

**El aporte de Mediación Penal a los conflictos de
violencia intrafamiliar y género en el ámbito familiar.**

**The contribution of Criminal Mediation to conflicts of domestic
violence and gender in the family**

*Isabel González Ramírez**

*Soledad Fuentealba Martínez***

Resumen: El presente artículo plantea un análisis de las consecuencias de la aplicación de la Justicia Restaurativa y su mecanismo más habitual: la mediación penal, a la resolución de conflictos propios de la violencia intra-familiar y de género en el ámbito familiar, en relación con las soluciones que ofrece el proceso judicial en el sistema penal Chileno. Evaluando si esta alternativa colaborativa brinda a las personas involucradas en este tipo de vivencias, la posibilidad de una solución integral, mediante actos reparatorios a la dignidad de las personas y acuerdos que tengan sustentabilidad en el tiempo, explorando además los límites que se deben establecer en su aplicación.

Palabras Claves: violencia intrafamiliar - violencia de género en el ámbito familiar - justicia restaurativa - mediación penal.

Abstrac: This article presents an analysis of the consequences of the application of Criminal Mediation to resolve conflicts related to the domestic violence and gender

*Abogada y Mediadora Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho Penal, doctora C del Doctorado en Derecho especialidad Penal en Universidad de Buenos Aires, docente titular de Derecho Penal y Justicia Restaurativa, Directora Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Central de Chile y de los Magíster en Mediación, Magíster en Arbitraje y Magíster en Justicia Restaurativa, Universidad Central de Chile. igonzalezr@ucentral.cl

** Colabora: Soledad Fuentealba Martínez. Psicóloga Universidad Central de Chile, Mg. en Gestión Colaborativa de Conflictos: Medición, cursa doctorado en Derecho Penal en la UBA, investigadora Universidad Central de Chile.

conflicts in the family sphere, in relation with the solutions offered by the Chilean judicial prosecution system.

Assessing whether this collaborative alternative provides people involved in this kind of experience, the possibility of a complete solution, by acts of redress for the dignity of persons and arrangements that have sustainability over time, further exploring the limits that must be set in implementation.

Keywords: domestic violence - violence against women in the family sphere - restorative justice - penal mediation - ownership property.

I. INTRODUCCIÓN

Existe hoy la necesidad de desarrollar e instalar procesos colaborativos de regulación de conflictos, ante la evidencia de una realidad social que se perfila con crecientes contextos de diferenciación normativa y valórica.

Es desde esta perspectiva que el análisis desarrollado en este artículo propone como planteamiento del problema una interrogante referida a si: ¿Es la mediación penal un medio adecuado para el tratamiento de delitos de violencia intra-familiar y violencia de género en el ámbito familiar?

Parte este trabajo de la hipótesis de que los conflictos propios de la violencia intra familiar y de género en el espacio familiar, deben ser objeto de un control social no sólo del Estado, sino también de los actores del conflicto: las partes y su comunidad de apoyo, por medio de un tratamiento no necesariamente coactivo, sino colaborativo como es la mediación familiar y penal según sea el caso en el marco de la Justicia Restaurativa.

Para lo que se usará un diseño de carácter descriptivo – exploratorio, dado que si bien el área del conflicto de violencia intrafamiliar y de género, ha sido ampliamente analizado, en las últimas décadas, no así lo referente a la variable de aplicación de los

mecanismos restaurativos a este tipo tan complejo de conflictos, sobre la cual no se ha profundizado mayormente en otras investigaciones.

Ahora bien, por tratarse la violencia intrafamiliar de un concepto muy amplio, cuya término genérico pierde especificidad, es necesario precisar que para efectos de este artículo entenderemos la violencia como una práctica orientada, aprendida y legitimada de quienes se sienten con más poder que otros/as y con más derechos que otros/as de controlar e intimidar. Sentimiento que se construye y se enmarca en sistemas de valores, leyes, símbolos y representaciones dentro de una estructura social¹. Y por Violencia Intrafamiliar: “toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física, psicológica o la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otro/a miembro de la familia”².

En un sentido amplio, es posible señalar que cualquier miembro de la familia, independientemente de su sexo o edad, puede ser agente o víctima de la relación abusiva. Sin embargo, las estadísticas a nivel internacional y nacional muestran que las mujeres, las niñas y los niños, así como los y las adultos mayores, son las víctimas más comunes de esta violencia. A raíz de lo anterior se han delimitado tres grandes fenómenos: el maltrato y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes; violencia en la pareja o violencia doméstica; y el maltrato a personas mayores.

Sin embargo el presente análisis se limitara a la violencia doméstica de pareja, por la que se entiende: “toda forma de maltrato o abuso sea físico, psicológico emocional, sexual o económico que tiene lugar en la pareja sin importar la forma del vínculo. Se trata

¹ Entendiéndose por esta: “El uso de la fuerza física y el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, contra otra persona, un grupo o comunidad que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, trastornos psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones y muerte”, Organización Mundial de la Salud, año 2002. Fuente: PLAN NACIONAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CHILE Noviembre 2012– Diciembre 2013 DEL SERNAM.

² Organización Panamericana de Salud.

de prácticas abusivas ejercidas por una persona con quien la mujer tiene o tuvo una relación afectiva o de pareja”³.

También se refiere este estudio al conflicto de la violencia de género en el espacio familiar, entendiendo que este concepto es mucho más amplio que el familiar, y que comprende un tipo de violencia física o psicológica ejercida contra cualquier persona sobre la base de su sexo o género⁴, en diversos ámbitos de la vida social y política, entre los que se encuentran la familia y la escuela, entre otras.

La violencia de género, normalmente se la asocia a la violencia contra la mujer, aunque no son sinónimos suelen confundirse, ya que ésta tiene sus raíces en las relaciones de género dominantes existentes en una sociedad. Por otra parte, suele equiparse con la violencia de pareja, término más acotado. Además, también tiende a confundirse con la violencia doméstica, que es más restringida, aunque está íntimamente relacionada. nte utilizados. En este contexto se utilizará el concepto violencia de género en el espacio familiar.

Las investigaciones de las últimas dos décadas dan cuenta de la crisis de los mecanismos clásicos de regulación socio – jurídicas y su necesaria socialización, por lo que debe generarse la oportunidad de analizar el surgimiento de una variedad de procesos de auto-organización social más alternativos, más laterales a las clásicas instancias, que promuevan la constitución de una ciudadanía más activa. Procesos que han pasado a ser formas prioritarias más que secundarias de solucionar los conflictos jurídicos, por lo que no parece adecuado llamarlos alternativos sino más bien colaborativos.

Es importante tener presente que el conflicto tratado en este artículo, aborda uno de los aspectos relacionales más complejos de nuestra humanidad, la vinculación personal como social entre hombres y mujeres al interior del grupo familiar (Aguilar, 2007: 2).

³ Entre sus principales manifestaciones son: *Abuso Psicológico o emocional, Abuso Físico, Abuso Sexual y Abuso Financiero y/o Patrimonial*. PLAN NACIONAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CHILE Noviembre 2012– Diciembre 2013 DEL SERNAM.

⁴ Que impacta de manera negativa su identidad y bienestar social, físico y/o psicológico. La que presenta distintas manifestaciones, en que para el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, son actos que causan sufrimiento o daño, amenazas, coerción u privación de libertades.

Cuyos aspectos íntimos son considerados a veces irrelevantes para el Derecho, evitando tratar estos importantes aspectos parento filiales, limitándose a tratarlos solo en sus aspectos proteccionales, considerando al Estado desde un rol paternalista y asistencialista y tratando a las partes y especialmente a las víctimas cómo objeto de Derecho y no como sujeto, con autoridad para abordar estos conflictos, desde sus capacidades para resolverlos, desde una perspectiva totalmente contraria a su rol como ciudadano con facultades de ejercer derechos .

Sin embargo, con esperanza se puede observar como las políticas públicas en materia de justicia, han impulsado numerosas modificaciones legislativas, tanto sustantivas como procedimentales, enfocadas en transformar tanto el Derecho como la forma de ejercerlo; diversificando las vías de solución de conflictos, introduciendo en los procedimientos mecanismos auto compositivos que generan menores costos en el ámbito emocional, económico, de tiempo y mantención de relaciones posteriores al conflicto; que junto con reconocer la dignidad a las personas, contribuyen a fortalecer el acceso a la justicia (Bates, 2006: 1):

En este marco, el presente artículo tiene por objeto analizar como la mediación ha emergido como un sistema de solución colaborativa capaz de resolver los conflictos de violencia intra-familiar y violencia de género en el ámbito familiar, de manera más adecuada que la formal administración de justicia, ello en virtud de la naturaleza sistémica de sus controversias y el tipo de relaciones que están en juego, no obviando algunas importantes restricciones que deben ser consideradas en su aplicación.

Es así como los orígenes de la mediación en la legislación nacional, los podemos encontrar en el año 2004, luego de la aprobación de la Ley Nº 19.947 de Matrimonio Civil y la Ley Nº 19.968 de 2004, que crea los Tribunales de Familia, en que se incorpora la mediación como alternativa formal y de ingreso voluntario a la oferta de tutela jurisdiccional en los conflictos de familia, así como su posterior modificación en la ley 20.086 de Septiembre de 2008, que la modifica, entre otros aspectos, estableciendo un sistema de implementación gradual en el país de la mediación previa y obligatoria,

encontrándose plenamente vigente a partir del 15 de Diciembre de 2009 en todo el territorio nacional (Castillo, 2010: 2).

En esta línea, a través de la mediación, el legislador proporciona a las partes “instancias para llegar a soluciones cooperativas donde se privilegie la participación directa de los involucrados, se mitiguen los niveles de confrontación y se mejoren los niveles de bienestar social” (Vargas, 2008: 184), a través de etapas que se encuentran reguladas y validadas por el procedimiento jurisdiccional.

Asimismo, estos mecanismos ofrecen mayores niveles de bienestar social por el fortalecimiento del acceso a la justicia (Peña, 1996: 91).

Sin embargo, actualmente nos encontramos frente a un marco legislativo y procedimental complejo, para quien tiene a cargo resolver este tipo de conflictos. El que restringe la procedencia de la mediación familiar y penal, en materia de violencia intra-familiar, sin perjuicio de que en la práctica ésta ópera en la sombra, fuera del marco de la ley y sin una normativa que resguarde de manera eficiente los importantes bienes jurídicos en riesgo, por la urgente necesidad de resolver de una forma no punitiva estos conflictos.

En este contexto, este trabajo aporta una reflexión respecto de la pertinencia de abordar situaciones de violencia intra-familiar y violencia de género en el ámbito familiar, a través de la mediación, especialmente la penal, que permitan integrar soluciones adecuadas al actual momento histórico-social que cruza la familia y la mujer en Chile, revisando también, los efectos producidos por la judicialización de este tipo de conflictos en las partes y la comunidad.

Lo anterior, es aún más relevante en materia de familia, por la fragilidad e intimidad de las relaciones entre sus integrantes, que se ven expuestas y vulneradas mediante un proceso judicial, que hace referencia al desarrollo progresivo de una de la coacción propia de la sociedad moderna, frente a la a la que se desarrolla por primera vez un proceso de armonía y concordia, desplazando la civilización del control, por una organización sin violencia especialmente del Estado, descartando formas de coacción como la económica, política y familiar.

1. La Justicia Restaurativa

Ahora bien, para dar respuesta a las necesidades actuales del Derecho es que se ha propuesto un sistema restaurativo, del que no hay un concepto único, sin embargo uno de los más aceptados es el propuesto por MARSHALL (1999: 17 y ss.): “Un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro”.

Esta definición se ha criticado porque se centra mucho en el proceso y poco en los resultados o reparación del daño. Sin embargo, este autor concibe la Justicia Restaurativa no como una práctica concreta sino como una serie de principios orientadores de la actividad de grupos en relación con el delito.

Ahora bien, para esta autora la Justicia Restaurativa se concibe en dos líneas: una de ellas como proceso; la otra de valores; y es factible agregar una tercera línea de resultados, las que otorgan la posibilidad de reunir a todas las partes afectadas por el daño sufrido y los ofensores que han afectado bienes jurídicos valiosos para la sociedad, en procesos directos o indirectos de dialogo y reflexión, mediante mecanismos tales como la mediación, conferencias de grupos familiares, círculos de sentencia y sanación, y consejos con la comunidad, entre otros, para obtener un plan de reparación, restauración, reincorporación social y prevención futura del delito.

2. Sistema retributivo y restaurativo

Por otra parte, la constante contraposición que hasta ahora se ha planteado entre el sistema retributivo (Cavadino, 1997: 39) y el restaurativo en el ámbito penal (Eiras, 2004: 36) y las nuevas tendencias que sostienen la posibilidad de que coexistan ambos sistemas en forma integrada (Daly, 2001: 56), da cuenta de la necesidad de compararlos (Zher, 2003: 69) y analizar su compatibilidad.

El Sistema retributivo, se basa en la teoría que sostiene que el castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable al delito, independiente de que

este castigo produzca o no beneficios tangibles. El principio de proporcionalidad de la pena se funda en que su severidad debe ser razonable y proporcional a la gravedad de la infracción; concepto presente en la mayoría de las culturas, como, por ejemplo, en la ley de Moisés (Deuteronomio 19:17-21) y en los castigos de la Ley del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”, contenidos en el Código de Hammurabi.

MARTIN (2005: 174), sostiene que debe tenerse como pilar fundamental del sistema retributivo la postura de Kant, quién concibió la retribución como un principio jurídico: "El castigo judicial no puede nunca ser usado como mero medio para promover otro bien, ya sea en favor del criminal mismo o de la sociedad civil, sino que debe imponérsele bajo el sustento de que se ha cometido un crimen".

En esta línea se podría señalar, según afirma EIRAS (2004: 36), que la justicia retributiva tiene como objetivo probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo al infractor en equivalencia al bien jurídico afectado.

De esta forma encontramos el control del procedimiento a cargo de los poderes del Estado, quienes tutelan los derechos y otorgan a la pena un sentido justo al pagar el infractor con un castigo el mal causado. Se aprecia la orientación de la mirada enfocada al pasado, en función de la investigación de los hechos cometidos y a la afección causada a la sociedad. A diferencia de la Justicia Restaurativa, donde los objetivos son la resolución del conflicto, el asumir responsabilidades y la reparación del daño causado. Es por eso por lo que, sin dejar de integrar el pasado y considerar los daños causados en él, el procedimiento se sitúa en una perspectiva de futuro.

Adicionalmente, es necesario comprender que la esencia del enfoque restaurativo entiende que las partes del conflicto se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del delito, por lo que necesitan recuperarlo transformándose en participantes del proceso, trasladando, paulatinamente, parte del control formal o punitivo del Estado al control social informal de redes y contención social, teniendo como base la confianza en las personas y su posibilidad de resiliencia.

Por su parte, EIRAS (2004: 36) sostiene que para hacer una comparación entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa es necesario entender que en el sistema

tradicional la responsabilidad por las conductas es individual, a diferencia del modelo restaurativo, el cual, sin dejar fuera esta responsabilidad, considera también las circunstancias, la historia, las interpretaciones, el entorno y los grupos de poder que influyen, tanto respecto a las partes, como a los hechos.

Así también, los protagonistas son distintos en estos dos sistemas. Mientras el tradicional centra su atención en el Estado y el infractor, en el restaurativo es trascendental la participación de la víctima, el ofensor y otros actores que de su comunidad de apoyo, dejando al Estado solo como proveedor de los medios necesarios para que las partes resuelvan de forma segura el conflicto, garantizando los derechos de cada uno y resguardando el interés colectivo.

Así las cosas, si bien la Justicia Restaurativa, no puede plantearse como la única solución al delito, abre un importante oferta de solución a conflictos penales, cometidos especialmente por primerizos, jóvenes, personas unidas por vínculos familiares, territoriales o comunitarios y también en aquellos casos en que la víctima requiere de una reparación.

Es así como, para dar una solución integral al delito, se necesita incorporar soluciones que amplíen la mirada retributiva de la pena, la que como única forma de solución, solo ha contribuido a fomentar el rencor (Eiser, 1999: 12).

Entre los beneficios de este sistema se ha podido corroborar que permite desjudicializar y destinar estos recursos de forma focalizada, ofrece mayores oportunidades para iniciar un proceso educativo y socializante, donde el infractor asume más responsabilidad y se enfrenta a lo dañino de su acción. La víctima por su parte, es acogida en su dimensión personal y humana, permitiendo a las partes desarrollar habilidades en la resolución del conflicto de manera no violenta, disminuyendo la probabilidad de reincidencia y aportando a prevenir el delito, contemplando la reparación económica, social y moral a la víctima por el ofensor en proporción al daño causado.

Sus mecanismos restaurativos que ha sido validado por las recomendaciones de los organismos internacionales (Villán, 2002: 153 y ss.) como: Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea, Consejo Económico y Social⁵, permiten a la víctima una reparación real y más oportuna, sea de carácter material o simbólico y al infractor de la norma penal beneficiarse de una reducción de la pena o evitar la imposición de la misma, impidiendo con ello sus efectos estigmatizadores, otorgándole la posibilidad de asumir su responsabilidad personal en los hechos, lo que facilitará su posterior reinserción social, y disminuirá las posibilidades de reincidencia, posibilitando los fines de prevención propios de la pena.

En esta línea, las legislaciones contemplan salidas alternativas a la pena, mediante acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, las que posibilitan que el ofensor permanezca con su familia y continúe con su vida social y profesional, lo que es fundamental para su readaptación, permitiendo a su vez a la víctima encontrar respuestas y reparaciones en el sistema penal.

3. La situación procesal penal en Chile y la Justicia Restaurativa.

Podemos afirmar que Chile vivió hace más de una década un proceso de modernización del sistema penal que pasó de uno de corte inquisitivo a uno de carácter acusatorio, contemplando principio de oportunidad y las salidas alternativas (Márquez, 2007: 201), en las que la normativa procesal no contempló procesos colaborativos.

Por esa razón es que siendo este un país con una cultura muy legalista, no existe entre los operadores del sistema penal ni entre los usuarios, validación de los mecanismos colaborativos como medio de lograr salidas alternativas, lo que se demuestra en su incipiente utilización (Díaz, 2010: 22), impidiendo se aproveche sus beneficios restaurativos.

⁵ El artículo 10 de la mencionada Decisión Marco prescribe "Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas (...) Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, (2001/220/JAI), Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001, p. 0001-0004.

Es así como esta falta de utilización de mecanismos colaborativos en las salidas alternativas, podría ser una de las razones por las que no se han promovido los acuerdos reparatorios en Chile⁶.

Lo anterior se podría atribuir a la carencia de un mediador penal experto, que dirija el diálogo entre partes, lo que impediría usar metodología adecuada para lograr acuerdos significativos, terminando los acuerdos reparatorios con pseudo acuerdos que no dejan satisfechas a las partes, ni a los operadores.

En cuanto a los mecanismos restaurativos, existen varios indicadores de que sus procesos alcanzan mejores resultados cuando es más directo y cercano al delito, dado que las víctimas y los ofensores muestran mayor satisfacción con el proceso y resultados.

Esto es así, porque en caso de la mediación directa las partes adquieren mayor convicción de que *“se está haciendo justicia”*, que frente a los procesos indirectos, donde las partes no tienen mayor contacto personal. Además, un acuerdo reparador es más satisfactorio para las partes que los resultados, que según los estudios de victimización secundaria, sufren las víctimas en el proceso penal (Tamarit, 2005, 45).

4. Mediación penal

“La mediación penal es un mecanismo restaurativo que responde a un proceso de dialogo entre víctima y ofensor, facilitado por un tercero, en que los protagonistas interactúan asistidos por un mediador, que crea el ambiente adecuado que permita una comunicación efectiva y beneficiosa según las necesidades de ambos” (Tamarit, 2012: 17).

Es así como este mecanismo colaborativo de solución de conflictos, intenta encontrar soluciones que satisfagan las necesidades de los interesados y otorgen una solución integral al delito.

Este proceso colaborativo, pretende fomentar la confianza en la capacidad de las personas y su resiliencia, habilitando al infractor para que asuma que más que violar la ley

⁶Ministerio Público, Boletín anual estadístico, año 2010, www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do, revisada el 05 enero de 2011.

ha afectado a otra persona, valorándose más la reparación del infractor antes que la del Estado, dando cabida a una dimensión humana. Encontrando en él fines tradicionales del Derecho Penal, el reeducativo y rehabilitativo, con beneficios para las partes y la comunidad.

Ahora bien, la falta de un modelo integral de mediación penal, con un protocolo claro y conocido por los operadores del sistema penal y los usuarios, puede ser la razón que provoca la resistencia en los fiscales de derivar causa a los centros de mediación y que también evita que exista motivación en los usuarios para participar en estos procesos, impidiendo su uso sistemático⁷.

Así mismo, la implementación de programas experimentales de mediación penal en Chile, con modelos importados de otras realidades legislativas y con metodologías propias de la mediación familiar⁸, puede ser la razón que ha impedido unificar criterios que permitan validar y formalizar un sistema de mediación.

En este sentido, la oportunidad que ofrece un modelo integral de mediación penal con su correspondiente protocolo de actuación, es la de posibilitar un uso sistemático de este mecanismo como forma de dar término a los procesos penales, por salidas que no importen juicio oral. Siendo utilizado en forma habitual por los actores del sistema público y validado por la comunidad. Ofreciendo una reparación eficaz y oportuna a la víctima, con soluciones más cercana a la comisión del delito y una posibilidad de reinserción social al infractor.

De igual forma, parece necesario mantener en materia de violencia intrafamiliar y la violencia de género en el ámbito familiar, la opción de incorporar diversas metodologías de solución para enfrentar este tipo de conflictos, según las características de la violencia, su historia, el perfil y relación de las partes entre otros. Pero teniendo siempre presente que no debe excluirse la mediación como oferta de solución, dado que ésta propicia un

⁷ *Estudio Diagnóstico y Sistematización de la experiencia del Proyecto "Salud Jurídica y Mediación Comunitaria"*, ejecutado por los Centros de Mediación de las Corporaciones de Asistencia Judicial y el Ministerio de Justicia, Santiago, Chile. 2009. op. cit. pp. 118 – 137.

⁸ Acta de conclusiones de la mesa temática de Mediación Penal, Red Nacional de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006.

aumento de responsabilidad de los afectados en el conflicto y en su proceso de resolución, por medio del dialogo, y formas de abordaje que preservan la dignidad y fortalecen las capacidades de las personas para enfrentarlos.

5. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO EN EL ÁMBITO FAMILIAR

El mayor desequilibrio de género se expresa en la violencia intrafamiliar, pues en torno a los roles que la cultura da a lo femenino y masculino, se entrega a al hombre en razón de su superioridad, el poder de castigar emocional y físicamente a la mujer, cuando ella no responde a los cánones sociales.

Luz Rioseco (1999: 581), a este respecto, señala que la cultura del maltrato hacia la mujer, que es un síndrome descrito desde los años sesenta, le impide reaccionar ante la violencia que sufre. La mujer que es víctima del ciclo de la violencia, presentaría al menos cinco condicionantes que se reforzarían mutuamente y que son: el síndrome de mujer maltratada, el desamparo aprendido, el ciclo de la violencia doméstica, la dependencia y la cultura del maltrato.

La cultura del maltrato, de una forma global podemos describirla: como el conjunto de símbolos y códigos compartido al interior de un grupo, que les permite comunicarse en lo cotidiano y que contempla la existencia del abuso o maltrato, el contexto o relación como patrón de dominación ejercido por el agresor, y la negación o minimización sistemática del hecho.

En este punto, es necesario detenerse en el análisis de la Cultura del Maltrato, especialmente en su componente sociológico de patrón de conductas y trasmisor de cultura, ya que vinculado al proceso de socialización que se vive al interior de las familias, la existencia de este tipo de secuencias comunicacionales de dominación, afecta directamente en la generación de patrones inter-generacionales de maltrato.

Ahora bien, como ya se ha señalado en la introducción, tratándose la violencia intrafamiliar de un concepto muy amplio, cuya término genérico pierde especificidad, es necesario precisar que para efectos de este artículo entenderemos por violencia: una práctica orientada, aprendida y legitimada de quienes se sienten con más poder que

otros/as y con más derechos que otros/as de controlar e intimidar. Sentimiento que se construye y se enmarca en sistemas de valores, leyes, símbolos y representaciones dentro de una estructura social⁹.

Y por Violencia Intrafamiliar: “toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física, psicológica o la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otro/a miembro de la familia”¹⁰.

En un sentido amplio, es posible señalar que cualquier miembro de la familia, independientemente de su sexo o edad, puede ser agente o víctima de la relación abusiva. Sin embargo, las estadísticas a nivel internacional y nacional muestran que las mujeres, las niñas y los niños, así como los y las adultos mayores, son las víctimas más comunes de esta violencia. A raíz de lo anterior se han delimitado tres grandes fenómenos: el maltrato y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes; violencia en la pareja o violencia doméstica; y el maltrato a personas mayores.

El presente análisis se referirá principalmente a la violencia doméstica o de pareja, por la que se entiende: “toda forma de maltrato o abuso sea físico, psicológico emocional, sexual o económico que tiene lugar en la pareja sin importar la forma del vínculo. Se trata de prácticas abusivas ejercidas por una persona con quien la mujer tiene o tuvo una relación afectiva o de pareja”¹¹,

También nos referiremos en este estudio al conflicto de la violencia de género en el espacio familiar, entendiendo que este concepto es mucho más amplio que el familiar, y que comprende un tipo de violencia física o psicológica ejercida contra cualquier persona

⁹ Entendiéndose por esta: “El uso de la fuerza física y el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, contra otra persona, un grupo o comunidad que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, trastornos psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones y muerte”, Organización Mundial de la Salud, año 2002. Fuente: PLAN NACIONAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CHILE Noviembre 2012– Diciembre 2013 DEL SERNAM.

¹⁰ Organización Panamericana de Salud.

¹¹ Entre sus principales manifestaciones son: *Abuso Psicológico o emocional, Abuso Físico, Abuso Sexual y Abuso Financiero y/o Patrimonial*. PLAN NACIONAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CHILE Noviembre 2012– Diciembre 2013 DEL SERNAM.

sobre la base de su sexo o género¹², en diversos ámbitos de la vida social y política, entre los que se encuentran la familia y la escuela, entre otras.

La violencia de género, normalmente se la asocia a la violencia contra la mujer, aunque no son sinónimos suelen confundirse, ya que ésta tiene sus raíces en las relaciones de género dominantes existentes en una sociedad. Por otra parte, suele equiparse con la violencia de pareja, término más acotado. Además, también tiende a confundirse con la violencia doméstica, que es más restringida, aunque está íntimamente relacionada. Pero sin duda que estos términos son confusamente utilizados. En este contexto se utilizará el concepto violencia de género en el espacio familiar.

Uno de los aspectos relacionales más complejos de nuestra humanidad, es la vinculación tanto personal como social entre hombres y mujeres al interior del grupo familiar (Aguilar, 2007: 2). Cuyos aspectos íntimos son considerados a veces irrelevantes para el Derecho, evitando tratar estos importantes aspectos parento filiales.

Dicho conflicto ha surgido con mayor fuerza debido a los factores culturales, económicos y de desarrollo de la sociedad, en que la figura de la mujer ha tenido una creciente inclusión en la economía, lo que sumado a las exigencias de la vida moderna, han afectado la relación de pareja y de familia, visibilizándose dinámicas de agresividad y violencia al interior de ésta, afectando a sus integrantes, especialmente a los que son más vulnerables como son los niños/as, mujeres y ancianos, produciendo también un desequilibrio entre géneros, lo que atañe directamente al Derecho y exige de éste soluciones oportunas y efectivas, por lo que es necesario encontrar nuevas formas para su tratamiento.

A esta construcción social no ha estado ajeno el Derecho, que desde la visión del legislador (mayoritariamente masculino) regula las conductas de los hombres y mujeres, configurando una estructura jerárquica de la familia que ha contribuido a reproducir y reforzar la desigualdad de género en perjuicio de la mujer (Veloso, 2000: 235).

¹² Que impacta de manera negativa su identidad y bienestar social, físico y/o psicológico. La que presenta distintas manifestaciones, en que para el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, son actos que causan sufrimiento o daño, amenazas, coerción u privación de libertades.

Es del caso, que uno de los objetivos que debe cumplir el abordaje de los conflictos de violencia intrafamiliar o de género, es fortalecer a uno de los miembros más débiles de la relación, equilibrando el poder entre las partes de ésta y logrando un clima de respeto y diálogo fluido entre las partes, todos logros que pueden obtenerse mediante un proceso adecuado de mediación.

Dicho lo anterior, y entendiendo que la mediación penal propicia un aumento de responsabilidad de los afectados directos e indirectos en el delito y en su proceso de resolución, quienes se hacen cargo de ejercer un control social informal, parece necesario entonces abordar el tema de la propiedad del conflicto.

Es así como, para entender si un proceso de mediación penal puede ser parte del Derecho Penal, es necesario no solo reflexionar sobre los conceptos, características, principios y fines que le han asignado la doctrina al Derecho Penal y su relación con la coacción, sino también sobre si podemos entender el delito como un conflicto.

Sin embargo no pude obviar al cuestionamiento de BERGALLI (2003: 119), sobre ¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema jurídico, de responder con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad? Y el de BARATTA (2004: 12) que sostiene que el sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos de las personas, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los delitos, cuando éstos ya se manifestaron dentro del sistema social.

Por otra parte GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1988: 604) afirma, que la criminalidad es fomentada por el control social y el sistema penal en unión con la sociedad, los que producen el etiquetamiento del delincuente. Esta teoría sugiere que la aplicación de una pena ni previene ni corrige, todo lo contrario, corrompe y estimula futuros actos desviados mediante la aplicación de una etiqueta al infractor, por lo que debiera intentarse buscar alternativas a la pena y privación de libertad.

Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho Penal, mediante un procedimiento que debe necesariamente ser selectivo, se dejan conflictos criminales sin resolver y los resueltos no siempre lo son de una forma satisfactoria para los ciudadanos,

especialmente por la falta de participación colaborativa de las partes en su proceso de resolución, no logrando cumplir de manera integral con las expectativas de justicia de las personas.

6. Propiedad del conflicto

Sin embargo algunos autores como ZAFFARONI (2003: 36), abordan el delito desde paradigmas más cercanos al sistema restaurativo, observándolo como un conflicto. Sosteniendo que el modelo punitivo ni siquiera resuelve los conflictos más graves, como el homicidio, sino que “Se limita a imponer una pena, sin tener en cuenta las necesidades de la víctima. ¿No será preferible, por ejemplo, que el culpable trabaje y pague a la familia de la víctima.

Por otra parte, CHRISTIE (1977: 159), sospecha que la criminología, ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo que o han desaparecido o se han transformado en pertenencia de otras personas, llegando a resultados deplorables. Los conflictos para tener resultados útiles, deben ser usados por quienes originalmente se vieron envuelto en ellos, no solo abandonados a su suerte.

Así una de las principales críticas que el abolicionismo hace al sistema penal, están recogidas en la doctrina de la Justicia Restaurativa y contenidas en ideas de CHRISTIE (1977: 39).

En el mismo sentido para EIRAS (2004: 36 y ss.), “el delito desde el sistema tradicional es entendido como una infracción a la norma, que es expresión del poder soberano. En cambio desde la mirada de la justicia restaurativa, el delito es un conflicto social, una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos sociales”.

De la misma forma GALAWAY (1985: 626), afirma que numerosos estudios muestran que la víctima prefiere la reparación del infractor antes que la del Estado, porque la primera consigue la reorganización constructiva con el ofensor, obteniéndose objetivos meta-penales con mayores beneficios que los proporcionados por el control punitivo estatal.

Es así como apoyados en esta doctrina podemos afirmar, que la participación de la víctima en el proceso permite su incorporación en la evaluación de los hechos, siendo informada de sus derechos y razones por las cuales ocurrieron éstos. A su vez, ella explica su angustia, sus necesidades y la forma de reparación que requiere, devolviéndosele su dignidad perdida, explicitándose que no es merecedora de la lesión y que tiene el derecho a ser respetada en su integridad. Lo que no significa que deba permitirse la sensación de impunidad ante la violación de la norma, sino que debe promoverse la actuación del Estado en la medida en que no quepa esperar de los directamente interesados una resolución equitativa del conflicto. Afirmaciones que son ratificadas también por LARRAURI (1993: 91 y ss.).

Desde un Derecho de Alternativas, ESER (1999: 27 y ss.) fortalece esta posición afirmando que cuando se priva al autor y a la víctima de la posibilidad de resolución del conflicto, o se les otorga menor protagonismo en la reparación del daño y mayor importancia a la imposición de una pena, se traslada la capacidad resolutoria a una instancia superior, produciéndose la despersonalización del conflicto. De este modo, el delito se transforma en un ataque al Estado y la punición en un fin, en donde el autor del daño se ve a sí mismo como responsable únicamente frente al sistema, mientras la víctima se siente abandonada e instrumentalizada en interés del Estado.

7. LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y GÉNERO

Hay consenso en la doctrina de que existen conflictos en el Derecho de Familia, en que el interés del orden público impide que sean susceptibles de ser mediados. Tal sería el caso de la filiación, la adopción, el divorcio y para muchos la violencia intrafamiliar.

Este interés de orden público que restringe la aplicación de acuerdos privados, se da especialmente cuando están en discusión derechos personalísimos o en que se compromete la integridad física o psíquica de una persona, pudiendo en este caso las partes sólo tener facultades para llegar a acuerdos en aspectos principalmente referidos a la necesaria organización familiar después del quiebre producido por el conflicto, dentro del marco legal vigente.

Desde un punto de vista más inclusivo y garantista que el propuesto por el sistema jurídico tradicional, la mediación puede hacerse cargo de la tensión actual y mayoritaria de la vida moderna, causada por el progresivo protagonismo femenino en la vida laboral, política y social que rompe las bases bajo las cuales se construyeron los prototipos tradicionales de marido, mujer, padre, madre, hijo e hija, que justificaban la inferioridad y discriminación hacia la mujer, relegándola a su rol “natural”, de la mantención y cuidado al interior del hogar.

La mediación, al promover relaciones igualitarias entre las partes, permite que este mecanismo ofrezca una oportunidad de equilibrar los poderes en el ámbito de las decisiones propias del hogar, la crianza y lo doméstico, ya que los participantes asumen en el análisis y resolución del conflicto un rol protagónico, que favorece la oportunidad de discutir los problemas bajo condiciones de igualdad, respeto y reconocimiento recíproco.

Las reglas del proceso y la conducción del mediador a través de técnicas y herramientas comunicacionales permite redefinir los roles en la familia y enseñar a la pareja formas de relacionarse en que prevalece el respeto mutuo.

Lo antes expresado lleva a concluir que la práctica de la mediación como mecanismo de autotutela jurisdiccional, contemplado expresamente en Chile solo en las normas que regulan el Derecho de Familia y su procedimiento, constituye una importante herramienta para que a partir de la obtención de acuerdos se redefinan y establezcan nuevas identidades de género, produciéndose un cambio cultural significativo para los participantes, pero especialmente para sus hijos.

Los principios rectores de la mediación en familia (Suárez, 2005: 50), enunciados en la Ley de Tribunales de Familia son: el principio de igualdad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad del mediador, el interés superior del niño y la consideración de opiniones de terceros, los que puede también ser aplicados a la mediación penal, la que ni legal ni doctrinariamente ha unificado criterios sobre sus principios.

Es así como, al referirse al principio de igualdad, la mediación exige que sus participantes se encuentren en una condición de igualdad y equilibrio de poderes para resolver sus diferencias.

Es precisamente este último principio el que se ve cuestionado cuando se trata de incorporar la perspectiva de género a la mediación, ya que si se efectúa una mirada a la realidad nacional, y particularmente en el seno de la familia chilena, es fácil constatar que las relaciones de las mujeres frente a los hombres han sido y son históricamente desiguales.

Es así que, el ámbito del Derecho Matrimonial y de Familia, muestra un conjunto de normas discriminatorias. En este sentido Marcela Lagarde Y De Los Ríos (2003: 168), sostiene que las diferencias biológicas sobre las cuales se construyen las desigualdades en el Derecho, se manifiestan en las responsabilidades, cargas y funciones al interior de la familia.

En la misma línea, tradicionalmente se ha entendido que los conflictos familiares pertenecen prioritariamente al género femenino, lo que se manifiesta no solo en que son las mujeres las principales usuarias del sistema, sino también, en que los operadores del sistema público y Tribunales de Familia, son en su mayoría mujeres, tanto a nivel de judicatura como de profesionales litigantes. Es por ello que desde el mundo del Derecho se ha sostenido que los conflictos familiares son “temas femeninos” y por ende privado, lo que explica que se consideren de segunda categoría en la cultura legal y judicial.

A ello hay que agregar, que en la práctica, el Derecho de Familia opera principalmente hacia y entre contendores que pertenecen a los estratos socioeconómicos más necesitados, quienes mantienen y reproducen las concepciones clásicas del género femenino y masculino. Estas desigualdades sociales, económicas y culturales que no pueden y no deben ser resueltas por el sistema procesal, no debieran incidir en el trato del tribunal y de la ley en la protección de los derechos (Caroca, 1997: 49).

En cambio la mediación, al promover relaciones igualitarias entre las partes, permite que este mecanismo ofrezca una oportunidad de equilibrar poderes, ya que mediante el dialogo se fortalece un proceso de empoderamiento de los participantes,

quienes asumen en el análisis y resolución del conflicto un rol protagónico, que favorece la oportunidad de discutir los problemas bajo condiciones de respeto y reconocimiento mutuo.

Mucho se ha debatido sobre la factibilidad de la aplicación de la mediación en los conflictos de género, no encontrándose los estudiosos de este mecanismo contestes en cuanto a su pertinencia. No obstante las encontradas opiniones sobre la materia, nuestro ordenamiento jurídico contempla el uso de la mediación en violencia Intrafamiliar, pero solo en situaciones relativas a la organización familiar reguladas por la Ley de Tribunales de Familia, y no propiamente en los temas relativos a la violencia.

De esta manera, es posible concluir que para que se contemple la mediación como una forma de solución de los conflictos en relación con la violencia intrafamiliar en materias propias de Tribunales de Familia, es necesario que no se trate de hechos que revistan carácter de delito.

En cambio en materia penal, se prohíbe en forma absoluta su procedencia, en los casos en que la violencia intrafamiliar es constitutiva de delito y de conocimiento de los Tribunales con competencia en lo penal.

En aquellos casos en que la violencia constituya delito no es procedente iniciar un proceso de mediación, ya que el artículo 19° de la Ley N° 20.066 ha prohibido en forma expresa la realización de acuerdos reparatorios en el tipo penal de maltrato habitual.

En cuanto al equilibrio de poderes entre las partes, que es uno de los principio que debe respetarse en la mediación, que quienes se oponen a la aplicación de este mecanismo sostiene no puede existir en este tipo de conflictos, entendiendo que implicaría intervenir en relaciones en las cuales existe un notable desequilibrio de poder, por lo cual podría ser peligroso promover que la víctima se arriesgue a perturbar al victimario, especialmente cuando la situación de abuso no ha cesado, agravando la situación de riesgo o vulnerabilidad en que encuentra.

Las autoras Ilundain y Tapia (2001), nos señalan la diferencia en el trato que debe darse a distintas situaciones generadoras y sustentadoras de violencia, especialmente,

tratándose de participantes cuya condición les permite asumir lo vivenciado como una situación de agresión inadmisibles en el seno familiar.

Ahora bien, una dinámica relacional podría ser reorientada en el proceso de mediación, en función de alcanzar formas de relación más horizontales y de regular las relaciones filiales y de reparación entre las partes, siempre que las relaciones de poder entre las partes puedan equilibrarse. “Como paso previo a cualquier posibilidad de intervención de un proceso de mediación, será una función primordial del mediador poder detectar si se está frente a aquellas relaciones de poder desiguales, que no podrán cambiar debido al daño que la dinámica agresiva ha generado en los participantes, razón por la cual se hace indispensable realizar un proceso terapéutico, o si, por el contrario, se trata de aquellas otras que podrán reorientarse en el transcurso del proceso de mediación” (Ibidem).

En este sentido, respecto de la capacidad auto-compositiva de los participantes en una mediación, se debe entender entonces que las partes deben ser capaces de asumir el conflicto, reflexionando sobre sus posibles acciones personales para resolverlo, haciéndose cargo de su participación en él, lo que es condición necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar una solución.

Hay distintos marcos conceptuales para abordar la mediación en este ámbito. Uno de ellos sostiene que el mediador debe buscar arreglos justos y, por lo tanto ayudar a otorgar poder y autoridad a la persona más débil, de modo que alcance un acuerdo equitativo y justo. Otro enfoque, en cambio, sostiene que los mediadores no deben hacer nada que implique influir sobre las relaciones de poder de los participantes en disputa porque esa conducta menoscaba la imparcialidad del mediador.

Sin embargo cualquier enfoque que se acepte, debe cuidar el equilibrio de poderes para trabajar los conflictos de violencia intrafamiliar y de género en la mediación.

Así mismo, respecto a la voluntariedad de la participación en los procesos colaborativos, especialmente los penales, se ha sostenido que no está garantizada, dado que puede la víctima estar coaccionada por el agresor a participar.

También respecto del ofensor, se puede entender que su voluntad de participar en un proceso colaborativo es dudosa y se encuentra comprometida, dado que puede optar por un acuerdo motivado por razón consistente en evitar una sanción o que se le imponga una más baja.

Adicionalmente respecto al agresor se ha dicho que no se respetan sus derechos de garantizarle un debido proceso, cuando al no existir acuerdo se debe retornar al proceso penal, habiéndose abierto el dialogo sobre los hechos ocurridos, sin perjuicio de operar en la mediación penal el principio de confidencialidad y el secreto profesional.

Otra crítica que se hace a la aplicación de un sistema restaurativo a los conflictos de violencia intrafamiliar y de género, es que sin perjuicio de que todos los principios de la mediación familiar, pueden ser aplicados a la mediación penal, un aspecto particular de la Justicia Restaurativa, es la petición de disculpas y el perdón, lo que se sostiene que son poco confiables en un proceso de violencia intrafamiliar y de género (Villacampa, 2012: 99-111), ya que los ciclos de violencia en este ámbito, tienen como estrategia permanente e histórica, el acudir a tales acciones para perpetuar este ciclo de violencia.

A su vez, como uno de los postulados básicos de la mediación plantea a las partes dialogar poniendo acento en el futuro, eventualmente podría minimizarse o relativizarse los hechos violentos vividos hacia atrás, argumentándose que se trata de una situación pasada y permaneciendo de esta manera su afeción sobre sus participantes.

Siendo así, se permitiría que quien ejerce o ejerció violencia no asuma adecuadamente su responsabilidad, no abordándose la necesidad de modificar drásticamente este comportamiento, particularmente si se considera que la mediación no trabaja en función del concepto de culpa, lo que puede impedir el reconocimiento de la violencia, causando un profundo efecto psicológico negativo en la víctima.

En esta misma línea crítica, el elemento de participación de la comunidad propios de estos procesos restauradores, son poco sostenibles en los casos de violencia intrafamiliar y de género, dado que la comunidad tradicionalmente ha sostenido frente a ellos una actitud trivializadora, invisibilizando su acción y consecuencias, razón por la que la intervención comunitaria no aseguraría garantías de asumir seriamente el conflicto.

Sin embargo desde un enfoque de la Justicia Restaurativa, la mediación no se centra en determinar culpables, ni imponer sanciones, sino que insta a los participantes a responsabilizarse de sus actos y asumir compromisos a través de acuerdos de reparación, no negando lugar al espacio público de este conflicto, en que el Estado debe intervenir mediante medidas de seguridad para las partes y la aprobación judicial del acuerdo logrado.

Además en gran parte de los casos, las posibilidades que el sistema de administración de justicia ofrece a este tipo de conflictos, no otorga una salida lo suficientemente reparadora en atención a las necesidades de las partes. Esto debido a que el método del litigio judicial, incorpora un sistema de ataque y defensa, e incluso de prueba sobre aspectos muy íntimos de la familia, lo que trae como consecuencia una profundización del conflicto.

En este sentido, el proceso de denuncia y tramitación judicial generalmente provocan una escalada en la violencia y prolonga el conflicto, generando angustia e insatisfacción en la parte afectada, quien se siente desamparada y no reconocida en sus derechos y dignidad por el sistema de administración de justicia, destruyéndose además de forma permanente la relación familiar. En tanto, a través de la mediación se pretende inscribir el conflicto en un marco de cooperación, con miras no a la disolución de la familia sino a su reorganización, entregándole a las partes la posibilidad de regular sus relaciones futuras. (Canales, 2003: 6)

RIFKIN, que ha trabajado en el tema junto a Sara COBB, sostiene que trabajando desde la mediación, con un procedimiento especial, se puede ayudar a las víctimas a comunicarse de modo más seguro con el ofensor y lograr poner fin a la violencia. Logrando a veces que se explore la opción de que los victimarios acepten un tratamiento (Gianella y Curi, 2002: 305).

Por otra parte, aquellos que aceptan la mediación para algunos casos en que exista violencia están contestes en que no es posible hablar de reglas generales, ya que los casos de violencia difieren entre sí, existiendo en algunos casos riesgos en la intervención.

Los programas que incluyen mediación en Violencia intrafamiliar y de género el ámbito familiar, habitualmente incorporan un diagnóstico previo de la situación, para evaluar si el caso es apto para ser trabajado en mediación, con una solución que involucra redes de intervenciones integrales e inter-disciplinarias. A los que se ha llamado la Ruta crítica de las mujeres víctimas de violencia¹³.

La incorporación del trabajo interinstitucional, con el ámbito jurídico, de salud, y otros servicios sociales y de reparación, constituyen un tejido vital para el buen funcionamiento de las distintas intervenciones que se requieren. La ausencia de una de estas aristas, normalmente afecta el buen funcionamiento de las otras, debilitando el producto final esperado, que no es otro que el fortalecimiento de la independencia y autonomía respecto del agresor. (Calkin y Chavez, 2006).

Adicionalmente, el procedimiento que se ha utilizado por la mediación en estos casos, se ha denominado *shuttled mediation*, donde se trabaja en sesiones privadas con cada parte; con un tipo de mediación llamada puente, donde solo si es posible con posterioridad, se realiza una sesión conjunta, evitando exponer a intimidación o violencia a la parte más débil.

Ello hace pensar que la mediación es aconsejable sólo en los casos en que la violencia ya cesó y en los casos en que ésta no ha cesado, podría ser adecuado derivar a las partes a mediación sólo una vez que el juez haya tomado las medidas cautelares para hacer cesar la violencia y siempre que el diagnóstico previo que se haga a la víctima, establezca la posibilidad de ésta de auto-determinarse y disponga de una red de apoyo integral que pueda actuar frente a un riesgo. Entendiendo que este mecanismo colaborativo puede aportar junto a otras intervenciones, para que las partes lleven adelante una redefinición de las reglas de relación, que sean sustentables (Folberg y Taylor, 1996: 185).

¹³ Concepto acuñado por la OPS en el año 1998, para designar el circuito de instituciones y servicios a los que recurre la mujer cuando decide denunciar la situación de violencia intrafamiliar.

Carolina Gianella y Sara Curi en su artículo denominado Mediación y violencia familiar en el contexto judicial, recogen el modelo que proponen Reynaldo Perrone y Martine Nannini, que puede ser aplicado en materia penal, quienes clasifican la violencia familiar mediante un enfoque dirigido a sus aspectos comunicacionales, concibiéndolo como una secuencia de transacciones en la que todos los participantes son actores responsables, diferenciando dos patrones de violencia de acuerdo a la distribución o concentración del uso del poder existente en la relación (Gianella y Curi, 2002: 305).

Siendo en el modelo mencionado la denominada “violencia agresión”, la forma de relación que se construye sobre una pauta simétrica entre las partes y otro tipo denominado “violencia castigo”, la cual se construye sobre una pauta complementaria, es decir una relación en la que ambos actores han acordado una diferencia entre ellos y una relación de mutua adaptación y aceptación de que uno está subordinado al otro (Perrone y Nanini).

Cuando estas acciones episódicas de violencia, están ligadas a la crisis de la separación, constituyen un contexto tratable y diferente a aquellas parejas que continúan viviendo juntas, en las que la violencia es una pauta histórica y estable en su relación, en que a diferencia de la pauta anterior no se da el reconocimiento y reflexión de ambas partes de los episodios violentos, ni la preocupación sobre el daño que puedan haber causado en la pareja y en sus hijos y que en general se entregan argumentos que pretenden justificarla.

Las autoras Gianella y Curi plantean la hipótesis de que la participación en la mediación y la búsqueda de acuerdos, puedan constituir parte de las acciones que la pareja está llevando a cabo como movimiento reparatorio del último encuentro violento y la posibilidad del diálogo y del reconocimiento mutuo de las necesidades, pero éstas pueden servir a la vez como mecanismo de olvido, de minimización o falta de responsabilización de la violencia, o bien pueden causar que el mediador haga las veces de puente, por donde pasa la violencia momentáneamente sin tocar a las partes. Si bien su intervención puede lograr que la violencia se detenga momentáneamente, no posibilita a las partes avanzar por sí mismas hacia la construcción de nuevas reglas no violentas en sus

relaciones, impidiendo el aprendizaje de los comportamientos de contención y descartando el uso de sus propios recursos para detener la violencia (Gianella y Curi, 2002: 310).

La utilización de la mediación en estos casos, implica la necesidad de cambios previos que modifiquen las relaciones y que logren una autoimagen y una imagen del otro que admitan la negociación. Razón por la que la mediación puede ser útil, siempre que sea complementada con otras intervenciones, como la judicial y la de salud.

Además, en estos casos, cuando reiteradamente uno de los miembros es quien ejerce el poder y el otro quien lo sufre, es necesario indagar si los que la sufren tienen conciencia de ella y pueden comenzar a poner límites a las situaciones de abuso, (cesar en la convivencia, solicitar un servicio profesional, policial o judicial) o si está en proceso de modificar la interacción. (Greco y Vecchi, 2003: 19).

Para la admisión del caso a mediación se consideran ciertas pautas, tales como la realización de un perfil de violencia siguiendo un protocolo elaborado especialmente; asegurar la ausencia de riesgo para la salud o vida de la víctima; organizar la espera en lugares separados; solicitar acompañamiento de profesionales abogados especializados; utilización preferente de sesiones privadas para la mediación y la capacitación especializada en los mediadores, así lo enseña el manual de entrenamiento en mediación Familiar de la Fundación Libray.

Para casos de violencia, se recomienda desarrollar el proceso en co-mediación, por una dupla profesional de mediadores, con el objeto de potenciar su adecuado manejo. En estos casos, los mediadores deben permanecer atentos a la dinámica de violencia que podría generarse a partir de las intervenciones de las partes. Por lo que deben advertir a éstas, evitar la violencia como una regla de conducta básica en las sesiones de mediación.

A su vez, se recomienda llevar a cabo sesiones privadas con cada parte, para indagar sobre la manifestación de la violencia y su eventual continuidad.

El mediador no puede permanecer impasible cuando una de las partes, abusando de la situación de inferioridad de la otra, del error o ignorancia pretenda lograr un acuerdo desequilibrado. De admitirlo no sería neutral, permitiendo con su silencio que se

efectúe un acuerdo sobre bases falsas, que lo tornarían frágil e impedirían una solución estable al problema.

El punto anterior merece especial relevancia ya que vincula dos principios claves para la mediación, como son la imparcialidad del mediador y el equilibrio de poderes entre las partes. Si bien, la teoría nos señala que la imparcialidad el mediador debe entenderse como la postura profesional de no emitir juicios que puedan favorecer o inclinar el desarrollo del proceso a favor de una u otra de las partes, también se trata de que en el desarrollo de la mediación exista un clima de equilibrio de poderes entre las partes, siendo labor del mediador el realizar intervenciones dirigidas al mantenimiento, restablecimiento o generación de condiciones para este necesario equilibrio de poder entre las personas involucradas.

La mediación, constituye un instrumento facilitador para el tratamiento de la violencia intrafamiliar, en donde reconociendo las limitaciones con las que se trabaja, permite crear condiciones que favorezcan la instalación de un proceso de democratización de las relaciones.

Es así como, el escenario de la mediación en este tipo de conflictos, es un recurso de esperanza para esas parejas o familias, especialmente cuando las personas no pueden hablar, operando como un modo de desafío al silencio, ya que al mostrar el operador interés y aceptación por lo que tiene para decir las partes, convoca a hablar a aquel/lla que está silenciado.

Entendiendo que en el sistema penal, al no poderse probar el delito o su intensidad, al verse obligada la víctima a ocultar los hechos o a desvalorar la ofensa y los daños sufridos, ante la posibilidad de hacer pública una situación que la avergüenza o frente a la imposición de un castigo a un miembro de la familia con el que existen profundos lazos de afecto.

Como consecuencia de estos procesos judiciales, la víctima sufre una revictimización, se ve afectada en su dignidad y en su posterior credibilidad frente al sistema público y social, dejándola más vulnerable frente a ataques futuros.

Ahora, si en lugar de un proceso penal con la amenaza inminente de una pena privativa de libertad para el autor, se trabaja en estos casos con un proceso colaborativo, como el de mediación penal, con el aporte de un equipo interdisciplinario, permitiría a las víctimas y a los ofensores reconocerse como tal, siendo duros con el daño y el delito y blandos con las personas. Otorgando una reparación a la víctima que efectivamente le sea significativa y al imputado encontrar formas de reparar acorde a sus posibilidades, ojalá con la ayuda de la comunidad.

CONCLUSIONES

De los antecedentes anteriormente expuestos, podemos concluir, que si bien a nivel nacional la intervención litigiosa aparece en nuestra legislación como el único mecanismo de solución de este complejo conflicto de violencia intrafamiliar y de género, dada la imposibilidad jurídica que existe hoy de otorgar solución colaborativa a estos conflictos, tanto en materia de familia como penal, el proceso judicial es insuficiente para otorgar una respuesta adecuada a las necesidades de las personas.

Existe consenso en los países donde se aplican estos modelos restaurativos, sobre sus ventajas y buenos resultados, entre las que se pueden identificar: el equilibrio de la compensación restaurativa y retributiva que merece el delito, en donde el infractor asume su responsabilidad y se enfrenta a lo dañino de su acción, siendo acogida la víctima en su afectación personal, desarrollando las partes y comunidad habilidades para resolver conflictos de manera no violenta y disminuyendo la probabilidad de reincidencia.

Por otra parte, los costos son menores que un proceso litigioso, ya que evita gastos materiales, morales y psicológicos al suscitar menos rencor y hostilidad en las partes, porque se mantiene el control emocional al equilibrar el poder en los involucrados.

Las experiencias sobre esta materia permiten entender que el infractor comprende que más allá de haber violado la ley, ha realizado una acción negativa desde el punto de vista humano frente a un otro al cual logra ver como un legítimo otro, porque quien ha sido ofendido no es un ente abstracto como la ley, sino una persona. La

dimensión de la relación humana, primero ausente en la percepción del culpable, se pone en total evidencia a través de un proceso restaurativo.

Razón por la que no es errado sostener que, si entendemos los delitos de violencia intrafamiliar y de género cometidos en el ámbito familiar, como verdaderos conflictos, que son propiedad de las partes y que puede tener solución a través del consenso, podemos dar una respuesta más integral y profunda al quiebre producido por éstos, conforme a las necesidades de las partes. Sin perjuicio de la función cautelar que debe preservar en esta materia el Estado.

Finalmente,, uno de los beneficios que otorga la mediación en este ámbito, es un cambio cultural, al incorporar modelos de género y respeto entre los miembros de la familia. Requiriendo un cambio en los cánones de convivencia en las relaciones de sus integrantes. La pareja o familia que vive violencia y se incorpora con éxito a un proceso de mediación, donde se respeten los principios y características que hemos descrito como requisitos indispensables para este mecanismo, logran acuerdos en temas de reorganización familiar, transitando del caos y la violencia a un espacio más armónico, en que se toman decisiones que puede poner freno en forma transitoria a la violencia, mientras se encuentran formas más definitivas de abordarla y en otros casos permite instalar en sus miembros una nueva forma de funcionar frente a conflictos futuros.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUILAR, Pager. (2007): “Estudio exploratorio sobre tendencias del Marco legal contra la violencia intrafamiliar en América Latina, Contribuciones a las Ciencias Sociales” Disponible en <www.eumed.net/rev/cccss/07/daa6.htm>
- BARATTA, Alessandro (2004), *Principios de Derecho Penal Mínimo*, en: *Criminología y Sistema Penal* (compilación in memoriam), traducido y editado al español por Julio César FAIRA, Editorial B de F, Buenos Aires.
- BATES, Luis (2006): “Discurso de inauguración en Congreso Iberoamericano de Buenas Prácticas en Acceso a la Justicia” .Santiago de Chile,
- BERGALLI, Roberto (2003): *Sistema penal y problema social*, (Valencia, Editorial Tirant lo

Blanch)

- BINDER, Alberto (2011): Análisis Político Criminal, editorial Astrea, Buenos Aires.
- BRENES QUESADA, Carlos (2009), *Justicia Restaurativa “una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense”*. Tesis Lic. Univ. Fidelitas, Fac. Derecho, año 2009.
- BUNGER REBOLLEDO, César (2006), *La Ley de Violencia Intrafamiliar y su Reforma*, disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/107678> (última consulta 26.09.2014).
- CALKIN, CLAUDIA Y CHÁVEZ, ANNY. (2006) Perfil psicossocial de la población usuaria del Programa de Atención y prevención de Violencia Intrafamiliar durante el año 2006 en lo Espejo”. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci-arttext&pid=SO718-48082007000100007&Ing=es&nrm=iso>
- CANALES, Patricia (2003): “La mediación familiar, conceptos generales y legislación extranjera”. *Serie Estudios, Año XIII, Nº 278. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios y Publicaciones. Santiago.*
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2005), *Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Sancionador de la Unión Europea*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso.
- CAROCCA PÉREZ, ALEX (2005). “Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal Mediación Penal”. Tercera edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.
- CASTILLO, Ana (2010): *Mediación Familiar y Género*. Monografía de Magíster en Derecho, Cultura Constitucional y Derechos Codificados, Santiago, Ediciones U. Central de Chile.
- CHRISTIE, Nils (1997), *Los conflictos como pertenencia*, traducción de BOVINO, Alberto y GUARIGLIA, Fabricio, publicado originalmente con el título *Conflicts as property*, The British Journal of Criminology, vol 17 nº 1.
- EIRAS NORDENSTAHL (2004), Ulf Christian, *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría*, 1ª edición, Editorial Histórica, Buenos Aires, Argentina.

- EISER, Albin (1999), *Nuevos horizontes en la Ciencia Penal. Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano*, Editorial Belgrano, Buenos Aires, Argentina.
- GALAWAY, Burt (1985): "Victim participation in the penal corrective process", en *Revista Victimology, An International Journal*, Vol. 10, Estados Unidos.
- GIANELLA, Carolina y CURI, Sara (2002): "Mediación y violencia familiar en el contexto judicial" en *Revista La Ley. Gran Cuyo*, Año 7, Nº 3, Argentina.
- GRECO, Bernardo; EMA, Silvana y VECCHI, Silvia (2003): "La mediación como recurso de intervenciones democratizadoras en las relaciones de poder: Mediación y Violencia Familiar" en *Revista de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 24, Editorial Lexis Nexos, Argentina.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002), *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ILUNDAIN, MIRTA Y TAPIA, GRACIELA. (2001). Mediación y violencia intrafamiliar. Disponible en: http://www.colegiodemediadores.cl/documentos/doc_009_080613040653.PDF
- LAGARDE y DE LOS RÍOS, Marcela (2003): *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género.
- MAIER, Julio (1989), *Derecho Procesal Penal argentino*, editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E (2007), "La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa", en *Revista Derechos y Valores*, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.
- MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra (2009): "Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades". En revista *Ius et Praxis*, vol.15, n.2, pp. 165-195.
- OLAVARRIA, JOSÉ. (2001). "Hombres, identidades y violencia de género". *Revista de La Academia*, Nº 6, p. 118, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago.

- PÁEZ CUBA, Lisett, *La Violencia De Género: Una Sistematización Técnico-Jurídica*, disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2011a/925/Una%20mirada%20al%20Derecho%20Comparado.htm> (última visita: 26.09.2014).
- PEÑA, Carlos (1996): “Los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”. En *Revista de Estudios Sociales de la Corporación de Promoción Universitaria (CPU)*, N° 88, Año 1996.
- PERRONE, Reinaldo y NANNINI, Martine (1997): *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*. (Buenos Aires, Editorial Paidós).
- RIOSECO, LUZ. (1999). *Género y Derecho: Mediación en casos de violencia doméstica*, Lom Ediciones, Santiago de Chile.
- SUAREZ, Marínés (2005): *Mediación y Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas*. (Buenos Aires, Editorial Paidós, 5ta edición)
- TAMARIT SUMALLA, Joseph (2012), *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y aplicaciones*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, dirigidos por ROMEO CASABONA, Carlos María, editorial Comares, Granada.
- VARGAS, Macarena (2008): “Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación” en *Revista de Derecho* V. XXI, N° 2 Valdivia.
- VELOSO, Paulina (1999): “Igualdad y relaciones familiares” en *Revista Jurídica de la Universidad Palermo*, Editorial SÉLA, Buenos Aires.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2012), *La Justicia Restaurativa en los supuestos de la violencia doméstica y de género*, en *La Justicia Restaurativa desarrollo y aplicaciones*, editorial Comares, Granada.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2003): *Manual de Derecho Penal, Parte General. Criminología, Aproximación desde un margen*, Editorial Temis S. A., Bogotá.