siente lo que origina que se sienta más fuerte.

⁷⁸Gordillo Santana, L., “La justicia restaurativa...”, Cit. pág.82

El perdón

Perdonar es todo lo que una víctima algún día va a querer escuchar. El perdón de alguien que le ha hecho mal, que le ha hecho un daño del que va ser difícil recuperarse, como símbolo que representa el reconocimiento. Esto es lo que en la mediación siempre se va a trabajar, el perdón por los daños causados y saber que ha actuado mal.

5. Propuesta de mediación penal en víctimas de violencia de género

He realizado este estudio general con la finalidad de proponer la visibilidad de la mediación penal en los casos de violencia de género, sin perjuicio de tener presentes las características básicas de la mediación, las cuales he mencionado en la primera parte de mi trabajo.

Este apartado hace hincapié en el tipo de procedimiento que se debería llevar a cabo para que sea posible la mediación en los fenómenos de violencia de género.

Como punto de partida, y como ya he reflexionado anteriormente, la mediación no está vigente con carácter general en España, apenas se encuentra vigente en algunas Comunidades Autónomas y más concretamente en el ámbito de la mediación familiar.

Antes de iniciar esta propuesta quiero esclarecer, según mis ideas, cuáles tendrían que ser las condiciones necesarias para que se pueda resolver un caso de violencia de género mediante la mediación.

Cuando una víctima de violencia de género presenta una denuncia, una queja, una demanda al agresor, las primeras actuaciones que se deberían llevar a cabo son los apoyos especializados:

- Consulta con el psicólogo: este profesional debería analizar su estado psíquico, tener conocimiento de su estado físico y orientarle a una terapia.

- Consulta con el trabajador social: tendría que tener todo el conocimiento de la situación familiar (si tiene hijos y familiares a cargo debería derivarlos a

psicólogos), y proporcionarle toda la información suficiente de los recursos existentes para las víctimas de malos tratos. En el caso de que la víctima sufra de una dependencia económica la reunión con el T.S le proporciona más tranquilidad económica.

- Consulta con un abogado: que le proporcione toda la información jurídica necesaria (posibilidades legales, posibles consecuencias, procedimientos...).

- Asociaciones especializadas en víctimas de violencia de género: estas asociaciones son de gran importancia en su labor con las víctimas, ya que logra que se sientan apoyadas, orientadas y asistidas.

Según Carmen Delgado Álvarez, un apoyo psicológico especializado en violencia de género tendrá unos efectos bastante benéficos en la mujer, como puede ser:⁷⁹

- Se sentirá cómoda y segura en la sesión
- Se sentirá escuchada y comprendida
- Será tenida en cuenta en sus necesidades y sentimientos
- Percibirá retroalimentación por parte de la terapeuta
- Le ofrecerá un sistema de protección en caso de riesgo
- No recibirá un trato paternalista, sino igualitario
- Le ayudará a ver que no es culpable del maltrato
- Le ayudará a encontrar estrategias para salir de la situación
- Le ayudará a reconocer los puntos fuertes que hay en ella.

Pienso que este apoyo la víctima desde un principio es importante en la medida de que no se va a sentir sola, desamparada, sin salida. También origina que cuando se dé el proceso judicial la víctima ya tenga adquirido una cierta autonomía y poder personal.

⁷⁹Delgado Álvarez, C., “161 respuestas sobre...”, Cit. pág.55

El agresor debería tener la obligación de:

- Acudir al psicólogo: antes de que se inicie el proceso judicial es importante que ya se conozca al agresor, es decir, si por ejemplo es un tipo de maltratador cobra o pitbull, cuáles son sus rasgos y creencias, los mecanismos que provocan que actúe con violencia hacia su pareja. Es indispensable que ya haya asistido a sesiones de terapia individuales antes de iniciar el proceso.

Estos procedimientos son básicos, es decir tanto el agresor como la víctima ya deberían tener un acompañamiento psicológico, con una duración de dos meses, antes de que se inicie el proceso.

El tiempo es la base fundamental en estos casos, no es que con el tiempo se olviden los problemas y los efectos que causan el maltrato, simplemente es el tiempo que necesita la mujer para que ya se pueda sentir mínimamente rehabilitada psicológicamente y el tiempo en que los psicólogos van poder analizar el maltratador y poder hacer algún tipo de intervención psicológica.

Cada etapa va jugar un papel fundamental, la que necesitan antes de que inicie el procedimiento de mediación, de la rehabilitación del maltratador...

Como he referido en el párrafo anterior, la víctima y el agresor necesitan al menos dos meses antes de que se inicie el procedimiento de mediación de un tratamiento psicológico, es decir, se presenta denuncia, empiezan con tratamiento psicológico, pasan por lo menos dos meses y se inicia el juicio, después de iniciarse el proceso por la vía judicial es cuando ambas partes deberían tener el conocimiento de la mediación como otra alternativa a la solución del conflicto, por eso defiendo que en casos de violencia de género la mediación tiene que tener un carácter intrajudicial. A posteriori detallaré los motivos.

El tiempo que duración el procedimiento de mediación pienso que puede ser (como tenemos en la ley portuguesa) de tres meses con una prórroga de dos más.

En esta misma ley, con respeto al acuerdo realizado entre los implicados, los acusados no podrán realizar “labores” superiores a seis meses, en esa misma ley menciona que la pena que cumpla el agresor no puede ser superior a seis meses⁸⁰, lo que para según mis ideales no sería aceptable. Propongo un tratamiento de rehabilitación

⁸⁰ Se desea más información véase el artículo 6 de la Lei 21/2007 de Mediação Penal.

que no tendría ningún efectos en el caso de que el maltratador apenas tuviera que frecuentar durante seis meses, tendrá siempre que asumir que hará un tratamiento de rehabilitación de por lo menos un año y medio.

A posteriori menciono como debería de ser el procedimiento de mediación, cuáles deberían ser sus características fundamentales, cómo debería actuar el mediador y de su formación específica para estos casos.

5.1. Características del procedimiento

La mediación ya tiene su esencia, tiene su definición y sus características. A continuación formulo como deberían ser las características de la mediación en los casos de violencia de género.

Igualdad de partes

La mediación es aquel procedimiento voluntario de resolución de conflictos, donde las partes en disputa, voluntariamente asistidas por un tercero neutral, duden con la finalidad de construir sus propias decisiones para solventar la controversia.

Al definir la mediación existen críticos que se pronuncian en el sentido de que no existe la mínima posibilidad de mediación penal en violencia de género, cuando este pcto. ya tiene como característica base la igualdad de partes. Así afirman que la víctima siempre va estar condicionada por el agresor, por miedo, por inseguridad y que por eso no existe esa igualdad.

No obstante pienso que si la víctima y el agresor ya han asistido a terapia (como he relatado anteriormente), la víctima ya se sentirá con más poder emocional que hará que ese miedo disminuya, y por tanto se equilibren las fuerzas y las posiciones.

Sin embargo, no desafío lo que considero primordial para que se pueda ejercer la mediación, que es la igualdad de las partes.

Sistema alternativo e intrajudicial

Tiene que ser un sistema alternativo, ya que deben ser las personas implicadas las que libremente eligen cómo afrontar su conflicto.

Dentro de su carácter alternativo, debería ser intrajudicial, es decir solo debería ser posible cuando se inicie el proceso por la vía judicial y posteriormente, cuando las partes tengan conocimiento de la mediación, estén dispuestas a resolver su problema a través de otro método de resolución de conflictos que no sea el judicial.

Debería ser intrajudicial porque pienso que es necesario que el agresor tenga un periodo de “crisis”, un periodo de reflexión donde puede indagar que ha hecho mal y esta crisis la tiene cuando su pareja le denunció y prevé que va tener un juicio donde supuestamente puede ser condenado por la comisión de un delito.

Confidencialidad

Esta característica es importante en el procedimiento de mediación. El agresor es el que tiene que estar más concienciado de que esta característica existe, ya que puede hacer con que tenga más participación o no en el procedimiento, especialmente si le preocupa que no trascienda públicamente su posible condición de “maltratador”.

5.2. ¿Cómo tiene que ser la formación del mediador?

La formación específica y especializada del mediador es imprescindible en la resolución de estos casos. El mediador debería tener como base estudios en derecho, sociología, trabajo social, educación social o pedagogía. Además debería tener un posgrado en estudios de género, de violencia de género o criminología.

Pienso que también sería relevante su formación y adquisición de competencias en estudios específicos en sistemas alternativos de resolución de conflictos y técnicas de mediación.

Me gustaría hacer hincapié en los estudios de género, ya que mediante estos posgrados es cuando se tiene un conocimiento interdisciplinar de lo que es el maltrato y con ello ser la base para entender y saber trabajar con víctimas y agresores de este tipo tan especial de hechos y delitos.

5.3. ¿Cuándo es posible?

Para que sea viable la mediación penal en la víctima de violencia de género, se tendrá que analizar el tipo de delito atendiendo a las particularidades de cada caso, es decir, cada caso es diferente y no todos los casos se podrán resolver mediante la mediación penal.

En el capítulo anterior he hecho referencia a los delitos y faltas que considero que podrían ser motivo de mediación penal.

La mediación penal con víctimas de violencia de género es mucho más compleja, por ese motivo voy a relatar qué situaciones vinculadas con este fenómeno pudiera ser idóneos para ser objeto de mediación:

- En el caso de agresores no reincidentes en violencia de género;
- En el caso donde el daño causado a la víctima no implique serias lesiones físicas o psíquicas (irreversibles o irreparables)
- Cuando la violencia no es habitual;

5.4. ¿En qué tipo de agresores?

Saber la tipología y los rasgos del agresor son fundamentales a la hora de saber si es posible o no mediación, ya que estos rasgos pueden definir si existe o no la posibilidad de rehabilitación del maltratador.

Este es otro factor más por el que definiendo que es necesaria la intervención psicológica con el agresor antes de iniciar el proceso judicial. El psicólogo/a tiene un papel fundamental en la medida que tendrá que analizar correctamente al maltratador

con la finalidad de saber si el agresor tiene o no unos rasgos que se pueden cambiar, rehabilitar.

No obstante, en el caso de que en la consulta psicológica se detecte que el maltratador no tiene la intención de cambiar, en el caso de que vaya a continuar maltratando, estos hombres no deberían tener la posibilidad de un procedimiento de mediación, ya que apenas lo utilizarían para seguir teniendo poder y crear miedo y terror en la mujer.

Creo en la rehabilitación de las personas, principalmente cuando esa rehabilitación se basa en rasgos de cultura, de creencias, de valores, es decir en los maltratadores que lo son porque piensan que tienen que tener un control en las mujeres, sí se pueden recuperar y incluso dejar de maltratar, pero también existen maltratadores que infelizmente nunca abandonan la violencia.

Defiendo que los hombres que maltratan por creencias, por estereotipos, por valores patriarcales pueden cambiar porque estos valores son aprendidos, son ideas que les han transmitido y que muchas de las veces no tienen conciencia de que las han adquirido. Y estos valores, como aprendidos que son, también se pueden resocializar. Por eso la necesidad de una terapia, de una rehabilitación y de la necesidad de reconocer que han maltratado y que quieren cambiar, lo que les puede alcanzar más fácilmente permitir mediante la mediación y no mediante un proceso judicial, donde se les impone una pena, y la cumplen mediante la privación de libertad.

Este tendría que ser un procedimiento más en la lista para analizar los posibles casos en los que se podría mediar entre víctimas de violencia de género, es decir, que se tenga un análisis del tipo de maltratador que es y si tiene intención de cambiar.

Conclusiones

Primera- La justicia restauradora es una forma más que la sociedad tiene a su disposición para resolver un conflicto, no obstante jamás se podrá sustituir por la justicia tradicional o retributiva.

Segunda- La mediación es un sistema de resolución de conflictos que debe ser consolidada por una ley estatal, que permita regular el servicio de mediación como un sistema público, regule el estatuto profesional (formación, listas de mediadores), así como lo elementos principales del procedimiento de mediación.

Tercera- Debería existir un sistema general de mediación y sistemas de mediación interdependientes del mismo y centrados en materias específicas, como la penal, familiar, laboral, comunitario, juvenil.

Cuarta- Estos sistemas de mediación, deben tener un carácter público y depender de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia).

Quinta- Los ciudadanos tienen que tener conocimiento de que la mediación es un sistema complementario y alternativo a la vía judicial. Para ello se hace imprescindible darle a conocer y transmitir sus posibilidades y ventajas.

Sexta- Es necesaria la creación de Oficinas de Resolución de Conflictos, donde se pueda orientar a las personas respecto a las diferentes maneras de resolver su problema.

Séptima- La mediación penal solo debería ser posible en algunos casos, valorando la gravedad, naturaleza y consecuencias de delito y la situación de la víctima.

Octava- Es imprescindible la voluntariedad y la igualdad de partes cuando los implicados optan por resolver su conflicto a través de la mediación.

Novena- Se puede realizar mediación penal en casos de violencia de género, siempre que sea con un carácter intrajudicial y complementario a la jurisdicción. Solo se podrá realizar en los casos de agresores no reincidentes en violencia de género; en el caso en que el daño causado a la víctima no implique serias lesiones físicas o psíquicas y cuando la violencia no es habitual. También puede ser viable en los casos en que el maltratador ejerza la violencia por motivos de estereotipos o por valores patriarcales.

Bibliografía

- Ashworth, A., Responsibilities, Rights and Restorative Justice, The British Journal of Criminology, Special Issue, vol.42, nº3, 2002
- Carrasco Blanco, M., mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2009
- Corsi, J. (coord.), Maltrato y abuso en el ámbito domestico: fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares, Piados, Buenos Aires, 2003
- Corsi, J. (coord.), Violencia masculina en la pareja. Buenos Aires, Paidós, 1995
- Echeburúa, E., Amor, P.J., Hombre violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención. En Rechea, C., Criminología aplicada, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999
- Esquinas Valverde, P., Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- Fiadjoe, A., Alternative dispute resolution: a developing worl perpective, Londres, 2004.
- Galeote Muñoz, M.P., La mediación in Sistemas de Solución extrajudicial de conflictos, coord. Rafael Hinojosa Segovia, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006
- García García, L., Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares, Dykinson, Madrid, 2003
- García Presas, I., La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio, La Ley, Madrid, 2009
- Gimeno Sendra, Procedimientos Penales simplificados, en Jornadas sobre la Justicia Penal, Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas, 2010
- Gordillo Santana, L., La justicia restaurativa y la mediación penal, Iustel, Madrid, 2007

- Hinojosa Segovia, R. (coord.), Sistemas de solución extrajudicial de conflictos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006
- Johnson, MP., Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women in U.S. families, Journal of Marriage and the Family, 1995
- Lamas Leite, A., A mediação penal de adultos: um novo << paradigma >> de justiça?: análise crítica de la Lei nº 21/2007, de 12 de junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- Larrauri, E., Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004
- Luquin Bergareche, R., Teoría y práctica de la mediación familiar y extrajudicial en España. Thomson. Pamplona, 2007
- Maier, J., (comp): De los delitos y las victimas, Buenos Aires, AD HOC, 1992
- Martín Diz, F., La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia, Lerko Print, Madrid, 2009
- Martín Diz, F. (comp.), La mediación en materia de familia y derecho penal, Andavina, Santiago de Compostela, 2010
- Montserrat de Hoyos Sancho (coord.), Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales, Lex Nova, Valladolid, 2009
- Quinteros Turinetti, A., Carbajosa Vicente, P., Hombres maltratadores: tratamiento psicológico de agresores, LDM Ediciones, Madrid, 2008
- Redorta Lorente, J., Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar, Valencia, 1999.
- Roldán Barbero, H., La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar, Doctrina, 2003
- Sanmartín, J. (coord.), el laberinto de la violencia: causas, tipos y efectos, Ariel, Barcelona, 2004
- Souto Galván, E. (coord.), La mediación: un instrumento de conciliación, Dykinson, Madrid, 2010

- Van Ness, D., Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice, ICCA Journal of Community Corrections, nº8, 1997
- Varona Martínez, G., La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998
- Vasconcelos Sousa, J., Mediação, Quimera, Lisboa, 2002
- Villacampa Estiarte, C. (coord.), violencia de género y sistema de justicia penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- VVAA, 161 respuestas sobre la violencia de género, Globalia Artes Gráficas, Salamanca, 2008
- VVAA, La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado, Lerko Print, Madrid, 2005
- VVAA, Comentarios al código penal, Bosch, Barcelona, 2007
- VVAA, Estudios interdisciplinarios sobre igualdad, Iustel, Madrid, 2009
- VVAA, Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro, en la mediación y sus contextos de aplicación, una introducción para profesionales e investigadores, Paidós, Barcelona, 1996
- VVAA, La Víctima y el sistema penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992
- Zehr, H., Changing lenses: a new focus for crime and justice, Scottsdale, PA Herald Press, 1990