

ALGUNOS ARGUMENTOS VICTIMOLÓGICOS Y DE PREVENCIÓN ESPECIAL PARA LA DEROGACIÓN DEL APARTADO QUINTO DEL ART. 87 TER DE LA LOPJ (¿POR QUÉ ABRIR LA MEDIACIÓN PENAL A LOS CASOS DE VIOLENCIA EN LA PAREJA?)¹

Fernando VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas referencias de derecho comparado. 1. La situación en Alemania. El proyecto «Waage Hannover». 2. El programa de mediación extrajudicial en Austria (ATA). III. Violencia de género y principio de igualdad de armas. 1. Introducción. 2. Mediación y empoderamiento de las víctimas. Referencia a las técnicas utilizadas en los programas alemanes y austríacos. A. El contacto inicial con la víctima. B. El «doble mixto» y el método del «reflecting team». IV. ¿Pueden los programas de mediación penal prevenir la reincidencia del maltratador? V. Conclusiones.

Abstract: Este trabajo se presentan diversos resultados y argumentos que obligan a criticar la prohibición de mediar en casos de violencia de género (apartado 5 del art. 87 ter de la LOPJ), pensando, sobre todo, en agresiones únicas o aisladas y leves a víctimas que disponen suficientes recursos psíquicos y sociales. Además, se tratan algunos de los principios desarrollados en los programas alemanes y austríacos para conducir un proceso de empoderamiento de la víctima y se apuesta por la introducción de un modelo de mediación penal como técnica de intervención en red.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación 97/2012, del Instituto de la Mujer.

Palabras clave: mediación penal, violencia de género, empoderamiento de las víctimas.

Abstract: This work presents a diverse set of results and arguments, which lead to criticize the categorical prohibition of mediation in cases of gender-based violence (Art. 87 ter, paragraph 5, of the Organic Law on the Judiciary), especially in the case of singular and isolated aggressions against victims having sufficient psychological and social resources. Moreover, some of the principles developed in the German and Austrian programs to achieve the empowerment of the victims are studied and the introduction of a mediation model as networking technique.

Key words: penal mediation, gender-based violence, empowerment.

I. Introducción

La posibilidad de dar entrada a la mediación en el Derecho penal de adultos ha venido suscitando todo tipo de reservas². Las cuestiones más controvertidas son, quizá, su idoneidad para lograr el restablecimiento de la paz jurídica –su potencial intimidatorio y estigmatizador podría no ser lo suficientemente relevante como para hacer de ella un instrumento de renuncia a las penas³– y, sobre todo,

² *Vid.*, por ejemplo, y por centrarme sólo en la bibliografía española, G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, *passim*; M. HERRERA MORENO, «Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 6, 1996, pp. 377 y ss.; E. LARRAURI PIJOÁN, «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», en F. Pérez Álvarez (ed.), *In Memoriam Alexandra Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 439 y ss.; P. ESQUINAS VALVERDE, «La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?», *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 55 y ss.; L. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, *passim*; V. DOMINGO DE LA FUENTE, «Justicia restaurativa y mediación penal», *Revista de Derecho penal*, n.º 23, 2008, pp. 33 y ss.; S. BARONA VILAR, «Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho penal*, n.º 26, 2009, pp. 11 y ss.; I. ORDEÑANA GEZURAGA, «Mediación penal: una alternativa que funciona», en B. Antón (coord.), *XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible*, Donostia, 2012, pp. 1937 y ss.; M. A. CANO SOLER, *La mediación penal*, Cizur Menor (Navarra), 2015, *passim*.

³ Por la negativa se inclinan, entre otros, L. SEBBA, *Third parties: victims and the criminal justice system*, Columbus (Ohio), 1996, p. 295; B. HUDSON, «Restorative justice and gendered violence. Diversion or effective justice», *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, 2002, p. 627; A. MORRIS, «Critiquing the critics. A brief response to critics of Restorative Justice», *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, 2002, p. 603;

la relativa al ámbito de aplicación de los programas, en particular en lo que concierne a los delitos de violencia contra la mujer.

En efecto, aunque sus partidarios la presentan como una técnica de intervención que facilita la coexistencia pacífica entre los implicados, posibilitando su reconciliación y, llegado el caso, su separación y divorcio⁴, la posibilidad de ponerla a disposición de las víctimas de violencia en la pareja es objeto de una intensísima disputa que se proyecta, también, sobre los criterios y modelos de coordinación de los programas con las agencias orientadas a prevenirla y afrontarla. La controversia se nutre, fundamentalmente, de las distintas valoraciones que han merecido los proyectos existentes en Canadá,

G. JOHNSTONE, *The idea of restorative justice*, Inaugural Lecture given at The Middleton Hall, University of Hull, 2004, p. 14. Para evitar que con su introducción se le traslade a la sociedad un (peligroso) mensaje de lenidad se ha propuesto reforzar algunos de sus elementos, como su rapidez, en tanto reacción jurídica (T. TRENCECK, «V. O. R. P.; algunos temas centrales en la mediación del conflicto víctima-infractor», *Infancia y Sociedad*, n.º 23, 1993, p. 122), o los mecanismos de refuerzo positivo (por ejemplo, las diversas alternativas de conducta que se le presentan al (presunto) autor para que elija la que desea) –J. Schmitz-GARDE: *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-)Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Hamburg, 2006, p. 192–. Para otros autores, en cambio, la única forma de conjurar el riesgo de trivialización del delito es proceder a una mayor integración-coordinación con los procedimientos judiciales –S. SILVANI, «La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano», en G. Mannozi (ed.), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 143–, bien exigiendo un pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del infractor, bien una restricción en el ejercicio de algunos de sus derechos, bien, por último, una suerte de ceremonia pública de disculpa frente a la víctima. La posición actualmente dominante parece ser la que defiende que la completa restauración de la relación del agresor con la víctima y, por ende, con la comunidad pasa, también, por que las medidas acordadas incorporen el imprescindible plus de disuasión para los delincuentes potenciales. La compatibilidad de los programas de mediación con los postulados de la prevención general positiva debería pasar, por consiguiente, por acentuar el elemento de afflictividad –carga o esfuerzo emocional y material– ínsito en el contacto con la víctima y en el hallazgo de una solución global para el conflicto: T. TRENCECK, «Vermittelnder Ausgleich strafrechtlich relevanter Konflikte – ein Modell kriminalrechtlicher Intervention? – Erfahrungen und Perspektiven», en E. Marks / D. Rössner (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens*, Bonn, 1989, p. 486.

⁴ Vid. M. J. GUARDIOLA LAGO, «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho penal*, 12, 2009, p. 32; M. S. UMBREIT / B. VOS / R. COATES / K. BROWN, *Facing violence: the path of restorative justice*, New York, 2003, p. 17; C. PELIKAN, unter Mitarbeit von I. HAGER / B. HALLER / A. KRETSCHMANN, *Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tatausgleich*, Wien, 2009, *passim*.

Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Alemania, Austria y los países escandinavos, salpicando tanto a los teóricos o ideólogos de la justicia restaurativa, como a los prácticos implicados en los propios programas.

El argumento más recurrente de quienes desechan su empleo es el relacionado con el esquema patriarcal que caracteriza a las relaciones de pareja en las sociedades modernas: si su desarrollo presupone la decisión (voluntaria e informada) de las partes de cooperar en la resolución del conflicto y su capacidad para articular sus necesidades e introducirlas en un acuerdo reparador, por lo que atañe a la víctima, ambos requisitos podrían diluirse en la dinámica de violencia que envuelve a la relación de pareja⁵. Junto a ello suele aludirse, también, en este mismo contexto, a la posibilidad de que el agresor aproveche el encuentro para repetir su comportamiento violento, en particular en los supuestos en que intenta conservar el control sobre la víctima (por ejemplo cuando la violencia se produce en el primer año de separación o cuando la que quiere separarse es la mujer)⁶. Su carácter de técnica de resolución de conflictos a corto plazo y focalizada al tratamientos de problemas muy concretos la incapacitaría, así, para desplegar efectos duraderos, con relación a la terminación y exclusión de la violencia.

⁵ *Vid.*, por ejemplo, C. A. BETHEL / L. SINGER, «Mediation: a new remedy for cases of domestic violence», *Vermont Law Review* 7, 1982, p. 19; M. WRIGHT, *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*, 2.^a ed., Winchester, 1996, p. 93; F. MERSCHER, *Die Verzahnung von Straf- und Zivilrecht im Kampf gegen häusliche Gewalt*, Frankfurt am Main, 2004, p. 222; S. NOTTHAFFT, «Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen? Ein Beitrag zur Diskussion des Buches 'Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen' von B. Bannenber, E. G. M. Weitekamp, D. Rössner und H.-J. Kerner», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2/2001, p. 164; M. DEL POZO PÉREZ, «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.4 de la Ley Orgánica 1/2004?», en F. Martín Diz (coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, 2011, pp. 297 y ss.

⁶ Hacen suyo ese temor H. ASTOR, «Swimming against the tide: keeping violent men out of mediation», en J. Stubbs (ed.), *Women, Male Violence and the law*, Sydney, 1994, p. 151; S. HOOPER / R. BUSCH, «Domestic violence and restorative justice initiatives: The risks of a new panacea», *Waikato Law Review*, 1993, vol. 1, p. 10; R. BUSCH, «Domestic violence and restorative justice initiatives: Who pays if we get wrong?», en H. Strang / J. Braithwaite (eds.), *Restorative Justice and Family Violence*, Melbourne, 2002, p. 229. La Ley 1/2004 solo prohíbe la mediación, no el empleo de otros mecanismos de justicia restaurativa (como las conferencias) que permitirán reducir los riesgos del encuentro bilateral entre el autor y la víctima: *vid.* J. M. TAMARIT SUMALLA, «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, p. 156.

En las páginas que siguen voy a defender, sin embargo, la postura contraria: la que apuesta por la compatibilidad entre los presupuestos esenciales de la mediación y la preexistencia de un cierto desequilibrio entre las partes⁷. Creo que, en algunos casos, el mediador puede, efectivamente, «remediar las disparidades en materia de poder y aptitudes y reestablecer el equilibrio a favor de la parte que está en desventaja», como apunta la Recomendación N.º R (99) del Consejo de Europa⁸. Además, estoy convencido de que cualquiera de los instrumentos de la denominada justicia restaurativa está en disposición de cambiar la dinámica vital de la pareja o expareja, tanto de forma inmediata –con la mirada puesta en el suceso o en la cadena de sucesos que han motivado la intervención penal– como con vistas a evitar la reincidencia⁹.

El objeto último de este trabajo es analizar, otra vez, el potencial de la mediación en ese campo para, de esa forma, tomar postura frente a una eventual derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ, que, como es sabido, prohíbe expresamente la mediación en todos los asuntos que caen bajo la competencia de los llamados Juzgados de Violencia contra la Mujer¹⁰. En su elección han pesado, además de su indudable actualidad, el desigual tratamiento legal del

⁷ A favor de esa postura se han pronunciado, entre otros, BETHEL / SINGER (n. 5), p. 16; D. RÖSSNER / B. BANNENBERG, *Konfliktregelung bei Gewaltstraftaten in Partnerschaften. Kurzfassung des Gutachtens Mediation bei Gewaltstraftaten in Partnerschaften im Auftrag des Senatsamtes für die Gleichstellung, Senatsamt für die Gleichstellung*, Hamburg, 1999, p. 39; B. GLAESER, *Victim-Offender Mediation in Cases of Domestic Violence*, Budapest, 2004, pp. 2 y 3; N. BALS, *Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt*, Baden-Baden, 2010, p. 104.

⁸ Vid. artículo 2.2 del Apéndice.

⁹ De esa misma opinión, por ejemplo, R. LEWIS / R. E. DOBASH / R. P. DOBASH / K. CAVANAGH, «Law's Progressive Potential: The value of Engagement with the Law for Domestic Violence», *Social and Legal Studies*, Vol. 10, 2001, pp. 122 y 123; G. MATEFI, «Mediation bei häuslicher Gewalt?», *Die Praxis des Familienrechts*, 2/2003, p. 267.

¹⁰ El precepto deja abierta la puerta, no obstante, a la posibilidad de implementarla tras la finalización de la fase de instrucción o en punto a delitos como el impago de pensiones, el quebrantamiento de condena o, en general, cualesquiera otros de violencia doméstica no contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Vid., en ese sentido, GUARDIOLA LAGO (n. 4), pp. 29 y ss.; J. I. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12-05, 2010, p. 18; P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008, pp. 124 y 125; P. Casanovas / J. Magre / M. E. Lauroba (dir.), *Libro blanco de la mediación en Cataluña*, Barcelona, 2011, p. 712. En el País Vasco y Cataluña se han desarrollado diversas experiencias en casos (de violencia de género y doméstica) que habían sido archivados por el correspondiente juzgado de violencia contra la mujer.

problema en los países europeos, que han desarrollado instrumentos que, ora impulsan, ora excluyen la mediación, antes y después del correspondiente proceso judicial¹¹. A efectos de evitar malentendidos, quiero precisar ya desde ahora que la cuestión que voy a suscitar *no es* la de si existen (o no) evidencias sólidas que avalen la tesis de que la mediación, como forma de diversión, podría cumplimentar las funciones tradicionales de la justicia criminal (rehabilitación/reintegración, protección individual) mejor que la propia justicia formal. Lo que pretendo examinar es, por el contrario, si la introducción de un programa de mediación intraprocesal puede mejorar de forma cualitativa la efectividad de la justicia entendida en términos instrumentales, es decir, de empoderamiento de la víctima y reducción de la reincidencia en el ámbito de la violencia en la pareja.

II. Algunas referencias de derecho comparado

En los países europeos, el desarrollo de los programas de mediación penal en casos de violencia en relaciones de pareja responde a dinámicas muy diversas. En Portugal, Rumanía o Grecia son consecuencia directa de la introducción de determinadas disposiciones legales¹². En Finlandia o Gran Bretaña, en cambio, el legislador se ha limitado a dotar de legitimidad a programas-piloto existentes con anterioridad y que habían propiciado un diálogo muy fructífero con el sistema formal de justicia penal. Así, aunque la entrada en vigor de la ley finlandesa sobre mediación penal y civil se produjo en el año 2006¹³, el país ya contaba con proyectos en ese ámbito desde los

¹¹ Tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (art. 48.1), como el Manual de Legislación sobre Violencia contra las Mujeres, elaborado por Naciones Unidas en 2009 (apartado 3.9.1) desaconsejan también, explícitamente, la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer.

¹² En el caso de Portugal, de la Ley para la Prevención, Protección y Asistencia a las Víctimas de Violencia Doméstica (Ley 112/2009). En el de Rumanía, de la Ley para la Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica (Ley 217/2003). En el de Grecia, en fin, de la Ley 3500/2006, que introdujo una forma de mediación, en casos de violencia doméstica, que le atribuye al abogado la facultad de impulsar el procedimiento, siempre dentro del proceso penal y antes de la presentación de la acusación o del juicio oral. Los resultados de la mediación pueden provocar el sobreseimiento o la reapertura del proceso.

¹³ A partir de ella, la violencia en la pareja puede ser objeto de un procedimiento de mediación, que discurrirá de modo paralelo o complementario al proceso penal formal. *Vid.* E. UOTILA / S. SAMBOU, «Victim-offender mediation in cases of intimate relationship violence – Ideals, attitudes, and practices in Finland», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, n.º 11, 2010, p. 190.

años ochenta del pasado siglo¹⁴, caracterizados por su flexibilidad y capacidad de adaptación a la realidad vital de las partes¹⁵. En el caso de Gran Bretaña, en ausencia de prescripciones legales específicas, diversas organizaciones e instituciones sociales y comunales (entre ellas el Servicio de Mediación y Libertad Condicional de Plymouth y el Servicio Nacional de Libertad Condicional) han venido ofreciendo, desde 1994, programas de mediación en casos de violencia doméstica, en ocasiones con apoyo de la Policía, los órganos de ejecución penal o los servicios sociales¹⁶. En el año 2011, el Ministerio de Justicia publicó una guía orientativa que caracteriza los supuestos de violencia contra la mujer como «sensibles y complejos». En su apartado B describe los conocimientos y estrategias que precisan los mediadores para trabajar con ellos.

Mención aparte merecen las experiencias desarrolladas en Alemania y Austria. La valoración de las verdaderas posibilidades de la mediación resultará tanto más asequible cuanto mayores sean el número de proyectos existentes y la disposición de las partes para someter su situación a las comprobaciones de estudiosos e investigadores¹⁷, y ambos factores confluyen en dichos países.

1. *La situación en Alemania. El proyecto «Waage Hannover»*

La heterogeneidad es la característica principal de los programas alemanes. Proyectos de intervención especializados –como el Proyecto Modelo de Hamburgo, vivo entre los meses de enero de 2001 y diciembre de 2003, o el Proyecto HAIP de Hannover, iniciado en 1997– coexisten o han coexistido con otros que obstaculizan (Proyectos BIG e V. de Berlín –apoyándose en una directriz ministerial– y KIK de Schleswig-Holstein) o, directamente, precluyen (Proyectos CORA de Mecklenburg-Vorpommern) el acceso de los casos que res-

¹⁴ Vid. UOTILA / SAMBOU, *op. loc. cit.*

¹⁵ Vid. A. FLINCK / J. LIVARI, *Domestic Violence in Mediation. Realistic Evaluation of a Research and Development Project (Finnish Evaluation of Social Services)*, Budapest, 2004, p. 8.

¹⁶ Vid. M. LIEBMANN / L. WOOTON, *Restorative Justice and Domestic Violence / Abuse*, Cardiff, 2010, pp. 2 y ss.; T. GAVRIELEDES / V. ARTINOPOULOU, «Restorative justice and violence against women», *Asian Criminology*, 2012, pp. 6 y ss.

¹⁷ Tal y como destacan UOTILA / SAMBOU (n. 13), p. 192 y G. PROIETTI-SCIFONI / K. DALY, «Gendered violence and restorative justice: the views of New Zealand opinion leaders», *Contemporary Justice Review*, 2011, 14/3, p. 271.

ponden a la calificación jurídico-penal de violencia doméstica, en la pareja y/o contra la mujer.

Tal y como acaba de indicarse, «Die Waage Hannover e. V.», integrado en el Proyecto de Intervención de Hannover contra la violencia masculina en la familia (HAIP)¹⁸, es uno de los programas especialmente orientados al ámbito de la violencia en la pareja. Fundado en 1997, se desarrolla a lo largo de diversas fases¹⁹. Tras la intervención policial se informa del caso a los colaboradores del Programa de Prevención Policía-Trabajo Social (PPS), que le explican a los afectados el trabajo realizado en el marco del propio Proyecto y los remite al Programa «Waage» o a otras instituciones de empoderamiento. De existir sospecha de delito, no obstante, la policía pondrá los hechos en conocimiento de la Fiscalía de Hannover, desde la que se activarán los protocolos de colaboración entre la Justicia y diversas instancias y programas, entre ellos, de nuevo, el programa «Waage». Con carácter general, la Fiscalía considerará no mediables los conflictos en que las partes no han mostrado, en los contactos previos, interés alguno en intervenir en el procedimiento, el (presunto) responsable niega rotundamente los hechos o la víctima hace uso de su derecho a no declarar y no existen otras pruebas para sostener la acusación²⁰.

Tres son los grupos de supuestos en que se concentra el trabajo desarrollado por «Waage Hannover»²¹: (I) los de aparición o incremento de la violencia en respuesta a o con motivo de una separa-

¹⁸ Vid. ARBEITSKREIS HÄUSLICHE GEWALT «Prävention – Intervention – Opferschutz» (ed.), *Dokumentation der Fachtagung „Prügel hinter weißen Gardinen“. Neue Wege der Intervention gegen häusliche Gewalt im Kreis Minden-Lübbecke am 3. November 1999 in Bad Oeynhausen*, 2.^a ed., Minden, 2000, p. 23; I. SEIDEL, «Waage Hannover: Täter-Opfer-Ausgleich (TOA)», *DGM – Newsletter* 2, 2005, p. 7; A. HOTTA, *Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt*, Marburg, 2010, p. 81; L. NETZIG, «Gewalt ist nie Privat! Möglichkeiten und Grenzen des Täter-Opfer-Ausgleichs / der Mediation bei häuslicher Gewalt», en Landespräventionsrat Niedersachsen (ed.), *Dokumentation der 9. Fachtagung Häusliche Gewalt in der Migrationsgesellschaft – Differenzierte Anforderungen für die Intervention und Prävention vom 21. November 2011 in Hannover, 1–7*, Hannover, 2011, p. 1.

¹⁹ Vid. ARBEITSKREIS HÄUSLICHE GEWALT «Prävention – Intervention – Opferschutz» (n. 18), p. 25.

²⁰ Vid. B. KAVEMANN / B. LEOPOLD / G. SCHIRRMACHER, *Modelle der Kooperation gegen häusliche Gewalt: «Wir sind ein Kooperationsmodell, kein Konfrontationsmodell». Ergebnissen der wissenschaftlichen Begleitung des Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt*, Stuttgart, Berlin, Köln, 2001, pp. 270 y 271; BALS (n. 7), p. 109.

²¹ Desde 2004 entre un 60% y un 65% de todos los casos remitidos se corresponden a ese campo (un 61% en el año 2011). El porcentaje se ha incrementado, entre los años 2001 a 2006, aproximadamente diez puntos porcentuales: vid. HOTTA (n. 18), p. 83.

ción; (II) los de amenazas, presiones y coacciones permanentes a la ex-pareja («Stalking»); y (III) los de parejas que conviven en el momento de afrontar la mediación, y que presentan, a menudo, un significativo historial de maltrato²².

La proporción de expedientes que han concluido exitosamente el programa (incluyendo los resueltos sin necesidad de mediación y aquellos otros en que el acuerdo ya se había alcanzado previamente) ha ido incrementándose gradualmente a lo largo de los años, situándose en torno al 50%²³. Entre otros aspectos de interés, las estadísticas muestran que el porcentaje de casos mediados correspondientes a lesiones se situó, entre los años 2002 y 2010, alrededor del 75%, mientras que el relativo a lesiones graves, durante ese mismo período, fluctuó en torno al 20%, ubicándose en el segundo lugar de todos los remitidos²⁴. Las probabilidades de éxito parecen aumentar considerablemente cuando los participantes no habían tenido contacto previo²⁵. Alrededor de un 60% de las mujeres a las que se les ofreció participar mostraron una disposición favorable²⁶, si bien el número de las que rechazaron la mediación o no pudieron ser contactadas triplicó, prácticamente, al de los (supuestos) agresores²⁷.

Los profesionales y expertos que desarrollan su trabajo en el ámbito de la intervención social realizan un balance positivo de las cifras y datos anteriormente reseñados²⁸, aun reconociendo que los conflictos con un trasfondo de violencia de larga duración encubren desequilibrios de poder no siempre fáciles de afrontar²⁹. Su tratamiento en sede de me-

²² Vid. SEIDEL (n. 18), p. 7; BALS (n. 7), pp. 109 y 110; NETZIG (n. 18), p. 3.

²³ Cfr. HOTTA (n. 18), p. 84. En cambio, los que han acusado un descenso son los supuestos con presencia de abogados asesorando a las víctimas, lo que sirve para reforzar la tesis de que la víctima está menos interesada en hacer valer sus derechos que en lograr una cierta tranquilidad: vid. HOTTA (n. 18), pp. 91 y 92.

²⁴ Cfr. HOTTA (n. 18), p. 93.

²⁵ Vid. U. I. HARTMANN, «Täter-Opfer-Ausgleich im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren – ein unlösbares Dilemma? – Einige Forschungsergebnisse zum Modellprojekt der WAAGE Hannover e. V.», en E. Hassemer / K. Meyer (ed.), *Zehn Jahre Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung*, Bonn, 1997, pp. 138 y 139; KAVEMANN / LEOPOLD / SCHIRRMACHER (n. 20), p. 273.

²⁶ Vid. ARBEITSKREIS HÄUSLICHE GEWALT «Prävention – Intervention – Opferschutz» (n. 18), p. 30.

²⁷ Vid. HOTTA (n. 18), p. 88.

²⁸ Vid. BALS (n. 7), p. 110; NETZIG (n. 18), pp. 3 y ss. De cualquier modo, para los casos en que las partes habían rechazado una tentativa anterior de mediación, el plazo aproximado para concluir el procedimiento (con éxito) se sitúa alrededor de las cuatro semanas.

²⁹ Vid. BALS (n. 7), p. 110; NETZIG (n. 18), pp. 5 y 6. Se ha insistido, además, en las dificultades para enjuiciar el éxito o fracaso de la mediación en los supuestos en que

diación sólo se estima procedente, por ello, en tanto en cuanto aquella pueda modificar la perspectiva –interna– con la que el autor afronta los hechos, en términos de asunción de responsabilidades³⁰. Como aspectos problemáticos suelen destacarse, además, el hecho de que los «clientes» presentan con frecuencia situaciones de vulnerabilidad social o padecen problemas de alcoholismo, así como que los hombres son reacios a acudir a las agencias de intervención social³¹.

2. *El programa de mediación extrajudicial en Austria (ATA)*

El programa de mediación extrajudicial con adultos en Austria comenzó a trabajar con casos de violencia en la pareja desde el año de su puesta en marcha (1992). A partir de entonces, la Fiscalía ha ido remitiendo, anualmente, alrededor de 1900 expedientes pertenecientes a ese ámbito delictivo (aproximadamente un 20% del total), amparándose, para ello, en lo dispuesto por el §90a öStPO. A tenor de este precepto la disposición del autor a asumir responsabilidades por el hecho y a compensar sus consecuencias (en especial los daños) de una forma adecuada y haciendo todo cuanto está en su mano hace posible la renuncia a la persecución penal.

Recurriendo a métodos cualitativos, el Instituto de Sociología Criminal y Jurídica de Viena ha realizado diversos estudios, con la finalidad de obtener y difundir una imagen real, empíricamente fundamentada, del funcionamiento del programa y de su eficacia sobre el autor y la víctima. Uno publicado en 2009 documenta las entrevistas realizadas, entre un año y medio y dos años después de la conclusión del procedimiento, a las víctimas de los supuestos tratados en el año 2006 (un total de 990). Por la elevada tasa de respuesta conseguida (alrededor del 20,6%) y el volumen de datos manejados reviste un extraordinario interés³². De entre las cuestiones que afronta, las de mayor relevancia, a los efectos aquí pretendidos, son las

el delito es resultado de una larga cadena de conflictos pendientes entre la pareja: *vid.* L. NETZIG / F. PETZOLD, «Abschlußbericht der Aktionsforschung zum Modellprojekt Täter-Opfer-Ausgleich bei der WAAGE Hannover e. V.», en C. Pfeiffer (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht. Die Ergebnisse der Begleitforschung des WAAGE-Projekts Hannover*, 9 – 128, Baden-Baden, 1997, p. 49; HÖTTA (n. 18), p. 82.

³⁰ *Vid.* NETZIG (n. 18), pp. 5 y 6.

³¹ *Vid.* ARBEITSKREIS HÄUSLICHE GEWALT «Prävention – Intervention – Opferschutz» (n. 18), p. 30.

³² *Vid.* C. PELIKAN, *Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tatausgleich*, Wien, 2009, p. 10.

relacionadas con la valoración del papel de la mediación en la evolución de la relación (o ex-relación) violenta³³. En dos de cada tres casos las parejas terminaron separándose, transcurridos entre uno y dos años desde la finalización del procedimiento. De las mujeres que se separaron, la mitad consideró que la mediación había contribuido a ese resultado y un 66% afirmó haberse sentido más fuerte y seguro a través de ella. Las que siguieron manteniendo contacto con su agresor manifestaron que, durante ese mismo período de tiempo, los incidentes violentos desaparecieron y no volvieron a repetirse. De las víctimas que afirmaron que su prioridad era vivir sin violencia, un 80% reconoció que el diálogo con su pareja o ex-pareja había contribuido considerablemente a ello. Al propio tiempo, sin embargo, apenas un 43% de los hombres reconocieron haberles hecho daño, porcentaje similar al de los que declararon haber cambiado sus pautas de conducta tras su paso por el programa³⁴.

A pesar de que el desarrollo de estas prácticas recibió (casi inmediatamente) las críticas de algunas instituciones de intervención con las víctimas³⁵, los expertos austríacos han terminado por considerar los actos de violencia en la pareja como especialmente apropiados para la mediación, concluyendo que es posible proyectarla, con éxito, sobre situaciones de desequilibrio entre las partes³⁶. Las evaluaciones de que ha sido objeto el programa han permitido concluir, en efecto, que la mediación cuenta con un elevado grado de aceptación por parte de los afectados, entre otras razones porque permite atender mejor a los intereses de los hijos en común³⁷, y que se muestra más eficaz que la mera sanción penal. La mejor prueba de esto último sería la baja tasa de reincidencia registrada (11%), explicable a través de la cooperación del propio programa –culminada con éxito en uno de cada dos casos– con otros órganos de intervención social³⁸.

³³ Vid. PELIKAN (n. 32), pp. 141 y 142.

³⁴ Vid. PELIKAN (n. 32), pp. 36 y 141.

³⁵ Vid. B. BANNENBERG / E. G. M. WEITEKAMPF / D. RÖSSNER / H. KERNER, *Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen*, Baden-Baden, 1999, p. 77; G. ZWINGER, «Restorative justice practice and its relation to the criminal justice system», en VV. AA., *Second Conference of the European Forum for Victim – Offender Mediation and Restorative Justice*, Oostende, 2002, p. 85.

³⁶ Vid. ZWINGER (n. 35), pp. 84 y 85; PELIKAN (n. 32), pp. 143 y ss.

³⁷ Vid. SILVANI (n. 3), pp. 147 y 148; H. J. SCHLECHTER, *Die Arbeit im Tatausgleich bei häuslicher Gewalt*, Wien, 2008, *passim* (http://www.neustart.at/Media/tatausgleich_haeusliche_gewalt_schlechter.pdf).

³⁸ Vid. VEREIN NEUSTART, *Mächtigung der Frauen gelingt. Erfolge des Tatausgleichs bei Gewalt in Paarbeziehungen in Studie dokumentiert*, Wien, 2009, *passim* (http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20091124_OT0071_maechtigung-der-frauen-gelingt).

III. Violencia de género y principio de igualdad de armas

1. Introducción

Una parte muy significativa de las investigaciones y trabajos de género reproduce la tesis de que las dinámicas de control que se hallan en el trasfondo de la violencia privan *siempre* a las víctimas –con independencia de la intensidad y forma de la propia violencia– de la capacidad de negociar libre e igualitariamente con sus agresores³⁹. La literatura anglosajona suele mencionar, a este respecto, la investigación desarrollada, en 1994, por Newmark, Harrell y Salem, en los tribunales de familia de Portland y Minneapolis, con la finalidad de conocer las impresiones de los hombres y mujeres implicados en conflictos de custodia asociados a supuestos de violencia doméstica⁴⁰. En ella comprobaron la existencia de diferencias considerables entre las mujeres que habían sido agredidas en sus relaciones de pareja y las que no: las primeras estaban convencidas de que sus compañeros o ex-compañeros podían *desarmarlas* (dejarlas literalmente sin argumentos) en cualquier discusión y de que se vengarían si no cumplían sus deseos; tenían miedo a sufrir represalias (en su persona o en las de sus hijos) si los contradecían; y evidenciaban, finalmente, su sumisión a la hora de adoptar decisiones en ámbitos como el financiero, el sexual, el de las relaciones sociales o el de la educación de los hijos⁴¹. Estos resultados concuerdan con los informes procedentes, entre otros, de los Servicios de Medición Waikato y con las conclusiones de diversas encuestas a participantes en programas de mediación judicial en Nueva Zelanda⁴².

Este conjunto de ideas nos sirve para definir correctamente los términos del debate sobre la compatibilidad entre la lógica de la mediación, como procedimiento apoyado el principio de *igualdad de armas*, y los desequilibrios de poder. Si, con carácter general, en cualquier situación de constricción personal, el control de una parte sobre la otra parece un obstáculo insalvable para lograr un acuerdo verdaderamente voluntario y que refleje de manera adecuada las necesidades de ambas, tratándose de víctimas de violencia de género dos serían los

³⁹ Vid. BETHEL / SINGER (n. 35), p. 19; HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 5.

⁴⁰ Vid. HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 6.

⁴¹ Vid. L. NEWMARK / A. HARRELL / P. SALEM, «Domestic violence and empowerment in custody and visitation cases», *Family Court Review* 33, 1995, pp. 30 y ss.

⁴² Vid. HOOPER / BUSCH (n. 6), pp. 6 y 7.

factores adicionales que viciarían de raíz el procedimiento: su desvalimiento y su miedo a la venganza y a seguir padeciendo maltrato.

La investigación social vincula el desvalimiento de esta clase de víctimas con rasgos psicológicos como su falta de confianza en la posibilidad de detener o poner fin a la violencia mediante acciones de carácter asertivo, su mayor capacidad para sugestionarse frente a las actitudes del agresor y, en tercer lugar, su menor aptitud para confrontarse verbalmente con él⁴³. Diversos estudios empíricos han confirmado, de hecho, que, junto con las consecuencias primarias o secundarias de carácter físico (fácilmente mesurables, visibles), padecen otras de naturaleza psíquica y considerable gravedad, cuya permanencia puede prolongarse más allá de la duración de la relación violenta y que guardan una relación estrecha con la percepción que tienen de sí mismas y con su capacidad de autodeterminación⁴⁴: ansiedad, depresión, sentimientos de vergüenza y culpa, estigmatización, baja autoestima o desesperación⁴⁵. Todo ello lastraría, definitivamente, su capacidad de para presentar y defender con eficacia sus intereses, por miedo a despertar la ira del agresor⁴⁶. Sería, en suma, utópico, por causa de ese desequilibrio de poder, presentar la mediación como un modelo constructivo para el tratamiento del conflicto y la comunicación entre las partes, como un ámbito en y con el que aprender nuevas dinámicas de conducta⁴⁷. Apostar por su institucionalización supondría desconocer la dinámica de las relaciones violentas

⁴³ Vid. HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 7.

⁴⁴ Vid. U. GLÄSER, *Mediation und Beziehungsgewalt. Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von Familienmediation bei Gewalt in Paarbeziehungen*, Baden-Baden, 2008, p. 234; Forschungsnetz Gewalt im Geschlechterverhältnis (ed.), *Gewalt im Geschlechterverhältnis. Erkenntnisse und Konsequenzen für Politik, Wissenschaft und soziale Praxis*, Opladen, 2008, p. 57.

⁴⁵ Vid. GLÄSER (n. 44), p. 234; FORSCHUNGSNETZ GEWALT IM GESLECHTERVERHÄLTNIS (n. 43), pp. 57 y 58. Aunque estas consecuencias dependen de factores personales y contextuales y de la dinámica concreta de la relación de que se trate –vid. GLÄSER (n. 44), p. 243–, todas las reacciones y mecanismos psíquicos que acaban de mencionarse pueden reconducirse a dos ámbitos: confusión y desorientación internas, por una parte, y pérdida de la capacidad de velar por los propios sentimientos y necesidades.

⁴⁶ Vid. GLÄSER (n. 44), p. 448.

⁴⁷ De esta opinión NOTHHAFFT (n. 5), p. 164; HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 5; ASTOR (n. 6), p. 152.; BUSCH (n. 6), p. 230; MATEFI (n. 9), p. 267. Para estos autores, el concepto de mediación, la búsqueda consensuada de una solución al conflicto, se opone diametralmente a las pautas de comportamiento del agresor –que habría aprendido a imponer su posición mediante el control y la violencia– y de la víctima y su tendencia a contentarse, cuando de negociaciones se trata, con aquello que le parece posible obtener, y a no luchar por aquello otro que es justo y a lo que tiene derecho.

e implicaría, a la postre, la renuncia de las víctimas –organizada por el Estado– a hacer valer sus derechos⁴⁸.

Cuanto acaba de reflejarse da cuenta, con todo, de una visión unidimensional y estereotipada del fenómeno de la violencia contra la mujer, que lo presenta como un creciente y reiterado ejercicio de violencia física, psíquica y/o sexual, por parte de sujetos altamente peligrosos y que no se salda con una disolución permanente de la relación de pareja⁴⁹. Recientemente ha empezado a trabajarse con una perspectiva diferente, con relación a la idea de poder. Ehrensaft, por ejemplo, ha elaborado una teoría explicativa multifactorial, en cuyo seno el factor psicopatológico desempeña un rol central⁵⁰. Otros expertos insisten que la violencia no es ninguna consecuencia de las enfermedades o desviaciones individuales de sus integrantes, sino un verdadero producto del sistema, claramente influido y hasta determinado por la forma en que se reacciona a ella, tanto dentro como fuera de la propia pareja⁵¹. Un tercer modelo, asimismo relevante, subraya los componentes comunicativos del abuso y sostiene que la violencia es la expresión de un conflicto que tiene su origen en problemas o déficits de comunicación⁵².

En realidad, la complejidad de las dinámicas del abuso íntimo y las diversas tipologías de víctimas, agresores, recursos disponibles y daños actuales y potenciales deberían desaconsejar traer a cualquier escenario con presencia de violencia, de manera indiscriminada, todas las objeciones de que se haría merecedor un programa de mediación en relaciones con un desequilibrio de poder de largo recorrido⁵³. Quiere decirse con ello que, siendo razonables las cautelas con que debe conducirse el debate, los prejuicios o dogmatismos nunca deberían cerrar el paso a una exploración cuidadosa de las ventajas de la mediación, por ejemplo, en los supuestos en que, con anterioridad, la víctima había denunciado los hechos o tomado decisiones firmes para poner fin al ejercicio de la violencia, o en

⁴⁸ Vid. D. OBERLIES, «Offener Brief. Einrichtung einer Täter-Opfer-Ausgleichsstelle bei Gewalttaten in Paarbeziehungen», *Streit*, 2/2001, p. 87; SILVANI (n. 3), p. 134.

⁴⁹ Vid. BETHEL / SINGER (n. 35), p. 21.

⁵⁰ Vid. C. HOYLE, *Feminism, victimology and domestic violence*, en S. Walklate (ed.), *Handbook of Victims and Victimology*, Cullompton, 2007, p. 162.

⁵¹ Vid. A. EDWARDS / J. HASLETT, *Domestic violence and restorative justice: advancing the dialogue. Paper presented at the sixth International Conference on Restorative Justice*, Vancouver, 2003, p. 4.

⁵² Vid. EDWARDS / HASLETT, *op. loc. cit.*

⁵³ Vid. L. KELLY, «Using restorative justice in aboriginal communities», en H. Strang / J. Braithwaite (eds.), *Restorative justice and family violence*, Melbourne, 2002, p. 218; BALS (n. 7), p. 103.

que ambas partes se habían esforzado seriamente en hallar una solución, sopesando la separación⁵⁴.

Este es el planteamiento que preside la investigación llevada a cabo por Pelikan y Hönisch sobre la aplicación de los programas –extrajudiciales– austríacos a diversos grupos de relaciones violentas, de gran repercusión en la literatura especializada. Con carácter general, estos autores apuestan por excluir todos los casos en que los mediadores desechan –tras sus entrevistas previas y separadas con los agresores y las víctimas– la posibilidad de compensar los desequilibrios de poder existentes, relacionados con la modalidad, gravedad y frecuencia de la violencia y con su vinculación a estructuras preexistentes de control y dominio. A su juicio, no obstante, es preciso huir de los maximalismos, para dejar abierta la puerta a su acceso (excepcional) a los programas, siempre con vistas a la adopción de ulteriores medidas (judiciales y extrajudiciales) y en un marco muy exigente de aseguramiento y empoderamiento de la víctima⁵⁵. En esta misma línea, estudios publicados en Norteamérica sobre la eficacia de la mediación en determinados procesos de separación con un trasfondo de abuso íntimo defienden los acuerdos de reparación como instrumento para alcanzar consensos en cuestiones como el régimen de visitas y los futuros contactos entre las partes, proporcionando, además, información altamente utilizable en relación con el momento en que resultaría más conveniente y menos peligrosa –tanto para la víctima como para su entorno–⁵⁶.

El análisis de las técnicas de empoderamiento empleadas para preservar a la víctima de las posibles presiones del agresor y fortalecer sus recursos psíquicos y sociales durante el procedimien-

⁵⁴ Como explican BETHEL / SINGER (n. 35), pp. 21 y 22, mediar en un episodio de agresiones mutuas y de carácter leve, producidas en una única ocasión, en el transcurso de una acalorada discusión, cuando la pareja ya había decidido separarse y trataba de cerrar los últimos flecos económicos de su relación, no debería de saldarse con una bagatelización del terrible fenómeno de la violencia *de género*, ni con un espaldarazo a la actitud de dominación del agresor; bien al contrario, podría servir para reforzar los cambios en la configuración de la relación de la pareja o ex-pareja y la aspiración de la víctima o de ambas partes a erradicar la violencia y a establecer un «plan de seguridad» para su vida en común o tras la separación.

⁵⁵ Vid. C. PELIKAN / B. HÖNISCH, *Die Wirkungsweisen strafrechtlichen Maßnahmen bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen: Strafverfahren und Außergerichtlicher Tausgleich*, Wien, 1999, p. 312.

⁵⁶ Vid. HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 10; NOTHHAFFT (n. 46), p. 165. Estos planteamientos apenas han incidido, sin embargo, en el diseño y la concepción de numerosos programas de intervención con las víctimas, debido, fundamentalmente, a la constatación de que un número relevante de casos viene caracterizado y motivado por dinámicas de control.

to se convierte, de este modo, en uno de los aspectos clave en la discusión sobre la idoneidad de la mediación penal como medida de intervención en estas situaciones⁵⁷. Aludiré, a continuación, a ellas, tomando como referencia lo previsto en los protocolos que acompañan a los proyectos alemanes y austríacos. Ordenaré la exposición utilizando como criterio la fase del procedimiento en que se aplican.

2. *Mediación y empoderamiento de las víctimas.* *Referencia a las técnicas utilizadas en los programas alemanes y austríacos*

En el campo de la investigación social, el concepto de empoderamiento («empowerment») alude a un conjunto de reglas de trabajo elaboradas para dotar de autonomía vital a grupos de sujetos que se encuentran en una posición de desventaja social. Los programas de mediación penal con supuestos de violencia de género desarrollados en Alemania y Austria incluyen principios de esa naturaleza, modulando los procedimientos habituales en aspectos como la planificación temporal y de los turnos de intervención, el apoyo recibido por las partes a la hora de formular sus intereses, la incorporación de la mediación indirecta y de controles de resultados o la previsión de períodos de *probation* y de diálogos de balance⁵⁸. En Austria, ese proceso de adaptación se extiende, incluso, al propio concepto de «regulación del conflicto», perfilándose uno nuevo que deja a un lado la exigencia de la neutralidad de los mediadores para apoyarse sobre la necesidad de proteger los intereses de ambas partes –lo que com-

⁵⁷ Procede recordar en este punto que, aunque tanto los estudios teóricos que se hallan detrás de los programas existentes en Centroeuropa y en el mundo anglosajón, como los mismos prácticos involucrados en su desarrollo rechazan tajantemente el recurso a la mediación penal en ciertas situaciones (de violencia severa y crónica ejercida sobre mujeres que no tienen los recursos psíquicos y sociales indispensables para buscar la ayuda necesaria) –*vid.* J. KLENZNER, «Prävention und Intervention bei häuslicher Gewalt – Möglichkeiten und Grenzen des TOA bei Partnerschaftskonflikten», *TOA-Infodienst*, vol. 14, 2001, p. 24; BALS (n. 7), pp. 103 y 104; NOTHHAFFT (n. 46), p. 164; HOOPER / BUSCH (n. 6), pp. 8 y ss.; OBERLIES (n. 48), p. 88–, la exacta delimitación de aquellas es una cuestión completamente abierta.

⁵⁸ *Vid.* RÖSSNER / BANNENBERG (n. 7), p. 39; MATEFI (n. 9), p. 271; GLAESER (n. 7), p. 3.

prende el empoderamiento de la víctima– y la presentación de la violencia como una conducta rechazable, no justificada ni disculpable⁵⁹.

A. El contacto inicial con la víctima

Los expertos insisten en la importancia del momento de toma de contacto con los participantes para el éxito de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, puesto que muchos desconocen todavía sus entresijos o albergan falsas ideas y esperanzas sobre su sentido y finalidad. La mayoría de los programas de mediación siguen, en punto a ello, el *modus operandi* de entablar contacto en primer lugar con el agresor, para no crearle a la víctima esperanzas ilusorias. Se ha sostenido, de hecho, que lo contrario (dirigirse primeramente a la víctima) casa mal con un procedimiento teóricamente orientado a ella⁶⁰.

Los «Estándares para trabajar con casos de mediación entre autor y víctima en un ámbito de proximidad social», preparados, en Alemania, por un grupo de prácticos, aconsejan, sin embargo, contactar inicialmente con la víctima, con la idea de informarla, examinar su disposición y obtener su consentimiento para tomar contacto con el agresor⁶¹. Esa es, también, la regla general en el proyecto «Waage Hannover», que deja, con todo, margen a los mediadores para optar por otras formas de actuar, en función de las características del caso concreto⁶². La finalidad de esa toma de contacto inicial es la de comprobar la inexistencia de una situación de riesgo permanente para la mujer, así como su seguridad y claridad de criterio a la hora de expresar sus deseos y exigencias, en especial los que tie-

⁵⁹ Vid. C. PELIKAN / W. STANGL, «'Private Gewalt': Das Strafrecht, die Konfliktregelung und die Macht der Frauen», en W. Hammerschick / C. Pelikan / A. Pilgram (ed.), *Ausweg aus dem Strafrecht – Der «außergerichtliche Tatausgleich»*. Überlegungen anlässlich eines «Modellversuchs» im österreichischen (Erwachsenen-) Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 1994, p. 67; HARTMANN (n. 25), p. 89.

⁶⁰ Vid. S. BOCK, *Täter-Opfer-Ausgleich im Erwachsenenstrafrecht. Wiedergutmachung statt Vergeltung. Theorie und Praxis eines Ansatzes*, Hannover, 1998, p. 36 y nota 102.

⁶¹ Vid. VV. AA., *Standards zur Bearbeitung von TOA-Fällen aus dem sozialen Nahraum*, Hannover, 2004, p. 1.

⁶² Vid. HOTA (n. 18), p. 77; NETZIG (n. 18), p. 4. La línea argumentativa que acaba de describirse no es secundada, en cambio, por la oficina de mediación de Viena, que se dirige primeramente al sospechoso, por medio de una carta que incluye toda la información precisa sobre la mediación, y después a la víctima: vid. C. PELIKAN, «Das Mediationsverfahren bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen», en S. Barton (ed.), *Beziehungsgewalt und Strafverfahren. Strafprozess, Mediation, Gewaltschutzgesetz und Schuldfähigkeitsbeurteilung im interdisziplinären Diskurs*, Baden Baden, 2004, p. 65.

nen que ver con el futuro de la relación de pareja⁶³. Los mediadores pueden, por consiguiente, dar por terminado el procedimiento –en previsión de una posible escalada de la violencia– cuando consideren que su libertad no está suficientemente garantizada frente a las presiones a que pudiera verse sometida por parte del agresor⁶⁴. Los protocolos disponen, asimismo, que si la víctima no desea intervenir en la mediación o pide que no se establezca contacto con el agresor, deberá continuarse con la tramitación judicial ordinaria, correspondiéndoles, entonces, a aquellos la tarea de ofrecerle alternativas de apoyo o asesoramiento psico-social y jurídico.

Para poder captar la verdadera trascendencia de esta forma de trabajo, como estrategia de empoderamiento, debe hacerse hincapié en su significado para la mujer; y es que puede servir, también, para colmar sus deseos y expectativas de verse respetada, apoyada, reconocida y comprendida⁶⁵. Comprueba que es la primera a la que se dirigen los mediadores y que el agresor solo recibirá información sobre la posibilidad de participar en el programa si a ella le parece bien, dejándose en sus manos, por consiguiente, la decisión de continuar con él o de reenviar el caso a la Fiscalía. Por la misma razón, este primer contacto sienta las bases para la relación de confianza que debe existir entre ella misma y los mediadores, otro de los elementos clave en el proceso de empoderamiento.

Debe destacarse asimismo que en el momento de la toma de contacto pueden visualizarse ya, indudablemente, las esperanzas, impresiones y reacciones de las víctimas con relación al procedimiento de mediación⁶⁶. Quiere decirse con ello que el mediador o la mediadora estarán en disposición de obtener información sobre cuestiones tan relevantes como su capacidad de negociación y transacción, que valorarán en el transcurso del procedimiento⁶⁷. Justamente porque la libertad de decisión es elemento constitutivo de la mediación, cualquier respuesta o reacción espontánea puede ser muy útil para analizar la situación de poder y control que caracteriza a la relación y la autonomía personal de la mujer⁶⁸.

⁶³ Vid. VV. AA. (n. 61), p. 1.; BALS (n. 7), p. 105; HOTTA (n. 18), p. 77; NETZIG (n. 18), p. 4 y nota 10.

⁶⁴ Vid. BALS (n. 7), p. 105.

⁶⁵ Vid. PELIKAN / STANGL (n. 59), p. 67; PELIKAN (n. 62), p. 70; SCHLECHTER (n. 37), *passim*.

⁶⁶ Vid. GLÄSER (n. 44), pp. 374 y 375; BOCK (n. 60), p. 37 y nota 104.

⁶⁷ Vid. PELIKAN (n. 62), pp. 65 y 66.

⁶⁸ Vid. GLÄSER (n. 44), pp. 361 y 372.

Por último, es preciso poner en valor la función pedagógica de esta forma de proceder en el contexto de la mediación, en la medida en que sirve como elemento de corrección o de neutralización de la tendencia a hacer a las víctimas corresponsables de lo sucedido⁶⁹: contactar con ellas, en primer lugar, implica asumir la existencia de un delito unilateralmente perpetrado (por el agresor) y visibiliza su posición.

B. El «doble mixto» y el método del «reflecting team»

El proceso de empoderamiento de las víctimas de violencia en la pareja se fundamenta, además, en la ampliación del número y en la modificación del rol de los mediadores. Por ello, tanto en Austria como en Alemania se ha desarrollado un método estandarizado basado en la participación de un equipo mixto de mediadores («doble mixto»)⁷⁰.

El «doble mixto» representa una técnica especializada adecuada para responder a los retos de trabajar con emociones, incidentes violentos y situaciones de abuso de poder. Fue concebido y desarrollado por Ed Watzke para su empleo en programas de mediación extrajudicial en conflictos de pareja, si bien con el tiempo su objeto ha ido extendiéndose hasta abarcar todo tipo de relaciones conflictivas en la familia⁷¹. Su formato se integra de varias secuencias de métodos, rígidas en unos casos y abiertas, en otros, a la incorporación de diversas posibilidades de intervención, en función de las circunstancias del caso concreto⁷².

⁶⁹ Vid. M. SCHWARZ-SCHLÖGLMANN, «Spannungsfeld und Opferschutz», en U. FLOßMANN, *Probleme bei Strafverfolgung von Gewalt in Familien. Empowerment der Opfer durch Sanktionssystem und Verfahrensstrafrecht*, Linz, 2003, pp. 97 y 98; PELIKAN (n. 62), p. 70; GLAESER (n. 7), p. 2.

⁷⁰ Vid. SCHWARZ-SCHLÖGLMANN (n. 69), p. 99; PELIKAN (n. 62), pp. 65 y 66; HOTTA (n. 18), p. 79; G. ZWINGER, «Zur Methodik der Mediation bei strafrechtlich relevanten Konflikten», en C. U. Werner / D. Rössner / D. Gutsche (ed.), *Der Täter-Opfer-Ausgleich – Moderner Beitrag zur Konfliktregulierung und zur Sicherung des sozialen Friedens*, Postdam, 2000, p. 160; VV. AA. (n. 61), p. 2; L. NETZIG, «Möglichkeiten und Grenzen von Mediation bei häuslicher Gewalt», *Spektrum der Mediation* 22, 2006, p. 26; R. LUMMER, «Arbeitsgruppen Ergebnissen», en R. Lummer / O. Hagemann / J. Tein (ed.), *Restorative Justice – Aus der europäischen und Schleswig-Holsteinischen Perspektive*, Kiel, 2011, p. 235.

⁷¹ Vid. ZWINGER, *op. loc. ult. cit.*; MATEFI (n. 9), p. 269; VV. AA., *Standards Täter-Opfer-Ausgleich*, Frankfurt am Main, 2009, p. 19.

⁷² Vid. E. WATZKE, *Äquilibristischer Tanz zwischen Welten. Auf dem Weg zu einer transgressiven Mediation*, 4.^a ed., Mönchengladbach, 2011, p. 33; GLÄBER (n. 44), p. 460 y nota 1795.

Su puesta en práctica se produce en dos fases. En la primera se desarrollan las entrevistas, por separado, del mediador con el agresor y de la mediadora con la víctima. En ellas se examinan cuestiones como los roles de la pareja, las situaciones y muestras de violencia sufridas y otros problemas de la relación de pareja, se definen los temas a tratar en el diálogo reparador y se analizan los motivos que los llevaron a participar en el procedimiento⁷³. Los principales objetivos que persiguen son el de que las partes puedan lograr expresar o formular sus expectativas y deseos, como requisito indispensable para regular el conflicto, y el de identificar los aspectos en que no cuentan todavía con la información suficiente o en que deben recibir asesoramiento⁷⁴. Sirven también para poner en claro las consecuencias reales de la violencia en la relación de pareja⁷⁵ y para radiar del programa los casos inidóneos, en la medida en que les permiten a los mediadores introducir temas difíciles de exponer en presencia de los dos miembros de la pareja⁷⁶.

A continuación tiene lugar una breve conversación entre los mediadores, centrada, en particular, en la autonomía y capacidad asertiva de la víctima. Si llegan a la conclusión de que carece de los recursos necesarios para velar por sus necesidades e intereses (por ejemplo porque tiene miedo o actúa bajo coacción) o de que la mediación podría reforzar la dinámica violenta de la relación, interrumpirán el procedimiento, incluso aunque la mujer haya manifestado su voluntad de continuar hasta el final⁷⁷. Si ambas partes están de acuerdo y el mediador no encuentra ninguna objeción para ello, tiene lugar el diálogo reparador. Los presupuestos de este diálogo son las incongruencias puestas de manifiesto en las conversaciones individuales. Los mediadores harán un resumen de lo que les fue narrado, pudiendo hacer también comentarios o valoraciones sobre la actitud y reacciones de la víctima y el agresor y la posibilidad de que, por fin, alcancen un acuerdo⁷⁸.

⁷³ Vid. PELIKAN (n. 62), pp. 65 y 66; ZWINGER (n. 70), p. 161; GLÄSER (n. 44), p. 461. En dichas entrevistas las partes tendrán ocasión de hablar sobre el suceso que determinó la interposición de la denuncia o la actuación de la policía, sobre el estado de su relación y vida familiar, en general, así como de exponer las expectativas con que encaran la mediación y sus exigencias y requerimientos con vistas a un eventual acuerdo de reparación: vid. PELIKAN (n. 4), p. 24.

⁷⁴ Vid. BANNENBERG / WEITEKAMPF / RÖSSNER / KERNER (n. 35), p. 25; ZWINGER (n. 70), pp. 161 y 162; BALS (n. 7), p. 105.

⁷⁵ Vid. PELIKAN (n. 62), pp. 65 y 66.

⁷⁶ Vid. BETHEL / SINGER (n. 35), pp. 18 y 19.

⁷⁷ Vid. H. RABE, «Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt», *Streit* 3, 2002, p. 116; HOTTA (n. 18), p. 79.

⁷⁸ Vid. BALS (n. 7), p. 106.

Es en este momento, asimismo, en el que se da entrada al método del *Reflecting Team*, a través del cual cada parte escuchará las dos versiones de lo sucedido –la suya propia y la de su pareja o ex-pareja– narradas por el mediador, consiguiendo de esa forma una perspectiva externa («refleja») que le ayudará a identificar tanto sus intereses como los de aquella⁷⁹. Seguidamente podrán pronunciarse sobre si la historia que han escuchado se corresponde con «su» realidad e introducir correcciones y aclaraciones⁸⁰, abriéndose después un tiempo para que puedan reaccionar e interactuar libremente. Sus pautas de comunicación y relación serán observadas con minuciosidad por los mediadores, valiéndose para ello de un amplio espectro de métodos (elementos de conducción del diálogo centrados en las partes, técnicas de terapia familiar, *reframing...*)⁸¹.

Entre los aspectos positivos del «doble mixto» se cuentan los de posibilitar el empleo de técnicas de comunicación indirecta y proyectar la imagen de un hombre y una mujer desarrollando sus funciones en condiciones de igualdad, especialmente valiosa a la hora de recurrir a determinadas técnicas emocionales⁸². Además, a tenor de los estudios empíricos realizados, favorece la asunción de responsabilidades por parte del agresor y la orientación interna de la víctima y goza de un elevado grado de aceptación por parte de los participantes en los programas, que lo ven comprensible, manejable y efectivo⁸³. Por otra parte, distribuir el trabajo entre dos es la mejor forma de conjurar los riesgos de que el mediador se vea atrapado en las dinámicas de dependencia y manipulación que caracterizan

⁷⁹ El *Reflecting Team* produce un efecto de distanciamiento que ayuda a aceptar la existencia de distintas visiones y perspectivas de la realidad: *vid.* P. LEBENHSON-CHIALVO / M. CRAGO / C. M. SHISSLAK, «The reflecting team: an innovative approach for teaching clinical skills to family practice residents», *Family Mediation* 32, 2002, p. 557; W. M. SHURTS / C. S. CASHWELL / S. L. SPURGEON / S. DEGGES-WHITE / C. A. BARRIO / K. N. KARDATZKE, «Preparing counselors-in-training with couples: using role-plays and reflecting teams», *The Family Journal* 14, 2006, p. 152.

⁸⁰ La fase de corrección se prolonga hasta que las versiones de ambos concuerdan totalmente: *vid.* GLÄSER (n. 44), p. 461.

⁸¹ *Vid.* GLÄSER (n. 44), p. 461; WATZKE (n. 72), p. 38.

⁸² *Vid.* BANNENBERG / WEITEKAMPF / RÖSSNER / KERNER (n. 35), pp. 39 y 40; GLÄSER (n. 44), p. 462; BALS (n. 7), p. 105. Sobre la importancia de las técnicas emocionales en la gestión de estos conflictos *vid.* N. BECKER / C. PINTO, «Gender und Diversity in der Mediation», *Spektrum der Mediation* 39, 2010, p. 6.

⁸³ *Vid.* C. PELIKAN, «Die Mühen der Ebene: Aus der empirischen Forschung zur Familienmediation und zur Mediation in Strafrechtsangelegenheiten», en C. Pelikan (ed.), *Mediationsverfahren – Horizonte, grenzen, innenansichten*, Baden-Baden, 1999, pp. 155 y 158; PELIKAN (n. 4), p. 75.

a muchos de los conflictos de larga duración⁸⁴, sirviendo, al propio tiempo, para garantizar mejor la imparcialidad del procedimiento, en la medida en que cada mediador habla por cada una de las partes y se facilita el empleo de métodos de comprensión y confrontación⁸⁵.

Estas ventajas van acompañadas, no obstante, de ciertos inconvenientes, que no deben ser silenciados. El primero de ellos es el de su relativa complejidad, habiéndose señalado que su puesta en práctica requiere de un equipo verdaderamente experimentado de co-mediadores⁸⁶. Otro guarda relación con la tendencia de las partes a pensar que la mediación favorece los intereses de alguna de ellas (en perjuicio, entonces, de los de la otra), lo que puede impulsarlas a actuar con reservas y a la defensiva. El contacto con los abogados y/o con otros asesores podría contrarrestar esa dinámica, al aportarles seguridad y confianza⁸⁷.

Los programas desarrollados en Viena se ajustan perfectamente a las formas y pautas del «doble mixto», tal y como han quedado descritas en este apartado. El programa de Hannover, en cambio, no prevé el desarrollo paralelo de las conversaciones individuales, ni las contempla como paso previo e imprescindible del diálogo reparador. En el de Salzburgo, por su parte, tanto el mediador como la mediadora pueden conducir las conversaciones individuales con el agresor, antes de alcanzar la fase del diálogo reparador⁸⁸. En el peso que se le atribuye a las conversaciones individuales radica otra diferencia con el método practicado en Viena⁸⁹.

IV. ¿Pueden los programas de mediación penal prevenir la reincidencia del maltratador?

Un sector de la literatura especializada hace hincapié en el potencial resocializador de la mediación penal. Su tesis es la de que, al confrontarse con la situación y el sufrimiento de la víctima y percibir las prestaciones reparadoras como vinculadas a los hechos, el autor

⁸⁴ Hay que pensar que en el transcurso del procedimiento se verán enfrentados, con frecuencia, a tragedias personales y ajustes de cuentas, así como a la necesidad de supervisar conflictos difíciles de acotar: *vid.* BANNENBERG / WEITEKAMPF / RÖSSNER / KERNER (n. 35), p. 25.

⁸⁵ *Vid.* ZWINGER (n. 70), p. 162; MATEFI (n. 9), p. 269.

⁸⁶ Inciden en ello WATZKE (n. 72), p. 32; GLÄSER (n. 44), p. 460 y nota 1797.

⁸⁷ Esa es la opinión de ZWINGER (n. 70), p. 162.

⁸⁸ *Vid.* PELIKAN (n. 62), p. 66

⁸⁹ *Vid.* PELIKAN, *op. loc. cit.*

del delito experimentará siempre una suerte de complicidad interna con el procedimiento, activándose su voluntad de regreso a la legalidad⁹⁰. Incorporarla formalmente a los ordenamientos penales serviría, por lo tanto, para situar en el punto de mira del sistema penal el tratamiento personalizado, individualizado, del delincuente y de sus necesidades y evidenciaría la voluntad de acoger y anticipar, ya al momento legislativo, el paradigma resocializador⁹¹.

Ahora bien, que quien interviene en un programa de mediación termine por reconocer abiertamente la vigencia de la norma que había infringido y que aquel favorezca, por ende, su reintegración en la sociedad dista de ser, como cabía suponer, una cuestión pacífica. En realidad sirve, más bien, para situar en primer plano otra de las principales objeciones político-criminales de que ha sido objeto la mediación penal en casos de violencia contra la pareja: la relativa a la impotencia e ineficacia de los programas para promover un cambio de conducta en el agresor y asegurar, así, el efectivo cese de la violencia⁹². En concreto, quienes niegan las posibilidades de la mediación en el terreno preventivo ponen por delante tanto la compleja etiología de las conductas violentas y su carácter repetitivo, como las dificultades para poner en concordancia las características de la justicia restaurativa con los principios que deben presidir el tratamiento y la rehabilitación de los maltratadores⁹³. Podría suceder, incluso, apuntan, que, al propio tiempo que manifiesta su voluntad de intervenir en la mediación, el autor albergue la intención de retomar (o continuar) lo antes posible con la situación de control y dominio sobre la víctima. De acuerdo con este punto de vista la mediación carecería, en resumidas cuentas, de cualquier virtualidad para producir un cambio sustancial en la dinámica de conducta del agresor –para romper, en definitiva, el círculo de la violencia– y para controlar sus comportamientos futuros.

En este trabajo se parte de la idea de que los principios metodológicos de la mediación representan, efectivamente, un activo valioso

⁹⁰ Vid. MORRIS (n. 3), pp. 606 y 607; C. A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs.1*, Hamburg, 2008, p. 34; LARRAURI PIJOÁN (n. 2), p. 444; DOMINGO DE LA FUENTE (n. 2), p. 40.

⁹¹ Vid. ESQUINAS VALVERDE (n. 2), p. 80.

⁹² Vid. ASTOR (n. 6), p. 151; HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 3; W. BEULKE, «Gewalt im sozialen Nahraum – Zwischenbericht eines Modellprojektes», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 6/1994, p. 365; MORRIS (n. 2), p. 606; SILVANI (n. 3), pp. 134 y 135; MERSCHER (n. 5), p. 222.

⁹³ Vid. RABE (n. 77), p. 114; C. Q. HOPKINS / M. P. KOSS / K. J. BACHAR, «Applying restorative justice to ongoing intimate violence: Problems and possibilities», *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 23, 2004, p. 303 y nota 75.

a la hora de afrontar casos de violencia contra la mujer. Si el cese de la violencia sólo parece posible en tanto en cuanto el autor haya asumido (de forma voluntaria) su responsabilidad –después de haber tomado conciencia de lo equivocado de su actuación y de los daños causados y desarrollado cierto grado de empatía con la víctima y sus necesidades–, es lógico pensar que le resultará más fácil hacerlo si se siente participe en el acuerdo final, se considera correctamente tratado a lo largo del procedimiento y no se suscita, en ningún momento, la cuestión de su «culpabilidad» (o sea, de su eventual condena como persona)⁹⁴. La mediación lo llevará a hacerse cargo de las consecuencias del hecho y a confrontarse con los intereses de la víctima, a partir de su propia confianza en la limpieza del procedimiento y en la justicia de sus resultados⁹⁵. Al trabajar con sus mecanismos de defensa y neutralización, el diálogo reparador hará posible, incluso, que continúe motivado para analizar el delito y su impacto tiempo después de que el procedimiento se haya saldado con un acuerdo⁹⁶.

Por otra parte, algunos informes de evaluación de programas de intervención, desarrollados en países anglosajones, con autores tanto de abusos graves como de infracciones más leves, arrojan tasas de reincidencia muy bajas (inferiores a las de quienes se habían visto sometidos, exclusivamente, a procedimientos judiciales formales)⁹⁷, sugiriendo su eficacia a la hora de operar modificaciones conductuales positivas⁹⁸. Es verdad que dichos informes se refieren, esencialmente, a la participación de los agresores en círculos o conferencias familiares, y que los resultados que se desprenden de los programas alemanes y austríacos son menos concluyentes. Con todo, nos permiten dejar sentadas dos ideas: la de que disponemos de un cierto volumen de investigación que apunta que la justicia restaurativa es capaz de reducir la reincidencia y la de que no existen, en cambio,

⁹⁴ Vid. RABE (n. 76), p. 114.

⁹⁵ Vid. MORRIS (n. 2), p. 604; JUNG (n. 89), p. 34.

⁹⁶ Vid. ZWINGER (n. 35), p. 81. El diálogo sobre las consecuencias negativas producidas por el delito en la víctima también contribuirá a despertar en el agresor una sensación de abochornamiento conocida con el nombre de «vergüenza restaurativa»: vid. ESQUINAS VALVERDE (n. 2), p. 85. Bajo esta expresión se esconde uno de los retos y principios clave de cualquier proceso restaurativo: el de transmutar las valoraciones negativas ínsitas en los sentimientos de vergüenza en un elemento constructivo, que sirva para reintegrar al autor en la comunidad social.

⁹⁷ Vid. DISSEL, A. / NGUBENI, *Giving women their voice: Domestic violence and restorative justice in South Africa*, paper presented at the XIth International Symposium on Victimology, Stellenbosch, 2003, pp. 1 y ss.; HOPKINS / KOSS / BACHAR (n. 93), pp. 302 y 304.

⁹⁸ Vid. MORRIS (n. 2), p. 606.

estudios que acrediten la tesis contraria, es decir, que no ayudan a asegurar la seguridad futura de las víctimas⁹⁹.

Lo anterior no impide reconocer que ni la mediación, ni ninguna de las otras formas de intervención puntual con maltratadores (formales o informales, judiciales o extrajudiciales) pueden pretender modificar permanentemente, por sí solas, las estructuras de poder subyacentes a la relación de pareja¹⁰⁰. Un programa de mediación penal no puede solucionar, *ex nunc*, los problemas de adicciones o los conflictos íntimos o financieros que puedan hallarse en el origen o trasfondo de la violencia. A lo sumo le corresponderá una función de intermediación, en los supuestos en que los acuerdos de reparación incluyan el sometimiento de ambas partes a terapias de pareja o del agresor a programas especializados de rehabilitación (del alcoholismo, de la drogadicción, de la ludopatía...). En el procedimiento mediador –y en el eventual acuerdo reparador– hay que ver *únicamente*, entonces, la hoja de ruta que podrá conducir (siempre y cuando venga acompañado por el trabajo de determinadas agencias e instituciones especializadas) a ese anhelado cambio sustancial en la dinámica de la relación de pareja¹⁰¹. Proyectar sobre ellos otra suerte de expectativas implica, pura y llanamente, desconocer su naturaleza y objetivos.

Dar respuesta al problema (actual y futuro) de la violencia en la pareja requiere, pues, de la coordinación de la mediación con otras instituciones, organismos o agencias que puedan aportarles a las víctimas y, en lo que aquí interesa, a los agresores, a medio a largo plazo, los recursos que precisan. Especialmente en los casos de violencia creciente, en relaciones caracterizadas por dependencia y desequilibrios de poder, es indispensable que el mediador o la mediadora reconozcan el problema desde el principio e impulsen y en consecuencia impulsen y gestionen, a través de la propia mediación, otras medidas de ayuda¹⁰². Para evitar futuras agresiones será imprescindible, pues, que el programa se vea complementado por otras acciones de apoyo y seguimiento¹⁰³, que puedan funcionar tanto a

⁹⁹ Vid. WRIGHT (n. 5), p. 92; MORRIS (n. 2), p. 607.

¹⁰⁰ Vid., en este sentido, BALS (n. 7), p. 102; HOTTA (n. 18), p. 79.

¹⁰¹ Vid. NOTHHAFFT (n. 46), p. 166; VV. AA. (n. 61), pp. 2 y 3; BALS (n. 7), pp. 102 y 103).

¹⁰² Vid. VV. AA. (n. 61), pp. 1 y 2; GLÄSER (n. 44), p. 291.

¹⁰³ A la hora de afrontar estos casos la prioridad no será buscar una solución al conflicto, sino, claramente, prevenir el uso de más violencia, a cuyo efecto la mediación podría servir como procedimiento de diagnóstico, dando paso, en cualquier momento, a otras agencias e instituciones: vid. PELIKAN / HÖNISCH (n. 55), p. 4; VV. AA. (n. 61), pp. 1 y 2; R. PRIET, «Klare Grenzen? Zum Verhältnis von Opferhilfe und TOA. Einführung ins Tagunsthema aus Sicht der Opferhilfe», en J. Hartmann (ed.), *Klare Grenzen? Zum*

modo de alternativas a la mediación misma, como de medidas de acompañamiento¹⁰⁴. Es esa línea de trabajo, a medio y largo plazo, lo único que permitirá afrontar con éxito la –compleja– empresa de rehabilitar a los maltratadores.

A pesar de que las organizaciones que les sirven de soporte revisten formas jurídicas muy distintas, «Waage Hannover» y los Programas ATA de Austria ofrecen sendos modelos de colaboración eficiente con instituciones que presentan ámbitos de intervención potencialmente convergentes (oficinas de información, servicios de terapia familiar, servicios de apoyo a personas alcohólicas, programas de rehabilitación para maltratadores, instituciones de apoyo a la libertad condicional...)¹⁰⁵.

V. Conclusiones

Las investigaciones empíricas sobre los programas de mediación alemanes y austríacos, en casos de violencia en la pareja, arrojan un bagaje claramente positivo, en particular en relación con las posibilidades de empoderamiento de las víctimas. Los estudios e informes de que han sido objeto formulan criterios de mejora, altamente utilizables en el diseño de una alternativa efectiva y creativa de resolución de los problemas que subyacen a estos delitos. La técnica del

Verhältnis von Opferhilfe und TOA. Begegnung vom Opfer und Täter im TOA – Chancen und Gefahren für Kriminalitätsoffer, Berlin, 2008, p. 21; NETZIG (n. 18), pp. 4 y 5.

¹⁰⁴ El desarrollo de procedimientos de trabajo en red juega, en suma, un papel esencial en el desarrollo de los programas: *vid.* BANNENBERG / WEITEKAMPF / RÖSSNER / KERNER (n. 35), p. 39; ZWINGER (n. 70), pp. 161 y 162; VV. AA. (n. 61), pp. 1 y 2; K. MÜLLER / B. STEINHILBER, «Workshop 1. Chancen und Gefahren der Begegnung von Opfer und Täter aus Sicht der Opferhilfe und des TOA für Opfer häuslicher Gewalt», en J. Hartmann (ed.), *Klare Grenzen? Zum Verhältnis von Opferhilfe und TOA. Begegnung vom Opfer und Täter im TOA – Chancen und Gefahren für Kriminalitätsoffer*, Berlin, 2008, p. 59; PRIET (n. 103), pp. 21 y ss.). Si en contra del empleo de la mediación penal se destaca, a menudo, que es una técnica inadecuada para enfrentarse a situaciones de violencia caracterizadas, a menudo, por conflictos enquistados y dinámicas de relación muy complejas, su práctica puede dar mayor estabilidad a los acuerdos de reparación eventualmente alcanzados por las partes. Las medidas a largo plazo necesarias para ello (por ejemplo la participación en programas de rehabilitación) podrían incorporarse a los acuerdos con que finalizan los programas y controlarse a lo largo de varios meses después de la finalización del procedimiento: *vid.* RABE (n. 77), p. 114; HOTTA (n. 18), p. 80; R. BERMEL / R. HERTEL, «Täterarbeit 'Häusliche Gewalt' und Täter-Opfer-Ausgleich», *TOA-Infodienst* 43, 2012, p. 23.

¹⁰⁵ Sobre ambos modelos *vid.* BANNENBERG / WEITEKAMPF / RÖSSNER / KERNER (n. 35), p. 23; NETZIG (n. 70), p. 26; SCHLECHTER (n. 37), *passim*; HOTTA (n. 18), pp. 100 y 103; WAAGE HANNOVER E. V., *Tätigkeitsbericht*, Hannover, 2011, pp. 7 y ss.

«doble mixto», en particular, supone un importantísimo hallazgo a la hora de gestionar (con garantías) los desequilibrios de poder en la relación de pareja. Blanco de algunas críticas de orden metodológico –al reflejar prejuicios vinculados al sexo de los mediadores y degradar, en cierto modo, sus funciones al anclarlas a la protección, en exclusiva, de intereses *de género*–, su solvencia, en tanto instrumento con que impulsar o potenciar un cambio positivo en la dinámica de la relación (bien pensando en su recomposición, bien en la separación), parece fuera de toda duda¹⁰⁶. Ahora bien, parece claro que, en general, la mediación no está en disposición de activar o ampliar la autonomía o posibilidades de conducta de quienes sufren violencia continuada, apoyada en estructuras asentadas de control y poder, ya no sólo porque no estarán en condiciones de expresar sus intereses y necesidades, sino también porque la intervención con los autores precisará de otras estrategias y medidas¹⁰⁷.

Justamente, la necesidad de contar con procedimientos rigurosos de *screening* –o control del cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos que justifican la remisión del caso a los programas– nos descubre uno de los grandes retos de la mediación penal: el de la necesaria «tecnificación» de los mediadores¹⁰⁸. Son ellos quienes habrán de valorar si el procedimiento puede acarrearle efectos beneficiosos –o, por el contrario, claramente perjudiciales– a la víctima y crear, posteriormente, el contexto de seguridad y respeto imprescindibles para conducirlo a buen término¹⁰⁹. También les corresponde administrar el complejo juego de pesos y contrapesos sobre el que se asienta el diálogo reparador: animando o favoreciendo la consecución de un acuerdo, sin desatender en ningún momento las prioridades de aquella, y generando confianza en su propio quehacer profesional sin

¹⁰⁶ Vid. SILVANI (n. 3), p. 145.

¹⁰⁷ Vid. BETHEL / SINGER (n. 35), 19. Será el establecimiento de las diferencias existentes entre las diversas constelaciones o grupos de casos, a partir de la naturaleza e de intensidad de la violencia y de los recursos con que cuentan las víctimas, lo que permitirá radiar de los programas los supuestos delictivos para los que no resultan, en absoluto, idóneos o que solo podrían admitirse con muchas restricciones o en conexión con otras medidas: vid. PELIKAN (n. 32), p. 21; RABE (n. 77), p. 117; PELIKAN (n. 62), p. 75).

¹⁰⁸ En ello ha incidido especialmente la literatura anglosajona: vid., por ejemplo, J. STUBBS, «Domestic violence and women's safety: Feminist challenges to restorative justice», en H. Strang / J. Braithwaite (ed.), *Restorative justice and family violence*, Melbourne, 2002, p. 57; EDWARDS / HASLETT (n. 51), pp. 6 y 7.

¹⁰⁹ Vid. BUSCH (n. 6), p. 229; C. ESTIRADO DE CABO, «Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento», *Estudios de Derecho Judicial*, vol. 137, 2007, p. 213.

inducir a las partes a abandonar en sus manos la defensa de sus intereses¹¹⁰. Su acceso a una formación especializada en las dinámicas de poder y control interpersonal, la evaluación de riesgos y los métodos de detección de la violencia será, por consiguiente, absolutamente determinante del desarrollo del procedimiento (pensando también en la necesidad de inmunizarse frente las actitudes que minimizan o trivializan el fenómeno y culpabilizan a las propias víctimas)¹¹¹.

La cooperación entre los programas de mediación y las instituciones de asesoramiento y apoyo es otra de las claves para conseguir efectos a largo plazo, estables y duraderos, en la dinámica de la relación. Sólo podrá mediar exitosamente en supuestos de violencia en la pareja si todas las instituciones e instancias de intervención implicadas (casas de acogida, centros de protección contra la violencia, programas de rehabilitación para maltratadores, órganos policiales, órganos de asistencia penitenciaria) intercambian sus experiencias, cooperan entre sí y trabajan en red. La implementación de ese tipo de estrategias de trabajo supone, con todo, de nuevo, una tarea exigente que requiere, a su vez, la puesta en marcha de agencias de intervención que aporten los medios (materiales e institucionales) necesarios para reparar los daños y activen las medidas necesarias para la rehabilitación de los agresores¹¹².

Los resultados y argumentos aquí presentados obligan a criticar la prohibición descrita, en su momento, en el apartado 5 del art. 87 ter de la LOPJ y respaldada recientemente –cuando menos, de forma indirecta– por el art. 15.1. e) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹¹³. Pensando, sobre todo, en agresiones únicas o aisladas y leves a mujeres que disponen suficientes recursos psíquicos y sociales (ya sea porque denunciaron los hechos, ya porque tomaron alguna otra decisión con vistas a poner fin a la situación de violencia)¹¹⁴, creo que un procedimiento

¹¹⁰ Vid. WRIGHT (n. 98), p. 93; STUBBS (n. 108), p. 57; HARTMANN (n. 25), p. 89.

¹¹¹ Vid. HOOPER / BUSCH (n. 6), p. 8; NOTHHAFFT (n. 46), p. 164; BUSCH (n. 6), p. 231.

¹¹² La construcción de dicho sistema debe asentarse, inexcusablemente, sobre un análisis de las instancias de intervención con las víctimas existentes a nivel regional, para garantizar su financiación a largo plazo y cubrir las lagunas que puedan detectarse. Sin procedimientos y protocolos que cierren el sistema el modelo de intervención que representa la mediación deviene ilusorio: vid. GLÄSER (n. 44), p. 488.

¹¹³ La Ley 4/2015 condiciona el acceso de las víctimas a servicios de justicia restaurativa al hecho de que «no esté prohibida por la ley para el delito cometido» (15. 1. e), sin matizar ni modificar, en absoluto, la prohibición del art. 87 ter. 5 LOPJ.

¹¹⁴ En términos semejantes a los indicados en el texto, en España se pronuncian a favor de la mediación penal en ciertos casos de violencia de género, entre otros autores, E. MARTÍNEZ GARCÍA, «Mediación penal en los procesos de violencia de gé-

de mediación podría suponer una mejora cualitativa en la atención a los derechos y necesidades (de seguridad y autonomía personal) de las víctimas y facilitar la asunción de responsabilidades por parte del agresor. La línea en la que se sitúa este trabajo es, en definitiva, la de apostar firmemente por la articulación (legal) de un modelo de mediación penal intraprocesal, como técnica de intervención en red, y por su paulatina implementación en supuestos que muestren un bajo o muy bajo potencial de riesgo para las mujeres, siempre bajo la responsabilidad de expertos formados en programas especializados y con contenidos homologados por las instituciones públicas competentes.

Pero la propuesta que presento apunta, también, a la necesidad de rodear a la mediación de las mismas garantías que asisten al investigado en el proceso penal, entre ellas, la relativa a la presunción de inocencia. Su objetivo, en la justicia penal de adultos, no puede ser el de recurrir a procedimientos más flexibles –menos formalistas–, a costa de desechar algunos de los principales elementos garantistas del proceso¹¹⁵. A pesar de que el Consejo de Europa recomien-

nero. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado», *Revista de Derecho penal*, n.º 33, 2011, p. 14, en relación con las situaciones en que la víctima ha «interiorizado el principio de igualdad», habiendo reaccionado «ante el primer abuso..., denunciando o reclamando intervención pública»; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español», *Diario La Ley*, n.º 7255, 2009, p. 5, en los supuestos «de menor entidad»; SUBIJANA ZUNZUNEGUI (n. 10), pp. 17 y 18, subrayando la necesidad de matizar la prohibición del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ pensando tanto en los supuestos en que «al no existir dominio, no hay riesgo para la libertad decisoria de cada miembro de la pareja», como en aquellos otros en que una actuación terapéutica y asistencial le permita a la víctima «recuperar el control de su vida, poniendo fin a la subyugación que padecía»; M. A. CANO SOLER, *La mediación penal*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 207, en los conflictos puntuales y leves que implican una peligrosidad mínima y «excepcionalmente» en los más graves «cuando no exista una situación de desequilibrio». También los grupos de mediación familiar y de salud responsables del Libro blanco de la mediación en Cataluña la avalan cuando la violencia es puntual y de baja intensidad y viene ocasionada por la ruptura: *vid.* P. CASANOVAS / J. MAGRE / M. E. LAUROBA (n. 10), pp. 850 y ss.

¹¹⁵ En mi opinión, debe dársele la razón a quienes apuestan por la integración del paradigma restaurador con las garantías y derechos característicos de un proceso justo, en particular con el derecho a la defensa. Comparto plenamente, en este sentido, el criterio con el que SAN MARTÍN LARRINOA se aproxima a la problemática de la vigencia del derecho a la asistencia letrada en las diversas fases del procedimiento mediador y que le lleva a afirmar que «en el ámbito de los derechos fundamentales no caben actitudes ambiguas respecto del derecho de defensa». *Vid.* SAN MARTÍN LARRINOA (n. 19), p. 293. Muy gráfica me parece también la observación de PÉREZ SANZBERRO en el sentido de que la delegación del tratamiento del suceso delictivo en los propios implicados «no puede convertirse en un medio para eludir las exigencias

da que dicha institución esté disponible a lo largo de todo el proceso penal¹¹⁶, parece razonable cuestionarse, por ejemplo, los modelos de mediación penal (como el diseñado en la guía para la práctica de la mediación realizada con anterioridad a la fase de enjuiciamiento editada, en 1990, por el Consejo General del Poder Judicial) que no condicionan, en absoluto, el reenvío del asunto a la existencia de una certeza probatoria sobre la responsabilidad del sujeto en los hechos, sino que se orientan a conseguir, ya en la fase de instrucción, que las partes dialoguen sobre ellos y lleguen a una verdad común, utilizando al efecto técnicas como la unificación de las versiones¹¹⁷.

garantistas en un procedimiento formalizado». *Vid.* (n. 2), p. 384. En España, el soslayamiento en los procedimientos mediatorios de los principios penales ordinarios y de las garantías del imputado en los procesos penales es también objeto de amplia consideración, entre otros, en los siguientes trabajos: M. CARRASCO ANDRINO, «La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)», en *Jueces para la democracia*, n.º 34, 1999, pp. 79 y ss.; LARRAURI PIJOÁN (n. 2), pp. 452 y ss.; X. FERREIRO BAHAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 475 y ss.; L. F. GORDILLO SANTANA, «Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal», en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 4, 2006, pp. 87 y ss.; P. ESQUINAS VALVERDE, «La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?», en *Revista penal*, 2006, n.º 18, *passim*, especialmente pp. 70, notas 73 y 74, 71, nota 75, y 79 y 80, nota 108.

¹¹⁶ Cfr. Apartado II del Apéndice a la Recomendación n.º R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999. *Vid.* también art. 1. e, la Decisión Marco (2001/220/JAI) de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de las víctimas en el proceso penal. El modelo de organización práctica de la mediación penal y de sus efectos sobre el proceso se abre, como es sabido, a numerosos interrogantes. *Vid.*, por todos, M. WRIGHT, *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*, 2.ª ed., Winchester, 1996, pp. 108 y 109.

¹¹⁷ Alude a ello R. SÁEZ VALCÁRCEL, «La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia», en *EDJ*, n.º 111, 2006, p. 39, 72 y 73. Para PÉREZ SANZBERRO la práctica de una «mínima actividad probatoria» sirve al objetivo primordial de evitar que el sujeto asuma prestaciones «a las que no está obligado legalmente». *Vid.* (n. 2), p. 382. Creo, sin embargo, que la conexión entre ese déficit probatorio y la posible vulneración de la presunción de inocencia debe y puede examinarse también sobre otros planos. Así, e incluso dando por buena la tesis de la renunciabilidad de la presunción de inocencia en el seno de los procedimientos de mediación, me parece evidente que dicha renuncia puede verse mediatizada por la fase en la que el proceso penal en curso se abre al procedimiento mediador. De hecho, diversos especialistas –incluida la propia PÉREZ SANZBERRO– aluden a la necesidad de que, en el momento de la oferta, el autor reciba cumplida información acerca de sus derechos, la naturaleza de la mediación y las consecuencias de las decisiones de participar y de formalizar un acuerdo, como presupuesto para poder afirmar el pleno respeto a la presunción de inocencia. *Vid.* CARRASCO ANDRINO (n. 1), pp. 106 y 111; PÉREZ SANZBERRO (n. 2), p. 382; GORDILLO SANTANA (n. 1), p. 116.

Es verdad que para prevenir la posible eficacia probatoria del reconocimiento de la participación en los hechos, y su influencia en el juez a la hora de decidir sobre las responsabilidades jurídico-penales del autor, la Recomendación n.º R (99), de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, en España, la ya aludida guía editada por el Consejo General del Poder Judicial han optado por garantizar la confidencialidad de las informaciones y declaraciones vertidas por el imputado y/o por el perjudicado en el procedimiento¹¹⁸. Más allá de ello, ninguno de esos instrumentos sanciona, sin embargo, otros mecanismos que se hallarían en consonancia con un régimen auténticamente garantista de la presunción de inocencia, como la restricción del elenco de casos objeto de remisión a aquellos en que, mediante la práctica de una mínima actividad probatoria, se hubiera constatado la existencia de indicios serios de responsabilidad penal o la atribución al mediador de un cierto rol tutelar de dicha presunción. A este respecto, cabe recordar que, aunque se le reconoce la facultad de no iniciar la fase de encuentro dialogado –en la medida en que considere que la mediación pueda ser perjudicial para alguna de las partes o que su verdadero interés no sea el de buscar una solución al conflicto, «basada en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación»–, carece de capacidad para dar por concluido el trámite, por detectar la implicación en él de un «autor» que podría oponerse con éxito a la acusación¹¹⁹.

Tal y como avancé en otro lugar, considero preferible, por todo ello, que su puesta en marcha y culminación se produzcan con posterioridad a la formulación del escrito de acusación¹²⁰. No veo

¹¹⁸ También la literatura técnica se hace eco de la necesidad de garantizar la confidencialidad en la mediación, tanto frente a terceros, como frente a los instrumentos institucionalizados de respuesta formal al delito. *Vid.*, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO (n. 115), p. 81; GORDILLO SANTANA (n. 115), p. 111, nota 153; SÁEZ VALCÁRCCEL (n. 117), p. 75; L. DEL RÍO FERNÁNDEZ, «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», en *La Ley*, Año XXVII, número 6.520, p. 1.964, subrayando la importancia de que las partes sean convenientemente informadas de dicho régimen. Debo decir, con todo, que las preocupaciones doctrinales apuntan fundamentalmente al posible uso de lo declarado en el proceso penal reiniciado tras el fracaso del procedimiento mediatorio. Así lo refleja FERREIRO BAHAMONDE (n. 115), p. 488.

¹¹⁹ *Vid.* A. CARRASCOSA MIGUEL / R. GARRIDO / R. M. FREIRE PÉREZ / M. O. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ / E. ERICE, «Protocolo de mediación penal», en Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Madrid, 1990, p. 98. Defienden, en cambio, esa solución SÁEZ VALCÁRCCEL (n. 117), p. 74 y GORDILLO SANTANA (n. 115), p. 112, nota 154, que la vincula al principio de «responsabilización real del autor de los hechos».

¹²⁰ *Vid.* F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos», en J. C. CARBONELL MATEU / J. L. GONZÁLEZ CUSSAC / E. ORTS

mayor inconveniente, en este sentido, en hacer coincidentes los momentos procesales de la prestación de la conformidad y de la aceptación formal de la mediación; bien al contrario, esa sintonización reportaría la ventaja de situar al juez en mejores condiciones para controlar el cumplimiento de los requisitos relativos a que el sujeto hubiera recibido información bastante acerca de las consecuencias de su decisión de intervenir en el procedimiento y a que su consentimiento pueda calificarse entonces, con toda propiedad, como libre e informado. En el ámbito de los juicios rápidos, por ejemplo, dicho consentimiento podría expresarse en el acto en que el acusado preste su conformidad ante el Juzgado de Guardia, una vez abierto el juicio oral y formulada la acusación (art. 801 LECrim), o en el escrito de calificación conjunto presentado antes del inicio de las sesiones del juicio oral o al inicio del mismo. En el caso del procedimiento abreviado, los momentos idóneos podrían ser el de la presentación de los escritos de defensa (art. 784.2 LECrim) o de calificación conjunto presentado antes del inicio de las sesiones del juicio oral (art. 782.2 párr. 2.º LECrim), o el acto de petición de la defensa previo al inicio de la práctica de la prueba (art. 787.1 y 2 LECrim). Preexistiendo la conformidad prevista en el artículo 779.1.5.º LECrim, en cambio, la aceptación formal para participar en la mediación debería diferirse al momento de la audiencia que el juez ordenará convocar con presencia de las partes personadas y en la que el acusado podrá conocer el contenido de los escritos de conclusiones provisionales que permitirán dar paso a las diligencias urgentes de los artículos 800 y 801 LECrim. Un reconocimiento de los hechos en ese momento dejaría claro, además, que el presunto responsable no tiene por qué asumir, en absoluto, la acusación del fiscal, pudiendo alegar, por ejemplo, la concurrencia de alguna atenuante o una causa de justificación, o discutir la valoración que hace de su grado de responsabilidad¹²¹.

BERENGUER / M. L. CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. 2, Valencia, 2009, p. 1969.

¹²¹ En el bien entendido de que la presunción de inocencia otorga una protección específica a la que el presunto responsable podría, legítimamente, renunciar y que debe considerarse inmanente a un sistema penal que le reconoce al imputado la facultad de disponer sobre el ejercicio del derecho de defensa en el juicio oral. Dicha renuncia debería rodearse, eso sí, de las mismas garantías formales y materiales que, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, servirían para convalidarla en sede jurisdiccional, al objeto de preservar todas las posibilidades del autor y de su abogado para articular, con plena libertad y con igualdad de armas, los actos de prueba, postulación e impugnación necesarios para hacer valer el derecho a la libertad del primero.