

# **Inmaculada Serrano Pérez**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

## **~El análisis jurídico de la mediación penal familiar~**

### **Resumen:**

La mediación en el ámbito penal puede considerarse como una nueva forma de resolver conflictos entre particulares, para alcanzar una solución satisfactoria para todos los afectados. La víctima que durante años ha sido la gran olvidada en el proceso penal, puede ver satisfechas sus necesidades reparadas. Sin embargo, y pese a ser una alternativa al propio proceso judicial, la mediación ha sido expresamente excluida del ámbito de violencia de género en cualquier caso.

### **I. Introducción**

Se puede decir que existe el conflicto desde que existe la Humanidad, pero la forma de resolver y regular ese conflicto es lo que ha cambiado con los siglos. La regulación del conflicto puede ser de forma muy diversa, bien mediante mecanismos formales e informales, tradicionales o alternativos, dependiendo de cómo la diversidad de una comunidad interpreta el conflicto y cómo lo suelen y piensan resolver. Lo que es cierto es que existe un problema y que si se tiene que resolver, se tendrá que analizar sus causas, sus efectos, sus ventajas, e inconvenientes y buscar una solución para reparar el daño.

La forma de resolver el conflicto ha evolucionado. En principio se empezó por resolverlo mediante, lo que interpretaban los implicados, estos buscaban la solución a su problema, (se hacía justicia por su propia mano), mientras que en la actualidad se interpone el Estado, los conflictos se catalogan como delitos y se genera su “castigo” a través del imperativo de la Justicia. El Derecho Penal así pues, nació con el Estado de Derecho y supuso un gran avance, pues es el Estado, el que a partir de este momento, se hace cargo de impartir Justicia, sustituyendo la venganza que había primado hasta el momento, y fijando un límite para determinados tratamientos, estableciendo unos

principios de obligado cumplimiento, esto es, el principio de legalidad, de intervención mínima o proporcionalidad.

Es por ello, por lo que, a comienzos del siglo XXI, nace una “Justicia alternativa”, la Justicia Restaurativa, y trae consigo otros mecanismos para resolver los conflictos, entre otros la mediación. La mediación nace, aproximadamente, en los años 70 en Estados Unidos como una nueva institución dirigida a la resolución alternativa de conflictos. Los buenos resultados obtenidos hicieron que creciera rápidamente y que se incorporara al sistema legal de algunos estados. A Europa llega un poco más tarde y, aunque sean poco los países donde está regulada, la tendencia va en aumento. La expansión de la mediación en los diferentes países donde se ha implantado ha tenido mucho que ver con las ventajas que puede representar la utilización de un sistema diferente judicial para resolver conflictos.

La mediación facilitaba a los ciudadanos, a la sociedad y a la administración de justicia, un instrumento que devolvía a las familias, la responsabilidad de gestionar sus conflictos de manera más rápida, económica y satisfactoria para todos los actores del conflicto y para sus entornos familiares y sociales, pero no sólo para ellos, también para la administración de justicia. Por ello se entiende la mediación, como una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial: el mediador, tras haberse generado un conflicto. Y se entiende por conflicto como:” aquella situación en la que se encuentran, por lo menos, dos partes, que tienen soluciones diferentes a un problema emergente que les afecta directa o indirectamente”<sup>1</sup>. Podemos definir la mediación penal como un proceso de interacción entre el ofensor y la víctima a través de la cual, un tercero facilita el logro de una solución no punitiva ante el conflicto delictivo planteado. Dicho tercero no es un árbitro ni un juez, sino un profesional imparcial que contribuye únicamente a que otros decidan y se pongan de acuerdo, no imponen soluciones ni opinan sobre quién tiene la verdad, lo que buscan es satisfacer las necesidades de las partes en disputa, regulando el proceso de comunicación y conduciéndolo por medio de unos sencillos pasos en los que, si las partes colaboran, es posible llegar a una solución en la que todos ganen o, al menos, queden satisfechos.

Así la solución adoptada se encarna en dos elementos clave: la conciliación y la reparación, no teniendo que consistir la reparación solo en una prestación

---

<sup>1</sup>PALOU I LOVERDOS, J, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid, Iustel, 2007, p. 23.

económica, pues puede concretarse en otras actividades de carácter restaurativo. La mediación es VOLUNTARIA, es CONFIDENCIAL y está basada en el DIÁLOGO y puede resolver conflictos relacionados con la falta de las normas de convivencia, amistades que se han deteriorado, situaciones que desagraden o parezcan injustas o cualquier tipo de problemas.

Lo que realmente ha cambiado respecto a la época en que se resolvían los problemas mediante auto tutela, es que: existe una tercera persona en medio del conflicto, es decir el mediador, que es una persona imparcial pero está en el medio de la disputa; este sistema se encuentra regulado, tiene unas normativas, una naturaleza, unas características y un orden, pero la esencia de la forma de resolver el problema es la misma, es decir son las partes quienes tienen que buscar la solución a su problema; se proporcionan una pautas de comportamientos, sino no se podrá resolver la controversia mediante la mediación, y por último, que los implicados quieran resolver su conflicto mediante este proceso. Estas circunstancias son la clave para distinguir la satisfacción del proceso, ya que antiguamente se resolvía, sí o sí, mediante el acuerdo de las partes, podrían existir personas que no estuvieran conformes con el acuerdo (como no existía otro método, las personas no podían elegir) o bien porque no sintonizaban plenamente con el acuerdo, y podía existir una desigualdad (que exista un cierto poder o superioridad de una parte hacia la otra).

Así pues, la mediación ofrece la posibilidad de que el daño de la víctima sea reparado, más allá de una indemnización patrimonial, pues atiende también a la situación psicológica o anímica de la misma procurando realmente que pueda rehacer su vida y que quede restaurada a la situación en la que se hallaba con anterioridad a los hechos.

## **II. Origen de los métodos alternativos a la resolución de disputas**

Los métodos alternativos de resolución de disputas, más conocidos por ADR (Alternative Dispute Resolution) tuvieron sus orígenes en Estados Unidos. Se utiliza este término para referirse a la resolución informal de disputas entre dos partes en conflicto mediante la intervención de una tercera parte que les ayuda a solucionar la disputa. Estos métodos (mediación, arbitraje y conciliación) han surgido debido al impulso de los movimientos a favor de los derechos civiles desde los años sesenta, que han facilitado un mayor grado de sensibilidad social en la tutela de los derechos individuales, los derechos de las minorías, de los menores, de las mujeres, y en lucha

contra la discriminación y segregación en sus múltiples variantes, sexual, racial y religiosa, donde se ha visto su reivindicación en la Civil Right Act de 1964. Esta ley demandaba una tutela judicial efectiva para todos los ciudadanos<sup>2</sup>.

A su vez, la mediación, la conciliación y el arbitraje se han convertido en los métodos de resolución de disputas más utilizados por los ciudadanos, lo que facilitó una descongestión de la actividad de los tribunales de justicia. El éxito de los ADR en EEUU ha deparado una expansión a nivel internacional y han llegado a Europa hace algunas décadas.

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

Posteriormente, la Comisión Europea publicó un Libro Verde de debate sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos. En julio de 2004, la Comisión creó el código de conducta de los mediadores destinado a expertos en mediación. El 22 de octubre de 2004, el Consejo Europeo y el Parlamento presentaron una propuesta a la directiva con el propósito de promover el recurso a la mediación en materia civil y mercantil. En 2008 el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE vuelven a reunirse con la finalidad de que los Estados Miembros aludan a sus recomendaciones sobre las posibles medidas para promover el uso de la mediación y que garanticen “que, para que las partes que recurran a ella, puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil. Y así se ha podido constatar cómo, de forma paulatina, los países de la Unión Europea han ido introduciendo la mediación como alternativa y como procedimiento extrajudicial para dar respuesta a determinados conflictos entre las partes.

---

<sup>2</sup> SOUTO GALVÁN, E. (Coord.), La mediación: un instrumento de conciliación, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 17.

### III. La mediación en el proceso penal español

Son diversas las razones que han conducido al estudio de la mediación penal con vistas a su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas, la consideración de la víctima como protagonista del conflicto social que se genera con el delito y la conveniente implicación de la misma en la resolución de ese conflicto. Se afirma en este sentido que “la mediación supone una forma de hacer participar a la víctima en la solución del conflicto frente al Derecho penal clásico y facilitar la reparación del daño en el marco de la llamada justicia restaurativa”<sup>3</sup>. Frente a la tradicional concepción del sistema procesal penal en el que, un tercero ajeno al conflicto - órgano jurisdiccional- impone la solución que resulte de aplicar el Derecho Penal al caso concreto, la justicia restaurativa trata de restituir el orden jurídico y social quebrado por el delito, y trata de hacerlo con la participación de quienes han sido sus protagonistas: víctima e infractor.

La Directiva 2012/29/UE establece que la «Justicia reparadora» es “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Doctrinalmente, aún a sabiendas de la dificultad para ofrecer una definición universalmente válida, se ha definido la justicia restaurativa como “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”<sup>4</sup>.

Debe no obstante advertirse que la justicia restaurativa no es un término equivalente al de mediación. La mediación será uno de los instrumentos posibles para hacer efectiva esa justicia reparadora, contando con la participación de la víctima en la gestión del conflicto, y haciendo que sean ella y el infractor quienes logren alcanzar un acuerdo dirigido a reparar/restaurar el daño. Sin embargo, la mediación no será la única

---

<sup>3</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia”, Bajo Estrados, Revisa del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>.

<sup>4</sup> RÍOS MARTÍN, J. C, Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, p. 3. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>

vía para lograr esa justicia restaurativa. Cabe pensar también – desde una perspectiva de futuro y no atendiendo al actual marco legal- que pese a la intervención de la víctima no se alcance el acuerdo mediador y que sea la autoridad competente la que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, opte por imponer ciertas medidas propias de la justicia restaurativa. Tendríamos con ello una manifestación de justicia restaurativa pero no de mediación<sup>5</sup>.

#### **IV. Propósito y características de la mediación**

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

La mediación pública es aquella que se desarrolla con la intervención de mediadores que desenvuelven su función dentro de un servicio institucional y administrativo, prestando el servicio de mediación, como integrante de un servicio social y por lo tanto, generalmente, de carácter gratuito para los mediados. La mediación privada se desarrolla por mediadores que ofrecen sus servicios como profesionales particulares y liberales a cambio de una remuneración pactada con las personas que soliciten su intervención. Hay que distinguir entre mediación judicial intrajudicial o extrajudicial, en líneas generales. La mediación judicial intrajudicial es aquella que, desarrollándose al margen del proceso judicial, se encuentra vinculado a él de alguna forma, generalmente mediante el acceso al servicio de mediación por remisión del juez <sup>6</sup>. Mientras que la mediación extrajudicial es aquella, como su nombre indica, que se desarrolla ajena y externa a un proceso judicial, por tanto al margen de juzgados y tribunales.

La mediación en España tiene naturaleza, predominantemente extrajudicial, ya que su ejercicio, no es tutelado o dirigido por órganos jurisdiccionales, como son los jueces o magistrados. Actualmente es desarrollada por personas o identidades privadas

---

<sup>5</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J. L., La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español, Diario La Ley, nº7232, 2 Sep.2009, Ref. D-270.

<sup>6</sup> CARRASCO BLANCO, M., Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Madrid, Reus, 2009, p. 143.

que no pertenecen al Poder Judicial, y que también están desvinculados de servicios públicos.

La mediación también es un sistema complementario al sistema judicial, ya que son las personas quienes pueden optar por este método o por una resolución jurisdiccional. Jamás se debe orientar o condicionar a una persona para que elija un método extrajudicial de conflictos, como la mediación, en vez de acceder al proceso judicial, porque se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, regulada en el artículo 24 de la Constitución Española. Asimismo los ADR en general, deben ser considerados como sistemas alternativos y complementarios a la jurisdicción, pero nunca excluyentes de la misma. Así pues, la mediación en su carácter complementario, supone una utilización: extraprocesal (no tiene relación temporal con el proceso judicial), preprocesal (cuando las partes han tomado como primera opción la mediación y esto no haya resultado fructífero y con este resultado no exista ninguna salida más que optar por el proceso judicial), intraprocesal (cuando se inició el proceso mediante un proceso judicial y se suspende para intentar solucionarlo a través de la mediación, esperando los resultados de la mediación) y postprocesal (para las resoluciones de las diferencias que pueden existir entre las personas en cuanto a contenido, extensión o forma de cumplimiento de la resolución judicial previa)<sup>7</sup>.

La solución mediadora descansa en un acuerdo no punitivo entre las partes cuya consecuencia principal es alcanzar una justicia restaurativa en lugar de retributiva, pues el pacto en la mediación consiste principalmente, en el compromiso del ofensor y en la aceptación por parte de la víctima de cumplir con algunas medidas o prestaciones, cuyo catálogo no punitivo no tiene en principio un carácter cerrado. Algunos autores han indicado que a la vista de los precedentes legislativos, la mediación viene a conformarse en torno a una serie de elementos básicos: por una parte el perdón, la reparación del daño y la prestación de un trabajo o servicio a favor de la comunidad e incluso de la propia víctima. Por otra parte, la voluntaria aceptación del ofensor a acogerse a una actividad educativa.

## **V. La inserción de la mediación en el proceso penal**

Dos son los puntos característicos que deben ser considerados necesarios para poder incardinar la mediación en nuestro proceso penal, a saber: el estatuto de la

---

<sup>7</sup> REDORTA LORENTE, J., Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar, Valencia, 1999.

víctima y los derechos que en relación con la mediación deberían atribuírsele y, de otro lado, las características y la regulación del proceso penal.

La previsión de una normativa general sobre mediación no resuelve, de por sí, la cuestión de la mediación penal; y menos cuando, como es el caso, la mediación penal ha quedado expresa e intencionadamente excluida de esta regulación. La primera pregunta es, en buena lógica, ¿por qué la mediación penal requiere una normativa específica? Y la respuesta es clara, porque el principio de legalidad penal, tal como lo entendemos, implica el carácter público de la reacción penal y la exclusividad de los órganos jurisdiccionales, a través del proceso en su aplicación, de forma que la introducción de la mediación en la solución de los conflictos penales ha de resolver la posible quiebra de hasta tres monopolios constitucionalmente garantizados<sup>8</sup> :

1. El monopolio del ius puniendi estatal, que hace el Derecho penal indisponible por los particulares; sólo el Estado define las infracciones y asocia a su comisión las correspondientes sanciones, y por ende:
  - a) la autotutela queda prohibida en este ámbito, rige una prohibición general de que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano (sólo en situaciones en que el Estado es incapaz de intervenir se abre paso a través de la justificación por legítima defensa no ya el derecho a castigar, sino el derecho a defenderse; fuera de estos casos extremos, el ciudadano ha de acudir al poder estatal para que le proteja del delito), y
  - b) la consecuencia jurídico-penal es indisponible para los particulares; salvo en ciertas excepciones justificadas por la armonización de importantes intereses en juego (delitos privados, semiprivados y semipúblicos; sobre los supuestos en que la acción penal o el castigo se condicionan a la voluntad de la víctima, normalmente los ciudadanos, incluso los ciudadanos que han sido víctima de un delito, no pueden ni imponer ni dejar de imponer penas. Lo que excluye, con carácter general, tanto que los particulares acuerden que no se castigará, como que acuerden que se castigará.

---

<sup>8</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, R., La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 2062, p. 1766.



2. El monopolio jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal: pues sólo a través de los órganos jurisdiccionales aplica el Estado el Derecho penal; y esta es una garantía de singular importancia en la construcción del Estado de Derecho.
3. El monopolio procesal: sólo a través del proceso penal pueden los órganos jurisdiccionales imponer penas (*nemo damnetur nisi per legale iudicio*); y ello no por mero prurito formal, sino porque el proceso penal y los principios que lo rigen son garantías tanto de los fines del sistema penal como de los derechos de la persona acusada de haber cometido un delito.

Así pues, si para garantizar elementos básicos del Estado de Derecho se han construido estos tres monopolios, las cautelas que ha de rodear la introducción de una institución que puede cuestionarlos, justifica sobradamente una normativa específica que atienda a estas cuestiones particulares (y precisamente por ello la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye la aplicación lisa y llana de la normativa general sobre mediación privada al ámbito de la mediación penal). Y, además, será preciso prever la inserción de esta mediación en un proceso penal que se impulsa de oficio (sin tener previsto dejar espacios para la mediación), así como los efectos sobre el proceso penal de la mediación, exitosa o no. Por tanto, la pregunta inmediata es, ¿existe esa normativa específica en nuestro ordenamiento? Y la respuesta ha de ser matizada, pero es sustancialmente negativa. Matizada, porque en el ámbito de la Justicia Penal juvenil –de naturaleza sancionadora-educativa, y en la que el principio de superior interés del menor, es criterio rector de muchas decisiones político-criminales– hace ya tiempo que existe una regulación legal y una práctica forense de la mediación penal, aunque a veces parece que queramos olvidarnos de su existencia al protestar de la falta de referentes normativos sobre mediación penal en España. Y negativa, porque en el ámbito de la Justicia Penal para adultos, no existe previsión legal sobre la materia pero cierto es que, en rigor, la primera previsión existente se ha limitado a prohibir la mediación en determinado ámbito.

Todo lo cual, por demás, no ha podido impedir que, al soplo de vientos de mediación que ya se dejan sentir con fuerza en varias iniciativas legislativas, se hayan venido impulsado desde hace 20 años, proyectos piloto de mediación, auspiciados y coordinados –limitadamente– por el Consejo General del Poder Judicial en los últimos tiempos. Una cuestión clave a destacar en las diversas experiencias que se están

desarrollando sobre mediación penal es concretar las infracciones penales a las que podría aplicarse esta forma de resolución del conflicto, que en principio, vendría referida a cualquier situación en la que existan al menos dos partes identificables, víctima e infractor. No obstante, hay que puntualizar que en algunos supuestos no aparece tan clara la aplicación de la mediación sobre todo por la dificultad de eliminar el conflicto.

## **VI. La mediación penal en las relaciones familiares**

Entre las actuales tendencias en el Derecho Penal se encuentra la de la Justicia Restaurativa, también conocida, principalmente en España, como mediación penal. La Justicia Restaurativa se ha descrito como una respuesta del siglo XXI al reto de la delincuencia dentro de una sociedad libre. La Justicia Restaurativa cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá.

La víctima, prefiere la reparación del daño causado antes que su represión. Esta mediación no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan. Se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. Lo que persigue la mediación es la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos.

La Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador. La finalidad: la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. Pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.

La mediación penal se incardina dentro de la justicia restaurativa, en la que el protagonismo se devuelve a las partes inmersas en el conflicto y fija no tanto su atención en la retribución, sino en la restauración, posibilitando la reintegración social de los delincuentes, como obliga el artículo 25 CE, conciliándola con una respuesta adecuada a las necesidades de la víctima del delito.

El tradicional método de resolución de conflictos producidos en el ámbito familiar a través de su judicialización no ha tenido éxito, como era de esperar, pues no se tiene en cuenta una de las principales variables que intervienen en el problema, los sentimientos. La mediación podría ser el camino idóneo para superar estos problemas, pero se ha llegado a la conclusión que no lo es. Como se ha indicado anteriormente, la mediación es un procedimiento aconsejado en muchas normas internacionales, como en el reglamento 2201/2003 del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental; la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; y la recomendación del Comité de Ministros a los estados miembros sobre la mediación familiar que fu aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros, de la que se puede destacar entre su contenido lo siguiente: *“Con el fin de proteger el interés del menor (consagrado en tratados internacionales) en procesos de divorcio o separación, para conseguir con ello:*

- *Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia.*
- *Reducir los conflictos entre las partes en litigio.*
- *Dar lugar a acuerdos amistosos.*
- *Asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos.*
- *Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados.*
- *Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos”.*

La mayoría de los autores incardinan como ventajas de la mediación:

1. La solución rápida a los conflictos, en comparación con las alternativas jurisdiccionales.

2. Económica: el mediador es el único profesional que interviene.
3. Eficaz: porque, al ser las partes las que deciden la solución al conflicto, se reducen los problemas para el cumplimiento de la resolución acordada. L
4. La reparación redunda en beneficio de la víctima.
5. Aumenta la efectividad del sistema penal.
6. Aumenta la participación ciudadana.
7. Responsabiliza al delincuente de su conducta.
8. Reduce la aplicación de las penas de prisión.

La mediación en el ámbito penal tiene como finalidad principal el resarcimiento de la víctima, a lo que añade su contribución a la reinserción del agresor. En la justicia de menores (de 14 a 18 años de edad) la mediación está expresamente normada como medio para alcanzar la reeducación del menor. En este ámbito, la mediación la realizan los equipos de apoyo a la Fiscalía de Menores, aunque también puede realizarse por organismos de las Comunidades Autónomas y otras entidades como determinadas asociaciones especializadas en esta materia.

## **VII. La exclusión de la mediación penal en el ámbito de violencia de género**

La violencia de género es un fenómeno que existe en todas las partes del mundo y desde hace mucho tiempo. No es un fenómeno típico de esta sociedad moderna, sino que lleva existiendo durante desde toda la historia de la Humanidad, pero hasta hacia pocas décadas ha sido prácticamente invisible, un problema privado, hasta que se ha considerado la violencia de género como un problema social. Mediante la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos en Viena (1993), la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1994) y la Conferencia Mundial de Mujeres en Pekín (1995) el concepto de violencia de género se empieza a expandir, y este término es adoptado en España mediante la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en 2004.

Se ha definido la violencia de género como: “aquella que sufren las mujeres por el hecho de serlo, y que se debe a la posición de inferioridad a la que han sido relegadas históricamente”<sup>9</sup>

La Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género establece que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige a las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Algunos autores definen lo que es género en el siguiente sentido: “la palabra género se designa: en primer lugar, el sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres, en segundo, se delimita que la causa última de esta violencia se basa en la desigualdad histórica y universal, que se ha situado en una posición de inferioridad a las mujeres respecto a los hombres y en último lugar se remite a la generalidad de los ámbitos en que se ejerce, se produce en todos ellos, ya que la desigualdad de poder cristaliza en la pareja, familia, economía, política, religión, etc...”

El artículo 1 de la Ley 1/2004, refiere que la violencia de género “es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres... y que comprende todo acto de violencia física y psicológica... la privación de libertad”. Por tanto, la violencia de género consiste en el poder y el control que el hombre quiere ejercer constantemente en su pareja y es esta desigualdad entre las partes lo que, según los expertos, provoca que la mediación no se pueda realizar.

El legislador dejó bien claro la prohibición de la mediación en estos casos, como podemos verificar en la redacción dada del artículo 44.5 de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia, cuando menciona expresa y tajantemente que está prohibida la mediación en este supuesto, prohibición que también viene referida en el art 87 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, que prohíbe la mediación en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

---

<sup>9</sup> DELGADO ÁLVAREZ, C, Respuestas sobre la violencia de género, Salamanca, Globalia Artes Gráficas, 2008, p. 31.

Se ha discutido el alcance de este veto, y su trascendencia en el ámbito penal (apartado 1) o civil (apartados 2 y 3) de la competencia de estos Juzgados, pero parece claro que el veto legal se proyecta, en principio, sobre todos los asuntos competencia de estos órganos jurisdiccionales, que instruyen las causas penales por violencia de género y por violencia familiar en los casos en que ésta se presente junto a un acto de violencia de género. Tras este veto a la mediación, en los asuntos competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, late la preocupación de que la desigualdad que sienta entre las partes la existencia de una relación lastrada por el patrón de dominación de género dé lugar a la imposición de la parte más fuerte y no al encuentro interpersonal y a una solución equilibrada. Obviamente tal situación puede producirse, y corresponde a las personas que tienen encomendada la mediación evitarlo, corrigiendo la situación donde sea posible y poniendo fin a la mediación cuando no pueda garantizarse; pero en la tramitación parlamentaria de la Ley integral contra la violencia de género prevaleció la cautela, y prosperó la enmienda firmada por el grupo parlamentario Convergència i Unió que argumentando que *“la inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en todos los foros especializados”*, enmienda esta que venía avalada por las dos ideas que principalmente se emplean para justificar la citada prohibición: por un lado el argumento de que para los casos donde existe violencia, la mediación resulta improcedente y por el otro, el argumento que sostiene que, al no existir igualdad entre las partes, la mediación resulta inconveniente.

En atención a lo anterior se puede concluir que existen dos grandes inconvenientes para poder regular la mediación penal en el ámbito de violencia de género:

- Legal: La mediación penal no puede imponer pena alguna: ni privación de libertad, ni orden de alejamiento o prohibición de aproximación o residencia) y sus acuerdos no son directamente ejecutables. La obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento podría salvarse modificando el art. 57 CP en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en los que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada.
- Relacional: Notable desigualdad que pueda existir entre las partes en relación con el desequilibrio de poder. Esta desigualdad hiere la mediación. Es la voluntad de las partes y el informe realizado por un mediador, que en este caso

debería ser también psicólogo, quien debería determinar la posibilidad de realización.

Y es que, además afecta a varios de los principios básicos de la mediación: voluntariedad, confianza, bilateralidad, empatía y otros, lo que desemboca en el establecimiento de varios argumentos en contra de la mediación:

1. La mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia;
2. La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones;
3. La técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al Ordenamiento jurídico-penal español;
4. Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal: no satisface los fines de la prevención general;
5. Un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor;
6. La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor;
7. La comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura del comportamiento violento del agresor.

## **VIII. Conclusión**

El reconocimiento más que positivo de la función protectora y preventiva del sistema penal y el monopolio del ejercicio de la justicia por parte del Estado como superación de la justicia privada, no debe impedir una mirada crítica y una reflexión hacia otras vías de solución de conflictos, para intentar dar respuesta a todas las necesidades de los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y finalmente sociedad. Si aceptamos que el fenómeno delictivo es algo más que imponer y ejecutar una pena, es el momento de dar cabida a la justicia restaurativa y a uno de sus instrumentos: la mediación penal, por tanto, diálogo, perdón, rehabilitación, compensación y composición justa del conflicto, cohesión social del agresor, mayor

satisfacción de la víctima, menor reincidencia del agresor, mayor componente humano, menor judicialización... En definitiva devolver la confianza de los ciudadanos en la justicia penal.

## **Bibliografía**

CARRASCO BLANCO, M, Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Madrid, Reus, 2009.

DELGADO ÁLVAREZ, C, 161, Respuestas sobre la violencia de género, Salamanca, Globalia Artes Gráficas, 2008.

FÁBREGA RUIZ, C. F., HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revisa del Colegio de Abogados de Jaén.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L, La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español, Diario La Ley, núm., 7232, 2 Sep.2009, Ref. D-270.

SOUTO GALVÁN, E. (Coord.), La mediación: un instrumento de conciliación, Dykinson, Madrid, 2010.

PALOU I LOVERDOS, J, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid, Iustel, 2007.

REDORTA LORENTE, J, Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar, Valencia, 1999.

RÍOS MARTÍN, J. C., Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el dialogo y la disminución de la violencia. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>

SÁEZ VALCÁRCEL, R, La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 2062. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>.