

Derechos fundamentales y mediación en violencia de género

Por M.^a DOLORES PÉREZ JARABA
Universidad de Jaén

RESUMEN

La mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos, definidos como métodos extrajudiciales, están siendo considerados por el Derecho privado o dispositivo como nuevas herramientas para una mejor resolución de los conflictos jurídicos. Sin embargo, en el ámbito del Derecho público, especialmente el Derecho penal, la mediación no está encontrando igual acogida. Para el caso de la violencia de género, la legislación española excluye la mediación. Lo que el presente trabajo plantea es la posibilidad de implementar la mediación solo en aquellos delitos menos graves de violencia de género, en el marco de las garantías que la mediación establece y, sobre todo, en el respeto de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: *Derechos fundamentales, mediación, violencia de género.*

ABSTRACT

Mediation and other alternative methods of conflict resolution, defined as extrajudicial methods, are being considered by private law as new tools for better resolution of legal conflicts. However, in the field of public law, especially criminal law, mediation is not finding the same reception. In the case of gender violence, Spanish legislation excludes mediation. What the present work raises is the possibility of implementing mediation only in those less serious crimes of gender violence, within the framework of the guarantees

established by the mediation and, above all, in the respect of civil rights and due process of law.

Keywords: *Civil rights, mediation, gender violence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO, MEDIACIÓN Y CONFLICTO.—2. ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA MEDIACIÓN.—3. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIACIÓN: EL DEBATE DOCTRINAL.—4. RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

1. INTRODUCCIÓN: DERECHO, MEDIACIÓN Y CONFLICTO

Con el avance de las sociedades y el desarrollo de las expectativas de los individuos que las integran, se genera una mayor cantidad de controversias de naturaleza individual, plural o colectiva, lo que conlleva un inevitable incremento de la conflictividad, tanto en la cantidad de los conflictos como en su tipología, y exige —y cuestiona en ciertos casos— que los cauces jurídicos existentes para evitarlos y, en su caso, resolverlos, también vayan adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, que también aparezcan nuevas vías que aporten más posibilidades a los ciudadanos¹.

Dentro de estas necesidades de las sociedades democráticas, en el deseo de buscar fuera del Derecho y de los órganos jurisdiccionales, o en el seno de éstos de forma complementaria, una solución efectiva, rápida y discreta de los conflictos, se ubica el llamado movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*)², articulado inicialmente a través de: «*Mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*»³. No es raro, por tanto, que desde finales del siglo xx hasta nuestros días, estos métodos alternativos se estén incorporando paulatinamente a la solución de conflictos de toda índole, aunque los ámbitos en los que los ADR, y la mediación especialmente, se están desenvolviendo, son

¹ Vid. BARONA VILAR, S., «Las ADR en la justicia del siglo xxi, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 18., núm. 1, 2011, pp. 185-211.

² Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009, p. 45. Con este movimiento se pretendía buscar cauces alternativos al poder judicial, lo que constituye una línea filosófica-jurídica del pensamiento que germina en los años 30 en la Universidad de Harvard, los *Critical legal studies*.

³ CAPPELLETTI, M., «Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement», *Modern Law Review*, 1993, p. 282.

aquellos que jurídicamente denominamos de Derecho dispositivo o de Derecho privado. Para el ámbito del Derecho público, como es el caso del Derecho penal, los ADR y la mediación como método específico, encuentran los límites propios de la soberanía estatal, el proceso judicial y las garantías de los derechos fundamentales, lo que no quiere decir que no puedan existir experiencias de mediación en el marco del Derecho penal, siempre dentro de los márgenes procesales que se establezcan, pudiendo plantearse la posibilidad de realizar una mediación en los casos menos graves de violencia de género, supuesto que la legislación española actual impide para todos los casos, como veremos.

Lo que se pretende plantear en este trabajo, por tanto, es la posibilidad de que la mediación como método complementario a la jurisdicción, pueda incluirse en los casos menos graves de violencia de género. Para entender esta propuesta, por un lado, hemos de acercarnos al examen de lo que se entiende por violencia de género y, por otro, concretar los límites de la mediación en relación a este tipo de violencia.

2. ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA MEDIACION

Hasta bien avanzado el Siglo xx, no se encuentran referencias precisas a la *violencia de género*, como forma específica y diferenciada de violencia, en textos jurídicos internacionales a excepción de la Convención de Naciones Unidas de 1979, en la que se hacía referencia a ella como una forma de discriminación contra la mujer. Es a partir de los años noventa del pasado siglo cuando esta expresión se empieza a utilizar en iniciativas importantes como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos de Viena de 1993; la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994; o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing, de 1995.

Hemos esperado mucho tiempo para reconocer, conceptual e institucionalmente, que este tipo de violencia puede ser una manifestación más de la resistencia que existe a entender que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica, ni doméstica, sino una cuestión de género; una resistencia a entender que no nos encontramos ante una forma de violencia individual ejercida solo en el ámbito familiar o de la pareja, por la superioridad física del hombre sobre la mujer, sino que esta violencia se origina por una situación de discriminación histórica que tiene su origen en una estructura jurídica y social de naturaleza patriarcal⁴.

⁴ Vid. BACHOFEN, J. J., *El matriarcado*, trad. de M.^a Mar Linares García, Akal, Madrid, 2008, pp. 47 y ss. Es conocido que Bachofen considera que el inicio de la

La identidad de género se concibe a través de un proceso de construcción social, mediante el cual se adjudican simbólicamente expectativas y valores que cada cultura atribuye de forma específica a hombres y mujeres de forma diferenciada. El aprendizaje cultural se manifiesta en los roles e identidades que se asignan bajo la etiqueta del género. Este elemento constitutivo de las relaciones sociales, basadas en las diferencias que distinguen a los sexos, es una forma primaria de las relaciones significantes de poder, pues con mucha frecuencia aplicamos diferentes parámetros a la masculinidad o a la feminidad⁵. En virtud de esta asignación se produce una jerarquía y estratificación del poder que se diferencia, bien por el prestigio social, por la riqueza, pero especialmente por el sexo⁶. Consecuencia de lo anterior, *la violencia de género*, consistiría en la adjudicación simbólica que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁷.

Al respecto, se han establecido distintos modelos de diferenciación sexo/género. Por referirnos a ellos sucintamente. Un primer modelo plantea el problema desde la prioridad del hecho biológico⁸; la cuestión biológica sería la que determinaría los roles sociales, siendo la causa de que, a cada sexo, le correspondiera un rol intransferible, lo que conllevaría consecuentemente, partiendo desde la mayor fuerza física del hombre, una subordinación de la mujer respecto del varón y, por tanto, su condición de inferioridad⁹.

Otro modelo es el que propugna la separación entre el sexo y el género, manteniendo una clara posición presidida por el principio de igualdad. Desde este modelo, que defiende cierta independencia de la

civilización y del Derecho tuvo una base matriarcal. El cambio de la concepción materna de la sociabilidad hacia la paterna, conforma el más importante punto de inflexión en la historia de la relación entre los sexos. A la mujer se le asocia con el primer progreso de la civilización, hacia una existencia regulada, la primera educación religiosa y al disfrute de todo bien superior. El paso a la sociedad patriarcal, por el contrario, supuso un cambio completo del punto de vista primitivo, dando comienzo a unas relaciones sociales basadas en la autoridad, la conquista y el derecho abstracto.

⁵ Vid. HORKEIMER, M., «Familia y autoritarismo», trad. de Jordi Solé-Tura, en AAVV, *La Familia*, Península, Barcelona, 1972, p. 67.

⁶ Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, R., «La pervivencia del androcentrismo: Apuntes histórico-jurídicos sobre la lucha equiparadora de derechos», en Gómez Campelo, E., y Valvueda González, F. (Coords.), *Igualdad de género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp. 23-37.

⁷ Vid. LÓPEZ GARCÍA, J. A., y PÉREZ JARABA, M.^a D., «Igualdad, complejidad y diferencia», en Garrido Gómez, M.^a I. y Ruiz Ruiz, R., (Eds.), *Democracia, gobernanza y participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 221-243.

⁸ Vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Mujeres, hombres: Igualdad, diferencia. Reivindicaciones y emancipación», en Pérez de la Fuente, O. (Ed.), *Mujeres: Luchando por la igualdad. Reivindicando la diferencia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 10-13.

⁹ Vid. BODELÓN, E., «La transformación feminista de los derechos», en Bengoechea Gil, M.^a A. (Ed.), *La Lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 83.

mujer respecto al hombre, se establece una igualdad formal y real en todos los ámbitos, incluido el acceso al mundo público y al trabajo. Se trataría de una igualación en las funciones sociales, lejos de la pretendida diferencia biológica o de cualquier otro tipo entre hombres y mujeres.

Un último modelo, es el que defiende la interdependencia de los sexos, de manera que se reconozca una «igualdad en la diferencia»¹⁰. Aquí, ambos sexos deben estar presentes, tanto en el ámbito privado como en el público. Hay una relación sexo/género, pero no una identidad sino una colaboración desde las diferencias que incorporan ambos sexos.

En general, todos estos modelos coinciden en lamentar que una cuestión tan natural como el sexo, una cuestión biológica, se haya convertido en el ámbito social en un problema de dominación de «uno sobre otra»; en un problema de violencia¹¹. Desde una perspectiva andrógina, se ha contemplado esta relación social arguyendo motivos de distinta estructura física y psicológica¹². Sin embargo, hoy en día, aunque las cosas no se entienden de forma tan tajante, queda un largo camino por recorrer con el fin de equiparar definitivamente los derechos entre hombre y mujer¹³, así como su forma de llevarlos a la práctica¹⁴. Así, el centro de la definición del género se asienta en la conexión integral de dos proposiciones: el género como elemento

¹⁰ RICOY CASAS, R. M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Consejo Social de la Universidad de Vigo-Dykinson, Madrid, 2010, p. 39: «En definitiva, queremos ser diferentes, no solo con respecto a los hombres, sino entre nosotras, pero no desiguales, especialmente referido con respecto a los hombres; lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, y lo contrario de diferencia es la identidad».

¹¹ Vid. ELOSEGUI, M., y MARCUELLO, A. C., *Diez temas de género*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002, p. 45.

¹² Vid. FRIEDMAN, B., *La mística de la feminidad*, trad. de Magali Martínez Solimán, Cátedra, Madrid, 2009, p. 39.

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, cit., p. 27: «Es aquí cuando el Derecho social ha de actuar en su máximo sentido y expresión debiendo de cumplir su función, pues a través de los derechos sociales de toda persona, se ha de contribuir a que ésta, bien sea hombre, bien sea mujer, se incluya o se integre en la sociedad de la que forma parte... La ciudadanía social no debe ser una simple aspiración, sino una realidad sobre la que construir una sociedad de iguales y entre iguales».

¹⁴ DE ASÍS ROIG, R., «La ley de igualdad en el discurso de los derechos humanos», en Gómez Campelo, E., y Valbuena González, F., (Coords.), *Igualdad de género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, p. 56: «El diseño de una educación basada precisamente en los derechos humanos, implica concienciar de la importancia de la dignidad humana y de igual valor de los seres humanos, independientemente de su sexo, tanto en la escuela, como en la familia, como en el ámbito de los medios de comunicación... Esta educación en derecho humanos, permitirá acabar con esa diferenciación de poder y con todo tipo de sexismo».

constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que se perciben entre los sexos, y; el género como una manera primaria de significar las relaciones de poder, manifestadas en su extremo como una relación de violencia¹⁵.

Si ahora atendemos al concepto jurídico de «violencia de género», en el plano internacional, en 1993 se la definió como: «La manifestación de relaciones de poder, históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el desarrollo pleno de la mujer»¹⁶. La Organización de las Naciones Unidas, en 1994, la consideró como: «Todo acto de violencia que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada»¹⁷. También se la define como: «El desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político»¹⁸. En el Derecho español, se la considera: «Una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»¹⁹.

Las distintas definiciones jurídicas centran en la desigualdad histórica, estructural y social las causas de la relación entre el hombre y la mujer en un plano de dominación. Por tanto, la clave es la identificación de la organización patriarcal de la sociedad como causa principal del surgimiento de la violencia de género, lo que explica cómo se naturaliza la violencia hacia las mujeres desde la propia comunidad, que es quien puede llegar a legitimarla a través de los estereotipos de género.

En la etapa actual de nueva ciudadanía y justicia entre hombres y mujeres, queremos dar cabida a un instrumento, *la mediación*, no sin apuntar por adelantado que la mediación penal es una cuestión muy controvertida. En los últimos tiempos, estamos viendo la eficacia de la mediación como procedimiento de resolución de cualquier tipo de conflicto y, como tal, se está erigiendo en un versátil instrumento que sirve para abordar los diferentes desencuentros en los órdenes más

¹⁵ Vid. NASH, M., y MARRE, D., *Multiculturalismos y género: Un estudio interdisciplinar*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pp. 45 y ss.

¹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 20 de diciembre de 1993.

¹⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, OEA, de 9 de junio de 1994), donde se define la violencia de género como: «La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».

¹⁸ Resolución del Parlamento Europeo sobre Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres, de 16 de septiembre de 1997.

¹⁹ Art. 1 de la L. O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

variados de las relaciones interpersonales. La vida familiar y la vida en pareja, con sus múltiples implicaciones afectivas, emocionales, personales, económicas o patrimoniales, son un semillero de conflictos que sus miembros deben resolver día a día, en la convivencia, mediante sus propios recursos o habilidades personales. Pero cuando la intensidad o la gravedad de esas diferencias llevan a plantearse la ruptura, la mediación se está mostrando como una herramienta bastante eficaz para la adopción de decisiones consensuadas entre las partes en conflicto²⁰.

Para acercarnos a la mediación, podemos dar una definición propia, sin ánimo de exhaustividad, como la siguiente: *La mediación puede considerarse como un procedimiento complementario al proceso judicial (otros autores lo consideran alternativo)*²¹, en el cual, las partes envueltas en un determinado conflicto de naturaleza disponible son las que han de encontrar por sí mismas una solución al problema con la ayuda de un tercero neutral e imparcial (mediador/a), experto en una serie de habilidades comunicacionales tendentes a equilibrar el poder entre las partes, siempre en el respeto de los derechos fundamentales y en el marco de una sociedad democrática, dado que la persona mediadora no tiene competencia para resolver o decidir el conflicto puesto que quien lo deciden son las partes²².

Definida así la mediación, nuestra L. O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral a las Víctimas de Violencia de Género (en adelante: LOIVG), en su art. 44.5, excluye la mediación cuando se haya producido cualquier incidente de violencia de género, pues el legislador

²⁰ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», en LÓPEZ SAN LUIS, R. (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p. 133 y ss.

²¹ Respecto de estas perspectivas que consideran la mediación como una «alternativa» al proceso judicial, *vid.*, GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario de Mediación y Solución de conflictos*, núm. 3, 2015, pp. 22-36; BUSH, R. A. B., y FOLGER, J. P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, trad. de Aníbal Leal, Granica, Buenos Aires, 2008, pp. 39-64; MELCHIN, K. R., y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, University of Toronto Press, Toronto, 2009, pp. 43-48.

²² Respecto de las definiciones jurídicas de mediación, relativas todas ellas al ámbito del derecho privado, pueden destacarse las siguientes: «Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio, intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro» (art. 3 Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y Consejo, sobre Determinados Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *DOUL*, núm. 136/3, de 24 de mayo 2008); «Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1 Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *BOE.*, núm. 162, de 7 de julio 2012).

consideró que la mujer que sufre violencia de género se encuentra en una situación de desequilibrio de poder frente al hombre, al que ha estado o sigue ligada por lazos de afectividad, viéndose imposibilitada para alcanzar por mediación un acuerdo justo y beneficioso a sus intereses. Esta es una posición que, sin ningún tipo de matiz, impide legalmente en España acudir a un proceso de mediación siempre que haya existido cualquier incidente de violencia de género, sea física, psicológica o de cualquier otra naturaleza asimilable.

Ante esta limitación de la mediación en el ámbito de la violencia de género, algunos profesionales de la mediación han expresado su preocupación por esta exclusión. Entienden que, por el simple hecho de ser mujer y sin necesidad de haber sufrido ningún tipo de violencia de género, es decir, por la discriminación real que sufren las mujeres en todos los ámbitos sociales, estas ya se encuentran siempre en situación de desventaja en cualquier proceso de mediación jurídica o social²³. Por lo tanto, el problema de fondo se plantea respecto de la posición social general de la mujer, tanto si es víctima o no de la violencia de género, según la entiende nuestra LOIVG.

Se puede plantear que las mujeres, históricamente, no han sido socializadas para negociar con los hombres, por los desequilibrios de poder inherentes al modelo social en el que vivimos, desequilibrios que inevitablemente van a reproducirse en un proceso como la mediación. Sin embargo, desde la teoría de la mediación, Kelly y Duryee, aceptando que el género es un campo a través del cual se articula y distribuye el poder como control diferenciado sobre el acceso a los recursos materiales y simbólicos, no obstante, no encuentran casi diferencias entre mujeres y hombres a la hora de participar en procesos de mediación o en cualquier otro tipo de procedimientos contradictorios²⁴. En la misma línea, Beck y Sales, encontraron que tanto los hombres como las mujeres tenían estilos bastantes similares al mediar, considerando que había mucho que investigar en relación con el papel diferencial del género en la mediación, aunque concluían que todavía existen indicios para sostener preocupación por la posición de las mujeres en ciertos tipos de mediación, sobre todo cuando ha existido violencia²⁵.

Como es conocido, la «violencia de género» que define y castiga nuestra LOIVG de 2004, presupone siempre una «relación de afectividad» entre el hombre y la mujer, pasada o presente, castigando distin-

²³ Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., «Dinámicas del conflicto en el entorno familiar», en Soria, M. A., Villagrasa, C., y Armadans (Coords.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 37.

²⁴ Vid. KELLY, J. B., y WHITE, J. M., *Family theories: An introduction*, Sage, Londres, 1992, pp. 48 y ss.; SLAIKEU, K. A., *Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos*, Granica, Barcelona, 1985, pp. 253 y ss.

²⁵ Vid. BECK C. J., y SALES B. D., «A critical reappraisal of divorce mediation research and policy», *Psychology, Public Policy and the Law*, núm. 6 (4), 2000, pp. 989-1056.

tos grados de violencia física o psicológica del hombre hacia la mujer, sin ser necesaria la convivencia²⁶. Es decir, en la violencia de género a que se refiere la ley española, existen multitud de perspectivas que comprometen aspectos psicológicos, sociales y culturales de la diferencia entre los sexos, lo que revelan la forma en que se distribuye socialmente el poder. Esta profusión de elementos que están presentes en la violencia de género, van a determinar la complejidad de la relación entre la violencia de género y la mediación. Veamos.

3. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIACIÓN: EL DEBATE DOCTRINAL

La violencia de género constituye un gran problema social, puesto que sus efectos se extienden tanto a la salud física, como a la calidad de la vida personal y familiar de las mujeres²⁷. Definir la violencia contra las mujeres implica describir una multiplicidad de actos, hechos y omisiones, que las dañan y perjudican en los diversos aspectos de sus vidas, constituyendo una de las violaciones más flagrantes a sus derechos²⁸.

La LOIVG de 2004, como señalábamos antes, impide la aplicación de las técnicas de mediación en supuestos de violencia de género, en el articulado en donde establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 44.5). Asimismo, en el art. 87.ter. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante: LOPJ), se establece claramente respecto de la violencia de género que, «en todos estos casos estará vetada la mediación». Este veto de la mediación en violencia de género ha despertado la controversia entre distintos especialistas en mediación. En general, entre los mediadores, sobre todo los de formación no jurídica, no se entiende este veto; ya no tanto su prohibición, sino más bien a su carácter absoluto e indiferenciado²⁹. Otros

²⁶ Art. 1.1 LOIVG 1/2004: «La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Art. 1.3 LOIVG 1/2004: «La violencia de género a la que se refiere la presente ley, comprende todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o privación arbitrarias de la libertad».

²⁷ Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «El derecho fundamental a vivir sin violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, p. 47.

²⁸ La LOIVG de 2004, ya referida, en su Exposición de Motivos (I), atribuye la entrada en vigor de la Ley, al esfuerzo desarrollado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las manifestaciones de violencia contra la mujer: «Ya no es «un delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social».

²⁹ Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, I., «El reto de la mediación penal: El principio de oportunidad», *Revista La Ley*, núm. 6520, de 6 de julio de 2006, p. 12.

autores han analizado las conductas derivadas de la violencia de género, que se producen sobre todo dentro de la familia, apuntando hacia una regulación específica y diferenciada en esta materia, donde además de la función punitiva clásica del derecho penal, deberían incluirse como aspectos esenciales, la prevención, la rehabilitación y el reconocimiento a las víctimas, donde la mediación tendría cabida³⁰.

Si seguimos el debate sobre este veto a la mediación en materia de violencia de género, autores como Torres Fernández, parten para analizar este asunto de dos premisas; la primera, es la de admitir la idoneidad de la mediación para abordar de la forma más adecuada posible los conflictos interpersonales entre los que se encuentran los conflictos de pareja, y; la segunda, que hay que tomar en consideración la distinta intensidad y características que pueden revestir las manifestaciones de violencia entre quienes mantienen o han mantenido una relación sentimental, pues estas son susceptibles de graduación y merecedoras, por lo tanto, de una respuesta diferenciada en relación a su gravedad³¹.

Otros mediadores, como Herrera Moreno, han afirmado que el maltrato debe generar responsabilidad penal, incluso en sus modalidades más leves. Sin embargo, hay que tener en cuenta al mismo tiempo, que también pueden estar pendientes los efectos legales de naturaleza civil de la disolución de la relación. Así, habría que estudiar si es posible aplicar las técnicas de mediación para pactar los efectos y consecuencias de la ruptura de pareja, aun en el caso de que haya existido maltrato entre sus miembros³².

En realidad, no existe ninguna norma jurídica que dé respaldo legal a las técnicas de mediación como vía para la exigencia de responsabilidad penal, al menos con un ámbito de aplicación bien definido. Hasta el momento en España, solo se han llevado a cabo experiencias de mediación a través de la regulación ya existente de la suspensión y sustitución de penas, o a través de la atenuante genérica del artículo 22.5 del Código Penal. Por tanto, falta aún una normativa específica que defina propiamente qué clase de mediación podría establecerse en estos asuntos penales. Se trataría de delimitar el alcance de la mediación penal y su configuración como respuesta formal. Es decir, si esta-

³⁰ IRIARTE SÁNCHEZ, J., «Regulación de los delitos cometidos dentro de la familia», en Bouché Peris, J. H., e Hidalgo Mena, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011, p. 149: «Son conductas conflictivas que derivan de situaciones penalmente sancionables, al menos para uno de los protagonistas de este conflicto. Lógicamente, estas conductas serán las que aparecen tipificadas en el Código Penal».

³¹ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», en López San Luis, R. (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p. 134.

³² Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima (Compendio de Victimología)*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 236 y ss.

ría dentro o fuera del derecho penal, así como, si al concebirse como un complemento integrado dentro de la administración de justicia, estaría conectado con el sistema de garantías de quien se somete a un proceso por un delito y los efectos sobre la respuesta penal concreta que se le daría³³.

El referido artículo 87 ter.5, de la LOPJ, se encuentra a continuación de los artículos en los que se incluyen las competencias en materia civil y en materia penal de los juzgados especializados en Violencia sobre la Mujer. Por este motivo, podemos pensar que se excluye la mediación, cuando ocurre violencia de género, en los dos ámbitos; tanto en el civil como en el penal³⁴. Según Larrauri Pijoán³⁵, la definición de lo que el legislador entiende por violencia de género, en la LOIVG de 2004, es muy genérica, pero parece que impide en términos absolutos la utilización de técnicas de mediación entre los sujetos incurso en violencia de género, también para atender las consecuencias legales civiles de la ruptura de pareja³⁶.

La respuesta penal en España se ha decantado en la línea de agravar la pena de todas las muestras de maltrato o violencia de género, considerándolas un delito siempre que tengan lugar sobre las personas integradas en el entorno de convivencia familiar que se definen en el artículo 173.2 del CP, con un distinto tratamiento penal, más grave, en caso de ser el varón quien actúe sobre su pareja femenina. La prohibición de mediación que establece el artículo 87 ter. de la LOPJ, por tanto, parece plenamente coherente con la tendencia que inspira la política criminal que se ha seguido en los últimos años, en torno al tratamiento de la violencia sobre las mujeres en la relación de pareja³⁷. En la misma línea, hay quienes advierten contra el riesgo de dar cabida a la mediación en la respuesta penal al maltrato, ya que puede banalizarse su situación antijurídica, situando a la víctima en un plano

³³ Vid. PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, Comares, Granada, 1999, p. 284.

³⁴ El origen de la prohibición legal de la mediación en el texto de la Ley Integral sobre la Violencia de Género de 2004, se sitúa en el texto de la enmienda 431 de las presentadas durante la tramitación de la ley en el Congreso, firmada por el Grupo Convergencia i Unió, y justificada con el siguiente argumento: «La inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en todos los foros especializados, pero aún se producen situaciones de hecho en las que, en la práctica, se reconduce a la mediación».

³⁵ Vid. LARRAURI PIJOÁN, E., «Justicia restauradora y violencia doméstica. Los derechos humanos de la mujer», AAVV., *Cursos de derechos humanos Donostia-San Sebastián. ¿Es una alternativa viable?*, Vol. III, UPV, 2007, p. 131.

³⁶ Vid. MARTÍN DIZ, F., «Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿Es una alternativa viable?», *Revista Derecho en libertad*, núm. 3, 2009, p. 183.

³⁷ Vid. ESPÍN ALBA, I., «Mediación familiar y violencia de género: Encuentros y desencuentros», en Pérez Vallejo, A. (Coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, Diagnóstico y prospectiva*, Atelier, Madrid, 2009, p. 290.

de igualdad con el ofensor, haciéndola así «corresponsable» de la violencia sufrida³⁸.

Las posturas contrarias a la utilización de la mediación en violencia de género encuentran su justificación sin fisuras en la prohibición de la ley. Su justificación vendría fundamentada en la especial situación de desigualdad y asimetría que existe en estos supuestos de violencia de género y, dado que los procesos de mediación deben arrancar desde posiciones de un cierto equilibrio entre las partes, no cabría la extensión de estos procesos de mediación a los supuestos de violencia de género³⁹. Autores como Martínez García, parten de la evidencia de una posición de desigualdad estructural entre las partes y, por ello, considera que la prohibición de mediación en los supuestos de violencia de género debería extenderse a todas las cuestiones, civiles o penales, que puedan estar relacionadas con las partes⁴⁰. En el mismo sentido, Del Pozo Pérez, considera que no hay maltrato de género esporádico, sino que el fenómeno de violencia de género comienza con una primera agresión que supone la violación de un código ético que, una vez traspasado por el hombre infractor, se traduce en una ausencia total de límites en la relación. Por lo tanto, la prohibición de la mediación de la LOIVG de 2004, sería correcta e incuestionable⁴¹.

En esta posición doctrinal, por tanto, se consuma la presunción de la Ley Integral de que la mujer es más débil o vulnerable que el hombre, traduciéndose de forma automática en que cualquier ataque del hombre contra la mujer expresa una intencionalidad de someterla, por lo que queda justificado que el derecho penal dote de una posición reforzada a estas situaciones. Otro argumento sería el que la mediación en violencia de género puede contribuir al incremento de las cifras de retirada de denuncias. Todo ello, partiendo de la consideración de que la denuncia es un acto de afirmación de la autoestima y de reparación del daño causado por el agresor que, además, favorece la propia seguridad de la víctima y podría frustrar los posibles beneficios que tiene una denuncia. Por último, un argumento más contra la mediación en esta materia, sería el que considera que el incipiente

³⁸ Vid. OSBORNE, R., «A vueltas con la ley integral de violencia de género. ¿Es la vía penal el único camino?», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 212, 2009, p. 148.

³⁹ Vid. MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género. Análisis y argumentos», en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 687.

⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad. Claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos», en AAVV, *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 414.

⁴¹ Vid. DEL POZO PÉREZ, M., «Es adecuada la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la LO 1/2004?», en Martín Diz, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 315 y ss.

desarrollo y consolidación de la mediación como método complementario al proceso judicial, podría verse inevitablemente lastrado, si se hace uso de la mediación en casos dudosos donde ha ocurrido maltrato, sometiéndola a un desgaste anticipado en supuestos poco adecuados, teniendo en cuenta que la mediación todavía no ha tenido suficiente calado en nuestra cultura jurídica y social.

Frente a quienes niegan categóricamente el uso de la mediación cuando ha existido violencia de género, encontramos otras opiniones favorables a su admisión, rechazando la opción de negar por sistema la posibilidad de acudir a la mediación cuando ha existido un incidente de esta naturaleza⁴². Sosteniendo esta posición favorable, Castillejo Manzanares, ofrece al respecto varias razones. *En primer lugar*, considera que es desconcertante que se prohíba algo, la mediación penal, que en realidad no está regulado de forma específica como tal; *en segundo lugar*, porque no se están teniendo en cuenta los grandes efectos reparadores y pacificadores que la mediación puede producir en este tipo de conflicto, y; *en tercer lugar*, porque se ignora el alto número de sentencias absolutorias, debidas a lo que se considera «mecanismos de autodesprotección institucionalizada», que empujan a las víctimas a entorpecer la justicia formal, cuando un encuentro dialogado de mediación, quizás podría reducir el conflicto evitando algunas medidas que, a la larga, pueden resultar excesivamente paternalistas para la mujer, como es el alejamiento obligatorio o la detención automática del varón⁴³.

Desde este mismo punto de vista favorable a la mediación, Guardiola Lago, considera que habría que estudiar, caso por caso, el tipo de violencia a la que nos enfrentamos. Es decir, habría que examinar si se trata de una violencia simétrica, bidireccional, recíproca y pública, donde la identidad y la autoestima están preservadas porque ambos sujetos se encuentran en una relación aproximada de igualdad. Cosa distinta, es si nos encontramos con una violencia asimétrica, construida sobre una pauta complementaria de diferencia, donde uno de los actores (el hombre) se posiciona en una condición de superioridad

⁴² Vid. COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, trad. de María Natalia Prunes y Cecilia Sobrom, Gedisa, Barcelona, 2016, p. 381. El «modelo de mediación narrativo» de Sara Cobb, no ve ningún límite para la aplicación de la mediación en materia de violencia de género. Es cierto que este modelo tiene una aplicación muy extendida, sobre todo en el campo de las relaciones familiares y, por eso, ha sido criticado cuando es aplicado a otros ámbitos, por considerarse una extensión de la terapia familiar aplicable a cualquier tipo de conflicto y con unas bases teóricas de carácter general.

⁴³ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género», en De Hoyos Sancho, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-54. Entendiendo, al igual que esta autora, que la mediación penal sea todavía posible después de la fase de instrucción, dada que la ubicación del precepto de la LOPJ que la prohíbe, se encuentra, como hemos dicho, en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

respecto al otro y, asimismo, se siente con derecho al infligir a la mujer un sufrimiento desde su construcción de la realidad⁴⁴. De ahí que, si consideramos que la violencia de género se refiere a la violencia que tiene connotaciones de dominio del varón sobre su pareja femenina, en cuanto que se exige que tal violencia sea manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, en tales casos la práctica de mediación puede estar vetada con razón. Sin embargo, nada se opondría a considerar aplicable la mediación en el resto de casos, en los que se haya producido algún tipo de violencia, pero no se puede encuadrar en este concepto de dominación masculina frente al que se reacciona en la LOIVG.

Por diversos motivos de percepción social de la inseguridad, cabe afirmar que la política criminal de los últimos tiempos, como ha señalado Ferrajoli, se ha fundamentado en la agravación patológica de las penas como respuesta punitiva de las agresiones, incluso de las más leves⁴⁵. De esta forma, se está elevando a la categoría de delito, comportamientos que, si bien tienen o pueden tener una connotación sexista cuando son realizados por el hombre sobre su pareja femenina, no siempre son tan graves como para poder ser calificados como violencia y, por tanto, no serían automáticamente portadores del mayor desvalor que se supone al hecho. En estos casos, por razón de que el sujeto que lo realiza sea un hombre sobre su pareja femenina⁴⁶. Se abriría así el camino a la posibilidad de dejar una vía a la mediación en materia de violencia de género, en atención a la concreta gravedad de la infracción cometida, excluyendo siempre, por supuesto, sus formas más graves⁴⁷.

La duda sobre el alcance de la prohibición de la mediación en violencia de género es otra de las cuestiones que se plantean. Es decir, se cuestiona si la prohibición de la mediación llega hasta los asuntos

⁴⁴ Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009, p. 30.

⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2. *Teoría de la democracia*), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 357: «Se han producido dos expansiones patológicas del derecho penal que han acentuado sus tradicionales caracteres irracionales y clasistas. Sobre todo la expansión del derecho de la *penalización*, es decir, de la inflación legislativa y, con ello, de las figuras de delito y del volumen de los asuntos penales; en segundo lugar, la expansión de hecho del *encarcelamiento*, es decir, del volumen de aflicciones punitivas y de la cantidad de personas presas y sometidas a control penal. Las dos expansiones... en la dirección de un *derecho penal máximo*».

⁴⁶ Vid. LORENTE ACOSTA, M., y OTROS, «Síndrome de agresión a la mujer, síndrome de maltrato a la mujer», *Revista Electrónica Código Penal y Criminal*, núm. 2, 2000, pp. 37-45.

⁴⁷ Vid. ESTIRADO DE CABO, C., «Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, 2007, pp. 207-216.

civiles, por ser la familia el único tipo de mediación regulada en España. Es decir, podríamos plantearnos si la prohibición de la mediación abarca a todos los asuntos sobre los que recae la competencia total de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o, por el contrario, solo se refiere a lo que la propia LOIVG denomina como violencia de género, que es un catálogo mucho más reducido de delitos. También se discute si la prohibición de la mediación opera solo durante la fase de instrucción, por estar en materia penal la competencia atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, pero no afectaría a la fase de enjuiciamiento. Por último, si al excluir la LOIVG expresamente la mediación, se cuestiona si quedan también incluidos en la prohibición otros instrumentos de justicia restaurativa distintos de la mediación, en los que el hombre voluntariamente repare los agravios a la víctima femenina, sin que se produzca un diálogo entre ellos, propio de la mediación⁴⁸.

Accentuando más el debate, Cervelló ha señalado que la prohibición de la mediación, tal como se ha regulado en la LOIVG, supone un grave inconveniente; pues lo determinante para la selección del caso susceptible de mediación, no debe ser la tipología delictiva general o concreta, sino la combinación de diversos factores que deben ser individualizados y estudiados particularmente en cada caso. Por eso, al excluir la mediación en violencia de género de forma tajante, se estaría ignorando un medio de resolución de conflictos que se caracteriza por ser pacífico, por respetar los intereses de las dos partes y por tener un alto contenido educativo, debido al compromiso que exige en comportamientos futuros⁴⁹.

La falta de diferenciación sobre las cuestiones a mediar o la gravedad de los hechos ocurridos a la hora de prohibir la mediación, se considera como un posible efecto perverso que produce la LOIVG. Se estaría impidiendo a las mujeres su derecho a decidir por sí mismas, si quieren o no participar en el proceso de mediación; decidiendo por ellas y perpetuando la desigualdad institucionalizada por razón de su sexo, sin atender a ningún otro tipo de cuestión. La posibilidad de aplicar técnicas consensuadas como la mediación, cuando ya ha existido alguna forma de maltrato no grave o intenso y, por tanto, que no haya afectado de manera significativa ni definitiva a la igual capacidad que han de tener la partes para sostener sus intereses y posiciones en el proceso mediador, es una tesis que está abriéndose paso cada vez con mayor fuerza⁵⁰.

⁴⁸ Vid. MERINO ORTIZ, C., y ROMERA ANTÓ, C., «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», *Eguzkilore*, núm. 12, 1998, p. 288.

⁴⁹ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico», *Revista Penal*, núm. 31, 2013, pp. 22-51.

⁵⁰ Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», ob. cit., p. 31.

Como ha señalado Domínguez Izquierdo, habría que excluir la mediación en los casos en los que el delito cometido sea el de violencia habitual en el ámbito doméstico, según el artículo 173.2 del Código Penal, dado que la habitualidad en el ejercicio de la violencia es precisamente lo que le confiere ese potencial de humillación y sometimiento de quien la padece al poder de quien la ejerce, dejando a la víctima postrada frente a su agresor. Estos supuestos son aquellos en los que la violencia ejercida por el varón se muestran como un mecanismo de dominación y en los que, paradójicamente, el legislador no ha introducido la tipificación diferenciada en razón de la condición de varón del agresor, que sí es tomada en cuenta en las agresiones leves, lo que por su carácter ocasional no comportan necesariamente ese potencial discriminador⁵¹. En el delito del artículo 173.2 CP, por tanto, se trata de supuestos de violencia asimétrica, en los que manifiestamente faltaría la igualdad aproximada de las partes para sostener sus derechos e intereses en el proceso mediador.

Tampoco podría acudirse a la mediación cuando la infracción cometida fuesen las lesiones del artículo 148.1 del CP. En este supuesto, se trata de un resultado lesivo de notable entidad y necesitado de tratamiento médico o quirúrgico. Por último, en el caso de las amenazas del artículo 169 del CP, en las que la gravedad vendría definida por la entidad del mal amenazado para los bienes personales de la víctima, así como de la verosimilitud o seriedad de tal amenaza, también se excluiría la mediación. Todos los anteriores son supuestos en los que difícilmente puede concurrir la igual capacidad de las partes que se requiere en todo proceso de mediación. Sin embargo, sí podría encuadrarse la mediación en aquellos tipos penales que originariamente se consideraban faltas y que la Ley 11/2003 elevó a la categoría de delito, o en los actuales delitos leves, pues, tanto por su carácter de hecho aislado u ocasional, como por la poca entidad objetiva de la lesión, no se produciría un desequilibrio definitivo e irrecuperable en el plano de igualdad, en el que deben encontrarse siempre las dos partes en la mediación⁵².

Tal y como ha señalado Jiménez Muñoz: «En esas ocasiones, en las que puede haber una mala gestión de una crisis de pareja, no es entendible que la reconducción a una mediación que voluntariamente quieran realizar mediador y víctima, o instada por el órgano judicial, se vea impedida por mandato de un legislador que no admite matices. Cabría entonces la mediación, siempre que se acreditase que la vícti-

⁵¹ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., «La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad», en Jiménez Díaz, M. J. (Coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 297-324.

⁵² Vid. LÓPEZ-ARIAS TESTA, M., «Malos tratos en la situación familiar», en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999 de protección de las víctimas de malos tratos*, Colex, Madrid, 1999, pp. 135 y ss.

ma está en condiciones de negociar dignamente»⁵³. Refiriéndose a supuestos en los que; o bien, no hay desequilibrio de poder entre las partes; o bien, el desequilibrio no es relevante aunque medie algún tipo de maltrato sobre la mujer de los que atraen la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La mediación, para todos los posibles casos de menor gravedad, podría considerarse como una alternativa en familias que han atravesado episodios de violencia de género, pero que, introduciendo todas las precauciones y adaptaciones precisas, pueden salir beneficiados con este método complementario al proceso jurisdiccional⁵⁴.

Para valorar si es adecuada la prohibición de mediación respecto de la violencia de género, según considera Cervelló Donderis, habría que tener en cuenta dos factores. *En primer lugar*, la libertad que debe existir para que los Estados decidan a través de su legislación, en qué conductas puede servir la mediación y en cuáles no, aconsejando tomar en consideración factores como; la naturaleza y gravedad del delito, el daño causado, la reiteración de las conductas, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad de decisión. *En segundo lugar*, que lo prioritario en estos casos sea siempre la protección a la víctima, permitiendo acudir a la justicia restaurativa de la mediación solo si redunde en interés de la misma⁵⁵.

Partiendo de que no todas las víctimas de maltrato son igualmente vulnerables a sus efectos, no cabría asumir una imagen uniformada de la víctima como mujer desvalida, incapaz de defender por sí misma sus intereses. Pero, cuando el maltrato revista una notable gravedad, o bien sea reiterado y cronificado en el tiempo, resulta difícil no partir, *prima facie*, de una presunción de situación de vulnerabilidad de la mujer⁵⁶. No obstante, autores como Ríos Martín, Pascual Rodríguez, Bibiano Guillén y Segovia Bernabé, consideran que el ámbito doméstico es un medio idóneo para transformar el conflicto entre las personas que se relacionan dentro del mismo y, que no solo ha de permitirse que la víctima se sienta reparada, sino también que se restablezcan los cauces de comunicación rotos o seriamente deteriorados, para que se

⁵³ JIMÉNEZ MUÑOZ, B., «En defensa de la mediación familiar en violencia de género», *Revista Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, p. 32.

⁵⁴ Vid. GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO, M.^a P., «Actualidad de la mediación familiar en España y México», en Gorjón Gomez, F. y López Peláez, A. (Coords.), *Estado del arte de la mediación*, ob. cit., p. 94.

⁵⁵ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «Violencia de género: El delito de violencia en el ámbito familiar», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003, pp. 6-8.

⁵⁶ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», ob. cit., p. 144.

adopten las decisiones civiles oportunas de separación, divorcio o, en su caso, de restablecimiento relacional⁵⁷.

Hasta aquí el debate doctrinal sobre la oportunidad o no de la mediación en materia de violencia de género. Sin embargo, considero excesivo llevar el debate hacia un enfrentamiento en el que estarían en juego nuestra visión de la democracia y de los derechos fundamentales. Esto estaría ocurriendo cuando se califican de «inquietantes» las reacciones contrarias del «feminismo institucional» a incorporar la mediación en violencia de género⁵⁸, considerando, sin ningún argumento plausible, que «el feminismo» estaría detrás de una actitud paternalista del Estado hacia la mujer en esta materia de violencia de género⁵⁹. Por el contrario, la realidad de la violencia de género es un problema que va más allá del movimiento feminista. Implica a nuestra forma de entender los derechos y la democracia. Por eso, aunque en la última parte de este trabajo se va a argumentar en favor de una posible mediación en «casos menos graves» de violencia de género, espero que mis argumentos se entiendan como una propuesta de mejora a la necesaria respuesta jurídico-penal y social frente a la violencia de género.

4. EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO

Visto todo lo anterior, quizás los cauces jurisdiccionales no siempre sean los más adecuados para resolver algunos conflictos que se producen en la sociedad. Dada la complejidad del proceso jurisdiccional, este no resulta ser ni el más fácil, ni el único posible. Se hace

⁵⁷ Vid. RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008, p. 107.

⁵⁸ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 25 y ss.

⁵⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., «Problemas que presenta el tratamiento legal y jurisprudencial de la violencia de género», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014, p. 61: «Las políticas penales basadas en ignorar la voluntad de la víctima de la violencia de género han garantizado a los movimientos feministas un cierto control sobre la respuesta estatal a la conducta violenta, al incrementar las posibilidades de que se sancione al agresor, ha sido a cambio de limitar el control ejercido por la mujer como individuo. Además, estas políticas operan de modo que aumenta el control estatal sobre las mujeres, en particular las marginadas –sea por razón de estatus socio-económico, nacionalidad, raza, etc.– Por todo ello, el reto consiste en desarrollar estrategias que sigan garantizando una respuesta estatal contundente frente a la violencia, pero sin que supongan el correlativo incremento del control estatal sobre las mujeres».

necesario acudir también a una metodología basada en diversas disciplinas sociales, como la psicología, sociología o el trabajo social, pues, el tratamiento jurídico del conflicto solo incide en una parte del problema y no lo soluciona de forma satisfactoria, dadas las estadísticas negativas sobre violencia de género de los últimos años. También se ha argumentado que la respuesta penal de la LOIVG, mediante la tipificación como delito de las formas de maltrato de menor entidad, centrada en la amenaza de la pena y la consiguiente condena del agresor, parece conllevar la implícita voluntad de no continuar la relación sentimental por parte de la mujer protegida por la ley, por lo que no se deja a la mujer ninguna alternativa legal a mantener una relación con el padre de sus hijos, dado el caso. Pero ello, las restricciones penales, no siempre se corresponden con lo que ocurre en la realidad, dando lugar a quebrantamientos de medidas penales y otros problemas de difícil solución⁶⁰.

Las materias que son objeto de las controversias en los conflictos de pareja, así como la índole personal y privada de muchos aspectos de la relación, pertenecen a la intimidad de la familia y al cuidado de los hijos, todo lo cual hace imposible que pueda darse una ruptura tajante a toda relación de pareja. Es decir, hay temas que conllevan la prolongación de las relaciones y la comunicación entre la pareja, al menos hasta que los hijos son mayores de edad o alcanzan la independencia económica. Por eso, los beneficios de la mediación como técnica extrajudicial, podrían redundar en una reducción del nivel de tensión entre las partes y su capacitación para resolver por sí mismos sus posibles diferencias futuras. Pues, a pesar de un pasado de violencia, las partes deberán seguir relacionándose mientras persistan, al menos, sus obligaciones hacia los hijos, siendo esta situación bastante común.

Como experta en mediación, sé que la mediación puede mostrarse como un recurso muy recomendable en cualquier conflicto de familia, por su carácter pacificador y al permitir canalizar y dar salida a las emociones fuera de la gestión de los puntos objeto de discrepancia y, en ese sentido, puede servir para prevenir que la conflictividad inherente a toda ruptura derive hacia el uso de la violencia. Asimismo, la expectativa de este procedimiento es que la persona acusada de violencia de género se responsabilizase de la conducta infractora y, para ello, la mediación puede constituirse como un método idóneo que facilite el diálogo, ayude a crear un nuevo clima más pacífico, minimizando las consecuencias negativas del proceso judicial y devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil, incrementándose a la vez la confianza en la administración de justicia y contribuyendo al empo-

⁶⁰ Vid. RUIZ MIGUEL, J. A., «La Ley contra la violencia de género y discriminación positiva», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, pp. 35-47.

ramiento de las mujeres como sujetos titulares de derechos en igualdad con los hombres⁶¹.

Establecidos algunos aspectos positivos de la mediación, incluir la mediación en aquellos casos de violencia de género menos graves, como instrumento facilitador de acuerdos, podría ser útil para transitar hacia formas negociales más idóneas y productivas. Con la mediación, se trata tanto de averiguar qué debatir y qué solucionar pero, de forma preeminente, se trata de averiguar cómo hacerlo. En estos casos, la persona mediadora debe conseguir un marco de interlocución adecuado para que el debate entre las partes se visibilice con claridad y que, la cuestión conflictiva, no resulte evadida, al centrarse la atención en los sujetos en un debate cooperativo, tal y como ha señalado Aguiló Regla⁶². La mediación, pues, podría introducirse en algunos casos menos graves de violencia de género, siempre desde el respeto a los derechos fundamentales y la idea del pacto y del libre acuerdo entre las partes, se observen con determinadas garantías. El valor de los pactos y su validez, procedería del hecho de que son expresión del ejercicio de la autonomía de los sujetos que participan, pues un pacto no voluntario sería una imposición, quedando la mediación fuera de los límites de los derechos fundamentales.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales, que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. Y la mediación ha de quedar incluida dentro de estos límites, sea en el ámbito del derecho privado o en su posible aplicación limitada a la violencia de género. Pues, si los derechos fundamentales funcionan como límites respecto de lo que se puede decidir, ello afecta tanto a las relaciones del ciudadano con el Estado, como a las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí. De ahí que podamos afirmar la existencia de una «eficacia horizontal en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales», con independencia de que el debate sobre los límites de esta eficacia siga abierto⁶³. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que los derechos fundamentales no son ilimitados⁶⁴, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengan establecidos en nuestra legislación democrática. En particular,

⁶¹ Vid. LAURENZO, P., «El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 2-3. <http://criminet.ugr.es/recpc/>. La autora da argumentos para descartar la idea de una discriminación positiva y considera que toda discriminación es negativa.

⁶² Vid. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015, p. 101

⁶³ Vid. CAMPOS ZAMORA, F. J., «La eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado sobre la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte», *Revista Judicial de Costa Rica*, núm. 119, junio 2016, pp. 81-104.

⁶⁴ STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2.º).

para el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, todos los derechos han de ejercerse de acuerdo con los dictados de la buena fe y conforme a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, lo que también podría aplicarse a la mediación en estos casos de violencia menos grave⁶⁵.

En los conflictos horizontales o entre particulares, el juez debe respetar la libertad individual, en su doble vertiente negocial y constitucional⁶⁶. Pero, es importante señalar lo que De Asís Roig denomina, *paradoja de la protección*, en la cual el Estado: «No solo tiene el deber de actuar para promover o facilitar el disfrute de ciertos derechos, sino también una obligación de proteger ese disfrute»⁶⁷. Así, si considerásemos viable legalizar la mediación penal para ciertos casos menos graves de violencia de género, al dar protagonismo a las partes en la resolución de su «conflicto», a diferencia de lo que ocurre cuando es inevitable que se produzcan injerencias estatales para garantizar los derechos, como ha señalado Venegas Grau⁶⁸, cuando se «enfrentan» dos particulares, no se puede invocar solo la protección del derecho fundamental de una de las dos partes para resolver el conflicto, pues generalmente se trata de colisiones entre varios derechos. Y, en este caso de mediación penal, además es que no ha de existir una distinta naturaleza entre derechos fundamentales y autonomía privada, pues el derecho a la autonomía privada también goza de protección constitucional y se entiende que se ejerce dentro de los márgenes constitucionales⁶⁹.

Por eso, el proceso de mediación penal para ciertos casos de violencia de género menos graves, estaría delimitada por lo que también señala Venegas Grau: «Realizar una ponderación de todos los derechos que entran en juego y que, a diferencia de lo que sucede en las relaciones verticales, no se refiere a una de las partes, sino a ambas... El Estado ya no es aquí el poder público que amenaza el ejercicio de los derechos (pues se trata de una relación privada), sino que desem-

⁶⁵ Vid. CARRASCO PERERA, A., «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, mayo-agosto 1984.

⁶⁶ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Estado social y sujeto privado», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Vol. 25, núm. 1, 1996, p. 439.

⁶⁷ DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 85.

⁶⁸ Vid. VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 134.

⁶⁹ HESSE, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. I. Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995, p. 86: «Un derecho civil que descansa en la protección de la personalidad y sobre la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional de la Ley Fundamental. La libertad privada de la persona, que el derecho civil presupone, y para cuya salvaguarda y desarrollo dispone normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir».

peña su función clásica de árbitro para resolver estos conflictos, teniendo presente su vinculación a unos derechos fundamentales que sólo indirectamente (y desde su dimensión objetiva) obligan a los sujetos privados»⁷⁰. Esta «paradoja de la protección», citando de nuevo a De Asís Roig, no cabe duda de que sería el reto más importante a solventar por la mediación penal en materia de violencia de género en casos menos graves.

No obstante lo anterior, compartimos la idea de Rey Martínez, cuando entiende que: «La incidencia de la respuesta pública a la violencia de género, no debería estar centrada solo en el derecho penal, sino en las políticas sociales y en la protección real y efectiva de las víctimas, en la actualidad insuficientemente aseguradas»⁷¹. Es cierto que con la nueva reforma del Código penal de 2015, una legislación sobre mediación en el ámbito penal parece más difícil. Para llevar la mediación al derecho penal, sería necesario dar un nuevo impulso al principio de intervención mínima, con la despenalización de las pequeñas infracciones, la introducción de principio de oportunidad en la acusación pública, para permitir la posibilidad de no ejercitar la acción penal o no continuar con el procedimiento, aunque existiera un hecho que revistiera la existencia de delito, siempre que concurriesen determinados requisitos o presupuestos que deberían establecerse y desarrollarse legalmente. Por ejemplo, la posibilidad de sustituir la pena solo cuando sea posible por una serie de efectos, entre los que deberían ser prioritarios, la protección de la víctima y la satisfacción de sus intereses, también los económicos y de otro tipo.

Como solución a este reto de la mediación penal, lo más que se podría hacer es una legislación combinada de intervención de la jurisdicción civil y penal, dados los casos. Como han señalado García Álvarez y Carpio Delgado, la decisión que pueda tomar cada Estado democrático, sobre situar «algunos» hechos de violencia ocurridos en el ámbito familiar dentro del ámbito de la jurisdicción civil, en vez del campo de actuaciones de la jurisdicción penal, revelaría una mejor comprensión de la violencia de género en el ámbito familiar por parte de los poderes públicos⁷². Los sistemas legales que atribuyen a la jurisdicción civil la primera intervención, salvo que los hechos estén descritos en sus normas penales como graves, implícitamente están aceptando que «determinados hechos violentos» no merecen la reac-

⁷⁰ VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, ob. cit., p. 134.

⁷¹ REY MARTÍNEZ, F., «La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 424.

⁷² Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P., y CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 94 y ss.

ción retributiva del Estado a través del *ius puniendi*, lo que no significa que estos hechos queden fuera de la jurisdicción del Estado⁷³.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posible regulación de la mediación en el ámbito de la violencia de género, para casos menos graves, a través de un modelo combinado de intervención civil y penal, presenta dos obstáculos; uno, de contenido legal y, otro, de carácter relacional. El primero de ellos es la obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento, obstáculo que podría salvarse modificando el artículo 57 del Código penal, eliminando el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial, en los casos en que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada, a través de un proceso de mediación con garantías. El segundo obstáculo, refiriéndonos a la desigualdad que pudiera existir entre las partes, en relación con el desequilibrio de poder. Este podría ser salvado con el establecimiento de algunos requisitos previos. El primero, con el requisito de que no pudiera ser posible la mediación en supuestos graves o reiterados de violencia, donde la situación de la mujer en la mediación constituya una clara indefensión. El segundo, consistiría en observar las cautelas necesarias en la mediación para este ámbito tan problemático. Por ejemplo, que los mediadores estuviesen formados y especializados en esta materia de violencia de género, con un reciclaje continuo; que los programas de mediación instaurasen procedimientos para mejorar la seguridad de las mujeres víctimas durante y después de la mediación (entrevistas en el momento de llegada al programa para identificar la existencia de malos tratos, sesiones de mediación con las dos partes por separado, equipos de mediación mixtos, formados por un hombre y una mujer, asistencia de los defensores de las víctimas, abogados, psicólogos y trabajadores sociales).

Por último, que la mujer víctima en estos casos, solo podría participar en este procedimiento de mediación, una vez que hubiese recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en condiciones de igualdad. Así, a estos efectos, sería la voluntad de la víctima y el informe elaborado por expertos, los que deberían determinar la posibilidad de realización de este procedimiento de mediación⁷⁴.

En cuanto que los derechos fundamentales son expresión de la libertad de todos, también en la mediación, tanto las partes como la persona mediadora, han de tener en cuenta las posibles restricciones de las declaraciones de voluntad de una de las partes, sobre todo,

⁷³ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, y ALONSO SALGADO, C. «Mediación en violencia de género», *Revista Mediación*, núm. 7, 2011, pp. 38-44.

⁷⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 135: «Debemos preocuparnos cuando la sociedad quiere imponernos a toda costa las soluciones autocompositivas, mediaciones, conciliaciones, conformidades, en temas generales y en estos más concretos, o los prohíba o los limite sustancialmente, de manera que se apliquen en toda su plenitud los viejos principios penales retributivos, o sea, quien la hace, la paga».

cuando limiten la voluntad de la otra. Pues, incluso los partidarios de la tesis de los efectos inmediatos de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como Peces-Barba⁷⁵, señalan que los poderes democráticos no pueden entrometerse hasta el punto de anular el libre ejercicio de los derechos, pues, además de estar sometidos a la voluntad de las mayorías, en atención a los «valores superiores del ordenamiento jurídico», la libertad entre otros valores superiores es un valor del que nunca puede carecer nuestro ordenamiento jurídico y la actuación de los poderes públicos. Por eso, cualquier regulación jurídica de la mediación como sistema autocompositivo de resolución de conflictos, sin respeto a la autonomía y sin respeto a los derechos fundamentales, no puede ser válida. Y mucho menos en este terreno de la violencia de género. Pues, en el supuesto de que la mediación fuese aceptada en casos menos graves de violencia de género, la persona mediadora debería fijarse no solo en el contenido del pacto al que hubieran podido llegar las partes, sino, con especial cuidado, debería concentrar su atención en cómo se ha llevado a cabo la negociación de ese pacto. Es decir, se ha de estar muy atento al debate orientado a alcanzar el pacto, lo que debe tenerse muy en cuenta en casos donde se ha producido violencia.

Esto nos lleva a una cuestión que es necesario señalar. La mediación en casos de violencia de género, limitándose siempre a los casos menos graves, implica que la persona mediadora ha de estar formada en derechos fundamentales, para hacer de la mediación una extensión del derecho a la tutela judicial efectiva y del resto de derechos fundamentales. La mediación es el proceso en el que interviene la persona mediadora, sin decidir sobre el resultado de la mediación, que queda en manos del acuerdo de las partes. Pero, al igual que en el proceso judicial el juez debe impedir cualquier discriminación de derechos a alguna de las partes, la persona mediadora debe también estar atenta a que, durante el proceso de mediación, no se produzca discriminación y menoscabo de derechos a alguna de las partes, singularmente los de la mujer. Lo cual ha de extremarse en la posible mediación en casos menos graves de violencia de género, naturalmente⁷⁶.

Por último, las dificultades que desde del sistema de justicia penal de adultos se constatan para aplicar la mediación penal a los delitos de violencia de género menos graves, parten de la asunción acertada de una situación de vulnerabilidad general de la mujer. Por eso, dar el paso para introducir programas de mediación con plenas garantías en delitos menos graves de violencia de género, ha de contemplarse

⁷⁵ Vid. PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE, Madrid, 1995, pp. 200 y ss.

⁷⁶ Vid. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, ob. cit., p. 120.

como un elemento disponible por las mujeres para ejercer sus derechos de forma normalizada, es decir, como una ciudadana más⁷⁷.

Mi conclusión sobre el tema, pues, es que la mediación puede servir como medio de resolución específico de ciertos casos menos graves de violencia de género, manteniéndose siempre el marco de la exigencia de la responsabilidad penal en el supuesto de que la víctima, claro está, no quiera entrar en mediación. Pero, para que esta opción de mediación sea algo realista, sería esencial su desarrollo legislativo específico y diferenciado. Pues, según considero, la principal razón por la cual todavía no se puede admitir este procedimiento para reclamar la responsabilidad penal en materia de violencia de género, reside en la ausencia de un desarrollo legislativo más amplio sobre la mediación y con una mayor perspectiva, donde habría que insertar la mediación como un elemento más de nuestro sistema de garantías de los derechos⁷⁸.

⁷⁷ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, C., «La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal», en Gómez Campelo, E., y Valvueda González, F. (Coords.), *Igualdad de género: Una visión jurídica plural*, ob. cit., pp. 211-272.

⁷⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», ob. cit., p. 212.