

Mediación penal y violencia sexual

INFORME

sobre la modificación del artículo 3 del Estatuto de la Víctima por la L.O. 10/2022,
de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual,
prohibiendo la mediación y la conciliación en los casos de violencia sexual.

MARÍA JOSÉ **BERNUZ BENEITEZ**

ANDRÉS **GARCÍA INDA**

CARLOS **PIÑEYROA SIERRA**

MARÍA ÁNGELES **RUEDA MARTÍN**



Laboratorio de
Sociología Jurídica

Universidad de Zaragoza



Asociación
¿hablamos?

Asociación para la mediación penal,
penitenciaria y comunitaria de Aragón

Zaragoza, septiembre de 2023

0. INTRODUCCIÓN

Decía Pablo De Lora (2019) hace unos años que lo sexual es político y jurídico. Lo afirmaba muy justificadamente en aquel momento y la realidad lo ha ido confirmando cada vez con mayor rotundidad. Lo sexual se ha convertido en un tema que está todos los días en la calle y, aunque toda la ciudadanía comenta, resulta difícil manifestarse contra la que se acaba imponiendo como voz mayoritaria. Fruto de esos debates sociales y políticos surgió la controvertida Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, popularmente conocida como la ley del “solo sí es sí”. Como se sabe, a los pocos meses de su entrada en vigor, y a la vista de los efectos que había producido, dicha Ley fue revisada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, *para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, aunque dicha revisión no es relevante a los efectos de este informe

Uno de los cambios que introdujo la LO 10/2022 fue la modificación del artículo 3 del Estatuto de la Víctima (aprobado mediante Ley 4/2015, de 27 de abril). El mencionado artículo 3 establece en su párrafo 1º un conjunto de derechos de las víctimas del delito, entre los que se cuenta el acceso a servicios de justicia restaurativa:

“1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.”

Ya hicimos un análisis de las condiciones y las limitaciones, tanto jurídicas como institucionales, de ese “derecho de acceso” de las víctimas a la justicia restaurativa, recogido en los artículos 3 y 15 del EV (Bernuz Beneitez y García Inda 2022). Lo relevante de la modificación que hace la Ley del “solo sí es sí” del artículo 3 EV es que introduce una nueva limitación a la ya escasa y difícil práctica de la justicia restaurativa en nuestro país. Más concretamente, la DF 12ª de la Ley 10/2022 añade al art. 3.1 EV una frase con la que prohíbe la mediación y la conciliación en los casos de violencia sexual y de violencia de género:

“En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género”.

A bote pronto, surgen algunas cuestiones a la vista del tenor literal del artículo 3.1 EV: a) por un lado, el hecho de que la justicia restaurativa se presenta como algo positivo para las víctimas en el primer párrafo, en el que se hace referencia a sus derechos (a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, participación activa en el proceso penal, a recibir un trato profesional durante la actuación de los servicios de justicia restaurativa...); b) por otro, sin embargo, en el segundo apartado se vetan algunas herramientas de la justicia restaurativa, como son la mediación y la conciliación (y solo estas) en los supuestos de violencia de género, que ya estaba prohibida, y ahora también, en los casos de violencia sexual. Con carácter más general, surge la duda de si cabe acudir o entendemos que es oportuno recurrir a una justicia que nos remite a las ideas de humanidad o empatía, responsabilización, reintegración o participación en supuestos que integran el núcleo duro del Código penal y que socialmente se entienden como ‘imperdonables’. Tengamos en cuenta, además, que en la legislación española (en

el EV, fundamentalmente) tiende a confundirse la justicia restaurativa con la mediación (que vendría a ser una de las herramientas o estrategias para alcanzar o desarrollar aquella), y además en buena parte de nuestra cultura jurídica tiende a confundirse también la mediación con la negociación o la conciliación, formas también. de resolución participada de los conflictos pero que difieren radicalmente en su planteamiento.

Por otro lado, no hay que olvidar cómo aborda la justicia de menores esta cuestión, conocedores de que una buena parte de los casos que llegan ante la justicia de menores se resuelven mediante reparación o conciliación, y sabedores de que los delitos sexuales, sin necesidad de adoptar una perspectiva alarmante, se están incrementando en la franja de edad que llega ante esta jurisdicción especializada. Así, de un lado tenemos la prohibición que recoge el artículo 3.1 del EV, en la nueva redacción que le ha dado la Ley 10/2022. Y de otro lado, la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal del menor*, establece en el artículo 19 relativo al “sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima” lo siguiente:

“1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.

A la vista de estas consideraciones entendemos que es oportuno abordar, aunque sea brevemente, las siguientes cuestiones. Una primera relacionada con la proximidad y la distancia entre el concepto de justicia restaurativa y el de mediación, entendida ésta como una de las herramientas que hacen posible la primera. Es esencial clarificar la diferencia entre una y otra, entre justicia restaurativa y mediación, para comprender el alcance de la norma y valorar las opciones que, en su caso, puede tener la justicia restaurativa en algunos de los supuestos vetados por la LO 10/2022. En segundo lugar, también nos parece necesario revisar algunos de los obstáculos, que se han apuntado en estudios previos, a la práctica de la justicia restaurativa como complemento a la justicia penal ordinaria. Dado que entendemos que la filosofía que hay tras la prohibición de la mediación y la conciliación en los supuestos de violencia de género y de violencia sexual es muy diferente, creemos que es preciso hacer un apunte al razonamiento que lleva a prohibir la mediación en supuestos de violencia de género y avanzar algunas conclusiones por parte de estudios internacionales que ya han indagado sobre el tema de justicia restaurativa y violencia sexual.

Otras preguntas surgen a la luz del planteamiento legal: ¿Por qué prohibimos mediación cuando el primer trámite de ésta es el consentimiento informado? Infantilizamos a las víctimas, además de someterlas a un principio de generalización y no singularidad que se pega de bruces con la esencia del proceso judicial. De igual manera ¿es posible cercenar parte del procedimiento toda vez que la mediación es ya una parte del mismo en determinados casos porque el legislador así lo desea? ¿podríamos negar a las partes las diligencias previas de investigación en un proceso sí y en otro no porque el legislador así lo establece? Este tipo de prohibiciones denotan que la JR no se considera una justicia sustantiva sino accesoria de la convencional.

La metodología de nuestra aproximación será esencialmente documental. Entendemos que es preciso contrastar las opiniones doctrinales con las de facilitadores de justicia restaurativa o con técnicos de las Oficinas de Atención a las Víctimas, porque a ellas llegan esencialmente mujeres víctimas de violencia de género y violencia sexual. Sus consideraciones sobre la oportunidad o no de la prohibición nos parecen esenciales en un estudio más completo sobre el tema. Sin embargo, es una tarea que queda pendiente en los meses siguientes al cierre del proyecto y que solo se ha podido diseñar dada el escaso tiempo con que se ha contado desde la comunicación de la concesión del proyecto (finales de junio) hasta su finalización (el 30 de septiembre). Asimismo, queda pendiente la publicación de varios artículos sobre algunos otros asuntos que emergen del estudio realizado.

1. SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN

Avanzábamos que una primera cuestión que surge cuando se analiza la normativa que excluye algunas herramientas de JR en los casos de violencia sexual y de violencia de género es que parece que se haga referencia a cuestiones distintas. De hecho, el artículo 3.1 del Estatuto de la Víctima, en su primer apartado hace referencia a la justicia restaurativa como uno de los derechos de la víctima, algo que le beneficia si resulta oportuna y la víctima consiente en ello. Pero luego, en el segundo apartado, prohíbe expresamente “la mediación y la conciliación” en los supuestos indicados. La duda que se plantea es si es una limitación consciente y únicamente se pretende prohibir la mediación o la conciliación como herramientas de la justicia restaurativa, sin excluir la posibilidad de acudir a otras como serían los encuentros, los círculos o las conferencias restaurativas. Baste apuntar en este momento que justicia restaurativa y mediación o conciliación no son términos equiparables. No podemos decir que la justicia restaurativa se sintetice únicamente en procesos de mediación o conciliación. Como ya hemos dicho en otros momentos, también el proceso penal ordinario puede tener una dimensión o unos efectos restaurativos (en el fondo ese es también su objetivo), pero si se plantea la necesidad de mecanismos alternativos (como la mediación) al proceso ordinario es precisamente porque con carácter general éste no sirve para alcanzar esos objetivos reparadores. Tampoco podemos asumir acríticamente que una mediación o una conciliación sean siempre en sí mismos, sin más o de modo automático, efectivamente restaurativos. Por ello entendemos que la primera tarea es clarificar conceptos.

Para definir normativamente la justicia restaurativa podemos acudir al art. 2. d) de la Directiva 2012/29/UE3, *del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos*, que da lugar a las modificaciones y la creación del Estatuto de la Víctima, al tiempo que reclama la promoción e implementación de programas de justicia restaurativa acordes con los estándares internacionales. Dicha Directiva establece que

es “«justicia reparadora», cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

Por su parte, la Recomendación CM/Rec (2010)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas de *probation* del Consejo de Europa define la justicia restaurativa apuntando a sus principios. Asegura que:

“La justicia restaurativa son un conjunto de principios y prácticas basadas en varias asunciones: a) que la respuesta al delito debe reparar en la medida de lo posible el daño sufrido por la víctima; b) que se debe hacer comprender a las personas infractoras que su comportamiento no es aceptable y que ha tenido algunas consecuencias reales para la víctima y la comunidad; c) que las personas infractoras pueden y deben aceptar la responsabilidad de su acción; d) que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en la determinación de la mejor manera de que la infractoras, y e) que la comunidad tiene la responsabilidad de contribuir a este proceso”.

Así pues, podríamos concluir que la justicia restaurativa hace referencia a aquellas medidas y procesos cuyo objetivo es favorecer la resolución de los conflictos facilitando la reparación efectiva de la víctima en todas sus dimensiones (materiales, simbólicas, emocionales...) así como de la comunidad y la responsabilización del agresor, tanto en lo que hace a la resolución de la ofensa producida como a sus implicaciones para el futuro.

En cuanto al concepto de mediación, podemos tomar como punto de partida, la definición propuesta por el Consejo General del Poder Judicial que, en su página web, destaca que: “en la mediación penal, la víctima y el infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial, reconocen la capacidad de cada uno para participar en la resolución del conflicto derivado de la infracción”. En concreto, la definición de mediación adoptada por la asociación *¿Hablamos?*, que implementa procesos de mediación penal en Aragón desde 2006, es la de Martínez Arrieta y nos parece la más completa. El autor define la mediación penal como

“el sistema de gestión de conflictos en el que una parte neutral, técnica, con los conocimientos adecuados y ajena a los sujetos implicados en el hecho que da origen al conflicto, que el Código Penal tipifica como delito o falta, ayuda a las personas implicadas en el conflicto, como autor o víctima, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a dialogar sobre el hecho y a llegar a acuerdos sobre la forma de reparación, tanto material como simbólica” (Martínez Arrieta, 2010).

2. RESISTENCIA A LA MEDIACIÓN Y A LA JUSTICIA RESTAURATIVA ¹

Si atendemos a los informes previos que se han realizado sobre la mediación penal en Aragón, llama la atención la tensión existente desde el principio entre los operadores judiciales, que muestran cierta reticencia y escepticismo hacia la mediación penal, y los mediadores, que creen firmemente en los efectos pacificadores del proceso de mediación. Esto quizás explique que el impacto de la mediación penal sea mínimo, como muestran los datos. Se podría decir que es anecdótico. Al ser cuestionada por los principales actores, parece que la consolidación de la mediación penal tropieza con tres tipos principales de dificultades o condicionantes. Como señalábamos en el informe de mediación de 2019, tanto mediadores como operadores judiciales se refieren en primer lugar a lo que podríamos denominar condicionantes técnico-jurídicos de la mediación,

¹ En 2019, el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza elaboró un informe de investigación para evaluar la experiencia de la mediación penal en Aragón. Para ello, se realizaron dos grupos focales, uno con mediadores y otro con operadores judiciales (jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia y abogados, principalmente). Conscientes de que la mediación no se ha consolidado en Aragón, necesitábamos conocer las razones esgrimidas por ambos colectivos. En 2021, quisimos profundizar un poco más en la cuestión de la eficacia y cumplimiento de las funciones de la mediación penal. Para ello, se organizó un focus group con mediadores y operadores judiciales, así como varias entrevistas a víctimas y agresores que habían participado en procesos de mediación penal. Dos años después, durante los meses de abril y mayo de 2022, revisamos la información de los grupos y realizamos algunas entrevistas adicionales para comprobar que estas opiniones seguían siendo válidas y nos permitían presentar la situación de la mediación en Aragón. Estas resistencias serán recogidas en una publicación internacional en la colección de *Déviance et Société*.

fundamentalmente vinculados a la articulación de los procesos de mediación dentro del procedimiento judicial (competencia e iniciativa, ámbito material, plazos, efectos procesales, garantías, etc.). Jueces y fiscales insisten en que “tenemos un procedimiento rígido” que dificulta considerablemente el desarrollo de la mediación penal. En segundo lugar, podíamos hablar de dificultades culturales, tanto en lo que se refiere a la cultura profesional de los operadores jurídicos como, en un sentido más amplio, a la percepción y las expectativas sociales del proceso judicial. Todos los participantes en los grupos de discusión coinciden en insistir, en distintos momentos, en que “nos falta cultura y pedagogía” en relación con la mediación y la justicia restaurativa, el derecho colaborativo, la resolución pacífica de conflictos, etc. Y por último podríamos señalar otros condicionantes de carácter político, que tendrían que ver con la orientación y los límites de las políticas públicas en materia de justicia y, más concretamente, las vinculadas a la organización y puesta en marcha de programas de mediación penal intrajudicial (objetivos, diseño, recursos, criterios de evaluación, etc.). Estas limitaciones de las políticas públicas relacionadas con la mediación conducen al voluntarismo y a las buenas intenciones. Estas son las dos características que, según jueces, fiscales, abogados y mediadores, caracterizan actualmente, en su experiencia, a los programas de mediación intrajudicial penal, apoyados más en la “buena voluntad” de determinados profesionales (jueces, fiscales y mediadores), que en la existencia de una política pública claramente definida, coherente y apoyada” (Bernuz Beneitez & García Inda, 2019, 961). Un elemento que puede estar en la base de estas reticencias ante lo que puede parecer, si no se institucionaliza la mediación penal, una privatización de la justicia.

Si profundizamos un poco más en estos factores, nos encontramos con una cultura judicial, entre jueces y fiscales, que no ve claro cómo integrar la mediación en el procedimiento ni sus consecuencias penales. Así, por ejemplo, se expresaba uno de los intervinientes en los grupos de discusión

“Creo que la conclusión es clara para todos. A pesar de todo, yo sigo estando a favor de la mediación (...) pero quiero que forme parte del procedimiento penal, que no se quede exclusivamente en el perdón, la víctima, ... las buenas intenciones, sino que se refleje de alguna manera (en el procedimiento) (...) Es una cuestión de seguridad jurídica, entre otras cosas, si no está en todos los sitios...”. (Bernuz & G^a Inda, 2019, 962).

Desde el punto de vista de la cultura y las garantías judiciales, se argumenta que la mediación podría menoscabar ciertas garantías inherentes al proceso penal, como la presunción de inocencia. Sin embargo, se trata de un “temor infundado, dado que el juez no puede alterar el principio de presunción de inocencia porque el infractor esté en mediación. No es necesario admitir la culpabilidad para entrar en mediación, y no por entrar en mediación se admite la culpabilidad: no se vulnera su derecho a la presunción de inocencia” (Bernuz Beneitez & García Inda, 2019, 962-963). Al mismo tiempo, existe una confusión de roles al destacar la importancia de mantener la imparcialidad en los procesos judiciales y por parte de los jueces; quienes, en realidad, no tienen que mediar sino derivar. Los jueces dicen: “tenemos que estar fuera”, “no podemos”, “tenemos que externalizar”. Las particularidades de la jurisdicción penal hacen que el papel del juez no pueda ser el mismo que en otros ámbitos de la jurisdicción (civil, laboral, etc.) donde el juez puede tener un papel más activo en la promoción de la mediación. Aquí, insisten, la implicación es más problemática porque el juez puede estar “mediatizado” o “contaminado”. De ahí las dudas en torno a las experiencias de magistrados que “hacen” mediación penal o que, para valorar la posibilidad de derivar un caso a mediación, tienen acceso al material de investigación, lo que puede afectar a la apariencia de imparcialidad” (Bernuz Beneitez & García Inda, 2019, 963). Además, se señala que, aunque la legislación penal

solo limita la mediación a los casos de violencia de género (y como ya sabemos, desde 2022 a la violencia sexual), lo cierto es que se tiende a pensar que son herramientas para delitos menos graves. Como afirmaba el juez decano en una de las entrevistas, “en Derecho penal, [si alguien] ha cometido un delito, hay que seguir un procedimiento” (Bernuz Beneitez, García Inda & Hablamos, 2021, 16).

Sin embargo, las víctimas valoran otras cuestiones relacionadas con el proceso de mediación penal. Mencionan la posibilidad de repensar y reflexionar sobre lo sucedido, evitar la espiral de venganza o los posibles procesos de victimización institucional, al tiempo que optan por la mediación porque constituye una forma más rápida de justicia o porque impone una respuesta menos restrictiva que el sistema de justicia penal. También puede considerarse una buena solución cuando el conflicto está profundamente arraigado. Un abogado, que también es mediador, comentaba:

“También creo que lo que consigue la mediación es abordar la raíz del problema, es decir, el problema en su conjunto, y no sólo desde el ángulo del Derecho penal, que al final es muy unilateral, porque todo lo que subyace es mucho más importante. Y a veces, no sólo nos ocupamos del problema, sino que conseguimos resolverlo, cuando se trata de cuestiones que quizás están muy arraigadas, de conflictos que se repiten. Y a veces lo que se consigue sin mediación es todo lo contrario, porque, al fin y al cabo, el tribunal está ahí para imponer una pena si has cometido un delito y, si no, para no imponerla. Entonces, lo que pasa es que de esta manera, esta situación puede tener una solución definitiva, porque si no, al final, me han condenado por no sé qué, entonces ahora te voy a hacer no sé cuánto, sobre todo por delitos leves” (Bernuz Beneitez, García Inda & Hablamos, 2021, 12).

También se reconoce que existe una cultura social apegada a la resolución judicial de los conflictos, y a la criminalización de cada vez más conductas. E incluso se considera que, en ocasiones, la reparación a la víctima pasa por castigar al infractor e imponerle una pena ejemplar. Un mediador señala que:

“La actual tendencia social a enfocar el proceso penal (...) como un castigo y como la búsqueda de una sentencia ejemplar. Lo vemos todos los días en los medios de comunicación. Cuando pasa algo muy grave (...) siempre te encuentras con la persona -iba a decir el político, o a veces el no político- que, cuando empieza un juicio, dice que lo único que espera es una sentencia ejemplar. La condición de víctima es la que es, pero socialmente parece que la víctima solo tiene derecho a obtener una sentencia ejemplar” (Bernuz Beneitez, García Inda & Hablamos, 2019, 46).

Podría decirse que la mejor forma de crear una cultura de la mediación es proporcionar una información clara y adecuada a cada ciudadano. El Reglamento que desarrolla el Estatuto de la Víctima (RD 1109/2015) establece que las Oficinas de Atención a la Víctima del Delito (OAVD) deberán facilitar información sobre la resolución alternativa de conflictos y, en particular, sobre la mediación (artículo 19.19) y podrán proponer a la autoridad judicial la mediación penal “cuando resulte beneficiosa para la víctima” (artículo 37.b). Ello requerirá la previa creación e institucionalización de estos servicios de mediación penal. Y, precisamente entre los condicionantes políticos, se destaca que, al no existir convenios estables de colaboración con los órganos encargados de poner en marcha la mediación penal en Aragón, la derivación se presenta como una cuestión de buena voluntad por parte de los jueces y de suerte por parte de las partes, que la viven como una “lotería”. Los abogados, preocupados por la cuestión de la confianza y la seguridad, insisten en una mayor implicación institucional en la provisión estable de recursos:

“Lo que no puede ser es que un mediador medie tres meses y luego no reciba subvención. (...) O que lo hagan gratis”. (Bernuz Beneitez & García Inda, 2019, 967)

A mayor abundamiento, a propósito de estos tres tipos de condicionantes, jurídicos, sociales y políticos, resulta sorprendente que se siga considerando, por parte de operadores jurídicos autorizados, la justicia restaurativa y la mediación penal intrajudicial como un tema relativamente nuevo y, sobre todo, que no existe una normativa al respecto que indique qué hacer:

“Habría que empezar por regularlo e incorporarlo al procedimiento, creo que sería una buena forma de saber cuándo se puede iniciar la mediación penal o no. Ahora, me da la impresión de que estos jueces que participan en estos programas ven el procedimiento y dicen que un caso se puede mediar, aquí podemos poner de acuerdo a la víctima con el agresor (...) Yo creo que, si se regulara la mediación y nos dieran unos criterios objetivos para saber cómo proceder, actuaríamos en consecuencia (E1).

En derecho penal no existe actualmente ninguna regulación legal. Sólo existe el Estatuto de la Víctima, que habla de la mediación y de la justicia restaurativa de forma muy limitada (E2)” (Bernuz Beneitez, García Inda & Hablamos, 2021, 26).

En cualquier caso, en el informe presentado en 2021 y de las entrevistas realizadas se desprende que una de las dificultades de la mediación penal es la confusión sobre lo que es y el alejamiento de otras figuras jurídicas e instituciones que pueden parecer más o menos relacionadas con la mediación. Ha sido señalado por la entonces Directora General de Justicia del Gobierno de Aragón que “en ocasiones la confusión entre mediación y negociación puede llevar a pensar que quienes están mejor preparados para llevarla a cabo son los abogados de las partes, que son quienes mejor conocen y defienden los intereses de sus clientes y están mejor preparados para hacerlo con eficacia (E2)” (Bernuz Beneitez, García Inda & Hablamos, 2021, 26). También se observa una tendencia a confundirla “con la conciliación y un papel más importante del tercero imparcial que propone, en su caso, acuerdos o posibles soluciones. En este caso, se tiende a pensar que sería más adecuado que ese tercero imparcial fuera un técnico que conozca el tema en profundidad y pueda proponer soluciones factibles (E2)” (Bernuz Beneitez & García Inda, 2021, 26).

3. LÍMITES A LA JUSTICIA RESTAURATIVA (Y LA MEDIACIÓN) SEGÚN EL TIPO DE DELITOS

¿Cuáles son los límites de la justicia restaurativa? ¿cualquier conflicto puede ser abordado a través de un proceso de justicia restaurativa, e. g., de mediación? ¿“todo” es mediable? De entrada, podríamos coincidir fácilmente que en la práctica no todo es mediable. O que, de un modo más general, no en todas las circunstancias se puede intervenir restaurativamente y mucho menos llegar a un acuerdo. Aquí ya deberíamos hacer una primera aclaración: que no se alcance un acuerdo no quiere decir que la intervención restaurativa no pueda tener sentido. Pero también hay supuestos que no permiten en un primer momento una intervención restaurativa; y mucho menos a través del instrumento específico en que consiste la mediación penal intrajudicial. Los procesos de JR, y la mediación en concreto, requieren de unas condiciones específicas, que todos los intervinientes en el proceso (operadores jurídicos y mediadores) deben garantizar para su efectivo desarrollo (confidencialidad, voluntariedad, etc.). Algunas de esas condiciones han sido recogidas legalmente, para garantizar un adecuado acceso a tales procesos. Así, el artículo 15 del Estatuto de la víctima establece lo siguiente:

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

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

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Se puede apreciar que las cuatro primeras que establece el párrafo 1 son limitaciones de proceso, (que no se den las circunstancias que el proceso requiere para que la mediación o los mecanismos de JR se puedan desarrollar profesionalmente), mientras que la última es de contenido. Esto es importante porque en las cuatro primeras es el mediador, fundamentalmente, (también podría ser el juez) quien, tras el inicio de la actividad, y de manera singular y personalizada en el caso, decide desistir por desequilibrios en el proceso, mientras que la quinta es una limitación impuesta por el legislador de manera generalista y sin atender al caso concreto. Es esencial comprender la diferencia porque puede contribuir a acentuar en el imaginario colectivo que hay "delitos sobre los que no se puede mediar o aplicar mecanismos de justicia restaurativa" mientras que la realidad lo niega abrumadoramente: delitos de terrorismo con resultado de muerte, asesinatos, abusos en la Iglesia....La realidad es contundente y la tendencia internacional va en la línea de no limitar la justicia restaurativa. Esto demuestra que la exclusión de contenido, no de proceso, no obedece a cuestiones penológicas o a cuestiones sociales, sino a cuestiones de ideología.

Además, la redacción de este artículo ofrece algunas dudas desde el punto de vista de la justicia restaurativa (por ejemplo, en relación con el reconocimiento de los hechos), pero lo que nos interesa tiene que ver sobre todo con lo dispuesto en la letra e) del párrafo 1º, que se refiere a la posible prohibición para determinados delitos no sólo de la mediación, sino de la JR en general (tengamos en cuenta que dicho artículo 15 hace referencia a los *Servicios de justicia restaurativa*). Porque ciertamente hay muchos casos en los que la mediación no es posible (por falta de voluntariedad o consentimiento, por las circunstancias de las partes, etc.). Pero la cuestión es si con carácter general hay casos en los que no es deseable, y ni siquiera debe intentarse ni plantearse un acercamiento restaurativo al conflicto.

Si se analizan los expedientes de mediación penal intrajudicial analizados entre enero y septiembre de 2018 por la Asociación ¿Hablamos? en el marco del proyecto piloto desarrollado ese año, la mayoría de los casos derivados a mediación lo fueron de delitos contra la integridad física y la libertad. Ambos suponían, entre los dos, más del 50% de los expedientes derivados, correspondiendo el resto a delitos contra el patrimonio, el honor o la intimidad. La tipicidad de los delitos derivados a mediación está muy vinculada a la existencia de una relación entre las partes (en más del 50% de los casos existía una relación previa de vecindad o familiar) en la que se produce algún enfrentamiento o pelea. En todos esos casos, la calificación otorgada a los delitos era leve (en el 90%

de las ocasiones) o menos grave, observándose una cierta resistencia por parte de los juzgados a derivar casos con una tipificación o calificación más variada (Bernuz & G^a Inda 2019, 964). En dicho informe se reconocía que existe una cierta tradición o rutina en la tipología de delitos derivados a mediación que parece limitar que se abra el camino a otras tipologías delictivas.

Esta resistencia o limitación puede fundarse en dos tipos de razones. Por un lado, puede pensarse que los procesos de justicia restaurativa no son “conceptualmente” (por así decirlo) apropiados, en determinado tipo de delitos. Por ejemplo, hay quienes opinan que la mediación debe limitarse a los casos de “delitos con víctima” que sean semipúblicos (o cuando haya denuncia). Eso excluiría aquellos casos en los que la víctima o el perjudicado es “exclusivamente”, por así decirlo, el Estado, la Administración, la Hacienda Pública, la comunidad... (sería el caso, por ejemplo, de los delitos contra el medio ambiente, contra la salud, el patrimonio etc.). Este primer punto de vista, en nuestra opinión, se basa en una interpretación muy individualista (y errónea) de lo que es la JR, ajena a su dimensión comunitaria. Esta visión que excluye a la comunidad de la ecuación de la justicia restaurativa es algo que es muy habitual por parte de muchos operadores jurídicos, pero no nos podemos olvidar que la JR reconoce que hay un daño esencialmente en la víctima, pero también en el victimario y en la comunidad, y que la reparación, de forma diferente, debe afectar siempre a la víctima, al victimario y a la comunidad. Y además abunda en la confusión entre JR y mediación, porque puede ciertamente haber casos que no sean abordables a través de la herramienta de la mediación (por ejemplo, porque no esté claro quiénes son las víctimas directas del hecho delictivo), pero sí a través de otro tipo de procesos (encuentros restaurativos, círculos o conferencias). Desde este primer punto de vista, podría haber casos en los que la JR en general, y/o la mediación en particular, no debe utilizarse porque es inútil o ineficaz, sea por las circunstancias del conflicto o sea porque el hecho delictivo resulte *irreparable*.

Por otro lado, desde un segundo punto de vista, puede pensarse que hay casos en los que los procesos restaurativos, o en particular la mediación penal intrajudicial, pueden resultar perversos o *contraproducentes*; esto es, que, en lugar de contribuir a la resolución del conflicto, a la reparación de la víctima y a la responsabilización del agresor, podrían contribuir a lo contrario (i.e., a la revictimización de la víctima o el reforzamiento del victimario). A ello se refiere el mencionado art. 15 EV cuando establece que el procedimiento de mediación no debe nunca entrañar un riesgo para la seguridad de la víctima, ni debe existir el peligro de que su desarrollo puede causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima. El riesgo de que la mediación (o la JR) pueda producir tales efectos existe siempre y, nuevamente, evitarlos es tarea de los responsables de los servicios de justicia restaurativa (en ese sentido apunta el art. 15.1 LV). Algunos, sin embargo, pueden pensar que existen delitos en los que la JR *siempre* –tendría esos efectos negativos y, por lo tanto, en tales supuestos debe evitarse (o incluso, *vetarse*). Para quienes desarrollan procesos de justicia restaurativa, este planteamiento resulta contradictorio con la libertad de las partes para decidir cómo resolver su conflicto, con la madurez de la ciudadanía para comprenderlo, con la necesidad de incluir en el proceso a la comunidad que ha sido dañada por el delito, con la negación de oportunidades de reconciliación y pacificación con efectos a más largo plazo.

Ese tipo de argumentos son los que suelen utilizarse para defender la exclusión de la JR y la mediación penal intrajudicial de los delitos graves. La mediación restaurativa sería un recurso óptimo para los delitos leves o menos graves, pero no para aquellos que por su dificultad o su gravedad pudiera correrse el riesgo de que se vean afectados los

principios de voluntariedad, no revictimización, etc. Sin embargo, lo cierto es que ese riesgo también existe en el caso de los delitos leves o menos graves. Una cosa es que en determinados casos –por las circunstancias de la víctima– deban cuidarse más las condiciones en las que la mediación se lleva a cabo, o deban incrementarse las cautelas de los responsables procesales a la hora de derivar o impulsar una posible mediación penal, y otra cosa es que no pueda haber intervenciones restaurativas –sean o no mediación– en esos y otros casos graves, incluso en casos de terrorismo, como otros han puesto de manifiesto a partir de experiencias concretas (cfr. Sáez Valcárcel 2011, Pascual 2013). No es el tipo de delito o la gravedad del hecho lo que debería condicionar el hecho de que se lleve a cabo la mediación u otro tipo de procesos, sino las posibilidades o no de alcanzar efectos restaurativos allí donde la respuesta penal tradicional no llega. De hecho, la experiencia parece mostrar que, a pesar de las dificultades que evidentemente conlleva la intervención restaurativa cuando los delitos son más graves, el “éxito” de la mediación –si así puede decirse para referirnos a la posibilidad de iniciar un diálogo restaurativo e incluso alcanzar un acuerdo– no parece estar en función del tipo de delito, sino más bien en función de otro tipo de variables como la relación entre las partes. De ahí que se tienda a pensar que, si de lo que se trata es de atender las necesidades de la víctima y la responsabilización del delincuente, “en la justicia restaurativa no hay límites”; o no debería haberlos (Bernuz & G^a Inda 2019, 965).

Lamentablemente no es esa, sin embargo, la opinión del legislador, que en el artículo 15.1.e) del Estatuto de la víctima ya prevé la posibilidad de que los servicios de justicia restaurativa, estén vedados en el caso de determinados delitos. En realidad, dicha redacción obedecía al hecho de que cuando se aprueba el Estatuto de la víctima, la mediación ya estaba prohibida en los supuestos de violencia de género. Dicha prohibición se recoge en el art. 87ter.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido mediante la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Más concretamente, el art. 87ter, apartado 5, de la LOPJ establece que está vedada la mediación penal en todos los casos enjuiciados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el orden penal, que contempla los siguientes delitos:

- I. Delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.
- II. Delitos contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
- III. Delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.
- IV. Delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Estas prohibiciones de mediación y conciliación se recogen en nuestro ordenamiento jurídico en consonancia con el artículo 48.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul de 2011), con el correspondiente Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE de 6 de junio de 2014, que prevé que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio». En el artículo 2.1 se dispone que «El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada». Estas violencias se definen en diversos preceptos que se reproducen a continuación. En el artículo 3 se indica que:

«A los efectos del presente Convenio:

- a) por «violencia contra las mujeres» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;
- b) por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;
- c) por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- d) por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
- e) por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a) y b);
- f) el término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años».

De una manera más pormenorizada, en el artículo 33 se define la violencia psicológica como un atentado grave contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas. En el artículo 34 se conceptúa el acoso como la adopción, en varias ocasiones, de un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad. El artículo 35 se refiere a los actos intencionados de violencia física sobre otra persona. En el artículo 36 se caracteriza como violencia sexual, incluida la violación: a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero. Asimismo, se señala que «el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». Por último, se aclara que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

Otras manifestaciones de violencias se recogen en el artículo 37 relativo a los matrimonios forzados que consisten en obligar intencionadamente a un adulto o un menor a contraer matrimonio. También se considera que engañar intencionadamente a un adul-

to o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio debe incluirse en esta forma de violencia. En el artículo 38 se mencionan las mutilaciones genitales femeninas consistentes en: a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin. En el artículo 39 se contemplan también como violencias: a) la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado; b) el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento. En el artículo 40 se define el acoso sexual como toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.

Todos estos comportamientos se encuentran recogidos como diversas figuras delictivas en nuestro Código penal.

No hay un acuerdo unánime entre la doctrina penal y criminológica sobre la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género. Al contrario, no son pocas las voces críticas al respecto (para un análisis de las diferentes posturas cfr. Álvarez 2021, Borges Blázquez 2022, Gallardo 2020, Tierno 2022 o Villacampa 2020, entre otros posibles; y con una perspectiva más general cfr. Strang y Braithwaite 2002). A favor de dicha prohibición se argumenta habitualmente la asimetría existente entre las partes (víctima y agresor), que haría inviable el proceso de mediación y que podría redundar en un mayor sufrimiento (o revictimización) de la mujer agredida, la posible trivialización de la violencia contra las mujeres y el peligro para la seguridad de las víctimas. En contra se puede sostener que tales riesgos alcanzan, en mayor o menor medida, a todos los tipos de violencia existente y que en todos los delitos es tarea del mediador y de los operadores implicados valorar las circunstancias y actuar en consecuencia, incluso renunciando a adoptar procesos o soluciones restaurativas, para evitar tales desequilibrios o victimizaciones secundarias. En ese sentido, la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género supondría una forma de paternalismo difícilmente justificable, por cuanto no solo limita, sino que niega el posible derecho de la víctima a obtener (con la ayuda y la protección de los operadores implicados) una solución restaurativa a su problema (y a la comunidad de la restauración que la JR provoca). Es más, si como sabemos el proceso penal ordinario no proporciona realmente una reparación completa a la víctima tampoco en estos casos, la prohibición de la mediación para los mismos restringe o impide aún más la posibilidad de obtener esa reparación por otros medios. Dicho de otra manera, si lo extraordinario que ofrece la JR es una mayor atención a las víctimas, la pregunta sería qué queda en el procedimiento ordinario a favor de las víctimas en estos casos en los que se prohíbe la mediación.

Sin embargo, como ya hemos dicho, la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, ha venido a dar una nueva vuelta de tuerca en ese sentido, modificando el artículo 3 del Estatuto de la Víctima y ampliando los delitos para los que se prohíbe el ejercicio de la mediación no solo a la violencia de género sino también a la violencia sexual. Una prohibición que con-

traría las opiniones de quienes venía apuntando la necesidad y la oportunidad de utilizar los procesos restaurativos como una vía para reparar el daño y asistir integralmente a las víctimas más allá de la vía del proceso penal ordinario (cfr. D. Cidoncha 2012; A. I. González 2022).

4. LA PROHIBICIÓN DE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA SEXUAL

La prohibición de la mediación y la conciliación en los supuestos de violencia sexual resulta compleja además por su alcance. De hecho, ni la Ley 10/2022, ni el Código Penal definen claramente lo que se considera como tal. La Ley no lo hace en el articulado, aunque sí recoge la siguiente definición en el Preámbulo:

“Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad”.

Dicha definición entronca con la establecida por la Organización Mundial de la Salud, que define la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona independientemente de la relación de ésta con la víctima en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el trabajo”. La referencia al Título VIII del Libro II del Código Penal, invita a identificar la violencia sexual con los *delitos contra la libertad sexual*, sea cual sea la violencia ejercida (física o psicológica, por ejemplo) y el sexo de la víctima (que ya no son solo mujeres sino también hombres, aunque sea en un pequeño porcentaje, y menores) y del victimario. Los artículos 178ss del Código penal establecen lo siguiente:

De las agresiones sexuales

Artículo 178.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.
2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.
3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.
4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de

dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Artículo 179.

1. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.
2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
 - 1.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
 - 2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
 - 3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.
 - 4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
 - 5.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.
 - 6.ª Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
 - 7.ª Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 o 179 se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.
3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

CAPÍTULO II

De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años

Artículo 181.

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.

A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.
3. El órgano sentenciador, razonándolo en sentencia, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o se realice sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, o concurren las circunstancias mencionadas en el apartado 5 de este artículo.
4. Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de doce a quince años en los casos del apartado 2.
5. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
 - b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
 - c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
 - d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.
 - e) Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.
 - f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
 - g) Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.
 - h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades.

En caso de que en la descripción de las modalidades típicas previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.

6. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas del apartado anterior se impondrán en su mitad superior.
7. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Artículo 182.

1. El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.
2. Si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años.

Artículo 183.

1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.
2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 183 bis.

Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

5. LA MEDIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA SEXUAL, A DEBATE

La especial peculiaridad de la violencia sexual, aparte de la regulación específica que de ella se hace en cada Estado, hace preciso realizar algunas consideraciones sobre los sujetos implicados, esencialmente agresor y víctima (o sus comunidades de referencia), así como las consecuencias del delito para unos y otros. A partir de ahí podremos discutir sobre las ventajas y las objeciones que antepone la doctrina y la experiencia al recurso a la justicia restaurativa, en general, y la mediación penal intrajudicial en particular para esta tipología delictiva.

Aunque la aparición constante en prensa pueda llevarnos a pensar en la novedad de los delitos sexuales, no se trata de ningún modo de un fenómeno nuevo. Es cierto que con el tiempo se van introduciendo cambios en la forma de interpretar y tipificar los delitos (agresión sexual o no) y en la de responder penalmente a los mismos. Pero violencia sexual en sus diferentes manifestaciones (cambiantes) ha existido siempre y en todos los lugares del mundo. Pese a la diversidad de comportamientos que se consideran violencia sexual, es importante subrayar algunos de los rasgos que los caracterizan a todos ellos.

Los atributos que definen los delitos sexuales han sido destacados por diferentes estudios sobre el tema. De entrada, y a diferencia de la violencia de género, hay que señalar que, aunque no se trata de delitos en los que las víctimas sean exclusivamente mujeres y los agresores varones, sí que buena parte de los mismos se cometen contra ellas. Además de los delitos sexuales que atentan contra una parte importante de la comunidad LGTBI (Deer y Barefoot 2019, 507)². Además, las autoras apuntan muy acertadamente que “no se puede universalizar las experiencias de las mujeres, sino que es preciso tomar en

2. Según Deer y Barefoot (2019, 507) en la comunidad LGTBI, el 44% de las lesbianas, el 61% de las mujeres bisexuales, el 37% de los hombres bisexuales y el 26% de los hombres homosexuales han sufrido violencia sexual. Casi el 50% de los transexuales son supervivientes de violencia sexual.

consideración la raza, clase, género y sexualidad” (Deer y Barefoot 2019, 512). De hecho, entienden que “las suposiciones sobre quién es víctima y qué se considera violación se entrecruzan con estereotipos sexuales, raciales y de clase en los que ser una “víctima genuina” se correlaciona con ser una mujer respetable, heterosexual y blanca que se resiste físicamente a la agresión” (Deer y Barefoot 2019, 514).

Se trata de delitos “profundamente íntimos” que causan efectos científicamente probados en las víctimas, porque se viola “la sexualidad de las víctimas, su intimidad y su confianza” (Kazic y Corovic (2019, 67, 68). Se trata, además, de efectos que perduran durante buena parte de la vida de las víctimas y cambian su rutina y su forma de actuar tanto en la intimidad como públicamente. Se asegura también que es un tipo de delitos que, por afectar a la sexualidad y la intimidad de las personas, pueden generar, aunque parezca paradójico, un sentimiento de vergüenza, sufrimiento y culpabilidad en quienes la sufren (Kazic y Corovic 2019, 68). Parent et al. (2022, 63) indican algunos estudios que muestran que una de cada cinco víctimas de violencia sexual se ha sentido culpabilizada de su propia victimización y sienten esencialmente culpa y vergüenza por el delito que han sufrido. En otras ocasiones puede ser el entorno de la víctima quien la culpabilice.

Si nos centramos en los agresores, en una buena parte de los casos estos delitos se cometen por personas conocidas (directa o indirectamente) por la víctima. Obvian el consentimiento de las víctimas, abusan de su confianza y “no se arrepienten, ni ven a la víctima como un ser humano vulnerable que tiene que vivir el resto de su vida con las consecuencias del delito” (Kazic y Corovic 2019, 68). No suelen reconocer los hechos, aseguran que medió consentimiento de las víctimas en el acto sexual y en ocasiones consideran que la víctima provocó el comportamiento del agresor y que, de alguna manera, se lo merece.

Son hechos que muy a menudo se producen en la intimidad o en lugares poco transitados. Esa circunstancia hace que la víctima sea el único testigo de los hechos, dificultando su prueba. Ello, junto con la vergüenza a denunciar o la escasa confianza en el sistema (Parent et al. 2022, 63), favorece que haya una importante cifra negra de violencia sexual. Deer y Barefoot (2019, 508) indican que “sólo el 31% de los casos de agresión sexual se denuncian a la policía, sólo el 5,7% de los casos de agresión sexual acaban en detención y sólo el 0,7% de los casos de agresión sexual acaban en condena”. Esa escasa eficacia del sistema penal ante los delitos sexuales y la limitada respuesta a las necesidades de las víctimas hace que se cuestione sobre la oportunidad y eficacia de la justicia restaurativa en la violencia sexual.

5.2. RAZONES A FAVOR DE LA JR EN LA VIOLENCIA SEXUAL

La justicia restaurativa originalmente surge como una vía para resolver y colmar las lagunas de la justicia penal tradicional. Aunque en principio se preveía para delitos cometidos por menores de edad con mayor ‘diagnóstico’ de reinserción o para delitos leves, como señalan Parent et al. (2022, 64) se ha ampliado mucho el espectro de tipos delictivos y las víctimas muestran su interés por este tipo de programas cuando reciben información y, en general, quedan satisfechas con el proceso y el resultado³.

3. Véase, como ejemplo, el monográfico de la Revista de Victimología 15 (2023) sobre Justicia restaurativa en delitos contra el medio ambiente y contra los animales. Se puede consultar en: <https://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/issue/view/19/showToc>

La justicia restaurativa logra su mayor auge con el desarrollo de la victimología y, con ella, las pretensiones de que se dé voz a las víctimas y se visibilicen su situación y sus necesidades como consecuencia del hecho delictivo. Recordemos que, en la justicia penal, y más en estos casos de violencia sexual, la víctima es un testigo cualificado, y en muchos casos único, del delito que ha sufrido. Con lo que se convierte en un instrumento o una herramienta en la posible determinación procesal de los hechos, para tipificarlos, probar la culpabilidad del agresor e imponerle, en su caso, el castigo penal correspondiente. Pero para muchas víctimas esto no es suficiente. Al contrario, en la inmensa mayoría de los casos no se ven reparadas por los daños cometidos y por las secuelas físicas y psicológicas que se prolongan a lo largo de su vida. Tienen muchas otras necesidades de reparación, como la de escuchar y ser escuchadas (McGlynn, Westmarladn & Godden 2012) que el proceso judicial ordinario no puede satisfacer. Aparentemente al menos, la justicia restaurativa puede responder mejor que la justicia penal a esas exigencias de reparación de las víctimas (Parent et al. 2022, 65).

Así, la apertura de un proceso o un *diálogo* restaurativo puede resultar incluso terapéutico para la víctima porque encuentra en él un espacio seguro en el que formular sus preguntas, verificar la asunción de responsabilidad del agresor y dejar de lado su sentimiento de vergüenza y culpabilidad. El diálogo le permite salir del círculo de miedo y de vergüenza en el que estaba encerrada y rehacer su vida (Kazic y Corovic 2019, 77). Si se logra, también se indica que la balanza del poder, que se decantaba del lado del agresor que daña a una víctima sin su consentimiento, se decanta hacia una víctima que asume un mayor control sobre la solución del conflicto. Para Kazic y Corovic (2019, 77) es claro que la justicia restaurativa puede revertir esta situación de dominación del agresor, ofreciendo un papel más activo a la víctima que asume la iniciativa.

Parece interesante también destacar el interés del diálogo, en ocasiones no necesariamente en la asunción del daño causado, pero sí en la determinación y comprensión de los hechos. Sobre todo, cuando la violencia sexual se asienta sobre la inexistencia de consentimiento. En ese sentido, "Gurnham sostiene que la ley de violación (...) no aborda las complejidades de dar consentimiento, en las que palabras indirectas o ambivalentes pueden dar lugar, como resultado, tanto a relaciones sexuales consentidas, como a agresiones sexuales. Aunque la ley a menudo aborda la violación en un marco simple víctima/agresor, esto presupone una única verdad identificable, en lugar de múltiples y contradictorias verdades sobre cómo los individuos participantes entienden la interacción sexual" (cit. en Deer y Barefoot 2019, 513).

Resulta especialmente interesante el estudio que realizan Parent et al. (2019, 66-ss) sobre el *perdón* en los procesos de justicia restaurativa en delitos sexuales. Sintetizan los resultados de estudios previos y del suyo propio y destacan que el perdón por parte de las víctimas reduce el sentimiento de culpabilidad, la ansiedad y los sentimientos depresivos, minimiza los deseos de venganza, mejora la sensación de seguridad y que, incluso, se perdonan a sí mismas. Indican (pp. 70ss) que las palabras más utilizadas, espontáneamente, para hablar del perdón son "liberación", "cura" o "enfado". Lo asumen como una transformación posible, una reparación simbólica cuando el agresor ha reconocido previamente sus errores. Cuando es la víctima la que perdona, ésta lo asume como un "regalo para sí misma", una forma de estar bien en la vida y sentirse bien, pero a veces también lo hacen para prevenir la reincidencia o asegurar su propia seguridad (p. 76). Y tienen claro que perdonan la agresión, pero no al agresor (si bien es cierto que, en el estudio, la mayoría de las víctimas se ha encontrado con un agresor figurativo). Asimismo, indican que solo perdonan cuando ha mediado un reconocimiento del hecho y una so-

licitud de perdón sincera por parte del agresor, que se compromete a reparar el daño y que lo hace de manera desinteresada (sin esperar una mejora de su situación judicial o penitenciaria)⁴, o se asume el compromiso de no volver a reincidir o no volver a dañar a la víctima. Pero también tienen claro que el perdón ni forma, ni puede formar parte de los objetivos de la justicia restaurativa, porque puede ser un objetivo poco realista, que desmotive a las víctimas que no quieren o no se sienten preparadas para perdonar a sus agresores. Al tiempo que asumen que el perdón debe partir de la víctima, pero ello se logrará después de un largo camino de terapia.

Algunos autores, a la vista de que la justicia penal ordinaria no logra ni intervenir en la violencia sexual, ni prevenir la reincidencia, entienden que se podría verificar si la justicia restaurativa puede ofrecer alguna alternativa en la responsabilización del agresor. Se confía en que el proceso y el diálogo restaurativo con su víctima o una víctima de un delito cometido por el agresor, siempre que el agresor asuma los hechos, puede conseguir responsabilizarle por el daño causado, lo implica en la reparación y, con ello, se podría evitar, eventualmente, la reincidencia. Se trata de algo que no solo tendrá efectos en el victimario sino en la comunidad que, no lo olvidemos, es la tercera parte de la ecuación de la justicia restaurativa.

Karic y Corovic (2019, 78-ss) analizan algunos supuestos, escasos, en los que se ha experimentado la justicia restaurativa en delitos sexuales en circunstancias muy específicas. Uno de ellos relata el caso de un hermano que viola a su hermana y es la madre la que, tras la imposición del castigo, solicita justicia restaurativa para que, en el marco de un círculo, se pueda discutir el delito para poder reintegrar al hijo a su entorno familiar. También se hace referencia al “*Restor Program*” (Arizona) en el que solo se discuten casos de violación cometidos por primera vez por primodelincuentes. Los *Restore Programs* (USA y Nueva Zelanda) realizan encuentros restaurativos, con muy buenas críticas por los participantes, en los que el requisito esencial es la voluntariedad de ambas partes. Kazic y Corovic (2019, 81) se muestran favorables al recurso a la JR en los supuestos de violencia sexual pero siempre verificando la oportunidad de acudir a estos procesos, muy exigentes personalmente, según el estado físico o psicológico de la víctima. Es evidente que no será posible cuando las víctimas se sientan coaccionadas, intimidadas, manipuladas o forzadas por el agresor. Sobre todo, si es alguien conocido o forma parte de la familia. También aconsejan no acudir a la JR en delitos sexuales muy graves por el peligro de trivialización de los delitos que se podría producir

Estas experiencias permiten evocar una vez más la potencialidad de la mediación en la solución a una diversidad de conflictos, donde lo importante es la garantía del proceso. Se trata de proceso que es vigilado de manera profesional por el juez que deriva y el mediador que facilita el diálogo. La tendencia es a pensar que los límites de la mediación no se encuentran en el objeto, en el tipo de delito, sino que lo ponen las partes y, más precisamente, la víctima. De hecho, las partes entran al proceso tras un consentimiento informado. Será el mediador que dirija el proceso de mediación quien se asegurará de mantener el equilibrio entre las partes, el juez también puede apreciarlo y los letrados pueden asesorar a sus clientes sobre la oportunidad o no del proceso de mediación. Los límites a la justicia restaurativa en función del delito nos colocan ante una medida preventiva que esconde una desconfianza en la ciudadanía, en los operadores jurídicos y mediadores, así como en el proceso de mediación.

4. En este punto parece interesante recordar que en los casos de mediación de la vía Nanclares de Oca, más que prohibir la mediación, se prohíben los beneficios penitenciarios o penales para el victimario como consecuencia del proceso de mediación.

5.3. LÍMITES AL RECURSO A LA JR EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA SEXUAL

La verificación de que, en una buena parte de los delitos sexuales, el agresor no reconoce su culpabilidad ni la situación en que queda la víctima tras el delito, hace que parte de la doctrina, sin tener en cuenta que la víctima debe consentir expresamente en participar, tema una posible revictimización de la víctima si se recurre a la justicia restaurativa. Esta victimización secundaria se puede producir cuando la víctima se encuentra ante alguien que, aparte de no reconocer su responsabilidad, la culpabiliza de lo ocurrido, tergiversa sus palabras sobre lo que ocurrió, cuando su reconocimiento de los hechos no resulta convincente para la víctima, o cuando acepta la justicia restaurativa por los beneficios que le supone. Sabemos que un proceso de justicia restaurativa en el que el agresor no reconoce los hechos no puede seguir adelante y no tiene ningún sentido. Deer y Barefoot (2019, 520) recuerdan que, en sociedades patriarcales, algunos agresores “empiezan con la asunción de que tienen derecho a agredir sexualmente a las mujeres”. En esos casos, entienden que la justicia restaurativa no es capaz de reconducir esos niveles de misoginia

Además, se trata de delitos en los que, por su carácter íntimo, la víctima aparece más expuesta y más reticente a comentarlo delante de otras personas (como el facilitador) o a volver a revivirlo delante del agresor. De hecho, se apunta que la informalidad del proceso de JR puede ser vivido como algo positivo frente a la rigidez del proceso penal, pero puede ser utilizado por el agresor contra la víctima. Así, se indica que “aunque la naturaleza informal de muchos modelos de JR puede ser atractiva para algunas víctimas-sobrevivientes que se sienten intimidadas por el estilo y el lenguaje de la sala del tribunal, la falta de una estructura formalizada puede permitir que el agresor re-victimice y re-traumatice a la víctima mediante amenazas (directas o implícitas) e intimidación” (Deer y Barefoot 2019, 521).

Las propuestas de justicia restaurativa tienen también que luchar contra una tendencia social punitivista que insiste que los delitos más graves deben tener respuestas penales muy contundentes; y, reclama el endurecimiento de las penas de prisión. Se asume que la pena de prisión no es eficaz en la función de reinserción social o de responsabilización del agresor, ni tampoco repara a las víctimas del daño que se le ha causado. Sin embargo, se tiende a ver en la aplicación y ejecución efectiva de las penas de prisión un potente efecto pedagógico sobre los valores y bienes jurídicos importantes. En concreto, el feminismo carceralista considera que la única manera de conseguir la liberación de las mujeres y de acabar con el patriarcado, tras parte de los delitos sexuales es mediante “leyes más duras, más persecución de los delitos y más cárcel” (Deer y Barefoot 2019, 509). Las propias autoras advierten de que ese carceralismo “mágico”⁵ corre el riesgo de incrementar la violencia estatal contra algunos colectivos más vulnerables (Deer y Barefoot 2019, 510-511).

Otra objeción que se puede plantear a la utilización de herramientas de justicia restaurativa en los casos de violencia sexual tiene que ver con su aparente “suavidad”. Sobre todo, si partimos de un concepto confuso o erróneo de la justicia restaurativa entendida simplemente como negociación o como una forma “suavizada” o “light” de justicia. Quienes así la interpretan denuncian el riesgo de que la JR trivialice la violencia sexual o contribuya a relativizar la gravedad y la complejidad del problema, equiparándola en su tratamiento o en su solución con casos de delitos leves o menos graves. Quizás resulte preciso una vez más mejorar la pedagogía sobre lo que supone la JR (su alcance y su sentido), antes de proponerla en determinados delitos.

5. En palabras de Jorge Ollero (2021).

5.4. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LOS PROCESOS RESTAURATIVOS EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

No pocos estudios hacen una valoración positiva del recurso a la JR en los casos de violencia sexual, sobre todo desde la perspectiva de las víctimas (que encuentran en tales procesos una vía de reafirmación y de satisfacción de necesidades que el proceso penal tradicional no proporciona), pero también desde el punto de vista de los agresores (para los que supone una oportunidad de responsabilización) y de otros operadores implicados (como policías o juristas). Una de las lecciones que se saca en esos casos es la importancia que conlleva, en tales procesos, el acompañamiento de las víctimas y la preparación minuciosa de los procesos restaurativos por personas con suficiente experiencia en este campo (McGlynn, Westmarland & Godden 2012, 229). Tales procesos deben caracterizarse por la *flexibilidad* (en función de las circunstancias y necesidades de las víctimas), la *precaución* (para evitar los riesgos de revictimización, de trivialización, etc.) y una *cuidadosa preparación*, que incremente las oportunidades de satisfacción de las víctimas y la responsabilización del agresor.

Kazic y Corovic (2019, 79ss), por ejemplo, opinan que los métodos más apropiados para resolver delitos sexuales de forma restaurativa son la mediación o las conferencias. En la mediación, dicen, “el facilitador es un mediador (parte objetiva) y en las conferencias es una parte más amplia de la sociedad la que puede participar (familia, trabajadores sociales...)”. Teniendo en cuenta la diversidad de violencias sexuales ante las que podemos encontrarnos y a la vista de que, en ocasiones, el agresor es conocido de la víctima (incluso familiar), las autoras apuntan a la atención especial que hay que prestar a las familias (más frecuente en las sociedades tradicionales) que no apoyan a las víctimas, sino que no las apoyan y las culpabilizan. También se ha planteado la opción de que el proceso de justicia restaurativa no solo se pueda hacer con el agresor, sino que se puede hacer con alguien que cometió el mismo tipo de delitos. También en esos casos se ha mostrado la eficacia en el sentido de que las víctimas logran su autonomía (Parent et al. 2022, 66). Sin embargo, en ocasiones una conferencia restaurativa o un proceso de mediación penal intrajudicial puede no ser apropiado. Por todo ello, como señalan McGlynn, Westmarland & Godden (2012, 229), el uso de las diferentes herramientas de justicia restaurativa para casos de violencia sexual no debería depender del tipo específico de la agresión o la ofensa cometida sino, más bien, de la realidad y las circunstancias de los individuos que las sufren, y de si estos están realmente preparados para participar en tales procesos.

Igualmente es interesante el impacto que genera la justicia restaurativa en la comunidad, bien limitada, como indicáis en las conferencias o círculos restaurativos con las familias. Asimismo son a destacar los efectos del proceso en la comunidad más amplia, en la sociedad, desde el momento en que consigue, si el proceso está bien ejecutado, que el victimario entienda, comprenda y retorne a la sociedad no con una sensación sólo de castigo, sino de aprendizaje porque el proceso, ahora sí, le ha dado oportunidad de conseguirlo, entender el daño causado y responsabilizarse reparándolo de una manera significativa para todas las partes.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

- I. La prohibición legal de la mediación en los casos de violencia sexual recogida en el art. 3.1 del Estatuto de la víctima, introducida por la Ley 10/2022 y que se añade a la ya existente para los casos de violencia de género (art. 87ter, apartado 5 de la LOPJ), supone una limitación o un obstáculo más al desarrollo, ya de por sí exiguo, de la justicia restaurativa y la mediación penal intrajudicial en España. Se trata de una tendencia contraria a las experiencias que aspiran a ampliar la justicia restaurativa a una diversidad de delitos independientemente de su gravedad.
- II. El nuevo art. 3.1 EV prohíbe la mediación y la conciliación en los delitos de violencia sexual y violencia de género, pero no así otro tipo de prácticas restaurativas (como los encuentros, los círculos o las conferencias). De acuerdo con ello, sería posible llevar a cabo otros procesos de JR en los casos de violencia sexual, aunque el legislador español tiende ciertamente a la sinécdoque, a tomar el todo (la JR) por la parte (la mediación) y a confundir una herramienta específica de la mediación con la filosofía de la justicia restaurativa en su conjunto.
- III. La prohibición de la mediación en los delitos de violencia sexual parte también, en nuestra opinión, de una concepción errónea y confusa de la mediación penal, que por influencia de otros tipos de mediación (civil, familiar, mercantil) la identifica con la conciliación y la negociación como fórmulas de transacción sobre la responsabilidad del hecho delictivo.
- IV. La JR debe entenderse como un conjunto de procesos (de los que la mediación sería una herramienta específica) dirigidos a favorecer la reparación de las víctimas y la responsabilización del agresor, a las que el proceso penal ordinario no alcanza. También en los casos de violencia sexual, el proceso penal ordinario resulta insuficiente en ese sentido. Y de acuerdo con los estudios existentes, en tales casos la JR puede favorecer la satisfacción de las necesidades de las víctimas allí donde el proceso penal no llega: dándoles voz, garantizando el control sobre el tratamiento de sus necesidades, ayudándoles a reivindicar y honrar su experiencia, tratándolas con seriedad y respeto, etc. Y no podemos olvidar el impacto positivo en la comunidad, tanto la próxima a las partes, como la más amplia.
- V. Ciertamente, la utilización de recursos de justicia restaurativa en ocasiones también puede resultar inútil o incluso contraproducente, por cuanto se corre el peligro de revictimizar o añadir más inseguridad a las víctimas, o también el riesgo de “trivializar”, como dicen algunos, el hecho delictivo. En realidad, se trata de riesgos que también se dan, corregidos y aumentados, en el proceso judicial ordinario. Puede pensarse que en los procesos de JR esos riesgos son mayores en el caso de delitos graves o de delitos específicos (como los supuestos de violencia sexual), pero en realidad los límites de la JR no tienen tanto que ver con los delitos cometidos sino con las circunstancias y la situación de vulnerabilidad los sujetos. De ahí la importancia, en todos los casos, de cuidar las condiciones, la preparación y el acompañamiento de las partes en los procesos de JR.
- VI. Las razones de la prohibición de la mediación penal, en particular, o de la JR más en general, en determinados delitos, suelen ser de carácter paternalista, por cuanto tiende a considerarse que la víctima es demasiado vulnerable, está en una posición de subordinación y carece de la libertad suficiente como para consentir y participar adecuadamente en tales procesos. Los argumentos de carácter paternalista abundan entre quienes defienden la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género y se extienden también a los casos de violencia sexual. Frente a eso, la JR parte de la obligación de no subestimar la fortaleza y la capacidad de las víctimas para ser protagonistas en la expresión y la reparación del daño que han sufrido. Y sobre todo confiar en la profesionalidad de los operadores que controlan y dirigen el proceso y entender que se cuenta con el consentimiento previo e informado de las partes.
- VII. No obstante, la prohibición de la mediación penal en los delitos de violencia sexual parece tener también unas connotaciones propias (o específicas) respecto a la que ya existía para los casos de violencia de género. Las razones de la prohibición pueden no tener que ver únicamente con la libertad de la víctima y los riesgos de revictimización sino con la consideración social (o sobre todo política) de tales delitos como algo irreparable o imperdonable, casos por lo tanto para los que la JR no resultaría solo contraproducente sino imposible.
- VIII. Sin embargo, como han señalado varios autores (vid. por ejemplo McGlynn, Westmarland & Godden 2012, 234) que exista una mínima evidencia de satisfacción de las víctimas con los programas de JR (como muchos estudios reflejan) debería ser justificación suficiente para imponer a todas las instancias responsables la obligación de ampliar, abrir y ofrecer la posibilidad de JR en estos supuestos.

7. REFERENCIAS

- Álvarez Suárez, Laura (2021): "La mediación penal como manifestación del denominado 'principio de oportunidad': ¿Debería replantearse el legislador su veto a las víctimas de violencia de género?", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 3, 171-204.
- Armenta Deu, Teresa (2018): "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico", *Revista General de Derecho Europeo* 44, 204-243.
- Barona Vilar, Silvia (2017): "Esquizofrenia en la justicia penal: entre el expansivo derecho penal, la búsqueda de la minimización del proceso y el impulso de la mediación penal", en J. Sigüenza y G. García-Rostán (dirs.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Pamplona: Aranzadi, 1-31.
- Barona Vilar, Silvia (2019): "Mirada restaurativa de la justicia penal en España: una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización", en H. Soletto y A. Carrascosa (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 55-94.
- Bernuz Beneitez, M^a José (2014): "Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)", *RECPC* 16-14, 1-27.
- Bernuz Beneitez, M^a José y García Inda, Andrés (2019): "Justicia restaurativa y mediación penal intrajudicial en Aragón: condiciones, resistencias e incertidumbres", *Oñati Socio-Legal Series* 9(6), 951-982.
- Bernuz Beneitez, M^a José y García Inda, Andrés (2021): *La efectividad de la mediación penal en Aragón: la realidad y el deseo*, Zaragoza: Universidad de Zaragoza/ Hablamos?
- Bernuz Beneitez, M^a José y García Inda, Andrés (2022): "El acceso de las víctimas a la justicia restaurativa en la Comunidad Autónoma de Aragón", *Revista Aragonesa de Administración Pública* 58, 238-267.
- Bolívar, Daniela y Vanfraeche, Inge (2015): "Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales", *Universitas Psychologica* 14(4), 1437-1458.
- Borges Blázquez, Raquel (2022): "Violencia de género y mediación penal: ¿condenadas a entenderse?", en S. Barona Vilar (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 551-575.
- Calvo Soler, Raúl (2018): *Justicia juvenil y prácticas restaurativas: trazos para el registro de programas y para su implementación*, Barcelona: Ned.
- Cano Soler, M^a Ángeles (2015): *La mediación penal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- Cario, Robert, Mannozi, G., Hagemann, O., Campistol, C., Tamarit, J.M. y Varona, G. (2018): "La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre Justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España", *Revista de Victimología* 8, 125-184.
- Carrasco Andriño, Mar (2020): "Justicia restaurativa: posibilidades a la luz del estatuto de la Víctima", en M^a del mar Andriño y M^a del Mar Moya, *Víctimas de delitos: Modelos de actuación integral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 249-291.
- Carrascosa De Miguel, Ana (2019): "La realidad de la mediación penal en España. Las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ", en H. Soletto y A. Carrascosa (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 149-172.
- Cidoncha Romero, Dolores (2012): "La mediación: parte integral de la asistencia a víctimas de violencia sexual", *Revista de Mediación* 10, 19-26.
- Deer, S., & Barefoot, A. (2019): "The limits of the state: feminist perspectives on carceral logic, restorative justice and sexual violence". *Kansas Journal of Law & Public Policy*, 28(3), 505-526.
- Díaz Cabiale, José Antonio y Cueto Moreno, Cristina (2022): "Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 24-04, 1-49.
- Domingo de la Fuente, Virginia (2017): "Justicia restaurativa como derecho de las víctimas", *Revista Jurídica de Castilla y León* 41, 137-160.
- Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Francés Lecumberri, Paz (2018): "La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?", *Revista electrónica de ciencias criminológicas* 3, 1-39.
- Gallardo García, Rosa M. (2021): "Mediación penal y violencia de género", *Revista Electrónica de Estudios penales y de la Seguridad* 7, 1-17.
- Gavrielides, Theo (2017): "The victim's Directive and what victims want from restorative justice", *Victims & Offenders* 12, 21-42.
- González Cano, María Isabel (2015): *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Cano, María Isabel (2019): "Breve reflexión sobre los avances de la Unión Europea en materia de mediación penal", en H. Soletto y A. Carrascosa (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 39-53.
- González Fernández, Isabel (2022): "La reparación del daño para las víctimas de violencia sexual a través de la justicia restaurativa", en I. C. Iglesias y M^a J. Bravo (dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 437-465.

- Hernández Moura, Belén (2019): "El papel de las Oficinas de Asistencia en la satisfacción de los intereses de las víctimas", en H. Soleto y A. Carrascosa (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 521-553.
- Johnston, Gerry y Van Ness, Daniel (2007): *Handbook of restorative justice*, Cullompton: Willan.
- Kazic, E., & Corovic, R. (2019) : "Is Restorative Justice an Appropriate Legal Remediation for Sexual Violence?". *Review of European and Comparative Law (RECoL)*, 37, 65-96.
- Keenan, Marie (2018): "Training for restorative justice work in cases of sexual violence", *The International Journal of Restorative Justice* 1/2, 291-302.
- Marsh, Francesca & Wagner, Nadia M. (2015): "Restoring justice in cases of sexual violence: Exploring the views of the public and survivors", *Probation Journal* 62/4, 336-356.
- Martínez Sánchez, Cristina (2020): "El proceso de mediación penal en la Justicia de adultos. Desarrollo y aplicaciones en Aragón", en J. L. Argudo (coord.), *Guía de la Mediación en Aragón. Vol. 2*, Zaragoza: Comuniter, 479-534.
- McGlynn, Clare; Westmarland, Nicole & Godden, Nikki (2012): "'I Just Wanted Him to Hear Me': Sexual Violence and the Possibilities of restorative Justice", *Journal of Law and Society* 39/2, 213-240.
- Miguel Barrio, Rodrigo (2020): "La justicia restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: los círculos restaurativos", *Revista de Victimología* 10, 71-98.
- Ollero, Jorge (2021). *Penalismo mágico*, Sevilla: Aconcagua.
- Parent, I., Wemmers, J.-A. & Lachance Quirion, M. (2022). "Le pardon de la victime de violence sexuelle : une question controversée dans les services de justice réparatrice". *Criminologie*, 55(1), 61-83. <https://doi.org/10.7202/1089729ar>
- Pascual Rodríguez, Esther, ed. (2013): *Los ojos del otro: Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. Santander: Sal Terrae.
- Pérez Ferrer, Fátima (2020): "Luces y sombras sobre la aplicación práctica del Estatuto de la víctima del delito", *Anales de Derecho* 1, 1-28.
- Piñeyroa Sierra, Carlos (2022a): "En defensa de la justicia restaurativa en Aragón", en Id., *Vivir lo inesperado*, Zaragoza: Sibirana, 171-174.
- Piñeyroa Sierra, Carlos (2022b): "El desastre de la mediación penal en Aragón", en Id., *Vivir lo inesperado*, op. cit., 175-177.
- Piñeyroa Sierra, Carlos; Valimaña Torres, Susana; Mateo Martínez de Albornoz, Ana (2011): *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de Justicia Restaurativa en Aragón*, Zaragoza: Asociación ¿hablamos?
- Rebollo Revesado, Sonia (2021): *Prospectiva de la mediación penal: un análisis de la teoría a la práctica*, Cizur Menor: Aranzadi.
- Sáez Valcárcel, Ramón (2011): "Mediación penal: Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas", *Cuadernos penales José María Lidón* 8, 71-125.
- Sempere Faus, Silvia (2022): "El derecho de acceso a los servicios de Justicia restaurativa: unos apuntes sobre el tratamiento de la mediación penal a la luz del estatuto de la Víctima del Delito y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal 2020", en S. Barona Vilar (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 465-501.
- Soleto, Helena (2019): "Justicia restaurativa para la mejor reparación a la víctima", en H. Soleto y A. Carrascosa (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 491-520.
- Strang, Heather y Braithwaite, John (Eds.) (2002): *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio José (2017): "El modelo de justicia restaurativa tras la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", *Cuadernos penales José María Lidón* 13, 139-175.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio, Porres García, Izaskun y Sánchez Recio, Marta (2015): "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", *Revista de Victimología* 2, 1-26.
- Tamarit Sumalla, Josep M. (2020): "El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa", *Revista de Victimología* 10, 43-70.
- Tierno Barrios, Selena (2022): "El estado de la mediación penal en violencia de género en España: El debate de una prohibición", *Revista General de Derecho Procesal* 56, 1-32.
- Varona Martínez, Gema (2020): "Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos del COVID-19", *Revista de Victimología* 10, 9-42.
- Villacampa, Carolina (2020): "Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal", *Política Criminal* 15(29), 47-75.
- Walklate, Susan (2016): "Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?", *Revista de Victimología* 4, 83-104.



**Asociación
¿hablamos?**

Asociación para la mediación penal,
penitenciaria y comunitaria de Aragón



691 428 299



info@asociacionhablamos.es



[@asociacionhablamos](https://www.facebook.com/asociacionhablamos)