



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, PROCESAL Y
ECLESIASTICO DEL ESTADO

TESIS DOCTORAL

**PROPUESTA PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN
EN PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO**

Presentada por

Doña María Amaya Fernández López

para optar al grado de

Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:

Prof^a. Dra. Montserrat de Hoyos Sancho

TESIS DOCTORAL

**PROPUESTA PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN
EN PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO**

Índice

ABREVIATURAS.....	11
PRIMERA PARTE	13
LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN	13
1. INTRODUCCIÓN	15
2. LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.....	25
2.1. SISTEMAS ADR EN EL ÁMBITO JUDICIAL	29
2.2. PROBLEMAS EN LA IMPLANTACIÓN DE LOS SISTEMAS ADR EN EL ÁMBITO JUDICIAL DE NUESTRO PAÍS	32
3. LA MEDIACIÓN COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	34
3.1. CONCEPTO Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS	34
3.1.1. Consideraciones previas.....	34
3.1.2. El derecho como mecanismo de resolución del conflicto.....	34
3.1.3. El conflicto. Concepto y resolución	35
3.1.4. Complementariedad y alternatividad de los métodos de resolución de conflictos.....	40
3.1.5. Concepto de mediación	42
4. BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN.....	47
4.1. LA MEDIACIÓN EN EL MUNDO. ANTECEDENTES.....	47
4.2. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA. EDAD MEDIA	49
4.3. EDAD MODERNA	53
4.4. SIGLO XX.....	55
5. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN	60
5.1. VOLUNTARIEDAD	60
5.2. CONFIDENCIALIDAD	66
5.3. FLEXIBILIDAD	68
5.4. PROTAGONISMO DE LAS PARTES.....	69
5.5. PARIDAD DE PODER	70
5.6. COMPLEMENTARIEDAD	72
5.7. PROPORCIONALIDAD	73
5.8. OFICIALIDAD Y GRATUIDAD	73
5.9. AUTORIDAD DEL MEDIADOR.....	74
5.10. IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD	75
5.11. DIMENSIÓN COMUNITARIA Y SOCIALIZADORA	77
5.12. BUENA FE	78
6. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES	80
6.1. CONCILIACIÓN	81
6.2. NEGOCIACIÓN	85
6.3. ARBITRAJE	86
6.3.1. Diferencias entre arbitraje y mediación.....	89
6.3.2. Diferencias entre arbitraje y jurisdicción	89
6.4. TRANSACCIÓN	93
6.5. PROCESO	94
6.6. EL “MEDARB”	97
7. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN	100
7.1. VENTAJAS DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL.....	100

7.1.1.	Contribución efectiva a la reparación del daño de la víctima	100
7.1.2.	Beneficios para el sistema judicial.....	101
7.2.	VENTAJAS DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL Y PSICOLÓGICA.....	108
7.2.1.	Dimensión socializadora.....	108
7.2.2.	Nueva concepción del papel de las partes en el proceso.....	109
7.2.3.	Desjudicialización	110
7.2.4.	Colaboración a la reinserción del infractor penal	112
8.	INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN	114
8.1.	INCONVENIENTES DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL.....	114
8.1.1.	Privatización de derechos.....	114
8.1.2.	Dificultad de encuadramiento de los casos mediables	119
8.1.3.	La reparación del daño a través de medios alternativos.....	122
8.1.4.	Mediación y cosa juzgada.....	123
8.1.5.	Posibles efectos perturbadores de la mediación en el proceso	126
8.2.	INCONVENIENTES DESDE LA PERSPECTIVA PSICOLÓGICA Y SOCIAL	127
8.2.1.	Errónea identificación entre reparación y conciliación	128
8.2.2.	La victimización secundaria	129
8.2.3.	Perjuicios de la mediación para el infractor	131
8.3.	INCONVENIENTES DE OTRO TIPO	132
8.3.1.	Confusión entre mediación y terapia	132
8.3.2.	La imparcialidad del mediador	133
9.	LA MEDIACIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO	135
9.1.	CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	136
9.2.	CONTENIDO DE LAS PRETENSIONES REPARADORAS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL	141
9.3.	LA MEDIACIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	145
10.	ESTUDIO DE LA VÍCTIMA Y LA VICTIMOLOGÍA COMO BASE TEÓRICA DE LA MEDIACIÓN PENAL	154
10.1.	CONCEPTOS BÁSICOS DE VICTIMOLOGÍA.....	154
10.2.	EVOLUCIÓN DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL	160
10.3.	PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	174
10.3.1.	Naciones Unidas	175
10.3.2.	Consejo de Europa.....	177
10.3.3.	Unión Europea.....	180
10.4.	LA MEDIACIÓN Y LAS VÍCTIMAS	184
11.	LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE FAMILIA	187
11.1.	CONCEPTO Y PERSPECTIVA LEGAL.....	187
11.2.	REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	199
11.3.	PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS-PROCESALES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR	211
11.3.1.	Objeto de la mediación familiar	211
11.3.2.	La mediación en el proceso de familia	214
11.3.3.	El acuerdo de mediación y su ejecución.....	215
SEGUNDA PARTE		219
LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO		219
1.	INTRODUCCIÓN	221
2.	APROXIMACIÓN SOCIOLÓGICA AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	224
2.1.	Evolución y situación actual de la posición de la mujer en la sociedad patriarcal	224
2.2.	Importación de los conceptos de “género” y “violencia de género” al Derecho Penal	230

3. PRINCIPALES ASPECTOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN NUESTRA LEGISLACIÓN	238
3.1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y EVOLUCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004 EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO	238
4. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO .	248
4.1. CONTENIDO Y FUNDAMENTO	248
4.2. ASPECTOS SUSTANTIVOS	253
4.3. LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004	261
4.4. MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY	272
4.5. VALORACIÓN	280
5. LA LEY ORGÁNICA 1/2004 Y LA MEDIACIÓN EN PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO	285
5.1. INTEGRACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO	285
5.2. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES MÁS RELEVANTES	285
5.3. MOMENTOS PROCESALES	299
TERCERA PARTE	301
DESARROLLO DEL PROYECTO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO	301
1. INTRODUCCIÓN	303
2. OBJETIVOS	304
2.1. SOCIOLÓGICOS Y CULTURALES.....	304
2.2. JURÍDICO-LEGISLATIVOS E INSTITUCIONALES	307
2.2.1. Recepción del Derecho Europeo en materia de mediación en nuestro país	307
2.2.2. Compromiso de autoridades políticas, institucionales y jurisdiccionales	308
2.3. FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	309
3. MARCO DE ACTUACIÓN.....	315
3.1. ÁMBITO SOCIAL.....	315
3.1.1. Usuarios a los que se dirige el proyecto.....	315
3.1.2. Otros afectados que intervienen en mediación.....	316
3.1.3. El mediador y el Equipo de mediación.....	317
3.1.4. Usuarios de la Administración de Justicia y sociedad en general	319
3.2. ÁMBITO LEGISLATIVO	320
3.2.1. Normas legales y de rango inferior afectadas.....	320
3.3. ÁMBITO ORGANIZATIVO	321
3.3.1. Organismos e instituciones	322
3.3.2. Operadores jurídicos en el Juzgado	324
3.4. ÁMBITO GEOGRÁFICO.....	328
3.4.1. Ámbito territorial de aplicación del proyecto	328
3.4.2. Ámbito espacial de desarrollo de la mediación	329
3.5. ÁMBITO TEMPORAL	330
3.5.1. Duración fases de implantación del proyecto.....	330
3.5.2. Fases y periodos.....	330
4. ESCENARIO FINAL	334
4.1. SITUACIÓN FUTURA	334
4.2. SOCIEDAD Y PAZ SOCIAL	335
4.2.1. Beneficios sobre las personas afectadas.....	336
4.3. BENEFICIOS PRÁCTICOS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	339

4.4.	OTROS BENEFICIOS RELACIONADOS CON LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	340
5.	ACTUACIONES NECESARIAS	342
5.1.	LEGISLATIVAS.....	342
5.1.2.	Reformas de normas de rango inferior	352
5.2.	ORGANIZATIVAS	354
5.2.1.	Modelo organizativo	354
5.3.	FORMATIVAS	355
5.3.1.	De los distintos órganos de gobierno de los agentes implicados.....	356
5.4.	PROCEDIMENTALES.....	358
5.4.1.	Convenios y protocolos	358
5.4.2.	Otras reformas necesarias.....	359
5.5.	RECURSOS MATERIALES	362
5.5.1.	Instalaciones.....	362
5.6.	RECURSOS HUMANOS	363
5.6.1.	Integrantes del Equipo de mediación.....	367
5.6.2.	Integrantes del órgano judicial.....	368
6.	FASES Y ETAPAS DE DESARROLLO	370
6.1.	METODOLOGÍA.....	370
6.1.1.	Diseño y elaboración del proyecto. Fases	370
6.1.2.	Aprobación del proyecto, implementación, control y seguimiento	375
6.1.3.	Documentación	375
6.1.4.	Parámetros de calidad.....	375
6.2.	PROGRAMA PILOTO	376
7.	SEGUIMIENTO Y CONTROL DEL PROYECTO	381
7.1.	OBTENCIÓN DE DATOS	381
7.2.	ESTADÍSTICAS Y CUESTIONARIOS DE SATISFACCIÓN.....	381
7.3.	VALORACIÓN DEL IMPACTO EN LA SOCIEDAD	382
7.4.	OPORTUNIDAD E IDONEIDAD.....	383
7.5.	ELABORACIÓN INFORME FINAL DE CONCLUSIONES	384
8.	CALENDARIO	385
9.	PRESUPUESTO.....	387
	Anexo 1. Protocolo de mediación en el juzgado de violencia sobre la mujer.....	389
A1.1.	MEDIACIÓN PENAL.....	391
A1.1.1.	Remisión del asunto a mediación	391
A1.1.2.	Sesión informativa	398
A1.1.3.	Fase de acogida.....	401
A1.1.4.	Desarrollo de las sesiones de mediación	404
A1.1.5.	Fase de acuerdo.....	407
A1.2.	EFFECTOS DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PROCESO JURISDICCIONAL	410
A1.3.	MEDIACIÓN FAMILIAR.....	414
A1.3.1.	Remisión de las partes a mediación familiar	416
A1.3.2.	Sesión informativa	419
A1.3.3.	Desarrollo de las sesiones.....	419
A1.3.4.	Terminación del proceso de mediación.....	423
A1.4.	LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO JURISDICCIONAL.....	426
	Anexo 2. Algunas consideraciones sobre la mediación <i>on line</i>.....	437
A2.1.	LA MEDIACIÓN <i>ON LINE</i>	439
A2.2.	PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA MEDIACIÓN <i>ON LINE</i>	440

A2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN <i>ON LINE</i>	442
A2.4. UTILIDAD DE LA MEDIACIÓN <i>ON LINE</i>	444
A2.5. DESARROLLO DE LAS SESIONES DE MEDIACIÓN <i>ON LINE</i> . ESPECIALIDADES.	445
CONCLUSIONES	447
BIBLIOGRAFÍA.....	459
B.1. BIBLIOGRAFIA	461
B.2. PÁGINAS WEB.....	481
B.3. JURISPRUDENCIA	484
B.3.1. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	486

ABREVIATURAS

ADR, Métodos ADR	Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos
AP	Audiencia Provincial
Aptdo.	Apartado
Art	Artículo
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador, coordinadora
CP	Código Penal
Dir.	Director, directora
Ed.	Editorial
LA	Ley de Arbitraje
Ley 5/2012	Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 1/2004	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
OEP	Orden Europea de Protección
Pág., págs.	Página, páginas
SAV	Servicio de Atención a la Víctima
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

Primera parte

**LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE
CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN**

Resolución alternativa de conflictos: La mediación

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar las posibilidades de aplicación de la mediación como técnica de resolución de conflictos en el ámbito de la violencia de género.

A primera vista este objetivo puede parecer desconcertante dada la premisa de que parte el legislador español: prohibición de la mediación en procesos en materia de violencia de género establecida en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹. Esto constituye un apasionante reto que debemos afrontar con decisión, pero también con la necesaria prudencia que el tema exige por su innegable relevancia jurídica y social.

Tomando como ámbito de actuación el jurisdiccional y como punto de referencia la mediación entendida como sistema complementario de resolución de conflictos², se podría afirmar que nuestra legislación vigente conduce sin ninguna duda a rechazar esta técnica por tratarse de una materia tan delicada y controvertida -por lo que de mediática y politizada tiene, entre otras razones- como es la violencia de género.

Las razones para ello son fundamentalmente dos:

En primer lugar y desde el punto de vista sociológico, el embrionario desarrollo que tiene en nuestro país la mediación intrajudicial supone un obstáculo que sólo con el tiempo se podrá salvar. Puede decirse que las experiencias mediadoras tanto fuera como dentro del proceso han sido escasas y aisladas, debido a la ausencia en nuestra sociedad de una auténtica mentalidad mediadora basada más en la “cultura del diálogo” que en “la cultura de la confrontación”³. Por otra

¹ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que tras enumerar en sus puntos 1 y 2 los asuntos de que conocerán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal y civil, respectivamente y en sus puntos 3 y 4 las reglas de atribución de competencia civil a dichos Juzgados (competencia que se configura de forma subsidiaria a la penal en esta ley), establece en su punto 5 que “en todos estos casos está vedada la mediación”.

² En este trabajo nos centraremos en la mediación intrajudicial, es decir, la mediación que se desarrolla dentro del ámbito del proceso como método de resolución de conflictos complementario a éste. No obstante, haremos una breve referencia por su relevancia y eficacia a la mediación extrajudicial, ámbitos en los que se desenvuelve y utilidad de la misma. Estas experiencias mediadoras desarrolladas en ámbitos sociales y comunitarios funcionan o bien de forma alternativa al proceso o bien de forma independiente al mismo desplegando sus efectos únicamente en la esfera social. Por ello hablaremos de ellas incidentalmente, fijando nuestro interés básicamente en la mediación como instrumento procesal cuyo fundamento y justificación sólo puede tener lugar dentro del ámbito jurisdiccional.

³ Sociológicamente, en las sociedades de nuestro entorno cultural se considera normal el hecho de que los conflictos se traten de solucionar mediante la confrontación acudiendo o bien al uso de la fuerza o bien a un tercero que dirima la controversia desde un poder institucionalizado que no sólo dé solución al conflicto, sino que posea los medios coactivos necesarios para instar su cumplimiento y castigar la ausencia de cumplimiento voluntario. La práctica de la mediación supone en este sentido un importante punto de inflexión que marca una diferencia sustancial en la forma de las sociedades de resolver sus conflictos, porque como apunta FISAS “supone un aprendizaje y un adiestramiento en la resolución positiva de los conflictos. Tiene mucho que ver, por ello, con la educación para una cultura de paz, puesto que cuando solucionamos un conflicto adquirimos la capacidad de solucionar otros futuros conflictos, sea de la misma temática o de otra

parte, cuando surge un problema de convivencia social el recurso a los órganos jurisdiccionales suele ser la única vía de solución a considerar, bien por convicción individual, bien por imposición social y normativa.

En segundo lugar, desde una perspectiva jurídico-procesal, los problemas de compatibilidad e integración que pudiera tener la mediación en nuestra estructura procesal, podrían constituir un serio impedimento para su implantación en nuestro país, ya que nuestro sistema procesal está informado por los principios de legalidad y seguridad jurídica como manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva. A ello se une el desarrollo fáctico durante muchos años de la mediación en ausencia de una regulación legal de carácter estatal, puesto que hasta la promulgación de la Ley 5/2012, de 5 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles sólo se contaba con una normativa reducida a ámbitos territoriales y materias muy específicos⁴.

Respecto al primero de los inconvenientes, la mediación -intra y extrajudicial- tiene una trayectoria relativamente reciente en nuestro país, muy alejado conceptualmente de la tradición anglosajona. El grado de desarrollo y de implantación en estos países tanto de la mediación como del resto de métodos alternativos de resolución de conflictos es mucho mayor, no sólo en el ámbito social sino también y a consecuencia de ello en el ámbito judicial, en el que no estamos ante un concepto novedoso, puesto que desde hace tres décadas coexisten de forma coordinada y estable con el sistema judicial establecido relevantes prácticas mediadoras institucionalizadas.

Por el contrario en nuestro país la mediación es un movimiento relativamente reciente que sólo ha tenido una respuesta limitada en determinados sectores. A pesar de ello, en los últimos años ya se ha dado entrada a prácticas mediadoras en ámbitos jurisdiccionales concretos (jurisdicción de menores, familiar, etc.), en los que se está revelando como un eficaz medio de resolución de controversias. Esta recepción tardía y sin embargo útil es la que nos lleva a preguntarnos si sería posible adaptar esta figura a las especialidades jurídicas y procesales de la violencia de género.

Para ello es necesario considerar en primer lugar las posibilidades que tiene la mediación intrajudicial, lo cual nos obliga a analizar las dificultades que pudiera tener su implantación en el proceso, especialmente en lo que se refiere a los problemas derivados de la compatibilidad de la mediación con los principios informadores del mismo.

diferente (transferencia de aprendizaje)". Así, "aunque sea una técnica, es también una forma de ampliar el sistema de relaciones sociales, una cultura del compromiso y del diálogo, una conducta ética, en la medida que es un ejercicio de respeto, de empatía, de confianza, y hasta de solidaridad". Este alto potencial educativo supone una nueva forma de ver el conflicto y de gestionarlo a través de la cultura del diálogo y por tanto supera el espíritu adversarial tradicional vigente en nuestra sociedad. FISAS, V., "Abordar el Conflicto: la negociación y la mediación", *Revista Futuros* N° 10/ 2005 Vol. III, <http://www.revistafuturos.info>, pág.9.

⁴ Véase el amplio desarrollo de la mediación familiar en la legislación autonómica y la regulación de la mediación en materia familiar y menores como antecedentes normativos de la mediación tal y como hoy se regula en nuestro país.

En relación a estos inconvenientes de tipo jurídico-procesal hemos de decir en primer lugar que el principio de legalidad constituye el eje fundamental del proceso. Este principio general del Derecho supone, por un lado, la primacía de la ley y el sometimiento de los poderes públicos, Estado y particulares a la Constitución y resto de normas del ordenamiento jurídico. Por otro lado- y por lo que respecta al Derecho Penal- constituye una garantía de seguridad y de certeza jurídica, puesto que el hecho sancionado debe haber sido previamente descrito en la norma que liga a éste una consecuencia jurídica también definida legalmente⁵.

Este principio se ve matizado por el de oportunidad reglada, que supone la atribución a los órganos judiciales de la facultad de dejar de perseguir determinados delitos en atención a razones de interés público o utilidad social por tratarse de una lesión al bien jurídico protegido de escasa relevancia. Sin embargo es necesario hacer una precisión previa; como dice ARMENTA DEU, el dilema de configurar un sistema procesal penal en forma acusatoria o inquisitiva (esto es, primando una concepción privada del derecho penal o encomendando el ejercicio de la acción penal a un órgano público) no significa optar de forma determinante por la sujeción del principio de legalidad o del de oportunidad de forma excluyente. Por ello la dicotomía entre principio de legalidad-principio de oportunidad se estaría refiriendo más bien a la pregunta de si el órgano formalmente encargado de la acusación puede o no disponer de un cierto ámbito de discrecionalidad sobre la misma⁶.

Teniendo esto en cuenta es cierto que la introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento se fundamenta en razones de utilidad que hacen que en algunos casos la escasa lesión social producida por un determinado delito, el estímulo a la pronta reparación de la víctima, la necesidad de evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad cortas y la rehabilitación del delincuente aconsejen optar por mecanismos en los que el ejercicio de la acción penal resulte matizado y flexibilizado. La mediación como complemento de la jurisdicción contribuye a esto porque permite discriminar aquellos hechos punibles en los que el Estado tiene interés en su persecución de aquellos en los que ese interés carezca de significación bastante. De esta manera la justicia material se hace efectiva y se conecta además, a través de la mediación, con la utilidad de la persecución penal y el principio de intervención mínima.

Frente a estos argumentos se suele decir que el principio de oportunidad debe ser rechazado por poner en cuestión determinados fines

⁵ Artículos 25.1 de la Constitución Española: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Por su parte, el art. 117 consagra el principio de legalidad y la supremacía de la ley referida tanto a la determinación de los jueces y tribunales que deben juzgar y hacer ejecutar lo juzgado como en su actuación jurisdiccional, esto es, tanto en aspectos orgánicos y funcionales de la Administración de Justicia como en el ejercicio de las funciones constitucionalmente atribuidas, sometidas únicamente al imperio de la ley.

⁶ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991, págs. 187 y 188.

del principio de legalidad como informador del proceso penal sancionado constitucionalmente⁷. Así se dice que este principio elimina la esencia adversarial del proceso penal ignorando los intereses contrapuestos que en él se mueven, que el acuerdo a que se llega no es tal porque el fiscal actúa en una posición superior a la del acusado, que quiebra la seguridad jurídica o que se vulneran los principios de legalidad, igualdad y atribución exclusiva de la función jurisdiccional a los jueces y Tribunales. Sin embargo, considera ARMENTA DEU⁸ que la diferencia entre ambos sistemas no es tanta, porque que determinado sistema procesal penal esté regido por el principio de legalidad no es incompatible con la entrada en él del principio de oportunidad siempre que el carácter garantista de la acción ejercitada por el Ministerio Fiscal quede asegurado, de forma que el principio de oportunidad puede actuar como correctivo del principio de legalidad vigente en nuestro sistema procesal introduciendo mayor flexibilidad en éste, pero además puede justificar la imposibilidad práctica de perseguir todos los delitos.

La recepción del principio de oportunidad en nuestro sistema penal ha sido tardía y sus manifestaciones puntuales, pero a través de ellas se logran beneficios indudables: no sólo el estímulo a la reparación de la víctima o beneficios penológicos y rehabilitadores para el delincuente, sino también la descarga de los órganos judiciales y la mejora del servicio público al que se orienta la Administración de Justicia, necesitado de cierta renovación y enfoques distintos y eficaces.

Así las cosas, la introducción de la mediación como una manifestación más del principio de oportunidad en el sistema procesal penal español parece entenderse a veces como una desnaturalización de los principios de legalidad y seguridad jurídica, o como un elemento distorsionador de su naturaleza y fin.

En cualquier caso dejamos aquí enunciada la pregunta de si podría la mediación influir en dicha acusación y en el margen permitido para modularla a los efectos de admitir su introducción por esta vía en el proceso penal. Intentaremos responder a esta pregunta a lo largo de este trabajo.

Tampoco contribuye a salvar los inconvenientes que supone la introducción en nuestro sistema procesal de la mediación el hecho, como ya hemos dicho, de que su regulación legal haya sido tardía, dispersa, frecuentemente descentralizada y fragmentada en los distintos ámbitos

⁷ La concepción histórica del principio de legalidad que conecta la vinculación del Juez con las teorías retribucionistas de la pena exigen el castigo del culpable en todo caso sin atender a criterios elásticos y matizados por el principio de oportunidad. Este criterio es utilizado por los autores para criticar la quiebra del principio de seguridad jurídica por suponer este principio la posibilidad de exceptuar la aplicación de la ley al caso concreto cuando así lo justifiquen determinadas razones de utilidad pública e interés social. Véase a estos efectos a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, págs. 69 a 72, en las que se hace referencia a la insuficiencia del enfoque tradicional del principio de legalidad y a la necesidad de matizar su concepto, ampliándolo y entendiéndolo no sólo como una injerencia limitativa de derechos de los ciudadanos expresión del ejercicio del *ius puniendi* del Estado a través del proceso legalmente previsto y de acuerdo con normas procesales para las que existe reserva de ley, sino como la única forma posible de habilitar esas injerencias.

⁸ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, *op. cit.*, págs. 66 y 194 a 201.

jurisdiccionales en los que se ha considerado conveniente su regulación. Es necesario un Pacto de Estado en materia de Mediación en el que se coordinen todas las reglamentaciones dispersas que van apareciendo en nuestro acervo jurídico. Pero también es necesaria una labor normativa multidisciplinar que se dedique a la regulación de los distintos aspectos mencionados por la ley que después no han sido apenas objeto de desarrollo; por ejemplo, el estatuto del mediador, las instituciones dedicadas a la mediación y su relación con la Administración de Justicia, la mediación como disciplina académica o los necesarios protocolos para la implementación de esta técnica en la actividad jurisdiccional.

Es imprescindible profundizar en el encaje teórico y dogmático de la mediación a los efectos de su implantación en nuestro sistema jurídico-procesal, pero en este momento ya podemos avanzar que la mediación es una opción complementaria a tener muy en cuenta, aunque su incorporación a nuestro proceso ha de ser tanto desde el punto de vista teórico como práctico meditada y extremadamente rigurosa con la observancia de nuestros principios jurídico-procesales.

El hecho de que la mediación sea una institución ajena a nuestra tradición jurídico-procesal, con los consiguientes problemas de adecuación y de necesidad de un tiempo de rodaje, no debe llevarnos a rechazar su admisión de manera radical. Al contrario, basta un simple ejercicio de observación y análisis del estado de la cuestión en España para comprender que el recurso a la mediación y la necesidad de buscar alternativas a la resolución judicial de conflictos no son casuales, sino que responden a la necesidad de abrir el campo de visión ante la incapacidad de nuestro sistema procesal de resolver adecuadamente los conflictos sometidos a su conocimiento asegurando la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución. Es necesaria pues una reinterpretación de los esquemas vigentes, no sólo porque ante la situación actual es una obligación encontrar alternativas, sino por lo enriquecedor que puede resultar buscar esas alternativas con amplitud de miras y ambición en la fijación de objetivos.

La mediación puede ser esa alternativa que contribuya al saneamiento y revalorización de nuestro sistema procesal. Este método de resolución de controversias encomienda la responsabilidad y la actividad necesaria para ello a las propias partes asistidas por un tercero, lo cual constituye un innovador instrumento al servicio de Juzgados y Tribunales que puede contribuir eficazmente a minimizar los problemas estructurales, funcionales y orgánicos de que adolece la Administración de Justicia y que hacen que ésta se haya convertido en una de las instituciones peor valoradas por los españoles⁹.

⁹ El estudio encargado por el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) a Metroscopia, Estudios Sociales y de Opinión, S.L. titulado "IV Barómetro Externo de la Abogacía Española" publicado en septiembre de 2011 revela que los españoles opinan que nuestra Justicia es lenta, anticuada y complicada.

Esto se traduce en el siguiente diagnóstico: funciona mal; da una imagen anticuada; es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella; su lenguaje y sus procedimientos son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio; en muchas ocasiones no sirve de nada que dé la razón pues en la práctica la sentencia es papel mojado ya que o no se

La recepción e implantación de la mediación en el sistema exige extremar las precauciones para evitar el efecto adverso, es decir, la quiebra de las estructuras procesales y de los principios informadores aplicables produciendo una situación de inseguridad jurídica. Por ello, la mediación intrajudicial sólo puede entenderse estructurada dentro del marco del proceso, como una fase o etapa más integrada en él, nunca como un trámite ajeno o paralelo al mismo.

Esto pasa por la innegable necesidad de dotar a la mediación de un soporte legal y jurídico adecuado; es decir, de una reglamentación legal con la que ya contamos, pero que debe ser objeto de desarrollo y progresión.

Por otra parte el ámbito de la lucha contra la violencia de género ha experimentado en nuestro país un importante avance en los últimos años. La concienciación de un problema que desgraciadamente es causa de un elevado porcentaje de muertes al cabo del año, unido a la preocupación social y política por abordar el problema, haciéndolo visible y

cumple, o se cumple tarde y mal; con frecuencia los jueces no dedican ni la atención ni el tiempo adecuado a cada caso individual, tienden a estar "fuera de onda" respecto de lo que ocurre en la sociedad y, además, a la hora de dictar sentencia por lo general no actúan con total independencia.

Más recientemente, el Eurobarómetro publicado por la Comisión Europea el 21 de noviembre de 2012 en Bruselas revela que "el 64 % de los ciudadanos españoles dice no confiar en el sistema judicial del país, frente al 43 % de media en la Unión Europea (UE) y al 13 % de países como Dinamarca y Finlandia. España es el sexto país de la UE y el tercero de la zona euro en el que menos confianza hay en la justicia nacional (el 34 % de los españoles confían en ella), después de Eslovenia (24 %), Eslovaquia (25 %), República Checa (25 %), Lituania (31 %) e Italia (33 %). La confianza en el sistema judicial es elevada en casi la mitad de los Estados miembros: más del 50 % de los ciudadanos dijeron confiar en la justicia nacional en 13 países de la UE. Dos tercios de los europeos (66 %) dicen sentirse informados acerca de cómo encontrar un abogado, pero reconocen que disponen de menos información sobre otros aspectos del sistema judicial, pero en España este porcentaje baja sensiblemente porque sólo el 52 % de los ciudadanos se sienten informados (20 %, muy bien informados y 32 % bien informados).

Las principales causas de esta desconfianza son la excesiva duración y el elevado coste de los procesos. El 65% de los encuestados en la UE consideran que la duración de los procesos es excesiva y el 48 % se queja de su elevado coste. "Los ciudadanos españoles coinciden con esta tendencia y la superan: el 78 % ven demasiado larga la duración y el 65 % considera que el coste es demasiado alto."

"Cuando se pide a los encuestados que comparen el sistema judicial de su país con el de otros Estados miembros el 25 % de media en la UE cree que el nacional es mejor, mientras que en España solo piensan que es mejor el 6 %."

Por otra parte según el mismo estudio "casi nueve de cada diez personas en la UE (89 %) preferirían solucionar un litigio de forma extrajudicial si hubiera alternativas", aumentando esta proporción en España hasta el 91 %, mientras que solo un 8 % prefiere ir a los tribunales (el mismo porcentaje que en la UE)."

http://www.euroefe.efe.com/3775_euroefe-destacado-noticias/2306885_el-64-de-los-espanoles-no-confia-en-justicia-nacional-segun-eurobarometro.html

En el momento actual no se dispone de información actualizada al año en curso, dado que por ejemplo del X Barómetro del Consejo General del Poder Judicial, Encuesta a población en general sobre la Administración de Justicia es de 25 de septiembre de 2008, pero dado el panorama actual de crisis del sistema y de carencia de medios materiales que alarga la tramitación de las causas provocando la sensación de que la justicia es cara, lenta y desigual, probablemente los resultados de una encuesta en estos momentos serían similares o peores. En el mismo sentido, véase el artículo de TOHARÍA sobre la percepción de la Justicia por los españoles, de 28 de noviembre de 2014. TOHARÍA. J.J., "Jueces y abogados en una sociedad en crisis", *Diario La Ley* n° 8431, Sección Tribuna, 28 de Noviembre de 2014,

Año XXXV. <http://www.metroscopia.org/images/docs/123.jpg>

emprendiendo importantes reformas legales, institucionales y políticas dio como fruto la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004 en lo sucesivo).

Unos años después de la entrada en vigor de dicha ley se puede comprobar fácilmente que no se han logrado todos los fines pretendidos¹⁰. Es cierto que se ha reforzado la lucha contra la violencia de género mediante una ley integral que aborda el problema desde una perspectiva multidisciplinar, y en este sentido la ley debe ser valorada muy positivamente. Pero a pesar de ello no se han alcanzado los principales objetivos propuestos¹¹. Esto junto con otras muchas críticas razonadas a la ley provenientes de sectores autorizados, doctrina, instituciones y profesionales afectados directa o indirectamente por ella nos lleva a afirmar que la LO 1/2004 no ha sido tan exitosa como se esperaba. Esta afirmación se puede sostener porque tras el período de rodaje que toda ley necesita para su consolidación, los resultados en la lucha contra la violencia de género no han sido demasiado esperanzadores, lo cual lleva a plantearnos su utilidad y eficacia.

Se hace necesario un ejercicio de análisis y de crítica desde el prisma de la objetividad, porque es preciso abordar esta materia desde

¹⁰ La propia Exposición de Motivos de la Ley habla de la necesidad de dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres abarcando aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas en la búsqueda de la erradicación del problema mediante una actuación integral y multidisciplinar cuyo objetivo es la conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y a la libertad en el ámbito específico de la relación de pareja. Hoy en día se puede comprobar que el problema de la violencia de género sigue siendo actual, lo cual hace dudar de que efectivamente los ambiciosos objetivos esbozados en dicha Exposición de Motivos hayan tenido toda la efectividad práctica que se buscaba.

¹¹ De hecho uno de las señales más llamativas del escaso éxito de la Ley es el alto índice de muertes por casos de violencia de género, que no se ha conseguido reducir, así como el escaso número de víctimas que en esos casos habían denunciado previamente a su agresor. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad señala en sus estadísticas que retrotrayéndonos a los años más recientes en los que la LO 1/2004 debería ya haber conseguido sus objetivos el número de muertes por violencia de género en el año 2013 fue de 54, de las que tan sólo 11 (un 20,4%) habían denunciado previamente a su agresor. El año 2014 ha seguido la misma trayectoria, puesto que de las 53 muertas durante este año en lo que llevamos de año tan sólo 17 habían denunciado previamente (datos actualizados a fecha 31 de diciembre de 2014).

En el año 2015, a fecha 12 de febrero, última disponible, de las cuatro muertas por violencia de género sólo 1 había presentado denuncia previa.

<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/home.htm>

Extendiendo el campo de visión a unas décadas incluyendo los años anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2004 se puede apreciar asimismo que según datos del Instituto de la Mujer, (Fuente: Delegación del Gobierno para la violencia de género) desde las 54 víctimas mortales del año 1999 (primero con registros estadísticos) hasta las 54 del año 2013 la horquilla ha ido moviéndose siempre en torno a cifras similares. Excepto en los años 2001 (50 muertas) y 2012 (52 muertas) siempre se ha superado esa cifra, a veces incluso de manera muy preocupante (76 mujeres muertas en el año 2008). A destacar las 72 víctimas mortales del año 2004, el inmediatamente anterior a la entrada de vigor de la LO 1/2004, que consiguió reducir ese número de manera no definitiva a 57 en el año 2005. De todo ello se puede deducir que la reducción de la mortalidad por violencia de género no se ha conseguido en modo alguno y que las campañas de sensibilización para la denuncia de todos estos casos tampoco han surtido el efecto esperado. El último dato recogido por esta institución, de hecho, arroja el dato de que a fecha 12 de diciembre de 2014 son 50 las mujeres muertas por violencia de género, de las cuales 16 habían denunciado antes los hechos, y 4 tenían medida de protección en vigor.

http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/docs/VMortales_2014_12_12.pdf

otra perspectiva, buscando nuevas alternativas y siendo conscientes de que el problema de la violencia de género en nuestro país está aún muy lejos de solucionarse y de que puede existir un error de enfoque en la LO 1/2004.

Para ello, la mediación debe ser considerada como una opción a tener en cuenta. Es cierto que la LO 1/2004 prohíbe sin paliativos la mediación en un precepto que en principio no parece admitir interpretación por la rotundidad con que se pronuncia. También es cierto que la mediación, hoy por hoy, pese a la progresión que ha tenido en los últimos años y que viene avalada por resultados esperanzadores, necesita un tiempo de afianzamiento apoyado en un soporte legal sólido, pero es imprescindible dotar a la lucha contra la violencia de género de instrumentos más eficaces en el marco de una estrategia integral adecuada que comprenda enfoques políticos, legislativos, sociales, psicológicos y educativos.

El objetivo de este trabajo es, pues, analizar las posibilidades que puede tener la mediación como técnica de resolución de conflictos en el ámbito jurisdiccional de los procesos en materia de violencia de género. Nos aproximaremos a lugares aún no demasiado frecuentados, tanto de la mediación como de la violencia de género. En la confluencia entre ambos se sitúa nuestra preocupación y nuestro objetivo: elaborar un proyecto de mediación en procesos por violencia de género.

Como paso previo a perfilar el punto de encuentro entre mediación y violencia de género nos dedicaremos en primer lugar al estudio de la mediación con carácter general, revisando algunos de sus aspectos básicos para conocer en qué punto nos encontramos y hacia dónde queremos ir.

En primer lugar será necesario situar la mediación en un contexto jurídico real en nuestro país, para lo cual elaboraremos un concepto de mediación incidiendo en los ámbitos penal y civil sobre los que nos centraremos. Estudiaremos sus características, naturaleza jurídica y distinción con figuras afines con las que guarda similitud.

Será necesario también situar la mediación en el marco de los sistemas de *Alternative Dispute Resolution* de los que procede, a fin de justificar su origen, utilidad y progresión en términos más generales, es decir, en relación de género a especie.

Llegados a este punto nos detendremos y volveremos la vista atrás buscando en la historia de nuestro país las experiencias autocompositivas y en esencia mediadoras que constituyen los antecedentes directos de la mediación tal y como hoy en día la conocemos.

Analizaremos asimismo las características y ventajas e inconvenientes de la mediación como argumentos a tener en cuenta a la hora de abordar su posible integración en el proceso.

No podemos continuar la exposición sin hacer antes un recorrido por la mediación en el derecho supranacional, específicamente en lo que se refiere a su regulación en el Consejo de Europa, Naciones Unidas y Unión Europea. En este último ámbito la mediación no es nueva, dado

que hace ya unos años que se ha apostado por la búsqueda de alternativas a la excesiva judicialización de conflictos, recomendando a los Estados Miembros la introducción en sus ordenamientos nacionales de prácticas mediadoras.

Dado que la mediación está destinada a integrarse dentro del proceso será preciso analizar con detenimiento las experiencias de mediación en nuestro país, específicamente en el ámbito de los procesos de familia, en su reflejo en el proceso y en la recepción de las experiencias mediadoras en nuestro ordenamiento jurídico-procesal.

La teoría del proceso de mediación se encuentra bastante desarrollada y tiene su materialización práctica en diversas experiencias que constituyen los “primeros pasos procesales” de la mediación en España. Existe ya una base doctrinal bastante amplia tanto en lo que se refiere a la elaboración de un catálogo de asuntos susceptibles de mediación, como en lo relativo a los principios, presupuestos, sujetos intervinientes, proceso de mediación y fases. Todo ello constituye la base para una teórica incardinación de la mediación en el proceso español. A ella nos dedicaremos con detalle.

Como ya hemos avanzado, la mediación penal en nuestro país presenta, al menos inicialmente, dificultades de compatibilización debido a la vigencia de principios informadores del proceso penal que a primera vista pudieran parecer insalvables. Este es el primer obstáculo a sortear. A ello dedicaremos la primera parte de un estudio pormenorizado de la mediación en el ámbito penal y sus posibilidades.

Por otra parte en esta tarea de justificación de la mediación penal profundizaremos en el estudio de tres cuestiones tan relevantes como básicas: la reparación del daño, la forma de integración de las pretensiones restauradoras en nuestro sistema penal y el papel que en la evolución de su concepto y objeto ha tenido la consideración de la víctima en el sistema jurídico-penal.

Pero no sólo nos centraremos en la mediación penal. Dado que la LO 1/2004 extiende la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a aspectos penales y civiles¹², debemos tratar separadamente ambos ámbitos jurisdiccionales, adaptando la actividad mediadora a cada uno de ellos.

Por lo que se refiere al aspecto penal material estimamos que las líneas básicas de política criminal en esta materia no han sido acertadas. El exceso punitivo con que el legislador ha intentado frenar en algunos casos la escalada de este tipo de delitos se ha traducido en un progresivo endurecimiento de las penas que nos acerca a un sistema casi retributivo que no ha dado sus frutos en la lucha contra la violencia de género. Esta situación constituye el caldo de cultivo ideal para que se produzca el cruce de caminos entre la mediación y el sistema procesal penal.

¹² Conforme establece el artículo 44 de la LO 1/2004 que adiciona un artículo 87 ter a la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial y que regula la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer distinguiendo competencias en el orden penal y en el orden civil.

Dado que la violencia de género también despliega sus efectos en el ámbito procesal civil, no podemos olvidar la repercusión que en los procesos de familia tienen las prácticas mediadoras como sistema de resolución de conflictos personales, familiares y patrimoniales derivados de la situación de ruptura en la pareja, que han resultado de indudable eficacia y utilidad acreditada sobre todo en separaciones no contenciosas. La mediación en este ámbito procesal debería desplegar sus efectos como lo hace en los procesos de familia habituales salvando claro está, las especialidades de esta materia, pero admitiendo también su utilidad.

Analizados todos estos aspectos nos dedicaremos a estudiar la posible implementación de la mediación en procesos por violencia de género en sus vertientes penal y civil, procurando construir un modelo teórico en el que se superen todos estos problemas, tanto los sustantivos como los procesales.

En la tercera parte de este trabajo nos dedicaremos, una vez analizada la mediación en procesos de violencia de género desde el plano teórico a elaborar desde una perspectiva práctica una propuesta de proyecto de mediación en España adaptado a la violencia de género y a sus especialidades.

Afrontamos con cautela, pero también con decisión, el desafío que supone unir la mediación y el ámbito jurisdiccional en supuestos de violencia de género mediante el desarrollo de una técnica de intervención adecuada en este ámbito, pero es precisamente la convicción de que es necesario someter a examen la regulación actual de esta materia y examinar su enfoque a la luz de nuevos parámetros lo que nos hace intentarlo desde un punto de vista crítico y constructivo.

La tarea es sumamente compleja, pero confiamos en que pueda dar sus frutos, por su utilidad y pretendida coherencia y respeto hacia la estructura jurídico-procesal actual, y por su aportación a una materia como es la jurisdicción en materia de violencia de género ciertamente necesitada de un enfoque distinto, respetuoso con las partes y con la función jurisdiccional de Juzgados y Tribunales pero que haga a la vez progresar el conocimiento y la investigación de nuevas fórmulas que permitan dar una respuesta distinta y eficaz al problema.

2. LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Bajo la denominación genérica de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) o MASC, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, en su traducción al castellano se engloba una miscelánea de procedimientos y metodologías cuya finalidad común es la de resolver conflictos de una forma eficaz sin tener que recurrir a los mecanismos institucionalizados de forma oficial (arbitraje y litigio).

Esto hace que frecuentemente se confunda la mediación con el resto de métodos alternativos de resolución de conflictos, que se utilicen ambos términos como sinónimos o intercambiables o que se desdibuje su naturaleza y su relación de generalidad a especialidad, porque cuando hablamos de sistemas ADR nos estamos refiriendo al género común que integra un indeterminado número de especies de la más variada tipología dirigidas todas ellas a la resolución del conflicto y el restablecimiento de la paz social.

Los sistemas ADR, originarios de Estados Unidos y Canadá, nacieron con el propósito de resolver conflictos vecinales o comunitarios y pronto se revelaron como un medio eficaz de recuperación de la paz social. Su elevado índice de éxito facilitó su integración en el sistema judicial americano en el que con distintas versiones dependiendo de los distintos estados de la Unión adquirieron en poco tiempo un alto grado de implantación y aceptación.

La nota característica de los movimientos ADR en Estados Unidos es la diversidad de modelos y la heterogeneidad en determinados aspectos básicos, que van desde la fijación de objetivos hasta la financiación o las relaciones de integración con el sistema judicial americano¹³. La explicación más lógica al nacimiento de este movimiento en Estados Unidos es la presencia en él de diversos pueblos y etnias que trasladaron sus formas de resolver conflictos al ámbito institucional. Además, como apunta MARQUÉS CEBOLA, el movimiento de “libre acceso a la justicia”, de origen anglosajón, que defendía que todos deberían tener acceso a medios de resolución de conflictos alternativos a los Tribunales, fue rápidamente implantado en Estados Unidos, de manera que cuando en 1976 la *American Bar Association (ABA)* creó el *Special Comité on Minor Disputes* y años después el Congreso de los Estados Unidos aprobó la trascendental *Administrative Dispute Resolution*, el germen de los ADR ya estaba definitivamente implantado a nivel institucional como consecuencia de las raíces sociales precedentes en la materia en este país. Años más tarde, el *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998, que establece la obligación de cada Tribunal de nombrar a un experto en ADR, con el objeto de implantar un programa de utilización de medios alternativos en ese mismo órgano, creando los *Court-Annexed ADR* como

¹³ Para más información véase el pormenorizado desglose que elabora PÉREZ MARTELL enumerando la evolución, fase de implementación y modelo adoptado en cada uno de los cincuenta estados de la Unión. PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Valencia, 2008, págs. 51 a 55.

procedimientos a utilizar en esos casos, supone el espaldarazo definitivo a una corriente plenamente recibida en el sistema judicial americano¹⁴.

Sin embargo, en el Derecho Continental la recepción de las técnicas ADR ofrece sustanciales diferencias estructurales. En opinión de VELARDE ARAMAYO y SASTRE IBARRECHE¹⁵ se hace necesario superar el inconveniente que supone la inexistencia en nuestro entorno de una construcción teórica y dogmática relativa a los “mecanismos de solución extrajudicial de controversias”, lo cual debe hacerse desde una perspectiva unitaria, pero diferenciando al mismo tiempo objetivos, procedimiento y resultado de cada uno de ellos. Por otra parte, el criterio rector de esta “recepción” ha de ser riguroso con las construcciones dogmáticas “consolidadas”, de manera que sin perder de vista ese horizonte se pueden llegar a implementar de forma adecuada en nuestro entorno los sistemas ADR como forma avanzada de resolución de conflictos en el marco de una sociedad globalizada y que precisa de alternativas imaginativas y eficaces. Veremos con detalle los métodos ADR al estudiar las características específicas de la mediación. Sin embargo, nos detendremos ahora a revisar los motivos que pueden hacer aconsejable el recurso a estos medios, no sólo en el ámbito judicial, sino también en aquellos otros ámbitos que consideran preferible la mediación a la solución del conflicto por vías tradicionales.

En estos ámbitos, los métodos ADR se consideran adecuados tanto en casos en que en cualquier actividad de su vida diaria surjan problemas de comunicación que impidan una negociación satisfactoria, si existiendo cierto entendimiento entre las partes existe una incapacidad para encontrar la solución a un determinado problema o para idear una solución creativa, si hay una situación de estancamiento que impida el avance de las conversaciones siendo necesario un impulso o un cambio de enfoque para conseguir un avance o si se considera que la presencia de un tercero ayudaría a solucionar la contienda; en todos estos casos, bien por inercia del sistema o bien por comodidad, su intervención puede ser más beneficiosa y eficaz que una negociación o acuerdo *inter partes*.

En todos estos casos en las dinámicas de negociación puede resultar mucho más útil que dejar a las partes que solucionen el problema por sí mismas, recurrir a un tercero experto que supervise que las partes se encuentran en equilibrio y que la solución al conflicto responde a criterios de honestidad y reciprocidad, evitando la posibilidad de que una de las partes en la negociación utilice su posición para engañar y obtener a costa de ello una posición ventajosa.

Una primera aproximación a las características de los métodos ADR distinguiría aquellos en que son las partes quienes llegan al acuerdo o

¹⁴ Explica la evolución histórica de estos movimientos MARQUÉS CEBOLA, quien concluye que no es posible hoy en día entender la resolución de litigios en Estados Unidos, si no se tiene presente el amplio abanico de mecanismos a disposición de los ciudadanos y que son híbridos producto de la evolución de los medios primarios de ADR, esto es, la negociación, el arbitraje y la mediación. MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación*, Madrid, 2013, págs. 32 y ss.

¹⁵ VELARDE ARAMAYO, M. S. y SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.) en *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Salamanca, 2006, pág. 28

solución (negociación), los procedimientos en que interviene un tercero neutral asistiendo a las partes sin que sea su decisión vinculante y los procedimientos que concluyen con una decisión vinculante emitida por un tercero.

En el primer grupo no interviene un tercero por lo que son las partes quienes deben utilizar los medios y la capacidad necesaria para negociar y alcanzar un acuerdo consensuado que resuelva el conflicto.

Dentro del segundo grupo se sitúan la mediación y la conciliación entre otros muchos instrumentos que se mueven en los más variados ámbitos y materias (especialmente en el sector industrial, comercial y financiero) y que tienen un carácter más técnico y consultivo.

Respecto de estos últimos podemos relacionar, siguiendo a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y a VILALTA NICUESA¹⁶ los siguientes:

- Mini-trial¹⁷
- Summary Jury Trial¹⁸
- Evaluación Neutral¹⁹
- Paneles de Revisión del Conflicto (*Dispute Review Boards DRB*)²⁰
- Agente Neutral (*Neutral listener*)²¹
- Decisión no obligatoria (Non-binding ex parte adjudication)²².

¹⁶ Ver la compilación que hace FERNÁNDEZ –BALLESTEROS tanto de las formas más comunes de ADR, como del estudio de las cláusulas escaladas, que concentran elementos yuxtapuestos, aunque no jerarquizados de sistemas ADR, tanto convencionales como alternativos en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR*, Madrid, 2013, págs. 58 a 101. De la misma manera VILALTA NICUESA los resume y amplía en *Mediación y arbitraje electrónicos*, Cizur Menor, 2013, págs. 68 a 72.

¹⁷ En el mini-proceso, la dinámica consiste en la presentación por los abogados de las partes del material probatorio del que disponen unido a una argumentación ante un comité decisor compuesto por los máximos responsables de las partes (empresas) en el conflicto, que pueden estar presididos por un tercero neutral. Cada parte tiene la oportunidad de hacer sus alegaciones presentando su posición en el conflicto y conociendo la de su adversario. Si las partes no consiguen la transacción, el comité adelanta un posible pronunciamiento para resolver el conflicto si fuera conocido por un Juez. Este veredicto no es vinculante, sino que sólo persigue convencer a las partes para negociar, por lo que está muy indicado para la fase preprocesal del conflicto.

¹⁸ Es una especie de reproducción de un juicio ante un jurado que emitirá un dictamen no vinculante sobre el asunto anticipando a las partes la solución que obtendrían, de manera que permite que éstas valoren de forma realista las consecuencias de ir a juicio.

¹⁹ En la Evaluación Neutral un tercero experto e independiente (evaluador), persona de confianza de las partes en la negociación de cualquier conflicto civil, mercantil o de otro tipo emite un informe y una serie de recomendaciones respecto a las posiciones de las partes en la negociación.

²⁰ Originaria del sector de la construcción, los *Dispute Boards* han ampliado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional su campo de acción extendiéndose al sector financiero, marítimo o comercial. Se establecen como una parte del contrato dirigida a resolver cualquier conflicto o disputa que pudiera surgir desde los primeros momentos mediante la designación de una Junta de Revisión de Controversias compuesta generalmente por tres personas independientes y con experiencia en gestión de conflictos, que se dedican al estudio en profundidad del proyecto para la resolución de cualesquiera controversias que pudieran surgir desde el primer momento.

²¹ El Agente neutral es un profesional imparcial de confianza de las partes contratado para recibir la mejor oferta de cada parte determinando si esas propuestas están lo suficientemente cercanas como para posibilitar una negociación con éxito.

- La adaptación de contratos (*Contract adaptation*)²³
- Las consultas o *Consultation*²⁴
- Los buenos oficios (*Good offices*)²⁵
- Investigaciones (*Survey*)²⁶
- Ombudsman²⁷

Además de estos sistemas ADR insertos, colaboradores o adyacentes a la estructura y organización social, contractual y comercial proliferan también multitud de versiones en otros ámbitos que ofrecen a las partes una alternativa voluntaria o negociada. Entre ellas:

- Negociación con o sin opinión consultiva
- Determinación de hecho por expertos (*Neutral Expert Fact Finding*)²⁸
- Negociación reguladora (*Re-neg*)²⁹
- Arbitraje con oferta final (*Baseball arbitration*)³⁰

Como se puede comprobar, las diferencias entre todos estos instrumentos consultivos de resolución de conflictos en el ámbito comercial e industrial es de matiz, actuando en distintos momentos del proceso de negociación, si bien la mayoría lo hacen con carácter preventivo antes de que surja el conflicto y con el fin de evitarlo.

Pero no son los únicos mecanismos, puesto que existe además una serie interminable de figuras híbridas y heterogéneas que confunden el

²² Las partes confían la resolución de sus discrepancias relativas a materia de patentes o secretos industriales o comerciales) a un tercero (“adjudicador”) que emite su opinión de carácter técnica y no obligatoria.

²³ En contratos a largo plazo, a veces es necesario actualizar los términos contractuales. En estos casos, las partes contratan a un tercero independiente que interviene actualizando el contrato con el objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias llenando lagunas y haciéndolo operativo.

²⁴ Muy utilizado en el ámbito del Derecho Internacional Público, las partes se consultan entre sí ante un evento o circunstancia relevante que pudiera afectar a sus relaciones, con el objeto de adoptar las medidas pertinentes para evitar el conflicto.

²⁵ Intervención amistosa de un tercero para persuadir a las partes sobre la conveniencia de aceptar un medio pacífico de resolución de la controversia que les afecta.

²⁶ Cuando existe una desavenencia sobre la interpretación de un hecho determinado se encomienda su investigación a un tercero independiente (*surveyor*).

²⁷ Más próximo a la cultura y tradición anglosajona y con una importante repercusión institucional y constitucional, de la figura del Ombudsman (o “Defensor del Pueblo”) se predicán más bien las características de intermediación y tramitación de quejas relacionadas con determinados sectores de actividad; hospitales, universidades y representación de los intereses de la comunidad.

²⁸ Este instrumento se refiere al nombramiento acordado por las partes de un experto que emita un dictamen relativo a secretos industriales y comerciales, problemas relativos a la propiedad intelectual o cuestiones técnicas muy cualificadas. Dicho acuerdo puede o no ser obligatorio, dependiendo de lo que hayan acordado las partes al respecto.

²⁹ Mediante la *Regulatory negotiation (Reg-neg)* las Administraciones Públicas asumen la obligación de negociar con las partes interesadas en una negociación que se prevé conflictiva. Se trata de un supuesto claro de actuación preventiva, con la finalidad de evitar el ulterior conflicto y actuando como tercero interpuesto una institución pública que inicialmente no tendría atribuidas tales funciones dada su posición en la estructura público-administrativa.

³⁰ El *Baseball Arbitration* toma su nombre de las negociaciones en torno a discrepancias salariales de los jugadores de la liga de *Baseball* americana durante la temporada 2007-2008. Es un tipo de arbitraje en el que cada parte presenta una propuesta para el árbitro. Después de la audiencia final, el árbitro toma una de las propuestas de entre las presentadas y la convierte en su decisión final, con lo que su discrecionalidad para tomar una decisión es limitada.

paisaje. Se trata de sistemas que profundizan más en el propio proceso comunicativo que lleva a la solución final, entre los que destacan la *facilitatio*, en la que el “facilitador” interviene entre las partes impulsando su capacidad de valorar los hechos, identificar el problema y encontrar soluciones alternativas.

En todas estas figuras se mezclan y confunden características de la negociación, la mediación, el arbitraje, la conciliación, o los buenos oficios destacando el componente mixto de su naturaleza, ya que el acuerdo puede ser vinculante o no, y la opinión emitida puede ser consultiva o no (e incluso proceder de sujetos titulares de potestades públicas), pero en todo caso, todas las figuras se caracterizan porque el proceso puede terminar con una solución decidida por un tercero en caso de que las partes no sean capaces por sí mismas de alcanzar un acuerdo.

2.1. SISTEMAS ADR EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Centrando nuestra atención en los sistemas de resolución de conflictos que se desenvuelven en el marco judicial como complemento adecuado del proceso, es necesario hacer una precisión previa: existen multitud de procedimientos ADR, algunos de los cuales ya hemos mencionado, que son concebidos inicialmente como procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias, pero cuyo destino puede ser el de insertarse en un procedimiento judicial³¹.

A título ejemplificativo y en lo que se refiere a Estados Unidos se pueden mencionar destacadas variables ADR con un importante grado de aceptación e implantación en la organización judicial (o pre-judicial). En el *Case Evaluation*, por ejemplo, las partes en conflicto someten su caso con carácter previo a la interposición de la demanda a un neutral que valora la controversia y los puntos fuertes y débiles de cada parte en la negociación con el objeto de verificar las probabilidades que tiene la demanda de prosperar, evitando así tanto demandas infundadas o con escasas posibilidades de éxito como el colapso de los Tribunales ante un número de asuntos superior al que pueden asumir.

En la *Early Neutral Evaluation*, el experto evalúa la controversia y a la vista de las posibilidades de las partes anticipa un posible resultado del juicio con el objeto de impulsar a las partes hacia un acuerdo. El objetivo inmediato es el de reforzar la comunicación entre las partes, analizar el caso y clarificar el tema central de la disputa, lo cual está relacionado, más que con la resolución del mismo (cosa que puede ocurrir si se llega a un acuerdo), con la colaboración a su adecuado planteamiento en juicio.

³¹ Seguimos de nuevo la compilación de FERNÁNDEZ –BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR*, op. cit., págs. 58 a 101 y el estudio en la materia de VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y arbitraje electrónicos...*, op. cit. págs. 68 a 72. Esta categoría comprende tanto los procedimientos ADR cuya organización, puesta en marcha y reglamentación se deja a la iniciativa particular de grupos, asociaciones o comunidades de carácter privado como aquellos llevados a cabo por instituciones públicas y sostenidos con fondos públicos. Pero en cualquier caso, ya nos movamos dentro del sistema público o nos centremos en la iniciativa privada nos encontramos ante un complejo entramado de sistemas ADR diseñados como colaboradores del sistema y especializados en determinados sectores de la actividad judicial.

El *Minitrial* es un procedimiento privado entre abogados donde se simula un juicio en el que en primer lugar se hacen unas alegaciones previas presentando el asunto ante un neutral, que puede tratar de solucionar la disputa, mediar o aportar su opinión. Aunque no se trata de un juicio propiamente dicho, guarda similitudes con él en lo que se refiere a la puesta en escena y al intercambio dialéctico que se produce entre las partes, puesto que se presentan versiones resumidas ante un neutral, sujeto experto que modera los debates y emite una opinión final.

En el *Summary Jury Trial* un jurado oye los argumentos de las partes sin que tenga lugar la práctica de pruebas ni la llamada a testigos, y emite un veredicto no vinculante.

Mediante el *Judge Hosted Settlement Conference*, en la misma sede del Tribunal de Justicia las partes negocian de forma directa actuando el Juez como conciliador o mediador, de manera que estamos ante una especie de mediación, en que las partes evalúan sus posiciones en lo que puede ser un anticipo del juicio real.

De entre todos estos métodos ADR en el ámbito judicial destacaremos por su conexión con la mediación los *Court-annexed*, *Court-connected*, *Court-referred*, *court-based*, *mediation* o *arbitration*³², términos referidos a distintas modalidades de mediación que parten de distintas premisas. Algunas consideran que el asunto necesariamente debe entrar en contacto con el sistema judicial, residiendo en el Juez la responsabilidad y la decisión de derivar el asunto al procedimiento ADR, materializado en un servicio que forma parte del sistema judicial. En cambio, otros modelos dejan mayor autonomía al neutral (el encargado de desempeñar la labor de resolución del conflicto) y ocupando una posición intermedia, otros modelos implican una mayor o menor vinculación del neutral con el sistema de Justicia.

Entre estos últimos merecen mención especial los denominados *Multi-door Courthouse* (o “Tribunal multipuertas”) como método alternativo dependiente del Tribunal. La misión principal de estos

³² El *Court-annexed arbitration* es una especie de arbitraje administrado judicialmente. Cualquiera de las partes puede pedir al Juez que esté conociendo del juicio que el asunto sea derivado al arbitraje de un abogado que designe ese mismo Juez, o bien éste puede referir el asunto a arbitraje. Esta forma de arbitraje es obligatoria y la decisión es apelable ante los Tribunales. Los *Court-connected* establecen una sesión de mediación obligatoria en la que un mediador intenta facilitar la comunicación entre las partes para conseguir el acuerdo. Esa remisión de las partes a mediación tiene lugar en las primeras fases del juicio en las que a la vista de lo alegado por las partes se decide la derivación a mediación. Los *Court-referred* son programas de mediación concebidos como servicios a la comunidad que abarcan materias muy diversas: separación y divorcio, violencia doméstica, asistencia jurídica gratuita, pago de deudas civiles y multas. Los *Court Based* (en Inglaterra) se centran en reforzar y potenciar la mediación referida a cualesquiera aspectos relacionados con familia y matrimonio: separación y divorcio, acuerdos prenupciales, derechos de abuelos a visitar a sus nietos, aspectos patrimoniales del matrimonio y la separación. El *Arbitration* o arbitraje es una forma de resolver la disputa sin acudir a los Tribunales mediante la decisión vinculante e impuesta de un tercero de cumplimiento obligatorio. Por último la *Mediation* o mediación propiamente dicha es una “negociación asistida” dirigida a la obtención de un acuerdo con la asistencia de un tercero mediador. Para más información, véase la compilación que hace FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, tanto de las formas más comunes de ADR, como del estudio de las cláusulas escaladas, que concentran elementos yuxtapuestos, aunque no jerarquizados de sistemas ADR, en *Avenencia o ADR...*, *op. cit.*, Madrid, 2013, págs. 58 a 101. VILALTA NICUESA los resume y amplía en *Mediación y arbitraje electrónicos...*, *op. cit.*, Cizur Menor, 2013, págs. 68 a 72.

Tribunales es derivar al usuario al programa de resolución de disputas que más se adapte a la naturaleza de la controversia o a las características de las partes. Se basa en la idea de que un conflicto puede ser resuelto por diversas vías: arbitraje, mediación, conciliación, de manera que se analiza la naturaleza de la disputa actuando el Tribunal a modo de enlace entre las partes y el cauce de solución más adecuado. Así, las partes se benefician de la elección de un sistema adecuado a la solución de sus problemas, circunstancias, expectativas e intereses y el Tribunal a su vez ve aligerada su carga de trabajo mediante el estudio de los casos y su derivación hacia el cauce de solución adecuado.

En resumen, los movimientos ADR en Estados Unidos tienen una larga y fructífera trayectoria que debe parte de su éxito al hecho de que hayan sido las instituciones judiciales las impulsoras de los proyectos de mediación que cristalizaron en las leyes de mediación existentes en la mayoría de los estados.

Entrando ya en el tratamiento de la cuestión por países e instituciones de nuestro entorno y centrándonos en primer lugar en la normativa comunitaria, el primer paso dado por la Unión Europea para el impulso de los métodos ADR fue el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2002.

El Libro Verde pretendía constituirse en la primera normativa comunitaria en materia de resolución alternativa de conflictos, planteando ideas básicas y principios estructurales, y dejando constancia de la importancia y expansión de estos métodos y del papel que juegan para hacer frente a la crisis de eficacia de los sistemas judiciales actuales.

En opinión de MARTIN DIZ, estos sistemas deberían armonizarse conforme a la normativa europea, generándose un “conglomerado normativo” presidido por el principio de seguridad jurídica y de normas “mínimas” en los temas a regular; procedimiento, estatuto del mediador, principios rectores o características de la mediación entre otros³³.

Esta idea primigenia no ha sido, sin embargo completada o desarrollada por ninguna otra norma excepto la entonces Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁴, por lo que sería deseable, en opinión del autor citado, que se continuase por ese camino fijando un “estatuto comunitario de la ADR como medio de solución de litigios transfronterizos” con “la inserción del recurso a las ADR en los sistemas internos de Derecho procesal, o incluso, en la dimensión máxima al respecto, en su inclusión en un eventual sistema de derecho procesal comunitario”³⁵.

³³ MARTIN DIZ, F., “Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.), *Introducción al Derecho del Arbitraje...*, op. cit., pág. 83.

³⁴ Propuesta que cristalizó en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³⁵ Señala este autor la conveniencia de que una decisión-marco o recomendación regule las cuestiones generales relativas a la aplicación de ADR en los países miembros (a desarrollar y

Suscribimos enteramente esta opinión. Sólo desde una perspectiva comunitaria amplia, heterogénea y rigurosa puede darse el enfoque adecuado a una materia tan potencialmente eficaz como esta. La Comisión ya dio el primer paso haciéndose eco de las iniciativas que en esta materia se han dado en los países miembros, recapitulando las mismas y estudiando el enfoque que debiera tener la adopción por los Estados miembros de medidas tanto legislativas como de desarrollo para su implantación, desarrollo y promoción en nuestro país, pero se hace necesario seguir el camino marcado y continuar la labor iniciada impulsando desde las instituciones comunitarias el cumplimiento de las observaciones de la Comisión y materializando en normativas nacionales el recurso a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

Ahora bien, esto debe hacerse desde una perspectiva de respeto a las circunstancias propias de cada país, a la diversidad y al sistema judicial establecido, que ha de ser el punto de partida necesario para una adecuada implantación e implementación de los métodos ADR en el ámbito europeo, de forma que, siguiendo las directrices europeas, se consiga una armonización en ese proceso, completada y enriquecida con las peculiares características de los principios y estructuras judiciales de cada país.

2.2. PROBLEMAS EN LA IMPLANTACIÓN DE LOS SISTEMAS ADR EN EL ÁMBITO JUDICIAL DE NUESTRO PAÍS

Entrando en el estudio de la implantación de estas técnicas en países de la Europa continental como el nuestro es necesario formular con carácter previo ciertas consideraciones.

Los sistemas ADR son originarios de países del *Common Law*, en los que el principio de legalidad vigente aparece muy matizado por el de oportunidad. El margen de maniobra de que Jueces y Tribunales disponen en estos países es sensiblemente mayor al de países continentales, de modo que el marco de creación de derecho atribuido al Poder Legislativo y regido básicamente por el principio de legalidad resulta ampliado con la posibilidad de interpretar el Derecho introduciendo criterios de oportunidad. Esto permite que Jueces y Tribunales puedan resolver los conflictos atribuidos a su conocimiento en base a otras herramientas que contemplan, no sólo dicha resolución, sino su evitación mediante un arreglo extrajudicial. Por eso, en estos países, como apunta GALAIN PALERMO³⁶, la discusión no se centra en torno al hecho de que sea posible incluir fórmulas consensuadas en la resolución judicial del conflicto, sino en resolver cuál es el modelo de Justicia reparadora que mejor se adapta a las propuestas de reparación del daño propias de este modelo, que combina la compensación del daño a la víctima con las funciones del Derecho Penal.

transponer en cada una con las peculiaridades necesarias) y que una directiva o reglamento comunitario dé forma a los concretos métodos de solución de conflictos transfronterizos. MARTÍN DIZ, F. "Políticas de la Unión Europea...", *op. cit.*, pág. 95.

³⁶ GALAIN PALERMO, P., "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces", *Revista Penal* núm. 24, julio, 2009, págs. 74 y 75.

El Derecho continental, por otra parte, tiene otro sistema de jerarquía de fuentes que influye decisivamente en su concepción del Derecho y en el diseño de su estructura judicial. Heredero del Derecho romano, germánico y canónico, recoge los postulados básicos de la ley escrita como fuente fundamental de nuestro Derecho y garante de la seguridad jurídica, plasmada en las normas escritas y con escaso margen a fuentes consuetudinarias o jurisprudenciales. Por ello adolece de mayor rigidez en clara contraposición con el dinamismo del sistema anglosajón.

Trasladar a nuestro país una experiencia como la de la mediación implantada con éxito en una cultura social y en un sistema jurisdiccional informado por principios y ordenado por reglas de actuación radicalmente distintas requiere de determinadas prevenciones y del análisis previo de las variables a tener en cuenta para su implantación. No es una cuestión fácil, porque exige una compleja labor de análisis de la realidad, coordinación y adaptación de principios, estructuras e instituciones.

Sin embargo, hay que decir que ambos sistemas han sufrido una evolución a lo largo de los años que les ha llevado a aproximarse en sus postulados, de manera que el sistema continental ha dado entrada a recursos más flexibles y el sistema *Common Law* se ha encaminado hacia posturas más próximas a la certeza y seguridad jurídica.

Los sistemas ADR pueden encontrar en ambos modelos un espacio en el que poder desplegar su ámbito de actuación superando las dificultades teóricas expuestas. El éxito de su implantación en Europa depende de una adecuada recopilación de sistemas ADR, unida a una reflexión rigurosa sobre las cuestiones jurídicas que afectan a su integración en los distintos sistemas judiciales europeos, y al respeto a su soberanía y a sus instituciones, camino iniciado ya por el citado Libro Verde.

3. LA MEDIACIÓN COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

3.1. CONCEPTO Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

3.1.1. Consideraciones previas

Con carácter previo a la elaboración de una definición de la mediación es necesario delimitar el contexto en el que nos moveremos. Para ello revisaremos una serie de conceptos que nos ayudarán a entender la mediación, su diferenciación con figuras afines y su inclusión dentro del marco de la resolución alternativa de conflictos.

Debemos hacer una breve mención al Derecho como orden normativo e institucional en el que la mediación tendrá que integrarse, al conflicto como causa generadora de la actividad auto y heterocompositiva³⁷ y a la resolución de conflictos como fin de dicha actividad.

3.1.2. El derecho como mecanismo de resolución del conflicto

El concepto de Derecho puede ser definido de múltiples formas, tantas como autores han tratado el tema. Mencionaremos algunas de ellas.

GUASP define el Derecho como “el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias, donde se destaca un elemento o aspecto material, las relaciones entre hombres, y un elemento o aspecto formal, la necesidad socialmente establecida”³⁸.

El Derecho supone, en esencia, la regulación con fuerza vinculante de la vida social, de forma que, como dice BOBBIO, es separándonos por un momento del hombre individual” y considerando “la sociedad, o mejor, las sociedades de los hombres,” olvidándonos del individuo y contemplando esa vida compleja, tumultuosa y nunca agotada de las sociedades humanas representada en la Historia” donde el Derecho adquiere su razón de ser y su justificación³⁹.

³⁷ La solución de conflictos mediante estas dos actividades y dejando aparte la autotutela o autodefensa (en que una de las partes infiere a la causante del conflicto un daño o perjuicio de la misma naturaleza) implica la actividad de las partes dirigida a la solución de la disputa mediante el consenso. En la actividad autocompositiva son las partes las que resuelven la disputa, mientras que en la heterocompositiva es la intervención de un tercero la que logra el acuerdo y el fin del conflicto.

Bajo todas estas denominaciones se incluyen procedimientos de diversa naturaleza (allanamiento, desistimiento, transacción, mediación, arbitraje y proceso, entre otros), integrados ya o llamados a integrarse en el sistema institucionalizado para cumplir la función de resolución de conflictos tipificados (por ser habituales y reiterados) en el devenir social.

³⁸ GUASP, J. *Derecho*, Madrid, 1971, págs. 7 y 8.

³⁹ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1992, pág. 16.

De esta manera, como argumenta TORRES SANZ “es la condición sociable del hombre la que determina la existencia del Derecho, es la vida social la que exige imperativamente una ordenación que permita y posibilite la convivencia en su seno”. TORRES SANZ, D. *Historia del Derecho. Bases para un concepto*, Valladolid, 1986, pág. 59.

En palabras de RECASSENS SICHES es en la dimensión social del individuo donde el Derecho resulta indispensable por dos motivos: “primero, porque el hombre necesita una “interpretación del contorno”, de la circunstancia del mundo en el que está, y segundo, porque el hombre no puede satisfacer todas sus necesidades por sí mismo, en virtud de lo cual otorga una especie de crédito de confianza a sus prójimos”⁴⁰.

El Derecho por tanto responde a la conciencia social que demanda la existencia de normas y reglas que regulen la cada vez más compleja vida en comunidad, y lo hace con el objeto de reforzar la seguridad y confianza de la sociedad en el orden establecido resolviendo cualquier conflicto que lo cuestione o ponga en peligro.

Es esa “necesidad socialmente establecida” a la que aludía GUASP la que justifica, por tanto, la existencia del Derecho⁴¹.

3.1.3. El conflicto. Concepto y resolución

Inevitablemente unido al concepto de Derecho surge el del conflicto como generador de la actividad jurídica.

La resolución de los conflictos de intereses surgidos en el seno de la convivencia constituye no sólo el fundamento del Derecho y de la actividad jurídico-procesal, sino también de cualquier otro medio auto o heterocompositivo de resolución de controversias.

Esto es así porque tampoco se entendería la vida social y las relaciones entre individuos, dinámicas, cambiantes e interesadas, sin la existencia de esas “zonas de fricción” consecuencia de los distintos posicionamientos de las personas en todos y cada uno de los problemas surgidos en los diversos aspectos de nuestra vida.

En palabras de PARKINSON -permítasenos entrar en esta materia en concepciones más filosóficas-, “sin conflictos la vida sería estática” porque “todo lo que existe sucede por la discordia”⁴². Por eso el conflicto no debe ser siempre concebido como negativo. Como dice esta autora, “el conflicto en sí mismo no es ni positivo ni negativo”⁴³, sino que es más

⁴⁰ RECASSENS SICHES, L. *Introducción al Estudio del Derecho*, México, 1974, pág. 33 y 34.

⁴¹ De hecho éste es, concluye LATORRE “el aspecto más dramático y popular del Derecho”, el que se refiere a la elaboración de un catálogo de conductas con fuerza imperativa destinadas a ser impuestas coactivamente en una sociedad y elaboradas en respuesta a la necesidad de regular los aspectos más conflictivos derivados de la convivencia. Según este autor, la vida en sociedad exige “que nos abstengamos de realizar ciertos actos que harían imposible la convivencia y que hagamos otros indispensables o convenientes para la existencia de la comunidad”. LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1990, pág. 16.

⁴² PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona, 2005, pág. 21.

DIEZ PICAZO considera que los conflictos son beneficiosos dado que comportan “situaciones de tensión” capaces de transformar el normal transcurrir de la convivencia en una comunidad. DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1993, pág. 7 y 8.

⁴³ PARKINSON .L, *Ibidem*.

En el mismo sentido BERNAL SAMPER considera que el conflicto sólo representa la dinámica del cambio brindando la posibilidad de encontrar nuevas soluciones a los problemas, de manera que aprender a entender el conflicto puede conducir a la formulación de nuevas respuestas “afectivas y productivas”.

bien, consustancial e inherente a la vida en sociedad y consecuencia ineludible de la misma. De hecho, la mayoría de las veces el conflicto puede haber surgido por la posición antagónica de las partes, pero otras veces la causa puede ser la diferente percepción por ellas de una misma realidad o la falta de comunicación o sintonía que ha permitido polarizar sus posiciones, cuestiones éstas que no implican necesariamente una situación de desacuerdo irreversible, sino una incapacidad para gestionar y encauzar adecuadamente el arreglo o la solución consensuada⁴⁴.

La necesidad de resolver el conflicto es además causa del surgimiento de procedimientos diversos -fundamentalmente bajo el monopolio del Estado y encuadrados en el sistema jurisdiccional-encaminados a restaurar la paz social reconduciendo las relaciones entre individuos al estado inicial antes de originarse el problema⁴⁵, pero además exigen de las partes un interés concreto y actual en la satisfacción de su pretensión. Precisamente este interés es lo que justifica la actividad jurisdiccional, porque como apunta CASTILLEJO MANZANARES⁴⁶, “el mantenimiento del interés en el proceso supone la existencia del conflicto”, porque en el momento en que éste deja de existir se pierde el interés en el proceso, medio fundamental para la resolución de los conflictos intersubjetivos entre las partes.

Estos mecanismos, sean de la naturaleza que sean, materializan lo que PETZOLD RODRÍGUEZ denomina “el enfoque transformativo del conflicto”⁴⁷ considerado como restablecimiento o subsanación de las relaciones sociales mediante el diálogo y la comunicación, pero en cualquier caso, como apunta BUSTELO ELIÇABE-URRIOL⁴⁸, vivimos en una cultura de resolución de conflictos en la que todo se plantea desde la disyuntiva del acierto y el error. De esta manera el paradigma de ganador-perdedor se erige en principio informador de los mecanismos “oficiales” de solución de conflictos, pero no se concibe como una actividad constructiva dirigida a la solución del problema, sino como un combate o competición.

BERNAL SAMPER, T., *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, 2006, pág. 27.

⁴⁴ Ver para más información las distintas concepciones del conflicto recopiladas por GARCIAÑDÍA GONZÁLEZ, en las que se recogen enfoques sociológicos más relacionados con un adecuado reparto de recursos escasos o con la situación de amenaza que pueda sentir una parte por una actividad competitiva o incompatible con sus metas o intereses. Vid. *Materiales para la práctica de la mediación*, Cizur Menor, 2013, pág.17.

⁴⁵ En esta línea, considera FERREIRO BAAMONDE que en el ámbito penal el delito puede ser considerado un conflicto en el que, a diferencia de las concepciones clásicas en que se considera que el autor es el único culpable cambia la perspectiva colocando a las partes, infractor y víctima, en el mismo plano de responsabilidad en el surgimiento del problema y en la colaboración para la resolución de la disputa. En este punto encuentra el autor la base del enfoque mediador como actividad proactiva de ambas partes para la recuperación de la paz social. Véase *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pág. 462.

⁴⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, Madrid, 2014, pág. 244.

⁴⁷ PETZOLD RODRÍGUEZ, M., “Algunas consideraciones sobre la labor del mediador penal”, FRONESIS, *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Vol.15, No. 3, 2008, pág. 111.

⁴⁸ BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, D.J. *La Mediación. Claves para su comprensión y práctica*, Madrid, 2009, pág. 209

Este enfoque de la resolución de conflictos choca frontalmente, sin embargo, con la concepción ideológica en que se fundamenta la mediación.

Se suele percibir el conflicto como algo negativo que hay que evitar cuando lo realmente negativo es su enquistamiento, su perpetuación o su resolución de forma provisional. De la misma manera la delegación en un tercero de la facultad de decidir sobre él ignorando la posibilidad de apropiarse uno mismo de la facultad de resolverlo suele considerarse un “mal necesario” para la resolución del problema.

Por ello, y precisamente por la concepción de la mediación desde una perspectiva reduccionista incompatible con la necesidad de contar con la opinión del contrario o con la legítima satisfacción de sus intereses aun cuando sea con sacrificio parcial de los propios, ésta nunca ha sido concebida -al menos hasta hace pocos años- como una alternativa seria y eficaz.

3.1.3.1. Formas de resolución de los conflictos

Considera DIEZ PICAZO que cuando surge el conflicto existen dos posibles formas de solucionarlo, mediante “la espontaneidad de la vida social o la toma de partido, aunque en algunas ocasiones el conflicto se resuelve mediante un parcial y recíproco sacrificio de los intereses en conflicto”. Las funciones de pacificación -necesidad socialmente sentida de que la paz sea restablecida- y de satisfacción -que dicha paz sea restablecida encontrando una solución aceptable- dan lugar a la búsqueda de fórmulas de composición que cumplen una u otra función, o ambas equilibradamente⁴⁹, pero de manera estable y duradera. Por ello el uso de la fuerza como primera y primaria vía de resolución de conflictos tanto más presente cuanto más primitivo y defectuosamente esté organizado el grupo social en cuestión queda desplazado en la evolución propia de las sociedades por la segunda vía, la negociación y el arreglo (recordemos que la raíz etimológica de pacto es *pax*, paz).

Dicho arreglo puede materializarse mediante el acatamiento o sumisión, -jurídicamente denominados allanamiento o desistimiento- o bien mediante recíprocas concesiones que culminan la negociación con el acuerdo.

Pero existe como ya hemos avanzado una tercera vía de resolución de conflictos, los métodos auto y heterocompositivos. Los medios autocompositivos de resolución de conflictos se caracterizan porque son las partes las que, por sí solas y sin la intervención de terceros resuelven sus diferencias. Son ellas mismas quienes definen sus posiciones antagónicas en el conflicto, deciden la solución del mismo prescindiendo del uso de la fuerza o la autodefensa y colaboran para su solución desarrollando una actividad personal basada en el diálogo y la cooperación. Las manifestaciones básicas de los medios de autocomposición son la negociación y la transacción. También son autocompositivos la mediación y la conciliación, en tanto que, a pesar de

⁴⁹ DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, op. cit, págs. 16 a 18.

la intervención de un tercero mediador o conciliador es la voluntad de las partes la que resuelve el conflicto.

Sin embargo, en los medios heterocompositivos de resolución de controversias es un tercero ajeno a las partes quien decide y soluciona el conflicto. Son formas heterocompositivas de resolución de conflictos el arbitraje y el proceso judicial, en las que la resolución se materializa mediante la atribución a una organización estable y reconocida de la autoridad necesaria para hacerlo, cumpliendo así la función de pacificación social.

DIEZ PICAZO⁵⁰ parece admitir ya en un primer momento la existencia, capacidad y validez de otras formas alternativas de resolución de conflictos de intereses surgidos en la sociedad como consecuencia de la existencia de problemas y enfrentamientos derivados de la normal convivencia. Es más, considera que no es el Derecho “por supuesto”-dice- el único modo de resolver dichos conflictos de intereses, con lo que parece que se abre la puerta, no ya a la admisión de la existencia de dichas formas alternativas de resolución de conflictos, sino al reconocimiento de la validez, eficacia y posibilidades de futuro de las mismas.

3.1.3.2. La expresión “Resolución de conflictos”

La expresión “resolución de conflictos” es admitida sin inconveniente por la mayoría de la doctrina por entender que lo que cualquier método compositivo persigue es en términos generales la solución del problema o controversia.

Esto, que puede parecer una obviedad, no lo es tanto si tenemos en cuenta que la propia denominación de “resolución de conflictos” está sujeta a matizaciones.

Algún autor como GORDILLO SANTANA⁵¹, refiriéndose a la mediación, pero usando una terminología perfectamente extrapolable al resto de métodos compositivos, prefiere hablar de “afrentar y regular conflictos” por entender que el fin último de la mediación no es sino recomponer las relaciones sociales, abordando y reconduciendo los problemas surgidos en el ámbito de la convivencia.

Cierto es que para llegar a la fase de “resolución” del problema antes es necesario “afrentar y regular” el mismo. Precisamente estos cometidos constituyen las fases del proceso de mediación, de manera que la fase de planteamiento de los hechos, contención de la crisis y aislamiento de los problemas vendrían a corresponderse con la expresión “afrentar el conflicto”, mientras que la fase de creación de alternativas, negociación y toma de decisiones se identifican más con la idea de “regulación del problema”.

La regulación y resolución del conflicto buscando métodos alternativos al judicial ha adquirido en los últimos años mayor relevancia debido a la constatación del fracaso del proceso (penal en mayor medida,

⁵⁰ DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, op. cit, pág. 13.

⁵¹ GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, pág. 27.

pero con efectos semejantes en otras jurisdicciones), que lejos de poner fin a la contienda contribuye a radicalizar la identificación de las partes en el proceso como “vencedor” y “vencido”, prolongando el enfrentamiento, a lo cual se une la necesidad sentida en distintos sectores de dirigir la mirada hacia otras posibilidades de solucionar la crisis para evitar perpetuar la confrontación.

Por ello estimamos correcto el uso del término “resolución de conflictos” por identificarse plenamente con el fin de la mediación y por responder con más precisión al fundamento de la misma; esto es, por pretender la solución de conflictos de forma distinta a la habitual, la jurisdiccional, fundamentándose en el consenso y el diálogo para el logro de tal fin⁵².

Asimismo, es frecuente utilizar también la expresión “gestión del conflicto”, más expresiva de la posición activa de los sujetos de la mediación, que deben mantener una actitud cooperativa y colaboradora dirigida a la consecución del fin que se pretende, encontrar una solución al problema⁵³.

Sin embargo, dicha terminología parece aludir más al “qué” que al “para qué”; es decir, se centra más en la actividad a desplegar por los sujetos implicados en la mediación que al objetivo perseguido, puesto que las partes “gestionan” o de alguna manera “manejan” su problema a fin de conseguir la solución del mismo. Desde nuestro punto de vista y de acuerdo en este sentido con GONZÁLEZ CANO “la mediación aparece así como una forma “para” (y no “de”) resolución del conflicto”⁵⁴.

En cualquier caso se puede considerar válida cualquier denominación que recoja la esencia de la actividad de mediación; esto es, el pacto y la colaboración de las partes en la resolución de sus problemas mediante una actividad negociadora y de acercamiento de posturas con, como decía DÍEZ PICAZO, “recíproco sacrificio de intereses”⁵⁵.

Así pues, la característica diferenciadora esencial entre la mediación y el resto de medios alternativos de resolución de conflictos, radica en que la mediación aúna esfuerzos en la búsqueda de la solución mediante el consenso y el diálogo entre las partes, de manera que, en un afán superador de las vías convencionales de resolución de conflictos trata de resolver el problema de manera pacífica y definitiva, pero

⁵² Es precisamente en la idea de convergencia de intereses de las partes y en la búsqueda de objetivos comunes en la que reside la idea de la mediación, de manera que, ya se trate de un conflicto latente, emergente o manifiesto se hace necesario minimizar las divergencias para aproximar posturas en busca de la resolución del problema. VELARDE ARAMAYO, M. S. y SASTRE IBARRECHE, R., Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.) *Introducción al Derecho...*, op. cit., pág. 65.

⁵³ SÁEZ VALCARCEL, R., “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia” en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos: la Mediación*, Madrid, 2007, pág. 76.

⁵⁴ GONZÁLEZ CANO, M.I. “Los métodos alternativos de resolución de conflictos” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Madrid, 2007, pág. 137.

⁵⁵ DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...* op. cit, pág.20.

utilizando mecanismos que vienen a complementar la función jurisdiccional.

3.1.4. Complementariedad y alternatividad de los métodos de resolución de conflictos

Los términos “complementario” y “alternativo” aplicados no sólo a la mediación, sino también al resto de medios alternativos de resolución de conflictos suelen usarse de manera indistinta por la doctrina, a pesar de que ni semánticamente ni en lo que se refiere a su aplicación y efectos en el proceso son equivalentes.

Sin embargo, es preciso aclarar en primer lugar que la relación entre proceso judicial y mediación intrajudicial ha de ser jerarquizada; esto es, el proceso ha de configurarse como actividad principal y la mediación como subordinada y condicionada a su adecuación a la primera, y a la conveniencia o no de su aplicación en el proceso y en la materia en cuestión. Por eso los términos “alternativo” en el sentido de opcional, y “complementario” en el sentido de adicional, ampliatorio o explicativo adquieren una significación diferente cuando se trata de compatibilizar proceso y mediación, puesto que la mediación puede ser vista desde ambas perspectivas y actuar en el proceso según ambas premisas⁵⁶.

Así, cuando algunos autores como GRANADOS PÉREZ⁵⁷ dicen que “no hay alternativa a lo jurídico”, porque “en todo caso la mediación es una alternativa a lo contencioso, no a lo judicial” no se están tratando ambas esferas como ámbitos de actuación incompatibles o irreconciliables, sino como unidos en una relación de colaboración intrajudicial en la que lo consensuado por las partes toma forma jurídica recibiendo sanción judicial.

De esta manera, definir la mediación como sistema complementario de la jurisdicción responde a su finalidad, porque se trata de un método que viene a enclavarse dentro del sistema jurisdiccional como una opción eficaz para una adecuada resolución del conflicto y, al mismo tiempo, perfecciona la actuación procesal introduciendo nuevos elementos en el

⁵⁶ Esto depende también, en gran medida del enfoque que el legislador haga de la relación entre mediación y proceso, en especial teniendo en cuenta que si determinados conflictos quedan fuera del ámbito del proceso, la configuración de la mediación sí tendría la calificación de alternativa (denominación que parece sugerir, aunque no sea así, un apartamiento del recurso a los órganos jurisdiccionales para la resolución de conflictos). Sin embargo, en todas aquellas cuestiones que caen dentro de la órbita de la resolución jurisdiccional de conflictos la mediación adquiere plena significación cuando se califica como “complementaria”. En todo caso, la configuración de la mediación en su versión de alternatividad o complementariedad puede ser una mera cuestión terminológica, dado que no se trata de conceptos antagónicos, sino de vías distintas cuyo encaje con el proceso materializará su carácter en uno u otro sentido. No nos planteamos en ningún momento, como se ve, la idea de configurar la mediación extrajudicial como sustitutiva de la jurisdicción en relación con determinadas materias, pero en lo que se refiere a la mediación intrajudicial, tenemos que concluir con MARQUÉS CEBOLA que la cuestión a plantearse no es el tipo de relación entre proceso y mediación, sino qué institución (proceso o mediación intrajudicial) es más apta para la resolución de un determinado conflicto por las “especificidades, ventajas e inconvenientes” que ofrece. MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación*, *op. cit.*, pág. 61.

⁵⁷ GRANADOS PÉREZ, F., “Mediación y Administración de Justicia” en RUIZ MARÍN, M. J., (Dir.) *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Madrid, 2005, pág. 71.

devenir del proceso enriqueciendo éste con su aportación. Es más, como opina LARRAURI PIJOÁN⁵⁸ la mediación, se define como alternativa para responder a la necesidad de evitar los problemas que causa la introducción de los principios de justicia restauradora -pensada para un ámbito extrajudicial- en un sistema penal tradicional como el nuestro.

Ahora bien, que sea una alternativa no significa, según la autora ni que se prescindiera de los principios que rigen en el proceso penal ni que no se usen sus recursos. La relación entre mediación como sistema alternativo y proceso penal no es, por tanto de exclusión, sino más bien de integración complementaria o de “alternativa” al proceso penal tal y como lo conocemos, pero dentro de él, no como opción excluyente de éste. En el mismo sentido, BARONA VILAR⁵⁹ considera que el recurso a la mediación exige, como requisito previo sin el cual no es posible concebirla, “la posibilidad de, por un lado, vincular de forma previa, en o al finalizar el proceso penal, los resultados de la mediación penal con éste, y, por otro, ante un posible fracaso de la mediación penal, acceder sin trabas a la tutela judicial penal a través de los Tribunales”.

Asimismo, esta idea de complementariedad conecta con la proporcionalidad, que trata de orientar el Derecho Penal hacia una restricción de las penas o sanciones privativas de libertad cumpliendo las exigencias del Derecho Punitivo como *ultima ratio* que materializa el juicio de ponderación de la gravedad del hecho, anudando a él una pena que cumpla los fines restaurativos pretendidos. Se trataría por tanto, como dice CASTILLEJO MANZANARES⁶⁰, de no configurar la mediación como una alternativa al proceso sino más bien como un “mecanismo que, en el marco del proceso penal, debe operar en el contexto de un proceso abierto, claro está, regido por el principio de oportunidad, y sirviendo como medio para alcanzar los fines de dicho proceso”

Para terminar, se puede concluir con lo dispuesto en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil al conceptualizar estos métodos -el informe se refiere a los métodos alternativos de solución de disputas- de manera que constituyan “no tanto una alternativa a la justicia como una justicia alternativa” convirtiendo a la mediación en un complemento a la justicia y en un medio para favorecer el arreglo o el acuerdo entre los interesados en aquellas materias que por su naturaleza se presten a ello⁶¹.

⁵⁸ LARRAURI PIJOÁN, E., “Justicia restauradora y violencia doméstica” en ASÚA BATARRITA A., y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, págs. 127 y 128.

⁵⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, págs. 269 y 273 y 274.

⁶⁰ Por otra parte, la mediación cumple fines más sociológicos que los del proceso, porque según esta autora puede servir como método para paliar el miedo difuso de la sociedad y los conflictos penales en los que, en buena medida, subyacen aspectos más sociales que jurídicos: pobreza, patologías mentales, adicciones, inmigración..., de manera que contribuye, de manera más efectiva que el proceso a reparar el tejido social. CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid, 2010, pág. 17.

⁶¹ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil. www.poderjudicial.es/CGPJ/Informes/2010/.

3.1.5. Concepto de mediación

Podemos afirmar en primer lugar que no existe una definición universal del concepto de mediación, válida para cualquier tiempo, lugar y sociedad. Mejor dicho, existen tantos conceptos de mediación como autores han tratado de delimitar su significado o como sociedades, civilizaciones o grupos han utilizado esta herramienta para resolver los conflictos surgidos en el seno de la comunidad. Esto ocurre porque la mediación es un mecanismo tan flexible y versátil que cualquier intento de conceptualizar esta herramienta se suele quedar en una mera enumeración descriptiva de los elementos que la componen.

Por otra parte el término “mediación” es equívoco porque como apunta GONZÁLEZ CANO⁶² sugiere la idea de solución por medio o por intermedio de un tercero, cuando ese tercero -el mediador- sólo cumple funciones de asistencia y ayuda para la solución del problema que afecta a las partes, limitándose su función a fomentar el diálogo desarrollando en las partes las habilidades sociales y comunicativas necesarias.

Aunque pudiera darse por buena la yuxtaposición de algunas características que más adelante estudiaremos, para elaborar una “Teoría de la Mediación” o una “Introducción a la Mediación” es necesario dotar a esta figura del soporte teórico básico imprescindible para su comprensión y contextualización. Para ello podemos comenzar buscando los elementos esenciales que forman parte de la mediación y acerca de los cuáles existe cierto consenso⁶³, al objeto de llegar a una definición dogmática válida y adecuada.

Algunos autores consideran sin embargo que sí es posible dar un concepto unívoco de mediación. MEJÍAS GÓMEZ⁶⁴, encuentra un denominador común en cuantas definiciones puedan encontrarse, cual es, “el protagonismo de las partes en cuanto a la consecución de la solución, que siempre es pactada”, de manera que “el concepto es común, por serlo los objetivos y la forma de llegar a la solución”.

Se puede comenzar a formalizar un concepto de mediación desde una perspectiva sociológica y psicológica definiéndolo con BUSTELO ELIÇABE-URRIOL⁶⁵ como “un proceso flexible en el cual dos o más

En el mismo sentido, LACRUZ MANTECÓN, M., “Incorporación de normas de la Unión Europea” en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGER VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, 2012, pág. 571.

⁶² GONZÁLEZ CANO, M.I. “Métodos alternativos de resolución de conflictos” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...., op. cit.*, pág. 137.

⁶³ Sin por ello correr el riesgo de, en palabras de GORDILLO SANTANA “dejar fuera a los que tienen una visión diferente”. GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa...., op. cit.*, pág. 182.

⁶⁴ MEJÍAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, 2009, pág. 72.

⁶⁵ BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, D. J. *La Mediación...., op. cit.*, págs. 135. En la evolución conceptual del autor se va apreciando un mayor énfasis en la dimensión sociológica de la mediación reflejada en el objetivo señalado como prioritario desde el concepto inicial, basado en la apropiación por las partes del conflicto como forma alternativa y no adversarial de resolución del mismo. En esta concepción dicha apropiación es sustituida por la voluntad de las partes de adueñarse activamente del conflicto a fin de encontrar una solución al mismo, de manera que cobra mayor protagonismo la iniciativa de las partes y su decisión resolutoria del conflicto

personas inmersas en un conflicto puntual complejo, no relacional, en los términos en los que su cultura entienda el concepto de la relación que les vincula, solicitan la presencia de uno o más mediadores profesionalmente formados, para que trabajando con las partes con equidistancia funcional y sin directiva alguna de orden jerárquico institucional o profesional, procuren que las partes se apropien activamente del conflicto y alcancen el objetivo de tomar alguna decisión informada en relación al mismo”.

Este autor desglosa los elementos de esta compleja definición:

- “Es un proceso flexible
- Dos o más personas
- Conflicto puntual complejo no relacional
- Concepto cultural del conflicto
- Solicitan
- Uno o más mediadores
- Profesionalmente formados
- Trabajando con las partes
- Equidistancia funcional
- Sin directiva alguna de orden jerárquico institucional o profesional
- Procuren que las partes se apropien del conflicto
- Alcanzen el objetivo de tomar alguna decisión informada en relación al mismo⁶⁶

Partiendo de esta base sociológica y psicológica de mediación, pero ahondando en la búsqueda de una definición jurídico-científica de mediación general, que en lo posible sea válida para cualquier materia, tiempo y lugar, PUY MUÑOZ ⁶⁷ nos da una definición enumerativa, configurando la mediación como la suma de los siguientes elementos:

- “un procedimiento
- que resuelve un conflicto entre dos
- con un acuerdo justo y legal
- obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria
- moderado por un mediador imparcial y neutral
- provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva”

Se contempla aquí la mediación desde una “visión jurídica positivista y formalista”, que constituye, como dice el autor, un “modelo de definiciones doctrinales descriptivas” que puede resultar muy útil por concentrar elementos objetivos básicos en esta figura. Consideramos esta definición más acertada, por neutra, que la que ofrece a continuación desde una “visión realista o iusnaturalista” enumerando estos otros elementos para construir la definición “esencial” de mediación:

- “un proceso transformativo

desvinculada de la significación institucional que dicha decisión tiene para los poderes públicos y su papel como instancia primigenia y fundamental para alcanzar el fin de la paz social mediante el uso de las herramientas social, política y socialmente consensuadas y legitimadas para ello.

⁶⁶ BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, D. J., *La Mediación...*, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

⁶⁷ PUY MUÑOZ, F. “La Expresión Mediación Jurídica: Un análisis tópico” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, *op. cit.*, pág. 25.

- de comunicación circular
- que coloca las personas descentradas en su centro
- y ordena el fluir de los conflictos que las enfrenta
- al hallazgo de la misma cosa justa
- evitando la recaída en la espiral de la venganza”

Esta definición persigue concretar un concepto más filosófico, incluyendo elementos que van más allá del objeto de la mediación tales como su capacidad de transformar el mundo buscando soluciones justas y evitando espirales de venganza. Por ello, y al objeto de ofrecer un concepto jurídico neutro, válido y universal, consideramos más adecuada la definición descriptiva, dado que los elementos intencionales o subjetivos serán tratados más adelante cuando hablemos del interés y fin de la mediación.

De la primera definición debemos destacar ciertos aspectos relevantes. La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que la mediación es un “procedimiento”, entendido como forma de proceder, como secuencia de actividades o modo de organizar o hacer determinadas cosas⁶⁸. Muchos autores, intentando quizás separarse de cualquier connotación formalista que asemeje la mediación al proceso judicial, adjetivan la definición diciendo que se trata de un procedimiento “informal”. Por ejemplo, opina SAN MARTIN LARRINOA⁶⁹ que el hecho de calificar la mediación como procedimiento de naturaleza informal no quiere decir ausente de regulación, puesto que suele la mediación aparecer frecuentemente regulada “con mayor o menor intensidad por normas espontáneas o informales”. Dicho en otras palabras, una cosa es “informal”, característica definitoria básica de la mediación, y otra “no estructurado”. Como apunta ORTUÑO MUÑOZ⁷⁰ nuestro legislador ha prescindido del adjetivo “estructurado” (que sí se incluyó en la Decisión Marco 52/2008 y en el Anteproyecto de Ley de Mediación, en el que se hablaba de “negociación estructurada”) para calificar el proceso de mediación atendiendo al dictamen del CGPJ, que recomendaba la introducción de un concepto de mediación dentro del marco legal de un procedimiento tipo establecido. Sin embargo esto no quiere decir que la mediación no deje de ser un procedimiento flexible y organizado, que distingue etapas y transcurre de acuerdo con una predeterminación metodológica.

Algún autor, como MARQUÉS CEBOLA⁷¹, prefiere definir la mediación como un método, que, igual que el procedimiento implica una sucesión de actos, pero ordenados a un fin preestablecido en el que entra en juego, además, el análisis de los recursos disponibles para conseguir el

⁶⁸ Este término es preferido al de “proceso”, por participar de la naturaleza de solución de conflictos, pero carecer del carácter jurisdiccional implícito en el término proceso, necesariamente unido a una actividad de esa naturaleza.

⁶⁹ SAN MARTIN LARRINOA, M. B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. (Del presente francés al futuro español)*, 1997, Vitoria, 1997 pág. 219.

⁷⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 1 de la Ley 5/2012” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, 2013, pág. 24.

⁷¹ MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación...*, .op. cit, pág. 93

objetivo mediante la elección de entre todas las alternativas posibles la más adecuada para ello. Precisamente, según la autora, esta denominación se ajusta mejor a la actividad de mediación, en la que el profesional, teniendo a la vista el conflicto, los objetivos y los recursos disponibles, utiliza los instrumentos a su alcance para fomentar el diálogo y encontrar la solución al conflicto.

Por ello, el éxito o fracaso de la integración de la actividad mediadora dependerá de la regulación cuidadosa de su objeto, sujetos y procedimiento, poniéndolos en relación con una metodología adecuada, que enfoque de forma precisa el problema, el objetivo y los recursos a utilizar. De esta manera, la mediación quedará dotada de la forma necesaria para superar el carácter “informal”, en el sentido de “desestructurado” o “asistemático” que erróneamente se predica de ella a veces.

El procedimiento se caracteriza por la presencia de un tercer sujeto que actúa como moderador, cuya misión es procurar el acercamiento de las partes, el mantenimiento del diálogo y la consecución del acuerdo. Es el mediador quien, en el sentido más literal del término se interpone entre las partes del conflicto que riñen o contienden procurando el acuerdo o la reconciliación.

En la definición de PUY MUÑOZ⁷² se hace referencia al fin u objetivo de la mediación, la consecución de un acuerdo “justo y legal”. Se da entrada a los conceptos “justo” y “legal”, que parecen responder más a ideas *ius naturalistas* que meramente descriptivas. Sin embargo, si bien es cierto que “justo” y “legal” no son conceptos intercambiables, lo que realmente persigue la mediación es que dicho acuerdo sea válido, y eficaz para la consecución de la paz social y la restauración del orden social o jurídico transgredido. No sirve cualquier solución, debe ser una solución “justa, pacífica, equilibrada, que ambas partes reconozcan como adecuada y conveniente”, por lo que el acuerdo justo y legal debe ser el fin y el objetivo, porque así se conseguirá la paz social.

Otra definición interesante es la de MANZANARES SAMANIEGO⁷³, quien postula que como “institución compleja y plural” que es, “la mediación es una forma alternativa y complementaria a la vía judicial, pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes”⁷⁴.

⁷² PUY MUÑOZ, F. “La Expresión Mediación Jurídica: Un análisis tópico” en SOLETO MUÑOZ, H., y OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. ...*, op. cit., pág. 25.

⁷³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, 2007, Granada, pág. 47. Centrándose en su modalidad extrajudicial, BARONA VILAR la define como “procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de su conflicto penal, que existe, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario”. Ver su obra *Mediación penal...*, op. cit., pág. 257.

⁷⁴ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva...*, op. cit., pág. 71.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en litigios transfronterizos sobre asuntos civiles y mercantiles nos aporta una buena definición de la mediación como “proceso estructurado, sea cual sea su nombre y definición 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 y ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un estado miembro” -Artículo 3 a) de la Directiva-.

Resumiendo, las características comunes en las definiciones encontradas en la doctrina son la intervención del tercero mediador en su papel de facilitador del diálogo y el acuerdo por un lado y por otro el fin último de la mediación, la consecución de dicho acuerdo, eficaz, definitivo y pacificador a través de medios alternativos de los actuales, considerados, constitucional e institucionalmente adecuados para resolver los conflictos jurisdiccionales. Así, se podría decir, con RODRÍGUEZ LAÍN⁷⁵ que la mediación actúa resolviendo el conflicto en tres bandas: garantizando el interés del Estado, dando respuesta al conflicto concreto y además dando respuesta al conflicto subyacente permitiendo abrir la vía del diálogo respecto del mismo.

Por lo tanto, asumiendo los postulados vistos previamente y las características especiales del entorno judicial, en este trabajo nos referiremos a la mediación intrajudicial como:

Método de resolución de conflictos integrado en el procedimiento judicial dirigido a reparar el daño al ofendido o perjudicado, a responsabilizar al infractor de sus actos y a restablecer la convivencia social mediante una labor de las partes basada en el diálogo y desarrollada en un clima de confianza, en el que éstas actúan dirigidas por un tercero mediador, debidamente formado en la misión de acercar posiciones, desarrollando las habilidades necesarias para analizar el conflicto, sus causas y antecedentes, empatizar con los contendientes y buscar juntos la hipotética solución, justa y legal a su conflicto, mediante una actitud cooperativa y de recíproco sacrificio de derechos e intereses en la medida imprescindible.

De esta definición de la mediación se deducen unas notas características en cuyo estudio entraremos a continuación después de un acercamiento a la historia de la mediación.

⁷⁵ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., “Mediación penal y violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7557, 28 Enero 2011, año XXXII, pág. 1. Ver, por su parte, la compilación que de los distintos conceptos de mediación realiza GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, distinguiendo entre definiciones centradas en la figura del mediador, en la finalidad de resolución de conflictos, de apertura de vías de diálogo o definiciones centradas en las cualidades de los procedimientos de mediación en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la práctica...*, op. cit., págs. 43 y ss.

4. BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN

4.1. LA MEDIACIÓN EN EL MUNDO. ANTECEDENTES

El fenómeno de la mediación es tan antiguo como la existencia humana y la presencia de conflictos en las relaciones entre miembros de un grupo, entre grupos o entre comunidades. Desde siempre han existido prácticas mediadoras en las que un tercero se interponía entre los contendientes con el objeto de resolver la disputa, porque es una necesidad antropológica del ser humano recurrir a la autoridad de un tercero para dirimir la disputa y recuperar la armonía social.

Por eso SAN MARTÍN LARRINOVA define la mediación como “justicia de grupo”⁷⁶ al que pertenece el tercero llamado a resolver el conflicto desde una posición de igualdad con las partes., en contraposición con los sistemas de “justicia estatalizada”, en los que quien debe resolver se sitúa por encima del grupo y actúa como autoridad a la que el Estado ha atribuido, normalmente en régimen de monopolio, la función de resolución de controversias entre sus miembros. De esta manera se intenta identificar la actividad mediadora con la finalidad de reequilibrar la relación social y la justicia estatal como actividad dirigida a la aplicación de la ley. Quizás sea excesiva esta afirmación, pero lo que sí es cierto es que en la lucha por detentar el monopolio en la aplicación de la ley asumiendo el control del orden jurisdiccional y residenciándolo en órganos institucionalizados, se ha perdido de vista casi por completo el fin de restablecimiento de la paz social. Por ello se puede afirmar que en lo relativo a esa dimensión socializadora en la resolución de conflictos, la mediación lleva ventaja por su carácter subjetivo y su perspectiva psicológica y sociológica orientada a la resolución del conflicto con vocación de permanencia.

La “justicia de grupo” de que habla esta autora, existe desde tiempos tan antiguos como la humanidad puesto que en la evolución paralela de jurisdicción y mediación, se puede observar que la mediación ha coexistido siempre con los órganos jurisdiccionales, aunque su evolución, reconocimiento y plasmación en las instituciones y poderes del Estado haya sido sustancialmente diferente.

Sin embargo, aunque la evolución de la mediación subyace en figuras de larga tradición histórica, su denominación como tal es relativamente reciente.

Por ello en el estudio de la historia de la mediación aludiremos, al menos en el tramo de los antecedentes más remotos, a la existencia de otros instrumentos de composición de conflictos, especialmente al arbitraje como figura más representativa y de mayor tradición histórica, porque si bien estos métodos de solución de conflictos no se corresponden exactamente con la mediación, sí comparten con ella algunas de las características básicas de estas técnicas de resolución de conflictos

⁷⁶ Es lo que la autora viene a definir como “mucho de sociedad poco de Estado”, SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta...*, op. cit., págs. 35 y 36.

alternativas o paralelas a la jurisdicción. Por ejemplo, la figura del tercero árbitro frente a la justicia “oficial” ya trae causa del Derecho romano en el que se distinguía entre *arbitrium boni viri* y *arbitrium merum*, según los criterios a seguir por los árbitros en la decisión de la contienda⁷⁷.

Por otra parte el hecho de que este modo de arreglo de disputas haya sido utilizado por sociedades dispares y muy alejadas geográficamente entre sí demuestra la versatilidad y capacidad de adaptación del mismo a distintos tiempos y lugares.

FERNÁNDEZ RIQUELME en un interesante artículo sitúa el conflicto que surge en “sociedades orgánicas” u organizadas socialmente como la base fundamental para el surgimiento de las primeras experiencias mediadoras⁷⁸.

Según este autor, en tribus indígenas y aborígenes en Australia, Nueva Zelanda, Canadá o Estados Unidos, o en África, India o China, siempre ha existido la figura de un tercero con distintas denominaciones (Juez, mediador, árbitro, conciliador, amigable componedor⁷⁹, buen padre de familia, hombre bueno, etc.) al que el grupo históricamente ha encomendado la misión de solucionar las diferencias entre las partes en conflicto.

En Asia por ejemplo, refiere el citado autor que la tradición señala ya desde antiguo a una persona investida de autoridad moral para decidir controversias en el grupo social: desde la facultad del líder comarcal japonés para intervenir en disputas locales hasta la forma de solución de conflictos en la sociedad china, heredada de una tradición milenaria, basada en la “persuasión moral” y con continuidad en los actuales Comités Populares de Conciliación⁸⁰.

En África, los Tribunales Legos se dedican a la resolución de disputas en el ámbito comunitario, pero además en países como Zambia, Namibia, Zaire o Sudáfrica sigue practicándose una justicia mediadora en

⁷⁷ De hecho, en las fuentes romanas ya se encuentra el germen del arbitraje como forma de resolución de controversias superadora de la autodefensa. Esta alternativa ofrecía distintas variantes. Destaca entre ellas el *arbitrium merum* o arbitraje compromisario, consistente en el pacto o compromiso de las partes de someter la resolución de la controversia a la decisión de un árbitro que decidiría en base a la equidad, conforme a su leal saber y entender. En el *arbitrium boni viri* la resolución de la controversia por un tercero en materia contractual, de familia o sucesoria se ajustaba también a criterios de equidad. La diferencia entre ambos residía en la forma de impugnación de la decisión del *arbiter*, puesto que en el primer supuesto sólo cabía recurso ante el magistrado en caso de mala fe del árbitro (excepción de dolo), mientras que en el segundo el supuesto de impugnación se ampliaba además al error manifiesto o a la grave injusticia. Por otra parte, en el *arbitrium merum* la libertad de decisión del árbitro era mayor y su margen de actuación más amplio que en el *arbitrium boni viri*. En etapas posteriores se distinguen otros tipos de arbitraje además del primario arbitraje compromisario, como son el arbitraje no formal, el arbitraje legal o el de *ius gentium*. ANTONIOLLI, L. y VENEZIANO, A. *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Netherlands, 2005, pág. 294.

⁷⁸ FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, enero 2010. www.eumed.net/rev/ccss/07/sfr.htm

⁷⁹ Esta denominación, “amigable composición”, ha estado siempre íntimamente relacionada con el arbitraje. No se consideraba como un sistema autónomo de solución de conflictos, sino que estaba incluida dentro del arbitraje cuando este no era de derecho, sino de equidad, porque resolvía el árbitro ex aequo et bono, según su leal saber y entender.

⁸⁰ FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “La Mediación social...”, *op. supracit.*

la que la tribu reunida en asamblea media en los conflictos surgidos en el seno de la comunidad. Por otra parte, para resolver conflictos en la sociedad civil moderna se han constituido comisiones de “Verdad y Reconciliación”, “Consejos de Sabios” y otros mecanismos que hunden sus raíces en la mediación tradicional e incluso en ocasiones se han implicado en esos procesos autoridades estatales o religiosas, como es el caso de la formación de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación para poner fin al apartheid en Sudáfrica. Como se ve, en el continente africano las experiencias mediadoras han ido siempre muy ligadas a la instauración de una cultura de reconciliación entre grupos étnicos históricamente enfrentados para sanar la memoria pacificando países como Liberia y Costa de Marfil, donde esos procesos aún están en curso, de lo cual se deduce que todos estos métodos hunden sus raíces en ese elemento esencial de la cultura africana que es la mediación.

En Sudamérica, encuentra este autor en su recorrido “tradiciones conciliadoras” precolombinas en los mapuches chilenos o en comunidades aymaras.

En Norteamérica los primeros colonos evangélicos (baptistas, puritanos, cuáqueros) y más tarde los inmigrantes judíos ya tenían en su organización grupal mecanismos y personas encargadas de la resolución de los conflictos agrarios, vecinales y familiares que pudieran surgir.

En Europa el origen de la mediación se sitúa con carácter general en el nacimiento de las cofradías romanas y los gremios medievales en el siglo XI⁸¹. Con carácter inicialmente laboral aglutinaban artesanos de un mismo oficio, regidos por su propio estatuto y con fines de protección social y benéfica, organización de la actividad artesanal y reparto del trabajo, pero también de resolución de las diferencias entre los miembros asociados.

No vamos en este momento a extendernos en el estudio de la presencia de figuras similares en otros países, culturas o grupos, por referirse todas ellas a experiencias en las que aún no está presente el carácter de medio alternativo a la jurisdicción. Sin embargo sí queremos detenernos en el momento histórico en que dichas prácticas y sujetos pasaron a convertirse en, como dice OTERO PARGA “una forma nueva, alternativa, exitosa, y distinta a la judicial para la solución de conflictos jurídicos”⁸².

4.2. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA. EDAD MEDIA.

Siguiendo el recorrido que hace OTERO PARGA en busca de antecedentes históricos de la mediación con la consistencia necesaria como para ser considerados una alternativa al proceso, se suele situar el origen de la tradición mediadora en España en las Juntas Vecinales, los Gremios Medievales y las Hermandades Agrarias y Rurales. Estos grupos, organizados y estructurados jerárquicamente, asumían la función de

⁸¹ FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “La Mediación social...”, *op. supracit.*

⁸² OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, H. OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, *op cit.* págs. 172 a 184

resolución de sus propios conflictos, mediante la atribución a la autoridad de un grupo, asamblea o persona de la potestad necesaria para imponer su decisión decidiendo la contienda. En este sentido se podría asimilar esta facultad más al arbitraje que a la mediación o a la conciliación, pero no hay duda de que aquí se encuentra el germen de la actividad mediadora en la regulación de conflictos grupales.

En la Edad Media ya se pueden encontrar antecedentes de fórmulas arbitrales, consideradas éstas en sentido amplio, por ejemplo, en el Fuero Juzgo (en 1241), Ley XII del Libro II⁸³.

Pero se considera que el origen de las fórmulas arbitrales es mucho más antiguo, situándolo la Constitución de Cádiz de 1812 en la legislación visigoda, en la que la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico (año 506) ya aludía a los árbitros como componedores de conflicto.

En *Las Partidas* del Rey Alfonso X el Sabio (1265) se puede encontrar también alguna referencia a esta figura cuando se habla de las clases de juzgadores (Partida III, título IV). Se emplea aquí el término “arbitraje”, pero OTERO PARGA considera que la función del mediador ya está en cierto modo presente⁸⁴.

En este sentido, el recorrido etimológico del término “mediación” resulta de gran interés para conocer el momento histórico en que ésta comenzó a utilizarse con sustantividad propia⁸⁵.

⁸³ Ley XII del Libro II del Fuero Juzgo: “Ninguno non debe iugdar el pleyto, si non a quien es mandado del príncipe o quien es cogido por iuez de volutar las partes, con testimonias de dos homes buenos o con tres”.

⁸⁴ OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, H. OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...op. cit*, pág. 175.

“PARTIDA III Aquí se comienza la tercera partida, que fabla de la Justicia, de como se ha de facer ordenadamente en todo logar por palabra de juicio et por obra de fecho”

“TÍTULO IV: De los jueces, et de las cosas que deben facer et guardar.”

“Ley I Qué quiere decir Juez, et cuántas maneras son de judgadores. Los judgadores que facen sus oficios como deben han nombre con derecho jueces, que quiere tanto decir como homes bonos que son puestos para mandar et facer derecho. Et de estos hi ha de muchas maneras (...)et sin todos aquestos hi ha aun otros que son llamados en latin arbitros, que muestran tanto como judgadores de alvedrio, que son escogidos para librar algún pleyto señalado con otorgamiento de amas partes.”

Continúan las Partidas desgranando en las distintas Leyes de la Partida III las facultades y funciones de estos árbitros. Destaca la Ley XXIII, que bajo el título “Quántas maneras son de judgadores de aveniencia et cómo deben ser puestos” distingue entre árbitros que “deben andar adelante con el pleito tambien como si fuesen jueces ordinarios” decidiendo de derecho tras una tramitación rituarial similar a un pleito desarrollado ante un Juez ordinario, y los denominados Arbitradores, “alvedriadores et comunales amigos”, escogidos por las partes para librar la contienda logrando la aveniencia entre las partes y actuando de buena fe y sin engaño.

En las siguientes Leyes que integran el Título IV de la Partida III, se enumeran las materias que pueden ser conocidas por los árbitros, personas que pueden someter la decisión de sus contiendas a la consideración de los árbitros, forma de proceder de los jueces de aveniencia cuando las partes han acudido a ellos en demanda de solución del pleito, o cómo deben ser apremiados a decidir, entre otras cuestiones. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X El Sabio*, edición de 1807, Tomo II, Edición de la Real Academia de Historia de 1807, declarada oficial por Real Orden de 8 de Mayo de 1818.

⁸⁵ OTERO PARGA, M. “Las raíces históricas y culturales de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, H. OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos... op. cit.*, pág. 177.

Considera la autora⁸⁶ que su origen se encontraría en la palabra *medianedo* utilizada en un texto anterior, el Fuero de Avilés del año 1076, y que dicho vocablo se encuentra presente en los textos jurídicos y por tanto también en la práctica durante toda la Edad Media hasta llegar a la Edad Moderna. A pesar de ello es el arbitraje y la presencia de los árbitros resolviendo conflictos lo que centra más bien la atención del legislador castellano medieval.

En otros textos como el Fuero Juzgo (año 1241), el Espéculo de las Leyes (redactado entre 1255 y 1260) o el Fuero Viejo de Castilla (1377), éste último con cierto tecnicismo jurídico en la regulación de la figura del arbitraje, se siguen haciendo referencias a la presencia de un tercero distinto del Juez con facultad para componer las diferencias entre las partes e incluso al propio deber del Juez de advertir a las partes de la conveniencia de evitar el pleito llegando a un acuerdo.

En todo caso, el Derecho histórico castellano es un buen exponente de la heterogénea regulación de la materia, debida fundamentalmente a la proliferación de normas locales que configuran un variado Derecho Territorial.

En la evolución histórica de figuras alternativas relatada se puede observar que siempre ha estado presente la búsqueda de referentes alejados de la idea de proceso que compatibilicen de manera eficiente la agilidad y flexibilidad en la solución del conflicto con la necesidad de encontrar medios rápidos, prácticos y adaptados a su especial naturaleza para ello.

Un ejemplo claro, seguimos en este punto a la autora citada, del uso de fórmulas de mediación o de cesión a un tercero extraño a la relación de la facultad de decidir y de la autoridad para imponer sus decisiones es el Tribunal de las Aguas de Valencia (y el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia), que ya desde el siglo XIII actuaban regulando el reparto equitativo del agua y resolviendo las diferencias entre campesinos.

Como acertadamente señala OTERO PARGA ⁸⁷, la base del funcionamiento de este Tribunal “es claramente la mediación como fórmula autónoma, pacífica y propia de resolución de conflictos, basada en la autoridad de quien decide y apoyada en la responsabilidad previamente asumida de cumplimiento del resultado de la decisión por parte de los afectados,” entendiéndose el poder del Estado en la resolución de conflictos de esta naturaleza y en este ámbito y su potestad para decidir como “simplemente inasumible”. En otras ocasiones la alternativa venía dada por la necesidad de poner fin al excesivo incremento de la litigiosidad. En la época de la expansión comercial burguesa del siglo XVI se planteó la posibilidad de introducir el arbitraje

⁸⁶ “20. Et omne qui pindres tenga de omne de fora et sospeinos sacar li quiser' per iuro, per iuditio, ó per fábula, et pendrar per illo, non complaiuditio á medianedo; maias venga ad illa villa et prenda iuditio sobre son pindres é firme sobr' ellos qui los tever' et non esca [fora] per ellos foras á meanedo”.

⁸⁷ OTERO PARGA, M. “Las raíces históricas y culturales de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, H. OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit, pág. 177.

como medio de reducir los asuntos pendientes. Así se recoge a modo de ejemplo en los Estatutos del Consulado de Burgos⁸⁸. Las Cortes solicitaron el establecimiento en cada ciudad de conciliadores encargados de resolver las diferencias entre las personas del pueblo porque los pleitos eran tantos “*que no se podrían dezir; solamente vaste que destruyen las animas, y trabajan y enbejecen los cuerpos, y pierden las haziendas*”⁸⁹.

En el Derecho medieval, donde el poder feudal monopolizaba la Administración de Justicia, también se encontraban presentes figuras arbitrales que, como apuntan VELARDE ARAMAYO y SASTRE IBARRECHE suponen el asentamiento de las bases conceptuales necesarias para la progresiva transformación del arbitraje de instituto o figura privada en recurso procesal⁹⁰. El *Corpus Iuris Civilis* dedicaba mayoritariamente su atención al arbitraje, regulándolo de manera más institucionalizada y pormenorizada, pero en los cuerpos legales mencionados laten ya como hemos visto conceptos como justicia, equidad, acuerdo o amigable composición que sugieren la necesidad sentida y plasmada en dichos textos de medios alternativos de composición de conflictos o de evitar pleitos y contiendas mediante el acuerdo entre las partes.

El arbitraje ya tenía cabida en la organización judicial medieval con las “escrituras de compromiso”, y más adelante, ya en el siglo XVII, con la designación por las partes, muchas veces inmersas ya en pleno litigio, de dos o más abogados que ejercían de *jueces árbitros arbitradores y amigables compendidores* encargados de encontrar una solución a la disputa con arreglo a criterios de equidad.

⁸⁸ Órgano encargado de agrupar las corporaciones profesionales de las gentes del mar para la defensa y protección de sus intereses así como para establecer normas de comercio. Constituían además un tribunal para la resolución de conflictos entre sus miembros. Inicialmente los primeros consulados se establecían vinculados a ciudades con comercio marítimo, extendiéndose más tarde a ciudades con importante actividad comercial en el interior. Tuvieron gran importancia en la reglamentación de la vida marítima y comercial durante los dos primeros tercios del siglo XVI. Por lo que se refiere a la función resolutoria de disputas y controversias, constituían un tribunal con jurisdicción especial y privativa de los comerciantes.

⁸⁹ KAGAN RICHARD en su obra *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, transcribe esta sentencia de las Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla (Madrid, 1861-1903), tomo 5, pág. 690. El autor calificaba la situación existente en esa época relativa al aumento de la litigiosidad de paradójica, puesto que a pesar del rechazo a embarcarse en los pleitos cada vez existían más asuntos pendientes en los Tribunales.

Aporta este autor el dato de la Chancillería Real de Valladolid, con cuatro millones de personas bajo su jurisdicción y unos seis o siete mil pleitos por año a finales del siglo XVI. En cambio, el más importante de los Tribunales centrales de Inglaterra, el Tribunal de la Chancillería (*Chancery Court*) registraba con aproximadamente la misma población durante el reinado de Isabel I (segunda mitad del siglo XVI) unos quinientos nuevos casos cada año, de todo lo cual se deduce que la sociedad castellana era “bastante aficionada a los pleitos”.

La explicación de este elevado número de pleitos podría encontrarse en los grandes “cambios demográficos, económicos y sociales, jurídicos y políticos que el rápido crecimiento y desarrollo en el siglo XVI había traído” KAGAN, RICHARD L. *Pleitos y pleiteantes...*, op. cit., págs. 40 y 44.

⁹⁰ Apuntan los autores citados que en esta época la expresión *sine figura iudicii* no puede ser considerada sinónima de *sine iudicio*, puesto que si bien el árbitro no está investido del poder de las autoridades procesales del Estado, tampoco puede ser considerado un “amigable componedor” al resolver la contienda con ciertas funciones cuasi-jurisdiccionales que le aproximan más a un Juez que a un componedor. VELARDE ARAMAYO, M.S. y SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR”, en VELARDE ARAMAYO, M. S (Coord.) *Introducción al Derecho del Arbitraje...*, op. cit., pág. 13.

Señala KAGAN el evidente riesgo que suponía acudir a esta vía alternativa por la dificultad para exigir el cumplimiento del compromiso, pero es claro que el recurso a la composición era fomentado por los abogados por razones más bien crematísticas. Los abogados podían percibir por estos conceptos tanto o más dinero que el que ganaban pleiteando, con la ventaja de que esos ingresos no estaba sujetos a limitaciones impuestas por la Corona. De esta manera en el uso frecuente de esta forma de composición se unía la legalidad en su actuación, que contribuía por otra parte a la descongestión de los Tribunales, y la existencia de buenas razones económicas para evitar los pleitos⁹¹.

En esta línea sigue la Novísima Recopilación (1806), que sistematiza y compila todo el derecho castellano de la época haciendo referencia a la propia facultad de los jueces ordinarios de procurar la composición de las partes. En el Libro Undécimo “De los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos”, Título I “De los jueces ordinarios”, Ley X “Particular cuidado de los jueces en el breve despacho de las causas y negocios, y en la amistosa composición de las partes, excusando procesos en todo lo que no sea parte” se hace clara referencia a la obligación de los jueces de intentar evitar el pleito advirtiendo a las partes de lo conveniente de llegar a un acuerdo evitando el mismo⁹².

Por otra parte en el Derecho Canónico es clásico el recurso al arbitraje como “equivalente jurisdiccional”. El *Ius Decretalium* y el *Arbitraje Pontificio* estaban dedicados a la resolución de conflictos interestatales en el que la intervención del Pontífice venía a identificarse más bien con labores de tipo diplomático o de acercamiento entre naciones ante la ausencia de fuerza obligatoria en sus decisiones.

En todo caso, es el Derecho Común de la época el que sienta las bases de los mecanismos paralelos a la jurisdicción sobre los cuales se asentará más adelante la resolución de conflictos por vías alternativas tal y como hoy las conocemos.

4.3. EDAD MODERNA

En el paso del régimen absolutista al constitucionalismo también tienen su lugar las alternativas jurisdiccionales heredadas del medievo. En esta etapa sufrirán una transformación acorde con la evolución de los tiempos y con su necesaria adaptación a los cambios políticos y sociales. Así, la Constitución de 1812, heredera ideológica de las ideas de la Revolución Francesa reconocía al alcalde, rodeado de dos hombres buenos, la potestad de oír las razones en que demandante y demandado apoyaran su pretensión, dictando una providencia de avenencia que las partes podían aceptar voluntariamente para terminar el conflicto⁹³.

⁹¹ KAGAN, RICHARD L., *Pleitos y pleiteantes en Castilla...op. cit.*, págs. 40 a 44 y 230 a 231.

⁹² 3. “Evitarán en cuanto puedan los pleitos, procurando que las partes se compongan amistosa y voluntariamente, excusando procesos en todo lo que no sea grave, siempre que pueda verificarse sin perjudicar los legítimos derechos de las partes, para lo qual se valdrán de la persuasión, y de todos los medios que les dictare su prudencia, haciéndoles ver el interés que á ellas mismas les resulta, y los perjuicios y dispendios inesperables de los litigios, aun quando se ganen”.

⁹³ MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación... op. cit.*, pág. 79.

La revolución social y el triunfo del capitalismo trajeron como consecuencia la desaparición de los “cuerpos sociales intermedios” en los que se organizaba el grupo social (familia como grupo básico, gremio como organización laboral y social y municipio como conjunto de gremios, entre otros), para dejar paso a la mediación social como expresión de prácticas más bien arbitrales instituidas como medio de resolución de controversias laborales y conflictos sociales derivados de la nueva sociedad moderna e industrializada.

Como resume FERNÁNDEZ RIQUELME⁹⁴, “capital y trabajo eran los objetos de una mediación con una tarea clara: resolver o paliar, desde la acción tuitiva del Estado o desde la *autorresolución* profesional, los conflictos colectivos surgidos en las relaciones colectivas entre organizaciones obreras y patronales, o a individuos pertenecientes a una de estas dos categorías, por cuestiones de salario, jornada laboral, productividad, etc.”. En este sentido la mediación social si bien no abandona el carácter laboral de los conflictos a resolver, sí trasciende al grupo profesional o gremial enmarcándose en un contexto más amplio comprensivo de la sociedad en su conjunto y de la necesidad de autorregular sus relaciones laborales.

El arbitraje, por su parte, sufrió sucesivas modificaciones tras *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio que contribuyeron a desdibujar la figura. En la Constitución de Cádiz de 1812 se recoge el arbitraje en sus Artículos 280 y siguientes⁹⁵, pero en la historia del constitucionalismo posterior no se encuentran referencias al arbitraje en los textos constitucionales promulgados, lo cual no quiere decir que al amparo de la normativa civil común no se utilizara esta técnica, después extendida a otros ámbitos como el mercantil.

A finales del siglo XIX, nuestro Código Civil, tenía en cuenta la posibilidad de la intervención de un tercero interpuesto entre las partes, mediante la fórmula del “compromiso”, contrato mediante al cual las partes pueden comprometer a un tercero en la decisión de sus contiendas, siempre que se trate de una materia susceptible de transacción⁹⁶.

⁹⁴ FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “La Mediación Social...”, *op cit.*

⁹⁵ Título V:” De los Tribunales y de la Administración de la Justicia en lo Civil y lo Criminal”, Capítulo II “De la Administración de Justicia en lo Civil”.

Artículo 280:”No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”.

Se alude asimismo a la facultad de los alcaldes de actuar como conciliadores en negocios civiles y por injurias.

Artículo 283:” El alcalde con dos hombres buenos, nombrados por cada parte, oirá al demandante y demandado, se enterará de la razones en que respectivamente apoyen su intención y tomará oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial”.

Artículo 284:” Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito alguno”.

⁹⁶ Artículos 1820 y 1821 del Código Civil de 1889, derogados por la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje.

Por otra parte la regulación sustantiva de la figura tenía un reflejo procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en lo que se refiere a los “juicios de árbitros” y de “amigables componedores”, según se tratara de personas expertas o legas en derecho.

El eje fundamental lo constituye, desde luego, el arbitraje. Pero no podemos desconocer el hecho relevante de que en la legislación de la época las figuras transaccionales y de compromiso siempre han sido objeto de atención por el legislador, siquiera sea con el objeto de evitar el pleito o poner fin al que ya había comenzado.

4.4. SIGLO XX

Entramos ya en el siglo XX, etapa marcada por el nacimiento e impulso de los movimientos ADR y por la expansión de las técnicas de mediación y conciliación, que vienen a unirse al arbitraje y la transacción, ya plenamente reconocidos y consolidados. La primera ley especializada de arbitraje en España, la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, se centraba estrictamente en los conflictos civiles. Aunque resulta de innegable importancia la entrada de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico a través de una regulación concreta y especializada, esta ley pronto quedó superada por la realidad social y por la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias sociales y económicas dando entrada, por ejemplo, al arbitraje en el ámbito mercantil. Estos anacronismos fueron superados por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, que a pesar de ampliar el ámbito de aplicación del arbitraje seguía estando lastrada de algunos de los inconvenientes de la ley de 1953.

Mientras, el arbitraje iba encontrando acomodo en determinadas materias como el consumo -Juntas Arbitrales de Consumo-, seguros -Ley de Ordenación del Seguro Privado-, transporte -Juntas Arbitrales de Transporte- o propiedad intelectual -Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual-, materias que fueron, a excepción de la laboral que sigue una trayectoria distinta, unificadas y sistematizadas en la Ley de Arbitraje de 1988.

Posteriormente la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo se hace eco de la necesidad de dar un salto cualitativo en la regulación de esta materia dando entrada a la tendencia a uniformizar el derecho del arbitraje y en especial las necesidades de adaptación de la legislación española al arbitraje comercial internacional.

En cuanto a la evolución de la mediación en el siglo XX y ampliando nuestro horizonte al lugar donde se originaron las primeras prácticas mediadoras, la mediación como disciplina autónoma con denominación propia nace en Estados Unidos alrededor de la segunda mitad del siglo pasado. Su historia es por tanto muy reciente, independientemente de que su pasado sea más lejano y hunda sus raíces, como ocurre en nuestro país tal y como hemos visto, en tiempos, culturas y sociedades más antiguas, que en buena medida pueden considerarse los antecedentes de la mediación.

BUTTS GRIGGS ⁹⁷ explica en este sentido cómo la mediación comenzó a practicarse en este país en el área de relaciones laborales con el fin de resolver los conflictos sociales.

De ahí se extendió al campo de la mediación familiar y comunitaria, con el nacimiento de los *Neighborhood Justice Centers* o centros en los que se practicaba la justicia de barrio para resolver las disputas en el seno de la comunidad. De esta manera se evitaba que llegaran a los Tribunales asuntos derivados de la convivencia entre los miembros de la misma.

En los últimos treinta años ha proliferado el uso de la mediación en el ámbito comercial, escolar, empresarial, seguros, sanidad, empleo o medio ambiente, hasta el punto de que en determinadas materias es obligatorio acudir a mediación antes del recurso a los Tribunales.

Por lo que respecta a la mediación practicada dentro del ámbito judicial, también se observa en las últimas décadas del siglo pasado una importante expansión de los programas de mediación judicial, si bien no todos tienen el carácter de obligatorio.

Todo ello era consecuencia de la existencia de una corriente favorable a la práctica de la mediación y a las técnicas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en muy diversos ámbitos y materias. Se trataba en primer término, de responder a la necesidad de descongestionar los servicios públicos abaratando los costes y en segundo lugar, de hacerse eco de la conveniencia de acercar al ciudadano la propia gestión de su problema.

A pesar de ello, no deja de tener importancia el hecho de que paulatinamente se fueran introduciendo las técnicas de ADR concebidas, además como una forma de autogestionar los conflictos sociales (familiares, vecinales, escolares) de forma alternativa o complementaria a la vía judicial.

En torno a esta tendencia social, fue creándose además un importante debate doctrinal que llegó a constituir la base teórica de estas técnicas, con importantes aportaciones como la de la Escuela de Harvard -“teoría de la negociación asistida”-, las de BUSH y FOLGER -teoría de “el método trasformativo”- o la de SARA COBB -“teoría del círculo narrativo”- ⁹⁸.

⁹⁷ BRUTTS GRIGGS, T. “La mediación en Norteamérica”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., págs. 204 y ss.

⁹⁸ Resumidamente, la Escuela de Harvard, cuyos principales representantes son W. URY y R. FISHER está enfocada hacia la práctica de la negociación y la mediación en conflictos comerciales y empresariales y busca la resolución del conflicto mejorando la posición de las partes y procurando el favorecimiento mutuo.

El modelo trasformativo busca la transformación de las relaciones personales, orientada al cambio y al reforzamiento de las partes, de manera que sin ignorar el acuerdo se pone el acento en el favorecimiento del acercamiento de las partes dirigido a reequilibrar y reestructurar la relación.

Para el modelo circular narrativo, representado por SARA COBB el problema es circular, por lo que la comunicación también debe serlo. Se trata de modificar las relaciones e historias personales a través del cambio de la “narrativa” del conflicto expresado por las propias partes. Se consigue así, además del acuerdo, la materialización de un cambio profundo en la conducta de las partes dirigido a la regulación de sus futuras relaciones.

La expansión de los movimientos de resolución extrajudicial de conflictos (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) arranca en los años 60 y ha permitido que la mediación dé el paso definitivo, convirtiéndose en parte del sistema judicial. Así, desde su carácter inicial, fundamentalmente privado y reducido al campo social y familiar, se evoluciona hacia el carácter de institución pública, ampliado a nuevos campos y concibiéndose como una etapa prejudicial en la resolución de un amplio abanico de controversias.

Sin embargo, no existe en Estados Unidos una ley federal de mediación, por lo que la regulación actual se compone de legislaciones estatales, dispersas y diversas. Aunque suelen ser similares en el contenido, estas leyes estatales difieren en otros muchos aspectos, con la consecuencia de una falta de homogeneización de la materia que crea una cierta inseguridad jurídica.

La importación de las técnicas de ADR a Europa, sin embargo, no fue tan rápida como lo fue la expansión inicial de este movimiento en Estados Unidos.

FERNANDEZ RIQUELME analiza las causas sintetizándolas en tres: “la tradición de justicia togada”, “el formalismo de los sistemas de la *Civil Law*” y “el principio de unidad de jurisdicción”⁹⁹.

Estos tres elementos, sintetizados en un Derecho “legal” tradicionalmente aplicado por Jueces y Magistrados con carácter de exclusividad explican la resistencia a la recepción en Europa de las técnicas mediadoras, reflejo de un sistema completamente diferente al que desde hacía siglos regía en el viejo continente.

Por ello, según este autor, la mediación en Europa se desarrolla siguiendo dos caminos: mediación en el sector público (llevada a cabo con cierta institucionalización y a cargo de profesiones con cualificación en la materia, como trabajadores sociales o abogados), y en el sector privado (movido fundamentalmente por el voluntarismo y la iniciativa de asociaciones sin ánimo de lucro creadas al objeto).

Centrándonos en nuestro país, el proceso de implantación de la mediación en España en términos de experiencias mediadoras y programas de mediación es relativamente reciente, debido a la inexistencia de una cultura de mediación sólidamente implantada en nuestro país y a un desarrollo público e institucional escaso, al que se unía la ausencia de un texto legal general regulador de la institución. Sólo puede señalarse como excepción a la regla general de la falta de reconocimiento legislativo de la mediación el ámbito de la jurisdicción de menores, en el que no sólo goza de sanción legislativa, sino de resultados eficaces tras su implantación en el Derecho Penal Juvenil por la Ley 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores¹⁰⁰.

⁹⁹ FERNÁNDEZ RIQUELME, S. “La Mediación social...”, *ibidem*.

¹⁰⁰ Véase el trabajo de análisis tanto de dicha Ley como de sus resultados en lo que a mediación se refiere de FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor” *Revista Indret*, Barcelona, octubre de 2012.

El Gobierno no obstante aprobó en febrero de 2010 el Anteproyecto de la Ley de Mediación, remitiéndolo a las Cortes Generales. Este Anteproyecto se refería a mediación en asuntos mercantiles y civiles y se incluía dentro de una reforma que comprendía tres anteproyectos de ley: el de Mediación, el de reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 y el de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, los tres enmarcados dentro del Pacto por la Justicia por el que se trataba de acometer las reformas necesarias para conseguir la agilización y modernización de la Justicia. Por Ley 5/2012, de 5 de julio se promulgó la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, por la que se dota de regulación la mediación en los procesos de familia y mercantiles.

Sin embargo, la entrada de mecanismos alternativos a la jurisdicción basados en la apertura a espacios de diálogo y a fórmulas innovadoras y transformativas de la realidad, ya se estaba produciendo en nuestro país desde hacía años en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

La base para ello, a falta de un marco legislativo estatal y un fundamento jurídico expreso eran los artículos 148 y 149 de la Constitución. En virtud de estos preceptos, las Comunidades Autónomas venían asumiendo competencias legislativas en materia de asistencia y bienestar social o consumo.

Especialmente relevante resulta la regulación pionera de la mediación en materia de familia, en la que las Comunidades Autónomas han realizado una importante labor normativa, especialmente en situaciones de ruptura matrimonial.

Así, en los años noventa ya existían en nuestro país experiencias aisladas y proyectos piloto referidos a la mediación intrajudicial en el ámbito del Derecho de Familia. Estas prácticas se caracterizaban por intentar llegar a la resolución del conflicto mediante el diálogo y el acuerdo, y estaban dirigidas generalmente a la reconciliación familiar, por lo que en muchas ocasiones eran confundidas con ésta.

En 1990 ya se puede constatar la existencia de cuatro programas de mediación enmarcados en el campo de la separación y divorcio, que si bien ya contaban con cierto reconocimiento oficial acompañado de dotación de fondos públicos, tenían por lo que se refiere a su actividad, carácter privado, al ser gestionados por asociaciones privadas sin ánimo de lucro y otras entidades privadas. Estos cuatro programas eran el de la Unión de Asociaciones Familiares-UNAF en Madrid, el Servicio Familiar adscrito a Instituto de Trabajo y Servicios Sociales (INTRESS), el Servicio de Mediación Familiar GENUS, en Barcelona y el Programa de Mediación para la Separación y Divorcio (FONAT-APSIDE).

Además, en Cataluña desde los años 90 ya funcionaba un Programa de Mediación-Reparación en justicia juvenil dependiente del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, que unos años después pasó a dedicarse a la justicia penal de adultos.

Desde entonces hasta nuestros días, las formulas alternativas de resolución de conflictos han experimentado una progresiva implantación

en la estructura social primero y en determinados ámbitos jurisdiccionales después.

A pesar de esta Ley, aun hoy es habitual encontrar en nuestro ámbito judicial multitud de proyectos piloto, protocolos y experiencias judiciales, algunas con varios años de experiencia ya, que comprenden distintos ámbitos y se desarrollan con notable éxito y aceptación entre los operadores jurídicos.

Aún queda mucho camino por recorrer, pero la tendencia expansiva de estas técnicas, unida a la corriente de opinión favorable y a los resultados esperanzadores obtenidos parecen indicar que la mediación puede llegar a convertirse en la alternativa válida al sistema jurisdiccional actual.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

De los sistemas ADR en general y de la mediación en particular son predicables diversas notas características que detallaremos a continuación. Estas notas son aplicables con carácter general a la mediación intrajudicial, cualquiera que sea el ámbito procesal en que nos movamos, pero algunas pueden ser predominantes en determinadas materias, dependiendo del tipo de conflicto y del ámbito jurídico-procesal en el que nos encontremos.

En atención a las especialidades en materia de violencia de género distinguiremos entre la materia penal y civil para destacar la relevancia que determinadas notas definitorias pueden tener en uno u otro ámbito.

5.1. VOLUNTARIEDAD

Es una de las características básicas sobre la que se debe empezar a construir la teoría de la mediación. Como acertadamente expone GARCÍANDIA GONZÁLEZ¹⁰¹ voluntariedad no significa dejar en manos de las partes la decisión sobre si el asunto o las características personales de los intervinientes son mediables, sino el respeto a la voluntad de las partes acerca de su participación o no en mediación.

El acceso a la mediación ha de tener lugar en un contexto de libertad de elección de las partes, para lo cual es imprescindible como presupuesto previo al sometimiento a mediación una adecuada información sobre la existencia, posibilidades y consecuencias procesales de la misma, pero también sobre el carácter voluntario de ésta.

En el ámbito del proceso penal la característica de voluntariedad de la mediación ha de ser tomada con especial cautela observando las consecuencias que de ella se derivan. Como apunta MANZANARES SAMANIEGO¹⁰² respecto al imputado, es evidente que debe hablarse de una “voluntariedad matizada” en el sentido de que se trata de una opción voluntaria, pero de esa elección no debe derivarse otra consecuencia que no sea la de acudir o no a la solución alternativa del conflicto. Por otra

¹⁰¹ De otro modo, la imposición obligatoria de la mediación se identificaría con una especie de sanción a las partes incompatible con la esencia de libertad de elección por las partes que la mediación debe tener. GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M., “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango.*, Valencia, 2012, pág. 1015.

¹⁰² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La Mediación Penal”, *Diario La Ley*, nº 6900, pág. 3. Considera este autor además que desde el punto de vista del imputado que actúa bajo la presión de un juicio pendiente, la negativa a someterse a mediación podría ser una oportunidad desaprovechada que pudiera perjudicarlo, no sólo porque su conducta podría ser valorada como obstinada, sino por la creencia de que los jueces hubiesen recibido favorablemente el acuerdo, aunque solo fuera por la disminución de su carga laboral. Por ello la voluntariedad de la mediación en el ámbito penal debe ser muy cuidada, en el sentido de que tras la decisión sobre el sometimiento o no a mediación será necesario extremar las cautelas para evitar presiones adicionales externas para “conformar su voluntad” adecuándola al proceso y a la del resto de intervinientes. De la misma manera y respecto de la voluntariedad de la víctima, también habrá que cuidar que su aquiescencia no responda a presiones internas y externas. En todo caso y respecto de una y otro, es fundamental la labor de control del Ministerio Fiscal y el Juez. Ver también MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación...*, *op. cit.*, pág. 48.

parte, la opción de no acudir a mediación tampoco debe suponer consecuencias negativas para el imputado por rechazar esta posibilidad. De la decisión de acudir a mediación no deben derivarse consecuencias que identifiquen la mediación con una “justicia blanda” o un trámite que permita eludir el proceso o suavizar la pena. La opción del imputado por someterse a mediación ha de significar la oportunidad de comprender las consecuencias del hecho, responsabilizarse por el mismo y reparar el daño causado, todo ello sin desmarcarse ni del proceso penal, ni de las consecuencias jurídicas establecidas en el mismo.

Desde el punto de vista de la víctima, la voluntariedad en la mediación ha de ser extremadamente cuidada para evitar que la aquiescencia de la víctima se deba a presiones que provoquen una nueva victimización. Al contrario, el concepto de mediación ha de entenderse aquí como la oportunidad de escuchar y ser escuchada, de valorar el daño que se le ha causado y de exigir una justa reparación en la que su opinión deberá ser tenida en cuenta.

En Derecho de Familia también es esencial la nota de voluntariedad. Dada la indudable utilidad de los acuerdos en esta materia se hace necesario potenciarlos sin que ello signifique la obligatoriedad de la mediación en procesos de familia. COLOMER HERNÁNDEZ¹⁰³ conecta en el ámbito civil esta característica con el carácter dispositivo de los derechos en conflicto, considerando a ambos elementos básicos estructurales de la actividad de mediación. Sin embargo, observa en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles cierta asintonía, puesto que el contenido del artículo 6 no se corresponde con la rúbrica de dicho precepto, “voluntariedad y libre disposición”, regulada ésta última en el artículo 2.1 de la Ley como un principio informador de la mediación y no como una característica estructural de ésta. En cualquier caso, lo que subyace en el artículo 6 es la idea de que las partes puedan decidir acudir a mediación voluntariamente, siempre que sea para discutir sobre derechos de libre disposición en conflicto. De esta manera la característica de la voluntariedad se erige, por su importancia y sistemática en la Ley 5/2012 en principio informador de la mediación complementario de la naturaleza dispositiva de los derechos en conflicto. En el mismo sentido, UTRERA GUTIÉRREZ¹⁰⁴ observa, en lo que se refiere a las materias susceptibles de mediación en Derecho de Familia que puede admitirse la mediación sobre las materias reguladas en los artículos 90 a 98 del Código Civil, pero no sobre las acciones de

¹⁰³ COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012...op. cit.*, pág. 87.

¹⁰⁴ Los pactos alcanzados y el propio acuerdo de mediación vendrían a equipararse a los convenios reguladores, pero teniendo en cuenta que se trata de, en terminología del autor, “acuerdos con un plus de obligatoriedad”, porque estamos ante negocios jurídicos de familia cuyo objeto exige la libertad e igualdad absoluta a la hora de alcanzar el consenso. Por ello, los acuerdos alcanzados en sede de mediación que no sean incluidos en el convenio regulador validado judicialmente deberán tener también su peso específico en el ulterior proceso contencioso (en caso de transformación del proceso de consensuado a contradictorio) y por eso lo convenido en el acuerdo de mediación seguirá, según el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 el mismo tratamiento en cuanto a su posible nulidad que un contrato convencional. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia”, *Diario La Ley*, nº 7996, pág. 2.

separación, divorcio y nulidad, o sobre obligaciones inherentes a la patria potestad y al cumplimiento de obligaciones inherentes a la misma, de forma que la posibilidad de que determinadas materias indisponibles pueden ser discutidas en mediación exige de manera ineludible que la decisión sobre la procedencia de la mediación y sobre el resultado de la misma deba ser sometida a control judicial.

GARCÍA GARCÍA¹⁰⁵ concilia la voluntariedad de la mediación con la necesaria oportunidad que debe darse a las partes de conocerla configurando la mediación como fase previa al proceso, pero sin obligación de acudir a mediación para quienes expresen de forma inequívoca su voluntad de no someterse a ella. Dicha expresión de voluntad debe hacerse después de asistir a la sesión previa informativa (que sí sería preceptiva) en que las partes serían adecuadamente informadas sobre esta técnica.

Considera esta autora que la mediación preceptiva es una contradicción en sus propios términos por ser opuesta a los principios informadores de la misma, al mismo tiempo que correría el peligro de convertirse en un trámite burocrático más, con el inconveniente que ello supondría para el prestigio de la institución.

Por ello no se debe caer en el error de confundir la obligatoriedad de acudir a esta sesión informativa con la obligatoriedad de la mediación. La primera reunión informativa debe partir de la decisión del Juez, previo examen del asunto, a fin de verificar si se dan las condiciones idóneas para que el conflicto sea sometido a mediación, pero ello no presupone la obligatoriedad de la mediación, sino que se trata de una medida necesaria para que dicha actividad pueda llegar a tener lugar desplegando sus efectos.

En el mismo sentido ORTEMBERG¹⁰⁶ considera que “lo obligatorio es intentar la mediación, pero la ley no obliga a arribar a un pacto que resuelva los conflictos”, de manera que la obligatoriedad del intento de mediación no supone que ésta no sea voluntaria.

Como dice SAÉZ RODRÍGUEZ¹⁰⁷ el hecho de que el Juez pueda derivar a las partes a la sesión informativa previa en el ámbito civil y de

¹⁰⁵ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, 2003, pág. 137.

En el mismo sentido CALVO SAN JOSÉ advierte esa contradicción in terminis cuando en el ámbito europeo se califica la obligatoriedad de la mediación como no recomendable. Señala la autora que la mediación familiar sólo es obligatoria en la Ley de Matrimonio noruega que establece como requisito previo a la admisión de demandas en materia de separaciones y divorcios con hijos menores de 16 años que a la demanda se acompañe con carácter obligatorio la certificación expedida por un mediador familiar acreditativa de haber celebrado o intentado la mediación o incluso haberse negado una de las partes a someter el asunto a mediación. El propósito de esta mediación es, según establece la Ley alcanzar un acuerdo sobre la responsabilidad parental guiado por el principio de la búsqueda del bienestar del menor, lo cual justifica a su vez el quebranto del principio esencial de voluntariedad de la mediación. CALVO SAN JOSÉ, M.J., “La Mediación como mecanismo extrajudicial de solución de los conflictos familiares” en VELARDE ARAMAYO, M.S., *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Salamanca, 2006, pág. 279.

¹⁰⁶ ORTEMBERG, O.D., *Mediación familiar. Aspectos Jurídicos y Prácticos*, Buenos Aires, 1996, pág. 113.

¹⁰⁷ SAÉZ RODRÍGUEZ, C., *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor, 2008, pág. 27.

mediación familiar no resta validez al carácter voluntario de la mediación, porque después de esa sesión las partes deberán prestar su voluntad para iniciar el proceso si aceptan la labor mediadora.

No obstante todo lo anterior, no estamos ante una cuestión pacífica si consideramos que puede haber obligatoriedad en algunos casos en que se establece la necesidad de haber acudido a mediación con carácter previo al sometimiento de la cuestión a la autoridad judicial. De hecho, hay quien considera, como SOLETO MUÑOZ¹⁰⁸ que de establecerse la obligatoriedad de la mediación deberían arbitrarse consecuencias para su incumplimiento, considerando que podría admitirse la imposición de una multa dado que, a pesar de que podría cuestionarse su constitucionalidad, el superior interés público de protección al menor podría facilitar su encaje en nuestro ordenamiento. Desde nuestro punto de vista, consideramos más factibles otras medidas menos intromisivas en el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción de los particulares. Por ejemplo, el hecho de que existan menores cuyo interés es necesario proteger podría permitir el intento de mediación como requisito procesal de admisibilidad de la demanda remarcando el carácter privado del proceso y la indisponibilidad de ciertas pretensiones a decidir en el mismo. De esta forma el hecho de intentar la mediación antes de acudir a los Tribunales independientemente de que una vez admitida la demanda el Órgano Judicial ponga en marcha su labor supervisora permitiría cierto equilibrio entre las dos fuerzas en tensión: el derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a la autonomía de la voluntad de los particulares. Así, el incumplimiento del “deber” de acudir a mediación podría, a lo sumo, sancionarse con algún tipo de obligación resarcitoria a la contraparte o, en el caso de que no exista causa justificada para la ruptura del proceso de mediación ya iniciado, con una condena en costas por esta actitud, reforzando con ello la seriedad de la institución y la naturaleza de “tratos preliminares” de la mediación sin dañar su característica estructural de institución voluntaria¹⁰⁹.

Sin embargo, considera ESPÍN ALBA -en la misma línea que el Consejo General del Poder Judicial, que en su informe al Anteproyecto de la Ley de Mediación de 2010 se mostraba partidario de que el tema relacionado con los costes del proceso de mediación quedara fuera del ámbito procesal-, que no tiene sentido imponer a uno de los litigantes que ha aceptado someterse a mediación las costas de esa actitud basada en la voluntariedad, tanto en su decisión de someterse a mediación como en la de no seguir en la misma. En todo caso y dado que dentro de la noción de costas no se encuentra la partida relativa a “gastos de mediación”, su inclusión en el proceso como gasto tendría que articularse por la vía de la mala fe o la temeridad, de manera que sólo en estos casos la parte que se

¹⁰⁸ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III, pág. 9.

¹⁰⁹ Citando a BLANCO CARRASCO, M. y SERRANO GÓMEZ, E., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012. ESPÍN ALBA, I., “Artículo 15. Coste de la Mediación” en GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., pág.198.

aparta de la mediación tendría que soportar los costes derivados de la misma. De cualquier manera como opina BARONA VILAR¹¹⁰, la inexistencia de una normativa que recoja todos los conceptos relativos a los gastos de la mediación –del proceso y de los gastos del mediador y de la institución de mediación– obliga a establecer unas reglas de juego de acuerdo con las cuales regular esta cuestión, debiendo fijarse de forma clara los conceptos y cuantificación de las actuaciones a realizar, y también y de forma especial la aceptación de las partes de las condiciones económicas en que va a desarrollarse la mediación. Por tanto, será necesario informar y acordar con las partes tanto las tarifas del servicio de mediación, los gastos de manutención o desplazamientos como los gastos de gestión y administración de los que deberán hacerse cargo las partes, diferenciándolos de los gastos que deberán correr a cargo del servicio de mediación, entre los cuales se incluyen todos aquellos necesarios para que el servicio de mediación desarrolle su actividad instrumental.

Estamos de acuerdo con esta apreciación, dado que en el concepto de costas, término procesal que designa los gastos y desembolsos que la parte ha de efectuar en el proceso con ocasión de la defensa y tutela de los derechos que demanda de la actividad jurisdiccional, hoy en día no puede tener cabida, ni siquiera por la vía de la condena en costas por mala fe o temeridad una actividad que no es procesal, que puede influir positivamente en la evitación del proceso y que parte de la base de su gratuidad como característica estructural. Esto, unido a su voluntariedad hacen que el servicio de mediación deba partir necesariamente del presupuesto de no onerosidad para la partes, no sólo para su promoción y facilitación, sino también como base ineludible para su aceptación y puesta en práctica con éxito.

La concepción de la mediación civil como obligatoria es consecuencia de la influencia de determinadas experiencias llevadas a cabo a nivel internacional en Inglaterra¹¹¹ o en Estados Unidos, con la *Mandatory Mediation* en asuntos civiles¹¹². Pero en general, y en consonancia con la

¹¹⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, págs. 324 y ss.

¹¹¹A pesar de que la mediación se define como voluntaria, la *Family Law Act* de 1996 ofrece a las partes dos posibilidades para intentar resolver su conflicto mediante la mediación familiar. Por un lado la asistencia de la partes al menos tres meses antes del inicio del procedimiento de divorcio y de forma obligatoria a una sesión informativa acerca del funcionamiento y posibilidades de la mediación familiar. Por otro, se establece que en procedimientos familiares de divorcio no se concederá el beneficio de Justicia Gratuita si la Comisión de Asistencia Jurídica considera que atendiendo a las circunstancias concurrentes hubiera sido posible y apropiado someter la resolución del conflicto a la Mediación familiar. Se trata, como se ve, de una medida polémica puesto que supone una vía indirecta de obligar a las partes a acudir a mediación cuestionando el principio de voluntariedad y pudiendo suponer incluso una discriminación por motivos económicos en el acceso a la jurisdicción justificada por la necesidad de reservar al conocimiento judicial los asuntos jurídicamente relevantes.

¹¹² La Regla 24.1 de las Reglas de Procedimiento Civil establece la mediación obligatoria para determinados asuntos civiles (están excluidos, por ejemplo los asuntos relativos al Derecho de Familia). El Programa de Ontario de Mediación Obligatoria comenzó el 4 de enero de 1999 en Toronto y Ottawa, y en Windsor el 31 de diciembre de 2002, y consiste en conceder a las partes con carácter previo al inicio del litigio la oportunidad de discutir el asunto objeto de disputa en una sesión de mediación.

normativa europea se suele considerar la voluntariedad como característica intrínseca en la esencia de la mediación. De hecho, como apunta VARELA GÓMEZ nuestro legislador ha acogido la línea del ofrecimiento a las partes de la mediación como actividad favorecedora e impulsora de la misma, pero sin admitir la posibilidad que la Directiva 2008/50/CE transpuesta en nuestra Ley 5/2012 ofrecía en relación a la obligatoriedad del sometimiento a mediación en determinados supuestos a estipular por el país en cuestión¹¹³. Por su parte, al Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima, actualmente en fase de presentación de enmiendas en el Senado, que implementa a nivel nacional la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo del 2012, dice en su artículo 15. 3 que "la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento".

El carácter voluntario de la mediación significa que en cualquier momento -antes o durante el proceso- las partes pueden solicitar acudir a mediación, pero durante la actividad mediadora pueden solicitar que cese la misma reanudándose el *iter* procesal correspondiente. Esta es otra de las ventajas de la mediación, dado que la flexibilidad y la posibilidad de usar o no este servicio y de abandonarlo en un determinado momento pueden contribuir a reforzar la confianza de los ciudadanos al utilizar un sistema que, aunque siempre debe estar encuadrado en la jurisdicción no debe ser excluyente de ella, sino complementario.

Así se abre un camino de "ida y vuelta" y de comunicación mediación-proceso sumamente enriquecedor para las partes y para el sistema: para las partes, porque lejos de verse abocadas a un proceso que suelen sentir como ajeno, pasan a ser dueñas de la situación recorriendo el camino hacia la solución dialogada o bien recurriendo al proceso penal si la mediación no responde a sus expectativas o no arroja resultados, y para el sistema, por la utilidad que supone allanar el camino permitiendo a las partes expresarse y sentar las bases del diálogo y quizás de un acuerdo que en materia de familia pueda facilitar de forma evidente la labor del juzgador, suavizando la vía contenciosa para entrar en la del mutuo acuerdo.

En conclusión, es de gran importancia que la información sobre la característica básica de la voluntariedad de la mediación que se haga llegar a las partes sea clara, precisa y suficientemente explícita sobre

¹¹³ VARELA GÓMEZ, B.J., "Disposición adicional segunda. Impulso a la mediación", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012*, op. cit., pág. 309. Esto supuso una modificación del Proyecto de Ley de 2011, que regulaba la mediación obligatoria para reclamaciones de cantidad de importe no superior a 6.000 euros a tramitar por el cauce del juicio verbal. Pero la configuración de la asistencia obligatoria a la sesión informativa como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda fue desaconsejada por el Consejo General del Poder Judicial, entre otros, que no vio en ello un medio efectivo de reducción de la litigiosidad advirtiendo el peligro de que dicho requisito se convirtiera en una formalidad más sin verdadera eficacia práctica. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la práctica de la mediación*, op. cit., pág. 87.

todos los aspectos de esta actividad, articulando ésta, así como la libertad de decisión de las partes y sus consecuencias procesales en un documento de conformidad acerca de todos estos extremos que recoja de forma pormenorizada su expresión de su voluntad y el alcance de la misma.

5.2. CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad de todo el proceso de mediación es fundamental para garantizar a las partes la privacidad y secreto de lo que ocurra durante su desarrollo. Esta característica está dirigida a proteger las conversaciones de las partes, permitiendo que deliberen en las sesiones de mediación con libertad y con la seguridad de que sus manifestaciones no tendrán repercusión en el ulterior proceso. Responde a la necesidad de crear un ambiente de confianza entre las partes asegurando que las conversaciones durante la mediación no tendrán trascendencia ni podrán ser tenidas en cuenta posteriormente dentro o fuera del ámbito del proceso, aunque existen algunas excepciones, como el acuerdo consentido de las partes que así lo permita o bien que se trate de actos constitutivos de infracción penal o similares.

De esta manera se consigue privilegiar la mediación a fin de facilitar que ésta llegue a buen puerto, favoreciendo la adopción de acuerdos. La razón de ser de este privilegio puede ser el reconocimiento de que existe un cierto interés público en permitir explorar las posibilidades de un acuerdo sin el inconveniente de que si no se llega al mismo alguna de las partes quede en posición menos favorecida en el ulterior proceso como consecuencia de haberlo intentado. Aunque este motivo suele referirse a la búsqueda de una reconciliación enmarcada dentro de un proceso de familia, creemos que este privilegio, mucho más evidente en este ámbito, no debe ser desconocido en el proceso penal o en el mismo proceso de familia cuando no se trata de buscar la reconciliación sino una adecuada regulación de los aspectos personales y patrimoniales derivados de la situación de ruptura matrimonial.

De ahí la necesidad de “blindar” el proceso de mediación y lo acontecido en él, separando claramente la fase de mediación, su especificidad, características y consecuencias de la fase procesal en la que ésta se enmarca, que responde a unos objetivos y fines completamente distintos y está informada por unos principios inspiradores también diferentes. Por ello la actividad mediadora debe tener presente esta circunstancia, diferenciando nítidamente ambas fases de resolución de la disputa desde un reconocimiento oficial. Como dice MANZANARES SAMANIEGO¹¹⁴, la previsión legal expresa prohibiendo la posibilidad de

¹¹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación...op. cit.*, pág. 49. Sensu contrario, el deber de confidencialidad no será aplicable en el caso de que las partes no asistan a la sesión informativa, supuesto en el que conforme al artículo 17 de la Ley 5/2012 comenzarán a desplegarse unas consecuencias jurídicas en relación al proceso y, en su caso al devengo de

que lo acontecido en mediación tenga plasmación en el ulterior juicio es “absolutamente necesaria”.

Este aspecto marca una diferencia básica-desde la perspectiva del objeto y el propio proceso de mediación- entre el proceso penal, esencialmente público, y la mediación de carácter marcadamente privado, pero además, hace que mediante una confidencialidad reglada aumenten exponencialmente las posibilidades de que ésta llegue a buen fin por reforzar el clima de confianza entre las partes, precisamente por la libertad para expresarse, discutir y decidir sobre su conflicto¹¹⁵ y por la seguridad y confianza de que ciertos aspectos no trascenderán de las sesiones de mediación.

MERINO ORTIZ y LASHERAS HERRERO ¹¹⁶ distinguen entre confidencialidad objetiva y subjetiva, entendiendo que la primera se refiere a la protección de la información tratada durante el proceso de mediación y de los acuerdos adoptados y la segunda al deber de las partes y del mediador de no revelar lo tratado en mediación. En relación al ámbito objetivo, la Ley 5/2012 se refiere a la confidencialidad en varios artículos, en los que se aborda la cuestión de la confidencialidad relativa a las personas sometidas a mediación, su tratamiento en las sesiones individuales respecto de la parte no asistente y la no confidencialidad de la sesión informativa, así como el tratamiento de acuerdo con este principio de lo tratado en el proceso de mediación y de la documentación que forma parte del mismo.

En relación al ámbito subjetivo las autoras analizan la obligación de confidencialidad de las partes, así como el deber de confidencialidad relacionada con el deber de secreto profesional del mediador, que se regula en la Ley 5/2012 de manera mucho más reforzada que la primera.

Las leyes autonómicas recogen de manera heterogénea esta característica traducida en la prohibición del mediador de actuar como testigo o perito en algún procedimiento relacionado con el objeto de la mediación. Pueden citarse, a título de ejemplo, el artículo 7.2 de la Ley 15/2009 de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito Privado, “Principios de la Mediación”, artículo 10.13 de la Ley 1/2006 de 6 de abril, de Mediación Familiar en Castilla y León, “Deberes del Mediador Familiar” o artículo 8.b), “Principios Rectores de la Mediación Familiar de la Ley Vasca” 1/2008 de 8 de febrero de Mediación Familiar.

La confidencialidad no sólo ha de desplegar sus efectos en el ámbito de la actividad jurisdiccional o en lo relativo al contenido de las sesiones de mediación, sino también en lo que se refiere al código

costas. MUNNÉ CATARINA, F., Y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación, resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Madrid, 2013, págs. 61, 57 y 58.

¹¹⁵ Sin embargo, la confidencialidad no es absoluta, porque las propias partes pueden pactar que la información obtenida durante el proceso de mediación pueda ser usada en un ulterior proceso jurisdiccional, y porque el mediador tiene el deber de revelar algún aspecto confidencial de la mediación cuando sea necesario a solicitud de los jueces del orden jurisdiccional penal para tutelar un interés superior (letras a y b del punto 2 del artículo 9 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles).

¹¹⁶ MERINO ORTIZ, C., y LASHERAS HERRERO, P., “Artículo 9. Confidencialidad” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012...*, op. cit., págs.115 a 121.

deontológico que informa la actuación de los integrantes del Equipo de mediación. Así por ejemplo, en las leyes autonómicas antes mencionadas se alude a la confidencialidad también como deber genérico del mediador de mantener la reserva y el secreto profesional sobre lo tratado en las sesiones de mediación¹¹⁷. Incluso la Ley Canaria profundiza algo más en su artículo 8, último párrafo, cuando establece que el mediador familiar tiene la prohibición de intervenir como tal cuando antes haya tenido contacto con el asunto por haber actuado en él como profesional de parte, no pudiendo tampoco actuar con posterioridad en litigio entre las mismas, ni siquiera en calidad de testigo, configurando como una de las infracciones sancionables del mediador el quebrantamiento del deber del secreto profesional y confidencialidad¹¹⁸.

La Recomendación 98(1) a la que sigue el Código Europeo de Mediación ya establecía la obligación del mediador de guardar confidencialidad sobre lo ocurrido en el proceso de mediación, salvo razones legales o de orden público, destacando la importancia de esta nota definitoria de la mediación.

Por último, la confidencialidad necesaria para el desarrollo de la mediación se asocia además con las notas de libertad y confianza porque sólo así se puede conseguir un diálogo basado en el respeto y en el reconocimiento del otro y, al mismo tiempo sólo así es posible conseguir un acuerdo estable, duradero y asumible por las partes, por lo que en esta característica se unen la importancia de que las partes confíen en esta herramienta y con la necesidad de “blindar” el contenido de las sesiones de mediación de forma que sólo trascienda al proceso jurisdiccional el aspecto del acuerdo que deba tener relevancia en la decisión judicial.

Por último, debemos hacer mención al Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima, que implementa a nivel nacional la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que en su artículo 15 dice que “los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función”.

5.3. FLEXIBILIDAD

La flexibilidad ha de presidir tanto el desarrollo del proceso en sí como el resultado final, el acuerdo de mediación.

¹¹⁷ Artículo 4 de la Ley Canaria de Mediación Familiar y artículo 10.13 Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León

¹¹⁸ Artículo 23 Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

La flexibilidad supone ausencia de formalidades rígidas en el proceso de mediación, lo cual favorece la creación de un clima de confianza. Teniendo en cuenta la amplísima variedad de conflictos que pueden surgir en el ámbito de las relaciones sociales, la mediación ha de ser capaz de recoger y tener en cuenta todos estos aspectos, las diferentes tipologías del conflicto, la personalidad de los intervinientes y las diferentes soluciones que puedan darse al mismo. Es precisamente en la flexibilidad y adaptabilidad de la mediación donde reside una de sus principales ventajas.

El hecho de que el proceso de mediación se adapte al caso concreto respondiendo a sus peculiaridades facilita llegar a una solución adecuada y satisfactoria para las partes que han intervenido en la decisión, solución que es más susceptible de ser cumplida con convicción por quienes han participado en su adopción. Por ello el acuerdo a que se llegue en mediación ha de ser también flexible en el sentido de que ha de responder a las características específicas del conflicto en cuestión y a las exigencias, necesidades y expectativas de las partes.

En todo caso, el procedimiento flexible lo debe ser dentro de una reglamentación y encuadramiento dentro de una normativa que permita la diversidad en el tratamiento de la mediación en el ámbito específico en que nos encontremos. MARQUÉS CEBOLA¹¹⁹ se plantea el dilema de la “diversidad-uniformidad” intentando encontrar un punto de equilibrio entre la necesidad de una normativa reguladora y el respeto a la naturaleza de una institución eminentemente flexible y antiformalista.

Por otra parte, esta flexibilidad lejos de afectar, a juicio de BARONA VILAR¹²⁰ a las garantías esenciales de los sujetos del proceso se incorpora a un modelo respetuoso con los derechos de igualdad, contradicción, derecho de defensa o presunción de inocencia, de forma que la informalidad y flexibilidad no interfiere en los principios que garantizan la libertad y tutela efectiva de los ciudadanos, sino que los complementa y fortalece.

La conclusión es que dentro de la flexibilidad y adaptabilidad necesaria, la actividad de mediación debe ser, como no podía ser de otra manera, reglamentada de manera apropiada y contextualizada, con una adecuada definición de objetivos y cuestiones a regular y con una idea clara de qué cuestiones se deben dejar a la autorregulación y cuáles deben ser previstas legalmente mediante una intervención legislativa más pormenorizada.

5.4. PROTAGONISMO DE LAS PARTES

Un factor muy importante en la mediación es la necesidad de que las partes sean las protagonistas de la toma de las decisiones que les

¹¹⁹ Por ejemplo, entre las primeras estaría el método de mediación, la forma del mediador de conducir el proceso y la determinación de la secuencia temporal y formal en que se debe desarrollar éste. Entre el segundo grupo estarían los principios esenciales del proceso, los efectos de ésta sobre el proceso y el estatuto del mediador. MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación...*, *op cit.* págs. 81 a 85.

¹²⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación penal. Fundamento, fines...*, *op. cit.*, pág. 281

afecten, adoptando soluciones dialogadas y asumiendo el control de todo el proceso, desenlace y consecuencias. Esto constituye una característica básica que lo diferencia del proceso judicial.

Quizás este rasgo pueda apreciarse más claramente en la mediación familiar, donde las partes han de asumir la responsabilidad de afrontar la nueva situación familiar adoptando decisiones trascendentales para la futura regulación de las relaciones familiares. De hecho, la Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998 incidía en que por tratarse de relaciones interdependientes y duraderas en el tiempo y porque los procesos de separación se desarrollaban en un contexto emocional difícil para las partes, era necesario apreciar la conveniencia de la solución amistosa de conflictos familiares potenciando la mediación como vía adecuada para ello.

Esto ha de matizarse por el hecho de que, dadas las especiales características de los procesos de separación, la autoridad judicial u otra autoridad competente pueda adoptar decisiones urgentes para proteger los especiales intereses en juego. Pero en general el proceso de mediación familiar ha de pivotar sobre la adecuada protección de los intereses personales en juego entregando a las partes la responsabilidad y el protagonismo para su discusión y decisión.

En el proceso penal esta característica se encuentra más relativizada. El carácter oficial que rige en el proceso penal, reforzado por un principio de legalidad que deja poco margen a la iniciativa de las partes, hace que su protagonismo se inscriba en un contexto mucho más rígido que en los procesos de familia, pero no obstante, es de destacar también que el principio de oportunidad en el proceso penal viene a introducir un elemento de flexibilidad que lleva implícita la entrega a las partes de cierto poder de decisión sobre la continuación o no del proceso y la determinación de la pena, por poner un ejemplo, lo que supone, en cualquier caso, un cambio cualitativo respecto al proceso, puesto que son las partes quienes tienen la facultad de discutir y decidir sobre las cuestiones que les afecten, quedando reforzada su posición y su voluntad tanto en el proceso de mediación, como en el proceso judicial.

5.5. PARIDAD DE PODER

La mediación obliga a las personas afectadas, a relacionarse entre sí en una relación presidida por el principio de “paridad de poder”.

Es presupuesto previo al trabajo de mediación lograr una igualdad real y no formal entre las partes. Sin asegurar este punto de partida la mediación estará condenada al fracaso por nacer ya lastrada de un fallo estructural incompatible con su naturaleza. Ha de partirse necesariamente de un escenario de libertad, voluntariedad e igualdad para que la negociación y el ulterior acuerdo sean fiel reflejo de esa realidad y de una toma de decisiones libre, consciente y en plano de igualdad.

Teniendo en cuenta este elemento la mediación supone un camino distinto y una concepción del problema relativamente novedosa. Quienes mantenían posiciones enfrentadas, contrarias y aisladas, en la mediación pasan a ocupar un lugar distinto, en la misma posición paritaria pero orientada hacia la solución del conflicto, de manera que la posición de igualdad de las partes no es meramente formal sino que evoluciona hacia una actitud de cooperación y búsqueda del beneficio común, para lo cual es imprescindible la igualdad de posiciones en la deliberación y decisión pasando ambos protagonistas del conflicto a ser colaboradores en el restablecimiento de la situación anterior al problema.

Como opina SAÉZ VALCÁRCEL¹²¹, en lo que se refiere a la mediación penal “la mediación reparadora demuestra la posibilidad de una estrategia penal, o de gestión del conflicto que denominamos delito”, por lo que la intervención sobre ambos protagonistas debe ser constructiva de forma que “la preocupación por el sufrimiento de la víctima no ha de solventarse en la aplicación del dolor del delincuente”. La mediación sabe ir más allá del castigo al culpable y supera la concepción clásica retribucionista que compensa el dolor de la víctima con el del autor de la infracción. Por ello se puede decir con este autor que “la mediación es un contramodelo” porque se aparta de la concepción tradicional del Derecho Penal y de los medios y objetivos que secularmente le vienen siendo asignados para dar entrada a nuevas perspectivas. Se introducen modelos de pacificación y solución del conflicto sin perpetuar el enfrentamiento y buscando tanto la reparación de la víctima como la retribución y reinserción del agresor, pero para ello y como *condictio sine qua non* de la mediación se parte de la posición de las partes en igualdad de condiciones o de oportunidades como garantía de la actividad mediadora, porque sólo desde este plano responderá la misma a los fines perseguidos.

En cuanto a la mediación familiar se consigue la adopción de acuerdos en beneficio de la familia desde un plano de igualdad y responsabilidad que redundará en provecho de las relaciones familiares, de su mantenimiento y permanencia y en especial de los intereses más dignos de protección.

La Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles trata la igualdad de las partes con una dudosa técnica legislativa. Rubrica el artículo 7, “igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores”, y hace referencia a la igualdad de oportunidades, el equilibrio de las posiciones y el respeto hacia los puntos de vista expresados por el otro como contenido básico de dicho principio, pero al mismo tiempo, pone en relación la igualdad de las partes con la imparcialidad del mediador, de manera que si existiera una desigualdad real, o no existiendo alguna de las partes percibiera un tratamiento parcial del mediador, la mediación no tendría éxito.

¹²¹ SAÉZ VALCÁRCEL, R., “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia” en SAÉZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos...*, op. cit., pág. 57.

Según este artículo, la igualdad de las partes en el proceso penal se materializa, en primer lugar, en la igualdad de oportunidades de las partes para actuar en el proceso de mediación, en la igualdad de armas y en el respeto a la posición del otro, pero también se basa en la actitud y profesionalidad del mediador, que debe mantener una actitud imparcial como garante de esa igualdad, de manera que su tratamiento hacia las partes, desprovisto de cualquier prejuicio o predisposición favorable o adversa hacia estas refuerce su confianza en el proceso y el tratamiento igualitario durante todo él¹²².

Más controvertido es, sin duda el tema de que esta igualdad o paridad esté o no presente en los procesos por violencia de género. Nos dedicaremos a ello más adelante cuando investiguemos acerca de la posible aplicación de la mediación en estos casos.

5.6. COMPLEMENTARIEDAD

El hecho de que la mediación sea una institución cuya plasmación legal y doctrinal sea relativamente reciente puede generar reticencias a la hora de determinar el concepto, objetivos y límites de la mediación y, sobre todo, su relación con el proceso.

La mediación y su evidente repercusión en el desenvolvimiento del proceso materializa y justifica la idea de la relación de complementariedad entre ambos, relación que deberá quedar sometida de manera ineludible al control fiscal y judicial necesario para su correcta implementación.

Este entramado de relaciones obliga a reconsiderar, no sólo la estructura de nuestro proceso, sino también la verdadera y real dimensión de la Justicia Restaurativa y las matizaciones y la interpretación que a la luz de las experiencias mediadoras deben introducirse en la misma.

Esto puede y debe hacerse en el marco de una convivencia pacífica entre mediación y proceso. No sólo es posible, sino que es imprescindible para el éxito de la actividad mediadora por un lado y la reconducción del proceso en el marco jurídico-procesal por otro. Como dice BARONA VILAR¹²³, “la mediación no es una *alternativa* al proceso ni pretende serlo, no es excluyente, sino que debe ser un elemento más del sistema procesal penal, un perfecto complemento integrador de intereses individuales con interés público, surgiendo de nuevo la idea de la reparación de la víctima con eficacia penal o procesal”.

¹²² Esta imparcialidad se desdobra según el ORTUÑO MUÑOZ en subjetiva (percepción subjetiva del mediador, falta de prejuicios e ideas preconcebidas y enfoque profesional y “desapasionado” del conflicto) y objetiva (que se refiere a determinadas condiciones estandarizadas que significan falta de imparcialidad, como unión con las partes por vínculos de parentesco, amistad o dependencia). A ello se une la propia imparcialidad de la institución referida tanto a la imagen de la institución como al lugar donde se encuentra ubicada. ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012...op. cit.* págs. 99 y siguientes.

¹²³ BARONA VILAR, S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 94/2012, pág. 24.

5.7. PROPORCIONALIDAD

En relación directa con el equilibrio de facultades de las partes y con la idea de complementariedad con el proceso, la proporcionalidad como característica de la mediación contribuye a reforzar su eficacia para la resolución del conflicto en el marco jurisdiccional.

El principio de proporcionalidad en el ámbito penal se refiere entre otros extremos a la adecuación de la pena al fin previsto, pero no de manera uniforme o indiscriminada, sino atendiendo a varios parámetros básicos: exigencia de aplicación real y efectiva del principio de intervención mínima, subsidiariedad del Derecho Penal como *ultima ratio* en la persecución del restablecimiento de la paz social y, por último, necesidad de ponderación de las circunstancias del caso y de los sujetos para adecuar la respuesta penal a las mismas en esa búsqueda de satisfacción del interés general.

De esta manera se puede conseguir el equilibrio al elegir la vía procesal más adecuada -auxiliada por la actividad mediadora como expresión de la Justicia Restaurativa- garantizando así una mayor eficacia de la respuesta institucional al conflicto por la efectiva ponderación de los intereses en conflicto.

5.8. OFICIALIDAD Y GRATUIDAD

Por último del proceso de mediación se predicen además las notas de oficialidad y gratuidad.

Debe dotarse al proceso de mediación del carácter de oficialidad necesario para su integración en nuestro sistema procesal. El Equipo de Mediación se configura como un colaborador del Juez en la resolución de las causas, siendo éste quien tiene encomendada la función de seleccionar los casos aptos para ser derivados a mediación previo análisis del conflicto y de la materia, a fin de que sea susceptible de mediación, pero es necesario, en todo caso, el acuerdo previo con el Ministerio Fiscal y que se facilite a las partes el acceso a la mediación en cualquier momento durante el desarrollo del proceso.

El proceso de mediación debe por otra parte ser gratuito para las partes. No puede suponer coste alguno para ellas porque tratándose de una institución llamada a formar parte de la Administración de Justicia es condición *sine qua non* para su efectividad la garantía del libre acceso a este servicio. Por otra parte no se deben incrementar los inconvenientes y la “carrera de obstáculos” que supone hoy en día iniciar un proceso en nuestro país aumentando la onerosidad del mismo en términos económicos, porque con ello difícilmente podría conseguirse un clima receptivo y favorable a la introducción de la mediación en nuestro proceso.

Desafortunadamente, en Justicia no se ha abordado el tema del coste del proceso con la necesaria profundidad como para llegar a conclusiones rigurosas acerca del abaratamiento de costes que supondría para la Administración de Justicia la existencia generalizada de servicios de mediación intrajudicial. Apenas existen estudios sobre la materia, y los

escasos trabajos dedicados a ello suelen enfocar la materia de forma parcial e interesada, por lo que en estos momentos no se dispone de material estadístico y de investigación que permita comparar cuánto cuesta un proceso en nuestro país, no a las partes, concepto más cuantificable en base a las minutas y notas de los profesionales que intervienen en el proceso en su defensa y representación, sino al Estado y al conjunto de los ciudadanos. Sin embargo, y a pesar de ello, resulta incuestionable el hecho de que la mediación es un medio mucho más económico de resolver controversias y de que configurar este servicio como gratuito supondría aligerar considerablemente los costes de la Justicia en nuestro país.

5.9. AUTORIDAD DEL MEDIADOR

El mediador es el responsable de la dirección de las conversaciones que tienen lugar entre las partes en el proceso de mediación. Ha de procurar el acuerdo sin imponerlo, pero a dicho acuerdo han de llegar las partes contando con su asistencia y sujetándose a su autoridad en la conducción de las sesiones.

Su posición no es la de mero observador, sino que va más allá. No se trata de un espectador neutral que presencia el acto escuchando a las partes. Es algo más que eso, porque el mediador realiza una escucha activa intentando aproximar las posiciones de las partes y favoreciendo el diálogo primero y el acuerdo después.

Se puede por ello afirmar que el mediador no ostenta carácter de autoridad en la toma de decisiones, pero sí dirige y planifica el proceso de mediación.

La profesionalización de la figura del mediador mediante una formación y una cualificación profesional adecuada es fundamental en la regulación de la mediación, por la importancia que tiene dotar a esta figura de especificidad propia en el campo profesional.

Por otra parte, es imprescindible que se regule el estatuto del mediador: titulación, formación, acceso a la profesión de mediador, derechos y obligaciones, responsabilidad y funciones. Unido a todos estos aspectos será necesario que el mediador tenga ciertas aptitudes para el desempeño de su trabajo, desde habilidades personales para el diálogo hasta conocimientos psicológicos y sociológicos entre otros. La Ley 5/2012, de 5 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, y su reglamento de desarrollo ya lo hace, pero es necesario un mayor rigor y profundidad en aras de la seguridad jurídica y de la uniformidad en la reglamentación de una profesión tan novedosa y con un ámbito de actuación tan amplio.

Más adelante y en el estudio del “estatuto del mediador” nos dedicaremos con atención a todos estos aspectos.

Directamente relacionado con las características y requisitos del mediador, también es importante que se dedique atención a los Servicios

de Mediación ¹²⁴ (penal, familiar, de menores, mercantil...), tanto en cuanto a su existencia, composición y ubicación como a su relación con el marco judicial y procesal con el que han de colaborar. Debe garantizarse su autonomía, la gratuidad de su servicio y la flexibilidad en su actuación. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles ya les dedica unas líneas en su Exposición de Motivos al decir que “se tiene presente el papel muy relevante en este contexto de los servicios e instituciones de mediación, que desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación”. El Real Decreto de desarrollo, adolece, quizás de cierta indefinición dado que concede más importancia a la libertad y concepción abierta tanto de la forma de regular la formación del mediador, como de los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que deben regir la actuación de los mediadores. Esta norma no utiliza el término Servicios de Mediación porque se regulan los aspectos de los mediadores relacionados con su actividad, sin entrar en la forma de organización de los mediadores ni en las relaciones institucionales. Simplemente se dice que la formación del mediador es básica para el desempeño de su labor con eficacia conforme a la Directiva 2008/52/CE, y que no se establecen requisitos cerrados respecto de esa formación, si bien han de tenerse en cuenta ciertas premisas como la formación inicial y continuada y la adecuación a la capacidad y experiencia profesional del mediador. Pensamos que este Real Decreto de desarrollo de la Ley 5/2012 hubiese sido una buena oportunidad para reglamentar con cierta profundidad además de estos aspectos, la profesión de mediación y la organización de los Servicios de Mediación en el ámbito judicial, pero esto no se ha tenido en cuenta, de manera que seguimos con regulaciones parciales y genéricas que deberían ser abordadas con más exhaustividad en lo relativo a los Servicios de Mediación Intrajudicial cuando la mediación avance en su camino hacia la integración en el ámbito del proceso.

También deberán ser reguladas sus relaciones con el Poder Judicial, tanto con el proceso como con jueces, magistrados, secretarios judiciales y personal al servicio de la Administración de Justicia. Creemos firmemente que el éxito de la mediación y la consecución de los objetivos que se proponen dependen de la fluidez de esas relaciones y de la buena comunicación y entendimiento entre ambas instituciones. Para ello es fundamental una sólida base legal, sin lagunas ni resquicios, que fomente de manera adecuada e indiscutible las relaciones de buena vecindad que deben existir entre mediación y proceso.

5.10. IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD

Más que características de la mediación en si misma, estas notas se refieren a la actitud del mediador encargado de su desarrollo.

¹²⁴ Véase la información sobre el listado de Servicios de Mediación que colaboran con la Justicia en https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/servicios/mediacion/servicios_mediacion/

El mediador debe actuar con total imparcialidad respecto de las partes, lo cual se traduce como específica RÍOS MARTÍN en procurar que “no tenga relación previa ni posterior con ellas, el respeto a sus puntos de vista, así como la no imposición del acuerdo a una de las partes que no lo desee”¹²⁵.

El mediador, como opina SÁEZ RODRÍGUEZ “no impone acuerdos, no orienta a las partes respecto de soluciones concretas ni dirige el acuerdo adaptado a su propia escala de valores”¹²⁶.

Ahora bien, los términos de imparcialidad y neutralidad no son sinónimos ni designan una misma cualidad. Estimamos acertada la precisión de PARKINSON cuando dice que en la imparcialidad también se encuentra el concepto de “equidistancia”, que supone que “el mediador presta igual atención a todos los participantes y maneja el proceso en una manera equilibrada y equitativa”¹²⁷. Así, mientras que la imparcialidad del mediador parece conectar con la igualdad y es más evidente al principio del proceso para justificar la posibilidad de hacer mediación, la neutralidad se refiere al reconocimiento de la legitimidad de las partes en el procedimiento y de sus posiciones en el mismo¹²⁸.

Ésa es la esencia de la labor del mediador, procurar el desenvolvimiento del proceso de forma equilibrada ejerciendo sus funciones con imparcialidad. Precisamente buscando el equilibrio real en las posiciones de las partes en el proceso, de manera que ninguna de ellas tenga una posición hegemónica o de poder en la negociación, se consigue el resultado pretendido, el acuerdo equitativo entre iguales.

Por lo que se refiere a la neutralidad, ésta ha de predicarse tanto de la actitud del mediador como del propio desenvolvimiento del proceso, de manera que se ha de actuar con neutralidad pero al mismo tiempo con implicación en la resolución del conflicto de acuerdo con las normas establecidas.

¹²⁵ RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y BIBIANO GUILLÉN, A. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo del sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, 2006, pág. 48.

¹²⁶ SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La mediación familiar...*, *op. cit.*, pág. 27.

¹²⁷ PARKINSON, L., *Mediación familiar...*, *op. cit.*, pág. 30. Según esta autora “muchos mediadores proclaman ser imparciales, pero reconocen que no pueden ser neutrales” lo cual no puede a su juicio de esta autora ser posible si se identifica neutralidad con el hecho de no poder incorporar una escala de valores o ejercer cierta influencia en el proceso de mediación. La interposición de un tercero que además ejerce cierta autoridad dirigiendo el diálogo o la conversación tiene que tener necesariamente efectos no sólo en la manera de negociar, sino en el resultado de esa negociación. Por eso la labor de mediador ha de estar enmarcada en un escenario de flexibilidad y antiformalismo, porque “entre la facilitación pura y no directiva del mediador y las intervenciones proactivas existen muchas posiciones intermedias a lo largo de las cuales se encuentran todos y cada uno de los que se consideran mediadores. *Op. cit.*, pág. 31.

En el mismo sentido, GARCÍA PRESAS considera que es más adecuado el término “multiparcialidad” por expresar con más exactitud la nota de imparcialidad que la mediación tiene en lo que se refiere a “conjunción de parcialidades” y búsqueda del lugar común en la posición de las partes. Vid. *La Mediación familiar: un alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, Madrid, 2009, págs. 175 y 176.

¹²⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 8. Neutralidad” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012...*, *op. cit.*, págs. 107 y siguientes.

Si bien es cierto que el mediador tendrá sus principios y valores y que su forma de dirigir el debate puede ser reflejo de sus convicciones y su percepción del conflicto, será necesario diferenciar entre cuales de éstas influencias son inevitables y no interferirán en el proceso de mediación y cuáles deben ser rechazadas por comprometer la neutralidad del mediador¹²⁹, pero podemos concluir que de la posición desinteresada o desapasionada del mediador surge como consecuencia inevitable la neutralidad como característica natural del proceso y del mediador¹³⁰.

5.11. DIMENSIÓN COMUNITARIA Y SOCIALIZADORA

La mediación tiene un carácter eminentemente socializador, dado que contribuye al restablecimiento del orden en la convivencia “desde dentro”, mediante el diálogo y el acuerdo, por lo que son innegables los efectos beneficiosos que la mediación trae a las relaciones sociales primarias dada la labor psicológica que ejerce en los intervinientes.

Si esos intervinientes, protagonistas del conflicto, son también los dueños y responsables de la búsqueda de la solución al problema, el resultado de la mediación no puede ser más positivo, porque en abstracto se consigue restablecer el orden social y la convivencia y porque en concreto las partes en mediación han resuelto sus diferencias en primera persona, asumiendo el problema y creando la solución de forma que su grado de satisfacción y su percepción psicológica de la nueva situación resultan de incuestionable valor personal y social.

Esto por lo que se refiere a la perspectiva penal se traduce como dice RÍOS MARTÍN, en “una apuesta por el principio del derecho penal mínimo que coadyuva a la dimensión preventivo especial: la responsabilidad ética del infractor y su reinserción social con la adopción de medidas alternativas a la prisión”¹³¹.

En la mediación penal se trata de conseguir un doble objetivo. En primer lugar, la restauración de la paz y la convivencia mediante una transformación de las relaciones sociales, que viene dada por la responsabilización de las partes del conflicto que buscan y hacen suya la solución. Por otro lado, conseguir la reinserción del autor de la infracción penal mediante su implicación en la búsqueda de una alternativa al cumplimiento de una pena, en la que a veces predomina más el carácter retributivo que el reeducador¹³².

¹²⁹ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención...*, op. cit., pág. 142.

¹³⁰ GARCÍA PRESAS, I. *La Mediación familiar...*, op. cit., págs. 178 y 179.

¹³¹ RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E.Y BIBIANO GUILLÉN, A., *La mediación penal y penitenciaria...*, op. cit., pág. 30.

¹³² Podemos avanzar que estos son los objetivos primeros de la mediación penal, a los que se pueden unir otros quizá menos importantes desde el punto de vista estrictamente jurídico, pero que trascienden a la concepción meramente reparadora y restaurativa de la mediación entrando en el campo de la toma de decisiones políticas con repercusiones de tipo sociológico. Así SANMARTÍN LARRINOVA enumera, además los objetivos de la “adecuada gestión de los órganos judiciales o, incluso, una utilización de la mediación como elemento de política criminal”, los cuales no dejan de tener cierta relevancia a la hora de argumentar sobre las posibilidades de futuro de la mediación como herramienta fundamental en la búsqueda de alternativas a un

Todo ello está muy relacionado con los movimientos de atención a la víctima y con la nueva visión del concepto de reparación del daño sin descuidar la rehabilitación del infractor, cuestión esta última también necesitada en los últimos años de una revisión crítica y constructiva.

Por lo que respecta a la mediación familiar se pueden reproducir *mutatis mutandis* las mismas premisas sobre el carácter socializador de la mediación por cuanto permite a las partes adquirir el protagonismo sobre su situación. De esta manera se consigue también en este terreno la responsabilización en la toma de decisiones y el compromiso en el cumplimiento de lo acordado, extremo éste mucho más evidente en la mediación familiar por el especial contexto psicológico en que se desarrollan los procesos de familia y por lo que significa la colaboración de las partes en el cumplimiento de un acuerdo que ellas mismas han confeccionado.

5.12. BUENA FE

La buena fe procesal se define, con PICÓ I JUNOY¹³³ como “aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”. Se trata de un concepto relacionado con la conducta socialmente considerada como modelo de probidad, integridad y regla de actuación exigida a los miembros de una comunidad, que en el ámbito procesal trata de ajustar las reglas de conducta a la regulación normativa y a la actuación procesal que debe informar la conducta de las partes en este ámbito.

Si como principio general del derecho, informador de nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe se traduce en una conducta legalmente exigible de actuar en el proceso con probidad, honradez y rectitud, esto es extensible al proceso de mediación en que la actitud tanto de las partes como del mediador y resto de intervinientes ha de estar presidida también por la buena fe.

Las manifestaciones del principio de buena fe aplicado al Derecho ofrecen dos vertientes: la negativa en el sentido de veto o prohibición de conductas contrarias a ella y la positiva de exigibilidad de ciertas actitudes de honradez y lealtad a la hora de celebrar o concluir actos jurídicos.

Nuestro ordenamiento jurídico está salpicado de normas que en distintos ámbitos recogen este principio como base para la celebración, conclusión y exigibilidad de actos y negocios jurídicos y prohíben en sentido contrario la mala fe procesal, pero este principio trasciende al contenido estrictamente jurídico del acto procesal por cuanto presupone una actitud particular como presupuesto de hecho o punto de partida para dotar de validez y eficacia la actividad de las partes reconocida y sancionada por el Derecho.

sistema penal y procesal penal ciertamente en crisis. *Vide* su trabajo., *La mediación como respuesta...*, *op. cit.*, pág. 219.

¹³³ PICÓ I JUNOY, J., *El principio de buena fe procesal*, Barcelona, 2003, pág. 69.

Por eso la mediación entra dentro del campo de acción del principio de buena fe en el sentido de que se ha de partir de una actitud leal e íntegra de las partes que, lejos de fines espurios y engañosos lleve a la consecución de un acuerdo válido no sólo por ser conforme a ley sino también por ser honesto y por conseguir el equilibrio entre el derecho de defensa de las partes y el respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos: derecho a no sufrir indefensión, a un proceso sin dilaciones indebidas o a la tutela judicial efectiva¹³⁴.

La base por tanto de la actividad de las partes en mediación y del contenido del acuerdo ha de estar informada por la buena fe y la conducta responsable y diligente de las partes como presupuesto para su validez y eficacia, cuestión ésta a controlar por el mediador y el Juez y que deberá ser convenientemente regulada.

¹³⁴ PICÓ I JUNOY, J., *El principio de buena fe procesal...*, op. cit., pág. 299.

6. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

La denominación “métodos de resolución alternativa de conflictos” suele designar realidades diversas cuyos contornos no siempre son nítidos, de manera que aparecen desdibujados, tanto los conceptos, como los límites y rasgos definitorios de cada figura. En este apartado intentaremos diferenciar la mediación de otras figuras afines con las que guarda semejanza por compartir características y objetivos comunes.

En muchas ocasiones se utilizan indistintamente los vocablos mediación y reparación, o mediación y negociación o acuerdo, cuando no siempre se están refiriendo al mismo modelo de resolución alternativa del conflicto.

Esto es así porque en opinión de MANZANARES SAMANIEGO el concepto de mediación ha sido importado de otros países a veces muy distintos al nuestro¹³⁵. Como efecto de esa trasposición a nuestra sociedad de una figura extraña se intentan utilizar términos como sinónimos intercambiables, cuando en realidad son producto de una traducción no literal al español o designan realidades distintas.

Por otra parte no todos los términos que se emplean para designar y caracterizar estas figuras son jurídicos, dado que en ocasiones proceden del ámbito social en el que se sitúa el origen de los movimientos ADR.

Incluso dentro del campo del Derecho pueden referirse a distintas disciplinas jurídicas, como por ejemplo al Derecho de Familia -en el que se usa con relativa frecuencia el término reconciliación- o el Derecho Laboral -en el que la conciliación se estructura como una fase obligatoria del proceso-¹³⁶.

Dentro ya del ámbito procesal penal, en ocasiones se entremezclan conceptos civiles y penales al hablar de la mediación y reparación como términos equivalentes. Como apunta MANZANARES SAMANIEGO en algunos ordenamientos procesales como el nuestro es posible el ejercicio dentro del proceso penal de la acción civil derivada del delito. Esto hace que resulte mucho más difícil deslindar conceptos como reparación, indemnización o acuerdo, que parecen estar más relacionados con la perspectiva de resarcimiento o reparación de las consecuencias civiles derivadas del delito que con el proceso penal y el delito en sí¹³⁷.

¹³⁵ Ver la obra de MANZANARES SAMANIEGO en general y en especial el libro, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, en la que se analizan las figuras que guardan una relación más estrecha con la mediación intrajudicial por tener también su encaje en el proceso como ésta. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación...*, *op. cit.*, págs. 171 a179.

¹³⁶ La conciliación obligatoria previa se regula actualmente en los Artículos 63 a 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En el artículo 63 se dice que “será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el art. 13 y el apartado 1 del art. 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo”.

¹³⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación...*, *op. cit.*, pág. 27.

En este capítulo nos dedicaremos a la distinción de la mediación con otras figuras de similares características entre las cuales destacan la conciliación, la negociación y el arbitraje.

Por su especial relevancia, y dado que no se trata de una figura afín a la mediación, sino de una de las consecuencias de la actividad desarrollada por cualquiera de estas figuras, especialmente cuando se enmarcan dentro de la jurisdicción penal, estudiaremos en capítulo aparte la reparación del daño como parte posible del contenido de la mediación, con la que frecuentemente se le suele confundir.

Por último nos referiremos a las diferencias esenciales entre la mediación y el proceso del que ésta ha de ser herramienta complementaria fundamental.

6.1. CONCILIACIÓN

Aunque es relativamente fácil distinguir conceptualmente la conciliación y la mediación, también es frecuente identificar y confundir ambas figuras.

La razón es de tipo semántico, dado que el término “conciliar” se define en sus dos primeras acepciones como “componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí” y “conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias”¹³⁸, con lo que se identifican fines y objetivos de mediación y conciliación.

Por otra parte en su acepción jurídica la conciliación es definida como “acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado”¹³⁹ de manera que el concepto aparece ya incardinado dentro del proceso o como fase inmediatamente anterior al mismo como el arreglo a que llegan las partes para terminarlo o evitarlo.

En la conciliación judicial, como fase dentro del proceso, dos o más partes se ponen de acuerdo para dar solución al conflicto encontrando una salida mutuamente satisfactoria. La mediación intrajudicial está destinada a desenvolverse en el marco de un proceso. Por ello es fácil llegar a identificar ambas figuras, mediación y conciliación, como etapas previas al proceso o a desarrollar en sus primeras etapas con el mismo fin de evitar el pleito, impidiendo que continúe o incluso diseñando los términos de dicho acuerdo a fin de facilitar la labor judicial.

En nuestro ordenamiento se regula expresamente la conciliación judicial sólo en casos muy señalados, en los ámbitos jurídicos laboral, civil y administrativo¹⁴⁰.

¹³⁸ www.rae.es.

¹³⁹ www.rae.es.

¹⁴⁰ Véase el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, que a propósito del objeto y clases de recursos dice en su punto 2: “ Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

La diferencia básica entre mediación y conciliación estriba en la situación que ocupa y el poder que se otorga al tercero interviniente en la disputa.

El conciliador se sitúa, como dice SÁEZ VALCÁRCEL, en una estructura de resolución de la controversia de tipo “vertical”¹⁴¹, mientras que el mediador se coloca a igual nivel que los contendientes dentro de una estructura horizontal orientada a fomentar el diálogo.

En cuanto al poder del tercero, en la conciliación ese poder se interpreta en el sentido de “autoridad referencial”¹⁴² situando a las partes en un contexto en el que el conciliador no ejerce una autoridad “actual” - como sinónimo de real o auténtica- sino más bien “potencial”¹⁴³, persuasiva y no coactiva, ya que se sitúa por encima de las partes dirigiendo los debates y contribuyendo al acercamiento entre ellas para procurar el acuerdo, imponiendo su decisión en caso de que no se llegue al mismo¹⁴⁴. En la mediación, sin embargo, el papel del mediador se reduce a la aproximación de las partes desarrollando en ellas las habilidades comunicativas necesarias para que lleguen a la solución de la disputa, sin ningún poder decisorio sobre la contienda.

Es por ello que la doctrina discute si la conciliación es una fórmula auto o heterocompositiva, dependiendo del encuadramiento en uno u otro campo del criterio diferenciador usado.

Si el criterio es el sujeto en quien reside el poder de decisión de la controversia, la conciliación tiene naturaleza autocompositiva. Si por el contrario es la llamada a un tercero para resolver o conciliar el criterio diferenciador, la conciliación es heterocompositiva.

SAN MARTÍN LARRINOA opina que conciliación y arbitraje son ambos medios heterocompositivos por la intervención del tercero independientemente de cuál sea su labor. Esta autora considera que “conciliación designa a la vez acción y resultado”, por lo que la frontera delimitadora entre conciliación y mediación ha de residir en la incorporación o no del tercero a la resolución de la disputa, opción que puede darse en la conciliación, no así en la mediación en la que la figura

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.”

¹⁴¹ SÁEZ VALCÁRCEL, R. “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia”, en *Alternativas a la judicialización...*, op. cit., pág. 69.

¹⁴² Los términos entrecomillados son de ORTUÑO MUÑOZ, quien ha elaborado un interesante y aclaratorio cuadro que seguimos en este punto, en el que compara las características esenciales de los diversos métodos de tratamiento de los conflictos. Este cuadro resulta de gran ayuda a la hora de deslindar la mediación de otros sistemas similares. Ver el cuadro en SÁEZ VALCÁRCEL, R., *Alternativas a la judicialización...*, op. cit., pág. 616.

¹⁴³ Entrecomillado de SAN MARTÍN LARRINOA para significar la posición preminente de las partes que dependen de sus habilidades negociadoras y de su propia estrategia, siendo la posición del conciliador la de un moderador que además intenta propiciar el acuerdo en el que ambas partes, realizando mutuas concesiones, saldrán beneficiadas.

¹⁴⁴ PEDRAZ PENALVA, E. *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pág. 41.

del tercero mediador “resulta ineludible.” Desde este punto de vista y a pesar de esa opción por la intervención o no de un tercero, la autora sitúa la conciliación también entre los métodos heterocompositivos, al incluirla junto con el arbitraje o el procedimiento judicial dentro de la clasificación de figuras afines a la mediación¹⁴⁵.

En todo caso, como opina PEDRAZ PENALVA¹⁴⁶, la distinción cualitativa la constituye el hecho de que la importancia procesal de la mediación no depende de las características del tercero, puesto que es precisamente su especialización lo que justifica su llamada a resolver el conflicto. Se trataría más bien de situar el criterio distintivo en la naturaleza de la actividad que realiza y del resultado que ésta tiene en el proceso.

En este sentido también se distancia un poco la conciliación entendida en sentido general con la celebrada en el seno del proceso laboral, en el que parece aproximarse más a una negociación sin la intervención de un tercero, ya que son las propias partes asistidas por sus abogados, que juegan aquí un papel esencial, las que tratan de llegar a un acuerdo ventajoso para sus intereses.

En este orden de cosas es necesario señalar que la conciliación en el ámbito laboral ha seguido una imparable evolución y perfeccionamiento teniendo como principal impulsora una labor legislativa constante y como escenario la consolidación de los sujetos colectivos sindicales y empresariales en su lucha por la autonomía colectiva y por la búsqueda de nuevas vías de solución de conflictos.

Sin embargo, no dejan de darse ciertos inconvenientes, como señala SASTRE IBARRECHE¹⁴⁷, basados en la excesiva *procedimentalización* de estos métodos, lo cual los identifica cada vez más con los procesos judiciales. Además, determinados sectores de actividad no se han adherido a los acuerdos sectoriales para incluir los procedimientos de conciliación en la resolución de sus propios conflictos (sector bancario o de cajas de ahorro, por ejemplo). Esto hace que la conciliación laboral quede en la práctica un tanto minimizada.

Volviendo a la posición del tercero como matiz diferenciador de estas figuras, podemos concluir diciendo que la autoridad del conciliador le viene dada desde fuera. Se trata de una autoridad para imponer un acuerdo o decidir una disputa con carácter subsidiario al papel protagonista de las partes y al propio papel propiciatorio del acuerdo del conciliador.

Por el contrario, el poder del mediador no es tal, limitándose su autoridad a la dirección de los debates y la vigilancia del cumplimiento de las normas. De esta manera la legitimidad para ejercer esa autoridad, que

¹⁴⁵ SAN MARTÍN LARRINOVA, M. B., *La mediación como respuesta...*, *op. cit.* págs. 50 y 51.

¹⁴⁶ PEDRAZ PENALVA, E., *Ibidem*.

¹⁴⁷ SASTRE IBARRECHE, R., “Consideraciones en torno a los medios de composición autónoma de conflictos en el ámbito laboral” en VELARDE ARAMAYO, M. S., *Introducción al Derecho...*, *op. cit.*, págs. 115 y 116.

podría calificarse más bien como moral, le viene dada por el sistema primero y por las propias partes después.

Centrándonos por un momento en el ámbito penal, es frecuente la confusión entre mediación y conciliación (o más bien reconciliación) por el hecho de que la mediación penal puede tener dos resultados distintos.

Siguiendo en este punto a MANZANARES SAMANIEGO¹⁴⁸, uno de ellos sería la reparación de los daños y perjuicios que se insertan en la denominada responsabilidad civil *ex delicto* regulada en nuestro Código Penal en el Título V del Libro I “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”¹⁴⁹. El otro, la conciliación en el sentido de reconciliación del victimario con su entorno y con la víctima restableciendo la paz social mediante el reconocimiento de su propia culpabilidad y el resarcimiento a la víctima.

Entre estas dos opciones caben varias posibilidades intermedias: que tengan lugar la reparación y la reconciliación, que la primera sea sólo un elemento más de la conciliación (del resultado o del acuerdo) o incluso, como señala este autor, que la mediación concluya con una petición de perdón que no vaya acompañada de una reparación a la víctima, en cuyo caso se habrá producido la reconciliación sin reparación.

Estamos en este caso ante la denominada “reparación simbólica”, en la que es más patente la confusión, dado que la mediación termina sin una reparación en el sentido material conocido en nuestro derecho (indemnización de daños y perjuicios, restitución de la cosa y reparación del daño). No es posible aquí la identificación entre mediación y reparación, pero sí entre mediación y conciliación. Según este autor este tipo de reparación respondería más bien al concepto de “satisfacción como objeto de la conciliación” debido a la resolución del conflicto “sin ningún componente reparador en sentido estricto”. Sin embargo, en estos casos existe mediación y existe su resultado, la conciliación.

Por ello algún autor denomina a la conciliación “el fruto” de la actividad mediadora, destacando la necesidad de que todo ello se integre en el proceso como parte del mismo y de que revista una forma “jurídicamente reconocible” por nuestro sistema procesal previa regulación por ley de sus límites y condiciones¹⁵⁰.

Por otra parte, mientras que el procedimiento de conciliación es formal y sujeto a unas normas regladas, pero flexible a fin de dejar margen a la negociación, la nota característica de la mediación es la del

¹⁴⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación*, op. cit., Granada, 2007, págs. 30 y 31.

¹⁴⁹ El Artículo 109 establece que: “1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”

El artículo 110 especifica qué debe entenderse por responsabilidad civil *ex delicto*: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

¹⁵⁰ FREIRE PÉREZ, R.M., “Reparación y Conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados” en SÁEZ VALCÁRCEL, R., *Alternativas a la judicialización...*, op. cit., pág. 91. La autora habla de mediación-conciliación al investigar el origen y la evolución de la mediación como mecanismo de respuesta frente al delito.

procedimiento libre e informal, con un amplio margen de acción de las partes para maniobrar en busca del acuerdo y del mediador para establecer la estrategia a seguir.

Según ORTUÑO MUÑOZ¹⁵¹, la obligatoriedad de la conciliación es atenuada mientras que en la mediación la nota predominante es la voluntariedad, si bien con la obligación de asistencia a una reunión previa informativa, lo que el autor denomina “cierto carácter coactivo” a fin de que el proceso civil no sea tan frustrante por no colmar las expectativas de resolución de un conflicto en el que son tan importantes aspectos afectivos a los que el órgano judicial no va a poder llegar.

Su especial relevancia en el campo de la mediación en el proceso penal y el peso específico que las pretensiones reparatorias tienen en él, exigen que nos dediquemos a esta cuestión más adelante. Basten sin embargo estas pinceladas previas para destacar el hecho de que no deben confundirse mediación como actividad del proceso a través del cual se lleva a cabo la conciliación (en el sentido anteriormente expuesto de reconciliación, pacto o acuerdo) con la reparación, que puede ser uno de los resultados de la mediación, aunque no el único.

6.2. NEGOCIACIÓN

Con un ámbito de actuación sustancialmente más amplio que muchos de los métodos ADR, la negociación supone la actividad desarrollada por las partes a las que une una relación de tipo comercial, económica, financiera o de cualquier otro tipo dirigida a un acuerdo beneficioso para ambas partes. La negociación no implica necesariamente una situación de conflicto, sino una situación de necesidad de las partes de llegar a un entendimiento superando las diferencias -presentes o futuras- que dificulten el normal desenvolvimiento de sus relaciones, sociales, económicas, comerciales o de cualquier otro tipo.

De nuevo el criterio distintivo entre la mediación y la negociación está en la intervención o no de un tercero en la relación, dado que en la negociación no interviene un tercero para ayudar o facilitar el acercamiento mientras que la mediación se caracteriza por la intervención de ese tercero ejercitando labores de acercamiento y búsqueda de consenso entre las partes.

Por ello resultan meridianamente claras las diferencias entre la negociación y la mediación partiendo de estas dos premisas básicas, el hecho de que no exista un conflicto judicializado que resolver, sino una situación derivada de la vida en sociedad que es necesario gestionar para asegurar la convivencia y la paz social y la no intervención del tercero dejando en manos de las partes la resolución del conflicto.

¹⁵¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Mediación familiar” en *Mediación Familiar*, en GONZÁLEZ POVEDA, P., y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coord.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos y Procesales*, Madrid, 2005, págs. 1105 a 1111.

6.3. ARBITRAJE

El arbitraje constituye uno de los principales procedimientos alternativos a la jurisdicción. En él late más que en ningún otro método ADR la idea de evitación de la vía jurisdiccional como base y fundamento de su existencia, porque en él las partes de común acuerdo encomiendan la resolución de una controversia a un tercero independiente nombrado por ellas, el árbitro, quien se compromete a emitir el laudo arbitral resolutorio de obligado cumplimiento.

MUNNÉ CATARINA¹⁵² lo define como “institución jurídica que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes que se someten a él y que constituye una alternativa a la Jurisdicción, como forma heterocompositiva de resolución de conflictos”. Se trata, por tanto de una “estructura alternativa, voluntaria y excluyente de la Jurisdicción Ordinaria establecida por el Estado para la coyuntural resolución heterocompositiva y vinculante de litigios predeterminados”, que, como dice el autor se extiende al aspecto contractual del pacto arbitral pero también al jurisdiccional relativo al procedimiento y al laudo arbitral.

De gran utilidad y frecuente uso en materia mercantil y civil, el arbitraje se distingue por su especificidad técnica y por la consiguiente especialización de los árbitros por razón de la materia llegando a tener gran importancia en materia como consumo. En cumplimiento de la obligación constitucionalmente establecida de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo sus derechos mediante procedimientos eficaces este sistema se considera sumamente útil y preferible al proceso jurisdiccional por su innegable celeridad y aptitud para la resolución de conflictos en este ámbito.

El arbitraje es también un método adecuado para la resolución de conflictos internacionales en los que la labor cualificada de un árbitro de prestigio suele llegar a buen fin en casos sobradamente conocidos en los que fracasan otras vías de negociación.

En nuestro país el arbitraje está regulado como ya hemos visto por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, que derogó en su día la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje y que ha sido reformada por la Ley 11/2011, de 20 mayo, que según su Exposición de Motivos trata de hacer una “reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje”. Esta ley ya recogía la vocación unificadora del arbitraje, tanto interno como internacional, porque respondía a la necesidad de adaptar los procedimientos arbitrales de resolución de conflictos a las necesidades de una economía moderna y globalizada caracterizada por relaciones comerciales cada vez más complejas que exigen soluciones más rápidas y eficaces. La Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre se había centrado más en reiterar normas de derecho interno que en enfocar la cuestión desde una perspectiva de derecho internacional. La Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (respecto de la cual el 16 de julio de 2010 el Consejo de Ministros a propuesta del

¹⁵² MUNNÉ CATARINA, F., *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Cizur Menor, 2002, pág. 19.

Ministerio de Justicia había aprobado el proyecto de ley para su reforma) parece avanzar en la dirección correcta haciendo mención expresa al Convenio de Nueva York en esta materia y al Modelo CNUDMI de 21 de junio de 1985 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional)¹⁵³.

La naturaleza del arbitraje lo identifica con un equivalente jurisdiccional en virtud del cual queda vedado el acceso a la jurisdicción al someter las partes a un árbitro la decisión del conflicto. Esta idea no es nueva, ya que el Tribunal Constitucional lleva décadas definiéndolo así y refiriéndose a la posibilidad de las partes de conseguir mediante el arbitraje los mismos objetivos que con el acceso a la jurisdicción consiguiendo además que la decisión al conflicto tenga todos los efectos de la cosa juzgada. Por ello el arbitraje ha desplegado una gran efectividad en determinados campos, lo cual ha contribuido a reforzar su importancia¹⁵⁴.

La importancia del arbitraje reside, además de en su idoneidad para resolver determinadas cuestiones, en el hecho de que el laudo arbitral tiene la fuerza de cosa juzgada, lo que contribuye a identificarlo como título judicial susceptible de ser exigible ante la jurisdicción porque está dotado de una sustantividad asimilable a la de una sentencia judicial firme. El art. 11.1 de la LA así lo establece al impedir a los Tribunales conocer de controversias sometidas a arbitraje salvo que las partes renuncien al arbitraje entendiendo esto si la parte demandada realiza presentada una demanda ante el órgano judicial cualquier gestión que no fuera la de interponer en forma la oportuna declinatoria.

¹⁵³ La CNUDMI es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Se trata de un órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años y cuya función consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.

http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

Sin embargo en nuestro país quizás se está desaprovechando una importante oportunidad de regular el arbitraje internacional de manera coherente y respetuosa con el sistema de jerarquía de fuentes. Esta parte de la Ley es la que se presta a más críticas doctrinales. Esto es así porque cualquier norma interna en un sistema dominado por la normativa internacional (convenios y tratados internacionales), exige de un previo proceso de armonización que en nuestro país no ha tenido lugar.

Se ha tratado de dotar al procedimiento de un mayor antiformalismo tratando de reforzar la posición de España en los arbitrajes internacionales (sobre todo en lo que a arbitrajes latinoamericanos se refiere). En este sentido la regulación del arbitraje internacional desde una perspectiva unificadora ha de ser acogida positivamente, más teniendo en cuenta que la Ley 60/2003 dice, por primera vez en nuestro ordenamiento qué debe entenderse por arbitraje internacional. Pero es necesario continuar por esta vía adaptando la regulación del arbitraje en nuestro país a las exigencias del tráfico jurídico y económico internacional.

¹⁵⁴ Así, se pueden citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/91, de 22 de marzo, que cita la Sentencia 15/84 y lo define como “equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”, o la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre que dice que el arbitraje es un “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados”

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1991/62>

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/eu-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1996/176#complete_resolucion&fundamentos

En relación con esta cuestión CORDÓN MORENO¹⁵⁵ dice que la Ley de Arbitraje de 2003 separa claramente los conceptos de “definitividad y firmeza”, por una parte, y “definitividad y ejecutividad” por otro, utilizando conceptos distintos a los que usa la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, la LEC dice en su artículo 207 que son resoluciones definitivas aquellas que ponen fin a la instancia o decidan recursos interpuestos frente a ellas y firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno. Sin embargo, para la Ley de Arbitraje es la definitividad la que marca el comienzo de la eficacia del laudo y su fuerza vinculante, así como su ejecutividad o cualidad de ser ejecutado, dado que contra un laudo definitivo, que ya tiene fuerza de cosa juzgada no cabe recurso alguno y sólo cabe ejercitar contra él la acción de anulación o la revisión prevista en la LEC para las sentencias firmes. Por ello es clara la distinción entre un laudo definitivo y una resolución judicial definitiva, porque del primero ya se predica la fuerza de cosa juzgada (contra un laudo definitivo sólo cabe la acción de anulación, dice el art. 40 de la LA¹⁵⁶), de manera que en esta materia no aparecen conectados los conceptos de firmeza, irrecurribilidad y ejecutividad de forma tan clara como ocurre con las resoluciones judiciales¹⁵⁷.

Por otra parte, la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2012, de 20 de mayo, incide en los efectos en el proceso del arbitraje, reflejada en la atribución de competencias a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia para el nombramiento y la remoción judicial de los árbitros, para conocer de la acción de anulación, para el reconocimiento del laudo o para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros. Al reducir la competencia de los Juzgados de Primera Instancia sólo a la ejecución de los laudos se pretende uniformizar el tratamiento de las cuestiones arbitrales unificando criterios que se centran en un órgano judicial superior de forma que se unifique el tratamiento de cuestiones arbitrales cuando

¹⁵⁵ CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cizur Menor, págs. 50 a 57. En el mismo sentido, BARONA VILAR en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor, 2007, pág. 43.

¹⁵⁶ Si bien, como opina CREMADES SANZ-PASTOR, hubiese sido más adecuado que el legislador de nuestra Ley de Arbitraje hubiese empleado el término usado por la Ley Modelo de la CNUDMI que dice en su artículo 34 que contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, dado que se puede dar la impresión de que únicamente contra el laudo final cabe la acción de nulidad cuando todo laudo es definitivo y por tanto susceptible de ejercitar contra él la acción de nulidad cuando contra todos los laudos, que son definitivos cabe la acción de nulidad. Véase su trabajo, *El arbitraje de derecho privado en España*, Valencia, 2014, págs. 271 y 272.

¹⁵⁷ Así, la Sentencia del TC 9/2005, de 17 de enero de 2005 dice que “es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” , (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2005-2643) de manera que “sólo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (Sentencia TC 176/1996, de 11 de noviembre, en

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/101783/sentencia-tc-176-1996-de-11-de-noviembre-nulidad-de-laudo-arbitral-emision-fuera-de-plazo-valo>).

deban acceder a los órganos judiciales por afectar a cuestiones que trascienden al contenido del laudo o a su ejecución.

Con todo ello, entendemos que el legislador ha optado acertadamente por dedicar mayor atención al arbitraje siguiendo la línea del reconocimiento en el ámbito judicial de las cuestiones y la función arbitral. Además, atribuyendo su conocimiento a órganos jerárquicamente superiores y con una competencia territorial más amplia se incide en la línea de tratamiento de las cuestiones arbitrales desde la perspectiva de una mayor especialización de los órganos judiciales llamados a conocerlas, dotando así al sistema de mayor seguridad jurídica, por adoptar criterios más uniformes que redundarán en un conocimiento de las cuestiones arbitrales mucho más técnico y riguroso.

Veremos a continuación las diferencias básicas que distinguen al arbitraje de otras figuras afines.

6.3.1. Diferencias entre arbitraje y mediación

Si bien no resulta fácil la diferenciación nítida entre mediación, conciliación o reparación por confundir fases, objetivos y resultados con la actividad en sí misma, la distinción entre mediación y arbitraje como principales formas heterocompositivas de resolución de conflictos resulta inicialmente más clara.

Desde el punto de vista del poder o autoridad que ostenta el tercero en el proceso resolutorio del conflicto, es claro que en el arbitraje el tercero designado por las partes tiene la potestad para decidir sobre la cuestión, cosa que no ocurre en la mediación. En este sentido la labor del árbitro se asemeja a la del Juez, dado que ambos tienen la autoridad necesaria para decidir la cuestión e imponer su decisión. Como dice SAN MARTÍN LARRINOA, el arbitraje se configura así como “una fórmula de arreglo de conflictos directiva” por el componente de poder y autoridad del árbitro y de obligatoriedad de su decisión o laudo¹⁵⁸, puesto que el árbitro en ningún caso desempeña el papel de “guía o ayuda” para que las partes lleguen al acuerdo,¹⁵⁹ papel que sí es atribuible al mediador.

6.3.2. Diferencias entre arbitraje y jurisdicción

De la misma manera, son claras también las diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción. La doctrina se ha dedicado a remarcar las ventajas que sobre la vía judicial tiene el arbitraje, referidas en gran parte a los aspectos utilitaristas de éste último y a que, como apunta BARONA VILAR, se ha superado la concepción del arbitraje como meramente contractualista para admitir una naturaleza jurisdiccionalista basada en la función de los árbitros, la fuerza ejecutiva del laudo y el valor de cosa juzgada de éste, si bien hay que decir que tras la calificación del arbitraje por el Tribunal Constitucional como “equivalente jurisdiccional” pero

¹⁵⁸ SAN MARTÍN LARRINOA, M.B., *La mediación como respuesta...*, op. cit., pág. 50.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

acentuando rasgos característicos de esta figura como la libertad, las posturas definitorias del arbitraje son más eclécticas¹⁶⁰.

Se señalan a menudo como beneficios del arbitraje su celeridad, flexibilidad, escasa onerosidad, especialización y confidencialidad.

También se destacan como ventajas la eliminación de la hostilidad que queda sustituida por la voluntad de encontrar una solución útil y beneficiosa para ambas partes basada en la “cultura del acuerdo”.

Esta característica no es tan evidente como en la mediación, pero se aprecia en el arbitraje la tendencia de la voluntad de las partes de resolver sus diferencias por cauces distintos al judicial abriendo puertas a una concepción de menor confrontación y más consenso, siquiera sea por el acuerdo respecto a someter la decisión de la cuestión a arbitraje.

Es habitual también encontrar entre la doctrina argumentos más pragmáticos que ven en el arbitraje la vía ideal de desjudicialización de conflictos dirigida a descargar a la jurisdicción de la carga de trabajo inasumible que padece¹⁶¹.

Las diferencias entre arbitraje y proceso son más evidentes cuando se analizan otras variables, como por ejemplo la naturaleza de la decisión de dicho tercero. En el caso del arbitraje se emite la decisión vinculante, el laudo, porque las partes se han sometido voluntariamente a esta institución. En el caso del proceso, esa decisión se traduce en una sentencia o decisión vinculante por emanar de un órgano jurisdiccional al que las partes han de acudir obligatoriamente para la decisión de determinadas cuestiones.

Esto está relacionado con el poder del tercero árbitro o Juez. El árbitro está dotado de *auctoritas*, entendida como legitimación moral concedida a determinada persona o institución para emitir una opinión cualificada sobre un asunto, decidiendo el mismo. Esa *auctoritas* se plasma en el laudo arbitral que emite. El órgano jurisdiccional está investido además de *potestas* como poder socialmente reconocido para decidir la contienda y además como poder coactivo para imponer su decisión ejecutándola¹⁶².

En relación al arbitraje y la jurisdicción existe otra diferencia básica a destacar. Se trata del tratamiento y consecuencias de la posible adopción de medidas de aseguramiento en la mediación. MARTÍN DIZ¹⁶³

¹⁶⁰ Como dice esta autora, “el arbitraje es arbitraje” porque en él coexisten elementos contractuales, jurisdiccionales y procesales. BARONA VILAR en *Arbitraje y justicia...*, op. cit., Cizur Menor, 2007, pág. 45.

¹⁶¹ COLINA GAREA a título de ejemplo considera que por lo que respecta a las relaciones entre ambas instituciones se traza una “nítida separación entre la vía judicial y arbitral, evitando injustificadas injerencias que impiden al arbitraje convertirse en opción viable frente a la jurisdicción, de modo tal que la interrelación entre ambas vías existirá cuando resulte absolutamente necesaria.” Por ello, una de las grandes ventajas del arbitraje la constituye, precisamente, el hecho de gozar de sustantividad propia sólo auxiliada por la vía jurisdiccional cuando se trata de reclamar la ejecución del laudo. Vid. su trabajo *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Madrid, 2009, págs. 31 y ss.

¹⁶² PEDRAZ PENALVA, E., *Arbitraje, Mediación...*, op. cit., Madrid 1995, págs. 42 y 43.

¹⁶³ El autor cuida especialmente la terminología puesto que no habla de “medidas cautelares” - privativas y exclusivas del marco procesal-, sino de medidas de aseguramiento dirigidas a

se refería hace años a la necesidad de que fueran tenidas en cuenta por el legislador en la futura regulación estatal de la mediación porque no existía en la LA mención alguna a las medidas cautelares a adoptar en el procedimiento, siendo aplicables las previstas con carácter general en la LEC, haciendo un llamamiento a la necesidad de que este aspecto fuera tenido en cuenta y regulado, porque consideraba que una de las principales causas de la regulación fallida del arbitraje era la imposibilidad de adoptar en el mismo estas medidas.

A este fin iban dirigidas las medidas de aseguramiento propuestas por este autor¹⁶⁴. Se señalaba así la importancia de la homologación judicial del acuerdo obtenido en mediación de manera que se hiciera posible la ejecución forzosa en casos de incumplimiento, pero al mismo tiempo, se incidía en el aseguramiento con carácter previo del futuro acuerdo tal y como establecía el artículo 6 de la Directiva de la Unión Europea de 2008.

Por ello sugiere la habilitación del mediador, a la manera del árbitro, para acordar las medidas mencionadas tal y como prescribe el artículo 23 de la LA¹⁶⁵. Sin entrar en estos momentos en valoraciones acerca de lo desafortunado de este precepto que denomina a estas medidas “cautelares” cuando en realidad son medidas “aseguratorias” o “de prevención” y a la facultad atribuida a los árbitros para adoptarlas, hasta que lo acordado en mediación no goce de una obligatoriedad no psicológica o “de conciencia” entre las partes, sino real, formal y legalmente reconocida, no puede encomendarse al mediador la función de adoptar dichas medidas porque el mediador, repetimos, carece de la *auctoritas* necesaria para ello, que sí tiene atribuida por el contrario el árbitro.

Por tanto, la identificación entre ambas figuras no debe llevarse hasta esos extremos al menos de momento, porque mediador y árbitro no son lo mismo, porque la regulación del arbitraje no puede asimilarse a la regulación de la mediación y porque tampoco es lo mismo lo acordado por las partes en mediación que lo acordado por el árbitro en el laudo.

“garantizar la eficacia del acuerdo final obtenido en mediación”. MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2009, págs. 120 y ss

¹⁶⁴ *Op. et loc supracit.*

¹⁶⁵ A pesar de que la propia Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje justifica de esta manera la atribución a los árbitros de facultad para adoptar medidas cautelares: “El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley, que en este artículo no ha sufrido reformas por la Ley 11/2011, 20 mayo, ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.”

Sin embargo, hecha esta salvedad, resulta muy útil la reflexión del autor porque es cierto que la regulación del arbitraje pudo inicialmente haber fracasado por la ausencia de regulación de esas medidas aseguratorias. Por ello la LA de 2003 en su artículo 11.3 permite a las partes solicitar de un Tribunal la adopción de las medidas cautelares con anterioridad o durante la tramitación de las actuaciones arbitrales.

Este problema ha quedado resuelto en la reforma que la Ley de Arbitraje hace del artículo 722.1 de la LEC, que dice que “podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. También podrá pedir las quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento”. Este párrafo fue redactado por la disposición final segunda de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

El legislador debe tener en consideración, primero, la necesidad de dotar a lo acordado en mediación de eficacia ejecutiva para atender mejor los casos de incumplimiento y, segundo, conceder al mediador la potestad para solicitar del Juez la adopción de estas medidas de forma que toda la actividad mediadora quede integrada en el proceso de forma coherente y con un reparto de funciones respetuoso con nuestro ordenamiento jurídico.

De cualquier manera, y a pesar de la utilidad del arbitraje, existen al igual que ocurre con la mediación o la conciliación motivos que dificultan la plena integración en nuestro sistema jurídico del arbitraje. COLINA GAREA enumera dos razones fundamentales para ello: la reticencia a renunciar a la jurisdicción ordinaria y la magnificación de la verdadera dimensión que poseen las ventajas inherentes al procedimiento arbitral¹⁶⁶. Dentro de la primera circunstancia, el autor apunta a la propia realidad del ordenamiento jurídico español y a la ausencia de una cultura arbitral sólida en nuestro país lo cual, unido a las dificultades estructurales para una adecuada constitución de la relación arbitral y a la desconfianza en el arbitraje como método definitivo de resolución de controversias justifica las dificultades no sólo del arbitraje, sino (por analogía) de cualquier otro medio equivalente o alternativo a la jurisdicción para integrarse en nuestro sistema jurídico.

A pesar de ello, y a modo de conclusión, el arbitraje se encuentra en plena expansión debido en buena medida a la regulación que de esta institución se está haciendo siguiendo la línea marcada por las directrices de la Resolución 40/72 de 11 de diciembre de la Asamblea General de Naciones Unidas que da un salto cualitativo importante al objeto de responder a la necesidad de adaptar el arbitraje a las nuevas relaciones

¹⁶⁶ COLINA GAREA, R. *El arbitraje en España...*, op. cit., págs. 51 y ss.

comerciales y a la exigencia de homogeneizar los procesos y las directrices arbitrales internacionales, y cuyo último exponente en nuestro país es la reforma en la LA operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que supone un importante avance en la búsqueda de la seguridad jurídica y la uniformidad en el conocimiento judicial de las cuestiones que afecten al procedimiento arbitral y que se dota de instrumentos más eficaces para el tratamiento de la cuestión desde una perspectiva rigurosa y especializada.

6.4. TRANSACCIÓN

El Código Civil regula la transacción de forma dispersa, pero en los Artículos 1809 a 1819 se pueden encontrar algunas referencias a la transacción judicial, definiendo la misma en el artículo 1809 como un “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

La diferencia esencial con la mediación estriba en la ausencia de un tercero que intervenga aproximando las posiciones de las partes y propiciando el acuerdo. En este caso son las partes quienes *motu proprio* llegan a un acuerdo evitando el pleito, independientemente de que dicho acuerdo tenga que ser homologado judicialmente para dotarlo de validez y fuerza ejecutiva.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no hacía una referencia expresa a la transacción judicial, porque únicamente mencionaba esta figura en el artículo 1494.9º como una de las excepciones admitidas en el juicio ejecutivo. Sin embargo, sí se refería este texto legal a los juicios de árbitros y amigables componedores, figura posteriormente derogada al pasar su regulación a formar parte de la Ley de Arbitraje de 1953.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 modificó el artículo 692, por el cual la comparecencia previa al juicio declarativo ordinario de menor cuantía comenzaba con el Juez exhortando a las partes a llegar a un acuerdo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 sí regula expresamente la transacción como desarrollo de los artículos 19 a 25 que regulan el «poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones» homologada judicialmente, a la que puede llegarse en cualquier juicio ordinario (artículos 414 y 415)

También en Derecho Laboral y Contencioso-administrativo la transacción tiene su reflejo. En el ámbito contencioso-administrativo, el artículo 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite al Juez someter a la partes la conveniencia de un acuerdo que ponga fin a la controversia siempre que se trate de materias susceptibles de transacción, aprobando el acuerdo mediante auto que pone fin al procedimiento siempre que no sea contrario al orden público ni lesivo a derechos o intereses de terceros.

En la jurisdicción social, la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social ha supuesto un decidido avance en la adopción de medidas de agilización y evitación del proceso. Así, se han

reforzado los actos de conciliación extrajudicial y el arbitraje con medidas como la imposición de las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación¹⁶⁷, la posibilidad de llegar a transacción judicial en cualquier momento del procedimiento, incluida la ejecución, la posibilidad de impugnación del acuerdo de mediación o conciliación ante el mismo órgano que hubiera conocido del asunto, el reconocimiento de fuerza ejecutiva al acuerdo de conciliación o mediación o al laudo arbitral.

6.5. PROCESO

En este capítulo nos dedicaremos a señalar las características diferenciales entre la mediación y el proceso como sistemas de resolución de conflictos.

Debemos recordar una vez más que la mediación que estudiamos en este trabajo no puede entenderse si no es dentro del marco del proceso y que por lo tanto es el legislador el que al regularla debe enfocar adecuadamente esta materia. Para ello será preciso conceder que la mediación, ni está indicada para todos los casos y situaciones, ni resulta adecuada en según qué circunstancias. En esos supuestos el proceso deberá seguir su curso, por lo cual se puede afirmar que si bien en algunos casos la mediación puede ser la alternativa eficaz y coherente, en otros muchos no cabrá ni tan siquiera plantearse su utilización.

Dicho esto, pueden señalarse en una primera aproximación diferencias formales básicas entre mediación y proceso.

Así, frente al formalismo judicial, solemne y con un *iter* claro trazado por ley, la mediación permite soluciones diversas y creativas por ser más flexible e informal. MARTIN DIZ¹⁶⁸ alude a la contraposición de características entre mediación -“flexibilidad, irritualidad, y sencillez formal”- y proceso, enmarcando la primera dentro de un contexto de “cercanía participación e información, entendimiento, proactividad y empatía con las partes en conflicto”, que lleva a una más fácil aceptación de la misma. Partiendo de esto entiende el autor que poco a poco el sistema debe orientarse en el sentido de ir derivando hacia otros métodos que actúen como complemento a la jurisdicción y no como alternativa a la misma.

Esto suele aportar la relativa rapidez con que se puede conseguir el acuerdo en contraposición a la tramitación procesal, que se prolonga en el tiempo no sólo en cuanto a la adopción de una decisión que resuelva la contienda sino también en su ejecución.

¹⁶⁷ Artículo 6.3 de la Ley de la Jurisdicción Laboral.

¹⁶⁸ MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia de familia y derecho*, Santiago de Compostela, 2011, pág. 82.

También aquí es distinto el papel que juega la intervención del tercero en el proceso. La autoridad judicial impone su decisión en base al poder coactivo otorgado a los órganos jurisdiccionales que ostentan el monopolio de la Jurisdicción con carácter de exclusividad. Esto no ocurre con la decisión adoptada por las partes en mediación en las que el mediador se ha limitado a dirigir las conversaciones en el marco de un proceso participativo en el que no interviene con poder decisorio ni carácter coactivo.

Por lo que respecta a aspectos no ya formales sino más finalistas, la mediación y el proceso judicial funcionan respondiendo a una lógica distinta, puesto que mientras que en el proceso se mira hacia atrás tratando de resolver el conflicto puntual que ha llevado a las partes ante el Tribunal¹⁶⁹, la mediación trata de abarcar el conflicto desde “más atrás”, desde la raíz del problema. Su objeto es la comprensión del mismo en su totalidad, buscando soluciones integrales y compromisos o acuerdos de futuro definitivos. Objeto éste que no suele coincidir con el de la actividad jurisdiccional.

Se trata, pues, de construir nuevas relaciones a través del diálogo de las partes, del análisis y comprensión de las causas del conflicto y de la toma de decisiones y acuerdos consensuados¹⁷⁰. Una vez explorados nuevos canales de comunicación se amplía de manera extraordinaria el campo de visión de las partes en el conflicto, posibilitando el diálogo primero, el acuerdo después y, en ocasiones, como dice SAN MARTÍN LARRINOVA, “una reconciliación o la construcción de nuevas relaciones para el futuro”¹⁷¹. Es lo que SÁEZ VALCÁRCEL denomina “crear vínculos sociales inexistentes o restaurar los que se han quebrado” de manera que se “construye o reconfigura, por lo tanto, el tejido social”¹⁷².

Se pone así de manifiesto, según este autor, que mediación y proceso no persiguen los mismos los objetivos.

¹⁶⁹ Más concretamente, como señala GORDILLO SANTANA el procedimiento judicial trata de “establecer desenlaces”, fabricando un ganador y un perdedor y creando una “ficción de objetividad” donde no tienen cabida los sentimientos, las emociones o las expectativas de las partes respecto a la satisfacción de sus pretensiones. Si nos movemos en el ámbito penal, se trata de “recoger la realidad” y abstraerla hasta que encaje en la norma. Si nos movemos en otros ámbitos se busca “maximizar las ganancias y minimizar las pérdidas.” Pero en todo caso, lo que sí es cierto es que para resolver conflictos la ley muestra limitaciones más que evidentes por su carácter “coercitivo más que consensual, jerárquico más que democrático, rígido y predeterminado más que flexible”. Véase su trabajo, *La justicia restaurativa...*, *op. cit.*, pág. 185.

¹⁷⁰ Como dice PARKINSON, la litigación contribuye a polarizar las posiciones de los miembros de la pareja, separándola aún más. Sin embargo, la mediación reduce esas diferencias y tiende puentes. Con éstas y otras diferencias, la autora confecciona un cuadro en el que se diferencian claramente litigación y proceso, si bien esto se hace en beneficio de ésta última. PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁷¹ SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta...*, *op. cit.*, págs. 46 y 47. Se refiere la autora fundamentalmente al proceso penal en el que el objetivo es determinar y depurar responsabilidades. Sin embargo se puede decir lo mismo del proceso civil, en el que se busca la regulación de aspectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura conyugal o del proceso administrativo en el que se resuelven las diferencias entre particulares y la Administración, por ejemplo.

¹⁷² SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Alternativas a la Judicialización...*, *op. cit.*, pág. 70.

Es cierto que ambos comparten algunos de los principios informadores: igualdad de partes, contradicción, defensa, presunción de inocencia, confidencialidad o secreto, o indisponibilidad de la acción penal¹⁷³, pero eso no quiere decir que mediación y proceso tengan una misma naturaleza, objetivos, o características, sino que la mediación participa en buena medida de los principios informadores del proceso¹⁷⁴. Esto es lógico, pues si la mediación actúa de forma complementaria al proceso, con un desarrollo paralelo al mismo pero llamado en último término a integrarse en él, no puede entenderse una actividad mediadora informada por principios contradictorios o incompatibles con los del proceso. Así pues, el sistema ha de estar dotado de una unidad y de una coherencia intrínseca, para lo cual es indispensable la compatibilidad de los principios informadores como *condictio sine qua non* para el establecimiento de un sistema en el que ambos recursos o vías de solución sean compatibles.

Por último, consideramos conveniente hacer una precisión relativa a la mediación considerada como alternativa eficaz a la jurisdicción. Hoy en día no faltan argumentos a quienes sostienen que la Justicia en general, y el proceso penal en particular, han fracasado. Pero si este ejercicio de análisis se limitara a ensalzar las ventajas de la mediación por contraposición a los inconvenientes de la jurisdicción se estaría haciendo un flaco favor a la mediación en sí misma considerada, independientemente del proceso.

Es evidente por todo lo expuesto hasta ahora que la mediación tiene un gran potencial aún inexplorado en lo que se refiere a la solución de controversias de manera alternativa a la vía judicial, pero de ahí a que la mediación sea la solución a todos los problemas de la Justicia va un camino que ni es real, ni es objetivo, ni es el que pretendemos recorrer. Por ello, se puede afirmar a modo de conclusión que la contraposición entre mediación y proceso no debe entenderse como un enfrentamiento entre conceptos o instituciones excluyentes ni tampoco como una exaltación de las bondades de una en contraposición a las desventajas de la otra, sino teniendo en cuenta la relación de complementariedad que les une y la común contribución al objetivo que se pretende, la mejora en la Administración de Justicia mediante la introducción de herramientas modernas, eficaces y compatibles con ella. Sólo si partimos de esta premisa podemos llegar a analizar las posibles ventajas de la mediación y las del proceso en una relación de asociación beneficiosa para ambas y para el sistema en general.

¹⁷³ SÁEZ VALCÁRCEL, R., Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Alternativas a la Judicialización...*, *op. cit.*, págs. 71 a 77.

¹⁷⁴ En este sentido ORTEMBERG señala que la mediación se diferencia del litigio en el carácter esencialmente no beligerante de la primera, cosa que no ocurre con la actividad conciliatoria del abogado cuyo objeto no es otro que mostrar un “despliegue de fuerzas o su posibilidad, mediante el litigio o la amenaza de promoverlo”. ORTEMBERG, O.D., *Mediación familiar...*, *op. cit.*, págs. 36 y 37.

6.6. EL “MEDARB”

El *medarb* (mediación-arbitraje) pertenece al grupo de figuras híbridas o mixtas que participan al mismo tiempo de la naturaleza de métodos auto y heterocompositivos.

Este método se inicia como una mediación en el sentido en que se ha definido, pero en el caso de que no se alcance una solución consensuada al conflicto se transforma en un arbitraje en el que la decisión de la controversia se deja en manos de un tercero, que emitirá una decisión vinculante y de obligado cumplimiento para las partes.

La naturaleza jurídica de esta figura depende de la posición del tercero mediador o árbitro de la contienda. Si coinciden en la misma persona ambas funciones, de manera que el inicialmente mediador se convierte después en árbitro, se garantiza una mayor uniformidad en el procedimiento y un conocimiento más profundo del conflicto, por lo que esta variante ofrece sin duda la ventaja de una mayor sencillez de trámite.

Existe también la posibilidad de que sean distintas las personas que van a desempeñar las funciones de mediador y de árbitro. Sin embargo se considera que en este caso estaríamos más bien ante una suma o yuxtaposición de figuras, sin naturaleza sustantiva propia y autónoma.

La elección de una u otra variable de *medarb* tienen evidentes consecuencias en el desarrollo y resultado del procedimiento. Así, en la primera variante, el efecto psicológico que tiene sobre las partes saber que quien está actuando como mediador será también el árbitro decisor de la cuestión puede llevar a dificultar las labores mediadoras. Efectivamente, las partes pueden mostrarse reacias a mostrar sus verdaderas intenciones, razones y motivaciones para el acuerdo ante la posibilidad de que sus posturas condicionen la futura decisión del árbitro. Puede ocurrir que la actividad de las partes durante esta fase se dirija, más que a conseguir el acuerdo mediante recíprocas concesiones, a reforzarlas con vistas a una futura decisión arbitral impuesta.

Por otra parte y desde el punto de vista del tercero interviniente, el hecho de residenciar facultades tan dispares como las propias de la mediación y las del arbitraje en la misma persona puede desvirtuar su naturaleza, afectando a su postura en ambas fases del proceso, a su imparcialidad y a las pautas de su actuación.

Además, la función arbitral, que en este aspecto se asemeja mucho a la de un Juez, carece del extraordinario conocimiento del caso que un mediador puede haber adquirido desempeñando su función que como ya hemos dicho, abarca aspectos personales y psicológicos a los que ni el arbitraje ni el proceso judicial llegan.

La variante que entrega a distintas personas las dos fases del proceso vendría a superar estos inconvenientes, y sin embargo cuenta también con críticas por cuanto supone alargar el tiempo de resolución, la tramitación del proceso y los costes del mismo.

De todo lo expuesto se puede deducir que este mecanismo híbrido es una fórmula imperfecta, si bien cada fase suma las ventajas, pero adolece de los defectos propios de su naturaleza intrínseca.

En un intento de superar estos inconvenientes es necesario proponer alguna fórmula intermedia basada en terminar la fase arbitral con una recomendación o propuesta del árbitro sobre la cuestión que actúe como una opinión no vinculante ni obligatoria, pero de la misma definición de esta opción ya se deduce el nuevo inconveniente a sumar a la operatividad de esta figura, ya que la terminación del procedimiento sin decisión vinculante suscita nuevos problemas en orden a su cumplimiento, ejecución forzosa o dilación del proceso por esta razón.

De todos modos, se puede valorar positivamente el surgimiento de estas figuras híbridas porque representan un esfuerzo doctrinal y práctico importante para encontrar nuevas vías eficaces y operativas en la búsqueda de métodos adecuados de resolución de conflictos.

En el próximo capítulo nos adentraremos en más detalle, estudiando las ventajas e inconvenientes de la mediación en sí misma considerada y prescindiendo de similitudes o diferencias con figuras afines.

Antes nos gustaría terminar con una propuesta muy gráfica que servirá para fijar conceptos y establecer claramente las diferencias entre la mediación y otras figuras.

ORTUÑO MUÑOZ en su obra *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos: La Mediación*, hace un símil en el que estudia comparativamente las diferencias de actitud y participación de las partes en los modos de resolución de conflictos, relacionándolas con distintos juegos de mesa o deportes caracterizados por una mayor o menor actitud competitiva de los contendientes¹⁷⁵.

Así, y de menor a mayor espíritu cooperativo de las partes, el autor compara su actitud en la negociación con el juego de tenis en el que las partes compiten por la victoria desde una posición aislada y antagónica. La conciliación se asemejaría más al juego del dominó en el que la colaboración entre los miembros del Equipo es media, con una actitud de ayuda al compañero, pero en la búsqueda de la victoria personal. En el proceso judicial la semejanza es más bien con el juego de póker, por la inexistencia de colaboración y la posición de las partes en paralelo defendiendo pretensiones propias. Por último la mediación es parecida a jugar a montar un rompecabezas. Se necesita una alta colaboración de todas las partes, dado que los esfuerzos de todos los jugadores van en una sola dirección y están orientados a un fin común: unir todas las piezas y terminar el rompecabezas.

En definitiva la mediación es básicamente eso: terminar el rompecabezas, de manera que se consigue el fin pero sin restar importancia a la forma de hacerlo -la actitud cooperativa, la ayuda y la

¹⁷⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Justificación de la puesta en marcha por el CGPJ del proyecto piloto de mediación familiar en los Juzgados de Familia de España en el año 2006" en SÁEZ VALCÁRCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización...*, op. cit., pág. 616.

colaboración-, que es quizás más importante desde el punto de vista de satisfacción de pretensiones porque supone mayor implicación y responsabilización de las partes.

7. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Estudiaremos a continuación las ventajas e inconvenientes de la mediación en nuestro país. Al revisar y sistematizar unas y otros nos encontraremos con las posturas más inmovilistas, que la rechazan por completo en nuestro ordenamiento jurídico, y con posturas más favorables a su admisión, que intentan su integración en nuestro sistema procesal como alternativa válida.

Dado que la mediación no tiene un fin único, sino que como consecuencia de su flexibilidad y de su vocación resolutoria de conflictos ofrece un amplio abanico de finalidades que abarcan aspectos que trascienden al meramente procesal veremos ambos tipos de ventajas como expresión del contenido no sólo jurídico y procesal, sino también psicológico y sociológico que late en su esencia.

7.1. VENTAJAS DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL

Desde la óptica procesal se pueden distinguir claramente, en primer lugar, las ventajas que un proceso de mediación puede comportar tanto para las partes en el conflicto como para el propio sistema de Administración de Justicia del que la mediación llegaría a formar parte.

7.1.1. Contribución efectiva a la reparación del daño de la víctima

La primera ventaja a destacar de la mediación en su vertiente penal es que responde satisfactoriamente al fin de reparación del daño, dado que al conceder a las partes un espacio en el que expresar sus sentimientos y proponer libremente la forma más adecuada de reparación se consigue reforzar su confianza en el sistema.

La mediación se convierte así en una valiosa herramienta que permite mejorar la respuesta ante situaciones de conflicto porque las partes han tomado conciencia de su problema y han sido en gran medida responsables de su resolución mediante una reparación del daño que se considera apropiada.

Además, si antes de la reparación se ha entablado un diálogo en el que la víctima ha expresado sus sentimientos y el victimario ha empatizado con ella comprendiendo el desvalor de su conducta y el daño causado, es más fácil que la reparación sea auténtica y efectiva. Las partes en mediación se convierten de este modo en protagonistas reales de la forma de solucionar el conflicto, de manera que se supera la concepción del conflicto como una batalla para entrar en el terreno colaborativo y en la búsqueda del consenso para alcanzar el acuerdo.

En mediación no hay vencedores y vencidos puesto que se trata de crear un espacio común en el que las partes puedan desarrollar las habilidades y los procesos internos necesarios para la solución del conflicto mediante la creación de lo que GORDILLO SANTANA denomina un “tercer espacio”, al que define como “lugar simbólico en donde el mediador tiene una habitación compartida con los mediados, centrando su intervención en el control y promoción del proceso con los contenidos

que traen los clientes”, de manera que se sientan unas reglas de juego diametralmente opuestas a las normas jurídico-procesales convencionales, dando entrada a propuestas reparatorias como eje básico de la justicia restaurativa y condicionante decisivo de la actividad y efectos del proceso de mediación.

No obstante, de esta ventaja podrían derivarse problemas colaterales que llevarían a desnaturalizar la institución abriendo la puerta a desviaciones provocadas por un indebido control de la actividad mediadora. FERREIRO BAAMONDE¹⁷⁶ apunta a la posibilidad de que la víctima se enfrente a problemas que no tendría en un proceso penal convencional, como la presión a que puede verse sometida para acudir a mediación, cuando en algunos casos su elección podría ser la de asistir al proceso penal dejando que sea la actuación de los agentes jurídicos la que lleve el control sobre el asunto. Esta participación activa y decisoria sobre las consecuencias de su actividad para la otra parte puede producir una responsabilización de la víctima indeseada, lo cual, unido al control y valoración al que va a ver sometida su conducta puede llevarla, según este autor, a “asumir responsabilidades y a aceptar soluciones de compromiso, lo que podría conducir a cierta decepción y victimización secundaria de aquellas víctimas que se consideren totalmente inocentes, al ver su asunción de responsabilidad como una falta de apoyo del sistema”. Pero como hemos dicho, precisamente es la labor de vigilancia y control de la autoridad judicial y fiscal con el asesoramiento del Equipo de mediación la que deberá determinar el adecuado equilibrio entre la situación psicológica de las partes, la información recibida y sus intereses y expectativas respecto del proceso de mediación.

Por su especial relevancia en el ámbito jurídico-penal nos referiremos en un capítulo aparte a la reparación del daño como una de las claves de la mediación e instrumento por excelencia de la Justicia Restaurativa, pero basten por ahora estas pinceladas para remarcar la indudable ventaja que suponen las técnicas reparatorias a los efectos de consolidar la mediación como el escenario más adecuado para su materialización.

7.1.2. Beneficios para el sistema judicial

Bajo este epígrafe genérico se recogen una serie de beneficios que podría tener la mediación para la Justicia y que resultan de gran importancia por la repercusión que esta institución pudiera tener en el funcionamiento de la Justicia.

Algunos de estos beneficios pudieran ser considerados “de segundo orden” por referirse a costes económicos o incluso a la rentabilización de los medios materiales y personales de la justicia, pero otros no pueden ser considerados así porque en ellos subyace un valor añadido mucho más importante. La repercusión que tendría para la Justicia la entrada de esta nueva concepción de resolución de conflictos mejoraría de manera exponencial tanto su funcionamiento como la percepción social que de

¹⁷⁶ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso...*, op. cit., págs. 485 y 486.

ella tienen los ciudadanos. Así, FERREIRO BAAMONDE¹⁷⁷ considera que el recurso a la mediación no esconde una influencia neoliberal, en la que la reducción del gasto público y el aligeramiento de la carga de asuntos encomendados a Juzgados y Tribunales justificarían que determinados casos de delincuencia menor salieran de la órbita del Derecho Penal para ser tratados de forma más eficiente, dejando para éste los casos que requieran una intervención más represiva, lo que por otra parte incrementaría también la eficacia de la actuación estatal.

De esta forma se conseguiría una justicia más eficaz y cumplidora con los fines constitucionales establecidos -véase artículo 24 de la Constitución: tutela judicial efectiva, prohibición de la indefensión y proceso sin dilaciones indebidas y con las debidas garantías- sin descuidar otros aspectos como la reparación del daño o el respeto y protección a los derechos de la víctima tan o más relevantes como los primeros. Incluso, apunta BARONA VILAR¹⁷⁸, se estaría cumpliendo con un principio no siempre observado en nuestro Derecho Penal, el de intervención mínima. Así, frente a una regulación exhaustiva y agotadora de los tipos punibles, se abre el camino a la colaboración de autor a cambio de una respuesta punitiva menos dura, de manera que con este “premio a la colaboración” se cumple con la finalidad de *ultima ratio* del Derecho Penal al tiempo que se materializa su aspecto preventivo.

En el momento actual el desencuentro entre el justiciable y la Justicia es evidente. La frustración y la sensación de lentitud de la justicia, el formalismo y rigidez de los trámites procesales y el distanciamiento entre quien administra justicia y quien debe beneficiarse de ella es cada vez mayor y contribuye a reforzar la idea de que la Justicia necesita de una reforma profunda.

OTERO PARGA¹⁷⁹ analiza las razones favorables a la introducción de la mediación en lo que a economía de costes se refiere, sintetizando en cinco las medidas dirigidas a corregir y evitar las actuales situaciones de retraso, incertidumbre y lentitud de la Justicia: introducción de un procedimiento más simple y menos formalista, reducción de los costes económicos del proceso, reducción de los costes emocionales del proceso, alivio de la sobrecarga de los Tribunales y ahorro de tiempo y energía canalizada en pro de lograr un acuerdo favorable.

Todas estas razones son consideradas por esta autora como nada desdeñables en una sociedad como la actual, necesitada de procedimientos ágiles, efectivos y seguros para regular las relaciones humanas y resolver los inconvenientes surgidos en el trascurso de las mismas.

La mediación, seguimos en este punto a esta autora, contribuiría a hacer efectivos estos cinco aspectos de manera que simplificando el proceso se consigue la reducción de costes económicos, la minimización

¹⁷⁷ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso...*, op. cit., pág. 463.

¹⁷⁸ BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, págs.54, 55 y273.

¹⁷⁹ OTERO PARGA, M. “Ventajas e inconvenientes de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 146.

del sufrimiento emocional de los implicados y la posibilidad de concluir un proceso de manera alternativa a la judicial con la consiguiente rentabilización del tiempo y energía empleados en la consecución del acuerdo.

A pesar de que en principio pudiera pensarse que la integración de la mediación en el proceso contribuiría a incrementar la desconfianza, el recelo o incluso el rechazo del ciudadano ante una nueva manifestación de la burocratización y la excesiva complicación y lentitud de las actuaciones procesales, el efecto a medio-largo plazo sería probablemente el contrario: la satisfacción por la consecución de un acuerdo de manera más rápida, adecuada y duradera en el marco de un procedimiento flexible, distinto pero dotado de sustantividad propia. Esto supondrá un refuerzo en la confianza de los ciudadanos en la Justicia y al mismo tiempo una mejora del servicio básica para la generación de una opinión pública favorable y receptiva a estos métodos.

Sin embargo, de lo expuesto no debe deducirse que el recurso a la mediación deba ser preeminente, exclusivo o excluyente en la resolución de la disputa. Es un error de discurso pretender la contraposición entre la mediación y el proceso identificando a la primera como la “solución a los problemas de la Justicia”.

Como dice PARKINSON¹⁸⁰, no debe reducirse el juicio de valor a esta consideración por caer en el simplismo, porque la mediación no siempre es viable y porque en el caso de serlo no siempre termina con el acuerdo.

Profundizando más en las ventajas concretas que la mediación puede aportar frente al proceso esta autora ha elaborado un cuadro en el que cataloga las diferencias básicas entre litigación y mediación. En él se puede apreciar que de la litigación se desprenden las notas de formalidad, prolongación en el tiempo de los procesos judiciales y menor perdurabilidad de las decisiones judiciales, precisamente por la rigidez y formalismo de las normas procesales y por el hecho de venir impuestas por una autoridad que desconoce la verdadera situación personal de las partes y la raíz del conflicto. Todo esto impide su adaptación a nuevas situaciones de hecho consecuencia del devenir de las relaciones humanas y que es necesario actualizar y revisar mediante un nuevo proceso.

De esta forma, enfocando el problema desde la perspectiva de la mediación y explorando todas las alternativas posibles en un proceso ciertamente enriquecedor y útil, se logra en primer término la resolución “apropiada de la disputa”¹⁸¹, en segundo término el reequilibrio en las

¹⁸⁰ El mencionado cuadro se centra en las ventajas de la mediación que supera los inconvenientes de un proceso largo, costoso y que en la mayoría de las ocasiones no resuelve el conflicto, sino que lo prolonga polarizando aún más las posiciones de las partes. No obstante y a pesar del interés ilustrativo de dicho esquema debemos contemplar también la comparativa desde el extremo opuesto, esto es, desde la perspectiva de las ventajas de la jurisdicción. PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, op. cit., cuadro pág. 26.

¹⁸¹ *Ibidem*. PARKINSON utiliza esta terminología considerando que los procesos agrupados bajo la denominación “Resolución Alternativa de Disputas” comprenden procedimientos que podrían entenderse como sustitutivos de los procedimientos judiciales. Por ello considera más acertado hablar de “Resolución Apropiaada de Conflictos” dado que normalmente la mediación se usa enmarcada en un proceso judicial, no sustituyendo al mismo. Consideramos acertada esta

relaciones sociales y en tercer lugar la reducción de los costes económicos y psicológicos del proceso con la indudable ventaja que supone para el Estado y para los justiciables en términos de ahorro en costes judiciales.

Siempre en el proceso penal, se trataría de liberar a los órganos judiciales del conocimiento de los asuntos mediables, dejando dentro del ámbito de su competencia las sanciones penales más relevantes y tratando con el auxilio de la mediación aquellas cuestiones “menores” en las que resultaría probable y más beneficioso un resultado alcanzado en mediación que una condena al culpable.

Por lo que se refiere a otras materias, se trataría simplemente de evitar los inconvenientes de una sentencia que ha aplicado la ley, pero no ha analizado la historia de las partes, las causas del conflicto y las posibles “soluciones alternativas reparatorias y responsabilizadoras” que pudieran poner fin a éste.

Nos dedicaremos más adelante al estudio de los asuntos con posibilidad de ser “mediables” y así veremos cómo un análisis pragmático de la realidad procesal española puede llevar a la conclusión de que en la actualidad muchos de los asuntos que llegan a los Tribunales tendrían fácil, rápida y efectiva resolución siendo reconducidos a mediación.

Por último y a modo de resumen debemos transcribir las conclusiones del Coloquio Europeo de Mediación Intrajudicial GEMME del año 2007, de hace unos años pero de absoluta vigencia, en el que en buena medida se repasan algunas de las ventajas predicables de la mediación que hemos tocado en este punto.

Queremos destacar la importancia de estas conclusiones no sólo por su contenido y significado, sino también por la autoridad de la que proceden. Es la propia autoridad judicial quien hace un llamamiento a la toma en consideración de la mediación extra e intrajudicial como sistema alternativo y complementario respectivamente a la labor judicial, alabando las ventajas de este sistema y constatando la necesidad de búsqueda de nuevas opciones y soluciones en el marco del actual sistema¹⁸².

precisión puesto que tratándose de una mediación destinada a tener efectos en un proceso y con vocación de “integrarse” en él debe emplearse desde el primer momento una denominación que refleje la figura con precisión terminológica tanto en lo que se refiere a la posición de la mediación en el marco del proceso como en lo referido a la relación de complementariedad, nunca sustitución, que les une.

¹⁸² GEMME (*European Association of Judges for Mediation*) es una asociación de carácter no gubernamental creada en Francia en el año 2004 de ámbito europeo cuya finalidad es la promoción de la resolución alternativa de conflictos (ADR) desde el ámbito de los tribunales.

España forma parte de esta asociación desde el año 2007, pero esta organización se extiende por prácticamente toda Europa con representación en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal y Suiza, Gran Bretaña, Eslovaquia, Polonia, Lituania, etc. Tiene el estatus de observadora en el Consejo de Europa, y está vinculada a la Red Europea de Cooperación Judicial.

A pesar de que mayoritariamente los miembros asociados a GEMME son profesionales de la administración pública de la justicia (jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y jueces de paz) también pueden ser socios profesionales de la mediación, o del ámbito de la abogacía o de la enseñanza, con reconocido prestigio por su trabajo en pro de la resolución alternativa de conflictos.

CONCLUSIONES COLOQUIO EUROPEO DE MEDIACIÓN
INTRAJUDICIAL GEMME, CELEBRADO EN VALENCIA DEL 15 AL 17 DE
NOVIEMBRE DE 2007

PRIMERO: La mediación se configura como un sistema de resolución y de gestión de los conflictos que permite una solución no adversarial, pactada, justa, proporcional, equitativa y desactivadora de futuros litigios.

La mediación se fundamenta en el acuerdo equilibrado ente las partes, sin que al final del proceso haya ganadores ni perdedores, de tal manera que mediante el uso adecuado del proceso de mediación todos ganan y nadie pierde. Así, todos quedan satisfechos con la solución alcanzada y nadie se plantea un nuevo litigio como respuesta al anterior, quedando desactivado el ánimo de venganza o de revancha. Se pone fin, por lo tanto, a una espiral litigiosa sin fin y se restaura de la mejor manera posible la paz social.

SEGUNDO: La mediación constituye un procedimiento adecuado de resolución de conflictos que requiere el uso de determinadas técnicas y habilidades al objeto de realizarse de manera óptima y plenamente satisfactoria. La mediación no es el empleo de “buenos oficios”, es un procedimiento técnico y complejo que excede del puro voluntarismo.

En su consecuencia, debería regularse de forma expresa, mediante la normativa adecuada, el acceso de la profesión de mediador, al objeto de evitar que esta nueva forma de solución de conflictos se desacredite por el hecho de intervenir en el proceso de mediación personas o entidades sin la cualificación técnica y la preparación adecuadas.

La mediación como forma adecuada de resolución de conflictos solo funcionará bien si los que conducen el proceso (los mediadores) tienen las habilidades y la preparación técnica adecuada. Si los mediadores no están bien formados, por muy bien intencionados que sean los objetivos, el sistema fracasará estrepitosamente.

En su consecuencia, se propone una regulación exhaustiva del sistema a la profesión de mediador, debiendo tener la Administración competente (que debería ser la Administración Autonómica) el control de la formación y capacitación de los mediadores.

TERCERO: La mediación es un procedimiento alternativo de resolución de conflictos, de tal manera que determinado tipo de conflictos pueden solucionarse a través de la mediación, sin que el litigio llegue nunca al juzgado (por ejemplo: problemas de carácter vecinal o comunitario,

Entre los objetivos de esta asociación destaca la convicción de que en la actualidad existe una excesiva judicialización de los conflictos y de la necesidad de estudiar la mediación como alternativa adecuada, al generar entre los operadores jurídicos la cultura de la mediación. Se parte de la base de que como se dijo en la presentación de GEMME en España en 2007 “es posible incrementar la calidad de la justicia si se potencian las formas de composición extrajudicial de las controversias desde los tribunales, especialmente con la implantación de la metodología de la mediación, que está arraigada en países de cultura de la Common Law, de la conciliación judicial practicada de forma elaborada y sistemática y la justicia reparadora.”

Consúltense además su reciente publicación *Mediación es justicia*, coordinada por LAUROBA LACASA, M.E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., Barcelona, 2014.

<http://www.gemme.eu>

conflictos de índole escolar, entre otros). En este caso la mediación se configura como un sistema alternativo de la vía judicial, es la llamada “mediación extrajudicial”.

No obstante, también podemos hablar de la mediación que se plantea como un sistema complementario a la vía judicial, de tal manera que iniciado el proceso judicial, se produce una derivación a mediación por decisión judicial, con o sin suspensión del procedimiento. En este caso el proceso de mediación discurre dentro del propio proceso judicial, configurándose no como un sistema alternativo sino complementario a la vía judicial. Es la llamada “mediación intrajudicial”.

CUARTO: La mediación permite a los Tribunales realizar la mejor tutela judicial efectiva posible; de tal manera que, mediante el uso de la mediación, pueden los órganos del Poder Judicial garantizar muy eficazmente los derechos constitucionales, especialmente de los colectivos más necesitados de protección, como por ejemplo los menores, los inmigrantes, o los ciudadanos que son víctimas de delitos.

Esta forma de tutela judicial efectiva puede tener lugar de dos maneras diferentes:

a) Mediante la realización de un proceso de mediación.

b) Mediante el uso de técnicas de la mediación, sin que se realice el proceso de mediación propiamente. Por ejemplo, utilizando las herramientas y habilidades propias de la mediación como el uso del lenguaje no verbal, el empleo de la empatía, el trato humano y protector hacia las víctimas, entre otros.

QUINTO: La mediación constituye un procedimiento idóneo para la protección de las potenciales víctimas de la violencia de género y doméstica, naturalmente siempre que se den las circunstancias que aconsejan el empleo de la mediación (nunca utilizaremos la mediación cuando exista una clara situación de desigualdad entre las partes).

La mediación, igualmente, se configura como la mejor forma de proteger los derechos de los hijos menores de edad en los procedimientos judiciales de separación y divorcio.

El uso de la mediación como forma idónea de protección de los derechos del menor tiene amparo legal en los artículos 24 y 39 de nuestra Constitución y 158.4 del Código Civil.

SEXTO: La mediación constituye un procedimiento excelente de participación ciudadana en la resolución y gestión de los conflictos que se producen en la sociedad. Responsabiliza a los ciudadanos de sus propios conflictos y evita la saturación de los órganos judiciales y de las policías, a las que solo llegarían los conflictos que no hubiesen podido resolverse por el uso de la mediación.

La rentabilidad social y también la rentabilidad económica de este sistema resultan evidentes.

SÉPTIMO: Se considera adecuado apoyar las experiencias piloto en materia de mediación que en la actualidad se llevan a cabo en España, con

el apoyo del Consejo General del Poder Judicial, como elemento de vanguardia para impulsar el procedimiento de mediación.

No obstante, se considera que las Administraciones deben implicarse en el uso de este procedimiento, en particular aquellas que están más próximas al ciudadano, como son la Administración Autonómica y la Administración Local.

Así pues, sería conveniente el establecimiento de oficinas de mediación que realizarían tanto la mediación judicial como extrajudicial. En el ámbito extrajudicial su campo de acción principal será la mediación familiar, la comunitaria o vecinal y la escolar.

En materia de mediación judicial, además de los ámbitos anteriormente expresados podía aplicarse en mediación civil y penal.

El uso de la mediación como sistema alternativo a la vía judicial (mediación extrajudicial) o como sistema complementario (mediación judicial), permite suavizar y rebajar la saturación actual del sistema judicial y también de los servicios policiales, al ir en la actualidad todos los conflictos al mismo lugar para su resolución, esto es, los órganos del poder judicial, tras el atestado policial.

La mediación diversifica los mecanismos de resolución de conflictos y permite garantizar una adecuada tutela de los derechos de los ciudadanos suponiendo un importantísimo ahorro de recursos públicos (por ejemplo; el pago de letrados, procuradores y peritos del turno de oficio).

OCTAVO: Se considera adecuado convertir los Juzgados de Paz en verdaderos centros de mediación. Teniendo en cuenta que los Jueces de Paz son legos en Derecho y que, por su conocimiento de los vecinos del pueblo, no resulta conveniente que juzguen, eso les hace perder autoridad.

Sin embargo están en la mejor situación para mediar, siempre que reciban la formación necesaria, al ser personas respetables y apreciadas en su pueblo.

NOVENO: Finalmente, se destaca que lo más importante del uso de la mediación no es obtener resultados (siendo ello muy importante), sino el empleo mismo del proceso de mediación, la utilización de las técnicas de la mediación. Esto es, lo importante verdaderamente es el camino y no el destino final. Lo fundamental son las ventajas sociales que para los ciudadanos representa el empleo de un procedimiento que les enseña, que les educa a resolver adecuadamente los conflictos en que estén inmersos por sí mismos, de forma pacífica y utilizando herramientas que incorporan valores esenciales para la vida en sociedad como la empatía, la escucha activa, el uso del lenguaje no verbal, la tolerancia y el uso del diálogo como elemento básico de participación ciudadana¹⁸³.

¹⁸³ Firmado en Torrent, a 7 de enero de 2008 por Juan Francisco Mejías Gómez Secretario General del GEMME-ESPAÑA. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., en *La mediación como forma...*, op. cit., págs. 122 a 125.

7.2. VENTAJAS DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL Y PSICOLÓGICA

7.2.1. Dimensión socializadora

Si algo caracteriza a la mediación es su dimensión socializadora traducida, en términos generales en su doble vertiente de contribución a la responsabilización de la sociedad y de las partes en la resolución de sus conflictos.

Se trata de beneficios primarios y de contenido sociológico dirigidos a restaurar el equilibrio social quebrantado por la infracción en el ámbito penal o por la necesidad de encontrar una solución al conflicto derivado de la relación social específica de que se trate.

Se persigue la implicación de la propia sociedad en la gestión y resolución de sus conflictos concediendo a las partes protagonistas ese mismo protagonismo en la solución y en la recuperación de la convivencia.

El fin individual e inmediato es por tanto reparar la relación personal, solucionar el conflicto y compensar el daño mediante el diálogo y el restablecimiento de un clima social adecuado. Para ello es necesaria la participación y colaboración de las partes implicadas en el conflicto e interesadas en su solución.

Se pueden repetir en este punto las palabras de CARMENA CASTRILLO¹⁸⁴ cuando dice que “en todo lo humano hay tantos matices, es tan difícil hacer una valoración o juicio acertado, que es un despilfarro obviar, en este tipo de juicios, la colaboración de los interesados”, resultando una labor harto complicada “encontrar, entre los entresijos del pleito el conflicto real que lo ha ocasionado”.

Desde la perspectiva de las partes, el hecho de iniciar un proceso en el que ventilar sus conflictos personales no supone la satisfacción de sus pretensiones ni el resarcimiento pleno de sus derechos. Más bien resulta ser todo lo contrario, las partes se ven inmersas en una sucesión de trámites procesales en los que son desposeídas de cualquier papel protagonista. Su papel no es otro que el de asistir pasivamente y desde una posición distante al debate jurídico en el que otras personas en su nombre y representación defienden sus posturas frente al juzgador y al Ministerio Fiscal.

En relación con el papel que juegan determinados sujetos e instituciones en la defensa de los derechos de las partes, el Ministerio Fiscal es el encargado de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público

¹⁸⁴ Aunque se está refiriendo la autora al proceso civil en el que la mediación resulta de gran utilidad práctica, y aunque han pasado ya unos años desde esa afirmación, se trata de una idea absolutamente vigente en la actual situación jurídico-procesal. En este sentido, es una realidad sentida no sólo en la doctrina, sino también en el resto de agentes relacionados con la Administración de Justicia el hecho de que nuestro sistema procesal está en crisis. Es más, con el paso de los años se va haciendo cada vez más urgente el empleo de formas idóneas de afrontar los problemas de la sociedad actual de forma eficaz separándose como dice CARMENA CASTRILLO de “dogmas y verdades absolutas.” Ver su obra *Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia*, Madrid, 1997, págs. 184 y 185.

tutelado por la ley” promoviendo ante los Tribunales “la satisfacción del interés social”¹⁸⁵.

Esa satisfacción del interés social en manos del Ministerio Público se debe hacer siguiendo un trámite en el que en escasas ocasiones se concede a las partes la oportunidad de que éstas se expresen y tengan iniciativa en la labor de solucionar su conflicto personal contribuyendo a la restauración del equilibrio social.

Por ello la “satisfacción del interés social” que el Ministerio Fiscal debe procurar queda en la práctica muy minimizada, porque una interpretación legalista de esta expresión, que reduce este interés social a la aplicación de la ley que informa su actuación resulta a todas luces insuficiente. El “interés social” es un concepto jurídico indeterminado más amplio e indefinido, que abarca la necesidad de la sociedad de resolver sus contiendas mediante la acción positiva de sus miembros, acción que debe ser promovida por el Ministerio Fiscal. Pero las posibilidades que tiene para ello son más amplias de lo que pudiera pensarse en un principio, dado que el fomento del diálogo que implica la desformalización en la toma de decisiones, que por otra parte es, junto con la intervención activa de las partes la que marca la diferencia básica entre mediación y proceso también puede venir de la mano de un Ministerio Fiscal comprometido con la mediación y con su función pacificadora, función que también debe asumir el Ministerio Público.

Esto, unido a la búsqueda de una verdad distinta, “ontológica” según VILAPLANA RUIZ, en contraposición con la verdad formal que persigue el proceso convencional ya presupone un importante efecto reparador que refuerza una satisfacción del interés social “cualitativamente diferente”¹⁸⁶.

7.2.2. Nueva concepción del papel de las partes en el proceso

Volviendo a las posiciones de las partes en el proceso y a su actitud frente a lo que se desarrolla ante ellas, es fácil deducir la insatisfacción que suele conllevar para los justiciables su acceso a la jurisdicción y su participación en un proceso en el que se supone que son sus intereses y pretensiones los que se ventilan, pero en los que resultan ser en la mayoría de los casos auténticos “convidados de piedra”.

Esto ocurre incluso en trámites relacionados con el poder de disposición sobre el proceso o sobre el ejercicio de la acción procesal o en las contadas ocasiones en que la ley concede a las partes la facultad de provocar la terminación anticipada del proceso.

Supuestos como la conformidad penal, la renuncia a la acción civil ejercitada en el proceso penal, la conciliación laboral o la mediación de procesos de familia son claras escenificaciones de momentos procesales en los que la voluntad de las partes es la que determina el devenir del

¹⁸⁵ Artículo 1 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁸⁶ VILAPLANA RUIZ, J., “Mediación y violencia de género”, *Diario La Ley*, N° 8340, 25 de Junio de 2014, págs. 1 y 4.

proceso y su posible terminación. Sin embargo la intervención de los interesados suele ser testimonial y estar reducida al seguimiento de los trámites procesales establecidos sin que esté previsto, en todos los supuestos, que por parte de los interesados se despliegue una actitud activa dirigida a tal fin.

La mediación supone una nueva concepción de la posición y papel de las partes en el conflicto, a las que se coloca en una posición y se les atribuyen unas facultades distintas. En este nuevo escenario se otorga a los justiciables la capacidad necesaria para resolver sus propios conflictos, recuperando un papel protagonista en el que pueden alcanzar acuerdos muchos más amplios, tomados con mayor margen de libertad y más fácilmente asumibles que si fueran impuestos por un tercero extraño a la relación.

Pero otorgar este margen de libertad a las partes no supone despojar al Estado y al Juez del papel controlador que tienen, tutelando el desenvolvimiento del proceso dentro de los márgenes establecidos. Todo lo contrario, como garantía última del ajuste de lo acordado en mediación a las normas y principios procesales es el Juez quien debe en última instancia efectuar el control último sobre la corrección y legalidad del acuerdo y sobre su compatibilidad con el Derecho sustantivo y procesal.

De esta manera el hecho de conceder a las partes iniciativa y margen de maniobra a la hora de discutir y decidir sobre su problema está supeditado, en última instancia a que sea la autoridad judicial la que garantice, autorice y de validez final, conforme a la ley, tanto al proceso de mediación incardinado en el proceso como a su resultado, el acuerdo de mediación.

7.2.3. Desjudicialización

Es un argumento recurrente en la doctrina que la mediación intrajudicial podría suponer en primer término la “desjudicialización” del conflicto, lo cual no siempre es valorado positivamente.

Sin embargo en este punto de análisis de las ventajas de la mediación sí debemos interpretar de forma positiva esta “desjudicialización” siempre que sea “del concreto conflicto” y no “de todos los conflictos” y “según una adecuada reglamentación de supuestos perfectamente definidos, procedimientos claramente estructurados y consecuencias taxativamente establecidas”, de forma que, como dice MEJÍAS GÓMEZ¹⁸⁷ se articule un sistema “lo suficientemente amplio y diversificado que permita tanto una adecuada respuesta judicial, como por otras vías alternativas o complementarias”. Así dice el autor, que en lugar de hablar de “tutela judicial efectiva” podría hablarse de “tutela de derechos e intereses legítimos”, en los que tendría cabida, por ejemplo la “tutela arbitral efectiva”, o, añadimos, la “tutela autocompositiva del conflicto en el ámbito intrajudicial”.

¹⁸⁷ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., “Mediación familiar” en RUIZ MARÍN, M. J., (Dir.) *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Madrid, 2005, pág. 144.

A veces se habla equívocamente de la desjudicialización de las relaciones humanas y no del conflicto. Esto ocurre al enfocar el tema desde posiciones que identifican la desjudicialización de las relaciones sociales con el desapoderamiento de los órganos judiciales del objeto de su actuación.

Sin embargo defender estas posiciones es partir de una falacia que en nada beneficia ni a la mediación ni a la Administración de Justicia.

En primer lugar, las relaciones humanas se judicializan o desjudicializan en función de una regulación más o menos exhaustiva de los aspectos que la componen, lo cual obedece a razones de política legislativa que pueden admitir otras posibilidades de mayor o menor intervención. Esto no supone, ni mucho menos, que la elección de un sistema favorable a la mediación suponga abrir la puerta a una sociedad más o menos incívica o caótica si se opta por dejar en manos de los ciudadanos la gestión de determinados asuntos.

Precisamente la argumentación es o debería ser la contraria, puesto que dejar a la sociedad la posibilidad de decidir y resolver determinados conflictos supone dar un paso adelante en cuanto a madurez y evolución de las relaciones sociales. Esa madurez se demuestra dejando a los individuos la capacidad de resolver sus problemas sin necesidad de contar constantemente con la tutela del Estado para ello.

La hiperregulación a la que estamos sometidos suele darse más bien en sociedades jóvenes, inmaduras o necesitadas de un mayor control y vigilancia estatal, pero una sociedad como la nuestra, con el grado de madurez democrática que posee y con la seguridad que puede ofrecer un Estado de Derecho consolidado puede experimentar alguna fórmula novedosa. De esta manera se podría contribuir a invertir esta tendencia excesivamente judicializadora en la que nos encontramos y en la que todos y cada uno de los problemas que pudieran surgir han de ser remitidos a los Tribunales para su solución.

Por eso hemos dicho *ut supra* que lo que se trata de desjudicializar son algunos conflictos, mediante la posibilidad de resolverlos con la participación activa de los afectados.

No se desjudicializan las relaciones humanas porque las relaciones humanas en esencia no son fiscalizables, regulables o controlables en su totalidad, al menos judicialmente. Lo que se trata de sacar de la órbita judicial de decisión son algunos de los problemas o fricciones que pudieran resultar provocadas por desacuerdos, incumplimientos o inobservancia de las normas sociales reguladoras de las relaciones humanas básicas, de manera que es la solución del problema lo que se trata de llevar por caminos alternativos al judicial. Como dice BARONA VILAR¹⁸⁸, “no se trata de tambalear los cimientos del Derecho Penal, sino de evolucionar con el paso de los tiempos, dada la estrecha e intrínseca vinculación del sistema jurídico penal con su propio contexto histórico y político”. Esto se traduce en “importantes decisiones de Política Criminal que necesariamente conviven y deben convivir de manera insoslayable

¹⁸⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamento, fines...*, op. cit., Valencia, 2001, pág. 26

con las cuestiones de dogmática penal que le alimentan-o quizás que se debieran retroalimentar-.”

Aun así, como analizaremos más adelante, no cualquier conflicto es susceptible de ser resuelto por mediación. Los tipos de conflictos mediables son sólo algunos, y el procedimiento para su solución ha de ser especialmente cuidado y sus normas procedimentales reglamentadas para garantizar su eficacia y validez.

Es fácil reconocer los efectos beneficiosos que una fórmula nueva, participativa y no adversarial produciría no sólo en la dimensión jurisdiccional y procesal con la evidente descarga de asuntos judiciales y abaratamiento de costes judiciales, sino también en la propia sociedad a la que se dota de la capacidad y poder necesario para el análisis del problema y la consecución de la solución.

7.2.4. Colaboración a la reinserción del infractor penal

Sin salir del análisis de los beneficios sociológicos de la mediación y centrándonos en el proceso penal, la dimensión socializadora que de ella se predica comprende también la colaboración a la reinserción del infractor penal.

Se trata también de un fin reconocido constitucionalmente que trata de superar los efectos adversos que produce en el infractor el contacto con la Justicia Penal. En efecto, este contacto lejos de contribuir a su resocialización consigue en algunos casos agravar su situación personal, familiar y social alejando cada vez más la posibilidad de reconciliarse consigo mismo, con la víctima, con el sistema penal y, en último término, con la sociedad.

Se hace necesaria la responsabilización, en el sentido psicológico y no legal, del autor de la infracción penal porque sin esa labor interna no puede llegarse a la segunda etapa del proceso rehabilitador, esto es, a la recuperación personal y social.

Debido a la concienciación del daño causado esta reparación lleva aparejada como consecuencia un contenido mayor que el meramente económico. Esto es consecuencia del diálogo, que permite el conocimiento de la otra parte, arbitrando fórmulas de reparación y de autorresponsabilización adaptadas al caso y a la persona concreta y evitando la frustración que produciría un proceso convencional desvinculado del diálogo con las partes¹⁸⁹.

Para este proceso es imprescindible la adquisición de habilidades dirigidas a conseguir, como dice RÍOS MARTÍN, la “pacificación interior desde la comprensión y el perdón de la víctima, así como de la asunción de la responsabilidad por el hecho cometido del infractor”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta...op. cit.*, pág. 292.

¹⁹⁰ RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y BIBIANO GUILLÉN, A., *La mediación penal y penitenciaria...*, *op. cit.*, pág. 40.

Sin embargo, no deja de tener interés el hecho apuntado por MANZANARES SAMANIEGO de que el principio de autorresponsabilidad aplicado al titular del bien jurídico lesionado lleve a veces a deducir que su protección no precisaba de la intervención del Derecho Penal, por lo que la

De ahí la importancia de incluir la práctica mediadora en el ámbito no sólo penal, sino también penitenciario. En este ámbito, y seguimos en este punto a RÍOS MARTÍN¹⁹¹, lejos de conseguirse la rehabilitación se suele adquirir fácilmente el aprendizaje de mecanismos de supervivencia que contribuyen a que el interno entre en una espiral de violencia, desconfianza y hundimiento personal.

Pues bien, si es posible la mediación en el ámbito penitenciario en el que no se dan *per se* las circunstancias idóneas para entablar una cultura de diálogo, acuerdo y resolución del conflicto, de la misma manera sería posible el recurso a la mediación como herramienta de justicia restaurativa en el proceso penal o de reconciliación o separación no contenciosa en los procesos de familia.

Dado que la mediación no sólo se centra en la “foto fija” del momento del conflicto, sino que profundiza en toda la historia personal de las partes, resulta indudable su valor terapéutico y rehabilitador, puesto que se afronta el problema con visión de futuro procurando la reeducación de las partes.

Se consiguen así importantes logros en los que se implica a todos los intervinientes en el proceso mediador: interesados, Equipo de mediación, Ministerio Fiscal, jueces, secretarios judiciales y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, abogados, psicólogos, servicios de atención a la víctima...

El hecho de resolver un conflicto mediante la actitud dialogante llegando a una solución efectiva por lo que tiene de definitiva supone la toma de conciencia, no sólo de todas las partes implicadas en el proceso de mediación y su repercusión en el proceso, sino también de la sociedad, que de esta manera hace suya la cultura del diálogo y de la resolución de conflictos en primera persona. Por ello se podría decir, con FERREIRO BAAMONDE¹⁹² que el procedimiento mediador tiene también una cierta función terapéutica porque la participación de las partes es un medio, pero también un fin en sí mismo por su contribución a la educación y resocialización del infractor y a la percepción por la víctima de la verdadera dimensión de las circunstancias personales y fácticas del hecho delictivo.

necesaria atención a la víctima quedaría cubierta simplemente con una atención y asistencia adecuada.

En este sentido la Victimodogmática que estudia el comportamiento de la víctima y su influencia en el hecho delictivo y en la graduación de la responsabilidad del infractor realiza valiosas aportaciones a la Victimología que llevan a la inclusión de la misma en el Derecho Penal a través de la compensación de culpas. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación...*, *op. cit.*, págs. 8 y 9.

¹⁹¹ *Op. et loc supracit.*

¹⁹² FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima...op. cit.*, pág. 482.

8. INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN

A continuación nos dedicaremos a analizar la otra cara de la moneda, dado que la mediación presenta indudables beneficios, pero también ciertas carencias e inconvenientes que es necesario analizar con espíritu crítico y constructivo. Veremos los problemas que se derivan de la mediación desde una perspectiva teórica, pero al mismo tiempo, tomaremos como referencia la mediación tal y como se está aplicando en determinados ámbitos procesales: justicia de menores, procesos de familia, o ámbito penal en menor medida, para tener una visión más práctica de los posibles obstáculos que pueda estar encontrando en su aplicación en el proceso.

8.1. INCONVENIENTES DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL.

8.1.1. Privatización de derechos

Uno de los argumentos que a menudo esgrimen los detractores de la mediación se refiere al hecho de que a través de este mecanismo se puede estar permitiendo la negociación sobre derechos que por naturaleza no pueden ser objeto de transacción por haber sido definidos legalmente como indisponibles, vedando a las partes cualquier posibilidad de transigir, renunciar o disponer de ellos.

Quienes así argumentan concluyen que esto supone la desjudicialización de determinadas materias¹⁹³ por permitir su salida del ámbito judicial cuando son cuestiones tradicionalmente objeto del monopolio estatal cuyo conocimiento se atribuye a los órganos judiciales integrados en la Administración de Justicia -artículo 117 de la Constitución Española de 1978-.

En efecto, la desjudicialización de conflictos encierra el peligro teórico de una privatización de derechos de naturaleza pública, al posibilitar su disposición en el marco de una negociación y acuerdo no permitido por el Derecho. Esto lleva a afirmar que la finalidad de proteger el interés individual de la persona y no el bien común o el interés social hace que su contribución al mundo del Derecho mediante la creación jurídica sea escasa, lo cual no contribuye a fortalecer la seguridad jurídica, dado que así se desatiende la finalidad de la jurisdicción como mecanismo de resolución de contiendas jurídicas¹⁹⁴.

En este sentido, MARTIN DIZ ¹⁹⁵, apunta como una posible “anomalía” de la mediación el hecho de que en relación con el carácter proactivo de las partes en el conflicto, la mediación “presenta una excesiva (total) dependencia de la actitud y predisposición que adopten los propios implicados (partes) en su transcurso y desenvolvimiento”. El mediador se coloca en la posición de un tercero ajeno al conflicto que ni

¹⁹³ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, Valencia, 2000, págs. 458, 459 y 471.

¹⁹⁴ ORDEÑANA GEZURAGA, I., en *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Granada, 2009, pág. 87.

¹⁹⁵ MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia...*, op. cit., pág. 42

siquiera tiene disposición total sobre él, siendo las partes las que deciden sobre su desenvolvimiento, comienzo y forma de terminación, cosa que no ocurre con el proceso en el que el Juez decide la controversia imponiendo la solución a las partes. Incluso, considera este autor que la mediación penal puede contribuir a crear un clima de “impunidad a favor del delincuente”, que puede utilizar el mecanismo de la mediación para evitar las consecuencias penales de su comportamiento a cambio de una reparación a la víctima más o menos asumible.

La conclusión que en este sentido se puede adelantar es que los pretendidos beneficios de la mediación no pueden justificar la salida de determinadas materias del ámbito jurídico-procesal, y mucho menos en pro de razones de tipo más pragmático como una descongestión de los órganos judiciales. No es éste el camino a seguir para superar las deficiencias del sistema y el fracaso del proceso, lo cual justifica y hasta exige la búsqueda de nuevas opciones eficaces y útiles¹⁹⁶. Por otra parte, como apunta FERREIRO BAAMONDE¹⁹⁷ de esta opinión se extraen dos consecuencias: en primer lugar, si no están presentes en la mediación los intereses públicos, quedan fuera del proceso de mediación garantías penales básicas que actúan como protección del imputado en el proceso, como el derecho a la presunción de inocencia o a no declarar contra sí mismo, que se contradicen con la necesidad del reconocimiento de culpabilidad como presupuesto básico para que empiece a actuar la mediación. En segundo lugar, se argumenta que la mediación encierra el peligro de convertir el proceso en un instrumento mercantil en el que se termine discutiendo la cuantía de la cantidad que se estima necesaria para la reparación del daño. Frente a estos argumentos puede decirse que la voluntariedad del proceso de mediación y el control estricto y constante del Juez y del Fiscal para que el mismo se conduzca por los cauces legales establecidos deberían neutralizar la primera objeción. Respecto de la segunda, será según este autor, la regulación del correcto encaje de la mediación en el proceso la que contribuya a aislar el proceso de presiones y desviaciones ilegítimas, de manera que sea el mismo sistema el que expulse actuaciones dirigidas exclusivamente a la utilización del derecho con fines económicos o resarcitorios.

Por ello, muchos de los inconvenientes de la mediación quedan anulados cuando se parte de la premisa de que de ninguna manera podría justificarse la ruptura del monopolio de la jurisdicción en un Estado de Derecho para dar entrada a una medida de tal calibre, a todas luces rechazable por distorsionar los principios que informan el sistema jurídico procesal diseñado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Frente a esta crítica, creemos que la mediación puede tener su lugar en el sistema procesal de nuestro país, sin que ello signifique que se

¹⁹⁶ En este sentido, por ejemplo, REVILLA GONZÁLEZ hablando de “la Mediación Penal” en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. y VVAA., *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 304.

¹⁹⁷ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima...*, op. cit., págs. 488 y 489

estén privatizando derechos o el conocimiento de asuntos tradicionalmente encomendados a los órganos jurisdiccionales.

Para ello habría que considerarla como parte del mecanismo jurisdiccional de resolución de controversias. En el ámbito penal actuaría como instrumento de justicia reparadora para la víctima, de justicia rehabilitadora, de asunción de responsabilidades para el infractor y de instrumento de restauración de la relación social quebrada. En el ámbito civil actuaría como medio de pacificación y normalización de las relaciones mediante la resolución del conflicto y la asunción por las partes de la responsabilidad para llegar al acuerdo y para cumplirlo.

REVILLA GONZÁLEZ¹⁹⁸, centrándose en el ámbito penal en el que es más evidente la indisponibilidad de derechos, sostiene que éstos “no pueden ceder a favor de fórmulas alternativas que extraigan del conocimiento judicial el hecho delictivo y sus consecuencias”.

Creemos que esto no es exacto, puesto que no se está respondiendo a la realidad de la concepción de la mediación dentro del ámbito del proceso que se propone. El monopolio del proceso y de la actividad jurisdiccional no sufre limitación o ataque alguno cuando de lo que se trata es de buscar siempre dentro del sistema judicial fórmulas colaterales que colaboren a mejorar el mismo, superando sus deficiencias y contribuyendo a la consecución de los objetivos constitucionalmente delimitados. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁹⁹ considera que uno de los argumentos de quienes defienden el paradigma del denominado “modelo integrador” -solución conciliadora del conflicto, reparación del daño a la víctima y pacificación de las relaciones sociales- es precisamente el hecho de que se trata de “fórmulas respetuosas con las garantías constitucionales, compatibles con las exigencias de la prevención general y libres del distanciamiento y puro simbolismo que condicionan la intervención del sistema legal”.

Por otra parte, no puede decirse que la mediación suponga una privatización de la justicia porque al Estado le correspondería su regulación como materia de orden público definiendo presupuestos, límites, procedimiento, garantías y efectos del acuerdo.

Por ello y como opina OTERO PARGA²⁰⁰, no debe considerarse la mediación como una amenaza a la vía judicial o como la forma por excelencia de resolver controversias, porque es precisamente al contrario: “El hecho de presentarse como vía alternativa a ésta, lleva aparejado el efecto añadido de protegerla porque la reserva únicamente para las situaciones en las que sea verdaderamente necesaria, limitando su uso

¹⁹⁸ REVILLA GONZÁLEZ hablando de “la Mediación Penal” en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. y VVAA., *Mediación y solución de conflictos....*, op. cit., pág. 304.

¹⁹⁹ Esto “obligará a redefinir las funciones convencionales del Derecho Penal, la relación entre orden social y sistema legal, el rol de la víctima, las expectativas de los protagonistas del suceso delictivo, con las importantes implicaciones político-criminales, procesales y orgánicas que las mismas conllevan”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología. Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen*, Valencia, 1999, págs. 1009 y 1010.

²⁰⁰ OTERO PARGA, M., en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflicto....*, op. cit., pág. 151.

indiscriminado, que es el que ahora se está produciendo, y cuya consecuencia es la ineficacia de su utilización”.

Por ello, la convivencia pacífica de mediación y jurisdicción dependerán en buena medida de un adecuado diseño y encaje de la mediación en la organización jurídico-procesal. En este sentido, es necesario insistir en la idea de que tan importante para el Estado debe ser la tutela de derechos de la víctima como la de los del infractor, correspondiendo en ambos casos la tutela y garantía de dichos derechos al Estado, bien mediante el proceso, bien mediante la mediación intrajudicial, de manera que en todo caso queda garantizada la tutela jurídico procesal de los derechos de ambos y de la sociedad.

Desde el punto de vista del infractor, si uno de los presupuestos de la mediación es la asunción de responsabilidad posterior a un sometimiento voluntario a esta técnica y seguida de una actividad dirigida a minimizar y reparar el daño, esto no debe entenderse como una “privatización” de derechos que permita su disponibilidad. Se trata más bien del aprovechamiento de los beneficios que en virtud de la aplicación del principio de oportunidad ofrece el sistema procesal penal para conseguir, entre otros objetivos, la reparación del daño que precisamente es uno de los fines del Derecho Penal.

Esto es así porque la comisión de un delito implica dos aspectos fundamentales, cuales son la infracción de una norma penal y la provocación de un daño que se desdobra en una dimensión individual -daño concreto a la víctima, familiares, perjudicados etc.- y social -daño a sociedad-. La reparación del daño va dirigida a la dimensión individual y la pena se referiría, no sólo al castigo al infractor de la norma penal, sino a la dimensión social de la reparación del daño causado.

Por tanto, como apunta CRUZ MARQUEZ²⁰¹, no son incompatibles las técnicas mediadoras con la intervención penal traducida en la imposición de una pena, precisamente por ir destinadas al fin reparador de ese daño y no al fin retribucionista de la pena, pena que llegado el caso deberá apreciar y graduar los esfuerzos reparadores y minimizadores del daño.

Tampoco se puede decir que la desjudicialización del conflicto supuestamente producida por la introducción de la mediación suponga una merma en la eficacia preventiva de la reacción punitiva y una forma

²⁰¹ Esta autora, refiriéndose a la responsabilidad penal del menor pero en conclusiones perfectamente extrapolables al Derecho Penal de adultos, pone de manifiesto que es precisamente en el plano individual donde resulta más adecuada la acción conciliadora-reparadora, sin que ello suponga afectación de los objetivos perseguidos por la intervención penal.

Se trataría, pues, de centrarse en la minimización del daño producido por el actor que deberá tener su repercusión no sólo en la medición de la responsabilidad penal una vez producida esa conciliación o reparación sino también en el aspecto de determinación y ejecución de la medida juvenil.

De esta manera y de forma más que evidente en lo que a Derecho Penal juvenil se refiere, destaca el “elevado potencial alternativo” que tiene la mediación dados los efectos minimizadores del daño individual que por imposición de una pena se impondría al menor. CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSS 1695-0194, Artículos 07-14(2005). Págs. 14:16 a 14:18.

de favorecer al delincuente con una mínima sanción penal de escasos efectos resocializadores a cambio de una compensación al perjudicado.

Esta afirmación podría ser cierta en casos concretos y determinados, pero para eso el sistema penal actúa como garante de los derechos de las partes, debiendo en todo caso responder adecuadamente a las situaciones individualizadas que se propongan. No cabe la uniformidad en una materia como ésta, porque la consecución de un objetivo preventivo y socializador dependerá de la exacta definición de los supuestos, víctimas e infractores respecto de los cuales cabe mediación. Esto no supone privar a la víctima de sus derechos, al conflicto de su carácter judicial y al proceso penal de su naturaleza y función, sino que contribuye a potenciarlos y enriquecerlos.

En concreto desde el punto de vista de la víctima, el interés que ésta puede tener en el resarcimiento y la reparación del daño y en el interés público en la persecución del delito es perfectamente compatible con una actividad mediadora finalísticamente dirigida a estos objetivos. Es más, no sólo no cuestiona en nada los fines de la pena y del Derecho Penal sino que coadyuva de manera más eficaz a su consecución. Como dice TAMARIT SUMALLA, “el valor punitivo no está en la reparación íntegra sino en el esfuerzo reparador”²⁰², de manera que en la actitud del infractor dirigida a reparar el daño y de la víctima dirigida a colaborar para ello estaría la verdadera utilidad de la mediación y su significado rehabilitador y reparador.

De todos modos, hemos de concluir, son justificadas las reticencias de parte de la doctrina en orden a tratar de evitar el error de identificar la atención y el respeto a la víctima con un enfoque privado de la satisfacción de sus intereses jurídico-procesales, porque no es incompatible concebir una Justicia Penal respetuosa y garante de los derechos de la víctimas con el desconocimiento del fin de satisfacción de intereses públicos, que, a través de la mediación no suponen una privatización de derechos. En ningún caso se deben identificar ambas cosas. De hecho, no se hace desde el punto de vista jurídico-procesal, por cuanto una legislación atenta a una de las partes de la relación procesal como es la víctima no ha de llevar implícito en ningún caso un olvido a la esfera jurídico-pública en la que nos encontramos sino operar dentro de sus límites.

En otro orden de cosas no hay lugar a discusión sobre qué juzgados y Tribunales, o sobre quiénes ostentan el monopolio para la aplicación de la ley, porque éstos resuelven con exclusividad los conflictos jurídicos. Sin embargo, se constata en la práctica diaria que un buen número de asuntos se refieren a disputas o cuestiones “de hecho”, no jurídicas ni relativas al ejercicio de derechos, pero que la ley ha cubierto de un barniz

²⁰² Tampoco según este autor el proceso reparador pretende la humillación del infractor suponiendo reforzar el carácter infamante de la pena y la estigmatización del infractor, TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Justicia Reparadora: ¿una justicia para la víctima?” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Valencia, 2006, págs. 448 y 450.

pseudojurídico al incluir su regulación en la ley y encargarles su conocimiento y decisión.

Un ejercicio de autocrítica lleva a reconocer que algo falla en nuestro sistema cuando aplicando un Derecho Penal represor, un Derecho de Familia obsoleto o un Derecho en materia de Violencia sobre la Mujer que no contribuye a disminuir y mucho menos a erradicar el problema de la violencia de género, no se consiguen los resultados pretendidos. Esta corriente criminalizadora y judicializante de la vida pública es el resultado de una transferencia al Estado de la supervisión y corrección del comportamiento en sociedad, algo que excede con mucho de sus posibilidades.

No es que se pretenda desjudicializar y privatizar el ejercicio y disposición de derechos personalísimos, es que se ha judicializado en exceso todo en nuestra sociedad y la indeseable y frustrante consecuencia es que el Derecho y el proceso se ven impotentes para cumplir sus funciones y, además, se encuentran saturados.

Por ello es necesario explorar nuevas vías de solución de conflictos colaboradoras de la vía judicial, sin que eso suponga privatizar derechos ni desjudicializar conflictos. Al revés, partiendo de la vía jurisdiccional y de la existencia de derechos indisponibles se debe adaptar la mediación a las situaciones más indicadas para ello, sin quebrantar el ámbito de naturaleza pública e indisponible de ciertos derechos.

8.1.2. Dificultad de encuadramiento de los casos mediables

Otra de las objeciones que mayoritariamente suelen hacerse a la mediación desde el punto de vista jurídico se basa en el hecho de que no todos los asuntos son mediables y no todas las personas son susceptibles de ser sometidas a mediación.

Considera GARCÍA-PABLOS DE MOLINA²⁰³, por ejemplo, que si se generaliza el recurso a estos procedimientos en delitos de escasa entidad“ existe el peligro de que no siempre contribuyan a una intervención mínima, aséptica y poco invasiva”, puesto que sólo se conseguiría una “desmesurada extensión de las redes de control social, eso sí, a través de mecanismos más sutiles y flexibles”.

La mediación nunca puede tener, ni lo pretende, vocación de universalidad. Precisamente una de las ventajas evidentes de la mediación es su flexibilidad y su capacidad de adecuación a los supuestos de hecho específicos sometidos a ella.

Por otra parte, de la misma manera que se considera una ventaja su capacidad para aplicarse a algunos supuestos concretos, también es clara su falta de idoneidad para otros. Por ello, como opina OTERO PARGA²⁰⁴, no se entiende que este argumento en contra pueda sostenerse cuando siempre se ha defendido la mediación como alternativa entendida

²⁰³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, 2005, pág. 655.

²⁰⁴ OTERO PARGA, M., en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pág. 152.

como complemento a la jurisdicción, porque entre otras cosas es la propia institución la que define qué ámbitos y materias quedan fuera de su alcance.

Esta objeción por tanto puede ser rebatida, en opinión de la autora citada, en el sentido de que “sería verdaderamente grave si no existiera ninguna otra vía para la realización del derecho,” pero en los casos en que no sea viable la mediación se continuará con la vía jurisdiccional como medio principal de resolución de controversias, por lo cual siempre quedará garantizada la tutela judicial efectiva a través del recurso a los órganos jurisdiccionales.

Incluso dando un paso más, se podría decir, con SALVADOR CONCEPCIÓN²⁰⁵ que “no es el proceso el que tiene que llevarse a la altura de la mediación para beneficiarse de su utilidad, sino que es la mediación la que tiene que tecnificarse y ponerse a la altura del primero”, dado que una regulación exhaustiva de la mediación y un adecuado control institucional podría conseguir el equilibrio entre un derecho penal en el que la seguridad jurídica no quede desvirtuada, con la integración en él de soluciones imaginativas que supongan la humanización de la Justicia y la entrada en ella de instrumentos restaurativos eficaces.

Por otra parte y refiriéndonos al hecho de que no todas las personas son susceptibles de ser sometidas a mediación, se ha dicho muchas veces que la mediación encierra el peligro potencial de desproteger los derechos de los más débiles en la relación, y por tanto en la negociación mediadora. Ciertamente este es un argumento de peso, puesto que al igual que la parte más fuerte en el juicio se encuentra en mejores condiciones para defender su posición, es posible que en la mediación dicha parte reproduzca su posición en la relación conflictiva de la que ésta es consecuencia.

De ahí que una de las premisas básicas para llevar a cabo la actividad de mediación sea la posición de igualdad real y formal de las partes como punto de partida ineludible para comenzar el proceso de mediación. Las partes han de entrar en el procedimiento de mediación en posición de igualdad, no sólo formal o jurídica, sino también material y de fondo porque de lo contrario el procedimiento ya nace viciado y el resultado no será el pretendido.

El problema puede agravarse en los procesos por violencia de género de los que nos ocuparemos más adelante, en los que el equilibrio en las posiciones de las partes ya está casi por definición dañado o al menos puesto en cuestión por la propia dinámica psicológica del maltrato. Este desequilibrio se halla incluso elevado a la categoría de general, como si de una presunción *iuris et de iure* se tratase, por la Ley Orgánica de Protección Integral frente a la Violencia de Género.

Sin embargo, igual que en los procesos por violencia de género no debe ser elevada a categoría de dogma la afirmación de que la parte más débil en la relación en todo caso y en todo momento es la mujer

²⁰⁵ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “La mediación en el ámbito penal. Alusión Especial al Supuesto de Violencia de Género”, *Revista de Derecho y proceso penal*, pág.61 a 94.

maltratada que está siempre anulada psicológicamente por las circunstancias, tampoco es posible mantener esa postura en relación al proceso de mediación.

Es más, precisamente en lo que se refiere a la posición de las partes en mediación se procura siempre el fortalecimiento de la víctima y el equilibrio de su posición mediante la intervención de los servicios de atención a la víctima. El mediador tiene la obligación de procurar el equilibrio de las partes evitando situaciones de desigualdad o de dominio incompatibles con el clima de confianza e igualdad en el que deben actuar.

Sin estos presupuestos de base sería imposible iniciar una actividad mediadora, de la misma manera que sin la igualdad de armas en el proceso el resultado sería nulo por infracción de las normas esenciales del procedimiento.

Así que garantizando la igualdad de las partes en mediación, la estabilidad psicológica de la víctima y la actitud comprensiva y dialogante del ofensor se puede conseguir una mediación correctamente dirigida. Lo contrario imposibilitaría de todo punto este recurso y obligaría a volver al proceso como vía de resolución del conflicto. En este sentido, considera CASTILLEJO MANZANARES²⁰⁶ que para acordar la remisión de un asunto a mediación es necesario tomar en consideración varios criterios, desde los subjetivos, como las capacidades individuales de los potenciales usuarios de la mediación y la situación coyuntural en la que se encuentren y la significación subjetiva del hecho independientemente de su calificación jurídico-penal, hasta cuestiones jurídico penales más precisas, como la existencia de indicios racionales de criminalidad, flagrancia, o denuncias repetidas o cruzadas.

ESQUINAS VALVERDE²⁰⁷, refiriéndose a los procesos por violencia de género pero en una reflexión perfectamente aplicable a cualquier proceso, apunta a la inviabilidad de la mediación si este mecanismo se impusiera obligatoriamente, por los evidentes peligros de desequilibrio y anulación de una de las partes de la relación, más predispuesta tradicionalmente a ocupar una posición de inferioridad en esa relación y en cualquier aspecto relacionado con ella. Evidentemente si la parte más débil en la relación puede mostrarse más proclive a la cesión de posiciones al objeto de recuperar la normalidad en la relación, la contrapartida es que la parte más fuerte tenderá a reforzar su posición y no ceder ni sacrificar nada, por entender que no lo necesita al sentirse ya ganadora en la relación personal y procesal.

Desde el punto de vista del culpable, el “defecto preventivo” es aún más manifiesto, porque el especial vínculo entre las partes facilita en estos casos el acuerdo con el resultado contrario: una vez reiniciada la convivencia se favorece la repetición de la conducta delictiva, por lo que el

²⁰⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal...*, op. cit., págs. 190 y 191.

²⁰⁷ ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Valencia, 2008, pág. 60 y 61.

encuentro no tiene para el ofensor el efecto intimidatorio atribuible a la pena y al proceso²⁰⁸.

Por ello la mediación nunca puede ser concebida ni como obligatoria, ni como mecanismo a aplicar por pura inercia en cualquier conflicto, pero en casos de violencia de género, en los que es más manifiesto el desequilibrio estructural, tampoco debe rechazarse sin matizaciones, sino que deberán tenerse en cuenta las posibilidades que tiene en cada caso individualizado a la vista de todas las circunstancias.

8.1.3. La reparación del daño a través de medios alternativos

Una de las obligaciones del culpable del delito que operan como condición básica para la determinación de la pena y la responsabilidad civil es la reparación del daño como compensación a la víctima del perjuicio causado y como forma de pacificar la relación tanto del victimario con la víctima como de éste con el *ius puniendi* estatal.

Considera MARTÍNEZ ARRIETA²⁰⁹ que si el fundamento de la norma penal está en la necesidad de afirmar la norma sancionadora como instrumento principal de prevención general, la atenuación de la pena debería fundamentarse en que los actos reparatorios posteriores deberían perseguir también la “desautorización de la vigencia de la norma expresada por el autor con posterioridad a la acción delictiva”.

En este sentido es necesario apuntar que lo que se cuestiona en abstracto es si la mediación no puede llevar implícito, por su significación y objetivos, un olvido del fin de prevención del Derecho penal, cuyo lugar pasaría a ser ocupado por un propósito reparador loable reflejo de legítimas opciones de política criminal que volverían su mirada hacia la víctima, pero que desconocen esa vertiente de prevención general y especial.

En apoyo de esta tesis, la actual línea de política criminal, haciéndose eco de las corrientes victimológicas y de la legislación supranacional protectora de las víctimas, hace que se haya pasado a considerar a la víctima como destinataria principal del Derecho Penal y del proceso penal, de manera que la reparación del daño que se le ha causado pasa a adquirir mayor relevancia, y los fines del proceso penal dirigidos al infractor, como la prevención o la rehabilitación pueden aparecer como relegados a un segundo plano.

Es cierto que hoy en día la orientación jurídico-penal actual dirige sus ojos hacia la víctima y hacia su oportuna reparación, y al convertir las pretensiones reparatorias en el eje fundamental del proceso penal se puede caer en el error de descompensar sus fines, pero se olvida en cierta medida que nuestro ordenamiento jurídico-procesal ya tiene arbitrados

²⁰⁸ Para la víctima dicho encuentro puede tener efectos psicológicamente desfavorables, por lo que en algunos casos la mediación, en lugar de tener efecto disuasorio para el infractor y de alivio emocional para la víctima, servirá más bien para “agilizar el cobro de la responsabilidad civil por parte de los perjudicados y para eximir al infractor de la sanción punitiva”. ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, op. cit., pág. 477.

²⁰⁹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal” en VVAA, *Mediación Penal y Penitenciaria...*, op. cit., pág. 87.

mecanismos para procurar la reparación del daño sin necesidad de llevar a cabo una actividad de mediación. Como dice BARONA VILAR²¹⁰, dado que la aplicación de la norma no es el desarrollo de una ecuación matemática y que los principios restaurativos “se han ido colando en nuestro ordenamiento jurídico”, nuestra normativa jurídico-penal ha ampliado su visión introduciendo matizaciones del principio de legalidad - entre las que la autora menciona la posibilidad de pactos o negociaciones de la pena, la posibilidad de compensación como forma de reducción de las penas o de posible sustitución de la pena privativa de libertad o la declaración de reconocimiento de los hechos- que modifican el paisaje penal en el que ya no todo es ejercicio de la función retributiva.

Como ya hemos dicho, la reparación del daño es presupuesto necesario para cuantificar la pena, fijar la responsabilidad civil derivada del delito, atenuar la pena o aplicar otras circunstancias que influyan en su determinación y cumplimiento. Sin embargo, nada impide que los pronunciamientos en materia de reparación del daño puedan ser tenidos en cuenta, además, como requisito necesario para que la mediación llegue a buen fin, de manera que se configura la reparación como uno de los presupuestos para el éxito de la mediación, de la misma manera que lo es para la determinación de la responsabilidad del infractor.

En cualquier caso, no se trata de analizar los posibles inconvenientes de la mediación como si se tratase de ataques a nuestro sistema penal sustantivo y procesal, sino que se trata de explorar nuevas posibilidades del contenido reparador de la pretensión penal de manera que se amplíe aún más el abanico de posibilidades de la reparación como expresión de una justicia penal más avanzada y preocupada del contenido reparador y rehabilitador de la pena.

8.1.4. Mediación y cosa juzgada

Cuando la mediación finaliza con un acuerdo, éste debe ser cumplido por las partes por reunir las características objetivas, subjetivas y formales de las obligaciones contraídas por las partes con fuerza vinculante en ejercicio de la autonomía de la voluntad, de manera similar a la fuerza de cosa juzgada que nuestro ordenamiento concede al resultado de la actividad jurisdiccional dotando a la decisión emanada de ella de una fuerza que la hace irrenunciable, no anulable y obligatoria para las partes²¹¹. Dado que la propia mediación habrá tenido lugar en relación a derechos y obligaciones disponibles, habiendo sido el proceso y el acuerdo resultante sometido al control para el cumplimiento de los

²¹⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamento...*, op. cit., pág. 19 y 20. Ver en la misma obra la aproximación al contexto histórico-político y su intrínseca vinculación con el sistema jurídico-penal, págs. 25 y ss.

²¹¹ De hecho, como apunta CASTILLEJO MANZANARES, actualmente queda claro que la cosa juzgada no se reduce sólo al objeto del proceso, sino también a todo lo relativo a la relación jurídica llevada al proceso, haya sido o no discutido en éste, siempre que hubiera podido ser introducido en él. Esta extensión objetiva de la fuerza de cosa juzgada a la causa petendi y a aspectos que exceden del mero objeto del proceso y se extienden a la relación que trae causa de él conecta directamente con aspectos muy relacionados con el ejercicio y defensa de pretensiones de forma amplia, al estilo de la mediación. CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición...*, op. cit., pág. 22.

requisitos esenciales de los contratos, la forma de obligar al cumplimiento forzoso de lo pactado dependerá, según MUNNÉ CATARINA Y VIDAL TEIXIDÓ²¹², de la forma y contenido jurídico que se haya dado al acuerdo. Así, si el acuerdo de mediación ha adoptado la forma de un documento privado, tendrá fuerza de ley entre las partes, pero la fuerza ejecutiva de la que carece sólo podrá lograrse a través de un juicio declarativo posterior, como cualquier contrato. No obstante existe, según estos autores una posible vía de lograr el cumplimiento sin necesidad de acudir a un proceso ulterior para el caso de que las partes se hubieran obligado en el acuerdo de mediación a elevar el mismo a escritura pública, de manera que, no habiendo controversia sobre el fondo del asunto nos encontraríamos ante el supuesto de una demanda para el cumplimiento de una obligación de hacer.

De esta forma, la Ley ha querido dar al acuerdo de mediación el tratamiento de una transacción homologada judicialmente o susceptible de elevación a escritura pública notarial que la dote de fuerza ejecutiva - artículos 23.3 y 26.1 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles-. Por ello, y a pesar de que en mediación no puede hablarse propiamente de la producción de una resolución que produzca el efecto de cosa juzgada, capacidad que sólo tienen jueces y Tribunales, y árbitros a través del laudo arbitral, que si bien no es una resolución jurisdiccional está dotada de fuerza de cosa juzgada, tiene gran relevancia que el legislador haya querido dotar a lo acordado en mediación de los mismos efectos que tendría la fuerza de cosa juzgada predicable de la transacción aprobada judicialmente -artículo 1816 Código Civil-. Por eso es tan importante el control judicial y el hecho de que lo acordado en mediación sea después homologado judicialmente, teniendo su plasmación en el ámbito procesal ordinario y asimilándose así a la transacción alcanzada y homologada judicialmente²¹³.

En cualquier caso, como observa TAMAYO HAYA²¹⁴, si bien no se duda del carácter vinculante de lo convenido entre las partes, sí que es cierto que la doctrina vacila a la hora de reconocer a la mediación el *plus* que supondría la mayor fuerza vinculante que tiene la mediación cuando se asimila a la transacción. Este *plus* se refiere, más que a la fuerza de cosa juzgada formal, que impide un nuevo conocimiento del asunto en un proceso posterior, al hecho de que el Juez debería tomar, en caso de suceder así, como vinculante e inmodificable el contenido del acuerdo

²¹² MUNNÉ CATARINA, F., Y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Madrid, 2013, págs. 151 a 153.

²¹³ Por otra parte, como apuntan los autores citados no se trata de una fuerza de cosa juzgada formal, eficacia derivada de resoluciones judiciales firmes que pasan en autoridad de cosa juzgada y son, por tanto, ejecutables e irrecurribles impidiendo un nuevo proceso sobre la misma materia. Se trata de un “acto privado con trascendencia jurídica en la esfera obligacional de las partes, cuyo incumplimiento puede ser objeto de ejecución directa si se ha elevado a escritura pública o se ha homologado judicialmente”. Las razones prácticas además son evidentes, puesto que al igual que lo que ocurre con la transacción no es posible un ulterior proceso sobre el mismo objeto dado que si se ha resuelto el conflicto, ya no existe como tal y no hay controversia que deducir ante los órganos judiciales. MUNNÉ CATARINA, F., Y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos...op. cit.*, págs. 156 y 157.

²¹⁴ TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23. El acuerdo de mediación” en GARCÍA VILLALUENGA, L.Y ROGER VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...op. cit.*, pág. 30 a 309.

alcanzado por las partes. Por ello, contra estos acuerdos sólo cabría plantearse la acción de nulidad, de manera que se asimila el acuerdo de mediación al régimen contractual ordinario, lo cual no justifica ni permite el conocimiento de nuevo del fondo del asunto. Esto lleva a concluir que el acuerdo de mediación goza de la autoridad de cosa juzgada material por esa imposibilidad de conocimiento judicial de lo ya acordado en mediación como sucede con el arbitraje, pero no de la fuerza de cosa juzgada formal por su asimilación al régimen convencional de los contratos.

No obstante, es evidente que algo distingue a la mediación de un contrato ordinario, porque en los casos de mediación intrajudicial la autoridad judicial dicta una resolución acogiendo el contenido del acuerdo de mediación. El problema es que, ante la falta de previsión del Código Civil sobre la forma de impugnación de la transacción judicial no está claro si los acuerdos de mediación seguirían el régimen de impugnación de la transacción en general, o sí tendrían que ser impugnados como si se tratara de una resolución judicial.

Sin embargo, la homologación del acuerdo de mediación según se deduce del artículo 25.4 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, debe formalizarse, cuando la mediación se produzca una vez iniciado un proceso judicial, mediante la homologación del acuerdo para la creación de uno de los títulos ejecutivos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, como advierten GISBERT POMATA y DÍEZ RIAZA, si el acuerdo de mediación tiene lugar mientras está pendiente la *litis*, bastará con que una de las partes pida la homologación judicial del acuerdo para que el juzgador, previa audiencia de la otra parte deba formalizar dicha homologación mediante auto²¹⁵. De esta manera se resuelve el problema anteriormente planteado, dado que el acuerdo de mediación formalizado como un acuerdo homologado judicialmente deberá seguir el régimen de impugnación y ejecución previsto para la resolución judicial que lo acuerda.

El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, elaborado por la Comisión de la UE, por su parte, se pronuncia sobre esta cuestión y dispone que:

“83. El acuerdo entre las partes constituye la etapa esencial y, desde un determinado punto de vista, la fase más delicada del procedimiento. Conviene en efecto garantizar que el acuerdo celebrado sea un verdadero acuerdo. Si el acuerdo final no reflejase la voluntad real de las partes, el compromiso efectivo que las partes están dispuestas a aceptar con todo lo que eso implica de renuncia con relación a sus expectativas anteriores, la ADR no habría logrado sus objetivos fundamentales, es decir, la verdadera solución del conflicto y la

²¹⁵ Evidentemente, esto deberá hacerse previo control de los requisitos de fondo y forma exigibles, siendo posible que el contenido del acuerdo exceda del planteamiento inicial del litigio porque la mediación puede haberse extendido a otras materias perfectamente incorporables al acuerdo. GISBERT POMATA, M.N., Y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Cizur Menor, 2014, pág. 256.

consiguiente pacificación social. En tal caso, habrá que temer nuevos problemas, como la impugnación jurídica de la validez del acuerdo, el cuestionamiento de la responsabilidad del tercero por *arrancarle* a una de las partes un compromiso no equitativo, etc. En particular, cuando hay desequilibrio económico entre las partes, se impone la idea de un determinado formalismo protector relativo a la celebración y la firma del acuerdo”. Por tanto, considera el Libro Verde que es imprescindible que el acuerdo final sea fiel reflejo de la voluntad de las partes a fin de evitar consecuencias indeseables que llevaran a cuestionar su validez y eficacia.

8.1.5. Posibles efectos perturbadores de la mediación en el proceso

Entrando en cuestiones de tipo más procedimental, la doctrina advierte en la mediación algunos efectos perturbadores del proceso por suponer una alteración en el devenir normal del mismo. Sin embargo, como observa MARTÍN NÁJERA²¹⁶ es necesario tener en cuenta que si bien una rápida resolución de conflictos en el ámbito familiar, por ejemplo, se produciría de la misma forma judicial tradicional si los juzgados tuviesen un volumen de trabajo razonable y asumible, y que el sufrimiento de las partes que acceden a los Juzgados podría ser paliado mediante la actuación de especialistas, la mediación viene a aportar algo distinto cuyos efectos sobre el proceso podemos decir que refuerzan las ventajas que se obtienen.

Cuestiones como la suspensión del curso de las actuaciones, la posibilidad de que éstas terminen con un archivo de las actuaciones, los problemas de supervisión de los términos del acuerdo de mediación y de su ejecución, preocupan a los procesalistas por la repercusión que pudieran tener en la tramitación del proceso y por suponer la introducción de elementos que alteran el proceso y pueden desvirtuar su finalidad, pero del análisis conjunto de las normas esenciales del procedimiento, de los principios inspiradores vigentes en el mismo, de los posibles resultados de la mediación y su integración en el proceso, resulta la posibilidad de incluir esta fase como etapa procesal -o preprocesal si se prefiere- sin que por ello se sufra tal perturbación.

La clave, creemos, estaría más bien en articular la mediación como causa justificada de suspensión inicial de las actuaciones con la debida supervisión y aceptación por la autoridad judicial.

En segundo lugar, es necesario incluir la mediación como una de las causas de terminación del proceso, regulando los efectos del acuerdo conseguido de la misma manera que se hace en otros ámbitos jurídico-procesales.

En tercer lugar, se debe prestar atención y un adecuado control a la ejecución del acuerdo.

Todo ello no debería suponer un esfuerzo excesivo en cuanto a su encaje en el proceso, porque ya existen fórmulas procesales adecuadas en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico procesal que pueden ser

²¹⁶ MARTÍN NÁJERA. M.T., “La mediación intrajudicial” en RUIZ MARÍN, M.J., *Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Madrid, 2005, págs. 227 y 228.

consideradas como antecedentes de la mediación tal y como se concibe en los últimos años.

A lo largo del desarrollo de la última parte de este trabajo, en la que diseñaremos un posible proyecto para implementar la mediación en procesos por violencia de género, tendremos oportunidad de comprobar los posibles efectos de esta herramienta en el proceso y ver cómo las consecuencias hipotéticamente perturbadoras en el mismo pueden ser salvadas mediante una interpretación adecuada de los principios procesales y una tramitación del proceso respetuosa con dichos principios y con su carácter instrumental respecto del mismo.

8.2. INCONVENIENTES DESDE LA PERSPECTIVA PSICOLÓGICA Y SOCIAL

Desde un punto de vista psicológico puede decirse que es aquí donde resultan más obvias las diferencias entre proceso y mediación, dado que pocos inconvenientes pueden oponerse a la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos dirigida a concienciar a las partes de la necesidad de resolver su problema por cauces de diálogo y comprensión, preferibles a la imposición por un tercero de una decisión unilateral. Como dice GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en la mediación se soluciona el conflicto mediante una redefinición del mismo, que queda “repersonalizado” y recupera su cara humana y real²¹⁷.

Podría quizás contraargumentarse que en el proceso español tal y como está concebido y regulado, no tendría cabida este espacio de libertad y confianza, aislado entre las formalidades establecidas legalmente. Pero esta desventaja sería fácilmente superable estableciendo como un trámite a desarrollar en los primeros estadios del proceso la remisión de forma obligatoria a las partes a la sesión informativa sobre mediación.

En esta sesión es necesaria una información clara sobre las diferencias esenciales entre proceso y mediación, y sobre el hecho de que esta última se incardina dentro del proceso, regido por otras normas y trámites. De esta manera, y en otro orden de cosas, se podría evitar la frustración que sufren los justiciables cuando acuden ante al órgano jurisdiccional en busca de algo que no está llamado a satisfacer ni a conocer: asistencia psicológica, terapia matrimonial o incluso asesoramiento jurídico.

Por otra parte, la confusa identificación de los conceptos, jurídicos o no, que se usan en este tipo de intervenciones contribuye a confundir el paisaje, de manera que se pueden añadir inconvenientes a la mediación

²¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, pág. 1013. Se trata de articular una “respuesta progresista al delito, no represiva, desinstitucionalizada, informal, al margen del sistema, evitando el efecto estigmatizante, que, no ya la pena, sino el propio proceso legal lleva consigo”, *op. supra cit.* pág. 1021.

Lo mismo, *mutatis mutandis* se podría decir de cualquier otro ámbito, no sólo el criminal, en el que surja la oportunidad de solucionar el conflicto de manera dialogada, porque ese efecto estigmatizante y deshumanizado del proceso es predicable de cualquier ámbito jurisdiccional en que nos encontremos.

basados en esta inexactitud terminológica y conceptual. Por ejemplo, tiene razón ROIG TORRES²¹⁸ cuando señala que es dudosa la capacidad conciliadora de los procedimientos de mediación por considerar “ingenua” la consideración de que “el acuerdo de reparación es fruto de la reconciliación de las partes”, pero esto ocurre por la identificación errónea de los términos manejados: mediación, reparación, reconciliación y otros muchos que en este campo tienen virtualidad.

Por tanto, de lo que se trata es de distinguir claramente los conceptos que se manejan en mediación para, partiendo de ahí, examinar rigurosamente los posibles inconvenientes que pudieran derivarse de la misma.

8.2.1. Errónea identificación entre reparación y conciliación

Centrándonos en el ámbito penal, hay que afirmar en primer lugar que la mediación es el instrumento por excelencia de la Justicia Restaurativa. Busca la reparación del daño y la reconciliación de las partes como medios para lograr la resolución del conflicto y la pacificación social.

Se ha dicho en este sentido que la concepción reparadora de la justicia es utópica por estar basada, según TAMARIT SUMALLA²¹⁹, en “una visión angelical de la sociedad y de la persona humana o, cuanto menos, en una confianza ingenua en la capacidad transformadora de estas realidades”. También se suele afirmar que la pretensión de reparar no es algo factible en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Posiblemente, y sin negar que la justicia reparadora es un medio imperfecto de justicia penal, esto se dice por la identificación realizada entre “recomposición” y “retorno a la situación actual”²²⁰.

Sin embargo el pretendido inconveniente que puede suponer la incapacidad de la mediación para llevar a buen término determinado tipo de pretensiones parte de, como reza el presente epígrafe, una errónea identificación de la reparación y la conciliación entre sí y de una falsa atribución a la mediación de la función de conseguir obligatoriamente una y otra.

Evidentemente, no se puede negar el hecho de que lo que se persigue con la mediación es, entre otras cosas la conciliación o el acuerdo entre las partes, la reparación del daño causado o la reconciliación de las partes con ellas mismas, pero esto no quiere decir que esos sean fines ineludibles de la mediación. El fin básico de la mediación es la resolución del conflicto de forma alternativa a la judicial, por lo que se trata de identificar la mediación como una técnica de intervención en las partes que intenta que éstas resuelvan por sí mismas el conflicto de manera efectiva y duradera.

²¹⁸ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, op. cit., pág. 462.

²¹⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Justicia Reparadora: ¿una justicia para la víctima?” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M., (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, op. cit., pág. 449.

²²⁰ *Ibidem*.

Esto puede lograrse a través de distintos mecanismos: consiguiendo un acuerdo sobre el objeto del debate mediante la conciliación de las posturas inicialmente antagónicas, reparando el causante del daño sus consecuencias, estableciendo bases de diálogo en las partes en la búsqueda de una regulación definitiva de sus relaciones futuras y rehabilitando al infractor para evitar la reincidencia, entre otras.

Las posibilidades son, como se ve, casi infinitas. Y todas ellas forman parte de un posible contenido de la mediación, de manera que cuando se identifican términos como reparación o conciliación con la mediación se está confundiendo ésta con su contenido y los medios para conseguir el fin último de la resolución del conflicto.

Por otra parte, reparación y conciliación pueden y de hecho son los contenidos más frecuentes de la actividad mediadora, pero ello no quiere decir que sean los únicos, que sean lo mismo o que sean siempre el objetivo a conseguir. Cuando se alude a la mediación debemos identificar ésta con el instrumento a través del cual se pueden resolver conflictos. Instrumento, como dice TAMARIT SUMALLA imperfecto, pero claramente definido en cuanto a su concepto y su posible contenido (conciliación, reparación, prevención especial...).

Por ello debemos insistir en diferenciar claramente el fin último de la mediación y las posibilidades que para ello se manejan como medio para lograr la resolución del conflicto. De esta manera, si están bien identificados fin y medios para lograrlo quedará salvado el inconveniente derivado de la confusión e identificación de términos.

8.2.2. La victimización secundaria

Sin salir del ámbito jurídico-penal, se ha criticado en alguna ocasión el hecho de que suspendiendo el proceso para acudir a mediación se puede agravar aún más la “victimización secundaria” que sufre quien acude ante al órgano jurisdiccional demandando la solución de sus problemas. Este inconveniente podría ser más grave aún si no se llega al acuerdo en mediación, con las consecuencias que ello inevitablemente tiene en la dilación del proceso, en el retraso en la decisión del asunto y en la carga victimizante que ello tiene para la parte que ha sufrido el daño y los efectos judiciales de su reparación.

La victimización secundaria se refiere a los perjuicios sufridos por la víctima cuando entra en contacto con instancias policiales, asistenciales y judiciales. Cuando se pone en marcha el sistema legal e institucional para la persecución de un delito se suele producir un indeseable efecto colateral: la falta de respuesta satisfactoria, lo cual además de no responder a sus expectativas, supone para la víctima una nueva fuente de sufrimiento, inseguridad y temor²²¹.

²²¹ Es un tema éste de gran relevancia en nuestro Derecho Procesal, y más aún en materia de violencia de género, en el que desde hace años todos los agentes implicados están realmente concienciados de la necesidad de luchar contra ella. Desde que la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal (publicada en el DOCE el 22 de marzo de 2001) destacara la importancia de cuidar las necesidades de la víctima “de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria”, la evitación del mayor mal que

Frente a ello se puede decir que la potencial victimización secundaria que se pudiera sufrir por el hecho de “introducir” un trámite más en el *iter* procesal establecido no debe ser tal si tenemos en cuenta que estamos ante una actividad claramente diferenciada del proceso porque entre otras cosas está dirigida a objetivos que se desmarcan de los de éste, en especial en lo que a efectos personales sobre las partes se refiere.

Además, se dice que en el proceso reparador que tiene lugar en la mediación se sirve en mayor medida a los intereses del infractor de modo, dice TAMARIT SUMALLA, que la víctima corre el peligro de “ser instrumentalizada por el sistema y, por otra parte, de ser revictimizada por el hecho de ser llamada a reabrir sus heridas o efectuar una regresión en su proceso de recuperación postraumática”²²². Sin embargo, considera este autor que existen ciertos mecanismos dirigidos a corregir esa tendencia como son el carácter voluntario del proceso y “la diversidad de las víctimas y la singularidad de la vivencia de victimación, en la que se

pudiera causar a la víctima someterse a un proceso de larga y costosa tramitación ha estado siempre presente en la mente del legislador y de todos los agentes relacionados con la víctima en uno u otro ámbito.

La Decisión Marco dedica especial atención a las medidas de asistencia a la víctima, tanto antes como durante y después del proceso penal, a la formación especializada de quienes están en contacto con la víctima, al respeto y dignidad a su persona y a los derechos que le asisten (ser informada del curso del proceso, derecho a la protección, a la indemnización o a asistencia específica).

En la actualidad, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo dice, en relación a la victimización secundaria que “solo mediante evaluaciones individuales, efectuadas lo antes posible, se podrá determinar con eficacia este riesgo. Estas evaluaciones se deberán efectuar respecto de todas las víctimas, a fin de determinar si están expuestas a riesgo de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias, y decidir qué medidas especiales de protección necesitan”.

<http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

En nuestro país, el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del delito de 1 de agosto de 2014 también ahonda en la necesidad de aminorar trámites que supongan una segunda victimización cuando alude en su artículo 3 al derecho de la víctima a “recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal” y tras su conclusión.

http://congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF

Existe una profusa legislación preventiva de la victimización secundaria en el ámbito penal y de menores de la víctima. Pero aparte de la Decisión Marco se pueden citar, además, las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 1/2007 sobre actuaciones jurisdiccionales en intimidación de menores, 8/2005 sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal o 2/2008 sobre funciones del Fiscal en la fase de instrucción.

Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo como la STS 704/07 de 26 de julio, sobre no confrontación de la víctima con el acusado o la STS 332/2006 de 14 de marzo, ahondan en esta necesidad de adoptar medidas preventivas de la victimización secundaria.

El Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los Órganos Judiciales también dedica especial atención a este aspecto. Con ello queda clara la amplísima normativa protectora y preventiva de la victimización secundaria reflejo de la preocupación de los poderes públicos por la víctima.

²²² TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Justicia Reparadora: ¿una justicia para la víctima?” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, op. cit., pág. 448.

revela que existen personas que, por las razones que sean, buscan y favorecen el contacto con el agresor”.

En efecto, el hecho de que el proceso de mediación actúe psicológicamente sobre la víctima mediante procesos de reforzamiento y recuperación de la capacidad de análisis y control de la situación por la víctima, así como la profesionalidad del mediador que debe dotar a la víctima de la capacidad y habilidad de reforzar su autoestima y gestionar su situación concreta, son una expresión de la dimensión humanizadora de la mediación y de sus efectos beneficiosos para la víctima a pesar de la victimización secundaria ²²³.

Por ello, y precisamente por la propia naturaleza del proceso de mediación y por el ambiente de tranquilidad, de empatía y de atención a sus problemas que existe en mediación, se debe minimizar la posible “cuota de responsabilidad” que en la victimización secundaria pueda tener introducir una etapa de mediación en el proceso. Seguramente y como consecuencia de ello el grado de satisfacción de las víctimas con el proceso de mediación sea tan alto que ello contribuya a ratificar lo aquí expuesto, por lo que se puede concluir que son más los beneficios psicológicos de la mediación que los inconvenientes.

En todo caso, tanto para partes perjudicadas como para partes infractoras, siempre resulta positiva la óptica desde la que se enfoca el conflicto en mediación, porque la orientación al diálogo, a la comprensión de las razones del conflicto y a la empatía con la otra parte mediante la colaboración en la búsqueda de una solución al problema con vocación de futuro son mecanismos relacionales que se alejan de la victimización secundaria producida a resultas del proceso judicial y constituyen, más que un inconveniente, un importante argumento a favor de la mediación.

8.2.3. Perjuicios de la mediación para el infractor

Desde el punto de vista del victimario en el proceso penal también se suele decir que la mediación podría incluso resultarle perjudicial puesto que la perspectiva de evitar el proceso pudiera hacer al infractor asumir una compensación superior al daño causado dando lugar a una suerte de “enriquecimiento injusto” del perjudicado.

A ello se uniría, como crítica clásica, la posición desfavorable en que se coloca el infractor sometido a mediación si al final no llega a buen término, por el reconocimiento de culpabilidad de que necesariamente se ha de partir para iniciar el proceso de mediación²²⁴.

Pues bien, en esta ocasión de nuevo hay que decir que se confunden los términos. El reconocimiento de la autoría del hecho por el infractor puede tener un cierto matiz disuasorio para determinados infractores por suponer un reconocimiento expreso de culpabilidad, pero es evidente que la mediación debe partir de esa premisa, el reconocimiento de la culpabilidad, aunque luego puedan alegarse

²²³ *Ibidem*. Tampoco según este autor el proceso reparador pretende la humillación del infractor suponiendo reforzar el carácter infamante de la pena y la estigmatización del infractor, pág. 449.

²²⁴ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, op. cit., págs. 460 y 461.

circunstancias atenuantes o eximentes. Por ello el control judicial a que debe someterse la mediación supone un control de forma y de fondo que debe tener especial atención y cuidado con este aspecto, de manera que el reconocimiento de la culpabilidad del infractor en mediación en ningún caso debe ser tenido en cuenta por el juzgador en el ulterior proceso penal a celebrar en caso de que la mediación haya resultado fallida.

La vulneración en este caso de la necesaria imparcialidad del juzgador haría incompatible mediación y proceso, por lo que es requisito fundamental la separación e independencia con la que deben obrar ambas instancias, sin perjuicio de la comunicación fluida y el control judicial y fiscal de la actividad mediadora. Lo mismo podría decirse del hecho de que la mediación pudiera ser utilizada por el culpable para eludir la pena permitiendo a cambio una reparación del daño desproporcionada con el perjuicio causado, por lo que la obtención de un acuerdo justo, proporcionado y adecuado con las circunstancias del caso depende de la preparación y cualificación profesional de los sujetos que dirigen el proceso, pero también de los controles que se deben efectuar.

Por ello no se puede decir que con la mediación se facilite la impunidad del delincuente en algunos casos o su perjuicio en casos de compensación más onerosa que el daño causado. Ambas afirmaciones no son correctas, ya que la reparación no excluye el cumplimiento de la pena y que el mediador, el Juez y el Fiscal deberán fiscalizar el adecuado cumplimiento de los objetivos de la mediación de acuerdo con los principios establecidos siendo necesaria, en todo caso una especial atención a estos extremos al objeto de cuidar la posición del infractor para que el proceso de mediación y el ulterior proceso penal nunca supongan empeoramiento de su posición o merma de sus derechos y garantías procesales.

8.3. INCONVENIENTES DE OTRO TIPO

8.3.1. Confusión entre mediación y terapia

Por último, frente a los argumentos contrarios a la mediación de tipo psicológico y sociológico por un lado y jurídico procesal por otro, OTERO PARGA crea un tercer grupo de difícil catalogación en el que se incluyen otras razones más generales para rechazar la mediación y que reproducimos a continuación²²⁵.

Así se dice respecto de la mediación familiar que puede llegar a confundirse la mediación con algún tipo de terapia, ámbito en el que ofrece especiales dificultades la neutralidad del mediador. Surgen además para esta autora dificultades ya comentadas a la hora de delimitar el campo objetivo de actuación de la mediación.

Hay que convenir que estas críticas son acertadas. Ciertamente es que en muchas ocasiones se suele confundir la mediación con terapia matrimonial y las partes suelen acudir a mediación buscando la salvación de su matrimonio o relación de pareja. De la misma manera que se acude

²²⁵ SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M., y VVAA, *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., Madrid, 2007, pág. 153.

a los servicios de asistencia a la víctima buscando asesoramiento jurídico o asistencial, a los servicios de orientación jurídica buscando recomendaciones sobre un buen abogado o simplemente al Juzgado buscando orientación sobre todas estas cuestiones, las partes pueden acudir a mediación buscando una nueva vía de solución de conflictos dentro del ámbito judicial, pero confundiendo los fines de la actividad de mediación con la satisfacción de intereses que nada tienen que ver con los aspectos que la mediación está llamada a intentar resolver.

Esto es frecuente y por otra parte lógico teniendo en cuenta la enorme burocratización y proliferación de órganos, instituciones y servicios de asistencia y asesoramiento al ciudadano que entra en contacto con el aparato judicial.

Sólo quienes han tenido que acudir ante los órganos judiciales pueden hablar de lo desorientados y desinformados que se sintieron ante la sucesión de trámites, autoridades y escritos que pasaron ante sus ojos sin llegar a comprender realmente el significado de lo que allí se trataba, pero hay que decir que no se trata de un obstáculo, sino de uno de los inconvenientes derivados del propio funcionamiento del sistema, de manera que si en el sistema está el problema, en el propio sistema debería encontrarse la clave para su solución. Y esta es, sin duda, la adecuada información al ciudadano.

Por eso este inconveniente puede y debe superarse ofreciendo al ciudadano una información previa clara y precisa no sólo sobre lo que es mediación sino también sobre lo que no es mediación. El objetivo es ser informado en primer lugar, y en segundo y casi más importante, evitar la inseguridad y decepción del justiciable que ve frustradas sus expectativas al no obtener la respuesta que esperaba del órgano judicial, por lo que es importante resaltar en este momento la importancia del contenido de la sesión informativa previa a la que debe remitirse a las partes para la buena utilización de esta herramienta evitando su desviación hacia fines distintos de los pretendidos.

8.3.2. La imparcialidad del mediador

También es cierta la prevención de parte de la doctrina en lo relativo a la imparcialidad del mediador y a la difícil posición de neutralidad que éste debe mantener a lo largo de todo el procedimiento.

La clave aquí estaría en el enfoque que a nivel institucional se da a la profesión de mediador. Si de una adecuada formación del mediador, del desarrollo de unas ciertas habilidades de comunicación, dirección de los debates, diálogo, empatía y profesionalidad depende su garantía de neutralidad, es evidente que tampoco estamos ante un obstáculo tan grave que pudiera hacernos desistir de usar la mediación en los supuestos en los que esté indicada.

Otra cosa es que el mediador tenga mayor capacidad o facilidad para abstraerse de las posiciones individuales de las partes y colocarse en terreno neutral en el desarrollo de la mediación, pero ésa es otra cuestión que no corresponde tratar aquí por pertenecer al tema de las habilidades

personales de quienes tienen impuesto el deber de neutralidad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

En todo caso y en otro orden de cosas sí que es necesario reconocer de forma crítica que los procedimientos de mediación necesitan una infraestructura adecuada, así como dotación de personal y medios suficientes: mediador, profesionales que intervienen en el proceso y un acuerdo de mediación que exige tiempo y esfuerzos. Se trata de dotar a la mediación, como dice GARCÍA-PABLOS DE MOLINA de un “correcto equipamiento” del que dependería directamente el éxito o fracaso en la eficacia y aceptación social de estos procedimientos. Se hace necesaria la prudencia y progresividad, en palabras de este autor, y la necesaria inversión material y personal –incluida la formación– como clave para la adecuada implantación de estos procedimientos en nuestro marco procesal penal²²⁶.

²²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción...*, op. cit., págs. 655 y 656.

9. LA MEDIACIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

A continuación estudiaremos la reparación del daño y el papel de la víctima en el proceso, ejes fundamentales de la Justicia Restaurativa a los que la mediación deberá dedicar especial atención en su camino hacia la integración en nuestro proceso penal.

Como dice ANTONIO BERISTAIN, el Derecho Penal avanza hoy en día por una autopista con carriles diferenciados -el autor habla de dos autopistas con carriles diferentes-: por un lado el que conduce hacia la justicia retributiva, que comenzando en el estudio de la criminalidad fija su meta en la pena; por otro, el que lleva a la justicia restaurativa o reparadora, analizando los daños que el delito causa en la víctima con el fin de obtener su justa reparación²²⁷.

Según el modelo de Justicia Restaurativa, los tres agentes fundamentales del delito -delincuente, víctima y sociedad- se sitúan en un nuevo orden de prelación distinto al clásico: primero las víctimas, después la sociedad, por último, el delincuente.

Este nuevo orden configura un escenario procesal distinto, reflejo de modernas concepciones jurídico-procesales, pero consecuencia también de cambios producidos por la irrupción en la teoría del proceso de nuevas corrientes sociológicas que vuelven sus ojos hacia la víctima del proceso.

Además del nuevo papel de los sujetos y de la sociedad en el proceso penal, en el modelo de Justicia Restaurativa hace su entrada un concepto que, si bien no es nuevo sí es interpretado de manera distinta a la luz de los principios inspiradores de esta nueva concepción. La reparación del daño en el ámbito penal constituye uno de los elementos básicos dirigidos a la compensación a la víctima por el menoscabo sufrido por el delito.

Su concepto y tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico-penal, a los que nos dedicaremos a continuación, sientan las bases de una Justicia Restaurativa en la que las pretensiones reparadoras cobran especial relevancia en la nueva concepción de la Justicia Penal y en la

²²⁷ Reflexiona este autor sobre la terminología empleada tradicionalmente por la doctrina, mostrándose favorable a hablar de justicia "recreativa" mejor que "restaurativa," por el objetivo pretendido de recrear una nueva justicia más al lado de la víctima y superando el significado vindicativo, adversarial e inercial de la Justicia criminal actual.

De cualquier modo y terminología aparte, es interesante el cuadro descriptivo que elabora sobre los rasgos característicos de las que denomina "cosmovisiones" retributiva y restaurativa de la Justicia Penal. En él, partiendo de los elementos básicos en Justicia Penal (delito, objetivos, relación entre víctima y victimario, pena, Administración de Justicia, daño, comunidad, responsabilidad, objeto de la denuncia, estigma del delito, etc.) se contraponen las distintas acepciones de ambos modelos. BERISTAIN, A., *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, págs. 338 a 340.

Algún autor incluye un tercer modelo de justicia denominada "justicia rehabilitadora", que centra su punto de mira en el tratamiento resocializador del delincuente con el objeto de recuperarlo para el desarrollo de su vida en comunidad, una vez subsanadas las "carencias sociales" y los "déficits personales" en los que se encuentra el origen del delito. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa, Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Madrid, 2007, pág. 233.

mediación como medio de procurar la reparación a la víctima en el contexto procesal penal.

9.1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El Código Penal español no define la reparación del daño, pero sí enumera en su artículo 110 una serie de actos que integran la responsabilidad civil derivada del delito: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La obligación de reparar el daño causado por el delito está recogida en el artículo 1902 del Código Civil -regulado en el Título XVI, Capítulo II, “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”-, que dice que: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Opina SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que la obligación civil derivada del delito se identifica con la necesidad de la sociedad de reaccionar ante lo que considera injusto o ilícito, obteniendo una compensación y desagravio que va más allá del contenido económico de la prestación para entrar en los dominios del Derecho Penal como instrumento de pacificación y responsabilización social²²⁸.

La obligación de reparar el daño causado por el delito o falta excede por tanto del mero carácter cuantificable de éste, dado que su finalidad no es sólo la de compensar económicamente al perjudicado por el daño o desvalor producido en su patrimonio o en su persona por efecto de la acción ilícita. De esta manera, desposeyendo a la pretensión reparadora del carácter exclusivamente pecuniario se da forma a esa necesidad sentida por la sociedad de recuperar la paz social quebrantada por el delito²²⁹.

La doble regulación civil y penal en un mismo cuerpo legal de la obligación de reparar el daño producido *ex delicto* ha sido acogida favorablemente por la doctrina. La preocupación por atender debidamente los intereses de la víctima concentrando en un solo proceso la posibilidad de ejercitar la acción para exigir responsabilidad penal -de carácter público- y la acción civil -privada- para la reparación del daño no sólo es

²²⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Granada, 1997, págs. 157 y 158.

²²⁹ En el marco del Derecho Privado como apunta TAMARIT SUMALLA inicialmente la responsabilidad civil sí que fue concebida como compensación económica al daño causado por el delito. Se seguía la línea del modelo de Código napoleónico, que basa el sistema de responsabilidad extracontractual en el dogma de la libertad individual ligando la responsabilidad a la culpa.

Posteriormente, ante la mayor complejidad de la sociedad industrial se van desligando ambos conceptos apareciendo el de responsabilidad objetiva, cuya consecuencia es la mayor consideración del interés de la víctima, separándose los conceptos de responsabilidad civil objetiva y culpa por imputación subjetiva del daño.

De cualquier manera, en el ámbito del Derecho Penal (público) han de compatibilizarse los intereses individuales de la víctima y su derecho al resarcimiento con los del imputado (teniendo en cuenta esa nueva dirección en la imputación de responsabilidad), todo ello enmarcado en un contexto de Estado de Derecho y monopolio del *ius puniendi* que lleva a su materialización en nuevos conceptos resarcitorios. TAMARIT SUMALLA, “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Valencia, 2006, págs. 42 a 44.

beneficiosa para la víctima, sino también para el sistema penal, que encuadra la reparación del daño producido *ex delicto* dentro del sistema que denomina “Derecho de Daños”²³⁰.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS considera que esta doble naturaleza condiciona la regulación de la reparación del daño, que es un reflejo claro del debate tradicional que ha existido en la doctrina.

Efectivamente, siempre se ha planteado la cuestión de “si existe algo propiamente penal en la obligación de reparar un daño cuando tiene su origen en un delito, o si, por el contrario, siendo de naturaleza civil e idéntica esta obligación a la prevista en el artículo 1902 del Código Civil, su previsión en el ámbito penal responde a otras razones”²³¹.

El daño penal es merecedor de pena, pero el daño civil proveniente de un acto ilícito aunque es de carácter privado, trasciende a la esfera pública por lo que concluye la autora que además de ser “compensado” debe ser “satisfecho,” por responder además a la exigencia social de su reparación para lograr la paz social²³².

La forma de articular esta satisfacción debería consistir según la autora en sustituir esta doble regulación de una misma obligación por una regulación exclusiva en un texto penal que llegue incluso a superar las “deficiencias” del sistema de exigibilidad de responsabilidad civil²³³.

En todo caso, la reparación del daño como una de las finalidades del Derecho Penal ha estado siempre presente en la regulación histórica de las pretensiones resarcitorias que éste debe satisfacer²³⁴.

²³⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño ex delicto...*, *op. cit.*, págs. 2 y 3.

²³¹ Considera esta autora que si el daño susceptible de resarcimiento es según el Código Penal “daño civil extracontractual”, la conclusión a que ha de llegarse es que la “deuda” prevista en sus Artículos 110 a 113 es la misma que la del Artículo 1902 del Código Civil, que ordena la reparación del daño extracontractual.

²³² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño...*, *op. cit.*, pág. 159.

²³³ Esta autora atribuye estas deficiencias a la desviación que ha sufrido la configuración del proceso reparador, que se ha ido desvinculando de su carácter inicial centrandose ahora toda su atención en la deuda como respuesta de la sociedad a un daño injusto, con lo cual se ha desnaturalizado dicha responsabilidad civil extracontractual. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño...*, *op. cit.*, pág. 158.

²³⁴ ROIG TORRES realiza un análisis de la historia de la reparación en nuestros Códigos Penales en la que desde el Código Penal de 1822, la responsabilidad civil se ha caracterizado siempre por su dispersión y vaguedad. Este texto legal se caracteriza por referirse a la obligación genérica de restituir lo sustraído, reparar lo dañado, resarcir daños o indemnizar perjuicios sin entrar a detallar la forma específica de reparar el daño privado.

El Código Penal de 1848 tampoco dedica un apartado específico a la reparación privada al concebir la responsabilidad como una consecuencia accesoria de la pena.

El Código Penal de 1870 sigue una línea continuista respecto del anterior Código, hasta llegar al de 1928 que inicia una nueva regulación de la reparación privada incluyendo los daños morales como objeto de indemnización.

Los siguientes Códigos Penales siguen los vaivenes políticos del momento, siguiendo las líneas ideológicas de sus correspondientes antecesores (los Códigos Penales de 1932, 1944 y 1973 reproducen en lo básico la regulación del de 1870 con algunas mejoras técnicas).

El Código Penal de 1995 a diferencia de Códigos anteriores en los que la obligación civil se concebía como unida inexorablemente a la responsabilidad penal, distingue ya entre delito y daño civil derivado de éste delimitando los correspondientes responsables de uno y otro. Así, la causa de la obligación privada (de carácter civil) no es el delito, sino el hecho material realizado por el culpable.

El movimiento favorable a la adopción de prácticas de justicia reparadora se ve reafirmado por el hecho de que la normativa internacional hace años que se ha preocupado de elaborar resoluciones impulsoras de un cambio de orientación en la concepción de la Justicia Penal²³⁵ con la implementación de programas de justicia reparadora dirigidos a fomentar la participación comunitaria en la resolución de conflictos, logrando la reparación efectiva del daño y la resocialización del infractor. Para ello se insta a los países a incorporar en sus legislaciones penales dichas pretensiones reparadoras puesto que se trata, como dice la Resolución 40/34 de Naciones Unidas de “considerar el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales”²³⁶.

Por su parte la Resolución 2005/35, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” enumera, después de proclamar el derecho a la reparación total y efectiva de la víctima, los distintos conceptos que integran su contenido: reparación de los daños sufridos, restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición²³⁷.

Por tanto sólo cuando el hecho calificado como delito origine un daño resarcible nacerá junto con la responsabilidad penal la civil derivada de ese delito. ROIG TORRES, M. *La reparación del daño...*, *op. cit.*, págs. 40 a 80.

²³⁵ BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamento, fines...*, *op. cit.*, págs. 124 y 125.

²³⁶ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, punto 9, que continúa la línea iniciada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Como parte fundamental, la Declaración ya proclamaba el derecho de las víctimas a un tratamiento adecuado estableciendo y reforzándose cuando sea necesario “mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles”, informándose a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Por otra parte es obligación de los países miembros facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas mediante la adopción de medidas como la información a las víctimas de su “papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información”, la posibilidad de permitir a las partes presentar en etapas apropiadas de las actuaciones sus preocupaciones para que sean examinadas “siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente”, la prestación de “asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial”, y la adopción de medidas “para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia” y la evitación de “demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas” (puntos 5 y 6 de la Declaración).

²³⁷ Complementan la normativa de Naciones Unidas en la materia las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por Resolución 45/110 de la Asamblea General, el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, agosto y septiembre de 1955, o la Declaración de Viena sobre delincuencia y justicia, Comisión de Naciones Unidas Congreso Quinquenal para la prevención del delito año 2000, entre otros.

En el ámbito del Consejo de Europa existe también una profusa y abundante normativa en la materia, entre la que destacan la Resolución (77) 27 de 28 de septiembre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre indemnización a víctimas del delito, el Convenio Europeo sobre indemnización a víctimas de delitos violentos hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de

La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal”, fruto del 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal supone el espaldarazo internacional a la adopción de políticas restauradoras. Definiendo la Justicia Restaurativa como “respuesta evolutiva al delito” se establecen unos principios programáticos básicos entre los que destacan el respeto a la dignidad e igualdad de todas las personas, el favorecimiento del entendimiento y promoción de la armonía social, la recuperación de las víctimas, delincuentes y comunidades, la posibilidad de los afectados por el delito de compartir sus sentimientos y expresar sus necesidades y la oportunidad de las víctimas de sentirse más seguras y cerrar una etapa y de los delincuentes de comprender mejor las causas y efectos de su comportamiento. A la vez que se afirma la compatibilidad entre estos mecanismos reparadores y los vigentes sistemas penales se afirma, dice la Resolución 2002/12, la necesidad de adoptar por los países medidas flexibles en su proceso de adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes que deberán tener en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales sin menoscabo del derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes.

En cuanto a esa compatibilidad de los mecanismos reparadores y los sistemas de justicia penal vigentes afirmada por la normativa internacional, la relación es tal y como señala TAMARIT SUMALLA de complementariedad más que de alternancia²³⁸. No podría, por otra parte, ser de otra manera, puesto que la reparación del daño en un sistema de Justicia Restaurativa no puede concebirse si no es asumiendo que ésta coadyuva a la consecución de los fines penales, que resultan respetados y a la vez potenciados en su aspecto de pacificación social, prevención general y especial, respeto a la víctima y responsabilización del victimario.

Sin embargo, a pesar de esta relación complementaria y útil entre mecanismos reparadores y Justicia Restaurativa en el marco del proceso penal vigente, la responsabilidad civil derivada del delito se puede concebir a veces como una forma de “privatización” del conflicto²³⁹. Además, la inclusión en la regulación del Derecho Penal español de pretensiones y finalidades reparadoras obedece también, como expresivamente señala LANDROVE DÍAZ a “poderosas razones de oportunidad y sobre todo, utilidad²⁴⁰”.

Esto es así porque se agranda la confusión entre las esferas pública -pena como respuesta al delito- y privada -reparación del daño como

1983, la Recomendación (87) 21 de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre prevención de la victimización, la Recomendación (85)11 de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal o la Recomendación (2006)8 de 14 de junio de 2006 sobre asistencia a víctimas de delito.

²³⁸ TAMARIT SUMALLA, “La Justicia Reparadora: ¿una justicia para las víctimas?” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, op. cit., pág. 445.

²³⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño...*, op. cit., pág. 12.

²⁴⁰ LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Valencia, 1998, pág. 181.

forma de satisfacción a la víctima y a la sociedad-, y la confusión es mayor teniendo en cuenta que el conocimiento y resolución de ambos aspectos se residencia en el Derecho Penal.

MANZANARES SAMANIEGO, por ejemplo, distingue dos aspectos positivos de la Mediación Penal como herramienta ideal para la satisfacción de pretensiones reparadoras: la reparación de los daños y perjuicios circunscrita a la responsabilidad civil y la conciliación (o reconciliación) como reconocimiento de la propia culpabilidad, que lleva al restablecimiento de la paz jurídica y social a través de prestaciones también reparadoras en favor de la víctima o de la comunidad.

En esta distinción se ve clara la confusión de aspectos públicos y privados en una misma disciplina orientada inicialmente a objetivos relacionados con el orden público y la paz social, pero que después ha experimentado una evolución que liga la pretensión reparadora al aspecto restaurativo del Derecho Penal²⁴¹. De ahí las razones de oportunidad y utilidad que subyacen en la introducción en el proceso penal de nuevos mecanismos resarcitorios que hagan evolucionar el contexto jurídico penal actual hacia posturas más avanzadas en términos reparadores.

A esta evolución del Derecho Penal moderno se une la corriente de la Victimología como forma de introducir en el proceso las pretensiones de la víctima, pero este aspecto no ha sido el único factor relevante en este proceso. Como apunta BARONA VILLAR, junto con la Victimología como elemento causal del surgimiento de la Justicia Restaurativa hay otros factores, igualmente decisivos a tener en cuenta, como el desarrollo de una cultura favorable a la resolución no jurisdiccional de conflictos y la propia crisis del modelo retributivo penal, que busca la superación de sus defectos sin rupturas entre ellos.

La Victimología ha experimentado en este sentido un significativo progreso que, en palabras de GORDILLO SANTANA, ha pasado de un “idealismo utópico” a un “realismo pragmático”²⁴².

Sería deseable una mayor repercusión legislativa de todas estas orientaciones reparadoras, aunque por otra parte son perfectamente comprensibles las reticencias a su aceptación producidas, como dice ROIG TORRES, no por dificultades de encaje o armonización teórica de la figura penal de sanción y civil de reparación del daño, sino más bien por problemas a la hora de la implementación práctica del modelo reparador en la actual justicia penal, que aconsejan adoptar posturas más conservadoras en materia de introducción de prácticas reparadoras en la justicia penal a través de la mediación²⁴³.

No falta quien plantea serias objeciones a la justicia restauradora porque ve en ella -cuando es aplicada a la violencia doméstica- una forma de degradación de la justicia, por elegir entre las diversas respuestas que puede ofrecer el Derecho Penal una que, si bien es proporcionada y

²⁴¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: «La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español». *Diario La Ley*, año XXX, no 7255/2009, pág. 2.

²⁴² GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación...op. cit.*, pág. 55.

²⁴³ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado...op. cit.*, págs. 449 a 451.

razonable, puede ser vista como excesivamente blanda o benigna. Sin embargo, LARRAURI PIJOAN²⁴⁴ considera que los reproches a la justicia restauradora tienen una relación directa con la forma de concebir su relación con el sistema jurídico-penal. Por ello, la justicia reparadora nunca debe entenderse, ni como una forma de infracción punitiva, ni como un medio de suavizar la respuesta penal punitiva, sino como el medio para conseguir los objetivos de la justicia reparadora: retribución, reparación y rehabilitación.

A continuación nos dedicaremos al estudio de las pretensiones reparadoras que se recogen en nuestro Código Penal y analizaremos si las mismas constituyen una manifestación de la Justicia retributiva donde la mediación pudiera intervenir para materializarla y potenciarla.

9.2. CONTENIDO DE LAS PRETENSIONES REPARADORAS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

El artículo 110 del Código Penal se refiere a la restitución, la reparación del daño y la indemnización como posibles contenidos de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito según el artículo 109 del Código Penal. Además en el artículo 21.5 se regula como atenuante genérica de la responsabilidad criminal que el culpable haya reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado sus efectos.

Existen diferencias sustanciales entre estos preceptos, puesto que como aprecia DOMINGO DE LA FUENTE, mientras que de los artículos reguladores de la responsabilidad civil derivada del delito se deduce su perspectiva y contenido eminentemente civilista, el artículo 21.5 presenta una clara significación aperturista hacia concepciones más modernas de la pretensión reparadora penal²⁴⁵.

De esta forma se admite en nuestra legislación un concepto de reparación no meramente pecuniario o económico sino ampliado con un contenido moral y psicológico. Esto lleva a admitir la reparación simbólica, las reparaciones parciales o las reparaciones basadas en la exigencia de una actividad del sujeto infractor relacionada normalmente con el delito y cuyo beneficiario puede ser la víctima o la sociedad.

²⁴⁴ También es posible, según la autora, salvar los inconvenientes relativos a la revictimación de la víctima a través de la mediación. El hecho de que el sometimiento a mediación sea voluntario, y de que los profesionales que intervienen en la misma tengan formación especializada hacen que queden salvaguardados los intereses de la víctima. De la misma manera, la aparente contradicción entre la indisponibilidad de la pena y la posibilidad de que, a través de mediación pueda valorarse y elegir la pena más adecuada al fin pretendido debe ceder, si consideramos que la mayor parte de las veces, en materia de violencia doméstica la mujer no tiene la iniciativa de elegir, ni la pena a imponer, ni la posibilidad de retirar la denuncia o renunciar a medidas cautelares, ni siquiera la iniciación del proceso penal. Por todo ello, concluye la autora, las diferencias entre justicia restaurativa y procesos por violencia de género son de grado, de manera que la comparación no es, ni mucho menos, “una contienda entre blanco y negro” LARRAURI PIJOÁN, E., “Justicia restauradora y violencia doméstica” en ASÚA BATARRITA A., y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema...*, *op. cit.*, págs. 131 a 134.

²⁴⁵ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia restaurativa y mediación penal: de la teoría a la práctica”, *Revista de Derecho Penal Lex Nova*, núm. 23/2008, Enero de 2008, pág.13.

MANZANARES SAMANIEGO recuerda que el contenido reparador del artículo 21.5 del Código Penal excluye cualquier reparación simbólica, pero quiere ver en esa figura un equivalente a la renuncia de la víctima al ejercicio de sus acciones para exigir la responsabilidad civil derivada del delito, por lo que se podría considerar tal conducta como una forma equivalente de reparación²⁴⁶. En este sentido sí que sería aceptable el simbolismo en la reparación, aunque no estaríamos técnicamente ante una manifestación de la Justicia Restaurativa, sino ante una decisión relativa a la exigencia de responsabilidad civil derivada del delito encuadrable en el artículo 109.2 del Código Penal.

Creemos sin embargo que la admisión de una reparación simbólica -petición de disculpas es el ejemplo más ilustrativo- como forma reparadora de la situación dañada no es lo mismo que la renuncia al ejercicio de la acción civil derivada del delito como ejercicio de la acción en el proceso penal.

En las dos subyace, es cierto, el componente personal de disposición del proceso y del papel que en él representan las partes, pero en la renuncia a la acción civil se presupone la continuación del proceso para la exigencia de responsabilidad penal sin pronunciamientos reparadores o resarcitorios.

La responsabilidad por las consecuencias del delito y la *restitutio in integrum*, entendida no en el sentido económico, sino de restablecimiento de la situación anterior, ha experimentado una importante evolución hacia posiciones más avanzadas, corregidas y ampliadas respecto del concepto tradicional reparador. De hecho, la jurisprudencia se ha encargado de definir y enumerar los elementos que integran el posible contenido de la reparación penal admitiendo posibilidades alejadas del contenido material e indemnizatorio señalado en el Código Penal.

Siguiendo la sistematización que efectúa DOMINGO DE LA FUENTE, estos elementos serían:²⁴⁷

- La reparación ha de ser efectiva.
- Es independiente incluso de la aceptación de la víctima y el perjudicado.
- Cabe la reparación parcial adecuada a la capacidad reparadora del sujeto.
- No es necesario que sea integral, pero sí que sea sustancial o relevante.
- Puede ser simbólica. El ejemplo clásico es el de la petición de perdón, aceptada como “reparación”.
- No se identifica totalmente con el contenido civil de reparación.
- Debe solicitarse expresamente su aplicación.
- No sólo se permite su aplicación a delitos de resultado, sino también a los de simple actividad.

²⁴⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación*, op. cit., págs. 87 y 88.

²⁴⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia restaurativa y mediación penal”, *Lex Nova*, núm 23/2008, págs. 29 y ss. <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>

- Los baremos de referencia a la hora de estimarla o desestimarla han de ser: las condiciones del culpable y la gravedad de su conducta.
- Es indiferente la motivación del sujeto, pudiendo ser simplemente la obtención de ventajas penológicas.
- Tiene una clara finalidad de revalorizar el papel de la víctima en el proceso penal.
- Puede ser aplicada como atenuante muy cualificada.
- Es compatible con la atenuante de confesar la infracción a la autoridad del artículo 21.4 del Código Penal.
- Debe ser aplicada con generosidad y gradualidad.
- Debe ser realizada por el autor de la infracción²⁴⁸.

La primera de las actividades que integran la responsabilidad civil derivada del delito es la restitución de la cosa.

El concepto jurídico de “restitución de la cosa” no se identifica con el concepto común, puesto que la restitución procesal es una forma de recuperación de la situación jurídica anterior al delito. Esto no siempre significa la devolución del bien o la reintegración a su legítimo poseedor sino también cualquier otra conducta relacionada con la recuperación de la posición jurídica anterior.

Como apunta ROIG TORRES, calificar o no la restitución de “resarcimiento” dependerá de la amplitud del sentido jurídico que queramos dar a este término. Si resarcir significa reparar el daño material, entonces la restitución -junto con la indemnización- y el resarcimiento pueden coincidir en su acepción. Si por restitución entendemos la recuperación de la situación jurídica anterior al delito, entonces el concepto de restitución se integra en el más amplio y complejo de reparación.

De todos modos y partiendo de la premisa de que la restitución supone este restablecimiento, la autora concluye que el significado de “resarcimiento” más conforme con nuestra tradición jurídica es el que reserva este término a modalidades de reparación de tipo económico.

La conclusión de este razonamiento es que hace ya tiempo que se ha superado el carácter esencialmente pecuniario de la reparación del daño -e indemnización de perjuicios- para pasar a designar obligaciones de dar, hacer o no hacer y lesiones tanto de tipo material como moral²⁴⁹.

²⁴⁸ Respecto al Derecho Penal basado en un modelo restaurativo, ver la clasificación que de los “Principios Extrasistémicos del Derecho Penal Mínimo” propuestos por ALESSANDRO BARATTA para un sistema de Justicia Penal Retributiva hacen AVENDAÑO, MORALES, GARCÍA Y PÁRRAGA.

Distinguen los autores entre los principios extrasistémicos de descriminalización (principio de la no intervención útil, principio de la privatización de los conflictos, principio de politización de los conflictos, principio de preservación de las garantías formales) y los principios metodológicos de la construcción alternativa de conflictos (principio de la sustracción metodológica, de los conceptos de criminalidad y pena, de especificación de los conflictos y de los problemas, principio general de prevención, principio de articulación autónoma de los conflictos y las necesidades reales). AVENDAÑO, L. M., MORALES J., GARCÍA, A. y PÁRRAGA, J.E., “Lineamientos para una Justicia Penal Alternativa a partir de los principios extrasistémicos de un Derecho Penal mínimo”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 37, Nº 3, Julio-Septiembre 2009, 53-78, ISSN 0798-9598, págs. 60 a 62.

²⁴⁹ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, *op. cit.*, págs. 157, 158, 163, 210 y 211.

Aun así, la indefinición terminológica también está muy presente en el concepto de estas dos figuras por un lado y en la diferenciación entre ambas por otro.

Existen dos posibles interpretaciones sobre el alcance de estas modalidades de responsabilidad: la que identifica la reparación de daños como obligación específica y la indemnización como compensación económica -diferenciándose únicamente en la forma de realizar la prestación- o la que considera que el término reparación está siendo utilizado de forma genérica, de manera que la indemnización sería considerada la especie de carácter pecuniario del género reparación.

ROIG TORRES²⁵⁰ considera que la indemnización no puede ser considerada modalidad de satisfacción de la responsabilidad civil distinta a la reparación, sino que es ésta la que, cuando es de carácter pecuniario es sinónimo de indemnización.

Así parece deducirse de la regulación sistemática del Código Civil y de la caracterización de la indemnización como una de las modalidades de reparación.

Efectivamente, como opina esta autora “el texto legal sigue diferenciando, dentro de la reparación pecuniaria, la que tiene por objeto una cosa corpórea, reparación, de la referida a cualquier otro tipo de perjuicios, indemnización,” dualidad producto de la herencia de regulaciones anteriores que debería ser revisada por el legislador.

En cuanto al contenido concreto de lo que puede constituir la reparación del daño, vendrá dado por la propia dimensión del bien jurídico lesionado por el delito.

El abanico de posibilidades de las conductas reparadoras se corresponde con las más variadas e imaginativas actividades o prestaciones: desde la clásica petición de disculpas formales o la sumisión a tratamiento terapéutico, hasta el pago de determinada cantidad en concepto de indemnización a la víctima, la renuncia al ejercicio de acciones civiles, el firme compromiso de no reincidir en la conducta lesiva, el cumplimiento de las medidas cautelares u órdenes de alejamiento dictadas por el órgano judicial, la devolución del objeto sustraído, donativos a ONG, arreglo de daños y desperfectos causados...Son innumerables las fórmulas reparadoras en adecuada adaptación al daño causado y a la repercusión que en la víctima tuvo éste.

En cualquier caso, la diversidad de conductas integrantes del contenido reparador del daño permite dotar al sistema de una flexibilidad y adecuación a las circunstancias del caso dirigida a favorecer el contenido del proceso de mediación.

²⁵⁰ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, op. cit., págs. 211, 212, 221,222 y 270.

9.3. LA MEDIACIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

La mediación penal como instrumento restaurativo por excelencia no persigue una finalidad única, sino múltiple, contemplando tanto objetivos generales relativos a la mejora de la justicia y a la eficacia de la respuesta penal, como a la responsabilización de la sociedad y sus individuos por su implicación en la resolución de las controversias y conflictos.

Además de esos objetivos genéricos, de la mediación se predicen objetivos más individualizados referidos a los sujetos del proceso. En concreto y refiriéndonos al responsable de la infracción criminal, la mediación ofrece importantes perspectivas en el desarrollo del proceso, y en la ejecución penal y penitenciaria.

La mediación se presenta como un importante medio de recuperar socialmente al infractor mediante la interiorización de las consecuencias y repercusiones del hecho delictivo cometido y su responsabilización por éste aceptando las consecuencias legales y penales del hecho.

También desde la perspectiva de la ejecución penal ofrece importantes ventajas en orden a la atenuación de la pena, la sustitución de la pena de prisión por otra pena alternativa más efectiva o la suspensión de la misma condicionada al cumplimiento de determinadas condiciones.

En el ámbito penitenciario también se puede hablar de los beneficios de la mediación “responsabilizadora por el hecho delictivo” en orden a la apreciación y valoración de aspectos relativos a la concesión de beneficios penitenciarios²⁵¹.

Desde el punto de vista de la víctima, la mediación ofrece también importantes novedades en lo referente a la reparación del daño causado a la misma.

Las consecuencias indeseables que el delito produce en la víctima no son sólo físicas, sino que tienen un importante componente psicológico, por lo que al daño o pérdida física o material que se haya podido producir por un delito contra la propiedad, la integridad física o la libertad -por poner sólo tres ejemplos de bienes jurídicos tangibles y susceptibles de ser menoscabados por el delito-, debe unirse el sufrimiento psicológico, la inseguridad y el miedo que producen tales delitos.

De esta manera, la restauración y el retorno a la situación anterior para la víctima no sólo exige la reparación física del daño, sino también la reparación de los daños psicológicos causados por el delito, cuestión ésta muy difícil y a veces imposible dado el nivel de sufrimiento y victimización padecido. Se trata, por tanto, de una cuestión que introduce en el

²⁵¹ Véase a este respecto la enumeración elaborada por RÍOS MARTÍN en el capítulo “Repercusiones penales de la mediación”, en RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., y BIBIANO GUILLÉN, A., *La mediación penal y penitenciaria...*, op. cit., págs. 42 a 44.

concepto jurídico de reparación del daño matices psicológicos, sociológicos e incluso antropológicos²⁵².

GORDILLO SANTANA define perfectamente el contenido reparador de la Justicia Restaurativa cuando dice que la mediación es el medio para lograr la reparación, pero “no en el sentido de cubrir las expectativas del Derecho penal respecto a la responsabilidad civil causada a la víctima, sino desde el punto de vista de la reestructuración de las relaciones entre las partes como consecuencia del proceso de pacificación social, que bien puede lograr la conciliación del autor-víctima, o/y sobre la base de la reparación de aspectos inmateriales, de meras disculpas o de trabajos en beneficio de la comunidad, por ejemplo.”

La mediación prioriza el aspecto reparador como base fundamental para conseguir el objetivo último de restablecimiento y reestructuración de las relaciones sociales dañadas por el delito²⁵³. Opina ROMERA ANTÓN que este paradigma restaurativo supone una nueva contextualización de los hechos calificados como delitos, así como de la reconciliación víctima y victimario, de manera que se traslada la responsabilidad por el hecho delictivo que ahora va a ser tanto del victimario como de la víctima y la comunidad. Toda esta nueva concepción de la justicia restaurativa es el resultado de una nueva sociedad que cada día adquiere mayor grado de complejidad, exigiendo métodos de resolución de conflictos acordes con dicho progreso²⁵⁴.

Por ello es básica la delimitación conceptual actual de la Justicia Restaurativa como paso previo a la consideración de la mediación penal como una de sus manifestaciones con mayor potencial y posibilidades de inclusión en nuestro sistema jurídico-procesal.

Las características básicas del proceso reparador serían, según TAMARIT SUMALLA” a) el protagonismo y la participación de las partes en la expresión de sus necesidades y la adopción de compromisos; b) la facilitación de un diálogo ordenado pero con contenido emocional; c) la aspiración a hallar una solución asumida por todas las partes en la que se establezcan las condiciones de la situación que debe suceder al conflicto”²⁵⁵.

²⁵²RÍOS MARTÍN considera que debe separarse conceptualmente la personalidad de cada sujeto y su comportamiento, de forma que los actos de una persona sean el reflejo de su historia vital, pero no definitorios de su carácter, por graves que sean.

De ser así, se estaría contribuyendo a reducir la riqueza humana y la capacidad de mejorar de las personas por la imposibilidad de aceptar el cambio personal y la reeducación positiva como parte de las vivencias y evolución de cualquier ser humano. RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., y BIBIANO GUILLÉN, A., *La mediación penal y penitenciaria...*, op. cit., pág. 34.

²⁵³ GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa...*, op. cit., pág. 348.

²⁵⁴ ROMERA ANTÓN en su ponencia “Conferencias comunitarias y justicia restaurativa”, a propósito del análisis de los modelos neozelandés y australiano de “conferencias comunitarias” o “conferencias de grupos familiares” y de las “sentencias circulares” de Canadá como paradigmas de la nueva filosofía de justicia “penal” que se engloban dentro de la Justicia Restaurativa, en PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., RÍOS MARTÍN, J. C., y VVAA, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, 2007, pág.204.

²⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, JOSÉ M., “La Justicia Reparadora: ¿Una justicia para las víctimas?” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M., y VVAA, *Manual de Victimología...*, .op. cit., pág. 440.

BARONA VILAR confecciona un catálogo de claves básicas para la incorporación en nuestro país de las ideas de la Justicia Restaurativa. Dice esta autora que la incorporación de elementos reparatorios en la Justicia Restaurativa permite introducir elementos dinámicos, frente a la aplicación estática de la ley, que contribuyen a pacificar las relaciones sociales mediante la atención a las dos partes de la relación jurídico-penal, víctima e infractor, debiendo tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- El primer dato a considerar se refiere al hecho frecuentemente olvidado de que el delito supone una ofensa a la víctima y no sólo una ofensa a la sociedad.
- En segundo lugar la respuesta penal no se agota, o no debería hacerlo, en la simple retribución del hecho delictivo, sino que en esta ecuación deben tenerse en cuenta otras variables como el arrepentimiento, la compensación a la víctima, la petición de perdón o las penas alternativas a la prisión con contenido resocializador para el infractor. Esto no quiere decir que se deba eliminar el elemento punitivo y sancionador implícito en el Derecho Penal, sino que es posible matizar el mismo introduciendo otros conceptos restaurativos que coexistirán con los elementos retributivos.
- El contenido restaurativo del Derecho Penal viene a dar respuesta no sólo a la víctima primaria del delito, sino también a otras víctimas indirectamente afectadas, víctimas secundarias, y a la sociedad como colectivo abstracto perjudicado por el delito.
- La incorporación de la víctima a la concepción restaurativa del Derecho Penal implica humanizar en cierta medida a la otra parte de la relación jurídico-criminal mediante su responsabilización por los hechos y su efectiva resocialización.
- En quinto lugar, la Justicia Restaurativa permite una respuesta rápida y ágil del Derecho Penal, dirigida a la recomposición de las relaciones sociales y cuya respuesta ha de ponderar la debida satisfacción a las víctimas y el “*grado de coercibilidad y exigencia*” que ha de tenerse con el autor del hecho delictivo. Han de tenerse en cuenta los costes de las tareas reparadoras y restauradoras previo análisis de las herramientas con que se cuenta y de los objetivos a alcanzar. Este análisis lleva a la autora a afirmar que “lo caro sale barato” porque se pueden producir consecuencias colaterales beneficiosas para el sistema penal como la disminución o abreviación de procesos con el consiguiente aligeramiento que esta carga supone para el Estado.
- Por último es necesario clarificar la cuestión terminológica, muy variable dependiendo del país que trate la cuestión. Existe un consenso generalizado en que hablar de Justicia Restaurativa es hacerlo de una superación de la vertiente simplemente retributiva del Derecho Penal, pero también hay que decir que en muchos países se cuestiona la

identificación entre Justicia Restaurativa y mediación penal o reparación del daño, por lo que es necesario un gran rigor en el análisis tanto de conceptos, como de objetivos y herramientas para su consecución²⁵⁶.

Considera SÁEZ VALCÁRCEL que parece fuera de discusión el cambio de perspectiva que dentro de la Justicia Restaurativa ofrece la mediación, porque supone una manera eficaz de gestionar el conflicto al condensar en este proceso los fines propios de cualquier intervención para su resolución: compensación del daño, restitución de la paz, neutralización de los efectos morales del hecho o asunción de responsabilidades entre otros²⁵⁷.

En este sentido son plenamente asumibles las conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal celebrado en Burgos en 2010, de las cuales reproducimos por su interés la conclusión 7ª, que incide en el aspecto trascendente de la Justicia Restaurativa como medio de una sociedad madura de resolver los conflictos delictivos de manera reparadora y transformadora de la realidad:

“7. Aunque se comenzó aplicando la Justicia Restaurativa como una reacción al acto delictivo se debería aplicar el concepto en todos los ámbitos de la vida, actuando también de forma preventiva. Esto contribuye a crear capital social y fortalecer las comunidades ya que supone una forma diferente de relacionarnos.

²⁵⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación Penal...*, op. cit., págs. 138 a 144.

A continuación la autora analiza los diferentes cauces o vías instrumentales de la Justicia Restaurativa, imperantes sobre todo en la tradición anglosajona, y que podrían tener fácil acomodo en nuestro sistema jurídico-penal.

Destacan entre ellos el *face-to-face conferences of victims, offenders and stakeholders* como la manifestación más clara de la Justicia Restaurativa, materializada en una especie de contrato que refleja el acuerdo a que llegan las partes tras analizar en la propuesta de conferencia las posibles consecuencias pasadas y presentes del delito y las implicaciones futuras que pudiera tener.

Mediante el *face-to-face mediation o victim-offender mediation* se establece una mediación entre víctima y ofensor con la intervención de un mediador no Juez y bajo el presupuesto de un sometimiento voluntario. Se trata de la forma más habitual en la mayor parte de los sistemas jurídicos anglosajones de incluir prácticas restaurativas en el sistema penal.

Shuttle communication o shuttle diplomacy mediation. En este proceso comunicativo está ausente el element del *face-to-face*, de manera que la comunicación entre víctima y ofensor se hace a través del teléfono, correo electrónico, etc. con la intervención de un tercero mediador o facilitador.

Victim-absent discussions with ofender and supporters about crime o ofender-absent o discussions with victima and supporters about crime. Se trata de dos variantes del mismo proceso en las que la comunicación es bilateral entre un facilitador con el ofensor (estando la víctima ausente) o entre un facilitador con la víctima (en ausencia del ofensor). Se trata con ello de evitar la confrontación directa entre ambas partes facilitando así la comunicación tranquila y sin victimización.

Sentencing circles led by a judge. Es el Juez en estos casos quien dirige las conversaciones.

Cout-ordered restitution. En esta modalidad puede intervenir un tercero mediador o facilitador con un papel más o menos protagonista en la dirección de las discusiones que colaboran en la búsqueda de una solución reparadora satisfactoria para todas las partes.

BARONA VILAR, S., *Mediación Penal...*, op. cit., págs. 144 a 149.

²⁵⁷ SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia” en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos...*, op. cit., págs. 77 a 85.

Según Martín Wright una manera de permitir a todos los interesados acordar juntos la manera de cómo actuar en el futuro dando paso a las necesidades de cada uno.

Y la Justicia Restaurativa es la aplicación de las prácticas restaurativas para rectificar o reparar los daños causados entre sí especialmente cuando la acción dañosa es contraria a la ley. Hoy en día, la Justicia Restaurativa es algo más, una filosofía que apunta a la sabiduría de saber buscar la solución a los conflictos naturales de la vida cotidiana mediante el lenguaje como instrumento esencial. Justicia Restaurativa no es sólo un encuentro restaurativo víctima-infractor, sino que se define en términos de diálogo, participación en la transformación de las relaciones de los miembros de la sociedad. La Justicia Restaurativa tiene como valores fundamentales la responsabilidad y el diálogo. Como cultura, educa: previniendo las conductas violentas y los hechos delictivos y a la vez cambia las mentalidades punitivas, el concepto de “víctima pasiva” y el de infractor “sin posibilidad de redimir sus actos delictivos”²⁵⁸.

Para una adecuada integración de la mediación en los procesos penales es necesario el estudio detenido de los distintos modelos o posibilidades a seguir, tema al que nos dedicaremos a continuación.

ROIG TORRES sistematiza las formas de incluir la reparación del daño en el proceso penal, distinguiendo entre:

- Sistemas penales con procedimiento de mediación de carácter preventivo en determinados delitos, excluyendo el castigo si hay reparación.
- Reconocimiento legal de efectos atenuantes o eximentes a la reparación en determinadas infracciones.
- Atribución al Tribunal o al Fiscal de la facultad de derivar a las partes a un procedimiento de mediación y de determinar los efectos que el acuerdo deba desempeñar respecto al devenir del proceso y a la aplicación de la pena²⁵⁹.

Respecto del primer sistema, mediación preventiva en determinados delitos, esta autora rechaza abiertamente la mediación extrajudicial por encerrar el peligro de que la víctima pueda ser perjudicada al aceptar una reparación parcial o simbólica, para el infractor por poder aceptar un resarcimiento de daños no acreditados o superiores al daño real causado para evitar el proceso y para el sistema penal porque se anulan los efectos de prevención que le son inherentes²⁶⁰.

Efectivamente, una mediación de carácter preventivo y por tanto iniciada con carácter previo al proceso judicial resulta de difícil encaje teórico y práctico en nuestro ordenamiento jurídico-procesal si el

²⁵⁸ Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos, 4 y 5 de marzo de 2010). En <http://www.justiciarestaurativa.org/articulos> se pueden consultar las conclusiones en su integridad.

²⁵⁹ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, *op. cit.*, pág. 477.

²⁶⁰ *Ibidem*.

resultado de la misma no es la evitación del pleito porque encierra, como ve la autora, evidentes peligros en cuanto a las consecuencias que tendría para las partes en el proceso, pero además supone como corolario a ello que el sistema jurídico-penal quede desvirtuado al deformarse los principios que lo sustentan, convirtiéndolo en mero instrumento de satisfacción de pretensiones legítimas, pero alejadas de los fines que le son propios.

En cuanto al segundo sistema, atenuación de la pena como efecto asociado por ley a la reparación o al acuerdo de conciliación en determinadas infracciones, ésta sería la única fórmula admisible para la autora²⁶¹. Nuestro Código Penal la admite en el artículo 21.5, cuyo fundamento está en la necesidad de atender a la víctima al mismo tiempo que se favorece la resocialización del victimario y se restaura el orden social en interés de toda la comunidad.

Por lo que respecta al tercero, derivación de las partes a mediación por parte del órgano judicial, se pueden distinguir distintas opciones en la forma de plasmar el contenido reparador en el acuerdo que ponga fin al proceso: la reparación del daño como pena, como un nuevo fin de la sanción penal y como tercera vía de sanción diferente a la pena y a la medida de seguridad.

La conceptualización de la reparación del daño desde una perspectiva penológica no deja de ofrecer problemas estructurales, debido a la dificultad teórica para identificar la reparación del daño con una pena concebida como sanción dirigida al restablecimiento del orden jurídico vulnerado.

Como apunta la autora citada, si en determinados tipos delictivos no resulta indispensable la sanción penal deberá optarse por la despenalización porque la reparación no cumple los fines de la pena, pero algunos autores la denominan “pena reparadora” refiriéndose, por ejemplo a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuyo contenido sí es fundamentalmente reparador²⁶².

La concepción de la reparación del daño como nuevo fin de la sanción penal quizás sí se aproxime más al contenido finalista de la reparación del daño y también a la nueva concepción de la sanción penal con aspiraciones restaurativas.

En cualquier caso, las opciones o interpretaciones encaminadas a la formación de un nuevo concepto de reparación integrado en el sistema punitivo actual necesitan encontrar fórmulas que minimicen los inconvenientes de la Justicia Penal: justicia lenta, cara, desigual o ineficaz.

²⁶¹ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, *op. cit.*, pág. 485, 489y ss.

²⁶² Evidentemente en la naturaleza de la Pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad está presente, más que en ninguna otra pena la dimensión reparadora propia de una Justicia Restaurativa que dirige sus esfuerzos al hecho de que si no es posible que la víctima reciba directamente la compensación del daño, sea la Comunidad la que lo obtenga. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa,” en *Panorama actual y perspectivas...*, *op. cit.*, pág. 254.

En este escenario surge el principio de oportunidad como cauce idóneo para paliar en cierta medida la actual situación de crisis del modelo penal. Se trata de encontrar la ecuación perfecta entre la obligatoria persecución del delito mediante el ejercicio de la acción penal y la búsqueda de fórmulas de flexibilización y adecuación al objetivo de una justicia con un contenido más restaurativo.

Por lo que se refiere a lo primero, actualmente todos o casi todos los sistemas contemplan fórmulas de relativización de las penas informadas por el principio de oportunidad. Se trata de medidas dirigidas a una reorientación o reinterpretación de la obligación de los poderes públicos de ejercitar la acción penal separándose de la estricta observancia del principio de legalidad buscando cauces de reparación y socialización más flexibles.

Se podría argumentar que es una contradicción que los órganos penales, máximos representantes del principio de legalidad puedan exceptuar o relativizar las manifestaciones de este principio basándose en criterios de oportunidad. RODRÍGUEZ GARCÍA y CONTRERAS ALFARO consideran que la explicación se encuentra en el elemento intrínseco de cada ámbito, el de la legalidad se mueve en el del proceso jurisdiccional, el de oportunidad en el mundo de las consideraciones político-criminales (escasa reprochabilidad del hecho enjuiciado, objetivo de prevención general y especial, suficiencia de la reparación del daño para ver cumplida la reparación victimal, etc.). Esto hace que en determinadas ocasiones sea acertado no iniciar el proceso, suspender la aplicación de la pena, reducirla o poner fin al proceso ya iniciado sustituyéndolo por vías alternativas²⁶³.

Encontrándonos como estamos ante consideraciones dirigidas a la consecución de fines de Derecho Penal, debe ser el poder político quien defina y articule dicho principio orientado a la consecución de los fines establecidos: intervención mínima, pronta y efectiva reparación de la víctima, evitación de los efectos perniciosos de las penas privativas de libertad cortas, rehabilitación del delincuente, discriminación en el tratamiento de la criminalidad grave y la pequeña criminalidad y tantos otros.

En este punto hace su entrada la mediación como una de las opciones político-criminales más innovadoras que en materia de Derecho reparador se han formulado en los últimos años. Estrechamente vinculada con el principio de oportunidad, la mediación aparece como una forma adecuada de articular la forma de compensación entre ofensor y víctima en aquellos casos en que resulte útil la renuncia a la sanción penal o cualesquiera otros beneficios penológicos o penitenciarios.

En este sentido acertadamente observa ROIG TORRES que la entrada de vías alternativas como la mediación como manifestaciones del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento ha de hacerse permitiendo el control judicial y las garantías inherentes al proceso penal.

²⁶³ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y CONTRERAS ALFARO, L.H., "Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito penal?: el principio de oportunidad" en VELARDE ARAMAYO, M. S.(Coord.) *Introducción al Derecho del Arbitraje...*, op. cit., págs. 173 a 176.

Nunca ha de hacerse enfocando estas propuestas desde la perspectiva de la supresión del proceso o de la sanción penal o su sustitución por propuestas de reparación del daño que omitan la reacción punitiva penal. Más bien debe hacerse desde el punto de vista del recurso a la mediación como forma de facilitar el resarcimiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito²⁶⁴.

Conectando la mediación con una de las materializaciones que en nuestro proceso penal tiene el principio de oportunidad, el instituto de la conformidad, GARCÍA TORRES apunta que la posibilidad del acuerdo alcanzado entre la víctima y el agresor en proceso de mediación es complementaria de la conformidad.

La autora habla de una combinación entre mediación y conformidad, puesto que además del reconocimiento de los hechos, la calificación de los mismos y la pena a imponer se añade un compromiso por parte del agresor de reparar el daño causado, lo cual viene a ser algo más que una responsabilidad civil *ex delicto* en sentido estricto²⁶⁵.

En cuanto a ejecución de la pena también es posible en este ámbito abrir camino a pretensiones reparadoras que favorezcan la concesión de beneficios a la hora de fijar la pena.

La posibilidad de condicionar la suspensión de la pena a la satisfacción de la responsabilidad civil -artículos 80 y siguientes del Código Civil- es adecuada, según VILLACAMPA ESTIARTE²⁶⁶, para dar entrada a aspectos de carácter reparador. Sin embargo, se debe hacer referencia también a la reparación de la víctima en sentido amplio -que permita la inclusión de la reparación simbólica e indirecta-, por considerar que reducir el mero pago de la indemnización a condición única para decretar la suspensión de la pena supone excluir otras actividades reparadoras que “igualmente deberían resultar merecedoras de semejante acuerdo”.

En cualquier caso debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la actividad reparadora no permite prescindir del cumplimiento de los requisitos del artículo 81 -condiciones para dejar en suspenso la pena-, y que en este último supuesto está presente una finalidad más rehabilitadora que reparadora.

Por otra parte, y según SUBIJANA ZUNZUNEGUI al reafirmar el contenido rehabilitador de la suspensión, el Juez tiene a su disposición un conjunto de herramientas jurídicas dirigidas a evitar la producción de

²⁶⁴ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, *op. cit.*, págs. 579 y 580.

²⁶⁵ GARCÍA TORRES, M. L., “La Mediación. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares”, *La Ley Penal*, n° 73, Sección Estudios, Julio 2010, *La Ley*, 5942/2010, pág. 3.

²⁶⁶ Llama la atención esta autora sobre el hecho de que también se exija la pretensión reparadora en el caso de haber cometido el hecho delictivo a causa de la dependencia del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (artículo 87 CP), lo cual evidencia una “clara vocación reparatoria del instituto.” VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La Víctima en el sistema de Justicia Penal II” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., AMARIT SUMALLA, J.M., y VVVAA, *Manual de Victimología...*, *op. cit.*, págs. 367 a 369.

nuevas situaciones victimizantes. Son las reglas de los artículos 83 y 87 CP²⁶⁷.

Junto a ellas también se puede hablar de la sustitución de la pena y de la posibilidad de extinción de la responsabilidad criminal por el perdón del ofendido del artículo 130.5 CP²⁶⁸, como distintas alternativas a la judicialización del conflicto. Como se ve, es incesante la búsqueda de mecanismos dirigidos a suavizar y minimizar el impacto penológico en el infractor, al mismo tiempo que se procura su resocialización en el avance de nuestro Derecho Penal hacia propuestas restaurativas eficaces.

Se puede por tanto concluir diciendo que quizás en ningún ámbito como en el del Derecho Penal y el proceso penal late de forma más evidente la necesidad de cambiar las tradicionales estructuras vigentes por nuevas fórmulas en las que a través de la mediación se puedan conseguir objetivos reparadores y socializadores en consonancia con nuestros principios jurídico-procesales, como una manifestación más del principio de oportunidad reglada, respetuoso con los principios de intervención mínima, efectiva reparación del daño, evitación de los efectos perniciosos de las penas privativas de libertad, y distinción entre delitos graves y pequeña criminalidad, entre otros.

²⁶⁷ SUBIJANA ZUNZUNEGUI las clasifica en “reglas de conducta que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir, reglas que persiguen garantizar un contacto del penado con las instituciones, reglas que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales y reglas que pretenden neutralizar el factor criminógeno”. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, La justicia restaurativa” en *Panorama actual y perspectivas...*, *op. cit.*, pág.259.

²⁶⁸ Podemos encontrar en nuestro Código Penal manifestaciones del principio reparador, tanto en la Parte General (atenuante genérica del artículo 21.4, ejecución de las penas, indulto, cancelación de antecedentes penales, perdón del ofendido) como en la Parte Especial (atenuantes específicas). Ver MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La Mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario La Ley*, págs. 2 a 4.

10. ESTUDIO DE LA VÍCTIMA Y LA VICTIMOLOGÍA COMO BASE TEÓRICA DE LA MEDIACIÓN PENAL

10.1. CONCEPTOS BÁSICOS DE VICTIMOLOGÍA

El concepto de víctima en la teoría jurídica del delito no está exento de distintas interpretaciones fruto de la evolución dogmática de su concepción dentro del proceso y de la ciencia penal y victimológica debido a que se trata de un concepto que ha de cubrir distintas realidades y abarcar significados que exceden del meramente procesal para entrar en el campo de lo psicológico o sociológico. Además, el grado de atención que la víctima ha merecido en las etapas de desarrollo de la cultura jurídico-penal refleja un concepto de víctima variable producto de esa evolución histórica.

En lo que se refiere a la fijación del estatuto jurídico de la víctima, la Resolución 40/34 de 29 de Noviembre de 1985 de Naciones Unidas, considerada paradigmática por la doctrina, la definió diciendo que “se entenderá por víctimas a las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

Podrá considerarse a una persona víctima con arreglo a la presente declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

En la expresión *víctima* se incluyen además en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños, al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”²⁶⁹.

Por su parte, la fundamental Decisión Marco de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal define lo que debe entenderse por víctima en el artículo 1.a) “Víctima: ”la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”²⁷⁰. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la

²⁶⁹ Concepto elaborado durante el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente celebrado en Milán en 1985.

Esta Resolución se refiere a los derechos de asistencia y trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia como derechos fundamentales de la víctima a tener en cuenta por los Estados a la hora de regular un Estatuto de la Víctima conforme con los postulados de respeto, protección y salvaguarda de sus intereses.

<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/40/list40.htm>

²⁷⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>

protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo²⁷¹ repite esta definición, pero incluye dentro del concepto de víctima a los “los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

El Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito de 1 de agosto de 2014²⁷² define a la víctima dentro de una concepción subjetiva y general referida tanto a víctimas directas como a indirectas y parientes, aludiendo a una amplio catálogo de derechos -protección, apoyo, información, asistencia y atención- entre los que destacan importantes aspectos psicológicos como el derecho a “entender y ser entendida” reconocido en el artículo 4.a, que parece entrar de lleno en la comprensión del proceso que se desarrolla ante ella, pero también en la obligación de recibir asistencia y apoyo y de estar acompañada recibiendo el apoyo psicológico necesario.

La Fundación Instituto de Victimología considera con un sentido más amplio que víctima es “toda persona afectada por un acontecimiento traumático, entendiéndose por ello: accidentes, desastres naturales y agresiones deliberadas entre personas. Las agresiones pueden ser agudas o crónicas, físicas o psicológicas.

Este concepto amplio de víctima se encuentra al margen de lo que establezca la legislación positiva de un país o de una cultura concreta y se sustenta en la idea general del respeto y la dignidad de la persona²⁷³.

Como se ve, tanto la doctrina como la normativa supranacional y nacional acogen el concepto de víctima en su definición más amplia, intentando adaptarla a las nuevas corrientes dogmáticas en orden a su tratamiento jurídico-penal, pero en cualquier caso las víctimas, como dice la Asociación Vasca de Criminología, “son incómodas para la gente porque recuerdan la fragilidad del ser humano y exponen en toda su crudeza los límites de la crueldad humana”²⁷⁴.

Desde el punto de vista de la legislación positiva se suele contemplar la figura de la víctima desde un doble aspecto: como titular del bien jurídico dañado por el delito y como sujeto con derecho a recibir una indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.

Como titular del bien jurídico protegido tradicionalmente se ha utilizado el término “ofendido” o “agraviado”. Es el Código Penal de 1995 el que habla por primera vez de “víctima”, vocablo sin duda más adecuado a la nueva perspectiva victimológica que supera la denominación clásica de “sujeto pasivo del delito” o “titular del bien jurídico protegido”.

Sin embargo, esto añade aún mayores dificultades a la hora de intentar elaborar un concepto unitario de víctima, dificultades a las que

²⁷¹ <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

²⁷² http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF

²⁷³ <http://www.fundacionfive.com/>

²⁷⁴ <http://Asociacionvascadecriminologos.wordpress.com>

se suma además el uso de expresiones erróneas que inducen al equívoco cuando se sacan de contexto, cuando se usan con acepciones demasiado amplias o excesivamente restrictivas o cuando designan una realidad delictiva cuya objetivo victimológico no es la persona natural o física, su patrimonio o su libertad, sino realidades acordes con el proceso de globalización en el que vivimos²⁷⁵.

En cualquier caso como apunta ALONSO RIMO²⁷⁶ la denominación de sujeto pasivo, víctima, ofendido o agraviado por un lado y la de perjudicado por otro no suelen coincidir en una misma persona.

Este último término, el de perjudicado, abarca una dimensión mucho más amplia, comprendiendo a la víctima con derecho a una indemnización por el daño sufrido, no sólo como titular del bien jurídico tutelado dañado por el delito, sino abarcando cualquier daño que obligue a su resarcimiento, como el causado por accidentes y catástrofes naturales. Por otra parte el sentido amplio del concepto se extiende también, no sólo al titular del bien jurídico protegido, sino a otras personas, los familiares o terceros que han de recibir la indemnización.

De todos modos, en una sociedad como la actual, la delimitación del concepto de víctima como integrante de la pareja protagonista de la relación o, como dice MANZANARES SAMANIEGO, del “binomio”²⁷⁷ formado con el victimario, supone la ampliación de un concepto que excede ya de la simple denominación determinada por la relación de dos personas unidas por la comisión de un hecho criminal que una lleva a cabo y la otra sufre.

La sociedad ha cambiado, los delitos se han diversificado, especializado y globalizado, atacando a bienes jurídicos no siempre perfectamente delimitados. Esto ocurre, o bien porque los bienes atacados son colectivos o bien por un adelanto de las barreras de protección penal a situaciones de peligro concreto o abstracto, o porque las víctimas ahora mismo son algo más que el tradicional sujeto pasivo del delito.

Concluye este autor que la despersonalización de la víctima o las dificultades para su identificación exigen una revisión del concepto de víctima, ya que depende en buena medida de la denominación clásica²⁷⁸ porque víctimas pueden serlo además de las personas físicas, las

²⁷⁵ Expresiones como “crímenes sin víctima”, “víctimas difusas”, “víctima masa”. “delitos de cuello blanco” (*white-collar crime*), “delitos financieros” o “víctima sin agresores” no contribuyen a la eficaz delimitación del concepto de víctima.

En todo caso es evidente que, con GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el concepto de víctima debe tomarse en el seno de la “pareja criminal”, tomando además en consideración su fuente o causa y teniendo en cuenta que la prevención del delito debe tener en cuenta el moderno carácter anónimo o colectivo de la víctima, producto de una sociedad industrializada y colectivizada en la que el sujeto víctima individual está muy desdibujado. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, págs. 121 a 126.

²⁷⁶ ALONSO RIMO, A., “La Víctima en el sistema de Justicia Penal I” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., Y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, *op. cit.*, págs. 346 a 348.

²⁷⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación...op. cit.*, págs. 11 y 12.

²⁷⁸ *Ibidem*.

personas jurídicas, determinados grupos, la comunidad misma o el Estado.

Por supuesto, la victimización en todos estos casos es tan evidente como la derivada del concepto clásico de víctima, pero aquí existe un importante agravante en lo que respecta al tratamiento de la víctima, puesto que puede resultar más justificable su anulación a la luz de una mayor levedad del daño por su difusión o por las dificultades de encontrar una relación personal entre dos sujetos²⁷⁹. Para MANZANARES SAMANIEGO esta difuminación de la víctima en el delito dificulta aún más una posible mediación entre víctima y victimario²⁸⁰.

Por ello, es necesario que en estos supuestos la Victimología amplíe su objeto de conocimiento a fin de dar respuesta con un concepto amplio a todas las posibilidades actuales de victimización derivadas de un hecho delictivo²⁸¹, porque como acertadamente señala BERISTAIN “todos los delitos implican una victimación, incluso los delitos que algunos llaman *sin víctima*”²⁸².

La victimización puede definirse como el conjunto de fenómenos que forman el proceso por el cual una persona sufre el impacto de un hecho traumático con trascendencia jurídica, puesto que el hecho originador del proceso vulnera alguna norma jurídica.

El estudio de la victimización presenta una doble vertiente, como el conjunto de factores que concurren en un hecho traumatizante y como el impacto que tales sucesos tienen en la víctima, para cuyo estudio es necesario contemplar ambas.

En cuanto a los factores que contribuyen en el hecho causante del daño victimológico, la doctrina destaca distintos factores relevantes.

En primer lugar destacan los factores individuales de la víctima: edad, género, personalidad, desarrollo de habilidades en orden a reaccionar adecuadamente al hecho traumático, etc.

En segundo lugar, factores relativos a su comportamiento: estilo de vida, comportamientos expuestos a situaciones de riesgo, adicciones y factores de vulnerabilidad que hacen difícil la actividad desvictimizadora.

También destacan factores relativos al causante del daño o hecho traumático: relación con la víctima, características personales, motivaciones, etc., criterios relativos a la oportunidad para la causación

²⁷⁹ En este sentido LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología...*, *op. cit.*, págs. 46 y 47.

²⁸⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación...*, *op. cit.*, pág. 13.

²⁸¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Valencia, 2006, págs. 37 y 38.

²⁸² El autor usa el término victimación como sinónimo de victimización, que nosotros preferimos por ser de uso más general en la doctrina victimológica. BERISTAIN, A., *Victimología. Nueve palabras clave. Principios básicos. Derechos humanos. Terrorismo. Criminología. Religiones. Mujeres y menores. Mediación-reparación. Derecho Penal. Política Criminal*, Valencia, 2000, pág. 54.

del hecho y por último, factores sociales, ambientales, comunitarios y relacionados con el entorno²⁸³.

La victimización por tanto se caracteriza por tratarse de un fenómeno complejo con trascendencia jurídica en el que juegan un importante papel factores psicológicos y sociológicos que reafirman la idea de enfoque multidisciplinar que caracteriza esta materia.

Por ello, el estudio de los factores que intervienen en la victimización y su impacto sobre la víctima debe desdoblarse en varios peldaños, que se suceden en el proceso de reacción y sufrimiento de la persona ante el hecho dañoso.

Así, la victimización primaria es el primer estadio, en el que la víctima sufre directamente las consecuencias, daños o perjuicios derivados del hecho. El proceso interno que sufre la víctima se refiere no sólo al daño físico o patrimonial, o a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto, sino al daño psicológico derivado del hecho. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA²⁸⁴ describe perfectamente esta sucesión de consecuencias psicológicas que se van encadenando entre sí, en las que se mezclan impotencia, angustia, abatimiento o autoinculpación.

En ocasiones además, es la propia víctima la que sufre una estigmatización por parte de poderes públicos, instituciones y sociedad en general. Esto trae como consecuencia su consideración con desconfianza, recelo o excesivo paternalismo compasivo, tratándola de “perdedora”, lo cual influye en sus relaciones sociales caracterizadas en algunos casos por el aislamiento, la modificación de los hábitos de vida y las actitudes neuróticas.

A las consecuencias físicas, emocionales y psicológicas derivadas del hecho se suman por tanto, y no contribuyen a mejorar la situación, las derivadas del contacto de la víctima con las instancias policiales, judiciales, fiscales y asistenciales encargadas del tratamiento penal del hecho delictivo.

La victimización secundaria se refiere en definición de TAMARIT SUMALLA²⁸⁵ al “conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento”.

Comprende “los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral” e incluye incluso los efectos que

²⁸³ Según fórmula sintética elaborada por TAMARIT SUMALLA en “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en *Manual de Victimología...*, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

²⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, pág.131.

²⁸⁵ TAMARIT SUMALLA en “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en *Manual de Victimología...*, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

De forma más sintética, la Recomendación (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio la define en su punto 1.3 como “la victimización que resulta, no directamente del acto criminal, sino de la respuesta aportada a la víctima por las instituciones y los individuos”.

el tratamiento informativo del suceso tiene en los medios de comunicación.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA²⁸⁶ considera que ello se debe en parte a que en el marco de un proceso excesivamente burocratizado no se atiende a los sentimientos, necesidades y expectativas de la víctima, y en parte porque como consecuencia de ello se produce en la víctima una sensación de humillación, decepción y rechazo por considerarse “simplemente el objeto o pretexto de una rutinaria investigación”.

La victimización terciaria se refiere a los costes del cumplimiento de la pena para el condenado, para su entorno y para la propia sociedad. Respecto de la víctima se refiere al daño producido al entrar en contacto con determinadas instituciones o estamentos como consecuencia del delito interfiriendo así en su proceso de recuperación.

Por último la cuarta victimización es la producida por el tratamiento informativo del delito efectuado por los medios de comunicación que, lejos de mitigar los efectos del mismo, contribuyen a estigmatizar a la víctima de manera importante, en especial en determinados delitos.

La revictimización o victimación reiterada tiene lugar cuando una persona es víctima de más de un delito durante un determinado período de tiempo. Es definida por la Recomendación (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio bajo la denominación de “victimización repetida”. Está muy relacionada con cualidades intrínsecas y personales de un determinado tipo de víctimas clasificadas en el ámbito de la psicología criminal como “víctimas vulnerables”.

Estas víctimas tienen más posibilidades de sufrir un alto impacto emocional al ser sujetos pasivos de un delito, situación que se ve agravada por su incapacidad para evitar o al menos minimizar sus consecuencias, pero al mismo tiempo esta mayor vulnerabilidad depende también de las propias características de la infracción criminal, de manera que determinados delitos violentos (la violencia familiar y de género entre ellos) encuentran en ellas los sujetos ideales para recibir ese mayor impacto psicológico al que se une una importante desatención estructural del sistema.

Así, considera DELGADO MARTÍN²⁸⁷ que desde un punto de vista jurídico dirigido al fin de protección a la víctima es vulnerable quien tenga

²⁸⁶ Lo que lleva a este autor a afirmar que esta victimización secundaria es aún más preocupante y lamentable que la primaria por proceder de un sistema legal del que cabría esperarse todo lo contrario. Precisamente por ello la víctima no comprende el sufrimiento que se le está ocasionando injustamente por quien debería ser garante de su posición y situación y porque esta actitud afecta al prestigio del sistema y a la consideración que de él deberían tener las víctimas. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología. Introducción...op. cit.*, Valencia, 1999, pág. 132.

La doctrina en general ha hecho en las últimas décadas un importante esfuerzo de autocritica reconociendo las carencias del sistema penal, la necesidad de establecer un marco asistencial al margen pero paralelo al proceso penal y la constatación de que el trato institucional a las víctimas en el ámbito judicial suele convertir a la Justicia Penal en una “fuente de victimaciones”. BERISTAIN, A., *Victimología. Nueve palabras clave...*, op. cit., págs. 429 y 430.

²⁸⁷ DELGADO MARTÍN, J., “La victimización reiterada en personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal” en VVVAA, *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Madrid, 2007, pág. 22.

una importante limitación a la hora de superar los daños producidos por el delito (victimización primaria), o los derivados de su contacto con el sistema penal (victimización secundaria), o los derivados de los riesgos de sufrir una nueva victimización (victimización reiterada).

Pero la Victimología no puede agotarse en el proceso de victimización o en el estudio de las facetas de la evolución de la víctima a través de su particular *iter* personal y procesal. Ha de comprender además el proceso inverso de recuperación, reparación y resocialización, en el que entran en juego factores decisivos como la prevención de la revictimización o el reconocimiento social.

En esta labor han de tenerse en cuenta no sólo los mismos agentes que han intervenido en el proceso de victimización secundaria, sino también cualquier institución, entidad o persona entre cuyos objetivos o funciones se encuentre el reconocimiento, fortalecimiento y contribución a la superación de la situación por parte de la víctima. Esto incluye también a los poderes públicos y colectivos profesionales con repercusión social, mediática, informativa, religiosa o moral entre otros.

El objetivo a conseguir es múltiple, puesto que se trata de lograr la efectiva reparación a la víctima, pero también la superación de su situación y el reconocimiento social necesario para su recuperación mediante la adecuada gestión de su dolor, de su sentimiento de venganza o de su situación personal²⁸⁸.

Como queda expuesto, en el estudio de la víctima se han de tener en cuenta no sólo los conceptos básicos relativos a su adecuada definición, sino también los que se refieren a factores desencadenantes o agravantes de esa situación, pero aún más importante es la consideración de los factores que recorren el camino contrario, buscando la recuperación de la víctima a fin de alcanzar su fortalecimiento en el proceso y en la sociedad y la normalización de su vida después del delito.

10.2. EVOLUCIÓN DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL

El estudio de la víctima como disciplina enmarcada dentro de la Victimología es relativamente reciente y se debe a la propia evolución de la Criminología como ciencia empírica y multidisciplinar dedicada al estudio de las causas del crimen y del comportamiento antisocial del hombre.

Se puede definir la Criminología, con GARCÍA-PABLOS DE MOLINA como “ciencia empírica e interdisciplinaria que tiene por objeto el crimen, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y que aporta una información válida, contrastada y fiable sobre la génesis, dinámica y variables del crimen-contemplado éste como fenómeno individual y como problema social, comunitario- así como sobre

²⁸⁸ Por ello y desde el punto de vista preventivo se distingue también entre prevención primaria (mejora colectiva de las condiciones de seguridad comunitaria), secundaria (dirigida a las víctimas potenciales o colectivos de riesgo por su mayor vulnerabilidad) y terciaria (destinada a las víctimas reales y dirigida a evitar la revictimización).

su prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al mismo y las técnicas de intervención positiva en el infractor”²⁸⁹.

El término “Criminología” fue sugerido por el antropólogo francés PABLO TOPINARD en 1883, aunque se suele atribuir a RAFAEL GARÓFALO -a quien se considera su precursor-su utilización por primera vez en su obra *Criminología*. En esta obra la define como “ciencia de la criminalidad y las penas”.

Originariamente la Criminología no aparecía desligada del Derecho Penal ni en lo relativo a sistemática ni en lo referente a dogmática. Por esta razón el estudio de la víctima, irrelevante hasta cierto momento para el Derecho Penal, tampoco mereció excesiva atención por parte de la Criminología hasta el siglo XX.

Su posición inicial estaba anclada en el positivismo criminológico y polarizaba el objeto de su estudio en el delincuente relegando a la víctima a un papel insignificante²⁹⁰.

²⁸⁹ Se trata de un concepto que desde el punto de vista metodológico constituye sólo la base para empezar a estudiar su objeto, funciones y métodos.

La amplitud de perspectivas desde las que se puede enfocar esta ciencia así como la extensión de fines que abarca, relacionados según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA con “los diversos momentos, ámbitos y perspectivas del fenómeno criminal: descriptivos (información), etiológicos (sobre sus “causas”), preventivos (control y neutralización del mismo y de intervención (respuesta al delito y tratamiento resocializador del delincuente), hace necesario buscar los puntos comunes de la definición de Criminología, tarea a la cual se ha dedicado la doctrina sin descanso desde el nacimiento de esta ciencia.

Según este autor, existe en este sentido cierto consenso en el hecho de que la Victimología debe ocuparse del “estudio del crimen y de la persona del delincuente, de la ejecución de la sanción penal, de la prognosis y del tratamiento del infractor”.

Hasta aquí el acuerdo, porque en aspectos como el control social, el análisis de la personalidad del delincuente, la reacción y repercusión social del delito o el estudio de la Victimología como parte de la Criminología, existe un amplio debate doctrinal fruto del cual se ofrecen acepciones más amplias o más restrictivas de todos estos elementos.

Esta diversidad de acepciones permiten integrar o no en el estudio del objeto de la Criminología aspectos tan relevantes para la autonomía de esta ciencia como el “control” y la “prevención social”, que son imprescindibles para dotar a la Criminología de una sustantividad propia que le permita ocupar su lugar en el diseño de objetivos de Política Criminal concretos en esta materia. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, págs. 43 a 49.

²⁹⁰ La tradicional Escuela Clásica (*Scuola Clasica*), surgida en el siglo XVIII en Italia y representada fundamentalmente por BECCARIA, BETHAM, ROSSI, ROSINI o CARRARA se centraba en el estudio del delito. Inspirada en postulados derivados del desarrollo del pensamiento racional, se basaba en la humanización del Derecho Penal, limitando el ámbito de las leyes penales al mínimo necesario. Reconocía, asimismo las garantías individuales de los ciudadanos, el principio de legalidad y de igualdad ante la ley, y la concepción del delito desde la perspectiva jurídica. La pena era concebida desde su aspecto retribucionista como medio útil para prevenir y reducir la delincuencia y era aplicada conforme a criterios de proporcionalidad orientados al restablecimiento del orden social.

La Escuela positiva, representada por LOMBROSO, FERRI o GARÓFALO nace como reacción frente a los excesos de la corriente clásica. Siguiendo un método científico, centra su atención en el estudio del delincuente y lo hace desde una perspectiva social considerando el delito como un fenómeno social y la pena como una sanción dirigida a combatir el crimen. Se prescinde de la idea de restablecimiento del orden jurídico y de que todas las personas son iguales a la hora de percibir la intimidación del castigo. Es precisamente a la Escuela positiva a quien se debe el concepto de “peligrosidad criminal”, que viene a sustituir al de culpabilidad de la persona como fundamento de la intervención coactiva del Estado. Dado que el castigo no es suficiente para prevenir el delito, será necesario el tratamiento de la persona.

Junto a estas dos líneas de pensamiento destacan las denominadas “Escuelas eclécticas” o “intermedias” que se esfuerzan por encontrar el equilibrio y la síntesis entre la Escuela Clásica y la

Desde esas posiciones iniciales, esta ciencia jurídica ha evolucionado hacia un nuevo enfoque con tintes más sociológicos del delito, del delincuente, de la víctima y del control social.

Es en el curso de esa evolución cuando la consideración de la víctima en el marco de la persecución penal cobró importancia hasta convertirse en el paradigma de la dogmática jurídico- penal²⁹¹.

Positiva (Escuela francesa de Lyon cuyo principal representante es TARDE, la Terza Scuola italiana o del Positivismo Crítico, la Escuela de Marburgo o Joven Escuela de Política Criminal con VON LISZT y VAN HAMEL o la Escuela de la Defensa Social.

Todas estas escuelas y teorías han contribuido a la consolidación de la Criminología con el contenido con que actualmente se la conoce, contenido que la aleja del Derecho Penal por dar entrada a disciplinas como la Sociología o Psicología.

En su elaboración conceptual ha de tenerse en cuenta un amplísimo conjunto de elementos que exceden del contenido básico del Derecho Penal. Se alcanzan así variadas disciplinas relacionadas todas ellas con las ciencias sociales y políticas, con la religión, la sociología y en definitiva con cualquier sistema científico destinado a analizar y organizar la estructura social. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, pág. 76 a 78.

²⁹¹ Sobre la historia y evolución de la Victimología y del papel de la víctima desde sus antecedentes más remotos hasta la concepción actual, ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, págs. 97 a 446.

También HERRERA MORENO “Historia de la Victimología” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, *op. cit.*, págs. 59 a 78, BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamento...*, *op. cit.*, págs. 25 y siguientes, en relación con la Justicia Restaurativa y LARRAURI PIJOÁN, E., *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, 2000. En esta obra la autora repasa la evolución de la criminología desde la corriente positivista que mira esta ciencia desde el prisma del carácter objetivo del delito en el que el delincuente buscaba la corrección de este último hasta una nueva corriente que alumbró la “teoría de la desviación” en la que el estudio del delito y el delincuente conectan con las corrientes sociológicas del *labelling approach* y amplían los estudios criminológicos, incluyendo conceptos sociológicos relativos a la reacción social frente al delito. Este modo de plantear el tema, fruto del contexto social y político del momento según la autora alejaba a la ciencia criminológica de “la certeza de las definiciones legales” de los delitos para cuestionar por qué se cometían. Posteriormente, la nueva criminología, si bien recogió el legado de la nueva teoría de la desviación supuso un retorno de la criminología a su estado originario, dado que se otorgó al derecho el carácter de mero instrumento expresión del control de la ley por la clase capitalista. Por ello, y por los desmarques producidos por los nuevos criminólogos no marxistas, que tampoco estaban de acuerdo con las críticas vertidas contra la nueva criminología, ésta fue revisada iniciándose en los años setenta una “contrarreforma”. Dentro de un ritmo acelerado en las nuevas corrientes criminológicas, a la nueva criminología le sigue la criminología crítica, ambas con el denominador común de intentar alejarse de la “perspectiva idealista y romántica” con la que se concebía la teoría del delito en la etapa anterior. Sin embargo, en esta época se aprecia una especie de reconocimiento de lo que la autora llama “excesos típicos de juventud”, porque daba la sensación de que algunas de las apreciaciones de la criminología positivista no estaban tan desacertadas, y sin embargo eran los criminólogos críticos los que se había excedido. Por ello, la criminología crítica también entró en crisis y en un período de autocritica. Una de las consecuencias de esa autorreflexión fue la consideración de la víctima, hasta este momento en el olvido. Así, los estudios sobre cómo la víctima “propicia situaciones delictivas, o cómo incrementa estructuras de oportunidades, o cómo precipita la comisión de delitos”, o cómo las relaciones de poder en la sociedad son a veces un importante elemento victimizador, aspectos que hasta ahora habían sido ignorados por la criminología crítica por parecer un intento de culpar a la víctima cobran ahora importancia. Proliferan en este sentido estudios que tratan de explicar el hecho de que la víctima hasta ahora era desposeída del conflicto para entregarlo a quienes debían resolverlo valorándolo como una entrega de dicho conflicto para su resolución ante la incapacidad propia para manejarlo y solucionarlo. En cualquier caso, todo el estudio se concluye por LARRAURI PIJOÁN afirmando que la relevancia de la criminología está en que, a pesar de ser una disciplina académica informada también por los valores y principios de quienes formulan sus teorías no tiene capacidad transformadora del mundo, aunque sí cierta influencia que obliga a estar vigilantes a las consecuencias de las teorías que se elaboran. *Op. cit.*, págs., 64, 99, 142, 19 y especialmente 234 y 242.

La orientación inicial de la posición de la víctima se basaba en una concepción meramente privada del delito. A la víctima se le concedía en toda su extensión la facultad de reclamar venganza dentro de un sistema tradicional basado en los principios consuetudinarios vigentes en el grupo social o tribal.

Posteriormente la víctima pasó a ocupar un papel secundario en la defensa de sus derechos, defensa llevada a cabo fundamentalmente por el Estado en sus funciones de tutela de los derechos de los particulares²⁹².

Esta concepción de la víctima en el proceso penal en el que prácticamente no se tiene en cuenta su presencia, no es casual, porque es precisamente el paso del sistema de venganza privada al de monopolio del Estado en la persecución y castigo de los delitos el factor determinante del proceso de “neutralización” de la víctima. La víctima se ve apartada del proceso mientras otros en su lugar se colocan en situación de reclamar la tutela y reparación de sus derechos y el castigo al culpable²⁹³.

Se considera el ejercicio de la acción penal como un “deber estatal, y la pena una garantía del orden colectivo” en su evolución hacia un objetivo más preventivo, dirigido a contrarrestar los excesos de la venganza privada. Se sustituye, como consecuencia, el conflicto real entre delincuente y víctima por el conflicto simbólico entre el infractor y el Estado.

Nuestra legislación positiva seguía esta línea de pensamiento cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 distinguía en su Exposición de Motivos en materia penal dos intereses “rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse”.

Al mismo tiempo, el moderno Derecho Penal se caracteriza por configurar una relación entre delincuente y víctima desdibujada.

Delitos cuyo sujeto pasivo es la colectividad o la sociedad, el medio ambiente, la salud pública o la seguridad del tráfico hacen, como apuntan HASSEMER y MUÑOZ CONDE²⁹⁴, que en el proceso de desmaterialización de los delitos se produzca una progresiva sustitución de la causación del daño por la puesta en peligro del bien jurídico protegido y de los delitos de resultado por los delitos de peligro abstracto. Como consecuencia de ello, la relación entre los dos integrantes de la “pareja criminal” está cada vez

²⁹² Para mayor interés, *vide* el estudio sobre la evolución del papel de la víctima en el sistema legal elaborado por HERRERA MORENO cuyo título del primer párrafo ya es suficientemente expresivo “Memorial de Agravios: la histórica tolerancia de la victimización”. Especialmente reveladora es la conclusión a que llega la autora cuando dice que “siempre ha sido más enérgico y abrumador el empeño por ocuparse del delincuente, y de ajustar sus cuentas penales, que el de ajustar cuentas sociales y solidarias con las víctimas.” HERRERA MORENO, M., “Historia de la Victimología” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, *op. cit.*, págs. 51 a 78.

²⁹³ La víctima es un “mero objeto, neutro, pasivo, estático, fungible, que nada aporta a la génesis del hecho criminal.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, pág. 75 y 107.

²⁹⁴ Como señalan los citados autores, en este proceso “desaparece la víctima”. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Pena*, Valencia, 1989, pág. 31.

más desnaturalizada, lo cual no está exento por otra parte de connotaciones políticas.

Por lo que se refiere al tratamiento de la víctima en nuestro Derecho Penal y Procesal Penal, su posición en el sistema es absolutamente marginal, al no recibir la misma “consagración” legal, procesal y de reconocimiento de sus derechos y garantías que el infractor. El Estado social centra todos sus esfuerzos en la recuperación del delincuente, olvidando la necesaria recuperación de la víctima que se ve sumida en un olvido científico-dogmático, institucional y asistencial²⁹⁵. Se concibe a la víctima como un sujeto que no forma parte del proceso pero a quien se debe informar de determinados trámites procesales o como sujeto en cuyo favor han de adoptarse medidas cautelares para la adecuada protección de su persona y bienes.

Esto se traduce en el reconocimiento de una serie de derechos en el proceso penal: iniciación del proceso (mediante denuncia o querrela), reparación de daños y perjuicios mediante el ejercicio de la acción civil, derecho a ser informada de las actuaciones procesales relevantes para sus intereses, derecho a adquirir la condición de parte en el proceso penal o derecho a recibir protección²⁹⁶.

El olvido histórico de la víctima es por tanto el resultado de una evolución histórica en la que se le sustraen sus atribuciones como impulsora del ejercicio de la acción penal, pero también puede tener su explicación en el hecho de que reconocer y valorar a las víctimas institucionalmente puede ser interpretado como un fracaso del Estado, que no ha sabido mantener el orden jurídico y la seguridad ciudadana de los que es garante, por lo que puede ser conveniente en algunos casos silenciar o ignorar a las víctimas como forma de desviar la atención de la opinión pública.

Así se evita que la víctima se convierta en Juez de su propio agravio provocando al mismo tiempo reacciones de venganza que comprometerían seriamente la paz social.

También hay quien encuentra las razones de este olvido histórico de la víctima en el hecho de que psicológicamente es más fácil identificarse o más atractivo imaginarse en la posición del delincuente transgresor y rebelde que en el de la víctima endeble y agraviada²⁹⁷.

En esta evolución en que se llega a entender el delito como una ofensa al Estado, la víctima y su reparación quedan en un segundo plano mantenido hasta el nacimiento de la Victimología en reclamación de una posición procesal en el sistema penal acorde con sus pretensiones y expectativas²⁹⁸.

²⁹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., págs.107 y 108.

²⁹⁶ MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, J. P., *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Alicante, 2011, págs. 29 y 30.

²⁹⁷GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología....*, op. cit., Valencia, 1999, págs. 110 y 111.

²⁹⁸ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, op. cit., págs. 30 a 32.

Inicialmente la Criminología centró su interés en la persona del delincuente, en su tratamiento y en el estudio de su personalidad, de manera que la víctima, según terminología empleada por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA fue “separada” de su “posición natural” al lado del delincuente, mereciendo únicamente su “compasión” por parte de la sociedad. El cambio en el enfoque y el hecho de que la víctima pasara a tener relevancia en la perspectiva jurídico penal es una consecuencia del auge de la Victimología unido a otros factores como las aportaciones doctrinales en materia de Psicología Social. Estas aportaciones contribuyen a apuntalar el marco doctrinal de las nuevas teorías victimológicas impulsando su desarrollo y perfeccionamiento como base de una nueva concepción de la víctima.

Asimismo, el estudio de los colectivos con alto riesgo de victimización así como el nacimiento de redes asistenciales y mecanismos de propagación de las necesidades y carencias estructurales de las víctimas refuerza la percepción social del abandono institucional en que se encontraba este colectivo, de manera que la víctima, su presencia y su concepto adquieren sustantividad propia tanto en el desarrollo teórico y doctrinal como en el terreno práctico en el que las víctimas comienzan a tener existencia²⁹⁹.

En este proceso de recuperación por la víctima del papel procesal, penal y social perdido a velocidad directamente proporcional a la evolución de los postulados del Estado Social y de Derecho tienen indudable valor las contribuciones de los denominados “pioneros de la Victimología”, MENDELSON y VON HENTIG.

En la década de los cuarenta, estos autores vuelven su mirada hacia el otro integrante de la “pareja criminal”³⁰⁰ para estudiar la

²⁹⁹ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, op. cit., págs. 111 y 112.

³⁰⁰ Expresión empleada por primera vez por MENDELSON (quien venía trabajando en ella con anterioridad a VON HENTIG y que reivindicó a lo largo de su obra la paternidad del vocablo, utilizado por primera vez en una célebre conferencia pronunciada el 29 de marzo de 1947 en el Hospital Colțea de Bucarest). Se considera a ambos autores padres de la Victimología en el Derecho Penal moderno.

MENDELSON, autor de obras referente como *The origin of the victims* o *Doctrine of Victimology* fue el primero en acuñar el término “Victimología”. La definía como la “ciencia de las víctimas y la victimidad”.

MENDELSON sostuvo siempre que en el proceso de interacción entre autor y víctima ésta tiene atribuido un importante rol activo de enorme influencia en su propia victimización. Este autor además se adentra en el terreno del apoyo victimal con las primeras aportaciones en materia de prevención victimal desde una perspectiva crítica y constructivista.

VON HENTIG por su parte escribió *El delito* y *The criminal and his victims* (1948) y llegó a definir a la víctima diciendo que “para la ley penal la víctima es un blanco fijo al que el autor dirige sus disparos”.

La víctima no sólo da forma al autor del delito, sino también al delito en sí de manera que determinados tipos de víctimas “atraen” por su alto riesgo de victimización derivado de sus características y circunstancias a determinados delitos y delincuentes. Para este autor en el proceso de gestación del delito se producen dos procesos interactivos: “el proceso de criminalización o *iter criminis*” y “el proceso de victimización o *iter victimae*”, que se refieren a la conversión de una persona en infractor y de otra en víctima respectivamente. Ambos autores proclaman la autonomía disciplinar de la victimología y la necesidad de que el Derecho Penal de entrada a consideraciones victimales necesarias para una adecuada regulación penológica y garantista de la víctima. Diversos autores posteriores continuaron la moderna tendencia “interaccionista autor-víctima” elaborando numerosos catálogos de tipologías victimales. Podemos

interacción entre ambos sujetos, lo cual les lleva a comprobar que las víctimas en muchas ocasiones viven la realidad del hecho criminal de forma activa, no pasiva, como consecuencia de una interacción criminal entre infractor-víctima especialmente significativa. Esto supone la reubicación del papel de la víctima en su posición en el proceso delictivo, desempeñando un papel activo en el proceso de génesis y dinámica comisiva del delito y teniendo incluso un papel propiciatorio en la causación del daño producto del delito. En este proceso relacional los “socios complementarios” coadyuvan al resultado delictivo³⁰¹.

La Victimología nace por tanto, como dice HERRERA MORENO “del desencanto”, de la necesidad de afirmar su papel relevante en la sociedad frente al cuestionamiento de un sistema penal fallido, en el que después de años de invisibilidad “algún experto mira de soslayo y redescubre que ahí está la víctima”³⁰².

Este redescubrimiento de la víctima, que GARCÍA-PABLOS DE MOLINA califica como “tímido, tardío y desorganizado”, no es más que la constatación de que el sistema criminológico necesitaba ser revisado al objeto de dar entrada en él, con la base teórica y científica necesaria, al otro sujeto del delito.

No se trata de una moda pasajera o inconsistente sino de dotar a la Criminología de un nuevo sentido basado en la visión integral y crítica del delito y de sus dos protagonistas.

Esto supone un enriquecimiento y una importante contribución a esta disciplina jurídica porque, junto a la clásica prevención del delito referida al potencial infractor, se incluyen aspectos como la interacción delincuente-víctima, las variables de la dinámica delictual, el proceso de despersonalización de la víctima o el estudio de la “prevención victimal”. Evidentemente como apunta SUBIJANA ZUNZUNEGUI, no se trata de excluir a quien ya está. Se trata de hacer compatibles las garantías y derechos del acusado con un estatuto jurídico específico para las víctimas dentro de un proceso definido como “espacio institucional en el que tiene lugar una interacción entre el Estado, el acusado y la víctima”³⁰³.

En este sentido las valiosas aportaciones de la Victimología constituyen el eje fundamental a la hora de diseñar las líneas de actuación de la actual Criminología. Estas modernas orientaciones inevitablemente tendrán su influencia en el nuevo modelo de Justicia Penal que algunos sugieren y otros reclaman como alternativa al fracasado modelo actual³⁰⁴.

citar entre ellos a ELLENBERG, WOLFGANG, FATTAH, NEUMAN, JOUTSEN, KAISER. Entre los autores españoles destacan SILVA SÁNCHEZ, BUSTOS RAMÍREZ, LARRAURI PIJOAN y TAMARIT SUMALLA.

³⁰¹ HERRERA MORENO, M., “Historia de la Victimología” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. Y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología...*, op. cit., págs. 63 y 66.

³⁰² *Op. supra cit.*, págs. 53 y 54.

³⁰³ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa” en *Panorama actual y perspectivas de la victimología...*, op. cit., págs. 230 y 231.

³⁰⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., págs. 157 a 165.

Por eso no existe duda en afirmar, con BERISTAIN que “La Victimología es hija de la Criminología mucho más que del Derecho Penal”, dado que el penalista habla de la “legalidad formal” y el criminólogo de la “injusticia real”³⁰⁵.

La Exposición de Motivos, por ejemplo, de la Ley 35/95 de 11 de diciembre, de Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad sexual comienza diciendo que “la víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal. Pero, desde una perspectiva más global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima”³⁰⁶, es decir, que existe un reconocimiento expreso al abandono histórico de la víctima desde el punto de vista de la consideración de su papel en el proceso. A esto hay que unir el denominado por la ley “abandono social de la víctima a su suerte tras el delito”, con los efectos de victimización secundaria producidos por la falta de apoyo psicológico o el recuerdo de su vivencia traumática repetido en los distintos trámites policiales y procesales. De ahí la exigencia de una intervención positiva y reequilibradora del Estado que devuelva a la víctima a la posición anterior paliando, como dice la ley, los efectos que el delito ha producido sobre ella.

En esta línea se encuentran tanto la Directiva 2012/29/UE como el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del delito, que según su Exposición de Motivos trata de transponer al derecho interno cuestiones pendientes objeto de regulación en la Decisión Marco 2001/220/JAI al

³⁰⁵ BERISTAIN, A., *Nueva Criminología...*, op. cit., pág. 240.

³⁰⁶ Esta ley supone la incorporación de España a la línea normativa seguida por otros países en el sentido de ampliar la protección a las víctimas más allá de la criminalidad terrorista.

En esta materia ya se había producido una profusa legislación protectora iniciada con el Real Decreto-ley, de 26 de enero de 1979, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y entre la que destaca la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo de 18 de julio de 1997 y el Real Decreto de 23 de enero de 1998.

Se trata de una tarea nada fácil debido según LANDROVE DÍAZ a limitaciones económicas y a falta de voluntad política en la implementación de políticas asistenciales y de ayudas públicas que había frustrado iniciativas legislativas anteriores. Por otro lado la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1994, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales ya se había hecho eco de la preocupación por la víctima, aunque no de forma altruista, sino como forma de materializar la eficacia del procedimiento. Se impulsaban medidas protectoras a testigos y peritos con el objeto de fortalecer la colaboración con la justicia en determinadas causas penales. Esta ley trata de alcanzar el equilibrio entre derecho a un proceso con todas las garantías y la necesaria tutela y protección de los derechos de las víctimas y sus familiares. LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, op. cit., págs. 14, 15 y 130.

Sin embargo, años antes, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 ya llamaba la atención sobre la necesidad de atender a las víctimas. El enfoque en este caso era desde una perspectiva predominantemente económica, refiriéndose fundamentalmente a la protección económica de las víctimas mediante un adecuado sistema de aseguramiento de responsabilidades civiles derivadas del delito, desplegando incluso la efectividad de la responsabilidad que un Estado social en cumplimiento del principio de solidaridad social tiene de garantizar la cobertura necesaria a las víctimas en caso de insolvencia del condenado.

mismo tiempo que plasma su “vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos”. Para ello se utiliza un concepto de víctima que trasciende al ámbito procesal para entrar en aspectos físicos, morales y materiales relevantes para la recuperación y la “salvaguarda integral de la víctima”³⁰⁷.

Esto, que es el comienzo de un proceso de victimización primaria con nefastas consecuencias, es agravado por una secundaria victimización quizás más perjudicial para ella por su componente perpetuador del daño sufrido³⁰⁸.

Como garante de la reparación de la situación de la víctima, el Estado ha de arbitrar los mecanismos necesarios para compensar a ésta por el daño recibido primariamente; y no sólo eso, sino que se debe asumir el coste de la “recuperación” de la víctima, para quien el delito trae unas consecuencias que no se agotan en el daño físico o psicológico o el menoscabo o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión. Se debe reparar el daño recibido de forma secundaria derivado del contacto con un sistema policial, institucional y procesal siempre desatento con la víctima y sus circunstancias.

Se trata de implementar el proceso a la inversa, es decir, el proceso de “desvictimización” como respuesta que la víctima debe obtener en un Estado de Derecho al que corresponde el restablecimiento de la situación anterior. Así, en palabras de DELGADO MARTÍN, la perspectiva victimológica que un Estado debe tener en su política criminal se desenvuelve en una triple dirección: “reducir los efectos negativos del delito sobre la víctima, prevenir la victimización y, por último, posibilitar la participación de la víctima en la resolución del conflicto³⁰⁹” en lugar de su posición actual que según CASTILLEJO MANZANARES queda incluso fuera de la sala de vistas recibiendo únicamente información de su abogado cuando ejerce la acusación particular, y a veces sólo cuando ya ha terminado el proceso de conversaciones dentro de la sala³¹⁰.

Este cambio en la concepción del papel de la víctima en el proceso penal encierra también algunos peligros. Como apunta BARONA VILAR,

³⁰⁷ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF

³⁰⁸ Sobre las consecuencias y el proceso psicológico de victimización, ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., pág. 131 y 132.

³⁰⁹ Respecto del segundo punto, el doble papel represivo y preventivo del Derecho penal debe conectarse con las nuevas tendencias victimológicas que trabajan para evitar aspectos como la revictimización. En cuanto al tercer aspecto, el fomento de la participación de la víctima en la resolución del conflicto no sólo se refiere a su intervención en el proceso penal, sino también al reforzamiento de su intervención activa en él para superar su concepción clásica como mero testigo, y en cuantas otras actuaciones puedan contribuir a la solución del conflicto de forma reparadora y definitiva, por acoger en él las inquietudes de la víctima contribuyendo activamente a la evitación de nuevos episodios delictivos. DELGADO MARTÍN, J., “La protección de la víctima por el sistema penal” en ARANGÜENA FANEGO, C., y SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pág. 389.

³¹⁰ Incluso a la espera en los pasillos de los Juzgados enfrente a veces de su agresor se une la mínima información del agente del Juzgado diciendo “se puede marchar porque las partes se han conformado”, sin que un Juez con la sensibilidad necesaria o un fiscal que debería cumplir esa misión desde la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2005, le den información sobre lo que ha pasado y los efectos que tiene. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación con víctimas especialmente vulnerables”, *Revista Iuris*, nº 215, 1-15 junio 2014, Ed. La Ley, pág. 3.

en esta evolución que trata de implicar a la víctima en la dogmática jurídico-penal no deja de advertirse cierto temor a convertir a la “víctima olvidada” en una “víctima punitiva”. El hecho de otorgarle ese papel protagonista en el sistema penal encierra en cierta medida el peligro de que la víctima pueda influir en la política punitiva del Estado trasladando su deseo de venganza al sistema penal y exigiendo respuestas penales más contundentes que las que el Estado impone. En esta dicotomía se trata de mantener la integridad del sistema de subsidiariedad penal y *ultima ratio* del Derecho Penal por encima de los deseos y las actitudes de la víctima³¹¹, es decir, de definir la convivencia de un Derecho Penal en toda su extensión y un Derecho Penal *soft*³¹².

Esto ha de hacerse en un sentido no estrictamente penal, sino más amplio y comprensivo de todos los aspectos que es necesario atender para procurar una vuelta a la normalidad sin que la víctima tenga la sensación de haber perdido en el camino mucho más que el bien jurídico atacado por el delito.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA³¹³ insiste en este sentido en la necesidad de redefinir el papel de la víctima en el sistema legal dando las pautas informadoras de su tratamiento institucional: “respeto y solidaridad social”.

Desde la perspectiva de la propia víctima es necesario un proceso psicológico de autorresponsabilización y actitud cooperadora con los agentes públicos intervinientes. Las claves de una eficaz política criminal se basarían según este autor en una adecuada información a la víctima sobre mecanismos de autoprotección o evitación de situaciones potencialmente victimógenas, pero también debe atenderse a aspectos como el control social sobre la situación psicológica en que se encuentra la víctima, los padecimientos subsiguientes (victimización secundaria) y una solidaria reparación de los daños potenciando los programas de restitución y de compensación.

Obsérvese que de lo que se trata mediante el proceso de desvictimización es de que la víctima encuentre su papel decisivo en la recuperación de su vida y en el reforzamiento de su autoestima tratando de profundizar en el hecho de que en muchos casos las víctimas no suelen buscar el castigo del culpable, sino la reparación de su situación, lo que significa algo más que castigo y compensación económica.

La víctima suele esperar, -“sin éxito”, como apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA- actitudes y comportamientos personales, no procesales que le lleven a un “reencuentro” y “relación interpersonal” inconcebibles y con difícil cabida en un sistema penal como el nuestro³¹⁴.

Indica SÁEZ VALCÁRCEL, citando a ROXIN, que se trata de un fenómeno paradójico o al menos desviado de la tendencia dominante a pedir el castigo del culpable y la persecución rigorista del crimen. Ese fin

³¹¹ BARONA VILAR, S., *Mediación Penal...*, *op. cit.*, pág. 112.

³¹² BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad...*, *op. cit.*, Valencia, 2004, pág. 47.

³¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, págs. 145 a 148.

³¹⁴ *Op. supra cit.*, pág. 165.

retributivo no es percibido por las víctimas como el fin prioritario cuando se acude al proceso penal denunciando un delito. Las víctimas tienen otra motivación que responde a la necesidad de ser reparadas y de ver el daño que se les ha producido compensado y sanado. SÁEZ VALCÁRCEL considera que esta perspectiva psicológica de apreciación de la reparación como objetivo principal a perseguir parece ser un lugar común entre los analistas del Derecho Penal práctico³¹⁵.

Aún más, en este tipo de delitos se aprecia más que en ningún otro un aspecto restaurativo importante: la víctima también siente la necesidad no de recibir, sino de dar, de contribuir al bien común y a la consecución de la paz social buscando la reconciliación con el infractor³¹⁶. El victimario por su parte puede sentir la necesidad de reparar el daño causado, al menos en los estadios iniciales del proceso porque, en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA “castigar, en todo caso, no resuelve nada, mientras que la reparación del daño es siempre necesaria (...) porque conviene a todos”³¹⁷. Siguiendo a SÁEZ VALCÁRCEL, cuando el victimario se considera suficientemente castigado se produce el efecto contrario de “des-responsabilización natural”, consecuencia de la victimización secundaria durante el proceso y la victimización terciaria, producida al entrar en contacto con el ambiente penitenciario y sus perniciosas consecuencias.

Así pues, si tanto desde el punto de vista de la víctima como desde el del victimario se siente la necesidad psicológica de ser reparado y de reparar, el corolario lógico a esta afirmación nos llevaría a colocar la pretensión de reparación en un lugar preponderante en los sistemas penales. Se consigue así un triple objetivo, pacificación del conflicto, reparación adecuada a la víctima y responsabilización del autor.

De los distintos modelos de prevención de respuesta frente al delito, el modelo *disuasorio* (dirigido a prevenir la criminalidad), el *resocializador* (centrado en la rehabilitación del delincuente) y el *integrador* (en que la mediación y la reparación del daño como medio de pacificación social despliegan su eficacia), es éste último el de mayor contenido restaurativo. La calificación de *integrador* recoge esa doble dirección tratando de

³¹⁵ Cita como ejemplo este autor la actitud de las mujeres en los delitos de violencia familiar en los que de nuevo está presente la idea de reparación antepuesta a la de castigo del culpable.

La especial naturaleza de estos delitos, el impacto psicológico que el maltrato suele tener en la víctima y la respuesta pública y mediática a estos delitos son factores básicos en esta materia. Estos condicionantes hacen que la víctima acuda a instancias policiales y judiciales en demanda de seguridad y de tranquilidad, materializada mediante la adopción de medidas cautelares que garanticen el alejamiento y otras prohibiciones relacionadas con ese objetivo. Esa demanda de la víctima es la que subjetivamente establece la víctima como prioritaria. Otra cosa es que también exista una pretensión de reparación del daño, pero en cualquier caso en estos delitos el castigo al culpable se concibe por la víctima como una consecuencia colateral de la denuncia de la víctima, nunca como el objetivo principal. SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización...*, op. cit., págs. 62 y 63.

³¹⁶ BERISTAIN, A., *Nueva Criminología...*, op. cit., pág. 227.

³¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., pág. 167

compensar a la víctima al mismo tiempo que atiende las necesidades del infractor intentando su vuelta a la sociedad³¹⁸.

Acertadamente señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que este modelo tiene a su favor la receptividad social con que es acogido como modelo de Justicia Restaurativa por excelencia. Por otra parte, supone la sintonización con las necesidades de una sociedad decepcionada con un sistema penal muy lejos de las expectativas y los resultados que se esperan en lo que a lucha y prevención frente al delito se refiere.

Frente a expresiones usadas frecuentemente por la dogmática penal clásica, conceptos como “restitución”, “compensación” o “reparación” llegan más lejos y calan más profundamente en una sociedad necesitada de nuevas “formas, conceptos, técnicas y categorías sugerentes, atractivas”. Por ello este enfoque es acogido con entusiasmo en la esperanza de conseguir las soluciones a los conflictos de forma informal, humanizada y responsable³¹⁹.

Se trata de redefinir el ideal de justicia, de manera que este paradigma aspire en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA a convertirse en una “tercera vía” con vocación de universalidad y con mecanismos más eficaces de solución real de conflictos³²⁰.

Todo ello debe hacerse identificando la justicia restaurativa con una forma de pacificar las relaciones interpersonales dentro del marco de garantías constitucionales, sin caer en la tentación de confundir este modelo con una forma encubierta de compensación económica por el daño recibido por el delito³²¹.

Por ello los autores especializados en la materia insisten en la necesidad de dotar de autonomía los estudios relacionados con la víctima comprensivos de aspectos tan heterogéneos como amplios, aspectos no sólo jurídicos sino también antropológicos, psicológicos, sociales, políticos o asistenciales.

Estos aspectos son tan variados como la intervención de carácter preventivo o terapéutico, las estrategias de reducción de la victimización secundaria, el estatuto de la víctima en el proceso penal o la entrada de la Justicia Reparadora con el fin de dar entrada en nuestro proceso penal a

³¹⁸ Para mayor información sobre este modelo, así como sus características y las dificultades para encuadrar dentro del modelo teórico de “Justicia Restaurativa” los “innumerables y poco homogéneos” procedimientos de conciliación, mediación y reparación y a su vez para enmarcarlos dentro del sistema penal con “autonomía orgánica y funcional,” ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología...*, *op. cit.*, págs. 624 y ss.

³¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, págs. 995 y 996.

³²⁰ Se usan expresiones tales como intervención en el “conflicto interpersonal” con el que se identifica el delito, orientación de la respuesta más a “la reparación del daño que el infractor causó a “su” víctima, a las responsabilidades de éste y las de la comunidad, que al castigo mismo,” soluciones mediante la negociación, conciliación, pacificación, nueva imagen de la justicia, comprensión de los conflictos “desde dentro,” sintonización con “factores éticos,” “confrontación infractor-víctima,” o “procedimientos desformalizados”. Con ellas el autor se refiere a una redefinición del ideal de justicia, “que ya no es una diosa distante, con los ojos vendados, sorda y muda, ni ciñe espada.”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología...*, *op. cit.*, págs. 641 y 642.

³²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción...*, *op. cit.*, pág. 643.

escenarios de reencuentro entre agresor y víctima³²², cuestiones todas ellas que constituyen un ambicioso intento de colocar los estudios victimológicos y la Victimología en un lugar propio como ciencia jurídica independiente.

Pero esta perspectiva está informada por la necesidad de evitar que la Victimología se instrumentalice al servicio del Derecho Penal, convirtiéndose en el punto de inflexión que justifique una expansión del mismo para la satisfacción de “deseos de venganza de la víctima” propios de tiempos pasados ya superados.

Así, se trataría de afirmar la “virtualidad de la victimología como posible freno racionalizador de la expansión de la cultura punitivista”, tratando de configurarla como una disciplina metodológica compatible con un Derecho Penal en el que se aúnen la debida consideración a la víctima y a su participación en el proceso penal con la necesaria asistencia a la misma enmarcada en un proceso garante de los derechos del infractor³²³.

Pero el cambio de orientación no puede estar informado por la vuelta a los tiempos de la venganza privada puesto que el mantenimiento del monopolio por el Estado del *ius puniendi* es la premisa irrenunciable a seguir. Tampoco se debe seguir el camino de preponderar los intereses de la víctima al albur de un olvido histórico para justificar la quiebra del sistema de garantías penales actual, porque como apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, debe extremarse la precaución para evitar tal peligro, en especial cuando se sugieren alternativas tan “saludables e inocuas” como la sustitución del sistema actual por mecanismos “no oficiales, desinstitucionalizados”³²⁴.

³²² TAMARIT SUMALLA, J.M., “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en *Manual de Victimología...*, op. cit., pág. 22.

Véase también el Proyecto de Ley de Estatuto de la Víctima, actualmente en fase de trámite parlamentario, que implementa en nuestro país la Directiva del 2012.

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000115*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000115*.NDOC.))

³²³ No se trata, por tanto, como apunta TAMARIT SUMALLA de contraponer a los victimólogos como defensores de los derechos de las víctimas con los penalistas defensores de las garantías de los infractores. Se trata más bien de afirmar la doble dimensión de la Victimología como ciencia jurídica autónoma y como movimiento de humanización de la respuesta penal a las víctimas.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en *Manual de Victimología*, op. cit., pág. 25.

³²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., pág. 114.

ALONSO RIMO considera en este sentido que las medidas de apoyo victimal de corte penal, procesal y asistencial constituyen el soporte teórico básico para superar las tesis que aúnan políticas de apoyo y prevención a la víctima con reminiscencias de un derecho privado basado en la venganza y la ausencia de garantías.

La víctima por tanto ha de ser incorporada al sistema de garantías penal puesto que el marco político diseñado en un Estado social y democrático de Derecho no sólo lo permite, sino que obliga a ello resultando además perfectamente compatible con un sistema penal de eficacia preventivo-general.

ALONSO RIMO, A., “La víctima en el sistema de justicia penal I” en *Manual de Victimología...*, op. cit., págs. 309 y 311 a 313.

Pensamos que en esta materia, como en tantas otras, y más cuando estamos hablando de pensamiento criminológico y victimología, en el punto medio está la virtud, porque tan perjudicial para el Derecho Penal es el tratamiento clásico de la víctima, concebida como sujeto pasivo en la relación no sólo criminológica, sino jurídico-procesal como una exaltación de sus derechos y necesidades que ignore otros objetivos de la norma penal como el control social y los objetivos que en relación al victimario ha de perseguir. Ni siquiera sería admisible adoptar posturas que primen la posición de la víctima olvidando al victimario y revirtiendo la situación histórica sufrida por ella bajo la justificación de una supuesta compensación histórica. Flaco favor se estaría haciendo a la ciencia penal con esta interpretación perversa del fin de la norma penal. Por ello, y dado que nuestra legislación penal y procesal penal siempre ha centrado su atención en el victimario dispensando todo tipo de atenciones a su posición en el proceso, se hace necesario conservar esa línea de actuación tributaria de nuestro Derecho Penal tradicional enriqueciéndola con la contemplación del estatuto de la víctima en el proceso penal, pero desde una perspectiva de medida, reconocimiento y valoración de su actitud en el proceso que no desequilibre el conjunto.

Es en este punto en el que se cierra el triángulo reparación del daño, recuperación por la víctima del papel protagonista en el proceso penal y mediación como mecanismo coadyuvante de la Justicia Penal para la consecución de esos objetivos y metas dentro del sistema penal.

Teniendo esto en cuenta, la nueva orientación del proceso penal que vuelve su atención a la víctima debe comprender un amplio espectro de aspectos necesarios para tener una perspectiva integral de su papel en el proceso penal. Así, DELGADO MARTÍN considera que se deben tener en cuenta la seguridad, la información, la necesaria audiencia a la víctima, el derecho a recibir asistencia y el respeto a su dignidad³²⁵.

El primer aspecto, la seguridad, se encuentra en la base del fin instrumental del proceso para evitar la reiteración del delito, y comprende aspectos referidos al acceso al proceso penal de los datos de evaluación del riesgo necesarios para la adopción razonada de medidas de protección a la víctima. El derecho de información de la víctima se refiere a la necesidad de la orden de protección, instrumento por excelencia de la protección a las víctimas de ser difundida entre los agentes activos encargados de la seguridad de la víctima. El derecho de la víctima a ser oída en el proceso penal conecta, no sólo con el respeto a su dignidad, sino con el significado instrumental del proceso penal, que debe procurar la seguridad de la víctima, pero también la recogida de cuantos datos sean relevantes para ello y para un adecuado conocimiento del caso, todo ello como paso previo a la adopción de medidas protectoras eficaces y proporcionadas. La dignidad de la víctima se traduce en aspectos como la evitación de su confrontación con el agresor y la protección de su intimidad. Por último, la asistencia a la víctima comprende la atención médica, psicosocial y jurídica, urgente y continuada precisa para cubrir

³²⁵ DELGADO MARTÍN, J., "La protección de la víctima por el sistema penal" en *La reforma de la justicia penal...*, *op. cit.*, págs. 396 a 404.

las necesidades derivadas de su situación, al mismo tiempo que proporciona al órgano judicial los conocimientos fácticos y asistenciales necesarios para su adecuada protección³²⁶. Se pretende así, como dice DE HOYOS SANCHO, no sólo minimizar el riesgo de reiteración delictiva, sino también maximizar la utilidad de recursos humanos y materiales, evitando dilaciones y reiteraciones innecesarias, aspecto a tener en cuenta especialmente ante víctimas vulnerables, en las que es necesario encontrar el equilibrio entre la protección a la víctima a las situaciones de riesgo en que se pudiera encontrar y la proporcionalidad de las medidas cautelares adoptadas³²⁷.

Efectivamente, como veremos acto seguido, la mediación es el instrumento adecuado para conseguir no sólo estos fines sino también una recuperación del papel relevante que en materia de Justicia Restaurativa el sistema jurídico-penal ha de tener en nuestra sociedad.

10.3. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Como apunta SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM LLUCH³²⁸ el cambio de orientación de la normativa internacional, admitiendo y potenciando el papel de la víctima e instando de los Estados el reconocimiento y protección en las políticas nacionales de sus derechos está justificado desde distintos principios.

En primer lugar, es prioritaria la consideración del delito como problema social presente en cualquier tipo de organización humana y cuyas consecuencias, incluida la presencia de una víctima a la que proteger y atender, han de ser asumidas por dicha organización social por un mero principio de justicia y equidad.

En segundo lugar se afirma la necesidad propia de un Estado social de intervenir a favor de las víctimas de delitos, en especial de las más vulnerables, por aplicación del principio de solidaridad social que exige la atención y protección a las víctimas.

Por último, el principio de responsabilidad del Estado obligado al cumplimiento del contrato social según el cual asume la obligación de mantener la ley y el orden genera la obligación de reparar el daño causado por el delito cuando de ello se puede deducir el fracaso o incumplimiento de dicho contrato.

³²⁶ DELGADO MARTÍN, J., “La protección de la víctima por el sistema penal” en ARANGÜENA FANEGO, C., y SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal...*, op. cit., pág. 396 a 404.

³²⁷ DE HOYOS SANCHO, M., “Investigación y prueba de delitos de violencia doméstica y de género” en ARANGÜENA FANEGO, C., y SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, págs. 440 y 441.

³²⁸ La autora mencionada cita en el primer principio el Informe sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos de la Comisión de peticiones del Parlamento Europeo de 6 de marzo de 1986.

Para el segundo, la Resolución 77(27) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre indemnización a las víctimas del delito de 28 de septiembre de 1977.

Para el tercero, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 1989, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM LLUCH, M., “La posición de la víctima en el Derecho Comparado y en la normativa de la Unión europea” en *Panorama actual y perspectivas de la victimología y el sistema penal*, Madrid, 2007, pág. 145.

Dejando a un lado el Derecho Humanitario -protección a la víctima en conflictos armados, que obliga a desplegar toda una normativa cuyo ámbito de actuación está dirigido a paliar su sufrimiento protegiendo sus derechos- y el Derecho Penal Internacional -que define los crímenes internacionales y regula el funcionamiento de los Tribunales competentes para su conocimiento y la imposición de sanciones-, en este apartado nos dedicaremos brevemente a la protección internacional de la víctima en materia de Derechos Humanos, analizando resumidamente la progresión del tratamiento de la víctima en las normas internacionales y regionales que se dedican a definir a la víctima y a catalogar los derechos que deben ser reconocidos internacionalmente, así como las obligaciones que deben asumir los Estados para procurar su efectividad.

Podemos comenzar la explicación diciendo, en primer lugar, que la protección de las víctimas tanto en nuestro país como en el ámbito internacional ha sido tardía. Puede citarse como una de las primeras normas en esta materia el Convenio Europeo número 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, norma que, como apunta FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ³²⁹ posee naturaleza convencional, mientras que la mayoría de las que con posterioridad han cubierto el vacío existente son de naturaleza institucional, lo cual en el marco de la Unión Europea es especialmente relevante dada la naturaleza vinculante de esas normas consecuencia de las obligaciones contraídas por los países miembros en el marco de los tratados constitutivos. Pero en cualquier caso, también hay que apuntar que dado que muchas de esas normas plasman derechos de la víctima internacionalmente reconocidos, su carácter vinculante y su integración en los derechos nacionales se ha ido realizando por vía convencional y consuetudinaria, por lo que se puede decir que estamos ante un estatuto integral de la víctima de ámbito internacional y vinculante plenamente consolidado y en constante evolución.

10.3.1. Naciones Unidas

Desde que en el VI y VII Congresos de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente celebrados en Caracas y Milán en 1980 y 1985 respectivamente, se estudiase el cambio de la concepción del papel de la víctima en los sistemas jurídico-penales, su reflejo en el Derecho supranacional ha sido siempre sentido como una obligación ineludible. En el VII Congreso, de hecho, se recomendó a la Asamblea General la publicación de una declaración expresión de ese nuevo papel, materializado en la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de la que se dice que supuso “un antes y un después” para las víctimas, que pasaron a tener relevancia y dejaron de ser las grandes olvidadas del Derecho Penal. En ella se reconocen a las víctimas cinco derechos básicos: derecho de acceso a la Justicia (artículos. 4 a 6), derecho al resarcimiento por el daño

³²⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “Las víctimas en el Derecho Internacional” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, A.E.D.I. Vol. XXV, 2009., pág. 9

causado (artículos 8 a 13), derecho a la asistencia (artículos 14 a 17), derecho a un trato adecuado a la dignidad de la persona (artículo. 4) y derecho a la protección (artículo 6).

Los antecedentes de esta resolución son la Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, la Convención sobre la lucha contra la tortura y otro tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, de 10 de diciembre de 1984, cuyo reconocimiento a las víctimas partía de unos precedentes en los que ya se fue abonando el campo de esta nueva concepción, la Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder, y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, cuya labor configuradora del Estatuto de la Víctima fue continuada por la Convención Internacional de 20 de diciembre de 2006 para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

En materia específica de protección a la mujer, es necesario mencionar la Convención del 79, de 18 de diciembre, sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que se puede calificar como el primer instrumento internacional que prohíbe la discriminación por razón de sexo, no sólo en el ámbito de la esfera pública, sino también privada. Se trata de una norma que nace con pretensión de universalidad, intención que en la práctica no ha tenido la repercusión deseada dada la reserva o falta de ratificación realizada por numerosos países, fundamentalmente de Oriente Medio y África. Importa destacar, junto con esa pretensión de universalidad que en esta Convención se regula el famoso “deber de diligencia debida”, por el que se afirma que cada Estado tiene la obligación de investigar los actos de violencia y discriminación contra la mujer que se produzcan, y de procurar la reparación del daño. No se recoge de forma explícita la violencia de género, pero sí se sobreentiende que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención por ser una de las manifestaciones más claras de la discriminación por razón de sexo que se trataba de combatir.

Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993 ya admite en su Preámbulo, como advierte SERRANO MASIP³³⁰ que es en la familia donde están más enraizadas las prácticas discriminatorias contra la mujer, por lo que es necesario modificar el papel de hombres y mujeres en ese ámbito, debiendo los estados parte actuar otorgando a la mujer una capacidad de obrar igual a la del hombre, con la debida protección jurídica a los derechos de la mujer. Además, esta Declaración ya reconoce que esta clase de violencia es una manifestación de las relaciones desiguales de poder entre el hombre y la mujer, ordenando a los Estados que protejan a la mujer frente a estos

³³⁰ SERRANO MASIP, M. “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, penales, civiles y laborales*, Valladolid, 2009, págs. 721 y 722.

actos de violencia facilitando su acceso a la justicia e impidiendo la victimización mediante políticas adecuadas de prevención y protección. Es una declaración, que carece de fuerza vinculante, aunque los principios que sienta pueden hacer pensar que quizás esas ideas puedan ser las bases de un Tratado internacional vinculante en la materia por su indudable valor moral o jurídico (que actuaría como derecho internacional consuetudinario).

A lo largo de esta trayectoria normativa de años se va elaborando, no sólo un concepto internacional de víctima, sino un catálogo de derechos a proteger como son el derecho a un juicio rápido y eficaz, el respeto al derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones sobre personas desaparecidas o el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y eficaz, comprendiendo ésta, según la Convención de 2006 todos los daños morales, pero también otras modalidades de reparación como la restitución, la readaptación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

A la vez, se va ampliando el concepto de víctima, que desde su concepción inicial (víctimas de delitos y de abuso de poder) se amplía, desde la Resolución 2005/35 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las víctimas de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario. Esta resolución contiene los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de manera que se configura un amplio catálogo de reconocimiento tanto de derechos de la víctima, como de obligaciones de los estados de protegerlas arbitrando procedimientos eficaces para la defensa de esos derechos.

Por ello, podemos concluir que desde Naciones Unidas, que consideramos que constituye la mejor plataforma de lanzamiento de instrumentos normativos a nivel internacional en materia de protección a las víctimas y más específicamente a las mujeres víctimas de violencia de género, se ha emprendido una importante labor de asunción de obligaciones internacionales en materia de protección a las víctimas, pero también en materia de definición de los derechos que deben ser reconocidos por los Estados Miembros, así como de su obligación de procurar, no sólo su apoyo y protección en procesos judiciales, con todos los derechos que son inherentes a su especial condición, sino también a todos los derechos que como sujetos pasivos de violencia y discriminación deban ser objeto de reconocimiento y cumplimiento internacional³³¹.

10.3.2. Consejo de Europa

En el ámbito geográfico del Consejo de Europa destaca como una de las primeras resoluciones adoptadas en materia de protección a la víctima

³³¹ Véase el catálogo de normativa protectora de las víctimas y el compendio elaborado por la Comisión para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

la Resolución (77)27, sobre indemnización de víctimas del delito adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, que años más tarde llevó a la aprobación del Convenio Europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos de Estrasburgo 24 de noviembre de 1983. Este Convenio establece reglas básicas, como subsidiariedad en la reparación a cargo de fondos estatales, principio de territorialidad o circunstancias relativas a las víctimas que permiten reducir o suprimir la indemnización. Ha tenido una aplicación muy desigual aunque sí ha supuesto un paso adelante en la protección de los derechos de las víctimas.

Antes, en la Resolución (76)10, de 9 de marzo, sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad se recomendaba a los Estados miembros el examen de nuevas medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, apelando a los beneficios no sólo para el delincuente, sino también para la comunidad por contribuir activamente a la resocialización del delincuente, y en la Recomendación (83)7 de 23 de junio del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a elaboración de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la reparación de la víctima como sustitución de la pena privativa de libertad especialmente en lo que se refiere a jóvenes delincuentes, se vuelve a incidir en la idea de la conveniencia de reducir la victimización mediante la adopción de políticas restaurativas socializadoras acordes con esta idea, aunque aún se coloca todo el peso específico en el fomento de la indemnización de la víctima como medida sustitutiva de la privación de libertad³³².

La Recomendación (85)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros relativa a la protección jurídica contra la discriminación basada en el sexo y la Recomendación (85)4 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la violencia en el seno de la familia, siguen marcando la progresión en el camino de reconocimiento de los derechos de la víctima en el ámbito de la Justicia de reparación de la víctima.

Mayor importancia tiene la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (85)11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del proceso de derecho penal y del proceso penal. Por su parte, el Convenio n° 116, de 24 de noviembre, sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos, apela a "razones de equidad y solidaridad" para "ocuparse de la situación de las personas víctimas de delitos intencionales de violencia que hayan sufrido lesiones corporales o daños en su salud o de las personas que estuvieran a cargo de las víctimas fallecidas como consecuencia de esos delitos". Como consecuencia de la anterior, se afirma la necesidad de "introducir o desarrollar sistemas para que el Estado en cuyo territorio se hubieran producido tales delitos indemnice a esas víctimas, sobre todo en los casos en que el autor del delito no fuera identificado o careciera de recursos".

³³² Ver el estudio de ARANGÜENA FANEGO, "Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal" en CABRERA MERCADO R., y ARANGÜENA FANEGO, C., y DE HOYOS SANCHO, M., *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Madrid, 2011, págs. 79 y ss.

Este Convenio establece unas normas mínimas sobre la indemnización a las víctimas de delitos.

Como apunta FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ³³³, a diferencia del Convenio n° 116 y de la Resolución 77 (27) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Recomendación del Comité de Ministros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal, “abandona la perspectiva de la indemnización a las víctimas en este contexto de delitos violentos para centrarse en los derechos de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal. Se trata de una Recomendación que toma nota de la perspectiva tradicional presente entre los objetivos del sistema judicial penal -centrada en la relación entre el Estado y el infractor- para poner el acento en la necesidad de tener en cuenta a la víctima, atender sus necesidades y salvaguardar sus intereses”. En ella, se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros la revisión de su legislación introduciendo unas líneas directrices básicas a nivel policial, de persecución, en lo relativo al interrogatorio de la víctima, al momento del juicio y de la ejecución de la sentencia y en lo referente a la protección de la vida privada y protección de la víctima. Además, se recomienda estudiar la posibilidad de establecer vías de compensación a la víctima como sanción penal ejecutable como si fuera una multa y prioritaria sobre cualquier otra sanción pecuniaria.

Por su parte, en la Recomendación (87) 18 relativa a la simplificación de la justicia penal se recomienda a los Estados adoptar medidas para favorecer la simplificación de asuntos penales menores evitando la intervención judicial y sustituyéndola por acuerdos de compensación entre autor y víctima. La Recomendación (87) 21 de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización es novedosa precisamente porque además de plantear la cuestión de la asistencia social a las víctimas habla por primera vez de la prevención victimal e insiste en la necesidad de adoptar por los países políticas de prevención actuando sobre las víctimas potenciales con la debida información sobre factores de riesgo y factores de victimización. Recomienda recurrir a acuerdos de compensación ente autor y víctima y favorecer proyectos de mediación entre el infractor y la víctima, y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.

A este amplio catálogo de normas no vinculantes en materia de protección a la víctima se pueden añadir las siguientes normas:

- La Recomendación (90) 2 sobre medidas sociales concernientes a la violencia en el seno de la familia.
- La Recomendación (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, que incide en la necesidad de combatir el delito desarrollando en el infractor un sentimiento de responsabilización ante la

³³³ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “Las víctimas en el Derecho Internacional” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, op. cit., pág. 18

comunidad y sobre todo ante la víctima, considerando que las sanciones y las medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

- La Recomendación (97)13, sobre intimidación de testigos y derechos de defensa.
- La Recomendación (98)14 sobre la integración de la perspectiva de género.
- La Recomendación (99)19 sobre la mediación en materia penal. Define la mediación penal y es considerado como uno de los textos más relevantes en materia de mediación penal por ubicar la mediación penal en el ámbito de los derechos humanos estableciendo unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación penal.
- La Resolución 1999 (26) de 28 de julio sobre Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de Justicia penal, que insta a los Estados miembros a intercambiar experiencias en mediación.
- La Resolución 2000 (14), de 27 de julio, Principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, en la que teniendo en cuenta los compromisos internacionales existentes en cuanto al tratamiento de las víctimas se solicitan estudios y observaciones sobre la conveniencia de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal.
- La Recomendación (2002) 5, de 30 de abril, sobre la protección de las mujeres contra la violencia.
- La Recomendación (2005) 9, de 20 de abril sobre protección de testigos y los colaboradores de la justicia.
- La Recomendación (2006) 8, de 14 de junio, sobre la asistencia a las víctimas de la infracción.
- La Recomendación (2007) 17, de 21 de noviembre, sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres.

10.3.3. Unión Europea

En el ámbito europeo destacan dos Resoluciones, de 13 de marzo de 1981 y 9 de octubre de 1989, sobre indemnización a las víctimas por delitos violentos.

Ésta última puede considerarse el antecedente de la actual Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de gran relevancia porque recoge la voluntad de justificar una mayor protección y reforzamiento de las garantías procesales mediante la concesión a las víctimas de delitos violentos de una indemnización justa y adecuada.

En esta lucha por aplicar en su día las disposiciones del Tratado de Amsterdam que se firmó el 11 de diciembre de 1998 relativas a la

creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Plan de Acción de Viena del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam destaca la cooperación civil, penal y policial como la mejor manera de crear un marco coherente de cooperación judicial garantizando la libre circulación de los ciudadanos y su seguridad al tiempo que se refuerza la lucha contra la delincuencia.

En 1999, el 23 de mayo, la Comisión presentó la Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea. Se establecen aquí una serie de normas que abordan entre otras cuestiones temas como el tratamiento y la ayuda a las víctimas y su recuperación y reparación. Sobre la base de esta comunicación, el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) se refiere en su conclusión número 32 a la necesidad de establecer unas normas mínimas para la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, incluidas las costas judiciales, además de la necesidad de crear programas nacionales para financiar medidas tanto públicas como no gubernamentales.

Por su parte, el Libro Verde de Indemnizaciones a Víctimas (COM (2001)536 final), de 8 de septiembre de 2001, presentado por la Comisión a partir de las conclusiones de Tampere, se centró en el tema de las indemnizaciones a las víctimas elaborando, a partir de ahí los tres objetivos que deberían regir la acción comunitaria en este ámbito: en primer lugar la necesidad de garantizar la indemnización de las víctimas, en segundo lugar, la adopción de las medidas necesarias para limitar los efectos injustos derivados de los distintos modelos indemnizatorios de los Estados miembros, y en tercer lugar, regular el derecho de las víctimas a una indemnización en situaciones transfronterizas.

Como apunta MANZANARES SAMANIEGO³³⁴, es importante esta iniciativa a nivel europeo en favor de la adopción de medidas favorecedoras a la víctima, incluido el sometimiento a mediación, porque poco sentido tendría que cada país de la Unión Europea hiciera “algo” respecto a la mediación de manera aislada y descoordinada. De hecho, España ya había hecho “algo” con la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores, que introduce por primera vez en nuestro ordenamiento la mediación orientada a fines de reparación y conciliación, pero poco más podía exigirse en relación a la puesta en marcha de mecanismos de mediación por los países miembros, por la excesiva generalidad del precepto, la diversidad en el tratamiento nacional de las acciones civiles y penales relativas a la reparación y los distintos momentos procesales en que la mediación puede tener lugar.

De todos modos, se puede apreciar como en toda la cadena normativa europea se insiste en la organización de un estatuto de las víctimas general que regule cuestiones como información, asistencia, participación y reparación de las víctimas en el marco del proceso penal, mediante una acción decidida y coordinada de los Estados miembros en

³³⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La Mediación Penal”, *Diario La Ley*, nº 6900 /2008, pág. 5.

pro de la Justicia Restaurativa y de medidas reparadoras eficaces que cumplan la doble misión de proteger a la víctima y procurar su recuperación.

Por su parte, la Directiva 2004/80/CE de 29 de abril de 2004 relativa a la compensación de víctimas del crimen establece mecanismos de compensación recíproca en los países de la Unión y regula un sistema de cooperación entre los Estados Miembros que permite a la víctima dirigirse a una autoridad de su Estado de residencia para solicitar la indemnización, ampliando así los vínculos de cooperación de los Estados miembros en materia de protección victimal.

Dando un paso más, en abril de 2009 se presentó un Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, sobre indemnización a las víctimas de delitos, que llega a interesantes conclusiones sobre su aplicación: la valoración es bastante positiva en cuanto a los aspectos procesales de su materialización en asuntos transfronterizos, considerando sin embargo en lo que se refiere al proceso que el procedimiento es largo, complejo y con un funcionamiento complicado por las barreras lingüísticas, el acceso a la información y la claridad y transparencia en los elementos claves de los modelos nacionales de indemnización.

De gran interés es también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema de “la violencia doméstica contra las mujeres) (2006/C 110/15), que reitera la necesidad de reforzar la protección de las mujeres cuando son víctimas de violencia doméstica y la Recomendación (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales y el Programa de Estocolmo, en que se fijaron las líneas de actuación y la orientación de las políticas de la Unión Europea en los años 2010 a 2014 para la consecución de un espacio protector de las víctimas e impulsor de sus derechos e intereses, considerados como prioridad política de los Estados miembros.

Por último, debemos mencionar la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y su sucesora, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos³³⁵, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, que configuran un auténtico estatuto de la víctima en el proceso penal en el que la prioridad es desplegar toda una batería de medidas de apoyo, información y protección a las víctimas dentro del proceso que completen su posición en él dentro de un sistema respetuoso con su situación y promotor de su recuperación y de la reparación del daño causado. De hecho, en su artículo 12 se enumeran los derechos que tiene la víctima que participe en procesos de justicia reparadora, estableciendo las obligaciones de los miembros de procurar todas las garantías para que dichos procesos sean “seguros y competentes”: protección de la seguridad

³³⁵ <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

de la víctima, información exhaustiva e imparcial sobre el proceso reparador, reconocimiento por el infractor de los elementos fácticos base del caso, voluntariedad y confidencialidad. VIDAL FERNÁNDEZ analiza las luces y sombras de la Directiva. Entre las primeras, destaca la necesidad de reforzar la información a las víctimas, la formación adecuada de profesionales y la conclusión de protocolos de actuación, aspectos en los que la Directiva ha dado un decidido salto cualitativo. Sin embargo, señala la autora como sombras la posible vulneración de la presunción de inocencia al imputado en relación a las excepciones a determinadas normas procesales, a la falta de normas comunes en la indemnización en caso de accidentes transfronterizos y en la inexistencia de un turno especializado de asuntos transfronterizos que cuente con letrados especialistas en la materia³³⁶.

En relación a esta Directiva, es obligado hacer mención a la norma nacional que supondrá su implementación en nuestro país, el Proyecto de Ley de Estatuto de la Víctima, actualmente en fase de presentación de enmiendas en el Senado³³⁷. En su artículo 15, “Servicios de justicia restaurativa” se establece la posibilidad de que las víctimas acudan a servicios de justicia restaurativa “con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito”. Es necesario cumplir ciertos requisitos: reconocimiento por el infractor de los hechos que determinen su responsabilidad, consentimiento de la víctima previa información exhaustiva e imparcial sobre contenido y resultados del procedimiento, consentimiento del infractor, que este procedimiento no suponga riesgo para la seguridad de la víctima y que no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

En cuanto a la jurisprudencia europea, debemos citar aquí algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que reflejan la preocupación a nivel europeo por extender la protección de la víctima a cualesquiera ámbitos jurisdiccionales en lo que pudiera encontrarse buscando una armonización de la normativa europea y las legislaciones nacionales.

Así, la Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia en el asunto 236/2009, de 1 de marzo de 2011³³⁸ incide en la protección al derecho de la igualdad de hombres y mujeres, al analizar la excepción de la directiva 2004/113 en la que se autorizaba a los estados a reconocer diferencias en función del sexo en las primas y prestaciones de seguros "cuando éste constituya un factor determinante de la evaluación del

³³⁶ VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Instrumentos procesales penales. Protección de las víctimas en el proceso penal” en JIMENO BULNES, M., *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Granada, 2014, págs. 153 a 173.

³³⁷

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000115*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000115*.NDOC.))

³³⁸ <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-g-sala-de-1-marzo-2011>

riesgo". Dice esta sentencia que “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, Rec. p. I-9895, apartado 23)”, por lo que declara inválido el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro por considerar que se está vulnerando la igualdad entre hombres y mujeres.

Viendo la enumeración y el catálogo de normas y de la jurisprudencia relacionada, se puede advertir que aparecen entremezcladas normas protectoras de la víctima con normas favorables a la mediación y normas que inciden en la resocialización del delincuente a través de mecanismos restaurativos. No es extraño, porque todos estos fines son intrínsecos a la Justicia Restaurativa, por lo que se puede concluir que en esta progresión protectora de la víctima y de sus derechos la adopción de medidas de Justicia restaurativa que atiendan a sus problemas y la apertura de miras dirigida a la mediación van de la mano en ese camino hacia la protección internacional de la víctima.

10.4. LA MEDIACIÓN Y LAS VÍCTIMAS

A modo de resumen y conectando la evolución de la normativa protectora de las víctimas y las potenciales posibilidades que la mediación tiene en este sentido, se puede decir que los beneficios de la mediación en lo relativo a las expectativas de la víctima son claros por su idoneidad para lograr su recuperación psicológica permitiendo la reparación del daño de manera real y efectiva.

Pero además, la mediación permite la reconciliación de la víctima con el infractor y con el sistema, de manera que quedan superadas en buena medida las deficiencias que se atribuyen a un sistema penal impotente para llegar a estos aspectos.

Por eso la mediación reparadora puede marcar la diferencia en un sistema que funciona por inercia y que se encuentra anclado en un contexto procesal adversarial obsoleto. La mediación vendría a cubrir el triple objetivo señalado por SÁEZ VALCÁRCEL, “la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria”³³⁹.

³³⁹ SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos...*, op. cit., Madrid, 2007, pág. 43. Además la Justicia Restaurativa según apunta MANZANARES SAMANIEGO incide sobre un aspecto relevante en relación con el victimario, puesto que ofrece la oportunidad al perjudicado por el delito de comprender la motivación del delincuente, llegar a conocer sus circunstancias y obtener en ocasiones una petición de perdón. Establece una relación personal entre víctima y victimario más allá de la iniciada con el delito que profundiza en motivaciones personales y conlleva una mejor comprensión de las vicisitudes personales del infractor, minimizando su estigmatización y favoreciendo su rehabilitación y su reconciliación con

En estos tres objetivos se sintetiza la finalidad de la mediación como herramienta de la Justicia reparadora en lo que a tratamiento de la víctima se refiere.

Sería conveniente en este sentido hacer una reflexión seria y con rigor contestando a unas cuestiones fundamentales formuladas desde el punto de vista de las víctimas y su tratamiento en nuestro proceso. En este sentido, SÁEZ VALCÁRCEL analiza algunas de estas cuestiones básicas, como por ejemplo si de verdad se puede decir en conciencia que se está ayudando a las víctimas cuando ni se las tiene en cuenta, ni se las escucha ni se respeta su voluntad, o si se puede decir en conciencia que se está ayudando a las víctimas si no se colabora a su efectiva reparación. Se formulan todos estos interrogantes para acabar concluyendo que actualmente el sistema penal desarrolla sus funciones de forma “poco humana, poco atenta a las necesidades de las gentes, muy autoritaria, poco flexible”³⁴⁰.

El problema además se acrecienta en determinados tipos de delito como los de violencia de género, agravados por una carga emocional y psicológica muy necesitada de una atención, escucha activa y respeto a sus decisiones actualmente inexistentes en los procesos penales por maltrato familiar.

Por eso los procedimientos de mediación se muestran más adecuados que el proceso penal para hacerse cargo de los daños morales y psicológicos que impiden a la víctima asumir el daño recibido y superarlo mediante técnicas comunicativas idóneas para ello.

En este punto según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, se situaría la conexión entre “conciliación, reparación y mediación” con el “redescubrimiento de la víctima” como base teórica fundamental de la nueva concepción de la víctima y su papel en el moderno Derecho Penal³⁴¹.

Por eso opina este autor que la toma en consideración de los derechos de las víctimas no puede plantearse de forma excluyente entre víctima, delincuente y Estado sino que siendo términos compatibles y complementarios han de ser “armonizados”³⁴².

Por último es necesario reflexionar acerca del tratamiento actual de las víctimas desde el punto de vista legislativo y de política criminal.

El hecho de que los poderes públicos hayan vuelto su mirada hacia las víctimas como resultado del desarrollo de la Victimología no puede ser

el medio social. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación...*, op. cit., Granada, 2007, págs. 18 y 19.

³⁴⁰ SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización...*, op. cit., Madrid, 2007, pág. 46.

³⁴¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología...*, op. cit., Valencia, 2005, pág. 637.

³⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., Valencia, 1999, págs. 308 y 309. Por tanto la dicotomía “Derecho penal protector de las víctimas versus derecho penal público” no es tal, por lo que se hace necesario superar la tradicional comprensión bilateral (delincuente-Estado) incluyendo medidas victimológicas, expresión no ya de “solidaridad social” sino de auténticos derechos de las víctimas. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, op. cit., pág. 314 y 323.

calificado con carácter absoluto como positivo. Precisamente por su instrumentalización (la de las víctimas y la de la supuesta atención y solidaridad de los poderes públicos con ellas) se produce como efecto contrario una radicalización de las políticas criminales protectoras de las víctimas. Esto contribuye a estigmatizar a las víctimas y a los delincuentes sin que por ello se fortalezca y prestigie el papel del Estado y de sus políticas criminales en materia penal y en su papel garante de la paz social.

GORDILLO SANTANA³⁴³ considera que el acercamiento adecuado pasa por un enfoque interdisciplinar del problema y una intervención en la víctima de carácter integral sustentada en tres pilares básicos: “la intervención, la investigación y la prevención”. Partiendo de una normativa global puede así atenderse a una cierta especialización basada en criterios racionalizadores y no dirigidos primordialmente a la satisfacción social de las ansias de venganza con el objeto de recuperar la estabilidad del sistema y el sentimiento de seguridad colectiva.

Sólo desde esta perspectiva pueden arbitrarse políticas criminales adecuadas por partir de una base de igualdad en la consideración de las víctimas para después pasar a atender sus necesidades, tipología y aspectos concretos y específicos de cada una de ellas.

Y en esas cuestiones de política criminal, qué duda cabe de que es necesaria la búsqueda de alternativas válidas y eficaces como respuesta a las demandas sociales de una justicia rápida, eficaz y duradera. Hoy en día existen multitud de experiencias mediadoras, proyectos piloto y protocolos en materia penal que tienen ya acreditado no sólo por el tiempo de desarrollo sino también por los resultados obtenidos un potencial que no debería ser desatendido por quienes son responsables de una política criminal necesitada de un cambio.

Ese cambio ha de ser meditado, responsable y eficaz. Pero ha de tomar en consideración, además, las demandas de la sociedad y las experiencias extraoficiales y voluntaristas que ya se están desarrollando con éxito en nuestro país.

Por ello la mediación ha de tener su espacio en las decisiones de política criminal que han de llegar en los próximos años. Es una necesidad sentida y reclamada por muchos sectores del ámbito jurisdiccional, doctrinal, práctico o institucional. Una necesidad que ha de ser atendida por cuanto puede suponer la diferencia cualitativa básica entre una Justicia Restaurativa bien intencionada, pero con falta de perspectiva y carencias estructurales importantes y una Justicia Restaurativa respetuosa con nuestro sistema jurídico-penal, pero además práctica, eficaz y pacificadora.

³⁴³ GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa...*, op. cit., Madrid, 2007, págs. 110 y 111.

11. LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE FAMILIA

11.1. CONCEPTO Y PERSPECTIVA LEGAL

La mediación familiar se puede definir, con PÉREZ-SALAZAR RESANO y RÍOS MARTÍN³⁴⁴, entre otros, como “aquel proceso voluntario de resolución de conflictos que tiene lugar en el ámbito del foro, propuesta por ambas o una de las partes de un conflicto o a sugerencia del Juez o Ministerio Fiscal, una vez presentada la demanda que inicia un proceso declarativo en materia de familia o de menores o en fase de ejecución de sentencia, y que se lleva a cabo por Equipos interdisciplinarios de profesionales expertos en técnicas de mediación, con la finalidad de lograr una solución pactada a los conflictos familiares, en beneficio de la continuidad familiar y del superior interés de los menores, así como la mejora en general de la comunicación y las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto”.

Según GARCÍA PRESAS³⁴⁵, el concepto de mediación familiar desde un punto de vista jurídico ofrece dos perspectivas. En primer lugar, se puede enfocar con “una visión jurídica positivista y formalista”, contemplándolo como un procedimiento dirigido a resolver un conflicto buscando un acuerdo legal y justo al que se llega tras un intercambio dialéctico moderado por un mediador profesional y neutral privado de potestad coercitiva, pero también se puede tener una “visión jurídica realista o iusnaturalista” que pone el acento en el sentido transformativo de la realidad, en virtud del cual dos personas se “centran” buscando una solución definitiva al conflicto que anule la espiral de violencia y venganza en que puede llegar a convertirse la situación de crisis matrimonial en que se encuentran.

En todo caso la mediación, y en esto coincidimos con la autora, debe ser definida a los efectos que se pretenden desde una perspectiva jurídica, como un “valor jurídico” con repercusiones en el proceso.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, define la mediación diciendo que es “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. Incluye la mediación llevada a cabo por un Juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el Juez competentes para conocer de él

³⁴⁴ PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C., RÍOS MARTÍN, J.C., y VVAA, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, 2007, pág. 45.

³⁴⁵ GARCÍA PRESAS, I., *La Mediación familiar...*, *op. cit.*, Madrid, 2009, pág. 145.

realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio” (artículo 2)³⁴⁶.

Resumiremos a continuación la historia de la mediación en el Derecho de Familia, cuya trayectoria en nuestro país está basada en una casuística que ha contribuido decisivamente a la configuración de esta herramienta como básica para la resolución de los asuntos de familia en este ámbito jurisdiccional desde una perspectiva práctica y eficaz.

En el campo específico del Derecho de Familia, la mediación constituye sin duda uno de los exponentes más claros de la evolución y consolidación de esta institución a lo largo de los años, porque desde su inicio en Estados Unidos y Canadá en ámbitos comunitarios y grupales reducidos hasta su reconocimiento por el sistema judicial, la mediación ha seguido un camino de asentamiento en la cultura social y jurídica de estos países decisivo para su implantación en la organización judicial, de manera que buena parte del germen de la mediación en estos países lo constituye la aplicación de este método a la resolución de los conflictos surgidos en el seno de la familia.

En este proceso ha sido de gran importancia tanto la valiosa aportación doctrinal e intelectual como la actividad de los denominados Centros Comunitarios de Mediación, porque suponen la base fáctica

³⁴⁶ Ya antes, la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros sin definir la mediación familiar decía que “trata de los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, que estén unidos por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinadas por la legislación nacional”, dejando a los Estados libertad para determinar cuáles son los casos que pueden ser tratados en mediación familiar (letras a y b del apartado “campo de aplicación de la mediación familiar, punto I. “Principios de la mediación familiar”, de la Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998. http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170001_6_1.pdf, pág. 2.

Lo cierto es que no existe consenso entre los autores para definir lo que debe entenderse por mediación familiar. Desde definiciones de mediación familiar que ponen el acento en su finalidad para resolver conflictos, mediación directiva (HAYNES, MARTÍNEZ MURGÚIA), hasta las que se fijan en una perspectiva más transformativa de la realidad con un punto de vista más terapéutico (MARINÉS SUARES), pasando por las que se refieren a su ámbito extrajudicial, (VILLAGRASA, VALL RIUS) y al uso de “técnicas no jurisdiccionales”, (BONAFÉ-SCHMITT) y las que directamente se decantan por su conceptualización desde el punto de vista de la actividad del tercero mediador (TORRES ESCÁMEZ) o se centran en el contrato de mediación con fundamento en la autonomía privada (TORRERO MUÑOZ) son muchos los autores que han tratado de fijar el concepto de mediación.

De cualquier manera póngase el acento en el resultado, en la actividad, en su perspectiva procesal o en la naturaleza psicológica y terapéutica de la mediación, cualquier definición es útil porque si bien no es posible abarcar en su conjunto un fenómeno tan complejo sí que contribuye a enriquecer la visión de la actividad de la mediación en el contexto social y jurídico actual.

Realiza un amplio recorrido por los distintos conceptos de mediación y su significación GARCÍA GARCÍA, L., en *Mediación familiar...*, op. cit., Madrid, 2003, págs. 55 a 60.

RODRÍGUEZ LLAMAS analiza por su parte las características de los tres modelos básicos de mediación aplicados al ámbito de familia, directiva, transformadora e intermedia y llega a la conclusión de que la diversidad de conceptos y metodologías que se manejan no constituye ningún inconveniente, sino más bien la oportunidad de “ofertar” el modelo de mediación más adecuado a las circunstancias de la familia en especial que elija este método para la resolución de sus controversias. Vid. su trabajo., *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Valencia 2010, págs. 246 a 260.

sobre la que pivota el reconocimiento de las técnicas de mediación familiar y su asentamiento en la cultura social del país³⁴⁷.

Así, la proliferación de los centros comunitarios de resolución de disputas familiares, la constante y evolutiva elaboración de programas de mediación y la lucha por la incorporación de las técnicas mediadoras al sistema legal han supuesto el fortalecimiento de la institución, siendo avalada por los resultados satisfactorios obtenidos en el ámbito del Derecho de Familia y por la extensión en varios estados de la exigibilidad de la mediación como fase previa en conflictos familiares o vecinales³⁴⁸.

En nuestro país es precisamente en el ámbito del Derecho de Familia en el que la mediación tiene una más amplia trayectoria. Tras la promulgación de la Ley 30/1981 de 7 de julio, pronto se advirtió la necesidad de adaptar el marco procesal civil a las peculiaridades de los procesos de separación y divorcio, en los que no se deben olvidar los aspectos psicológicos y afectivos derivados de la situación de ruptura personal y familiar, así como los relativos a la necesidad de extremar la atención y el respeto a los derechos de los menores.

La idea que subyacía en el análisis crítico de la Ley 30/1981 era la percepción de la necesidad de modificar todos aquellos aspectos legislativos que vinieran a prolongar el conflicto, acentuando la posición antagónica de las partes y el tinte culpabilizador del proceso cambiando el enfoque, no sólo para humanizar el proceso sino para conseguir un acuerdo eficaz y estable.

Muchos años después, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio analizaba la

³⁴⁷ Mucho antes, en el siglo XVI, ya se advierte en determinados grupos étnicos la necesidad de resolver las diferencias del grupo a través de la intervención de los más ancianos del grupo como una forma de mantener y conservar la unidad y cohesión interna del mismo. Los cuáqueros de Pennsylvania, por ejemplo, ya sometían a la decisión de árbitros la decisión de controversias relativas a conflictos comerciales o económicos.

El crecimiento económico y demográfico dio lugar a una diversificación y aumento de los conflictos cuya consecuencia fue la imposición de la idea de que los Tribunales y la solución judicial de las controversias suponían la vía de pacificación más útil y adecuada.

En cuanto a la mediación familiar y dejando atrás algunos antecedentes más remotos de la institución, en 1971 el abogado y consejero familiar de Atlanta COOGLER fundó la *Family Mediation Center*, centro privado de mediación pionero en prácticas de mediación familiar. Posteriormente crearía la Academia de Mediadores Familiares.

En 1976 la *Conferencia Pound*, organizada por la *American Bar Association* puso de relieve la insatisfacción social con la Administración de Justicia y el surgimiento de una corriente favorable a la creación alternativa de muchos y muy variados métodos de conciliación que configuran hoy en día un extenso abanico de métodos resolutorios alternativos o coadyuvantes a la jurisdicción.

Unos años después, el profesor JOHN HAYNES publicó la obra *Divorce Mediation. A practical guide for therapists and counsellors*, considerada el manual básico para el ejercicio de la mediación.

En la actualidad, el éxito de las técnicas de mediación familiar se traduce en Estados Unidos en la proliferación de leyes dedicadas a esta materia prácticamente en todos los Estados.

Ver como claro ejemplo de las peculiares características y reglamentación de la mediación familiar, el estudio que sobre la California *Family Code* realiza RODRÍGUEZ LLAMAS, S., en *La mediación familiar...*, *op. cit.*, págs. 39 a 42.

³⁴⁸ Para más información de la evolución de la mediación en Estados Unidos y Canadá, así como en el resto de países americanos, GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar...*, *op. cit.*, págs. 23 a 28.

necesidad sentida durante años (desde los primeros de andadura de la Ley 30/1981) de un cambio de mentalidad en esta materia al objeto de adaptar los procesos de familia a una nueva concepción más actual, tanto del matrimonio como de las consecuencias y regulación de los procesos para su disolución.

Así, se dice en la Exposición de Motivos que “el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales. Los Tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas. La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad”.

Eso no es sino la constatación de que en materia de familia era necesario un enfoque distinto porque, como decía la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil los procesos de familia responden más al principio no adversarial y al fin de pacificación del conflicto que a la tradicional concepción del proceso civil confrontativo, razón, junto con la especialidad de la materia por la que había concebido los procesos de separación y divorcio como “especiales”. Esto supone, en palabras de UTRERA GUTIÉRREZ “una pequeña *revolución* procesal sumamente beneficiosa para una mejor gestión judicial del conflicto de familia”³⁴⁹.

En esta línea, en el año 2005 se promulgó la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Se continúa potenciando el carácter autocompositivo en la gestión del conflicto entre las partes mediante la búsqueda del mutuo acuerdo y se da entrada de forma expresa a la mediación familiar en los Artículos 770.7 y 777.2³⁵⁰ al tiempo

³⁴⁹ Considera este autor que se han generado “nuevas perspectivas en la gestión judicial de los conflictos familiares” o un “nuevo divorcio” consecuencia fundamentalmente de estas modificaciones legislativas. Se responde así a una nueva concepción de esa gestión que ya venía precedida de una jurisprudencia adaptada a los nuevos tiempos y a una práctica judicial coherente con este nuevo contexto. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La Mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los Juzgados de Familia de Málaga” en SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización...*, op. cit., Madrid, 2007, pág. 264 y 265.

GARCÍA GARCÍA critica también la oportunidad desaprovechada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de introducir definitivamente la actividad mediadora en este ámbito procesal, si bien valora positivamente la continua referencia a la posibilidad de presentar convenios a lo largo de las distintas comparecencias a efectuar siguiendo el trámite procesal ante el Juzgado de Familia. GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar...*, op. cit., Madrid, 2003, pág. 95.

³⁵⁰ DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tres. Se introduce una nueva regla 7 al artículo 770 con la siguiente redacción:

que en la Disposición Adicional Tercera se anunciaba una futura ley de mediación³⁵¹.

Sin negar la valoración positiva de los aspectos mencionados de la Ley 15/2005, parte de la doctrina considera que de nuevo se ha desaprovechado la ocasión de efectuar una reforma a fondo del proceso de separación y divorcio adaptándolo a la nueva realidad social.

Por ejemplo, LORCA NAVARRETE³⁵² define esta reforma como “timorata”, considerando que al descausalizar la regulación del proceso de separación y divorcio, se debió reformar el mismo reduciéndolo al mínimo. Efectivamente, con esta nueva concepción del proceso matrimonial resulta ya superflua la fase probatoria dirigida a la acreditación de las causas de la ruptura conyugal. Por ello, deberían haberse dejado a la decisión judicial únicamente los casos de separación contenciosa por falta de acuerdo de los cónyuges en los aspectos personales y matrimoniales derivados de ella.

No deja de llamar la atención el hecho de que por un lado se trate de potenciar la mediación como método autocompositivo para resolver los conflictos conyugales de forma consensuada, y que por otro lado se insista en reconducir sin excepción a la vía judicial cualquier controversia en materia de familia, sea o no consensuada porque la excesiva judicialización con la que se regula esta materia, cuando las experiencias mediadoras ofrecen cauces alternativos coadyuvantes a la jurisdicción, de indudable eficacia, confirma la idea de que determinados conflictos familiares deberían encontrar solución por cauces extrajudiciales más rápidos, menos traumáticos para las partes y mucho más eficientes para la restauración de la paz familiar y la normalización de las relaciones familiares³⁵³.

7. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.

Seis. Se modifica el apartado 2 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo:

2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo”.

³⁵¹ DISPOSICIÓN FINAL TERCERA.

“El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

³⁵² LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley del divorcio de 2005 con especial referencia a la mediación familiar, San Sebastián, 2005, pág. 91.

³⁵³ Entre los conflictos familiares de que deben conocer los Tribunales se distinguen distintos niveles. Según RODRÍGUEZ LLAMAS, además del conflicto real puede distinguirse un conflicto “contingente”, un conflicto “desplazado”, un conflicto “mal atribuido” o incluso un conflicto “falso”. Todas estas percepciones del conflicto, que se refieren a circunstancias que pueden ser variadas o modificadas, argumentos de las partes que deforman el conflicto real para cargarse de razón en el proceso, atribución a un tercero de la responsabilidad en el conflicto o conflicto generado por malos entendidos o falsas percepciones, contribuyen a distorsionar el conflicto real que llega a los

A pesar de ello, el hecho de que se otorgue a la mediación un importante papel en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales, ha de valorarse positivamente. De hecho, su reconocimiento en la propia ley reguladora de los procesos de separación familiar ya resulta sumamente revelador.

Antes de la Ley 15/2005 ya existían en los Juzgados de Familia prácticas mediadoras con derivación de las partes al Servicio de Mediación en base al artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁵⁴.

Esta posibilidad no es más que la plasmación de una de las ideas básicas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, continuadora a su vez de las señaladas en la Ley 30/1981 de 7 de julio: es necesario entregar a las personas implicadas en el proceso de ruptura del matrimonio la facultad de decidir libre y voluntariamente la futura regulación de los aspectos fundamentales de la nueva situación porque además el carácter de la familia como institución básica de la sociedad no debe justificar un excesivo intervencionismo del Estado fundamentado en el orden público de esta materia, sino que en los procesos en materia de Familia debe primar el carácter individual y la autonomía privada de la reglamentación de la familia y de los procesos de ruptura matrimonial para regular los aspectos derivados de ella.

Por ello, con las limitaciones propias de cualquier materia de orden público, las prácticas mediadoras consiguen dar carta de naturaleza a la autonomía privada en la regulación de la separación y el divorcio como una consecuencia de la evolución histórica del Derecho de Familia en su

órganos judiciales. La consecuencia de ello es que la decisión del conflicto, con todas estas variables en juego no se corresponden con la realidad. Sin embargo, la mediación sí aparece más conectada con esa realidad dado que los encuentros y conversaciones entre las partes ayudan al mediador a identificar y aislar el conflicto real, neutralizar las interferencias sobre él y ayudar a buscar la solución ajustada más satisfactoria. RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España...*, op. cit., Valencia 2010, pág. 106.

³⁵⁴ Trascibimos este Artículo en su integridad dado que se refiere al “Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión, ”de manera que se concede a las partes un amplio margen de libertad para decidir sobre estos aspectos derivados de la ruptura conyugal, transigir y alcanzar un acuerdo independientemente de que dicho acuerdo sea homologado a posteriori por la autoridad judicial.

El punto 4 del artículo transcrito ha sido redactado por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial y se inscribe dentro del marco de redefinición y redistribución de competencias entre Juez y secretario judicial diseñado por la Nueva Oficina Judicial.

1. “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.
2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.
3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.
4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

proceso, no de privatización, sino de reconocimiento de una dimensión individual hasta hace pocos años desconocida³⁵⁵.

La Ley 15/2005 sigue esta línea pero, como ya hemos dicho, también es la constatación legal de una praxis judicial que ya venía desarrollándose, no sólo al amparo del artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también mediante determinadas experiencias mediadoras y proyectos piloto desarrollados por los Juzgados de Familia desde hacía un tiempo.

Ya en su Exposición de Motivos, la Ley 15/2005 reconoce que “de esta forma, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio” reservando la intervención judicial para cuando no haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas”.

Como vemos, la Ley 15/2005 utiliza ya de modo expreso la palabra “mediación”, llamando así a lo que se conocía como la “transacción judicial”³⁵⁶. Se trata de un paso cualitativo de indudable importancia hacia el reconocimiento explícito de lo que en la práctica judicial ya venía aplicándose desde hacía años. Por ello, a pesar de que el avance de la Ley de Enjuiciamiento Civil pudo ser calificado como tímido, se puede concluir que la plasmación legal de modo expreso de la mediación en la Ley 15/2005 es muy positivo porque supone el reconocimiento de un nuevo camino en la resolución de conflictos, que ya se venía utilizando en la práctica judicial.

Por otra parte, con esta regulación se daba entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la normativa europea en la materia, que desde hace años venía recomendando la mediación como alternativa a la vía judicial, no sólo en los procesos de familia, sino también en el ámbito mercantil y penal.

La Recomendación (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998 y la Directiva 2008/52 de 21 de mayo de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de las que hablaremos más adelante, son buena muestra de la importancia de estos movimientos y del reconocimiento que de ellos se hace en las instancias europeas.

³⁵⁵ RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España...*, *op. cit.*, Valencia 2010, pág. 146.

³⁵⁶ “DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica en los siguientes términos:

Tres.-Se introduce una nueva regla 7.^a al artículo 770 con la siguiente redacción:

«7.^a Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”. Véase BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, *op. cit.*, págs. 149 y ss.

En nuestro país la mediación ya se estaba empezando a sentir como la “asignatura pendiente” cuya introducción al menos en ciertos ámbitos y materias de nuestro sistema procesal, se consideraba necesaria. De hecho, ya el *Libro Blanco de la Justicia* del año 1998³⁵⁷ consideraba “fundamentales” las medidas dirigidas a dar entrada en nuestro ordenamiento de esos “mecanismos de transacción, tanto previos al proceso como intraprocesales”.

El *Libro Blanco de la Justicia* del Consejo General del Poder Judicial se refería a la necesidad de potenciar la mediación en los procesos de familia, proponiendo que el trámite por el que se intente el acuerdo de las partes se introdujera como fase previa obligatoria al inicio del proceso.

En consonancia con esta línea impulsora de la mediación años después, desde el propio gobierno de Juzgados y Tribunales comenzaron a elaborarse los distintos protocolos en esta materia elaborados por el CGPJ. Destaca el “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de los procesos de familia” elaborado en mayo de 2008 por los magistrados M^a Teresa Martín Nájera, Margarita Pérez Salazar y José Luis Utrera Gutiérrez y basado en la experiencia de años de varios Juzgados de Familia (Barcelona n^o 18, Madrid n^o 29, Málaga n^o 5, Palma de Mallorca n^o 12, Pamplona n^o 3, Sevilla n^o 7). Dicho protocolo trata de describir la mecánica para la implantación del Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial “tipo”. Se define en él la mediación diciendo que “no es tanto una alternativa al proceso como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia.”

A destacar también el cuadro de las páginas 5 y 6 del Protocolo en el que se comparan las soluciones y ventajas de una solución autocompositiva y consensual al conflicto con los efectos producidos por una solución contenciosa. Destaca también el anexo documental del protocolo en el que se contienen documentos de muy variada naturaleza: desde los dirigidos esencialmente a las partes, como el folleto divulgativo del Servicio de Mediación o la encuesta de satisfacción, hasta los de naturaleza procesal, como las resoluciones poniendo en conocimiento de las partes la existencia del Servicio de Mediación, acordando la suspensión del proceso o de la vista para remitir a las partes a mediación o convocando a las partes a la primera sesión informativa presencial, pasando por los documentos internos del Servicio de Mediación, como las fichas de derivación al Servicio de Mediación, sobre el resultado de la mediación...etc..

A este Protocolo le han seguido otros para la implantación de proyectos pilotos en determinadas ciudades: Palma, Alicante, Gijón u Oviedo entre otros. Si bien se trata de proyectos aislados y voluntaristas sí que indican movimiento e iniciativa en lo que a implementación de la mediación en los Juzgados de Familia se refiere.

³⁵⁷ *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998

Pero volviendo al tratamiento legislativo en nuestro país de los procesos de familia antes expuesto de la evolución normativa mencionada se pueden extraer varias consecuencias. La primera es que la falta de innovación en una materia que desde la Ley del 1981 debería haber experimentado una evolución paralela a la de la sociedad, a los cambios sociales en el matrimonio y la vida en pareja, al nuevo papel de la mujer en la sociedad y a otros aspectos sociales, económicos y jurídicos ha dado como resultado un regulación anacrónica de los procesos de familia.

GUILARTE GUTIÉRREZ habla, por ejemplo, de la necesidad de atender con criterios avanzados a determinados aspectos económico-patrimoniales del matrimonio que, tal y como están regulados en la actualidad, dan lugar a una “regulación impropia de una sociedad igualitaria y con arcaísmos legislativos que deben definitivamente desaparecer”³⁵⁸.

Por otra parte y por lo que se refiere a la ruptura conyugal o de pareja, la Ley 30/1981 adolece de una falta absoluta de interés o consideración hacia los aspectos psicológicos del conflicto en cuestión porque la regulación de los procesos de separación y divorcio se basaba en la culpabilización de uno de los cónyuges reforzando la concepción adversarial de este tipo de procesos³⁵⁹.

La decisión de poner fin al matrimonio o vida de pareja supone en cierta medida una revolución en los sentimientos y actitudes de la pareja, la mayoría de las veces alimentada por el medio jurisdiccional, porque a las diferentes versiones de cada una de las partes para justificar el deterioro de la relación se une la “pública exposición” de los aspectos más íntimos y privados de la pareja.

Las partes entran en un ambiente hostil y desconsiderado hacia ellas, tanto por el desconocimiento de su estado psicológico como por el excesivo formalismo y frialdad del trámite judicial. La consecuencia inevitable es que lejos de calmar tensiones y distender ánimos como paso previo a la adopción responsable y reflexiva de las decisiones personales, familiares y patrimoniales correspondientes, el ambiente judicial contribuye a enconar más los ánimos, añadiendo más daño al ya sufrido por las partes y familia.

³⁵⁸ La ley civil, según este autor, sigue determinando la continuidad de obligaciones de contenido matrimonial más allá de la ruptura basándose en una concepción de la familia y del papel de la mujer en ella y en la sociedad correspondiente a 1981. Eso unido a la actual inexistencia de consecuencias jurídico-patrimoniales para el causante de la crisis (extremo éste absolutamente contrario a los principios básicos del derecho contractual), hace que se pueda hablar de otro tipo de “violencia económica” distinto al ejercido por el hombre sobre la mujer en un contexto de violencia de género. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Consecuencias patrimoniales de la ruptura: la violencia económica” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, *op. cit.*, págs. 184 a 186.

La exigencia de atender a estos aspectos con criterios actualizados hace que se sienta, cada vez más, la necesidad de abrir al campo de visión a nuevos horizontes superadores de las deficiencias legislativas actuales.

³⁵⁹ Ciertamente es que la jurisprudencia suavizó estos inconvenientes generalizando como causa de divorcio la falta de *affectio maritalis*, pero la especialidad de los procesos matrimoniales así como el recurso y frecuente utilización de facto de la mediación hacían imprescindible la reforma de los artículos 82 y 86 del Código Civil con el objeto de acompañar la regulación jurídica de la materia con las exigencias y la concepción real y de hecho de los procesos matrimoniales.

De esta manera se crea el escenario idóneo para que el proceso de separación sea concebido por las partes, abogados y resto de intervinientes como una batalla en la que la privacidad y la intimidad de las partes se ven seriamente comprometidas arrastrando en la estrategia a los más indefensos que a la vez resultan ser los más perjudicados y manipulados: los hijos³⁶⁰.

A esta situación se suman otras circunstancias que confieren una sustantividad y características específicas a los procesos de familia. Por ejemplo, los conceptos jurídicos indeterminados usados (alimentos, guardia y custodia, derecho de visitas, etc.) hacen que el Juez goce de un amplio margen de discrecionalidad, con la consiguiente disparidad de respuestas judiciales en casos similares. Esto se traduce en un aumento de la inseguridad de las partes al enfrentarse a un medio hostil en el que las decisiones que se tomen pueden ser tan imprevisibles como desfavorables.

A esto se une la necesidad de contar con el dictamen de especialistas no jurídicos (psicólogos, pedagogos, etc.) que han de suministrar al Juez los conocimientos periciales relativos a los especiales intereses y necesidades en juego, lo cual hace que la forma de abordar este conflicto y darle solución sea especialmente complicada por la necesidad de abarcar aspectos distintos a los de un proceso civil tipo. El panorama actual es el de una evidente insatisfacción de los justiciables, por la respuesta judicial dada a este tipo de procesos y de la Administración de Justicia, consciente de que existen formas más adecuadas de resolver estos conflictos.

SÁEZ VALCÁRCEL³⁶¹ sintetiza las causas de la profunda insatisfacción que los procesos contenciosos de familia generan en los cónyuges debido a “la inadecuación entre el problema a resolver (conflicto familiar) y el instrumento que se utiliza (proceso contencioso)”, enumerando las características específicas de los procesos de familia que los diferencian del resto de procesos contenciosos: su distinta finalidad, la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se ocupan, el debilitamiento del principio de legalidad, la no coincidencia entre partes procesales y partes en conflicto y el carácter interdisciplinario del Derecho de Familia e intervención de profesionales no jurídicos.

Realizado este ejercicio de autocritica que reconoce la incapacidad de los procesos de familia tal y como están concebidos y regulados en la ley, para la consecución del fin de pacificación y solución adecuada del conflicto matrimonial, se hace necesario dar un paso más buscando soluciones que superen todos estos inconvenientes teóricos y prácticos.

³⁶⁰ Resulta muy expresiva la comparación del MEJÍAS GÓMEZ cuando comenta lo paradójico y frustrante que resulta constatar cómo el proceso y los órganos judiciales “no sólo actuamos como “extintor” sino que somos “la gasolina” que aumenta el fuego del conflicto”. *Vid.* su trabajo *Mediación familiar: sistema complementario y alternativo a la vía judicial*, Deliberación, Asociación Profesional de la Magistratura, núm. 8, octubre 2002.

³⁶¹ SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización...*, *op. cit.*, Madrid, 2007, pág. 261 a 263.

Es de justicia reconocer que en los últimos años se ha producido una evolución en la concepción de los procesos matrimoniales en un doble sentido. Existe en primer lugar un desplazamiento de la atención del legislador hacia una más adecuada regulación de los aspectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura matrimonial, en torno a la cual se puede decir que se advierte una cierta “concentración legislativa”.

Esto unido a una “desjurisdiccionalización” del matrimonio con una intervención del Juez más terapéutica y menos legalista -debido a la intervención en esta materia de especialistas en determinadas materias llamados al proceso para asesorar al Juez- nos lleva a concluir, con ESCRIVÁ-IVARS que en la actual regulación de los procesos matrimoniales se ha producido una “paulatina difuminación de la sanción jurídica, de las obligaciones jurídicas derivadas del matrimonio -los derechos y deberes conyugales- y una caracterización de los procesos matrimoniales más socializada y menos normativizada”³⁶².

La mediación trata de complementar y llegar a todos estos aspectos que la regulación procesal y civil no consigue abarcar. Actúa como catalizador, subsanando las deficiencias de comunicación entre las partes y proporcionándoles las herramientas necesarias para restablecer el diálogo, de forma que se saca a la luz en palabras de GARCÍA GARCÍA “el verdadero interés que subyace en la posición antagónica de las partes”³⁶³.

En la mediación cambia totalmente el escenario de la disputa, creándose un ambiente de colaboración y ofreciendo a las partes la posibilidad de decidir por sí mismas sobre los aspectos concernientes a su vida, hijos, familia o patrimonio. Aunque se trata de articular una nueva “autoorganización de la situación familiar” basada en el consenso plasmado en un acuerdo duradero, a veces no se trata ni de eso, puesto que lo que se busca es fomentar el diálogo y la comunicación dirigidos a gestionar y encauzar de manera adecuada la situación de ruptura conyugal³⁶⁴.

Como apunta la autora citada, las partes acuden al Tribunal culminando un largo camino de discusiones, desencuentros, deterioro de la relación, sufrimiento y dolor. Averiguar el interés oculto en las posiciones y actitudes de las partes (labor encomendada al mediador), es fundamental para conseguir ese proceso de exteriorización que después servirá para encauzar el diálogo en la dirección adecuada, todo ello dirigido al fin de conseguir el ajuste de las partes a su nueva situación y la aceptación de una nueva vida en la que las decisiones concernientes a los aspectos familiares más relevantes hayan sido tomadas por las partes mismas.

³⁶² ESCRIVÁ-IVARS, J., citando a NAVARRO VALLS en *Matrimonio y mediación familiar*, Madrid, 2001, págs.73 a 76.

³⁶³ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar...*, op. cit., pág. 72.

³⁶⁴ ESCRIVÁ-IVARS, J., citando a NAVARRO VALLS en *Matrimonio y mediación...*, op. cit., Madrid, 2001, págs.131 Y 134.

Por otra parte, seguimos a GARCÍA GARCÍA en este punto, el sometimiento a mediación permite a la pareja “tener la oportunidad de verificar, por sí misma, todas las hipótesis, antes de adoptar una decisión concerniente a su vida conyugal”³⁶⁵ de manera que la mediación enseña a las partes a afrontar la nueva situación responsabilizándose adecuadamente de los hijos y de las decisiones relativas a ellos. Queda claro, pues, el innegable potencial educador y sensibilizador de la mediación, porque supone un plan de aprendizaje y formación de las partes en la organización futura de la familia tras la situación de ruptura lo cual, a juicio de DE FRUTOS SÁNCHEZ ³⁶⁶ contribuye a reducir actitudes hostiles promoviendo “procesos de respeto” para resolver los conflictos.

Después de hacer un breve recorrido por el tratamiento jurídico-procesal del Derecho de Familia y de analizar la necesidad de dar un paso más para continuar con la línea aperturista (aunque tímida) hacia nuevas concepciones de la separación matrimonial, no podemos terminar este apartado relativo a la evolución y perspectiva legal de la Mediación Familiar en nuestro país sin referirnos al último paso dado. Con fecha 27 de diciembre de 2013 fue publicado en el BOE el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Este Real Decreto entró en vigor el 27 de marzo de 2014. Esta norma trata de desarrollar con una regulación “de mínimos” cuatro aspectos fundamentales de la Ley 5/2012, la formación de los mediadores, la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación y el establecimiento de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Hablaremos más adelante de todos estos aspectos, pero podemos avanzar que esta regulación ha sido demasiado genérica y que hubiera sido deseable un mayor grado de concreción con el objeto de dar impulso a la actividad mediadora, avanzando un poco más en su proceso de asentamiento en la actividad intrajudicial ³⁶⁷ porque esta regulación

³⁶⁵ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar...*, op. cit., Madrid, 2003, págs. 72 y 73. Concluye la autora lógicamente reclamando del poder político las adecuadas coberturas legales como respuesta a la demanda de la sociedad actual y a la especialidad de la materia objeto de una regulación ciertamente desconsiderada con los aspectos psicológicos y emotivos referidos.

³⁶⁶ DE FRUTOS SÁNCHEZ, P., “La mediación familiar. Principios fundamentales” en RUIZ MARÍN, M.J., *Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Madrid, 2005, pág. 291.

³⁶⁷ De hecho, y por poner un ejemplo, es de señalar que la Ley 5/2012, como observa UTRERA GUTIÉRREZ, no contiene una regulación específica de la mediación familiar, refiriéndose sólo a la mediación civil y mercantil. Es evidente que a pesar de eso la mediación familiar entra dentro del ámbito de aplicación de esta Ley porque el artículo 2.2 que habla de las materias excluidas no la menciona, pero hubiera sido deseable una mayor claridad y rigor terminológico continuador de la línea marcada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 15/2005, que introdujo los artículos 770.5º, 770.7ª y 777.2. Estos preceptos se refieren a la posibilidad de las partes iniciadoras de un proceso matrimonial contencioso de transformarlo en cualquier momento en uno de mutuo acuerdo, de pedir la suspensión del mismo para acudir a mediación y de incluir en el escrito iniciador del procedimiento el documento acreditativo de haber alcanzado un acuerdo en la misma, expresiones del interés del legislador de apostar por el acuerdo como forma idónea de conducir y terminar este tipo de procesos. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La Ley 5/2012 de

respondía a la necesidad de dedicar atención a los aspectos más relevantes y urgentes necesarios para el ejercicio de la profesión de mediador, pero se ha desaprovechado la ocasión para introducir nuevos aspectos carentes de reglamentación que dieran a la mediación el carácter integral que necesita para su plena implementación en nuestro país.

11.2. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como ya hemos apuntado anteriormente, esta materia se encuentra en creciente auge auspiciado por el llamamiento que tanto la comunidad internacional como el entorno europeo hacen para el empleo de esta forma alternativa de resolución de conflictos en el ámbito de la familia.

En nuestro país la mediación ocupaba hasta hace poco un lugar secundario en lo que se refiere a regulación por iniciativa legislativa estatal. A falta de esa legislación estatal homogénea han sido las Comunidades Autónomas quienes han llevado la iniciativa en el proceso de reconocimiento e implantación de la mediación en los procesos de familia.

Desde el año 2001 en que Cataluña promulgó su Ley de Mediación hasta el año 2011 con la Ley de Cantabria, último texto legislativo en materia de mediación que ha regulado la institución de la mediación familiar se han ido sucediendo diversas leyes de Comunidades Autónomas que hasta la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles constituían el único cuerpo legislativo en materia de mediación familiar de nuestro país³⁶⁸.

El resultado de esa regulación exclusivamente autonómica es un grupo de leyes de mediación que si bien tienen a su favor el componente enriquecedor derivado de esa diversidad, adolecen precisamente por esa dispersión legislativa de cierta falta de homogeneidad en los criterios.

La fundamentación para la asunción de la regulación de esta facultad de legislar que el Estado no ejercitaba estaba como observa

mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia”, *Diario La Ley*, nº 7996, Sección Tribuna, 8 Enero 2013, págs. 1 y 2. Dicho intento de acuerdo podrá tener lugar además en la comparecencia de medidas provisionales. El Artículo 773 remite en cuanto a la forma de llevar a cabo dicha vista, a lo previsto en el Artículo 771 para la comparecencia de medidas previas, entendiéndose que la función del Juez en dicha consecución de acuerdo no puede ser pasiva, sino que ha de “intervenir y promoverlo en la forma examinada”.

En el mismo sentido, SOLETO MUÑOZ insiste en la conveniencia de delimitar qué cuestiones de las decididas en mediación debe ser sometidas a control judicial y cuáles no. Por ejemplo, las cuestiones patrimoniales pertenecen al ámbito estrictamente privado, pero las relativas a los alimentos excepcionan dicha regla, por lo que en ellas será necesaria la supervisión y control judicial. En todo caso, estas cuestiones y otras como la regulación de la eficacia del acuerdo de mediación y los efectos de la mediación en el proceso deberían haber sido tratadas en la Ley 5/2012, cuyas referencias a la mediación familiar son francamente insuficientes. Véase su trabajo “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *Revista Eletronica de Direito Processual*, Volume III año 2009, pág. 7.

³⁶⁸ Véase el estudio de CUCARELLA GALIANA, L.A., “Violencia de género y mediación en la legislación autonómica” en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género y justicia*, Santiago de Compostela, 2013, págs. 767 a 788.

PÉREZ PUERTO ³⁶⁹ en los títulos competenciales autonómicos enumerados en el artículo 148.1.20 de la Constitución Española relativo a la asistencia social en relación con el artículo 41, en las competencias procedimentales o procesales connaturalmente accesorias a las competencias sustantivas de las Comunidades Autónomas, especialmente y con mayor extensión allí donde existe un derecho civil propio (artículo 149.1.6 y 9 de la CE) y en al artículo 39 del mismo texto para la mediación familiar al encomendar a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos e hijas cualquiera que fuese su filiación.

Además el proceso de reforma de diversos Estatutos de Autonomía en virtud del cual se han ido asumiendo por las Comunidades Autónomas nuevos títulos competenciales, ha hecho que éstas hayan comenzado a regular procesos de mediación y conciliación como modos alternativos de resolución de conflictos circunscritos a determinadas materias de competencia autonómica³⁷⁰.

RODRÍGUEZ LLAMAS distingue entre aquellas Comunidades con competencias asumidas en materia de Derecho Civil, que regulan la mediación como consecuencia de las competencias asumidas en asistencia y bienestar social, y que se refieren a ella en materia de Administración de Justicia ³⁷¹ y las Comunidades Autónomas que justifican su capacidad de legislar en materia de mediación basándose en las competencias que tienen atribuidas en materia de regulación de Derecho Civil que son Cataluña y Baleares.

Cataluña ha fundamentado esa legislación en la facultad que tiene constitucionalmente atribuida de desarrollo del derecho foral o especial catalán (artículo 149.1.8 de la Constitución), y más aún cuando antes del Código de Familia de Cataluña ya se habían regulado determinados aspectos (nulidad, separación y divorcio) que constituían la normativa básica de desarrollo autonómico.

Baleares sin embargo regula la mediación en base a la atribución competencial de la facultad de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil, materias no reservadas al legislador estatal y por tanto susceptibles de regulación autonómica.

³⁶⁹ PÉREZ PUERTO, A., “Mediación civil y Familiar en Cataluña (I)” en noticiasjuridicas.com/articulos/civil.

Por otra parte, La Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece en su Artículo 25.1 y 25.2.k):

“Artículo 25.

1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

(...)

k. Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.”

³⁷⁰ PÉREZ PUERTO, A., *op. supra cit.*

³⁷¹ RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España...*, *op. cit.*, pág. 197 y ss.

Dentro del segundo grupo, comunidades que legislan en materia de mediación en base a las competencias asumidas en materia de asistencia social, están la mayoría de Comunidades Autónomas que ya en las Exposiciones de Motivos de las leyes de mediación familiar justifican esas competencias y las fundamentan en los preceptos constitucionales que les atribuyen funciones en materia de protección de la familia, infancia y juventud, como Galicia, Valencia, Castilla- La Mancha, Castilla-León, Madrid, Asturias, País Vasco y Andalucía.

En el tercer grupo, que basa la regulación legislativa en base a las competencias asumidas en materia de Administración de Justicia, se encuentra la Comunidad Autónoma de Canarias. El fundamento para ello es entender que si bien la institución de la mediación tiene importantes beneficios de orden social también esos beneficios inciden en la Administración de Justicia, competente para ejecutar los acuerdos resultantes de la actividad mediadora.

Por regla general, la perspectiva desde la que se regula la mediación familiar en las leyes autonómicas presenta una doble vertiente: como medio de resolución de conflictos y como medida de apoyo a las familias.

La regulación de todas ellas es similar dado que en todas se hace referencia a la resolución de conflictos familiares derivados o no de la ruptura familiar basándola en el diálogo, el acuerdo y la toma de decisiones conjuntas consensuadas y orientadas a la superación de los intereses individuales en búsqueda del interés superior familiar y del de los menores.

Sin embargo, no se sigue el mismo criterio en las regulaciones autonómicas en lo relativo al alcance y significación de la mediación. Desde la idea de terapia familiar que se sigue en la ley gallega informada por la idea de intentar evitar la ruptura del vínculo familiar, hasta la ley madrileña que amplía el campo de acción a la prevención de cualquier conflicto interfamiliar, podemos encontrar un amplio abanico de posibilidades en las regulaciones autonómicas entre las que destacan las que priorizan las conexiones entre mediación y procedimiento contencioso -en Cataluña y Canarias regulan una mediación dirigida a evitar el procedimiento contencioso, mientras que en Castilla y León se incorpora el fin de reducir o minimizar el efecto del procedimiento contencioso-.

Podemos resumir el enfoque que se da, por regla general, a la mediación en nuestro país reproduciendo lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2006 de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Dice esta ley que su propósito es “encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja. La finalidad de la mediación familiar no está en evitar las situaciones de ruptura, sino la de aminorar las consecuencias negativas que se derivan de las mismas. Se diferencia así la mediación en el ámbito familiar de lo que son otras disciplinas más enfocadas a la vertiente preventiva y terapéutica de los conflictos”.

En cualquier caso debemos señalar tres características básicas comunes y recurrentes en la regulación autonómica de la mediación familiar.

En primer lugar, la adscripción de la mediación y de los servicios de mediación familiar a la red pública de servicios sociales de la Comunidad, por entender que se trata de un servicio incluido dentro del concepto genérico y amplio de asistencia social.

En segundo lugar, el objeto de regulación de la mediación es muy amplio, extendiéndose no sólo a los conflictos familiares relativos a la ruptura matrimonial, sino también a cualesquiera conflictos y problemas de convivencia surgidos en el seno de la familia y necesitados del desarrollo de las capacidades comunicativas de las partes para llegar mediante el diálogo al consenso. Incluso en algún caso, como ocurre con la Ley de Mediación Familiar de Andalucía se va más allá y se incluyen dentro del ámbito de actuación cuestiones mucho más difusas, como el derecho del miembro de la familia a investigar sus orígenes.

Por último, la tercera nota común se refiere a los límites de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la materia. En aquellas autonomías con competencias transferidas en la materia (y más aún en aquellas comunidades con Derecho Civil sustantivo propio), los servicios de mediación intraprocesal tienen un radio de acción más amplio, incluyendo cuestiones procesales y jurídicas.

Sin embargo las Comunidades Autónomas sin competencias transferidas en materia de Justicia han de reducir la actuación de la mediación familiar a cuestiones relativas a conflictos familiares sin implicaciones procesales ni jurídicas y con remisión a la normativa general estatal en materia de mediación familiar dentro del ámbito del proceso de familia.

En cualquier caso la diversidad de títulos competenciales en los que las comunidades autónomas han justificado la atribución de competencias legislativas en la materia ya es indicativo de la heterogeneidad con que se ha regulado esta materia.

Independientemente de que en todas están presentes las notas de voluntariedad y confidencialidad, en poco más se pueden apreciar coincidencias o semejanzas, de manera que se hace necesario uniformizar esta materia mediante una legislación estatal que recoja los principales aspectos regulados en las distintas leyes de mediación familiar autonómicas.

Haciendo un breve recorrido por las Leyes Autonómicas de Mediación, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña dice en su Exposición de Motivos que “la presente Ley recoge y canaliza todas estas experiencias con la finalidad de institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar, que encaja perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico porque la mediación familiar devuelve a las partes el poder de decisión para resolver la crisis del matrimonio o de la unión estable de pareja, o las desavenencias del padre y la madre en relación con los hijos comunes menores de edad o discapacitados y los otros conflictos familiares que prevé la Ley en

materia de alimentos y de tutela, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, uno de los principios generales que informan el derecho civil de Cataluña, y favorece las soluciones pactadas, en la línea del pactismo, que constituye otra nota característica de la mentalidad y de la concepción jurídica del pueblo catalán”, de manera que configura la mediación, que también se aplica a la Ley 10/1998, de 15 de julio sobre Normas Reguladoras de las Uniones Estables de Pareja en Cataluña como un elemento para resolver la crisis matrimonial mediante la autonomía de voluntad de las partes, utilizando un concepto amplio y extrajudicial en el que el objeto es la solución al conflicto mediante la solución pactada entre las partes.

En 2008 se añadió un artículo a la Ley 1/2001 por medio de la Disposición Adicional Octava de la Ley del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista ordenando la no iniciación o la interrupción del proceso de mediación en caso de que estuviera implicada una mujer objeto de violencia.

La regulación vigente en materia de mediación familiar la constituye la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado. Esta ley amplió los supuestos de mediación familiar e introdujo la mediación civil para gestionar conflictos surgidos de la convivencia ciudadana y social y otros conflictos de carácter privado en los que las partes deban mantener relaciones en el futuro. De esta forma, la mediación adquiere tintes más sociales, pudiendo resultar muy útil, por ejemplo para resolver los conflictos derivados de las relaciones de vecindad, asociativas o colegiales, también en los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar o en las disputas familiares para las sucesiones.

El 14 de julio de 2010, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que potencia la mediación como forma de resolución de conflictos en el ámbito familiar. Esta Ley ha sido modificada por la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, de Simplificación y Mejoramiento de la Regulación Normativa.

Destaca asimismo el *Libro Blanco de la Mediación*, editado por la Generalitat de Cataluña y dirigido por POMPEUCASANOVAS, JAUME MAGRE Y M^a ELENA LAUROBA, en el que se establecen las bases y marco jurídico de la mediación en Cataluña³⁷².

Por lo que se refiere a experiencias mediadoras, el programa de mediación familiar de la Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, dependiente del Departament de Justícia se encarga actualmente de dar soporte a los órganos judiciales que llevan a cabo la mediación en Cataluña. El programa se dedica a la mediación intrajudicial en tres áreas: jurisdicción civil, penal y de menores.

³⁷² Información extraída de la página web de la Generalitat de Cataluña

http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/lilibres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf

En cuanto a Galicia, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar contiene una especialidad que la diferencia del resto de leyes de mediación autonómica, dado que se regula la mediación como una forma de lograr la reconciliación entre los cónyuges. Precisamente por eso, se ha afirmado repetidamente por la doctrina que precisamente por entender la mediación como el camino hacia la reconciliación de los cónyuges es la ley conceptualmente más alejada de la noción de mediación que se viene manejando en los textos legislativos.

La experiencia práctica en materia de mediación la constituye el Programa de Orientación y Mediación en situaciones familiares problemáticas, creado al amparo del Plan Integral de Apoyo a la Familia de la Xunta de Galicia, pero hemos de decir que el hecho de confundir mediación con terapia matrimonial debe valorarse negativamente, por desvirtuar la esencia y fin de la mediación y apartarla de las ADR instrumentalizándola al servicio de unas finalidades que no son intrínsecas a este instrumento restaurativo y que pueden ser cumplidas por otras instituciones.

En la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana se evidencia un gran paralelismo con la ley catalana. El concepto de mediación que da en el artículo 1.1 es el que más cerca está de concebir la mediación como un proceso, complementario y no alternativo a la vía jurisdiccional por las funciones asignadas a este método, esto es, la búsqueda de soluciones, la recomposición del núcleo familiar o la minimización de los efectos de la ruptura y el fomento de la autonomía y libre capacidad de las personas para decidir sobre su futuro. Esto ha de contemplarse de forma muy positiva, porque consideramos que perfecciona la dicción de la Ley de Mediación catalana al introducir el elemento de complementariedad con el proceso jurisdiccional centrando así el concepto intrajudicial de la mediación familiar.

Completan la regulación la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, la Ley 12/2007 de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 12/2008, de 3 de julio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad Valenciana y la Ley 13/2008, de 8 de octubre reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar.

La experiencia mediadora valenciana se remonta al año 1996, en que se puso en marcha el Programa de Mediación Familiar reconocido y apoyado por la Generalitat Valenciana. Este proyecto de mediación fue perfeccionado con la creación de la Dirección General de la Familia y Adopciones, que amplió el objeto del mismo a labores de orientación.

Actualmente la Associació d'Operadors Familiars i Socials de la Comunidad Valenciana trabaja en la comunidad desarrollando tres programas: uno de orientación familiar, otro de mediación familiar y otro de atención a familias en situaciones de violencia interna. Se dedica a la mediación, orientación y atención a situaciones de conflictividad o ruptura matrimonial, así como a impartir formación en materia de mediación no sólo familiar, sino también educativa y social.

En Canarias, la Ley 15/2003 de 8 de abril, de Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Canarias da un concepto de mediación prácticamente idéntico a la Ley Valenciana.

Esta ley fue reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, que amplía el ámbito de la mediación a conflictos surgidos en el seno de la familia, así como a los relativos a la protección de discapacitados o a los conflictos entre menores de acogida y familias de acogida.

El Centro de Orientación Familiar de Canarias lleva a cabo desde hace años una labor de orientación e intervención familiar, de mediación familiar y escolar así como de formación en mediación a través de la Escuela Canaria de Prácticas en Mediación Familiar. El servicio de mediación familiar que prestan está subvencionado en parte por la Dirección General de Protección del Menor y la Familia del Gobierno de Canarias.

En Castilla-La Mancha, la Ley 4/2005 de 24 de mayo del Servicio Social especializado de Mediación Familiar goza de una altísima consideración entre todas las leyes autonómicas dedicadas a la mediación familiar.

La mediación familiar se configura aquí como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia, cuyo objeto sería el asesoramiento familiar, según el artículo 11 de la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Esta norma reconoce junto a la gestión directa de los recursos sociales como servicios públicos, la obligatoriedad de colaborar con la iniciativa social privada e instituciones sin fin de lucro en la satisfacción de las demandas de los ciudadanos.

En desarrollo de esta previsión se dictó la Ley 3/1994, de 3 de noviembre, de Protección de los Usuarios de Entidades, Centros y Servicios Sociales en Castilla-La Mancha, a cuyo régimen jurídico se remite la presente norma cuando la mediación familiar se preste por entidades no públicas, pero que pueden ser consideradas en esta materia y actividad como un servicio social especializado.

De nuevo vemos aquí mucha presencia del carácter social de la mediación familiar desvinculado de la mediación intrajudicial, lo cual, si bien es socialmente beneficioso contribuye a confundir las esferas intra y extrajudicial de la mediación. De hecho, el artículo 10 de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas y el artículo 16 del Decreto 38/2002, de 12 de marzo, dictado en aplicación de la misma imponen a la Administración Regional la obligación de ofrecer gratuitamente programas de mediación familiar cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, y se centran en la labor de la mediación como forma de asesoramiento familiar, tanto en casos de ruptura familiar como en casos de dificultades en la convivencia.

Además, el 12 de febrero de 2015 se ha aprobado por el Parlamento de Castilla-La Mancha por unanimidad la Ley de Mediación para resolver conflictos en Castilla-La Mancha, que incluye tres tipos de mediación: familiar y social, mediación para el conocimiento de los orígenes en la

adopción; y mediación judicial con menores infractores, constituyendo el único instrumento normativo único sobre Mediación en España³⁷³.

La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León regula la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial sin efectos procesales. La novedad que diferencia a esta Ley de las restantes autonómicas es la regulada en el Título VI de la Ley, relativa a la posibilidad de que los profesionales de la mediación formen si lo estiman oportuno, Equipos de personas mediadoras.

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley “Se pretende, a través de esta figura de carácter voluntario motivar el apoyo necesario entre los distintos profesionales mediadores con el objetivo de buscar la mayor complementariedad. Con ello, la Ley pretende facilitar, a través de la inclusión de los profesionales mediadores en Equipos, la creación de relaciones y búsqueda de apoyos entre los mismos”. Además, por Orden de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades 1033/2007, de 30 de mayo se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal de Mediadores Familiares.

Su regulación completa se remite al desarrollo reglamentario (el Decreto 50/2007, de 17 de mayo, aprueba el Reglamento de Mediación Familiar), estableciéndose en la norma legal los aspectos más generales relativos a su organización, funcionamiento y estructura. También se confecciona en la Ley un catálogo de derechos y deberes de las partes en conflicto.

RODRÍGUEZ LLAMAS fija su atención en el llamativo detalle de la falta de referencia a la solución contenciosa o judicial del conflicto familiar al regular las finalidades inherentes a la mediación, dado que la Ley atribuye más importancia a la capacidad transformativa del conflicto facilitando la comunicación entre las partes de manera que se alcance ese acuerdo transformativo de la realidad del conflicto. Ésta es precisamente la finalidad fijada en el artículo 1 de la Ley cuando dice que el objetivo de la mediación es “crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa”.

Por Orden 1495/2007, de 14 de septiembre se desarrolla el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar respecto a la mediación familiar gratuita.

A esta legislación hay que añadir la Ley 1/2007, de 7 de marzo de Medidas de Apoyo a las Familias de la Comunidad de Castilla y León, que en su artículo 19 establece la obligación de la Comunidad de promocionar la actividad de mediación en casos de ruptura familiar mediante una adecuada labor de información y favorecimiento de su uso.

En cuanto a experiencias mediadoras en Castilla y León, desde el 11 de abril de 2011 funciona en Valladolid la primera experiencia piloto en una Comunidad Autónoma no transferida en materia de mediación familiar. En ella un Equipo de mediadores ayuda a las partes en procesos

³⁷³ <http://www.castillalamancha.es/actualidad/notasdeprensa/aprobada-por-unanimidad-la-ley-de-mediacion-para-resolver-conflictos-en-castilla-la-mancha>

de separación con hijos menores a regular los aspectos relacionados con el proceso. Junto con Palencia y León, son las únicas provincias de la Comunidad en la que existen Juzgados de Familia que ofrecen mediación, lo cual demuestran el escaso grado de implantación de que goza aún la mediación en la Comunidad Autónoma con mayor número de provincias de nuestro país³⁷⁴.

En las Islas Baleares, la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar, vigente hasta el 5 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares concebía la Mediación Familiar como un servicio privado, adoptando la figura del contrato de mediación y regulando la institución desde la perspectiva del ámbito jurídico privado, presentando por tanto un contenido que le diferenciaba y separaba de las restantes leyes, dado que prescindía de la regulación del proceso de mediación para dedicarse a los aspectos de la institución relativos al Derecho Civil.

Posteriormente en la vigente Ley se pasa a adscribir el servicio de Mediación Familiar a la red pública de servicios sociales, sin perjuicio de las iniciativas privadas que pudieran surgir dentro del ámbito de aplicación de la Ley, completándose la regulación con la Ley 17/2006 de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Islas Baleares.

Del resto de Comunidades Autónomas, resta señalar que la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, está basada en la experiencia del Juzgado de Familia nº 22, en funcionamiento desde el año 1996. En Madrid, las experiencias mediadoras se habían iniciado con la puesta en marcha de dos servicios subvencionados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Destaca el Servicio de Mediación Familiar de la Unión de Asociaciones Familiares -UNAF- que actúa desde el año 1990 mediante un convenio-programa suscrito entre el Ministerio de Asuntos Sociales y la UNAF. Desde hace unos años, el Ayuntamiento de Madrid participa en el Proyecto de implantación de la Mediación Familiar Intrajudicial en España, impulsado por el Consejo General del Poder Judicial, que se realiza en distintos Juzgados de Familia de la capital así como en otros de distintas ciudades españolas, pero esta ley incide en la idea de dirigir la mediación hacia el fortalecimiento de las vías de comunicación en la búsqueda de acuerdos consensuados.

La Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, configura la mediación familiar como servicio social, de manera que no se establecen disposiciones civiles y procesales remitiendo a la normativa estatal lo relativo a la regulación de la mediación en el ámbito judicial, pero se recoge con especial atención la necesidad de que se regule un procedimiento sujeto a normas flexibles, no rígidas, por lo que se establecen normas mínimas de funcionamiento y

³⁷⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion-Familiar>

principios de actuación básicos de la mediación sin ningún tipo de formalismo procedimental.

En el País Vasco, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, regula un servicio de mediación en el que El País Vasco es pionero.

El primer servicio de Mediación a la familia en España fue creado en San Sebastián en 1988. El proyecto de prestación de un Servicio de Mediación a la Familia en Conflicto de Pareja nació con la finalidad de estudiar los problemas derivados de la ruptura matrimonial proponiendo las soluciones más adecuadas a cada caso. Este servicio piloto ha funcionado hasta el año 1996, fecha de creación del Servicio de Mediación Familiar, que posteriormente cambiaría su denominación por la de Servicio de Mediación Intrajudicial. Este Servicio dependiente del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco desde enero de 2011 no solo presta su labor en la jurisdicción familiar, sino que se prevé su despliegue progresivo a otras jurisdicciones, como la penal o social, encontrándose en estos momentos en una fase de definitiva implantación fruto del esfuerzo gubernativo e institucional enmarcado en la línea receptiva a la mediación del Gobierno Vasco.

En cuanto a Navarra, La Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres encomienda a la mediación la tarea de resolver las diferencias de los progenitores en esta materia con el fin de llegar a un acuerdo.

Navarra no tiene ley de mediación, pero la Ley Foral 22/2002 se refiere en similares términos al ofrecimiento de programas gratuitos de mediación. Asimismo en el artículo 2 del Capítulo IV se define la Mediación Familiar como “la intervención de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico dirigido a la solución de conflictos”, de manera que se consolida la idea de identificación de la mediación como instrumento colaborador con el ámbito judicial en procesos de familia.

La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón se refiere en su Exposición de Motivos a sus antecedentes, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la comunidad el derecho universal de acceso a los servicios sociales, como modo de fomentar la mediación.

Resulta trascendental en este sentido la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, aprobada por las Cortes de Aragón, y considerada pionera en aspectos fundamentales del Derecho de Familia. Esta Ley señala en su preámbulo que la mediación familiar es un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura.

Esta Ley estuvo vigente hasta el 23 de abril de 2011, porque se establecía un régimen provisional de mediación familiar hasta la entrada en vigor de la Ley de Mediación Familiar. Esto tenía su fundamento en que, como dice su Exposición de Motivos “el objeto de la Ley 2/2010 es

regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, entendiéndose, por tanto, que la mediación familiar debía comprender únicamente los conflictos familiares referidos a rupturas de parejas con hijos menores de edad. La corriente internacional actual, al igual que están haciendo numerosas Comunidades Autónomas, apuesta por una extensión de la aplicación de la mediación familiar a cualquier conflicto surgido en el ámbito de las relaciones familiares, considerando el objeto de la mediación de forma amplia”.

Asimismo, por Decreto 31/2004, de 10 de febrero se crea el Observatorio Aragonés de la Familia.

En Murcia, en el año 2010 se ultimó el borrador para la Ley de Mediación Familiar de la Región de Murcia. A día de hoy está pendiente de aprobación el proyecto de Ley de Mediación Familiar. Mención especial merece la implantación en esta Comunidad en septiembre de 2012 de la Nueva Oficina Judicial con carácter pleno y extendido a todas las jurisdicciones. En el seno de este proyecto se ha incluido dentro del Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento la Unidad de Mediación Intrajudicial en Murcia (UMIM), en la que se recogen las experiencias piloto de los Juzgados de la Comunidad, lo que la convierte en el primer servicio de mediación intrajudicial incorporado de forma reglada a la organización judicial en el ámbito de la Nueva Oficina Judicial.

En Andalucía, la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía se refiere a la mediación familiar como “el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto”.

La Rioja carece de ley de mediación, aunque funciona el Servicio de Mediación Intrajudicial, que bajo la denominación Servicio de Orientación y Mediación Familiar es gestionado por la Red de Servicios Sociales Básicos del Gobierno de La Rioja.

En Cantabria, La Ley 1/2011 de 28 de marzo de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria se caracteriza por tener una clara vocación integral y utilitarista que pretende, como reza su Exposición de Motivos abarcar el aspecto integral de esta institución como forma de resolver amistosamente los conflictos y de descargar de asuntos a los órganos judiciales de esta Comunidad Autónoma. Por su parte, Extremadura tampoco cuenta con ley de mediación familiar, pero desde hace poco tiempo funciona el Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial, dependiente del Instituto Municipal de Servicios Sociales (IMSS).

De todo este estudio sistematizado podemos concluir diciendo que el denominador común de todas las leyes de mediación autonómicas, independientemente del título competencial en virtud del cual regulan la mediación identifica la mediación como el cauce extrajudicial de

resolución de conflictos en el ámbito familiar dirigido a la resolución del conflicto dentro de un marco de diálogo y de consenso. Excepto la ley gallega, que lo identifica como terapia familiar, o la ley catalana, más imprecisa en la definición de los contornos, se puede decir que la regulación autonómica de la mediación familiar contribuye a favorecer la resolución de conflictos familiares por la vía extrajudicial, lo cual ha de ser valorado positivamente por permitir superar los obstáculos derivados de la crisis familiar antes de que el conflicto termine ante los órganos judiciales.

Esto constituye una de las principales ventajas de la mediación familiar, y creemos que fortalece las capacidades comunicativas y responsabilizadoras de las partes, por lo que deben contemplarse positivamente no sólo por la significación social que supone, sino también por la contribución útil que se realiza al llenar el vacío legislativo existente hasta hace poco en la jurisdicción de familia arbitrando cauces de diálogo en asuntos de familia fuera del ámbito judicial que en su día pueden alcanzar en esta sede soluciones satisfactorias.

11.3. PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS-PROCESALES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

11.3.1. Objeto de la mediación familiar

La finalidad de la mediación familiar debe ser delimitada de forma rigurosa, de modo que quede perfectamente contextualizado, tanto el marco en el que nos movemos como las posibilidades de la mediación en su seno.

Según ORTEMBERG³⁷⁵ la delimitación del objeto de la mediación precisa concretar dos aspectos: el contexto histórico y la consagración de los principios de igualdad y libertad materializados en el contrato, y el carácter generador de una Ley, dado que por Ley ha de regularse la resolución de los conflictos familiares a través de la mediación.

El principio de seguridad jurídica así lo exige por encontrarnos ante una materia de Derecho Privado tan amplia y susceptible de afectar a derechos y materias indisponibles que se hace imprescindible partir de una regulación homogénea de materias y asuntos a fin de reducir la dispersión legislativa actual.

La mediación puede referirse a cualesquiera materias familiares de libre disponibilidad susceptibles de ser reguladas por las partes de común acuerdo, siempre que no sean contrarias a las leyes o buenas costumbres, (artículo 1328 Código Civil), a la igualdad de derechos entre los cónyuges (artículo 14 CE), que no contravengan normas imperativas, prohibitivas o sustraídas a la voluntad de las partes, que no sean contrarias al interés u orden público o en perjuicio de terceros (artículo 6.2 CC) y que no versen sobre aspectos fuera del comercio (artículo 1271.1 CC) o sobre alimentos o herencias futuros (artículo 151 y 1271.2 CC). Estas materias se refieren a conflictos familiares (entre los que se suele especificar por las leyes autonómicas los conflictos por razón de alimentos entre parientes, herencias o sucesiones, o relacionados con la empresa familiar, en relación con descendientes y su derecho a relacionarse con su parientes, allegados, su familia de origen en caso de acogimientos...).

Deberían incluirse todas aquellas materias relativas a conflictos familiares susceptibles de resolución dialogada y posterior homologación judicial.

ORTUÑO MUÑOZ, a quien seguimos en este punto, enumera los distintos ámbitos de acción en el campo de la mediación familiar que pueden constituir su objeto³⁷⁶:

- 1.- Mediación y crisis de pareja.

A pesar de que desde la reforma de la ley del divorcio se ha eliminado la obligatoriedad de acreditar una causa justificadora del mismo eliminando la concepción de “separación – divorcio sanción”, en

³⁷⁵ ORTEMBERG, O.D., *Mediación familiar...op. cit.*, págs. 111 y 112.

³⁷⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Mediación Familiar”, en GONZÁLEZ POVEDA, P.,Y GONZÁLEZ VICENTE, P., *Tratado de Derecho de Familia.... op. cit.*, págs. 1130 a 1145.

un proceso de mediación las razones de la ruptura han de ser necesariamente introducidas en el proceso mediador. Estas circunstancias afectan a la situación actual, pasada y futura de la pareja, a su percepción del conflicto y a la disponibilidad de las partes a encontrar una solución.

Siendo éstos factores que quedan fuera del ámbito de lo jurídico y que no tendrían ya cabida en un proceso judicial, son claves fundamentales para entender el conflicto o crisis y las actitudes de las partes en un contexto de mediación. Por ello se puede decir que la mediación es más amplia y por tanto más completa por abarcar aspectos psicológicos y sociológicos a los que la jurisdicción no llega.

2.- Mediación y ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad definida en el artículo 154 del Código Civil, ha sufrido una importante evolución que ha afectado hasta a su denominación, actualmente sustituida por la de “responsabilidad parental.”

El contenido de este concepto se recoge en el Reglamento (CE) 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en el artículo 2: “... 7) responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita; 8) titular de la responsabilidad parental, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor.”

Todos estos aspectos son los ejes fundamentales sobre los que la mediación debe actuar. Tratándose de una de las principales fuentes de desacuerdos entre los cónyuges e incumplimientos de resoluciones judiciales es una de las materias sobre las que la mediación tiene más amplio margen de acción, más posibilidades de alcanzar un acuerdo en aras a la búsqueda del interés de los hijos y más garantías de un cumplimiento voluntario de dicho acuerdo.

3.- Mediación, paternidad, maternidad y relaciones familiares.

Materia de *ius cogens*, es decir, de derecho imperativo, por lo que en ellas no existe una capacidad de maniobra y de autonomía de la voluntad de las partes.

4.- Mediación y vivienda familia.

Campo de trabajo especialmente importante, ya que la atribución de la vivienda familiar o los derechos sobre la misma a uno de los cónyuges suponen una fuente de conflictos que contribuye a radicalizar el problema.

5.- Mediación y pensiones alimenticias.

El concepto de alimentos establecido en el artículo 142 del Código Civil es amplio, indeterminado y sujeto además a modificaciones

temporales dependiendo de las variaciones en el poder adquisitivo, los ingresos y gastos del alimentante o las necesidades del alimentista.

6.-Mediación y aspectos patrimoniales del divorcio.

Dado que este suele ser uno de los temas más espinosos en los procesos de separación, es conveniente que en la mediación se cuente con profesionales especializados en la materia que puedan orientar a las partes en el proceso de acuerdo respecto a los aspectos económicos del divorcio.

7.-Mediación y violencia doméstica.

Según ORTUÑO MUÑOZ, “la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género prohíbe expresamente la mediación en su artículo 44, cláusula que se incluye en el artículo 87 ter 4 LOPJ, cuando exista violencia. Sin embargo, esta prohibición habría de interpretarse de acuerdo a la propia Ley. Así, decimos que primero habrá de verse el grado de violencia en el que se prohíbe la mediación, ya que la escala es amplísima, y en segundo lugar habrá de dejar vía libre a la utilización del proceso de mediación cuando los especialistas lo aconsejen y sea llevada a cabo por ellos o en la fase de cumplimiento de la pena, cuando la víctima ejercite su derecho a participar en el mismo.

Junto a ello hemos de decir que legalmente sí es posible que las partes finalicen consensuadamente su relación, presentando para su aprobación y homologación judicial el convenio regulador. Esto puede ocurrir porque en todo momento ambas partes gozan de asesoramiento legal, ya sea de libre contratación o por el beneficio de la justicia gratuita. Esta homologación ha de estar precedida por un informe favorable del Ministerio Fiscal al respecto, la ratificación es personal, ante funcionario judicial y ambas partes por separado, lo que también son garantías del mismo”.

8.- Mediación y crisis intergeneracional.

La mediación tiene aquí un campo de cultivo enorme, pues la extrapolación de estos conflictos al ámbito judicial es contraproducente en todos los sentidos y para todos los implicados, incluso para la sociedad en sí misma, como por ejemplo en los casos de empresas familiares y el relevo generacional que en ellas se produce, llegando incluso a desaparecer.

9.- Mediación y discapacidad.

Este ámbito de actuación de la mediación merece una especial atención, ya que son supuestos en los que existe una persona con algún grado de discapacidad física o psíquica, y donde en la mayoría de los casos lo que preocupa a la familia, y por lo que se litiga, es por la administración de los bienes del discapacitado, y quién y qué cantidad ha de pagar para el cuidado del discapacitado, olvidando en gran medida a la persona, y dándole mayor importancia al tema económico.

Las técnicas de mediación se dirigen a disminuir la tensión buscando puntos de acuerdo, generalmente comenzando con temas periféricos y minimizando las diferencias. De esta forma se logra impulsar

la comunicación y el intercambio de ideas, consiguiéndose una reorganización de las relaciones familiares y una responsabilización de los progenitores en base a una reflexión sobre su rol parental.

11.3.2. La mediación en el proceso de familia

A continuación vamos a exponer, sin perjuicio de dedicarnos a esta cuestión de forma más exhaustiva cuando desarrollemos el proyecto de mediación familiar en procesos por violencia de género, las líneas básicas de actuación que deben ser tenidas en cuenta para el correcto desarrollo de la mediación en este ámbito del Derecho de Familia.

Hace ya algunos años, con ocasión de la puesta en marcha de los Proyectos piloto de mediación familiar en algunos Juzgados, se analizaron por expertos en la materia los principales obstáculos de la implantación de la mediación familiar intrajudicial. Entre ellos destacaban “la falta de colaboración de algunos abogados con la implantación de la mediación intrajudicial, (por defectuoso conocimiento o en algunos casos desconocimiento o ignorancia acerca de lo que sea la mediación como vía de resolución de conflictos jurídicos familiares, por falta de capacitación profesional de los abogados en su mera condición de tales para realizar tareas mediadoras en sentido estricto y por reticencias por intereses corporativos de la profesión), desconocimiento de la metodología por las partes y por el público en general, nivel elevado de conflicto, escasez de medios personales y familiares y falta de colaboración de los poderes públicos”³⁷⁷. Consideramos que ésta debe ser una de las cuestiones básicas a tener en cuenta, porque sin una receptividad por parte de quienes ejercitan las labores de asesoramiento técnico para el ejercicio jurisdiccional de la pretensión es complicado crear un clima receptivo favorable a la mediación.

El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación consideraba la posibilidad de regular la excepción procesal de pendencia de procedimiento de mediación en el asunto del que se trate con el fin de “dotar de efectividad a esa prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación”.

En el caso contrario, cuando tiene lugar en primer lugar el procedimiento contencioso y las partes deciden de común acuerdo someterse a mediación, las partes deberán solicitar la suspensión del proceso interrumpiendo así la prescripción o caducidad de acciones en tanto dicha suspensión no sea alzada para continuar por la vía contenciosa.

Mientras se desarrolla la mediación, las partes no pueden interponer entre sí ninguna acción o reclamación ni judicial ni extrajudicial, de manera que proceso y mediación intrajudicial se presentan como realidades alternativas y además excluyentes.

Si es viable la posibilidad de derivar a las partes a mediación y así se lo parece al Juez, cabe suspender las actuaciones y remitir a las partes

³⁷⁷ SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización...*, op. cit., págs. 389 a 395.

a mediación o bien dictar un auto resolviendo sobre medidas provisionales incluyendo en él la remisión a las partes a mediación dejando la situación regulada provisionalmente.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la prescripción puede ser interrumpida, el informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación considera que en principio no hay obstáculo para que esta ley disponga la suspensión y no la prescripción de plazos. Esto es así al objeto de evitar que la interrupción de los plazos al iniciarse un proceso de mediación pudiera incentivar a las partes a utilizar la mediación no con el propósito de llegar a un acuerdo sino con el fin de “purgar” la prescripción ya iniciada logrando que el plazo de prescripción vuelva a contar³⁷⁸.

11.3.3. El acuerdo de mediación y su ejecución

En caso de alcanzar el acuerdo en mediación, el paso siguiente es el establecimiento de un mecanismo de homologación obligatorio a fin de dotar a dicho acuerdo de eficacia ejecutiva.

Esta cuestión está relacionada con el estatuto jurídico y la clase de mediación llevada a cabo. Como apunta RODRÍGUEZ LLAMAS³⁷⁹, no es lo mismo un acuerdo alcanzado en mediación sin homologación judicial o protocolización notarial que un acuerdo sancionado judicialmente o elevado a documento público. La eficacia de dicho acuerdo, así como la ejecutividad que puede tener y la posibilidad y trámite judicial para reclamar judicialmente su incumplimiento también está condicionada por dicha circunstancia.

Como dice BARONA VILAR³⁸⁰, la cuestión de la eficacia que debe atribuirse a la voluntariedad de las partes al someterse a mediación debe abordarse desde una visión teleológica de la norma tomando como referencia la perspectiva integradora de la Ley de Mediación. Es más, retrocediendo en el proceso de mediación se pregunta la autora si el pacto de someterse a mediación debe entenderse como una medida incoercible, a la manera civilista clásica de un precontrato que esconde un pacto de compromiso de las partes. Sin embargo, como acertadamente aprecia, dicho pacto libre está *a posteriori* acompañado de unos “atisbos compulsores” como la introducción de la declinatoria en el artículo 10, que impide a los Tribunales conocer de un asunto que está siendo objeto de tratamiento en mediación. Por ello, la cuestión tiene que ser resuelta a la luz de los principios de buena fe y respeto mutuo ayudados por dichos “mecanismos compulsores” interpretados conforme a la teoría de los actos propios.

De la misma manera, la eficacia de lo acordado en mediación familiar es la misma que la que tendría cualquier contrato privado perfeccionado entre las partes, siempre que en dicho contrato concurren

³⁷⁸ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes, pág. 68.

³⁷⁹ RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España...*, op. cit., págs. 156 y 157.

³⁸⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, op. cit., págs. 171 a 176.

los requisitos legalmente exigidos para su validez en el artículo 1264 del Código Civil (capacidad, consentimiento, objeto y causa).

La plasmación del acuerdo alcanzado mediante contrato privado válido y exigible debe ser requisito exigible a la mediación. El levantamiento de un acta recogiendo los términos del acuerdo no obsta para que a continuación las partes firmen un contrato privado en el que concurren los requisitos anteriormente expuestos. Este documento sí tendrá eficacia ejecutiva y capacidad para que el cumplimiento del acuerdo sea exigible ante los Tribunales.

Además estará reforzado por una homologación judicial que habrá verificado que los términos de dicho acuerdo son conformes con la norma y respetuosos con los derechos de las partes y con las garantías necesarias para exigir su cumplimiento, puesto que de otra manera, como dice PARDO IRANZO³⁸¹, el Juez de ejecución acabaría convirtiéndose en un mero “Juez de conocimiento”, asumiendo funciones de control de que el acuerdo de mediación cumple todos los requisitos o bien al dictar el auto conteniendo la orden general de ejecución, o bien tramitando una oposición a la ejecución si es instada por la parte perjudicada., funciones que en todo caso, deberán haber sido ejercitadas en la fase “declarativa” del proceso en el que se enmarcó la mediación.

La diferencia por tanto entre una simple “acta de mediación” y un “contrato privado de mediación homologado judicialmente” es clara, puesto que la exigibilidad de su cumplimiento varía en un caso u otro: a través de un juicio declarativo ordinario en el primer caso o a través de la vía ejecutiva para exigir el cumplimiento de acuerdos homologados judicialmente en el segundo³⁸².

El informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación considera que el prelegislador “no ha acertado al asimilar en sede de ejecución los acuerdos de mediación a los laudos arbitrales” porque éstos sí gozan de un control de fondo efectuado por los árbitros, que son además los decisores sobre la cuestión, guardando los acuerdos de mediación más similitud con los acuerdos o transacciones alcanzados en sede procesal. Así el informe concluye que “o se establece un mecanismo de homologación no potestativo, en el seno del cual poder verificar la conformidad a Derecho que exige el Artículo 33, o abocamos a que sea el Juez de la ejecución el que efectúe esa verificación” que no se corresponde con la naturaleza del procedimiento ejecutivo.

Por ello, considera PARDO IRANZO³⁸³ un error la asimilación que hace la Ley de un acuerdo de mediación elevado a escritura pública con los títulos ejecutivos jurisdiccionales, porque no se entiende la ficción

³⁸¹ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, 2014, pág. 45.

³⁸² RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España...*, *op. cit.*, pág. 161.

³⁸³ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, *op. cit.*, págs. 50 y 51.

creada por la Ley al considerarlos como títulos judiciales en relación a algunos requisitos, (caducidad del artículo 518 de la LEC, plazo de espera para instar la ejecución regulado en el artículo 548, oposición a la ejecución del artículo 556 o casos en que no procede el requerimiento de pago del artículo 580) para después negar su naturaleza jurisdiccional con la exigencia de elevación a escritura pública para dotarlo de fuerza ejecutiva. En pleno acuerdo con esta autora, consideramos que el hecho del control jurisdiccional y fiscal imprescindible como requisito previo a la aprobación del acuerdo de mediación supone ya una impronta judicial similar a la de una resolución judicial, que no precisa de ninguna otra sanción externa a la jurisdiccional para considerar ese acuerdo como título ejecutivo.

Segunda parte

**LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE
DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN
INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE
GÉNERO**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

1. INTRODUCCIÓN

En este apartado estudiaremos la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género, con el objeto de aproximarnos al tratamiento legislativo de la materia en nuestro país. Esto exige un estudio de la génesis de la primera norma que trató el tema de forma integral y transversal, para lo cual debemos analizar aspectos tanto sociológicos como legislativos.

La violencia de género no se entiende sin asociarla a la evolución histórica que el tratamiento de la mujer ha tenido en la sociedad patriarcal, modelo básico de organización de la familia y la sociedad. Esto ha influido decisivamente en el papel de la mujer, tanto en el ámbito privado de la familia y la pareja como en el público de su papel en la sociedad, trascendiendo más tarde a nuestra normativa con la importación a nuestro derecho de conceptos, como el de género, claves para entender el fenómeno de la violencia en el ámbito de la pareja y la familia.

Por tanto, la evolución del tratamiento jurídico-penal de la violencia de género en nuestro país como reflejo de esta concepción sociológica es un elemento esencial para entender el desarrollo normativo que estudiaremos al tratar los precedentes legislativos de la LO 1/2004, y sus aspectos más relevantes y polémicos.

Podemos comenzar afirmando que el análisis desde una perspectiva crítica y constructiva de la LO 1/2004 arroja, tras diez años desde su entrada en vigor conclusiones demoledoras.

Esta ley, valiente y moderna, fue fruto de un importante consenso (e importantes discrepancias también) consecuencia de la concienciación profunda del poder público e institucional en la lucha contra la violencia de género. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que se han hecho en esta materia durante años, no se han conseguido los resultados pretendidos, por lo que se puede decir que la lucha contra la violencia de género sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro país.

En estos momentos, tras diez años de vigencia de la Ley, se hace necesario progresar en el estudio del tratamiento de la violencia de género, llegando a conclusiones claras en relación con la eficacia de esta norma, y procurando encontrar nuevas vías de solución a los numerosos problemas que el tratamiento de la violencia de género sigue hoy en día teniendo. Se puede decir que la LO 1/2004 ha fracasado, o se puede decir que no ha resultado tan eficaz como se pretendía pero de cualquier manera, al análisis riguroso de la situación actual se debe unir la curiosidad por conocer y poner en práctica otro tipo de soluciones aún inexploradas, pero no por ello menos interesantes, que puedan llevarnos a un tratamiento de la violencia de género mucho más eficaz.

Así, en otras facetas de nuestro Derecho hace años que se están buscando nuevas vías de solución del conflicto que trasciendan a la aplicación positivista de la norma vigente entrando en terrenos respetuosos con ella pero más eficaces por tocar aspectos sociológicos desconocidos hasta no hace tanto en nuestro Derecho.

La mediación es, hoy en día, el instrumento de la Justicia Restaurativa al que vuelven sus ojos todos los que, de un modo u otro, consideran que el modelo de Derecho Penal actual está, en cierta medida, agotado.

Tratando de humanizar el tratamiento de la víctima y el victimario, se aúnan cada día más esfuerzos que plasman en prácticas restauradoras un modelo distinto, en el que las partes se implican en el proceso y consiguen soluciones satisfactorias para ellas y francamente útiles para el proceso penal.

De la misma manera, el proceso de familia hace mucho que ha entendido que una materia como ésta debe ser debatida y decidida en la medida de lo posible por los afectados, porque así se consigue un alto grado de consenso y confianza en el sistema judicial y a la vez, se obtiene un control sobre el acuerdo y una alta ejecutividad que lo dota del carácter oficial necesario para su implementación dentro del sistema judicial.

La violencia de género, sin embargo, sigue un camino distinto, y queda fuera del ámbito de aplicación de la mediación porque diversas circunstancias intrínsecas a la materia que nos ocupa aconsejan que su tratamiento y resolución no se deje en manos de las partes. Mientras, la mediación civil y penal sigue su proceso de implantación lento pero sólido en el sistema judicial, arrojando resultados esperanzadores. Esto hace que muchos se pregunten por qué no se está tratando la mediación intrajudicial, por la que por otra parte, la Unión Europea ha apostado hace años, de una manera más comprometida, uniforme y exhaustiva en nuestro ordenamiento jurídico.

Los proyectos piloto que en materia de mediación penal y familiar se desarrollan en muchos órganos judiciales de la geografía nacional, el ejemplo de la mediación en el ámbito judicial de menores, las prácticas de Justicia Restaurativa que cada vez con mas fuerza se abren paso y tienen su reflejo en las decisiones judiciales, la corriente paralela que supone el trabajo con tesón de las instituciones de mediación...multitud de señales nos llevan a afirmar que quizás sea el momento de dar unos pasos más para hacer progresar una institución colaboradora eficaz con la Administración de Justicia.

Aprobada la Ley 5/2012, de Mediación civil, familiar y mercantil, y con una mediación penal con cierto recorrido en nuestro Juzgados y Tribunales, nosotros nos atrevemos a dar un paso más, y preguntarnos ¿por qué no intentar introducir la mediación en el ámbito de la violencia de género?

Somos conscientes de las dificultades de base, y de los problemas teóricos y prácticos que el desarrollo de esta idea puede provocar, pero

también lo somos de la necesidad de una mejora profunda de nuestra Administración de Justicia, anclada aún en estructuras legislativas, procesales y de trabajo poco identificadas con el tiempo en que vivimos. También creemos que no se puede seguir haciendo lo mismo de siempre, porque entonces obtendremos los mismos resultados, que en el caso de la violencia de género son francamente desalentadores.

Por ello, es necesario conservar las ventajas de una organización judicial sólida y solvente, y avanzar a la vez hacia esquemas de trabajo modernos y adaptados a la nueva concepción de la Justicia. La Nueva Oficina Judicial, producto del pacto por la Justicia de 2001, e implantada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, ya hablaba de conseguir estructuras dinámicas y eficaces, que lograran superar las carencias históricas de la Justicia ofreciendo un servicio público de calidad al ciudadano. La apuesta estrella del pacto era la creación de una Oficina Judicial con nuevos y más racionales métodos de trabajo, división de funciones claramente identificadas entre los integrantes de la misma y uso de modernas tecnologías que permitieran acercar al ciudadano a una Justicia rápida y útil.

En esta línea de modernización de la Justicia, los Poderes Públicos, Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial y Comunidades Autónomas se encaminan desde hace años hacia una concepción de la Justicia en la que la mediación puede situarse como pieza importante del sistema judicial, dado que estamos ante una fórmula eficaz que puede perfectamente tener cabida en este esquema, si tenemos en cuenta que cumple objetivos afines a los buscados y que puede coadyuvar de manera decisiva a su consecución dentro de la organización judicial.

La violencia de género no debe quedar fuera de esta línea de actuación. La prohibición de mediación en violencia de género del legislador de 2004 debe ser revisada para dar entrada a esta posibilidad, restrictiva en sus inicios pero progresiva en su ampliación e implantación. Se trata de resolver conflictos en esta materia con la colaboración de las partes, y siempre bajo un estricto control del órgano judicial, siguiendo una estrategia de política criminal orientada hacia soluciones distintas y eficaces en este ámbito.

Nos proponemos elaborar un proyecto para la implantación de la mediación en procesos por violencia de género, en sus ámbitos penal y civil, en el que pretendemos desarrollar de forma sintética los objetivos y las actuaciones necesarias para la puesta en funcionamiento de dicho proyecto, así como las fases y etapas de su desarrollo, con el objeto de visualizar un escenario final en el que en procesos por violencia de género la mediación pueda tener su espacio.

La tarea es difícil, pero no imposible. Analizados los inconvenientes y problemas legislativos, procesales, teóricos y prácticos que pudieran surgir, no podemos llegar a otra conclusión: es posible la mediación en violencia de género por razones de utilidad, oportunidad e idoneidad.

2. APROXIMACIÓN SOCIOLÓGICA AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

2.1. Evolución y situación actual de la posición de la mujer en la sociedad patriarcal

Antes de desarrollar la segunda parte de este trabajo debemos situar el contexto histórico y social en el que ha tenido lugar la lucha contra la violencia de género en nuestro país. Para ello es imprescindible estudiar algunos conceptos sociológicos básicos que nos ayuden a comprender el fenómeno de la violencia de género más allá de los límites jurídico-procesales en los que habitualmente nos movemos.

La violencia de género es tan antigua como lo es la historia del hombre y de sus relaciones sociales. La denominación de dicho fenómeno ocupa, desde hace años la atención del legislador, los poderes públicos y la sociedad. Pero esta realidad social tiene su origen y es el producto de un sedimento de siglos cuyo origen es la organización social patriarcal y el reparto de roles y funciones entre sexos tal y como hoy los conocemos.

La sociedad patriarcal constituye, desde tiempos inmemoriales y prácticamente en cualquier época, cultura y lugar, la base de la organización social del grupo humano.

Dentro de este sistema la familia, como grupo nuclear mínimo que actúa como referente en la organización social, está estructurada en función, entre otros condicionantes, de las características físicas y la capacidad de sus integrantes.

Esas características físicas tienen su máxima expresión en la atribución a la mujer de la cualidad de ser madre y de ejercer la maternidad con todas las consecuencias inherentes a la misma. Uno de los efectos que produce esta situación es que en la familia primitiva es la mujer quien asume la función de criar a la prole, cuidarla y hacerla crecer. Esto, unido a otros aspectos de la llevanza de la familia relacionados con funciones de tipo cultivador y recolector, produjo una consecuencia relevante en la distribución de los roles de género: su retirada de la vida pública.

La distribución de funciones entre hombres y mujeres supuso así la creación de dos esferas claramente diferenciadas y prácticamente incomunicadas. El hombre dominaba la esfera pública, de manera que su figura se visibilizaba en la vida social, dejando a la mujer el ámbito privado, el del hogar y la familia como su ambiente natural.

Así se produjo la identificación de ambos sujetos con las cualidades físicas y psicológicas acordes al desempeño de unas determinadas funciones: la fuerza, la autoridad y el poder en el hombre, y la sensibilidad, la delicadeza y la ternura en la mujer.

Es precisamente con esa asunción “natural” de la concepción patriarcal de los roles sociales que sitúan al hombre en una posición predominante, cuando se produce el salto cualitativo fundamental en la

concepción sociológica que relega a la mujer a un segundo plano en la vida social y profesional, porque desde una distribución lógica y meramente práctica de las funciones de hombres y mujeres en el seno de la familia y la sociedad, se pasa a la consideración eliminatoria e incompatible de la posición de ambos en dichos ámbitos y su asimilación como realidad incontestable.

El proceso a través del cual se lleva a la práctica ese salto cualitativo es la denominada *asignación de género*, que no es otra cosa que la atribución a cada sexo de determinadas funciones sociales en atención a las características mencionadas.

Esa atribución no sólo presupone la identificación del individuo en función de su sexo (hombre/mujer), sino que va más allá, porque asigna funciones atribuibles a cada sexo que son individualizadas por el sujeto a través de las instancias socializadoras del grupo: familia, pareja, amigos, y más adelante, en sociedades más evolucionadas, escuelas, medios de comunicación, lugar de trabajo y relaciones sociales más amplias.

Una vez interiorizados esos papeles, es fácil el desempeño para cada sexo de las actividades propias del mismo, respondiendo así a la imagen que de ellos se tiene en la sociedad. Se pasa así a la distribución de papeles en la sociedad y en la familia conforme a las funciones asumidas. Los *roles de género* contribuyen a remarcar las diferencias en pro de un funcionamiento del grupo útil y eficaz, en que cada miembro haga lo que de él se necesita de acuerdo con el papel que le ha tocado desempeñar en la sociedad.

El siguiente paso en el proceso de estructuración de la sociedad patriarcal basada en las diferencias de género lo constituye la asunción de la *identidad de género*. Esta identidad consiste en asociar a los diferentes sexos una serie de comportamientos y actitudes en función de lo que socialmente se espera de cada uno. Hombres y mujeres asumen esa forma de comportarse como intrínseca a su naturaleza, puesto que actuando conforme a lo que se espera de ellos, se reafirma la propia identidad como persona y como hombre o como mujer miembro del grupo.

De ahí se pasaría a la creación de los *estereotipos de género*, que podemos definir como construcciones o ideas demasiado simplificadas y reduccionistas sobre las características y funciones de hombres y mujeres en la sociedad³⁸⁴. Se trata de ideas fuertemente arraigadas en la sociedad,

³⁸⁴ Los estereotipos primarios, denominados “descriptivos”, establecen las características, actitudes y comportamientos que se deben llevar a cabo por cada rol.

En función de estos estereotipos se perfilan los aspectos intelectuales, de personalidad y estéticos de cada sexo. Desde el primer punto de vista, a los hombres se les atribuyen cualidades como el dominio de la ciencia, la razón y la lógica, y a las mujeres aspectos más estéticos, sensibles o intuitivos. Desde el segundo punto de vista, de los hombres se predicen características de su personalidad como la independencia, asertividad y dominancia, mientras que a la dependencia, sensibilidad y afecto se les consideran atributos propios de la personalidad femenina. Y quizás más evidentes pudieran resultar las diferencias entre las características físicas o estéticas de hombres y mujeres: dinamismo, fuerza y robustez en un caso y debilidad, fragilidad y delgadez en el otro.

Todas estas características refuerzan la idea subconsciente y colectiva de la superioridad de los hombres sobre las mujeres, pero no la justifican en sí mismas consideradas, sino a través de su

debido a que previamente han sido asumidas social y culturalmente por el grupo humano y por los individuos que forman parte de él³⁸⁵.

Es así como, en palabras de ARANGUREN VIGO, “los estereotipos crean arquetipos, a través de imágenes que cumplen el papel de proponer modelos rígidos, en los que hay que encajar para ser socialmente aceptados”³⁸⁶, de manera que, como dice VARELA “se hacen verdades indiscutibles a fuerza de repetirse”³⁸⁷. Los estereotipos de género van así pasando de generación en generación y convierten a mujeres y hombres en actrices y actores de una obra en la que cada uno debe actuar conforme al papel asignado en función de su sexo.

La vida diaria se convierte en una actuación en la que cada uno ha de comportarse, relacionarse con los demás o trabajar interpretando el papel asignado. Y según se interprete mejor o peor ese papel, el actor gozará de un reconocimiento o censura acorde con la valoración que se hace de su actuación. Así, una niña valiente y fuerte será censurada de la misma manera que lo sería un niño sensible y delicado, por no responder al papel asignado y no interpretarlo adecuadamente³⁸⁸.

El patriarcado como forma de adjudicar funciones según el sexo, se consolida así como un sistema de organización social que no se agota en la familia y en el espacio “privado”, sino que se expande hacia cualquier ámbito social relevante.

En esta evolución tiene un innegable peso específico la actividad educativa como medio de transmisión de valores de comportamiento, hasta el punto de que se puede decir que en la diferenciación entre sexos y asignación de roles personales, familiares y sociales, los valores morales en transmisión son los que han marcado la desigualdad histórica entre

materialización en otros estereotipos denominados “prescriptivos”. La misión de estos estereotipos consiste en dirigir las funciones y los papeles a desarrollar por hombres y mujeres en la sociedad, partiendo, precisamente de esas diferencias descriptivas prefijadas. LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., CARRERA FERNÁNDEZ, M.V. y RODRÍGUEZ CASTRO, Y., “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas” en IGLESIAS CANLE, I.C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Valencia, 2009, pág. 123.

³⁸⁵ Adviértase, por otra parte, que en palabras de AMORÓS “por una ley social de la gravedad, los estereotipos caen de arriba abajo y no se consolidan-o en medida mucho menor-cuando pretenden ser lanzados de abajo arriba”. Esto ocurre porque lógicamente es el grupo social dominante el que “establece” los estereotipos en la forma que más le favorece, independientemente de que dichos estereotipos se conviertan por un proceso de abstracción social en aceptados también por el grupo dominado. AMORÓS, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias...para las luchas de las mujeres*, Madrid, 2006, pág. 89.

³⁸⁶ ARANGUREN VIGO, “Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz” en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Cizur Menor, 2010, pág. 100.

³⁸⁷ Citando a LUISA ANTOLÍN, VARELA, N., *Feminismo para principiantes*, Barcelona 2005, págs. 304 y 305.

³⁸⁸ Esta construcción responde a los sistemas patriarcales denominados por ALICIA PULEO “de consentimiento”, propios de las democracias occidentales, en las que la igualdad formal entre sexos está asentada y reconocida pública e institucionalmente. En estos sistemas, la distribución y asunción de roles se hace de manera “voluntaria” e inconsciente. Por el contrario en los sistemas patriarcales “de coerción” son las normas las que establecen lo que está permitido o no para las mujeres, pudiendo incluso recurrirse a la violencia para garantizar el cumplimiento por las mujeres del papel que les ha sido asignado. Son los modelos utilizados en Afganistán o Arabia Saudita, por ejemplo. VARELA, N., *Feminismo para principiantes...*, op. cit., págs. 304 y 305.

hombres y mujeres. Como decía STUART MILL, “hay que considerar atentamente cómo la educación que se da a la mujer tiende a inculcarla el sentimiento de que no tiene deberes que cumplir sino con su familia, y especialmente con los individuos varones, y que los únicos intereses a que debe sacrificarse son los del padre, del marido, del hermano, del hijo. En cuanto a los grandes intereses colectivos y los altos fines de la moral, esos diríase que no existen para la educación femenina”³⁸⁹.

Todos estos conceptos sociológicos, que aquí solamente hemos tratado de esbozar reflejan el proceso mediante el cual las diferencias de género se han ido introduciendo en nuestra sociedad, contribuyendo al diseño de un régimen patriarcal que explica el funcionamiento de la sociedad.

Pero en todo este proceso es necesario encontrar un punto de inflexión que explique por qué se llega a identificar la organización patriarcal de la sociedad como la causa del surgimiento del fenómeno de la “violencia contra las mujeres”.

La clave, como exponen LAMEIRAS FERNÁNDEZ, CARRERA FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ CASTRO “está en comprender cómo se lleva a cabo la naturalización de la violencia hacia las mujeres desde la propia comunidad que la legitima a través de la interiorización, tanto en ellos como en ellas, de los estereotipos de género, en función de los cuales las mujeres son discriminadas y relegadas al papel secundario bajo la autoridad masculina”³⁹⁰.

Como se ve, las autoras citadas ya utilizan la identificación de la sociedad patriarcal y la normalización de los estereotipos de género como parte del discurso estructural que explica el fenómeno de la violencia de género. De esta manera, la violencia de género justifica su existencia en las pautas socioculturales y los repartos de roles que apoyan la subordinación de la mujer y justifican la violencia del hombre sobre ella, y en la transmisión de esos valores como postulados incuestionables que perpetúan la desigualdad.

En este proceso, la mujer cae, en palabras de LÓPEZ PRECIOSO “en el centro de un laberinto estructural,” sintiendo como “natural” la

³⁸⁹ Véase su ensayo “La esclavitud femenina”, en el que se analizan las causas de la posición de subrogación de la mujer, considerando que “pasarán tal vez muchas generaciones antes que esta verdad sea generalmente admitida; pero la única escuela del verdadero sentimiento moral es la asociación entre iguales. La educación moral de la sociedad se hizo hasta hoy por la ley de la fuerza, y no se ha adoptado sino para las relaciones por la fuerza creadas”. Para este autor, sin embargo no es tan fácil invertir la tendencia cuando desde hace siglos se ha acatado la injusticia elevándola a institución, puesto que la supuesta educación en la materia “no pasará de la superficie, mientras no se ataque la ciudadela del enemigo, que es esta desigualdad entre el hombre y la mujer.(...) Pero mientras el derecho del fuerte a oprimir al débil arraigue en la médula de la sociedad, habrá luchas que sostener y dolorosos esfuerzos que realizar para fundar definitivamente las relaciones humanas en el principio de que el débil tiene los mismos derechos que el fuerte; y mientras esto no suceda, la ley de justicia, que es también la del cristianismo, no reinará sobre el espíritu del hombre, que la combate hasta cuando finge acatarla”. <http://instituciones.sld.cu/genero/files/2012/07/Mill-John-Stuart-Esclavitud-femenina-La.pdf>, págs.85, 53, 88 y 89.

³⁹⁰ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., CARRERAS FERNÁNDEZ, M.V. y RODRÍGUEZ CASTRO, y “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas” en IGLESIAS CANLE, I.C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, *Violencia de género...*, op. cit., pág. 123.

misión encomendada. Así se cierra lo que la autora denomina *el primer círculo de la violencia* o *el círculo interno de la violencia* en el que, a través de ese adoctrinamiento ya se está consumando la violencia contra la mujer³⁹¹.

Las diferencias asimétricas quedan así establecidas de manera rígida y excluyente, y son voluntariamente asumidas³⁹².

Por eso, el progreso ideológico en cuestiones como la igualdad o el tratamiento no discriminatorio de las mujeres, no ha ido acompañado de una igualdad real basada en una concepción ideológica del papel de la mujer en la sociedad distinta a la heredada y asumida desde hace siglos.

Desde hace décadas la mujer ha accedido al mercado de trabajo, se ha independizado y ha traspasado los límites del hogar familiar pero, a pesar de que las estadísticas reflejan la progresión social de las mujeres en el ámbito público, esto no ha ido acompañado de una reasignación de funciones adecuada al nuevo rol adquirido, sino de una resistencia al cambio y a la adaptación al nuevo orden de valores, por lo que esa transición hacia una nueva realidad se ha tenido que producir de una manera asimétrica y desigual. El resultado ha sido que las cargas familiares no son, en general, compartidas, de manera que la mujer ha de afrontar su entrada en el espacio público conciliándola con su habitual presencia en el espacio doméstico, sin la adaptación del hombre al nuevo contexto sociológico.

Por ello, la propia estructura social condena por un lado la denominada “violencia simbólica”³⁹³, pero mantiene los estereotipos de

³⁹¹ Esta autora distingue, además del primer círculo de la violencia (interno) los que denomina círculo de violencia en la relación y el círculo social de la violencia. Estas tres secuencias actúan de manera complementaria y progresiva. Al aspecto interno de la violencia en el ámbito privado o familiar (con las fases de acumulación de tensión, descarga y luna de miel) le sigue uno más amplio que abarca cuestiones relativas a la forma de afrontar el conflicto, las relaciones familiares, la tolerancia a ciertas situaciones de tensión, y otros factores que configuran el prototipo de los perfiles de los sujetos implicados en el maltrato. Por último, la secuencia se cierra con la visibilización social del fenómeno de la violencia. La consideración de las mujeres como víctimas, atribuyéndoles una identidad estigmatizadora, lejos de ayudar a las mujeres a salir del círculo de la violencia supone una anulación de sus capacidades, que sólo contribuye a su neutralización social. De esta manera se facilita la creación del modelo explicativo de la violencia de género en toda su dimensión. LÓPEZ PRECIOSO, M., “Protección integral contra la violencia de género. Reflexiones desde el trabajo social” en BOIX REIG, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de Diciembre)*, Madrid, 2005, págs. 213 a 217.

³⁹² IGLESIAS CANLE, I.C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, *Violencia de género...*, op. cit., Valencia, 2009, pág. 124 y 125.

³⁹³ Fue el sociólogo francés PIERRE BOURDIEU quien en la década de los 70 acuñó el término de “violencia simbólica” para explicar las relaciones de dominación existentes en la sociedad. Así, en determinado tipo de relaciones asimétricas caracterizadas por la asunción de unos roles sociales y de género determinados, se ejerce por parte del grupo “dominante” una violencia indirecta e inconsciente sobre el grupo “dominado”, basada en la reproducción de forma encubierta y sistemática de esquemas característicos en las relaciones de poder. Esto es lo que ocurre en las relaciones entre sexos, de manera que esa violencia “invisible” es asumida inconscientemente por los miembros de la sociedad (dominantes y dominados), como reflejo de la naturalización de las diferencias entre géneros. Ver el trabajo de FERNÁNDEZ, J.M., “La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica” en

<http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0505110007A/7582>

género y relativiza cualquier resistencia al cambio, de manera que, de alguna manera, se está perpetuando la desigualdad.

Por otra parte, a través del denominado sexismo en sus distintas dimensiones, se está produciendo un importante movimiento de justificación de la discriminación utilizando técnicas bastante más depuradas -permitásenos la expresión- que las tradicionales.

Así, frente al denominado sexismo hostil surge el sexismo ambivalente, que identifica a las mujeres como esposas, madres y amantes, considerándolas en su papel tradicional, pero con justificaciones amables al el objeto de ensalzar su rol tradicional sumiso y delicado. De esta manera se consigue vencer la resistencia de las mujeres basándose en su papel decisivo en el hogar familiar, y reforzándose la idea del patriarcado de manera encubierta.

Nos encontramos, pues, ante una situación paradójica, caracterizada por encendidas manifestaciones políticas, sociales e institucionales a favor de la igualdad y la lucha contra la violencia de género que conviven con una inercia histórica y la asunción, fuertemente arraigada en el subconsciente colectivo, de los roles de género que rigen en la organización de la sociedad desde hace siglos. Por tanto, es la propia sociedad la que actúa como freno en el avance de la lucha contra la desigualdad de géneros.

En todo este camino no podemos negar la influencia que el movimiento y las tesis feministas han tenido en la carga ideológica de las normas que en nuestro país abordan el problema de la violencia de género, especialmente en la LO 1/2004. Por ello, el análisis de la dogmática jurídica ha de pasar necesariamente y puesto que el concepto de “violencia de género” se ha convertido en un concepto jurídico, por el análisis de las aportaciones e influencias que estos movimientos han tenido en esta Ley. En este sentido son de destacar las innovaciones que las tesis feministas han introducido en los conceptos de “perspectiva de género” y de “violencia de género” y que AÑÓN ROIG sistematiza en a) la consolidación de la categoría de género como método de análisis a la luz del cual ha de interpretarse el proceso sociológico y las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, b) La profundización en el diferente tratamiento jurídico de la mujer en lo público y lo privado, que han configurado a la mujer como un ser vulnerable y dependiente que necesita medidas extremadamente protectoras que han llevado a su revictimización como sujeto cuya socialización parte de una posición, por tanto, de desventaja y c) la introducción del concepto de “discriminación sistémica” como antecedente del concepto jurídico-dogmático de la violencia de género³⁹⁴.

El camino en la lucha por la igualdad es, como se puede comprobar, largo y difícil porque la sociedad se encuentra ante el importante reto de erradicar actitudes sexistas, asimétricas y desiguales como paso previo a la consecución de una igualdad real, pero se debe

³⁹⁴ AÑÓN ROIG, M.J., “Violencia de Género: un concepto jurídico intrincado” en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género*, Cizur Menor, 2012, págs. 32 y 33.

partir de una base ideológica adecuada y coherente, que trate de vencer la propia inercia social perpetuadora del modelo patriarcal, poniendo en marcha mecanismos correctores que trasciendan del ámbito puramente represivo para entrar en terrenos educativos e ideológicos más adecuados al tratamiento del problema que nos ocupa.

2.2. Importación de los conceptos de “género” y “violencia de género” al Derecho Penal

Antes de entrar en el análisis de la trasposición a nuestro Derecho Penal de los conceptos de género y violencia de género, debemos hacer un breve repaso de otros conceptos igualmente utilizados en nuestra legislación penal en materia de lucha contra la violencia de género.

La violencia como realidad social presenta connotaciones especialmente reprobables cuando se dirige contra determinados sujetos considerados más débiles o vulnerables. Debido a que esta violencia, cuando tiene lugar en el ámbito doméstico responde a diversas causas y se presenta bajo distintas manifestaciones, nuestro léxico la denomina con diferentes términos que después son importados al Derecho.

En el ámbito nacional y hasta la LO 1/2004 las expresiones más frecuentemente utilizadas y las que más se habían difundido por los medios de comunicación era las de violencia doméstica o violencia en el ámbito familiar; estas expresiones se habían venido identificando con los conceptos de convivencia, pasada o actual y con los sujetos pasivos mencionados en el tipo de violencia habitual familiar del art. 173.2 CP, es decir, el cónyuge o análogo, los descendientes, ascendientes, hermanos, menores, incapaces, o cualquier otra persona integrada en el núcleo de la convivencia familiar.

Sin embargo, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el legislador no sólo se ha inclinado por la terminología de los tratados y convenciones internacionales, adoptando la expresión violencia de género, sino que además ha dado una definición legal de la misma.

Esta opción no responde a la casualidad. En la normativa internacional, a partir de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993), se ha venido utilizando normalmente el término de violencia contra la mujer, (denominación amplia que comprende la violencia física, sexual y psicológica, tanto en lo público como en lo privado) para regular esta materia.

También en el ámbito internacional, a partir de la citada Declaración y de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) se han ido difundiendo otras denominaciones, como violencia de género, que pone el acento en el carácter estructural de la violencia contra las mujeres y su generalización en todo el mundo, sin distinción de clases, cultura o religión, y perspectiva de género como un instrumento necesario

para cambiar la tradicional concepción del papel de la mujer en la sociedad.

Después de Beijing, en el año 2000, la Asamblea General llevó a cabo una evaluación quinquenal de la Plataforma de Acción de Beijing. Esta evaluación, denominada “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”, dio lugar a una serie de medidas e iniciativas que en el año 2005 fue revisada de nuevo en una evaluación en la que se emitió una declaración que considera que la aplicación plena y eficaz de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing es esencial para la consecución de los objetivos de desarrollo internacionalmente convenidos, incluidos los contenidos en la Declaración del Milenio.

Siguiendo con esta revisión de la Plataforma de Beijing, en 2010, los Estados Miembros aprobaron una nueva declaración en la que se comprometían a adoptar nuevas medidas para garantizar la aplicación integral de lo dispuesto en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing que culminará en 2015, dado que en 2013, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas pidió a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer examinar y evaluar la aplicación de la Plataforma de Acción en 2015, en una sesión conocida como Beijing +20³⁹⁵.

El último paso dado en materia de protección a la víctima es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)³⁹⁶, de 11 de mayo de 2011, que para España entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y continúa en el camino de la protección de la mujer en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica. De nuevo se incide en la lucha contra la discriminación de la mujer y la necesidad de erradicar la violencia doméstica y de género, instando a los países a adoptar políticas sensibles al género y contribuyendo a adoptar políticas globales y coordinadas dirigidas a la prevención, sensibilización, educación, formación e información y protección a quienes sufran cualquier acto de violencia o discriminación por razón de sexo.

Siguiendo estas pautas que marcaron y siguen marcando el camino a seguir, la LO 1/2004 introduce en nuestro país la denominación de violencia de género como categoría dogmática a partir de la cual se había ido construyendo la política legislativa en esta materia³⁹⁷.

³⁹⁵ <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

³⁹⁶ <http://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

³⁹⁷ Sin embargo, como observa ACALE SÁNCHEZ el artículo 1 de la LO 1/2004 no ha adoptado este concepto en su integridad, puesto que mientras que Naciones Unidas asociaba la violencia de género a cualquiera que se ejerciera sobre el sujeto pasivo mujer, la LO 1/2004 restringe el concepto a la violencia que se lleva a cabo en el ámbito doméstico y sólo por quien sea o haya sido pareja sentimental de la mujer. De ello se deducen en una primera aproximación dos conclusiones básicas. En primer lugar, se excluye de la violencia de género a la mujer como sujeto activo perpetuadora con su actitud de patrones de comportamientos acordes con la actitud de subordinación requerida para el tipo. En segundo lugar, se acota el contexto en el que la violencia

Si hasta ese momento la denominación que gozaba de cierto consenso doctrinal era la de violencia doméstica o violencia en el ámbito familiar, a partir de ese momento se van a utilizar ya dos conceptos claramente diferenciados: la violencia doméstica como violencia ocurrida en el seno del hogar, y dirigida hacia cualquiera sus miembros (aunque efectivamente lo sea contra los más débiles del grupo familiar o de convivencia) y la violencia de género dirigida contra la mujer, como expresión del poder de dominación y de superioridad del hombre hacia ella.

Las diferencias son, a primera vista, evidentes. La violencia doméstica es una violencia “multidireccional”, en la que los episodios de violencia se dirigen de unos a otros sin consideración a expresiones de género, sino simplemente como reflejo de la superioridad de unos miembros de la familia sobre otros. La violencia de género por el contrario es una violencia “unidireccional”, es decir, con unos únicos sujetos activo y pasivo, claramente diferenciados. El sujeto activo siempre lo será el hombre, y el pasivo siempre lo será la mujer cónyuge o con quien se mantiene o se ha mantenido relación análoga de afectividad. Sin embargo, estos conceptos, que pueden ser más o menos claros no siempre conceptúan con exactitud los hechos que regulan, dado que, como opina MATA Y MARTÍN³⁹⁸, muchas veces en la definición del tipo se trata de ir más allá de la mera descripción del hecho para intentar abarcar su identidad con la justificación que se quiere dar a su punición. Esto ocurre, según este autor con el artículo 173.2 del Código Penal, que pena hechos cuyos sujetos pasivos forman un amplio catálogo de personas cuyo denominador común es pertenecer al grupo de convivencia familiar o equivalente, de forma que es la pertenencia a ese grupo y no el concreto acto punible, lo que justifica la intervención penal o lo que es peor, su endurecimiento.

Por otra parte, la motivación de esta violencia es claramente distinta a la violencia familiar, puesto que estamos ante una violencia denominada “sexista” como manifestación de unas relaciones de poder y subordinación en las que el hombre comete acciones delictivas contra la mujer como expresión de una dominación social histórica.

La violencia de género posee, por tanto, un carácter estructural del que la violencia doméstica carece, y esto debe entenderse enmarcado en el esquema abstracto que rige las relaciones entre las distintas partes del

de género se desarrolla, ámbito que queda reducido al doméstico. No obstante, como acertadamente expone la autora, a continuación la Ley actúa de espaldas a esta definición en dos ocasiones: cuando extiende el ámbito de protección a otros sujetos pasivos distintos de la mujer independientemente del sexo (personas especialmente vulnerables que convivan con el autor), y cuando incluye a los hijos dentro del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De ello parece deducirse una indefinición inicial en lo que se refiere al ámbito de protección de esta ley, que no deja de ocasionar problemas interpretativos en los operadores jurídicos. ACALE SÁNCHEZ, M. y JORGE BARREIRO, A., *La discriminación de la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, 2006, págs. 65 y 66.

³⁹⁸ MATA Y MARTÍN, R.M., “Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, op. cit., pág.113.

conjunto. La conclusión a extraer es que la violencia sobre la mujer responde a estereotipos de dominación seculares, que han regido el funcionamiento de las sociedades desde antiguo, de manera que una violencia sobre un miembro de la familia, si bien puede responder a una dinámica de poder y autoridad, no es tributaria de valores que inspiran la organización de la sociedad como la violencia sobre la mujer.

Por ello, LAURENZO COPELLO³⁹⁹ considera que dado que se trata de fenómenos emparentados, pero diferentes y necesitados de distinto tratamiento penal, la independización en la LO 1/2004 del concepto y tratamiento de la violencia de género respecto de la violencia doméstica ha sido un acierto.

Esta conclusión es una consecuencia de la entrada en nuestro Derecho de los denominados “estudios de género”, que tratan de abordar el problema de la violencia sobre la mujer desde la perspectiva de género.

Se puede definir la perspectiva de género, siguiendo la línea iniciada por la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) como el instrumento de análisis de la realidad y de enfoque de opciones políticas y legislativas dirigido a eliminar los obstáculos a la participación de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada. Para ello, es necesario definir una serie de objetivos estratégicos estableciendo una serie de medidas a llevar a cabo por gobiernos, comunidad internacional, organizaciones no gubernamentales y sector privado para eliminar los obstáculos que entorpecen el progreso de la mujer en condiciones de igualdad y no discriminación respecto de la posición de los hombres en el ámbito familiar y social⁴⁰⁰.

La perspectiva de género permite analizar y comprender las características que definen y distinguen hombres y mujeres. Esta

³⁹⁹ LAURENZO COPELLO, P., “Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género” en GARCÍA ORTIZ, L., y LÓPEZ ANGUITA, M.B. (Dir.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Madrid, 2006, pág. 345.

⁴⁰⁰ La Conferencia de Beijing catalogó doce esferas de especial preocupación en las que mayoritariamente deberían intensificarse los esfuerzos para superar las dificultades mencionadas, y constituyó la denominada Plataforma de Beijing, que consolidó importantes avances jurídicos y sociales dirigidos a la lucha contra la desigualdad de las mujeres. Los principios plasmados en esta Plataforma serán revisados en 2015, en la denominada Plataforma de Acción Beijing +20, en la que se analizará el avance legislativo y jurídico en esta lucha por la igualdad de las mujeres. Las áreas que la Conferencia de Beijing consideró especialmente problemáticas son:

- La pobreza que pesa sobre la mujer
- El acceso desigual a la educación y la insuficiencia de las oportunidades educacionales
- La mujer y la salud
- La violencia contra la mujer
- Los efectos de los conflictos armados en la mujer
- Mujer y economía
- La presencia de la mujer en las esferas de poder y de toma de decisiones
- La búsqueda de mecanismos para la igualdad efectiva
- Derechos Humanos de la mujer
- La presencia de la mujer en los medios de comunicación
- Mujer y medio ambiente
- Los derechos de las niñas

Consultar, para más información <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

perspectiva trata de analizar las relaciones entre hombres y mujeres, su posición en la sociedad y las posibilidades de progreso de unos y otras teniendo en cuenta los condicionantes culturales que sustentan esas posiciones.

Por tanto, como hemos visto, la perspectiva de género forma parte de la historia del feminismo y constituye uno de sus grandes paradigmas en la lucha por la igualdad, pero hoy en día podemos decir que la perspectiva de género y el enfoque de género han superado el encasillamiento inicial en el feminismo de género que lo alumbró, para trascender y situarse en una posición mucho más amplia y objetiva, como principio institucional básico en la lucha por la igualdad y la no discriminación, base de las políticas nacionales y supranacionales.

Desde esta perspectiva se trata de responder a preguntas clave para la comprensión del fenómeno de la desigualdad y la violencia de género como paso previo a un adecuado análisis y tratamiento de la realidad. Cuestiones como en qué medida la organización patriarcal impide o dificulta el avance de la mujer, cuáles son las causas de la distancia entre hombres y mujeres en lo que se refiere a su desarrollo social o en qué medida se podría acortar esa distancia eliminando ciertas relaciones de poder y dominación resultan esenciales para una adecuada visión del problema. Ahora bien, a juicio de MONTALBÁN HUERTAS⁴⁰¹, el proceso de incorporación de la perspectiva de género a la LO 1/2004, plasmada en su artículo 1.1 y necesaria por las especiales características que la violencia de género tiene, se fundamenta más en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales o efectivas que en una justificación del alcance y significación de los preceptos penales que tratan la violencia de género, basados en los principios de tipicidad y legalidad. Por ello, el legislador ha considerado preferible asumir la perspectiva de género y proclamarlo así en la parte general de la Ley para regular el catálogo de delitos sin introducir este factor sociológico. En este sentido, considera ALHAMBRA PÉREZ⁴⁰² que el legislador no ha querido en este artículo incluir ningún elemento subjetivo del injusto, sino más bien un elemento objetivo al definir la violencia de género como “manifestación” de la discriminación y no como “instrumento” para mantenerla como hacía la primera redacción del artículo 1 de esta Ley, dado que ese elemento intencional y subjetivo sólo puede ser apreciado por el Juez en momentos posteriores a la entrada del asunto en el Juzgado de Violencia.

En este proceso sociológico, la evolución de la sociedad y el nuevo papel que en ella desarrolla la mujer (incluido un nuevo reparto de roles entre hombres y mujeres en la sociedad), ha de ir acompañado de un

⁴⁰¹ MONTALBÁN HUERTAS, I., “La Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, en GARCÍA ORTIZ, L., y LÓPEZ ANGUIA, M.B. (Dir.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Madrid, 2006, pág. 33.

⁴⁰² ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional” en POLO GARCÍA, S., *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Madrid, 2007, pág. 87.

proceso de concienciación social de igualdad y no discriminación entre sexos.

El paso siguiente en este proceso lo constituiría la trasposición de dicha conciencia desde la realidad a las leyes como instrumentos de control social y de regulación de la vida en sociedad⁴⁰³.

Aquí es donde el tema del tratamiento jurídico de la igualdad entre hombres y mujeres, la lucha contra la discriminación y la violencia de género como método de control y de mantenimiento de la posición hegemónica del hombre encuentra una de las principales dificultades para su implementación en la normativa, dado que lo que está tratando de materializar cualquier ley que toque el tema de la igualdad y la lucha contra la violencia de género no es exactamente lo mismo que se respira en la sociedad.

Por otra parte, las leyes deben reflejar el sentir de la sociedad en toda su dimensión, situándola en un contexto de tiempo y lugar determinado, pero valorando también los antecedentes y las causas que hacen que se haya llegado a la situación actual. En este proceso, la inclusión de las nociones de género y de violencia de género en el Derecho ha de responder a dicha contextualización social.

El Derecho y la normativa en materia de violencia de género están, podría decirse, actuando en paralelo a la sociedad. No en contra, pero quizás sí de espaldas porque son las leyes las que van por detrás de la sociedad y no al revés. En este caso las leyes no enfocan bien el problema porque desatienden aspectos educativos esenciales, pero además y precisamente como consecuencia de eso se adelantan y fuerzan un tratamiento del problema inadecuado. Dicho en otras palabras, la conciencia social de que es necesaria la lucha contra la violencia de género apoya la dureza de la legislación penal y el castigo al maltratador, y las leyes contemplan y reflejan esa exigencia, desatendiendo otros aspectos de la lucha contra la desigualdad, con lo que el tratamiento de la materia queda prácticamente reducido a la respuesta punitiva olvidando otros elementos esenciales de la lucha contra la violencia de género.

Por ello, las propuestas de la ley son parciales, impetuosas y desenfocadas, y su resultado es a todas luces evidente: no funcionan porque atacar el problema de la violencia de género no es, desde el punto de vista estratégico, tan fácil, y menos desde perspectivas parciales o cuya implantación en la sociedad es aún incipiente.

En nuestro país se ha partido de una premisa errónea basada en una apreciación de la realidad acertada. La realidad acertada se podría resumir en tres puntos fundamentales. El primero es que los roles y estereotipos de género han dificultado el avance de la mujer hacia posiciones de igualdad con el hombre en la sociedad. El segundo es que

⁴⁰³ De ahí que, por ejemplo, la violencia contra la mujer por razón de género suponga un elemento cualitativo añadido a la violencia por razón de sexo, porque al elemento biológico se añade el elemento sociológico estructural básico del que ya hemos hablado. Ambas formas de violencia tienen en opinión de ACALE SÁNCHEZ el mismo efecto: la discriminación. Pero debido a esa diferencia cualitativa las formas de lucha contra ambas deben ser distintas. ACALE SÁNCHEZ, M. y JORGE BARREIRO, A., *op. supra cit.*, Reus, 2006, pág. 68.

es necesario un avance cualitativo que dé un giro a esa concepción buscando relaciones simétricas e igualitarias, tanto en el ámbito público como en el privado. El tercero se refiere a que la introducción de la perspectiva de género en las líneas político-estratégicas nacionales e internacionales es un instrumento de indudable utilidad para comprender el problema en toda su dimensión.

El error puede haber sido identificar conceptualmente ese tratamiento ancestral de las mujeres con la violencia de género en sentido literal. Se parte de un error de concepto fundamental, que es asumir como premisa que la lucha contra la violencia de género ha de basarse en una legislación durísima contra el maltratador, en lugar de prestar más atención a la necesidad de invertir la tendencia de la misma manera y con los mismos recursos con que se produjo.

La vía más adecuada sería la interiorización y asimilación por la mentalidad colectiva de la noción de “igualdad y no discriminación” para su posterior regulación en una legislación defensora de la igualdad de géneros y de la atribución a leyes sexo-específicas de la responsabilidad de luchar contra la desigualdad⁴⁰⁴.

Pero la forma de hacerlo y el enfoque que pueda darse a la lucha contra la violencia de género puede conducir al fracaso, porque como dice ZAPATERO⁴⁰⁵ “ el cambio de normas tal vez lo que haga es desplazar el problema”, puesto que una vez superado el “test de necesidad” de la norma y efectuado el análisis coste-beneficio de la misma se debe ser muy cuidadoso con su diseño, con el establecimiento claro de los objetivos a alcanzar y con el respeto a los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Con todos estos elementos de análisis la violencia de género se configura como una figura poliédrica en la que las caras son desiguales, unas ocupan mayor superficie y otras menos dando lugar a un conjunto desequilibrado. La lucha contra la violencia de género debería haber comenzado por un adecuado análisis y un enfoque dirigido más que al Derecho Penal, a los aspectos educativos y formativos, así como publicitarios y asistenciales (una de las caras del poliedro de mayor extensión), para terminar con la atención a los tipos penales del maltrato relevantes para el Derecho Penal como el castigo punitivo al maltratador, que cronológicamente deben de suceder en un momento posterior y

⁴⁰⁴ Leyes que ponen el acento en la lucha contra la discriminación por razón de sexo, buscando posiciones igualadoras y potenciando con mayor o menor éxito la igualdad partiendo de las diferencias entre sexos como punto de partida para luchar contra las desventajas ideológicas y estructurales de la sociedad.

⁴⁰⁵ En su obra *El arte de legislar* se dice, por ejemplo, que es necesaria, además de la definición de objetivos, el análisis de los medios alternativos de que se dispone para lograrlos, la estimación de los efectos de riesgo e incertidumbre, la consideración de los efectos distributivos y la presentación sistematizada de los resultados del estudio. Del análisis de la génesis de la LO 1/2004 se puede deducir que quizás no se ha seguido este recorrido para llegar al resultado final, dado que en un momento dado los debates previos experimentaron el viraje previsto hacia posiciones de rigor punitivo efectista descuidando otros aspectos y dejando de “ensamblar” en esa maquinaria otras piezas necesarias. ZAPATERO, V., *El arte de legislar*, Cizur Menor, 2009, págs. 104, 105, 114 y 304.

ocupar menor superficie en la cara poliédrica de la lucha contra la violencia de género.

Hoy en día está fuera de cuestión que la prioridad en la lucha contra la igualdad debería ir por otros derroteros: la educación en igualdad y el compromiso político de potenciar la igualdad de géneros desde la raíz misma del problema, el hogar familiar son, desde nuestro punto de vista prioridades no siempre debidamente consideradas, pero fundamentales para un adecuado enfoque de la cuestión.

Sin embargo como veremos a continuación el reflejo que en la lucha por la igualdad ha tenido en nuestra legislación penal el tratamiento de la violencia de género es una muestra más de que la dirección tomada no ha sido quizás la adecuada.

3. PRINCIPALES ASPECTOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

3.1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y EVOLUCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004 EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La lucha contra la violencia de género en nuestro país es, desde el punto de vista legislativo y de política criminal, la historia de una combinación a partes iguales de buenas intenciones y de grandes fracasos.

Con carácter previo al análisis de la evolución legislativa de la normativa en materia de violencia de género, es necesario precisar que, durante los primeros años de regulación jurídico-penal de la violencia en el ámbito familiar los diversos delitos que hoy configuran la violencia de género no tenían esta denominación.

Desde la inicial consideración como falta de lesiones (contra la integridad física) a su actual fisonomía como delitos enmarcables dentro de la violencia de género merecedores de una protección específica y reforzada, extendida a un bien jurídico de “nueva planta” como es el de la “paz familiar” se ha recorrido un largo camino. En esta evolución, el recorrido legislativo y jurisprudencial en las últimas décadas ha sido muy prolífico.

De cualquier manera, haciendo un ejercicio de análisis sintético sobre el origen y las causas del tratamiento legislativo de los delitos de violencia doméstica, podemos decir que la respuesta jurídico-penal inicial en esta materia podía seguir varias direcciones.

Se podía haber optado por la aplicación de los tipos penales genéricos, tipificando delitos como el homicidio, detenciones ilegales, lesiones, coacciones o amenazas, y apreciando la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, sin más consideración al carácter del sujeto pasivo de dichos delitos, o se podía establecer una regulación específica en atención al carácter especial del sujeto pasivo con el que se mantiene o se ha mantenido una relación sentimental, incluyéndose además a otras personas integradas en la estructura familiar consideradas especialmente débiles o vulnerables, como ancianos o menores.

La opción del legislador fue ésta última, configurando un catálogo de delitos específicos encuadrados dentro de la violencia doméstica, pero sin atender inicialmente a la mujer cónyuge o pareja como causa justificadora de un delito agravado en esta materia. Fue la evolución posterior en el tratamiento de este tipo de delitos la que introdujo, siguiendo las directrices internacionales, la perspectiva de género en el enfoque penal de los delitos de violencia familiar y sobre la mujer o pareja, proceso culminado en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La primera reforma del Código Penal en materia de violencia familiar se produjo por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, que en aplicación del principio constitucional de igualdad refundió en el mismo precepto (artículo 583.2) y con la consideración de falta el maltrato de palabra o de obra aun sin causar lesión al cónyuge o al hijo menor.

Pero fue en el año 1989 cuando se puede decir que comenzó la concienciación de los poderes públicos acerca de la necesidad de la visualización en la sociedad y en la legislación punitiva del fenómeno de los malos tratos familiares.

Es en este año cuando el legislador diseña el tipo delictivo referido a la violencia física en el ámbito doméstico como delito autónomo.

Esta regulación inicial ya adolecía de ciertos problemas de planteamiento que han venido arrastrándose hasta el momento actual y que, lejos de solucionarse en sucesivas regulaciones de la materia, se han agravado por la introducción de importantes elementos de confusión. Así, MAQUEDA ABREU⁴⁰⁶ ve como una manifestación del fracaso de la dirección legislativa tomada el hecho de seguir el modelo de violencia doméstica “indiferenciada” que incluía cualquier tipo de relación doméstica, no sólo la conyugal o de pareja. Además, el objeto de la tutela se centraba en el ámbito familiar, desconociendo el hecho de la no convivencia o la violencia psíquica como indispensables elementos objetivos del tipo, amén del defectuoso tratamiento de la habitualidad, cuya determinación cuantitativa era determinada por el Juez.

Sin embargo, y a pesar de ello ha de valorarse positivamente el hecho de que el legislador volviera sus ojos hacia los malos tratos familiares estimándolos dignos de protección específica, y tipificando las conductas que lesionaran bienes jurídicos en este ámbito. Esto es relevante porque se ha pasado de considerar la violencia en el ámbito familiar como un problema privado que no debía trascender a la esfera pública, a la visibilización de los malos tratos familiares y la responsabilización de los poderes públicos para su solución.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio creó un delito específico de violencia familiar, regulando en el artículo 425, la violencia física habitual sobre el cónyuge o persona a la que se estuviese unido por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos sujetos a patria potestad, pupilos, menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ MAQUEDA ABREU, M.L., “Veinte años de desencuentros entre la Ley Penal y la realidad de la violencia en la pareja” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, *op. cit.*, págs. 40 y 41.

⁴⁰⁷ Cfr. la Jurisprudencia dictada en la materia, especialmente las STS de 11 de mayo de 1995, que dice que por relación personal análoga al matrimonio habrá de entenderse únicamente la existente entre personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, convivan de hecho *more uxorio*, lo que usualmente se conoce como parejas o uniones de hecho, lo que no ocurre en las relaciones de noviazgo, aunque mantengan relaciones sexuales. La Sentencia de la AP de Badajoz, de 23 de enero de 1995, por su parte dice que, respecto de la obligación de no conculcar el principio non bis in idem si los hechos ya han sido sancionados en procedimientos de faltas no pueden ser declarados delito.

Esta nueva regulación fue la respuesta a la demanda social de modernización de la legislación jurídico-penal, que seguía anclada en patrones históricos obsoletos. Con ello, como apunta LLORIA GARCÍA, se pretendía reforzar la respuesta penal permitiendo la detención en casos de maltrato leve (considerados antes como faltas y no susceptibles de esta medida puesto que entraban dentro del *ius corrigendi* del esposo sobre los miembros de la familia)⁴⁰⁸.

Esta norma incurrió en varios errores (o repitió los ya cometidos en la regulación anterior), entre los que destacaban la consideración de la violencia en la pareja reducida estrictamente al ámbito de la familia, la omisión del maltrato psicológico, o la defectuosa regulación del elemento de la habitualidad, basado en una determinación estrictamente cuantitativa. Esto planteó importantes problemas interpretativos, entre los que destacan las dudas sobre si para la determinación de la habitualidad debían incluirse o no, en aplicación del principio *non bis in idem* las faltas ya enjuiciadas, lo que provocó según SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA y MOYA CASTILLA ⁴⁰⁹ que, a pesar del reconocimiento ya sin retroceso de la violencia física habitual en el ámbito doméstico, la norma fracasara porque su aplicación, debido a estos problemas interpretativos fue excepcional.

Sin embargo, lo que sí cabe destacar como aspecto positivo es la línea de protección elegida por el legislador, que dedica toda su atención a los miembros físicamente más débiles de la familia con el objeto de protegerlos frente a conductas sistemáticamente violentas, que pese a ser consideradas como faltas aisladas pasan a integrarse en su conjunto en este tipo penal, según reza la Exposición de Motivos de esta ley.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el Código Penal, que en su artículo 153 regulaba los malos tratos familiares, incrementa de forma considerable la punición de estos delitos. Esta ley amplía el círculo de sujetos pasivos, incluyendo a los ascendientes e hijos, o propios o del cónyuge o conviviente. Además, se tipifican los malos tratos familiares en relación de concurso con las penas que en atención al resultado pudieran producirse. Sin embargo, sigue sin resolverse el problema de si deben tomarse en consideración los delitos o faltas anteriormente sancionados, a efectos de acreditar la habitualidad, dejándose su determinación a criterio del Tribunal.

En este momento de la evolución en el tratamiento jurídico-penal de la violencia en el ámbito familiar y de la pareja se produjo un punto de inflexión que marcó un antes y un después en esta materia. Tuvo que ser la realidad la que despertase en la sociedad y en el legislador la conciencia de que el problema de la violencia de género necesitaba de más

⁴⁰⁸ LLORIA GARCÍA, P. “La influencia de los medios en la regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer” en La prevención y erradicación de la Violencia de Género, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La prevención y erradicación de la violencia de Género*, Cizur Menor, 2012, pág. 181.

⁴⁰⁹ SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género*, Barcelona, 2005, pág. 80.

rigor en la regulación y más claridad en el enfoque de la respuesta jurídico-penal.

El asesinato de Ana Orantes en diciembre de 1997 fue el detonante. Su brutal asesinato después de aparecer en televisión denunciando toda una vida de maltratos, y una decisión judicial que le obligaba a compartir vivienda con su ex marido fue algo más que una cifra más en las estadísticas anuales.

El hecho de que la sentencia que declaraba la separación matrimonial dictaminara a su vez que la vivienda conyugal seguiría siéndolo de ambos ex cónyuges con distintas puertas de acceso, puede ser cuestionada desde el punto de vista fáctico. El problema es que desde el punto de vista jurídico era una sentencia correcta y ajustada a la ley. Esto hizo que en la opinión pública se originara el debate mediático acerca de lo inapropiado de la respuesta judicial frente al maltrato, y la desconexión con la realidad de la que adolecían ciertas decisiones judiciales.

La alarma social generada hizo que inmediatamente se pusieran en marcha los mecanismos necesarios para iniciar las reformas legales demandadas por la sociedad. Se puso en marcha el Primer Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, fruto del cual verían la luz distintas normas destinadas a superar las deficiencias detectadas, entre ellas, la inclusión de la violencia psicológica, y una regulación clara y exhaustiva de la habitualidad.

Al amparo de dicho Plan de Acción se dictó la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que retocó el artículo 153. De nuevo se amplió el círculo de sujetos pasivos para dar entrada a las agresiones cometidas por el ex cónyuge o ex pareja una vez cesado el vínculo sentimental. Se introduce asimismo la violencia psíquica.

Pero lo más importante, se define lo que debe entenderse por habitualidad a los efectos de su tratamiento penológico, efectuándose una interpretación auténtica de ésta. Así, considera que los anteriores actos de violencia han de ser tomados en cuenta para apreciar la habitualidad independientemente de que hayan sido objeto de enjuiciamiento anterior. Las críticas doctrinales sobre una supuesta vulneración del principio de *non bis in idem* eran salvadas argumentando que el bien jurídico protegido era distinto en cada caso, a saber, la integridad física en el caso de delitos de lesiones, y la dignidad de la persona y su integridad moral en el caso del maltrato familiar.

Por otra parte, se reformaron determinados preceptos en sede de faltas (artículos 617.2 y 620 del Código Penal), se introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 544 bis, que contemplaba la posibilidad de adoptar en este tipo de procesos medidas cautelares de prohibición de aproximación o de comunicación con la víctima, y se modificó el tratamiento concursal de estos delitos, extendiendo la pena a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Este precepto incorporó importantes medidas de

protección a las víctimas y adopción de medidas cautelares como la prohibición al inculpado de residir en determinado lugar, barrio, municipio, provincia o Comunidad Autónoma, prohibición de acudir a determinados lugares o prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima.

En este camino entramos en el año 2003, de gran producción legislativa en materia de violencia doméstica y de género, iniciada con la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Es ésta una de las reformas en materia de violencia familiar más importantes y a la vez más criticadas.

Entre las novedades más destacadas de la Ley, la fundamental es el cambio de nomenclatura y ubicación del artículo 153, que pasa a ser el 173, dentro del título del Código Penal titulado “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, abandonando el título “De las lesiones” en que venía siendo regulado.

En el artículo 153 se tipificó el delito de malos tratos no habituales que hasta entonces era constitutivo de falta.

Los elementos más relevantes del delito de violencia doméstica habitual del artículo 173 son, resumidamente los siguientes:

Violencia física o psíquica.

La violencia física no ofrece muchas dudas interpretativas, cosa que sí ocurre con la violencia psíquica, dado que las opiniones doctrinales oscilaban entre la exigencia para que existiese un acto de acometimiento o de ataque a la salud mental de la víctima dirigido a menoscabar su equilibrio mental, o las que lo identificaban con un simple atentado a la libertad manifestado en forma de amenazas o coacciones.

Finalmente, una tercera postura doctrinal defendía una visión más amplia, con la inclusión en el concepto de violencia psíquica de los atentados contra el honor (injurias y calumnias), así como cualquier otra acción vejatoria dirigida al aislamiento personal y social de la mujer, anulación de su capacidad de decisión o de su voluntad, o aislamiento económico y profesional.

La relación sentimental o familiar entre víctima y agresor ha de ser alguna de las mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, de manera que el legislador ya no exige el requisito de la convivencia actual o pasada en el mismo domicilio en caso de violencia contra cónyuges o parejas de hecho, aunque sí lo exige para el resto de sujetos pasivos del delito.

Además, como ya hemos dicho, amplía el círculo de sujetos pasivos al mencionar a cualquier otra persona integrada en el núcleo de la convivencia familiar, posibilitando la aplicación de este delito a suegros, personas que temporalmente se encuentran residiendo en casa de familiares o incluso personal interno.

La habitualidad en la violencia.

Quizás sea este uno de los temas más controvertidos de la ley debido, entre otras causas, al hecho de que la norma responde a un criterio criminalístico y no jurídico, de suerte que para apreciar la habitualidad resulta indiferente que los hechos enjuiciados hayan sido o no objeto de sanción penal anterior⁴¹⁰.

A pesar de que desde 1989 la normativa penal española sancionaba el maltrato de obra habitual dentro de la familia, lo cierto es que muy pocas sentencias judiciales aplicaban éste tipo delictivo hasta el año 1999, momento a partir del cual se definió legalmente el concepto de “habitualidad”⁴¹¹. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2000.

Por su parte la Sentencia de 12 de Mayo de 2002 señalaba dos corrientes para interpretar la habitualidad: «La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 del C.P. establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”. En realidad como dice la Sentencia de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife 464/1999, de 23 de abril de 1999, “El concepto de habitualidad se ha interpretado por la doctrina dominante como un concepto fáctico, no sujeto a requisitos formales...”, pero hay que diferenciar la habitualidad como elemento del tipo de los denominados delitos de hábito, en el que sí se considera habitualidad con la realización de tres actos definidos en el tipo con lo que ocurre en la habitualidad definidora del tipo del delito de malos tratos habituales en que “el elemento fundamentador o agravante de lo injusto, radica en la inclinación del sujeto a la comisión de determinados hechos que llega a constituir un hábito”. Por tanto, la habitualidad no debe interpretarse, según la Sentencia de la A.P. de Córdoba de 21 de abril de 1999, “ en un sentido jurídico de multirreincidencia en faltas de malos tratos” sino que no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con la que ello ocurre, esto es, la permanencia en el trato violento” no estaríamos ante una “falta de lesiones elevada a delito por la repetición”, sino por la situación de agresión permanente en que vive la víctima. En la

⁴¹⁰ Otras novedades de la Ley 11/2003 fueron: la desaparición de la referencia a la “estabilidad” en la relación de afectividad análoga a la conyugal, la protección a los hijos propios o del cónyuge o conviviente, y a los descendientes propios o del cónyuge o conviviente siempre que haya convivencia, la extensión de la protección a cualquier miembro integrado en la unidad familiar siempre que haya convivencia y la inclusión de las personas especialmente vulnerables dentro del ámbito de protección de este tipo penal.

⁴¹¹ Ver el resumen de jurisprudencia que recopila ROMERO RODRÍGUEZ en su artículo “La habitualidad en el delito de malos tratos habituales, art. 173.2 C.P”, julio, 2005. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200507-1257914610541941.html>

misma línea se pronuncia el TS, que en sentencias de 24 de junio de 2000 y 7 de julio de 2000, ya mencionada dice que: “este enfoque constitucional es el único que resulta adecuado dada la naturaleza del tipo penal”, de manera, que esta última dice que las dos lesiones denunciadas no constituyen dos actos aislados sino la exteriorización singularizada de un estado de agresión permanente”. Incluso, se debe apreciar la habitualidad aun cuando no se precisan las fechas concretas de las agresiones y aunque la víctima no se haya ratificado en la denuncia (Sentencia AP Guipúzcoa, Sección 3^a) o a no haber denuncias por malos tratos inferidos en un plazo corto de tiempo (STS de 29 de abril de 1999, Sala de lo Penal) o sólo se haya denunciado la última agresión (Sentencia AP de 20 de enero de 1999).

De interés también la Sentencia de la AP de Girona de 5 de junio de 1998, Sección 3^a en que se analizan exhaustivamente los elementos de la violencia física habitual: sujetos, acción y habitualidad. En este caso, los hechos violentos son cinco, pero el primero ya fue objeto de condena por lesiones, no pudiendo ahora formar parte de este tipo sin vulnerar el principio de *non bis in idem*, otros dos son amenazas, que no constituyen violencia física, restando por lo tanto dos agresiones, que no son suficientes para el requisito de habitualidad.

Como se ve, las razones de esta falta de aplicación fueron varias: a veces, los Tribunales entendían incompatibles el requisito de la habitualidad y el principio de legalidad, considerando que se estaba infringiendo el principio *non bis in idem*; otras veces, el motivo de la inaplicación era de índole práctico por dificultades en la obtención de prueba suficiente acerca de la habitualidad⁴¹². Con la interpretación auténtica del concepto de habitualidad, que ha sido respetada en la reforma del año 2003, indudablemente ha aumentado el número de sentencias condenatorias que lo estiman acreditado y concurrente⁴¹³.

⁴¹² Véase el resumen de los criterios interpretativos que de la habitualidad efectúa el Tribunal Supremo recopilados por CAMPOS CRISTÓBAL, en el que destacan las interpretaciones que se refieren no a un número determinado de actos de violencia sino a un estado de agresión permanente sin necesidad de una acreditación fehaciente ni del número de actos, ni de la fecha ni periodicidad de las mismas, CAMPOS CRISTÓBAL, R., “La Violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La prevención y erradicación...*, *op. cit.*, pág. 292.

⁴¹³ En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003 declara que “Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra la relaciones familiares pese a su ubicación sistemática”.

De igual modo, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2000 no se acepta el automatismo numérico de tres acciones de maltrato físico como presupuesto del tipo, sino que lo decisivo en este caso, es que haya quedado probada “la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo importante que se tenga la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

La ampliación de nuevo de los sujetos pasivos de este delito es espectacular. A las personas que mantienen o han mantenido relaciones sentimentales aún sin convivencia hay que unir todas aquellas personas que mantienen un vínculo de dependencia (no necesariamente familiar o sentimental) con el sujeto activo, con lo que el concepto jurídico-penal de la violencia doméstica se perfila como más amplio que el hasta entonces utilizado, que podría ser denominado con más propiedad violencia familiar con el agravante, según MAQUEDA ABREU⁴¹⁴, de que este concepto omnicomprendivo de la Ley fue el utilizado por el legislador en su línea expansiva del Derecho Penal para justificar la protección otorgada en esta Ley a personas especialmente vulnerables en el ámbito de las relaciones domésticas.

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional tocó también el tema de la violencia doméstica, al regular como uno de los fines para adoptar la medida de prisión provisional la evitación de que el imputado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta fuese alguna de las personas del artículo 153 del Código Penal.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de octubre reformó el Código Penal, estableciendo que las penas de prohibición de residir en determinados lugares, prohibición de aproximación a la víctima, o prohibición de comunicarse con la víctima, entre otros, debía imponerse en todo caso siempre que se cometiera alguno de los delitos previstos en el artículo 57.1 cuando la víctima fuera alguno de los sujetos comprendidos en el artículo 173.2.

De la misma manera, en los casos de suspensión de la pena del artículo 83, debería imponerse además la prohibición de aproximarse a la víctima o familiares, y la prohibición de acudir a determinados lugares. El incumplimiento de esta obligación provocaba, cuando se trataba de delitos de violencia doméstica la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

La sustitución de penas (artículo 88) también fue retocada por esta Ley, ya que cuando se tratara de un delito previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, la pena de prisión sólo podría ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad debiendo imponerse por el Juez o Tribunal, además, la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de los deberes previstos en el artículo 83 del Código Penal.

Como apunta SOTORRA CAMPODARVE⁴¹⁵, “indudablemente, el tejido protector elaborado respecto de este tipo de infracciones estaba,

⁴¹⁴ MAQUEDA ABREU, M.L., “Veinte años de desencuentros entre la Ley Penal y la realidad de la violencia en la pareja” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, op. cit., págs. 43 y 44.

⁴¹⁵ SOTORRA CAMPODARVE, M.C., “Análisis de los principales hitos legislativos en la materia” en RIVAS VALLEJO M.P., y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Cizur Menor, 2007, pág. 386.

paulatinamente, tomando cuerpo y extensión, pero la realidad cotidiana parecía no tomar conocimiento de estos avances” porque aún se necesitaba reforzar algunos aspectos como la protección a las víctimas. Por ello, se promulgó la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección como principal medida en materia de adopción de medidas cautelares, persiguiendo, como apuntan SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA y MOYA CASTILLA⁴¹⁶ la creación de un estatuto integral de protección a la víctima que se ha revelado como un instrumento “razonablemente adecuado para una mayor tutela de la víctima”.

De todo lo expuesto se deduce una consecuencia fundamental relativa al papel intervencionista del Estado en su misión de restaurar el orden jurídico vulnerado, mediante la aplicación de sanciones punitivas que materialicen la función simbólica del Derecho Penal. El fortalecimiento del papel utilitarista que el Derecho Penal ha sufrido en las últimas décadas se traduce en una consecuencia importante. Como apunta LLORIA GARCÍA, la sucesión de normas que consagran penas más graves “se han demostrado absolutamente ineficaces en algunos casos, (como en materia de violencia de género), o al menos no más eficaces que las ya existentes, lo que acaba generando un discurso circular”. La sociedad demanda más penas y más graves, los índices estadísticos de criminalidad se mantienen pero, por el contrario, se acentúa la sensación mediática de inseguridad por la ineficacia de las medidas adoptadas. El círculo se cierra y de nuevo la sociedad reivindica medidas más duras que tienen respuesta legislativa, lo cual conduce a la práctica desaparición de las garantías de esa función simbólica, que son sustituidas por una falsa sensación de seguridad y por una función denominada “promocional” del Derecho Penal, como artifice de la transformación de la sociedad y de la obtención de mayores cuotas de igualdad y libertad en el ámbito de la convivencia social.

Esta excesiva presencia del Derecho Penal en el orden social produce, en el ámbito de la violencia de género la consideración de la mujer como víctima o potencial víctima en cualquier caso. De hecho, la LO 1/2004 que ahora veremos, al judicializar desde el punto de vista penal el problema de la desigualdad entre géneros, en lugar de reforzar las medidas sociales estructurales básicas necesarias para erradicarlo perpetúa los patrones paternalistas expandiendo el Derecho Penal en busca de la seguridad, pero sin conseguir eficacia y lo que es peor, sacrificando la libertad, la igualdad y los derechos del infractor que ceden el paso a los de la víctima⁴¹⁷.

Llegados a este punto, se produce el principal hito normativo en materia de protección específica de la violencia sobre la mujer: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral

⁴¹⁶ SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de género...*, op. cit., pág. 80.

⁴¹⁷ LLORIA GARCÍA, P. “La influencia de los medios en la regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La prevención y erradicación...*, op. cit., págs. 184 y ss.

contra la Violencia de Género, que completa y cierra por el momento la regulación legislativa en la materia.

4. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1. CONTENIDO Y FUNDAMENTO

Como ya hemos dicho, la primera norma exclusiva y específica en materia de Violencia sobre la Mujer es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004), norma que viene a completar los avances legislativos recogidos en los textos legales antes mencionados, ofreciendo soluciones integrales y multidisciplinarias con el objeto de tratar adecuadamente y poner fin a esta lacra social.

La LO 1/2004 regula en su Título V bajo la rúbrica “Tutela Judicial” un conjunto de medidas jurídico-procesales cuyo propósito es garantizar un tratamiento especializado y eficaz de la situación jurídica, personal, familiar y social de las víctimas de violencia de género. Dicha tutela se articula teniendo en cuenta no sólo las modificaciones sustantivas y procesales introducidas en la materia y de las cuales hablaremos más adelante, sino también las siguientes iniciativas de carácter orgánico-procesal:

1) Creación de órganos jurisdiccionales especializados en esta materia: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como Juzgados de lo Penal y Secciones de la Audiencia Provincial (Capítulo I)

2) Unificación de las competencias penales y civiles en el tratamiento jurisdiccional de los asuntos relacionados con la violencia de género (Capítulos II y III)

3) Regulación específica de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género (Capítulo IV)

Por lo que se refiere a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, su principal fundamento es la unificación en unos mismos órganos judiciales de las facultades de conocimiento y de decisión de cualquier asunto relacionado con la violencia de género, con el objeto de conseguir una respuesta judicial más rápida y eficaz en esta materia. JIMENO BULNES⁴¹⁸ considera que dichos órganos deben considerarse “especializados, ni siquiera especiales”, y adscritos a la jurisdicción ordinaria, orden penal, dada la “conmixti3n de jurisdicciones” que genera un híbrido que combina aspectos civiles y penales necesario para abarcar todos los aspectos materiales derivados de la violencia de género.

Entre las distintas posibilidades que se ofrecían al legislador, atribuir competencias civiles a los juzgados del orden penal, hacerlo a la inversa o crear un orden jurisdiccional propio, la opción elegida fue la creación de juzgados especializados integrados dentro del orden penal (no

⁴¹⁸JIMENO BULNES, M., “Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales”, en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, op. cit., págs. 306 y 307.

dejan de ser juzgados de instrucción especializados) con *vis atractiva* sobre determinadas competencias civiles relacionadas o que traen causa de asuntos penales relacionados con la violencia de género.

El artículo 43 de la LO 1/2004 adiciona un artículo 87 bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial estableciendo que “en cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial”. No obstante “podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia”. De esta forma queda garantizada la respuesta judicial especializada a todas las víctimas de violencia de género independientemente de su domicilio.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán ser exclusivos o compatibles, en cuyo caso, también podrán conocer de otros asuntos penales (si son Juzgados de Instrucción) o penales y civiles (si son Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción).

Por lo que se refiere al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, las reglas relativas a su ámbito de conocimiento se encuentran dispersas en los Capítulos I, II y III del Título V de la LO 1/2004.

Antes de entrar en el análisis sistemático de sus reglas de competencia objetiva, territorial y por conexión es necesario precisar que las competencias de estos Juzgados en el orden jurisdiccional penal son las que determinan el ámbito de actuación de estos Juzgados, al venir las competencias civiles de estos órganos supeditadas a aquéllas.

En el orden penal la competencia objetiva viene establecida en los artículos 44 y 58 LO 1/2004, mediante los cuales se adicionó un artículo 87 ter a la Ley Orgánica del Poder Judicial y se modificó el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciéndose un nuevo apartado 5 en el mismo sentido y con idéntica redacción que el apartado 1 del mencionado artículo 87 ter.

Establece el artículo 87 ter 1 de la LOPJ que “los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

- a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o

- conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.
- b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
 - c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
 - d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

Por tanto, para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer conozca de la instrucción (y fallo en casos de sentencia de conformidad), incluida la adopción de la correspondiente orden de protección, de un determinado asunto de violencia de género han de concurrir dos presupuestos:

a) Uno de carácter personal: que el hecho constitutivo de delito o falta haya sido cometido por un hombre contra quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

No obstante, este ámbito personal también se extiende, siempre y cuando se haya producido un acto de violencia de género, a los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, y a los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Se trata por tanto de un ámbito de competencia objetiva extendido, que responde a la necesidad de proteger a los más débiles del grupo familiar frente a cualquier acto de violencia, concentrando en un mismo órgano judicial el conocimiento de todos los hechos que tengan lugar en “unidad de acto”, vayan dirigidos contra la mujer o no. TARDÓN OLMOS⁴¹⁹ los distingue denominándolos *ámbito propio* (delitos cometidos por hombre contra mujer que sea o haya sido su esposa o pareja), en los que, salvando las dificultades de fijación de criterios con carácter general existe o existió una relación de pareja, y *ámbito impropio* (delitos cometidos por ese mismo sujeto activo contra descendientes, propios o de la esposa del conviviente o sobre menores o incapacitados que con él convivan o se hallen sometidos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya cometido un acto de violencia de género), en el que el principal problema interpretativo está en determinar “cuándo se ha producido también un

⁴¹⁹ TARDÓN OLMOS, M., “Cuestiones de competencia” en RIVAS VALLEJO M.P., y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Cizur Menor, 2007, pág. 300 a 303.

acto de violencia de género”, abarcando con carácter general este tipo de agresiones sin limitación temporal.

b) Otro de carácter material, es decir, que se trate de alguna de las siguientes infracciones penales:

- De un delito recogido en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales.
- Cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación. En este apartado el legislador establece una cláusula de cierre con la finalidad de que ningún acto de violencia de género escape de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- De un delito contra los derechos y deberes familiares.
- De alguna de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal.

En cuanto a la competencia territorial, una de las novedades más relevantes de la LO 1/2004 ha sido sustituir en este ámbito, el fuero tradicional del lugar de comisión del hecho delictivo (*fórum delicti comissi*) por el del lugar del domicilio de la víctima en el momento de producirse los hechos, garantizando el respeto al Juez legal predeterminado por la ley⁴²⁰.

La competencia por conexión se ve también reformada por la LO 1/2004, que viene a introducir una nueva norma en esa materia, plasmada en el artículo 17 bis LECrim, que excluye para determinar la conexidad los apartados 1º, 2º y 5º del artículo 17 del mismo texto legal, declarando para atribuir la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer solamente aplicables los supuestos de conexidad de los apartados 3º y 4º del mismo precepto, es decir cuando se comete un delito como medio para cometer otro o facilitar su ejecución, o cuando se comete el delito para procurar la impunidad del cometido anteriormente.

La competencia objetiva en el orden civil viene determinada conforme disponen los arts. 87 ter 2 y 3 de la LOPJ por la concurrencia simultánea de tres presupuestos:

1) Un primero de carácter material, es decir, que se trate de un proceso civil que verse sobre alguna de las siguientes materias:

- Filiación, maternidad y paternidad.
- Nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- Relaciones paterno filiales.
- Adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

⁴²⁰ Se contemplan sin embargo en el nuevo artículo 15 bis LECrim dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para “... la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley ...”, a lo que se debe añadir la competencia del Juez de guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma cuando no sea ninguno de los dos anteriores, conforme a lo establecido en el artículo 544 ter. 3 LECrim, que no ha sido objeto de modificación.

- Guarda y custodia de hijos e hijas menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- Necesidad de asentimiento en la adopción.
- Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

2) Un segundo de carácter personal, que en las partes del proceso civil concurren las siguientes circunstancias: que una de ellas sea víctima de los actos de violencia de género y que la otra (el hombre) aparezca imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de tales actos de violencia de género.

3) Un tercero de carácter procedimental, es decir, que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género⁴²¹.

Debido a la *vis atractiva* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce del asunto penal en relación con el proceso civil conexo, el fuero penal determinará la competencia territorial para conocer del proceso civil en detrimento de las reglas del artículo 769 LEC, pues será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima el que también conocerá del pleito civil.

⁴²¹ A fin de agilizar la decisión sobre el órgano judicial objetivamente competente para conocer de un determinado proceso civil (Juzgado de 1ª Instancia o Juzgado de Violencia), la LO 1/2004 ha venido a introducir un nuevo artículo 49 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinguiendo tres supuestos:

1) Que el Juzgado de 1ª Instancia que esté conociendo de un proceso civil tenga conocimiento de un acto de violencia de género que haya dado lugar a un proceso penal o a una orden de protección, supuesto en el que deberá inhibirse remitiendo lo actuado a dicho Juzgado, siempre que no se haya iniciado la fase de juicio oral.

2) Que el Juzgado de 1ª Instancia que esté conociendo de un proceso civil tenga conocimiento de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a un proceso penal o a dictar una orden de protección, supuesto en el que deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal (que se celebrará en las siguientes 24 horas) a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en la 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, de modo que si el Fiscal denuncia o solicita la orden de protección, habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Juzgado. Sin embargo el órgano civil continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juzgado de Violencia competente.

3) Que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil en el que concurren los requisitos que determinan su competencia conforme al artículo 87 ter apartado 3 de la LOPJ, supuesto en el que requerirá de inhibición al Juez Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

Consúltense el trabajo de ONTIVEROS RODRÍGUEZ “La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)”, *Diario La Ley*, vol. 28, núm. 6695, 2007, págs. 1 a 5.

4.2. ASPECTOS SUSTANTIVOS

El Título IV de la LO 1/2004, rubricado «Tutela penal» abarca los artículos 33 a 42, que la Exposición de Motivos presenta diciendo que «En su Título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad. Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquéllas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos».

El artículo 2 g) de la Ley insiste en la intención del legislador de «fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de la violencia de género».

Como consecuencia de esta declaración de intenciones, en el ámbito penal la LO 1/2004 ha retocado algunos preceptos del Código Penal para adecuarlos a la idea de persecución de la violencia de género mediante un endurecimiento de las penas a imponer por este tipo de delitos aunque, como aprecia LAURENZO COPELLO⁴²², los preceptos penales afectados son pocos y su modificación se reduce a la introducción de alguna circunstancia agravante y a otros retoques mínimos. Esto se debe, no a la cercanía con las “nefastas” reformas del año 2003, que sí habían supuesto una importante modificación de los delitos de violencia de género basada en el consenso, sino al “golpe de timón” dado por el legislador al incluir la perspectiva de género como categoría de análisis y tratamiento de estos delitos desmarcándose de la violencia doméstica y desconociendo la importante división de opiniones en torno a la materialización de la misma en la Ley⁴²³.

⁴²² LAURENZO COPELLO, P., “Modificaciones de derecho penal sustantivo...”, *op. cit.*, págs. 337 a 339.

⁴²³ Véanse los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, sesiones plenarias de septiembre y octubre. A efectos de contraste, cfr. con el Diario de Sesiones de la X Legislatura, Comisión de Igualdad cuyo orden del día es del tenor literal siguiente:

- Ante los terribles asesinatos de mujeres este verano, de los resultados de las políticas que está llevando a cabo al frente de su departamento para combatir la violencia de género y de nuevas propuestas para combatirla. A petición del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. (Número de expediente 212/001760)
- Sobre las medidas que tiene previsto adoptar el Gobierno en respuesta al grave incremento en el número de mujeres muertas durante el primer trimestre del año víctimas de la violencia de género. A petición del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). (Número de expediente 212/001556)
- Del análisis que hace el Gobierno y las medidas que va a adoptar el Ministerio ante las alarmantes cifras de asesinatos machistas en 2014. A petición del Grupo Parlamentario Socialista. (Número de expediente 212/001496)
- Ante las evidencias del retroceso en la lucha contra la violencia de género y los terribles asesinatos machistas de este verano, de las propuestas que en el ámbito

Los artículos 83.1.6º párrafo segundo, 84.3, 88.1 párrafo tercero, 153, 172 párrafo primero, 468 y 620 del Código Penal han sido retocados por esta Ley, acometiéndose por el legislador una reforma de gran calado en materia de tutela penal de los delitos de violencia de género.

Los artículos 83.1.6º párrafo segundo y 84.3 del Código Penal regulan el nuevo tratamiento de la suspensión y sustitución de la pena impuesta por delitos de violencia de género. Se condiciona la concesión de la suspensión de la pena y su revocación, respectivamente, al cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones previstas en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del artículo 83.1 del Código Penal, cuales son:

1ª) Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

5ª) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

La sustitución de penas también ofrece especialidades, puesto que el artículo 88.1 párrafo tercero del Código Penal establece que la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, si bien acompañada de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las reglas 83.1.1ª y 2ª del mismo texto legal.

En cuanto al tratamiento jurídico-penal de determinados delitos en materia de violencia de género, el delito de lesiones contenido en el artículo 148 del Código pasa de 3 a 5 números. Por una parte, se reformula el 148.2º y por otra, se incorporan dos nuevos ordinales al precepto, de manera que la pena a imponer por el delito de lesiones se agrava:

4º) Si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin mediar convivencia.

5º) Si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El delito tipificado en el artículo 153 del Código Penal (malos tratos físicos y psicológicos no habituales) parte de la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas

de sus competencias piensa desarrollar para combatir la violencia de género y de la evaluación de las políticas llevadas a cabo en esta materia, especialmente del funcionamiento del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. A petición del Grupo Parlamentario Socialista. (Número de expediente 212/001727)

- En el marco de las políticas impulsadas desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para la eliminación de la violencia de género, sobre el dictamen del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer condenando a España por no proteger a una mujer víctima de violencia de género y a su hija fallecida. A petición del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. (Número de expediente 212/001723)

http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-676.PDF

en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, redacción que retoca y que queda como sigue:

“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Por lo que se refiere al artículo 173 del Código Penal, este precepto, introducido por la LO 11/2003 y que la LO 1/2004 no ha reformado, es el que a día de hoy regula dentro de los delitos contra la integridad moral el ejercicio de la violencia física o psíquica habitual en el ámbito doméstico, cuestión esta que tradicionalmente había venido siendo regulada en el artículo 153 del Código Penal en el marco del Título III dedicado a las lesiones.

Establece este precepto en sus puntos 2 y 3 que:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre

los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores»⁴²⁴.

⁴²⁴ El legislador ha utilizado términos distintos a la hora de delimitar los sujetos pasivos de los artículos 153.1 y 173.2 del Código Penal. En efecto, el artículo 153.1 se refiere a «cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él», mientras el 173.2 se refiere a «quien sea o haya sido su cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada a él». Evidentemente, los términos «esposa» y «cónyuge» no son equiparables, toda vez que cónyuge puede serlo tanto el hombre como la mujer. Tampoco los términos «mujer» y «persona» son equiparables. Ahora bien, teniendo en cuenta que la *ratio legis* de la LO 1/2004 no contempla con carácter general la posibilidad de que la víctima pueda revestir la condición de hombre como tal, podemos concluir que sólo la esposa o mujer que haya estado ligado a él por análoga relación de afectividad aun sin mediar convivencia puede ser sujeto pasivo del artículo 153.2 CP.

El catálogo de sujetos pasivos de este delito lo completan los descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad del hombre o de su esposa o conviviente, los menores o incapaces que convivan con el hombre o que se hallen sujetos a la tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de su esposa o conviviente, la persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados.

Como apunta SANZ-DIEZ DE ULZURRUM y MOYA CASTILLA⁴²⁵, “la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre fue un claro ejemplo de la persistencia del legislador en la idea de que el aumento de las penas y la extensión del ámbito de tipo penal para abarcar un mayor número de conductas y un mayor número círculo de sujetos protegidos viene a constituir una eficaz solución tanto represiva como preventiva”. Así, enclavar el delito de malos tratos habituales dentro de los delitos contra la integridad moral, ampliando el círculo de sujeto pasivos y permitiendo adoptar otras medidas como la privación del permiso de tenencia y porte de armas y la privación de la patria potestad, tutela, curatela, estableciendo cuatro subtítulos agravados es un claro exponente de la línea seguida por el legislador en su camino por otorgar una protección integral a la víctima en el ámbito de la pareja. Ahora bien, también hay que decir que en este precepto sigue aún la duda doctrinal acerca del bien jurídico protegido, por tratarse de un bien difuso que frecuentemente se confunde con otros bienes jurídicos relacionados con la dignidad humana, y que siguen siendo de difícil aprehensión.

Por otra parte, como apuntan los autores citados al no exigirse convivencia para la consumación de este delito se cuestiona el hecho de que el bien jurídico protegido sea la paz familiar como se ha reiterado por la doctrina y jurisprudencia. Lo que está claro es que, como afirma ACALE SÁNCHEZ⁴²⁶, sólo identificando adecuadamente el bien jurídico protegido y aclarando si nos encontramos ante un delito de lesión o de peligro se podrá configurar correctamente el injusto. Esta autora sistematiza la opinión de distintos autores que configuran el bien jurídico protegido en los ataques físicos en el ámbito familiar como mixto, combinando aspectos físicos como la integridad o la salud y la pacífica convivencia familiar (CUENCA SÁNCHEZ), la dignidad humana y el honor (CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC) o de naturaleza intermedia entre la injuria y la lesión (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE). En todo caso, hay que decir que el enclave de los delitos de violencia contra la mujer dentro de los capítulos dedicados a las lesiones (artículo 153), amenazas (artículo 171), coacciones (artículo 172) y torturas y contra la integridad moral (artículo 173) tampoco contribuye a definir un único bien jurídico como objeto de protección en los delitos contra la mujer, aunque es general la admisión del bien jurídico “paz familiar” como objeto de protección en esta Ley, porque, según SANZ DÍAZ⁴²⁷ es la paz familiar la que se ve quebrantada cuando la posición dominante de uno de los miembros de la familia vulnera, no sólo la personalidad de la víctima, sino el ambiente de convivencia familiar en que se desarrollan este tipo de delitos.

⁴²⁵ SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de género...*, *op. cit.*, pág. 97.

⁴²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar” en *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Cádiz, 2000, págs. 74 y siguientes.

⁴²⁷ SANZ DÍAZ, L., “La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico español. Aspectos sustantivos” en TENA FRANCO. I. (Dir.), *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Madrid, 2005.

El delito de amenazas tipificado en el artículo 171 del Código Penal también sufre retoques dirigidos a la introducción de un endurecimiento de las penas en atención al ámbito de violencia de género en que nos encontramos.

El artículo 171.4 del Código Penal regula en su primer párrafo las amenazas leves sobre quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, amenazas que castiga con la misma pena prevista en el artículo 153.1. Se trata de un delito especial, en la medida que sólo puede cometerse por el hombre sobre la mujer. Además se dice que «Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

El artículo 171.5 castiga en su párrafo primero las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el artículo 171.4, con prácticamente las mismas penas que en el artículo 153.2. La única y levisima diferencia radica en que donde aquél dice «privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años», éste refiere «privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 a 3 años».

Su párrafo segundo regula un subtipo agravado. Se impondrá en su mitad superior la pena del 171.4 y del 171.5, segundo párrafo del Código Penal cuando concurren las mismas circunstancias recogidas en el vigente 153.3 del Código Penal. SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA y MOYA CASTILLA⁴²⁸ destacan la polémica redacción del artículo 171.4, ya que consideran que esta norma es inconstitucional por elevar de falta a delito las amenazas, sean del tipo que sean cometidas en el ámbito de la violencia de género (del hombre contra la mujer), pero no en los demás casos. Esto ha sido paliado por la introducción en trámite parlamentario de la mención a las personas especialmente vulnerables como sujetos pasivos a los que se extiende el radio de acción de este delito. También se plantea la doctrina una posible infracción del principio de proporcionalidad que se justifica por la necesidad de una respuesta contundente al fenómeno de la violencia de género y de proteger a la víctima mediante la fuerza coactiva de la sanción penal endurecida.

El artículo 171.6 del Código Penal regula un subtipo atenuado, en la medida en que faculta al Juez o Tribunal para imponer motivadamente la pena inferior en grado, tomando en consideración los mismos factores ya descritos en el artículo 151.4 Código Penal.

El delito de coacciones también ha sido reformado por la LO 1/2004, puesto que la redacción anterior de la LO 11/2003, sólo vino a agravar la pena de multa del tipo básico del párrafo primero.

Así, la LO 1/2004 ha transformado el artículo 172 del Código Penal que queda redactado de manera que su punto 2 castiga las coacciones

⁴²⁸ SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de género...*, *op. cit.*, pág. 105.

leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, con las mismas penas que en los artículos 153.1 y 171.4 párrafo primero del Código.

El párrafo segundo del 171.2 impone la misma pena por el delito de coacciones leves a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor y tipifica el subtipo agravado en los mismos términos que los artículos 153.3 y 171.5.

Por último, su párrafo cuarto regula un subtipo atenuado en los mismos términos ya descritos en los artículos 151.4 y 171.6 del Código.

El delito de quebrantamiento de condena del Artículo 468 del Código Penal se refiere a quienes quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia castigando esas conductas con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, si bien incorpora un último inciso, «y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos», cuestión ésta regulada hasta ahora por el inciso inicial del artículo 468.2.

Por lo que respecta a la nueva redacción de este último, «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.»

De esta manera se completa este precepto, ya que el artículo 48 del Código Penal, en la redacción dada por la LO 11/2003, ya había definido el alcance de la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (48.1), así como el de la prohibición de aproximarse (48.2) o comunicarse (48.3) con la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Por último la LO 1/2004 tipifica en el artículo 620.1º del Código Penal las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, o cuando éstos fueran utilizados sacándolos en riña, como no sea en justa defensa, «salvo que el hecho sea constitutivo delito», es decir, cuando de conformidad con el tenor del artículo 171.5 Código Penal los sujetos pasivos de tales amenazas sean los del 173.2, exceptuados los del 171.4 del Código Penal.

En la misma línea, el artículo 620.2º tipifica las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve, «salvo que el hecho sea constitutivo de delito», es decir, cuando por lo que a las amenazas y coacciones se refiere sean constitutivas de los delitos de los artículos 171.4 o 172.2 , respectivamente.

Se mantiene, por lo demás, la redacción dada por la LO 11/2003, redacción que se caracteriza por incorporar un subtipo agravado en cuanto a la modalidad delictiva del 620.2º cuando recayere sobre los sujetos pasivos del artículo 173.2 del Código Penal.

Por último, debemos hacer mención al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado en Consejo de Ministros el 27 de febrero de 2015, que introduce importantes modificaciones en el ámbito de la violencia de género, ampliando las competencias del Juez de Violencia sobre la Mujer a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y el honor de la mujer y al delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar. Además, se refuerza el aspecto de formación de todos los operadores jurídicos en materia de violencia de género incluyendo el estudio del principio de igualdad entre hombres y mujeres, las medidas de violencia de género y su aplicación con carácter transversal a la función jurisdiccional y asegurando una asistencia técnica y profesional especializada en materia de violencia de género por parte de los Equipos adscritos a la Administración de Justicia, en especial, en el ámbito de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Se regula además la obligación de que la Comisión Nacional de Estadística Judicial tenga en cuenta, en su caso, la perspectiva de género y la variable de sexo, a la hora de elaborar los criterios de la estadística⁴²⁹.

De todo lo expuesto se puede deducir que la finalidad perseguida por el legislador está en plena consonancia con la convicción de que la lucha contra la violencia de género ha de pasar necesariamente por una revisión “al alza” de los tipos penales que la castigan, lo cual ha sido criticado en la doctrina, dado que conectando la función de la pena y la del Derecho Penal, y la proporcionalidad entre el delito y la pena, como dice SANZ MULAS⁴³⁰, “la aprehensión real de la idea de legalidad reside en las más variadas y matizadas acepciones jurídico-positivas de las normas que las expresan”, por lo que el derecho positivo penal está muy ligado a las circunstancias políticas de cada país. Quizás por ello, a pesar de que el Derecho Penal mínimo parece ser la pauta a seguir, en esta materia en concreto vivimos en lo que la autora denomina con carácter general una “cultura de emergencia”, en la que la estrategia político-criminal se mueve en un sentido “completamente inverso al de la disminución del umbral represivo”. Todo esto se vive dentro de un contexto de Derecho Penal en crisis, lo que obliga, según OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ⁴³¹ a administrar las sanciones justamente, esto es, proporcionadamente y con un fin preventivo que a veces, como en este

⁴²⁹ http://www.elderecho.com/actualidad/gobierno-aprueba-proyecto-LOPJ-racionalizara-reparto-asuntos-Juzgados-agilizar-Justicia_0_786375115.html

Véase el texto del Proyecto en

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292358725604?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D121011_Proyecto_de_Ley_Reforma_Parcial_LOPJ.pdf&blobheadervalue2=1288777317612

⁴³⁰ SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid, 2000, págs. 151, 168 y 169.

⁴³¹ OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., “Teoría general de la pena” en MOLINA BLAZQUEZ, M.C. (Coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Barcelona, 2005, pág. 38.

caso, queda muy difuminado entre consideraciones de tipo más represivo que educativo, reparador o rehabilitador.

Por ello la técnica legislativa ha sido demasiado genérica e imprecisa en algunos casos. Hubiese sido deseable, por poner un ejemplo, una mejor delimitación del concepto de «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» a los efectos de los artículos 148, 153.1, 171.4 párrafo segundo y 172.2 párrafo segundo del Código Penal, toda vez que el propio legislador ha establecido en otros preceptos semejantes como los artículos 180.3º y 184.4 los concretos requisitos que han de darse para considerar a una persona como “especialmente vulnerable” a efectos jurídico-penales⁴³²⁴³³.

Por otra parte, siendo la distinta definición de lo que debe entenderse por sujeto pasivo de los delitos de malos tratos, amenazas y coacciones distinta según el tipo delictivo a tratar, la redacción de la LO 1/2004 contribuye a introducir mayor confusión, lo mismo que ocurre con la “inhabilitación” a que se refieren los artículos 153.1 y 153.2 que tampoco es objeto de delimitación conceptual. En cualquier caso, la delimitación en negativo de los sujetos pasivos de los artículos 153.2 y 171.5 del Código Penal, con los problemas interpretativos que ello conlleva, podía haberse evitado a través de una más correcta definición en términos positivos delimitando bien tanto la acción típica, como el sujeto pasivo básico y diferenciándolos del resto de sujetos pasivos afectados.

4.3. LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004

Transcurridos diez años desde la publicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, nos dedicamos en este apartado a una de las cuestiones más polémicas que se han generado en torno a esta norma: su adecuación constitucional.

Dedicaremos las siguientes líneas al tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dado en sus sentencias del concepto de Violencia de Género y de la propia LO 1/2004, desde el punto de vista de la posible inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos por vulneración de los principios de igualdad, no discriminación por razón de sexo y proporcionalidad.

⁴³² Ambos preceptos recogen, dentro del Título VIII del Código Penal, “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, lo que debe entenderse por vulnerabilidad, que para el caso del artículo 180. 3ª es para las agresiones sexuales “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación” y en el 183, para los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años en el punto 4 letra a, “cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”.

⁴³³ Véase para más información, el interesante estudio sobre la mediación penal con víctimas especialmente vulnerables que hace MARTIN DIZ, F., en su trabajo “Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, 2013, págs. 526 y ss., especialmente en las páginas 535 a 541.

Como ya hemos dicho anteriormente, la protección que el Código Penal ha venido dispensando a la mujer maltratada se ha caracterizado a lo largo de todas las reformas del Código Penal por su indefinición. Los contornos y límites de los tipos delictivos siempre han permanecido en la niebla, porque el legislador en ocasiones no ha deslindado con claridad ni los grupos de personas protegidas, ni las razones que justifican idéntico tratamiento a distintos supuestos y por diferentes motivos.

Por lo que a la mujer víctima de maltrato se refiere, la LO 1/2004 ahondó ya desde su artículo 1 en esta imprecisión al elevar el concepto de violencia de género a la categoría de violencia específica, que se desenvuelve en el ámbito doméstico, y que hunde sus raíces en diferencias estructurales históricas basadas en relaciones de poder y dominación del hombre. Por primera vez el legislador habla de violencia de género, si bien lo hace dentro de una ley cuyo contenido se extiende, además, a la violencia en el ámbito doméstico, de manera que se viene a ampliar el ámbito de protección de aquellos delitos que tienen lugar dentro del entorno familiar entre personas unidas por lazos de familiaridad, afectividad o afinidad.

Se sigue así con la introducción en nuestra legislación de la perspectiva de género en nuestra legislación como instrumento para activar líneas de actuación política dirigidas a modificar la situación de desigualdad entre sexos existente en la actualidad. Las preguntas a formularse en este momento son si todas las reformas del Código Penal hasta llegar a esta LO 1/2004 son medidas de acción o discriminación positiva y, de ser la respuesta positiva, si son estas normas contrarias al derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo.

Con respecto a la primera cuestión habría que responder que, efectivamente, estamos ante medidas que tratan de favorecer a un grupo de personas (mujeres maltratadas a manos de sus parejas y exparejas) que se encuentran en franca posición de desventaja respecto de otros colectivos o de otras personas integrantes del mismo colectivo de las mujeres. Sin embargo, en el caso de los delitos de violencia de género, la mujer no obtiene ningún beneficio adicional al de la condena al maltratador, por lo que difícilmente puede sostenerse la virtualidad de las normas protectoras de la mujer en materia de maltrato como medio para equilibrar una posición que, al menos en su posición de partida no es desigual porque no se trata de repartir bienes escasos, como cuando se trata de la adopción de medidas discriminatorias positivas para favorecer el acceso al mercado laboral.

Así, en otros ámbitos (relativos por ejemplo al reparto de tareas domésticas y familiares, acceso y permanencia en el mundo laboral, acceso a cargos públicos) sí existe una clara desigualdad estructural contra la que se ha de luchar. Sin embargo, el Derecho Penal no puede intervenir para solucionar esa desigualdad estructural, porque la agravación e imposición de una pena no es desde luego el medio idóneo ni el escenario adecuado para conseguir el fin pretendido.

Por tanto, partiendo de la igualdad como bien jurídico reconocido constitucionalmente y afirmando la necesidad de su protección,

especialmente en relación con personas o grupos tratados históricamente de forma discriminatoria y desfavorable, acudir al Derecho Penal para su protección sólo estaría justificado en el caso de que existiera una conducta atentatoria contra bienes jurídicos protegidos, independientemente de la mayor o menor vulnerabilidad o capacidad de resistencia o de defensa de la víctima, por lo que introducir ciertos criterios valorativos como elementos subjetivos del tipo sólo consigue una protección difusa agravada, porque se da por hecho que la debilidad de la mujer es estructural, general y uniforme, sin lugar a matizaciones.

Nuestro legislador ha optado por adoptar una línea de protección a la mujer reflejada en un endurecimiento del tratamiento penal al maltratador que es ciertamente cuestionable para alcanzar el objetivo de igualdad real y efectiva pretendido. El resultado de la adopción de esta estrategia de tratamiento penal de la violencia de género es evidente: el reforzamiento de la protección de la mujer como sujeto pasivo del maltrato parece tener su causa, o así quiere creerlo el legislador, en un concepción sociológica del maltrato que justifica que haya trascendido del ámbito sociológico llegando al Derecho Penal para quedarse.

Esto no hace sino enturbiar el ambiente por las consecuencias jurídico-penales que se derivan de esta opción legislativa, dado que conjugar en la misma frase las expresiones “discriminación positiva” y “Derecho Penal” no se considera que sea la vía más adecuada para conseguir la igualdad real y efectiva que pretende el artículo 14 de la Constitución.

La quiebra del principio de igualdad en delitos de violencia de género responde, por tanto, a una forma de entender el mandato de no discriminación constitucionalmente recogido unidireccional y de naturaleza positiva. Es unidireccional porque la necesidad de contrarrestar el desequilibrio histórico de ciertos colectivos exige adoptar medidas para la tutela del grupo dominado. Es positivo porque exige la adopción de medidas positivas dirigidas a remover los obstáculos que perpetúen esa situación de desigualdad.

Por ello, considera LAURENZO COPELLO⁴³⁴ que las medidas de acción positiva no constituyen excepciones al principio de no discriminación, sino “auténticas concreciones de este mandato constitucional en su vertiente positiva”, recogida en el artículo 9.2 de la Constitución cuando se refiere a la obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, removiendo los obstáculos que lo impidan o dificulten.

De esta forma, se posibilita la introducción en nuestro derecho del “derecho desigual igualatorio”, que justifica la introducción de medidas orientadas a reequilibrar el desequilibrio fáctico existente entre sexos para evitar la “discriminación por indiferenciación”. Se trata de las denominadas “leyes sexo-específicas”, que dotan de especialidad a la

⁴³⁴ LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08,2005 <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, pág. 14

materia que regulan en atención a la diferenciación entre sexos y a las consecuencias que de ello se derivan.

Pero como advierte GIMÉNEZ GLUCK⁴³⁵, de todas las acciones positivas que adopta la ley, y que se refieren a ámbitos muy variados, la doctrina y los órganos consultivos sólo se han planteado la posible inconstitucionalidad de un tipo de normas de acción positiva, las relativas a la protección penal. El resto de medidas de acción positiva son medidas de discriminación inversa, es decir, se materializan en la reserva en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos, como el trabajo, con cuotas reservadas a los grupos más sensibles a la discriminación. Sin embargo estas medidas, situadas en un contexto penal de violencia de género, difícilmente tienen un encuadramiento claro como medidas de acción positiva distribuidoras de bienes escasos mediante la colocación del colectivo desfavorecido en una posición privilegiada. En realidad, concluye este autor, esta figura jurídica plantea muchas dudas acerca de su inclusión dentro de las categorías de acción positiva, aunque a veces pueda afirmarse que en cierto sentido sí participa de esta naturaleza, porque responde al fin de consecución de la igualdad material, criterio finalístico definidor de las acciones positivas.

Teniendo esto en cuenta, quienes defienden la adecuación constitucional de la LO 1/2004 argumentan que esta ley consagra el Estado de Derecho en su función promocional de tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. En esta lucha se deben utilizar cuantos medios estén al alcance, entre ellos el recurso al Derecho Penal, para equilibrar la posición social, familiar y jurídica de hombres y mujeres, de manera que podría estar justificada la diferenciación en el trato precisamente por la necesidad de utilizar cuantos recursos normativos se encuentren al alcance del legislador para garantizar esa igualdad o al menos, la lucha para conseguirla.

Sin embargo, cuando entran en juego estas consideraciones utilitaristas en la fricción entre la protección de unos y otros derechos y se recurre a un Derecho Penal promocional para defender algunos de ellos, el resultado suele ser, como ha ocurrido con la LO 1/2004 el de producir una Ley lastrada de un fuerte automatismo que impide utilizar elementos de discriminación o diferenciación más reales y justos, que opera sobre presunciones que no admiten prueba en contrario, y que recuerda a un Derecho de autor incompatible con nuestro Derecho actual y con los postulados del Estado de Derecho, todo ello visualizando el fin último de consecución de la igualdad pero equivocando, a nuestro entender los medios utilizados.

Con esta línea de actuación no se hacía otra cosa sino seguir en la línea ya iniciada hace años por el legislador⁴³⁶, e interpretada por la

⁴³⁵ GIMÉNEZ GLUCK, D., “Acción positiva y Ley Integral contra la Violencia de Género”, en VVAA, *La administración de Justicia en la Ley Integral contra la violencia de género*, Madrid, 2005, págs. 24 a 27.

⁴³⁶ Reflejo asimismo de la denominada por LARRAURI PIJOÁN “ambivalente posición del feminismo respecto de la intervención penal”, en la que se pasa de luchar por la igualdad rechazando cualquier intento discriminatorio a las dudas de la capacidad de esas normas para

jurisprudencia constitucional, que buscaba la visibilización de la violencia de género a través de la protección paternalista de la mujer y el reforzamiento del tratamiento penal al maltratador.

La crítica al tratamiento que se ha dado en nuestro país del Derecho Penal de género viene dada, como veremos más adelante, por varias premisas que hacen que se haya desvirtuado la protección de los derechos de igualdad y dignidad tal y como está concebida, de manera que se ha conseguido un efecto contradictorio con los objetivos marcados.

Pero además de la introducción en el Derecho Penal de medidas de discriminación positiva, el tratamiento de la violencia de género parece vulnerar el principio de proporcionalidad por agravar el tipo en base a una previa relación sentimental, sin tener en cuenta el hecho objetivo típico sin más añadidos de contenido valorativo. Por otra parte, las críticas más fundamentadas consideran que con esta ley se lesiona también el principio de *non bis in idem* dado que el hecho de que haya dos bienes jurídicos a proteger hace que se aprecie la circunstancia de parentesco dos veces, como elemento valorativo para determinar la habitualidad de la agresión del artículo 173.2 del Código Penal, por ejemplo, y cualificador que transforma esta conducta en delito, cuando una interpretación más respetuosa con el principio de legalidad aconsejaría definir claramente qué conductas merecen el calificativo de habituales a los efectos de su inclusión en el artículo 173.2, y cuáles han de ser objeto de conocimiento separado, aplicando el concurso medial o ideal de delitos y no el real, como ocurre en la práctica.

Se critica además la falta de coherencia legislativa en el tratamiento de la violencia de género por agravar el régimen punitivo de algunos de los delitos dejando para otros delitos que también se dan en el ámbito de la violencia de género (contra la vida, el honor o contra la libertad) el mismo tratamiento que si tuvieran lugar entre personas sin relación sentimental. Esta incoherencia se demuestra también en el hecho de que se extiende el círculo de sujetos pasivos a otras personas, de manera que queda muy difuminado el ámbito de protección de la LO 1/2004. Como ya hemos visto, esto es un producto de la evolución que el tratamiento de la violencia doméstica y de género ha tenido en nuestro país. Así, según

cambiar la realidad social, para terminar en una protección de la mujer a costa de afirmar su vulnerabilidad en pro de esa lucha, que distorsiona tanto los términos del debate como los medios para alcanzar el objetivo. Véase su obra *Criminología crítica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, págs. 66 y siguientes.

De ahí, como opina la autora, se pasa en el tránsito desde los estudios de mujeres a la *Feminist Jurisprudence* desde la afirmación de que la norma es neutral a la admisión de que no puede serlo porque debe regular las diferencias contextuales existentes, por lo que es necesario elaborar normas con visión “género-sensitiva” en las que se tengan en cuenta otras realidades para conseguir una igualdad efectiva. Por ello, afirma esta autora que las leyes penales tienen sexo, sentando las siguientes premisas “las normas tienen sexo porque se expresan en masculino”, “las normas tienen sexo cuando han definido como daño exclusivamente lo que sucedía en el ámbito público”, “las normas tienen sexo desde el momento en que existe una agravante por sexo”, “la resocialización tiene sexo” y “las normas tienen sexo cuando se aplican de acuerdo al criterio del hombre medio”. LARRAURI PIJOAN, E., “Origen de la Feminist Jurisprudence: de mujer a derecho (Woman and the law) a una teoría del Derecho Feminista (Feminist Jurisprudence)” en VVAA, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gasteiz, 1998, págs. 33 y ss.

SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA y MOYA CASTILLA ⁴³⁷, la redacción de los tipos penales específicamente tratados de forma diferente en el ámbito de la violencia de género (artículos 153, 171 y 172 de la LO 1/2004) parece dirigir su atención a todo acto en el que el sujeto pasivo sea mujer respecto de un acto de violencia de su cónyuge o pareja o ex cónyuge y ex pareja sin atender a si se ha cometido o no una agresión constitutiva de violencia de género como manifestación genérica de la desigualdad, lo cual supone, a juicio de los autores “violentar en cierta medida el fundamento mismo de la norma”, dado que se excluye el elemento finalista en la redacción del tipo punible para justificar la gravedad sin matizaciones del reproche penal, introduciendo a la vez, un elemento valorativo muy difícil de abarcar en la práctica por los jueces y Tribunales. Ni siquiera resulta satisfactoria la solución propuesta por los autores en el sentido de interpretar esa presunción de existencia de violencia de género en todo acto de violencia en el ámbito de la pareja permitiendo la prueba en contrario, porque esto tampoco cuadra bien con el espíritu de la Ley y con la dificultad práctica que supondría esa prueba en contrario. Parece que nos hallamos, más que ante una presunción legal *iuris tantum*, ante un elemento valorativo del tipo que establece esa premisa (la violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja es siempre violencia de género como expresión de la desigualdad y el poder de dominación) como elemento configurador del tipo, a pesar de la cláusula introducida en el artículo 87 ter de la LOPJ (“cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”) que permite cierto margen de apreciación al Juez pero que no tiene demasiada virtualidad práctica.

Por otra parte, este tratamiento pudiera ser una manifestación del Derecho penal de autor y vulnerar el principio de culpabilidad, criminalizando conductas discriminatorias históricas como manifestación de un Derecho Penal simbólico que ni consigue resultados, ni preserva la dignidad, seguridad y libertad de las mujeres a las que trata de proteger.

Como consecuencia de todas estas críticas, el Tribunal Constitucional ha tenido que responder ante el planteamiento de varias cuestiones de inconstitucionalidad relativas al tratamiento penal en nuestro país de la violencia de género.

REY MARTÍNEZ ⁴³⁸ sintetiza la línea argumental del discurso seguido por el Tribunal Constitucional en dos puntos básicos: a) La

⁴³⁷ SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de género...*, op. cit., pág. 83.

⁴³⁸ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, págs. 37 y 38. Véase el análisis jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo que hace el autor, distinguiendo desde una primera aproximación “indiferente” al sexo hasta medidas que el TC declara paternalistas o falsamente protectoras de la mujer, para terminar en medidas que el TC declara acciones positivas legítimas, posturas a lo largo de las cuales el TC ha dispensado una intensa protección al colectivo femenino con un progresivo enriquecimiento del derecho a esa protección descubriendo nuevas dimensiones que llevan finalmente a admitir la licitud de las mencionadas medidas positivas compensatorias.

protección especialmente intensa y reforzada del Tribunal al colectivo femenino por considerarlo un grupo social que parte desde cierta posición de desventaja en la estructura social. Se trataría de reconocer a la prohibición de discriminación como una categoría sustantiva autónoma conceptual y autónoma respecto del principio de igualdad con un reforzamiento de la protección de dicho derecho y la admisión de medidas de discriminación “positivas” en favor de la mujer que compensen esa posición de desventaja desde la que se parte. b) Ausencia en el Tribunal, sin embargo, de un criterio exegético globalizador, lo cual da lugar a una amalgama de sentencias sin un hilo conductor claro, que incurren en contradicciones y que no definen claramente el sentido, extensión y límites de la prohibición de discriminación.

En este sentido, las dimensiones de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución pueden ser subjetivas, que se traducen en la interdicción de discriminaciones directas (causadas por la norma o por cualquier acto jurídico público que encierre en el trato diferente dispensado un perjuicio directo en función de la pertenencia a uno u otro sexo), o indirectas (tratamientos jurídicos neutros que producen discriminación en función de las condiciones fácticas en las que se dan). También pueden ser discriminaciones objetivas derivadas de las acciones positivas que definen a la mujer como grupo social en inferioridad de condiciones y merecedor de un trato preferente para equilibrar su posición en la sociedad. El legislador, según este autor y dependiendo de la estrategia política a seguir, puede decidir sobre el “cómo”, el “cuándo” y el “cuánto” de las acciones positivas, pero no sobre el “qué” o el “para qué”.

De ello se deduce que las acciones positivas para la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres suponen un *plus* a la prohibición de no discriminación no susceptible de valoración política puesto que se impone de forma obligada e incontestada a la estrategia legislativa.

Como dice MARTÍNEZ GARCÍA, entender la posición del Tribunal Constitucional supone tener en cuenta ciertos puntos básicos. En primer lugar, la protección contra la desigualdad de género es el *plus* de protección dispensado por el legislador a situaciones en las que la víctima mujer se encuentra en posición desigual y débil, siendo discriminada y maltratada por el sólo hecho de serlo. En segundo lugar, la agravación de los tipos es tradicional en nuestra legislación, también en el ámbito de la violencia de género, en el que las normas sexo-específicas llevan ya años promulgándose. En este caso, el género fundamenta esa distinta penalidad, pero el sexo es el elemento diferenciador de la norma, el que marca la diferencia de trato penal entre hombres y mujeres, y además no es el factor exclusivo determinante de los tratamientos diferenciados⁴³⁹, dado que a él se une el mayor desvalor que suponen este tipo de agresiones por producirse en el contexto de subordinación en la pareja intolerable para el intérprete constitucional. Esto tiene el inconveniente,

⁴³⁹ Como reiteradamente ha dicho el TC en Sentencias de 76/2008, de 3 de junio, 152/2009, de 25 de junio, 203/2009, de 27 de octubre y 213/2009, de 26 de noviembre.

como dice TAMARIT SUMALLA⁴⁴⁰, de atribuir al acto “unas connotaciones axiológicas desvinculadas de la específica relación entablada entre el hombre agresor y la mujer víctima”, porque el desvalor del hecho se está construyendo a partir de datos ajenos al hecho concreto, incluyendo valoraciones contrarias al principio de responsabilidad por el hecho propio.

En tercer lugar, este distinto tratamiento no supone una quiebra del principio de proporcionalidad, dado que el Juez dispone de normas con una horquilla de penas que le permite ponderar las circunstancias del caso concreto⁴⁴¹.

Ésta es, precisamente, la línea argumental adoptada por el Tribunal Constitucional a la hora de decidir sobre la adecuación a la Constitución de los distintos preceptos de la LO 1/2004, que interpretando la Ley a la luz de la igualdad constitucional quiere ver en la violencia de género motivos más que justificados para reforzar la tutela penal dispensada a estos delitos por el especial desvalor de esta conducta.

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 de 14 de mayo, primera tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, se analiza el artículo 153. 1 CP del Código Penal. El Tribunal Constitucional reflexiona sobre las cuestiones planteadas por la parte proponente relativas en primer lugar a la viabilidad en Derecho Penal de las medidas de discriminación positiva. En segundo lugar, se refiere a la justificación del endurecimiento penal en materia de violencia de género como respuesta a la discriminación sufrida históricamente por el grupo social de las mujeres, situación de desfavorecimiento que el Derecho Penal pretende paliar a la luz del artículo 14 de la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad fue interpuesta por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, considerando la Magistrada proponente que el dato histórico-estadístico de la discriminación de la mujer no podía recibir como respuesta un endurecimiento de la pena, que ni contribuye a compensar esa situación, ni es compatible con los principios de acción discriminatoria positiva que se pretenden hacer valer en un Derecho Penal que se mueve en un escenario absolutamente ajeno a dichas cuestiones. Además dado que el legislador no emplea en ningún momento en el tratamiento penal específico del maltrato del 153.2 del Código Penal el término “violencia de género”, se está introduciendo un factor de inseguridad jurídica por no determinar el tipo delictivo, presupuesto imprescindible para garantizar la previsibilidad de la aplicación de la norma.

Por otro lado, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad se considera, que restringir el ámbito de violencia en que el Derecho Penal

⁴⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, I.J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-05, 2010, pág. 5:9

⁴⁴¹ 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 *La prevención y erradicación...*, *op. cit.*, págs. 424 a 426.

puede intervenir a la conducta típica “discriminatoria” en el ámbito conyugal o asimilado es sospechosa de arbitrariedad.

En cuanto a la vulnerabilidad a que nos hemos referido anteriormente, la cuestión de inconstitucionalidad también considera que esa presunción de vulnerabilidad de la mujer atenta contra su dignidad, por presumir que toda mujer maltratada pertenece al colectivo de personas especialmente vulnerables.

Además, se considera que al residenciar en el hombre como perteneciente al grupo colectivo dominante la motivación de dominación como base para el maltrato, se está obrando sobre una presunción que no sólo no es cierta ni real sino que además vulnera los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y derecho a la igualdad.

Por todo ello la diferencia de trato teniendo en cuenta el sexo de los sujetos activo y pasivo no encuentra justificación, por no apoyarse en un criterio objetivo suficientemente razonable, y dar entrada a un endurecimiento penal basado en un móvil discriminatorio y contrario a los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad de la LO 1/2004, considera que de todos los argumentos expuestos por la Magistrada que plantea la cuestión, el que pudiera relacionarse de modo más claro con la norma de origen —el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, que define a la violencia de género como “manifestación de la discriminación”— sería el que se refiere a lo que la cuestión planteada denomina “ánimo discriminatorio implícito”, que justificaría la agravación por el ataque añadido que supone el maltrato al derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación. Esto se agrava por la vinculación de la redacción del artículo 153.1 con el concepto de violencia de género, que el órgano promotor considera arriesgada a la luz de los principios de legalidad y taxatividad de las normas penales.

Respecto a la vulneración del artículo 14 de la Constitución el TC no aprecia la misma por cuanto la discriminación prohibida se refiere a aquella que ha colocado a determinados sectores de la sociedad en posición de desventaja, con menoscabo de su dignidad. Como acertadamente considera AÑÓN ROIG⁴⁴² el Tribunal Constitucional, al analizar si la LO 1/2004 ha traspasado la línea roja vulnerando el principio de igualdad, se centra precisamente en este principio, desatendiendo el de no discriminación por razón de sexo. Esto conduce a una conclusión final incompleta por superar la norma el “test de constitucionalidad”, planteado bajo el prisma de la justificación de su objetividad (considera la violencia de género un desvalor añadido por actuar bajo una pauta cultural de dominación que precisamente está añadiendo un elemento valorativo que no admite prueba en contrario), de razonabilidad (la diferenciación se valora como razonable a la hora de diseñar una estrategia penal de endurecimiento punitivo al maltratador,

⁴⁴² AÑÓN ROIG, M.J., “Violencia de género: un concepto jurídico intrincado” en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.), *La prevención y erradicación...*, op. cit., págs. 50 a 53.

porque persigue una finalidad legítima) y proporcionalidad (las medidas introducidas son adecuadas al fin pretendido debido a la trascendencia de ese fin: la protección a la mujer frente a ataques “de género”).

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que “la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”.

Más adelante dice “tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad e igualdad de las personas (artículo 10.1 CE), como apunta el auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”.

Por ello, dice la Sentencia del TC que “la justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.”

Por ello, y enlazando esta cuestión con las críticas al hecho de que el legislador se aleja del mandato de no discriminación por razón de sexo entrando en configuraciones del tipo que operan sobre presunciones de superioridad que llevan al maltrato, continúa diciendo el TC que “como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en

consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

Por tanto, la posición del Tribunal Constitucional se puede resumir, con REY MARTÍNEZ⁴⁴³ en que, una vez constatada la amplia libertad que por razones de política criminal tiene el legislador penal para configurar tipos penales, la diferencia de trato es aceptable por su finalidad legítima, por establecer medios adecuados a esa finalidad legítima (salvar el especial desvalor de esas conductas por la finalidad discriminatoria) y por ser proporcionada al fin perseguido dada la escasa diferencia de trato. Por tanto, como la diferencia de trato es razonable y es la razonabilidad el estándar analítico utilizado por el Tribunal Constitucional (y no la idoneidad, proporcionalidad o indispensabilidad de la medida) esta Ley aprueba el “test de constitucionalidad” y se considera adecuada a nuestro texto constitucional, en el que el campo de actuación es la igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo.

En cuanto a los principios de legalidad, oficialidad y oportunidad vigentes en el proceso penal, y cuya interpretación por la LO 1/2004 pudiera calificarse también como “sospechosa de inconstitucionalidad” es necesario hacer algunas previsiones. El necesario equilibrio entre el interés público en perseguir conductas reprochables para la sociedad tipificadas como delitos o faltas, y la posibilidad de sustraer el conocimiento de algunas de ellas a su conocimiento por los órganos jurisdiccionales, supone dar entrada en nuestro proceso a un principio de oportunidad en su versión “reglada” que posibilite que los órganos encargados de la persecución penal (jueces y magistrados, fiscales) puedan “disponer el ejercicio de la acción penal” para poner fin al mismo o incluso evitarlo. AGUILERA MORALES⁴⁴⁴ entiende que esta facultad ha de pasar necesariamente por una reforma en nuestro proceso penal que acoja de manera clara el principio de oportunidad. Incluso, sería conveniente una modificación del texto constitucional con el fin de matizar el principio de exclusividad jurisdiccional recogido en su artículo 117.3.

Este principio de exclusividad jurisdiccional, combinado con el principio de legalidad o necesidad procesal penal, que atribuye en exclusiva al proceso el fin de satisfacción del interés público, debe ser

⁴⁴³ REY MARTÍNEZ, F., “La Ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, op. cit., págs. 35, 36 y 38.

⁴⁴⁴ AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *REDUR* 9, diciembre 2011, págs. 127-146.

matizado para combinar el principio de necesidad u oficialidad con fórmulas expresivas del principio de oportunidad, como la mediación.

Consideramos que, si bien es necesario el reconocimiento en nuestro proceso de nuevas vías para encauzar formas restaurativas, esto no deberá suponer un cambio profundo en nuestro sistema procesal, ni en sus principios informadores, por lo que no debería afectar a la constitucionalidad de la LO 1/2004, sino que su encaje en el proceso jurisdiccional con pleno respeto a sus principios aseguraría su adecuación constitucional. Sin embargo, apunta AGUILERA MORALES⁴⁴⁵ que la conformidad tal y como hoy está concebida en nuestro proceso resulta incoherente con el principio de presunción de inocencia, puesto que refleja una concepción meramente utilitarista de la misma que pudiera atacar el derecho a no declararse culpable, entre otros. Por ejemplo, la agravación de la situación del acusado que rechaza un pacto de conformidad resulta en la práctica deformada, al entender que el premio a quien se conforma con la condena tiene como contrapartida el castigo a quien no lo hace por deducirse de ello una actitud no colaboracionista con la Justicia.

Esto, unido a la inflación que se produce en la práctica por el Ministerio Fiscal, respecto de la pena solicitada, en previsión de una rebaja de la condena, hace que el principio de presunción de inocencia resulte desvirtuado respondiendo en la práctica a estrategias que se alejan de su objetivo primario, que era el fomento de las conformidades como instrumento para la materialización del principio de oportunidad en nuestro proceso penal. La mediación corre el mismo peligro por las mismas razones, por lo que según esta autora es necesario tener especial cuidado en su regulación para evitar que, como la conformidad, se convierta en un instrumento que bajo la apariencia de una justicia restaurativa abierta y moderna disfrace prácticas que la alejan del objetivo inicial, instrumentalizándola al servicio de una Justicia rápida que desconoce los derechos del imputado en el proceso o poniendo en cuestión su constitucionalidad.

4.4. MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY

En el ámbito procesal, las novedades introducidas por las reformas legislativas se han centrado con carácter prioritario en la protección de la víctima, articulando un amplio elenco de medidas de protección que giran fundamentalmente en torno al distanciamiento entre víctima y agresor.

Una de las principales medidas que en materia de violencia de género demandan las víctimas que acuden a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, es la de procurar el distanciamiento o alejamiento respecto del agresor como medio para garantizar el derecho de la víctima a no sufrir nuevos ataques contra su dignidad personal o integridad física, tanto de forma directa, como indirecta a través de otras personas, principalmente los hijos.

⁴⁴⁵ *Op. supra cit.*, págs. 127 a 146.

Esta medida se puede articular en nuestra legislación procesal penal a través de las siguientes actuaciones:

El alejamiento se puede imponer como pena accesoria conforme al artículo 57 del Código Penal adoptando en sentencia alguna de las prohibiciones del artículo 48, como la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, o la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o algunos de sus familiares u otras personas. Asimismo, tales prohibiciones se pueden imponer como medidas de seguridad cuando se haya apreciado en el condenado una eximente completa o incompleta del artículo 101 a 104 del Código Penal (artículo 105.1 c, d y g).

Ahora bien, el alejamiento con el contenido del artículo 48.2 del CP, es decir, la prohibición de aproximarse o acercarse a la víctima o a sus familiares u otras personas, se impondrá en todo caso como pena accesoria cuando:

a) se trate de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico;

b) sean cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.

En segundo lugar, en ejecución de sentencia, en el caso de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez, en todo caso, condicionará la suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al condenado por tales delitos a que dicho sujeto respete las prohibiciones de residencia en determinados lugares, y de acercamiento y comunicación a la víctima, así como el sometimiento a tratamientos específicos de reeducación y psicológicos (artículos 83 y 88 CP). También se puede imponer por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como regla de conducta para el mantenimiento de la situación de libertad condicional del artículo 93 del mismo texto legal.

En tercer lugar, el Juez de instrucción puede adoptar el alejamiento, como medida cautelar, cuya duración se puede extender desde la incoación de las primeras actuaciones procesales de instrucción del delito hasta la sentencia. Configurado así como medida cautelar, el alejamiento regulado en la LO 1/2004 no es una figura nueva, porque ya existía en nuestro ordenamiento desde la reforma operada por la Ley Orgánica 14/1999, que introdujo en el artículo 13 LECrim la facultad judicial de adoptar alguna o varias de las prohibiciones del artículo 544 bis del referido texto legal.

Las manifestaciones concretas a través de las cuales se materializa esta medida son las siguientes:

- Prohibición de residir y acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias, otras entidades locales o Comunidades Autónomas.
- Prohibición de aproximarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.
- Prohibición de comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Los presupuestos para su adopción son los comunes a todas las medidas cautelares, es decir, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, y el riesgo para la víctima o *periculum in mora*, a los que se añade la necesidad de proporcionalidad entre la apreciación de la necesidad de la medida y la propia entidad de ésta.

En cuanto a la orden de protección a las víctimas de violencia doméstica, a pesar de que la medida cautelar de alejamiento aparece como un mecanismo de protección eficaz de la víctima y de evitación de la reiteración delictiva preferible a la prisión provisional, en el momento de la publicación de la LO 1/2004, no había tenido la utilidad pretendida por el legislador debido a contradicciones internas en el propio redactado de la norma y a disfunciones organizativas y de coordinación entre el sistema policial y judicial.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, que había introducido la denominada Orden de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica tenía como objetivo fundamental según disponía su Exposición de Motivos, “una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es aquéllas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de orden civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad”.

Con este mecanismo se residenciaba en un único órgano decisorio, el Juez de Instrucción, la decisión urgente sobre las medidas de protección penales o civiles que en ese momento necesitaba la víctima, siempre que concurriesen los presupuestos básicos: situación objetiva de riesgo para la víctima e indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual y libertad o seguridad de algunas de las personas mencionadas en el delito de violencia habitual.

La Ley 27/2003 vino a completar el universo de medidas de protección a la víctima establecido ya mediante la LO 14/1999 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de las víctimas de los malos tratos (que introdujo el artículo 544 bis en la LECrim), y la LO 13/2003 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

Nuestro sistema procesal penal había quedado dotado así, en materia de protección y seguridad de las víctimas de violencia doméstica de poderosos instrumentos para la lucha contra este tipo de delitos. Aun así, la LO 1/2004 reforzó el sistema en lo que a violencia de género se refería diseñando un subsistema de medidas de protección y seguridad en

este ámbito específico. Este subsistema viene a yuxtaponerse tanto al ya existente en relación con las víctimas en general de determinados delitos (artículo 544 bis LECrim) como al específicamente previsto para las víctimas de violencia doméstica (artículo 544 ter LECrim), y resulta compatible con cualesquiera medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales, de modo que en nuestro ordenamiento jurídico pasan a coexistir un amplio elenco de medidas judiciales cautelares de protección y aseguramiento aplicables a las situaciones de violencia de género.

En relación a estas medidas y su adopción con carácter preceptivo aún en contra de la voluntad de la víctima, esta posibilidad ha quedado avalada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en la sentencia dictada en el asunto C-483/09, de 15 de septiembre de 2011, de Gueye y Salmerón Sánchez por la Sala cuarta del Tribunal de Justicia⁴⁴⁶ y acumulada con la del asunto C1/10 resolvió las siguientes cuestiones prejudiciales en relación con la víctima planteadas por la Audiencia Provincial de Tarragona:

- «1) ¿El derecho de la víctima a ser comprendida que se contempla en el apartado ocho del Preámbulo de la Decisión Marco, debe ser interpretado como un deber positivo de las autoridades estatales encargadas de la persecución y castigo de las conductas victimizadoras a permitir que la víctima exprese su valoración, reflexión y opinión acerca de los efectos directos que sobre su vida pueden derivarse de la imposición de penas al victimario con el que mantiene una relación familiar o intensamente afectiva?
- 2) ¿El artículo 2 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que el deber de los Estados [miembros] de reconocimiento de los derechos e intereses legítimos de la víctima obliga a tomar en cuenta su opinión cuando las consecuencias penales del proceso pueden comprometer de forma nuclear y directa el desarrollo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la vida privada y familiar?
- 3) ¿El [artículo] 2 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que las autoridades estatales no pueden dejar de tomar en cuenta la voluntad libre de la víctima cuando se oponga a la imposición o mantenimiento de una medida de alejamiento cuando el agresor sea un miembro de su familia y no se constate situación objetiva de riesgo de reiteración delictiva, se aprecie un nivel de competencia personal, social, cultural y emocional que excluya un pronóstico de sometimiento al victimario o, por el contrario, cabe mantener la procedencia

446

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109603&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572970>

de dicha medida en todo caso en atención a la tipología específica de estos delitos?

- 4) ¿El [artículo] 8 de la Decisión Marco [...], cuando establece que los Estados [miembros] garantizarán un nivel de protección adecuada a la víctima, debe ser interpretado en el sentido de que permite la imposición generalizada y preceptiva de medidas de alejamiento o de prohibición de comunicación como penas accesorias en todos los supuestos en los que la víctima lo sea por delitos cometidos en el ámbito familiar, en atención a la tipología específica de estas infracciones, o, por el contrario, el [artículo] 8 exige efectuar una ponderación individualizada que permita identificar, caso por caso, el nivel adecuado de protección en atención a los intereses concurrentes?
- 5) ¿El [artículo] 10 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que permite excluir con carácter general la mediación en los procesos penales relativos a delitos cometidos en el ámbito familiar en atención a la tipología específica de estos delitos o, por el contrario, debe permitirse la mediación también en este tipo de procesos, ponderando caso por caso los intereses concurrentes?»

La cuestión planteada giraba en torno a la posibilidad de infracción de la Decisión Marco de 2001 por imponer penas de alejamiento de duración mínima en contra de la voluntad de la víctima al ser preceptivo en el Estado miembro que plantea la cuestión, concluyendo el Tribunal en sus puntos 62 y 63 que “el artículo 3 de la Decisión marco no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima” y “ que finalmente, en relación con el artículo 8 de la Decisión marco, de su apartado 1 se desprende que tiene por objeto garantizar un «nivel adecuado de protección a las víctimas», por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un «riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada”

Las medidas específicas introducidas por la LO 1/2004 son:

a) La orden de protección

El artículo 62 se limita a decir que sólo la puede adoptar el Juez de Violencia sobre la mujer y, en su caso, el Juez de guardia, remitiéndose en lo demás a lo dispuesto en el artículo 544 ter LECrim. No se ha regulado la materia con precisión terminológica, porque, como apunta

ARANGÜENA FANEGO⁴⁴⁷, la LO 1/2004 rubrica el Capítulo IV del Título V como “medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas” utilizando indistintamente estos dos conceptos jurídicos con presupuestos y finalidad diferentes.

Como apunta DE HOYOS SANCHO⁴⁴⁸, los requisitos para la adopción de esta medida de protección a la víctima son el *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* y proporcionalidad. El *fumus commisi delicti* reconduce al artículo 1, apartados 1 y 3 la calificación del hecho como “de violencia de género”, lo cual significa intención de actuar para someter a la mujer, que unido a la existencia de motivos racionalmente bastantes para creer en la conveniencia de la adopción de esta medida introducen un elemento de apreciación de la verosimilitud de la petición y la razonabilidad de la medida. Además, debe concurrir el *periculum libertatis* o apreciación objetiva del riesgo para la víctima que justifique la medida a adoptar. El tercer requisito, la proporcionalidad exige que la medida sea adecuada, razonable a los fines que se propone y la estrictamente necesaria para conseguirlos y para su mantenimiento en el tiempo.

Sin embargo, siguiendo a esta autora hemos de decir que, si bien se trata de la medida de protección “estrella” en materia de violencia de género es muy complicado dar respuestas concluyentes a la pregunta de por qué esta medida cautelar no funciona como es debido. Esto nos lleva nuevamente a señalar el dato de la falta de eficacia de la imposición obligatoria de la orden de protección cuando ni existen efectivos policiales que aseguren su cumplimiento y la función de protección de la seguridad de la víctima encomendada, ni es aceptable esa imposición cuando en algunos casos ninguna de las partes está dispuesta a cumplirla. Por ello, insiste esta autora en el hecho de que en su adopción se debe huir de cualquier tipo de automatismo y no tomar en consideración determinados parámetros para concederla, como la “alarma social” del hecho o la “frecuencia” en la comisión de estos tipos de delictivos, sino más bien ponderar adecuadamente las circunstancias del caso concreto y los efectos directos y colaterales de su adopción⁴⁴⁹.

Mención especial merece en esta materia la Orden Europea de Protección regulada en la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección⁴⁵⁰ y que junto a la Directiva 2012/29/UE, que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos constituyen el estatuto básico de la víctima a nivel

⁴⁴⁷ ARANGÜENA FANEGO C., “Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, op. cit., pág. 572.

⁴⁴⁸ Véase el estudio de los requisitos para la adopción de la Orden de Protección y el tratamiento jurisprudencial de los mismos que hace en su trabajo “La Orden de Protección de las víctimas de la violencia de género” en la misma obra, págs. 533 a 557.

⁴⁴⁹ DE HOYOS SANCHO, M., “La Orden de Protección de las víctimas de la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional...*, op. cit., págs. 563 y 564. En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C., en la misma obra, pág. 584.

⁴⁵⁰ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/relacionados/Directiva-2011-99-UE-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo-de-13-diciembre-de-2011-sobre-la-orden-europea-de-proteccion>

europeo. El artículo 2.1 de la Directiva 2011/99/UE la define como “una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio Derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida”.

La Orden Europea de Protección, según el Considerando 9 de la Directiva “se aplica a las medidas de protección destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente”. Advierte CARRASQUERO CEPEDA⁴⁵¹, algunos inconvenientes en la regulación de la OEP, como partir de una base jurídica inadecuada o tener que adaptarse a ordenamientos jurídicos en los que la orden de protección reviste naturalezas diversas. En el mismo sentido, considera DE HOYOS SANCHO⁴⁵² que el grado de incertidumbre y desarmornización en ciertos aspectos de la regulación de la OEP puede impedir la deseada eficacia práctica que se perseguía. Por ejemplo, el hecho de que la implementación de la OPE dependa de la comunicación de todos y cada uno de los Estados miembros de las autoridades competentes para la emisión y reconocimiento de la OEP y de que únicamente la persona protegida pueda solicitar el reconocimiento transfronterizo de esta medida hace que la eficacia de la misma dependa de determinados aspectos formales que pueden frustrar o al menos restar contundencia a esta importante medida de protección en el ámbito europeo. Aun así, hay que señalar las ventajas de dispensar un estatuto de protección de la víctima a escala europea dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, y evitar la revictimización que supondría la reapertura de un nuevo procedimiento por el Estado de ejecución de la orden para analizar los presupuestos y requisitos para conceder la orden

b) Protección de datos y limitaciones de la publicidad

Con el fin de evitar fenómenos de victimización secundaria, superponiendo el interés de la víctima a cualquier otro, el artículo 63 dispone que “en las actuaciones y procedimientos relacionados con la

⁴⁵¹ CARRASQUERO CEPEDA, M., “Orden europea de protección. Un paso adelante en la protección de las víctimas”, *Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 2, junio 2014, págs. 91 a 114. <http://www.ceej.eu/pdf/carrasquero.pdf>

⁴⁵² DE HOYOS SANCHO, M., “La Orden Europea de Protección: estudio de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección” en ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación Judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011, pág. 257. Igualmente, véase el trabajo de ARANGÜENA FANEGO “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección” en MARTÍN OSTOS, J., *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*, Barcelona, 2013, págs. 43 a 66.

violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia”, añadiendo que “los Jueces competentes podrán acordar (...) que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas”.

c) Medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, que aunque venían entendiéndose implícitamente unidas a las medidas de protección genéricas a adoptar, ahora son objeto de mención expresa.

d) Suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

También es muy positiva la regulación explícita de la suspensión de la patria potestad o custodia como medida cautelar durante la sustanciación de la causa, pues la misma resultará especialmente necesaria si las circunstancias que concurren son graves, posibilitando su adopción e incluso su mantenimiento como tal medida cautelar hasta la sentencia firme, sin necesidad de acudir al proceso civil. La regulación de esta medida debe ponerse en relación con el artículo 46 del CP, reformado por la LO 15/2003, reguladora de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, donde se incluye como novedad que se pueda acordar respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado.

e) Suspensión del régimen de visitas

Una cuestión muy debatida en la práctica judicial es la de si la violencia entre la pareja, indiciariamente acreditada, debe ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos. Desde el entendimiento de que los menores son siempre víctimas, cuando menos de violencia psicológica, se concluye que es necesario el distanciamiento respecto del maltratador para la recuperación psicológica y para que los hijos no asuman la violencia como medio de resolución de conflictos.

Sin desconocer la fuerza de estos argumentos, fijar en todo caso la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor para con los hijos comunes puede no resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada. Más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerse un régimen progresivo para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y se atienda el hecho de que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer.

f) Suspensión del derecho de tenencia, porte y uso de armas.

Resulta sumamente positivo que el legislador prevea expresamente esta medida no recogida en el artículo 544 bis LECrim y que hasta ahora se imponía como medida cautelar al amparo del artículo 13 de dicha Ley procesal.

4.5. VALORACIÓN

Lo primero que hay que decir de la LO 1/2004 es que se trata de una ley calificada por muchos sectores sociales como necesaria, valiente y pionera en la lucha contra la violencia de género, dado que aborda el problema de la violencia de género desde una perspectiva integral y multidisciplinar, lo cual supone enfocar adecuadamente una cuestión que trasciende del simple ámbito punitivo o legislativo volviendo su atención hacia otros aspectos importantes y hasta ahora ignorados. Como dice TAMARIT SUMALLA ⁴⁵³, esta Ley “hilvana, de modo acertado, una estrategia transdisciplinar de la violencia en la relación de pareja en la que confluyen iniciativas criminológicas (la implantación de programas que inciden en los factores etiológicos de las manifestaciones delictivas de este fenómeno criminal), recetas victimológicas (la previsión de una actividad prestacional que persigue asistir, atender y proteger a las víctimas), y medidas penales (el propósito de criminalizar de forma severa todas las manifestaciones violentas en la interacción de pareja).

La Exposición de Motivos de la LO 1/2004 dice que “El ámbito de la ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o (...) la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula”.

De esta manera, el fenómeno de la lucha contra la violencia de género, que se había convertido en una prioridad en la agenda política del gobierno encuentra respuesta legislativa en una ley completa y avanzada, que trata de abarcar todos los aspectos sociales de este fenómeno.

Este carácter integral y la aplicación de la perspectiva de género a una ley transversal y multidisciplinar intenta, por otra parte, alejar conceptualmente la violencia de género del concepto de violencia doméstica o familiar separándose el tratamiento conjunto tradicional de ambas materias y asumiendo que la violencia contra la mujer en el ámbito familiar es una manifestación de la violencia de género.

Esta visión multidisciplinar debe ser valorada positivamente. De hecho, entre la lista de razones que llevaron a numerosos colectivos a reclamar una ley integral, la fundamental era la constatación del fracaso de la legislación anterior en materia de violencia de género. Pero además se entendía prioritaria la necesidad de entender la violencia sobre la mujer en el ámbito familiar como una manifestación más de la violencia de género, y de analizar más en profundidad las causas de ese tipo de violencia, así como las medidas más adecuadas para erradicarla.

Sin embargo, la observación de los resultados de la LO 1/2004 arroja como conclusión evidente la percepción de que en la sociedad y poderes públicos se ha considerado prioritaria la lucha contra la violencia de género ya materializada en actos de agresión, relegando a un segundo

⁴⁵³ TAMARIT SUMALLA, I.J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-05, 2010, 05:21

plano el tema preventivo, socializador y rehabilitador. O dicho con otras palabras, se considera más eficaz y contundente la respuesta penal y judicial a la violencia de género que los aspectos educativos y socializadores de prevención y el rehabilitador de recuperación de las partes en el conflicto.

Parece, pues, que la trayectoria en nuestro país de la lucha contra la violencia de género plasmada en la amplia batería de normas penales que se ha sucedido a lo largo de los años pesa más que la incipiente y tímida propuesta de la Ley llamando la atención sobre otros aspectos más relevantes, si cabe, pero con menos grado de implantación en nuestro país.

Buena parte de la responsabilidad tendrían en ello los poderes públicos, que en sus estrategias de lucha contra la violencia de género han fijado la atención sobre los aspectos de la misma más mediáticos y llamativos, olvidando otros aspectos estructurales básicos.

Esto nos lleva al análisis de la repercusión mediática de la ley, que con la ayuda de los medios de comunicación ha reducido considerablemente el campo de visión de una ley multidisciplinar a sólo un aspecto de la misma, con el consiguiente perjuicio que ello supone para la propia ley, para su evolución y para su valoración.

Es como si se mirase el paisaje a través de unos prismáticos. La amplitud de miras, los objetivos ambiciosos y el enriquecimiento que supone una visión amplia y multidisciplinar queda reducida al utilizar un instrumento de visión que limita el campo óptico, modifica el enfoque y elimina parte del paisaje optando por la visión “túnel”.

Lamentablemente, esto es lo que a nuestro juicio está pasando con la ley. Una ley considerada en su día como valiente, avanzada, progresista, con un gran potencial y amplias posibilidades, se ve hoy en día convertida en un instrumento mediático de lucha contra la violencia de género parcial, limitado y por ello mucho menos eficaz de lo que en principio se esperaba de él.

Por ello esta ley fue y hoy en día sigue siendo objeto de críticas razonables relacionadas con este enfoque reduccionista y punitivo.

Es de destacar la influencia que el movimiento feminista ha tenido en la toma de decisiones de política criminal en este ámbito en los últimos años, influencia que en algunas ocasiones ha podido llevar a enfocar el tema de la violencia de género de forma quizás demasiado radical.

Esto produce un efecto no deseado, y es que la imagen de un poder político concienciado por el problema y comprometido en la lucha por la erradicación de este fenómeno, pero influenciado por este movimiento, lleva a identificar la lucha contra la violencia de género con la lucha feminista, de manera que una parte importante de la sociedad asimila el discurso político de la lucha contra la violencia de género con la lucha feminista por la igualdad.

Por ello, la legislación en materia de lucha contra la violencia de género está lastrada de cierto tinte feminista que, lamentablemente, a nuestro modo de ver, contribuye a desenfocar la respuesta contra la

violencia de género, radicalizándola y desatendiendo parte de las causas del problema.

Por otro lado en la ley se parte de la consideración de la mujer como un sujeto vulnerable, merecedor de una especial protección y de un reforzamiento de los tipos penales que la protegen frente a agresiones de género.

Esta consideración trae como consecuencia un reforzamiento punitivo de los tipos penales y una hiperregulación de la materia basada en una excesiva protección a la mujer, lo cual produce una nueva victimización de tipo sociológico. Se la desposee de toda iniciativa y voluntad a la hora de ser parte y decidir sobre su posición y actitud en el proceso. Se la considera, como premisa de partida, un ser débil, incapaz de decidir por sí mismo y necesitado de una ultraprotección, aun en contra de su voluntad.

Esto lleva a explicar en cierta medida la existencia de una serie de mecanismos desplegados por la Ley que tratan de conciliar la idea de protección a las víctimas con la de castigo al maltratador, articulando la respuesta a ambos en un espacio procesal que estimamos resulta inadecuado a los fines perseguidos.

Todo este “paternalismo” legislativo supone la perversión del sistema que se vuelve inútil o ineficaz por generar desconfianza en las víctimas -que son frecuentemente revictimizadas-, en la sociedad -que no ve una mejora en la lucha contra la violencia de género- y en el propio sistema judicial -que actúa con base en presupuestos erróneos plasmados en leyes efectistas, pero poco útiles a la vista de los resultados obtenidos estos años-.

También resulta controvertido en la ley el hecho de que se haya introducido la perspectiva de género en los aspectos penales de la lucha contra la violencia de género de forma excesivamente reduccionista, sin lugar a matizaciones o modulaciones, de manera que la violencia de género ha quedado reducida a aspectos subjetivos evidentes (violencia del hombre contra la mujer que es su pareja o lo fue), quedando fuera de esa conceptualización otras consideraciones más profundas.

Esto tiene, inevitablemente unas consecuencias que apuntaremos a continuación:

Pese a que la ventaja que supone que en la lucha contra la violencia de género se introduzca la perspectiva de género como categoría de análisis de esta realidad por sus importantes ventajas en ámbitos sociológicos, educativos y psicológicos, el error estriba en olvidar que una ley que se autodenomina a sí mismo “integral”, debe utilizar estas técnicas de manera responsable, lo cual quiere decir que no debe hacerlo de forma unívoca y sin matizaciones, porque entonces quedarían desvirtuados su contenido y finalidad.

Por ello, la introducción de la perspectiva de género como instrumento de control social, que resulta adecuada en el ámbito del tratamiento jurídico de la violencia de género, no debe responder a

criterios automáticos en lo que se refiere a la represión punitiva, sino a matizaciones adecuadas al contexto psicológico y sociológico donde tiene lugar el acto de violencia de género. En contra de esto, el legislador ha preferido asumir la tesis de que el origen de “toda” violencia del hombre sobre la mujer radica en la desigualdad y se desenvuelve en un contexto de dominación. Así, se uniformiza el tratamiento de la violencia de género que, a pesar de denominarse “específico” incluye categorías que no reflejan exactamente este contexto de desigualdad y dominación, lo cual priva de sentido político-criminal a la tutela penal reforzada para todos y cada uno de los supuestos en este ámbito penal⁴⁵⁴.

La ausencia de esta capacidad de adaptación del derecho penal a cada caso concreto de violencia de género da lugar a muchas de las críticas de que se ha hecho acreedora la LO 1/2004 y que se refieren básicamente a la desproporción desmedida en el tratamiento jurídico penal del delito de maltrato, al olvido de los objetivos de tratamiento rehabilitador de maltratadores y al automatismo de la ley a la hora de conocer de los delitos de violencia de género.

De todo lo expuesto, se pueden extraer varias conclusiones:

- El hecho de que sea la perspectiva de género el criterio rector en el estudio del fenómeno de la desigualdad y la discriminación de la mujer es necesario y de gran utilidad para la adecuada comprensión del problema.
- Utilizar la perspectiva de género y catalogar algunos delitos teniendo en cuenta el sexo femenino de la víctima amparados en esta construcción sociológica supone en cierta medida una vuelta al Derecho de autor con un contenido represivo más que reeducador. Se castiga a la persona y no al hecho, y se ignoran las causas y las consecuencias de la respuesta penal, de manera que la respuesta jurídico-penal no es satisfactoria. Así, cuando el legislador establece tipos agravados específicos de determinados tipos penales en atención al sexo del sujeto activo, parece que reintroduce premisas propias del Derecho Penal de autor que contradicen el principio de exigibilidad de responsabilidad por el hecho. Esto lleva a que ya en el mismo artículo 1 de la Ley se justifique una reacción jurídico

⁴⁵⁴ Con carácter general es cierto, como advierte CID MOLINÉ, que la legislación penal contiene diversos supuestos de automatismo cuando regula la imposición de pena de prisión por incumplimiento de las condiciones de la pena impuesta, y que la jurisprudencia ha tenido ocasión de matizar estos automatismos reinterpretando el concepto de incumplimiento. Pero en lo relativo a la comisión de un nuevo delito con ocasión de tal incumplimiento la jurisprudencia no se ha pronunciado corrigiendo dicho automatismo. Así, estas limitaciones impuestas al Juez al privarle de margen de maniobra discrecional que permita graduar la pena a imponer lleva, según este autor a “la imposibilidad de adoptar respuestas más intensivas que la suspensión (ordinaria) de la pena, pero menos coactivas que la prisión, que podrían ser adecuadas en el caso concreto”. Por ello, la necesidad de corregir el automatismo legal cumpliendo con las premisas de política criminal marcadas por la Unión Europea obligaría a una reforma procesal profunda que tratase de superar, también en el ámbito de la violencia de género esta tendencia. CID MOLINÉ, J., “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión” en ARANGÜENA FANEGO, C., (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, 2010, pág. 281 y 282.

penal más dura a los autores de delitos de violencia de género, hilvanando una técnica normativa en consonancia con esta línea ideológica y configurando este delito como claramente intencional y cualificado en atención a las circunstancias en que tiene lugar.

- Reducir la explicación de que la violencia que sufren las mujeres es debida exclusivamente al factor “género” es demasiado simple para la complejidad del problema y adolece, además, a nuestro modo de ver, de un tinte reaccionario-feminista poco oportuno.
- Un enfoque del delito de violencia de género que atiende a un contexto punitivo con preferencia a otros aspectos relevantes previos (educativos), coetáneos (enfoque menos reduccionista y automático) o posteriores (rehabilitadores) hace que reformas inspiradas en esta idea estén condenadas al fracaso.
- Igualando el tratamiento jurídico-penal de la violencia doméstica y la violencia de género se ha llegado a confundir ambas y a identificar cualquier agresión a una mujer en el ámbito familiar o doméstico con una expresión del poder y dominación de que son objeto, y además con una conducta reprobable por basarse en la vulnerabilidad de la mujer como miembro más débil, junto con otros, del grupo familiar. Flaco favor se ha hecho a la lucha contra la violencia de género con esta confusión agravada por el tratamiento jurídico penal de la violencia doméstica.
- Esta tradicional identificación de violencia doméstica con violencia de género deja fuera del ámbito de protección del Derecho Penal otros tipos de violencia contra las mujeres igualmente causados dentro de un contexto de dominación pero que no se consideran relevantes para el derecho penal, violencia en el ámbito laboral, por ejemplo, extremo también criticable.

Así pues en opinión de MAQUEDA ABREU⁴⁵⁵ no es la perspectiva de género la que hace criticable la ley, sino que es la ausencia de ésta o la ausencia de una perspectiva de género asumible la que hace que se materialice la desconexión entre la realidad empírica y la legalidad vigente.

Todo ello conduce a expresar ciertas reticencias a que la LO 1/2004 llegue a ser eficaz en la lucha contra la violencia de género.

⁴⁵⁵ MAQUEDA ABREU, M., «1989-2009: Veinte años de ‘desencuentros’ entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», *REDUR* 7, diciembre 2009, pág. 6.

5. LA LEY ORGÁNICA 1/2004 Y LA MEDIACIÓN EN PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO

5.1. INTEGRACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO

Uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta en la elaboración de un proyecto de mediación adaptado a los procesos de violencia de género -tanto civiles como penales-, es el análisis de las posibles repercusiones que en el proceso tendrá la introducción de la actividad mediadora.

Más adelante, con ocasión del desarrollo del proyecto de mediación en procesos por violencia de género, nos dedicaremos a analizar más detenidamente las consecuencias jurídico-procesales que tendrá en el proceso esta nueva fase, pero en este momento, es necesario avanzar algunas cuestiones con carácter general.

La mediación en el proceso de violencia de género supone una pequeña reestructuración del proceso, que no afecta tanto al contenido procesal o de tramitación *stricto sensu* como al sustantivo, mucho más relevante en lo que a consecuencias de lo acordado en mediación se refiere.

Por ello es necesario un análisis en profundidad de una de las principales consecuencias que tiene la mediación intrajudicial, la introducción en el proceso de dicha actividad y de su producto, el acuerdo de mediación plasmado en el acta de reparación.

Sentado ya el principio de que no todas las infracciones son susceptibles de mediación, y que para las que lo sean es necesario un análisis caso por caso antes de tomar la decisión de recurrir a esta vía, y de que se arbitren las reformas legales necesarias para superar el escollo que supone la prohibición legal de mediación establecida en el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podemos entrar en el análisis de la forma, consecuencias y tratamiento procesal de la introducción de la actividad y del acuerdo de mediación en el proceso.

Pero más importante es, a nuestro juicio, el hecho de que la inclusión en el proceso de lo acordado en mediación, supone una remodelación del mismo que afecta, tanto al contenido procesal o de tramitación en sentido estricto, como al sustantivo. Este último aspecto es mucho más relevante, porque las consecuencias de lo acordado en mediación deberán tener necesariamente repercusiones que trascienden a su trámite procesal y se proyectan hacia el futuro.

Estudiaremos en primer lugar los aspectos sustantivos y procesales a tener en cuenta para a partir de ahí construir el esquema de una hipotética actividad de mediación en materia de violencia de género.

5.2. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES MÁS RELEVANTES

Comenzando por la mediación penal, debemos estructurar nuestra explicación fundamentándola en tres pilares básicos: el estudio de la mediación cuando entra en contacto con alguno de los principios rectores

del proceso, la definición de cuáles podrían ser los delitos sobre los que en el ámbito específico de la violencia de género podría actuar la mediación y los presupuestos básicos sobre los que se debería partir para articular la mediación en estos procesos.

El legislador, al prohibir taxativamente la mediación en el ámbito de la violencia de género, no ha querido hacer matización alguna, impidiendo cualquier concesión no sólo a la autonomía de la voluntad de la víctima, sino a cualquier expresión de Justicia Restaurativa que implica el uso de metodologías o mecanismos distintos del de la represión penal, y de una reparación del daño con una presencia testimonial. Incluso, como apunta SENÉS MOTILLA, con motivo de una cuestión prejudicial C483/2009 y c/1/10 planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Audiencia Provincial de Tarragona, éste ha avalado en la Sentencia de 15 de septiembre, el artículo 10 apartado 1 de la Decisión Marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que admite la posibilidad de excluir la mediación por los Estados en atención a la tipología de este tipo de infracciones cometidas en el ámbito familiar. Esto demuestra la clara vocación con la que nació la Ley, la protección a la víctima, evitando situaciones en las que ésta se vea compelida a aceptar acuerdos con el agresor tomados desde una posición de subordinación o bajo los efectos del miedo y la dominación⁴⁵⁶. Sin embargo, la Recomendación (98), 1, del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar dice en su párrafo 3.9 que el mediador deberá averiguar si ha existido violencia entre las partes, así como los efectos de ésta en las partes durante la negociación examinando a estos efectos si es apropiado el proceso de mediación. Parece que lo que el legislador europeo pretende es que la mediación venga precedida de un exhaustivo análisis sobre la posible existencia de violencia y los efectos de ésta sobre las partes como condición ineludible previa al planteamiento de una posible mediación, dejando a los Estados libertad sobre la decisión definitiva de incluir la posibilidad de la misma en las legislaciones nacionales. Esto introduce una posibilidad a la que después los Estados miembros se encargan de dar forma. Así, en nuestro país por ejemplo se prohíbe sin paliativos dicha mediación, pero sin embargo las posturas discrepantes con esta línea van introduciendo una visión más amplia que admite la mediación por considerar que su prohibición es ilógica e ineficaz⁴⁵⁷.

Las posturas contrarias a la utilización de la mediación en violencia de género acordes con el criterio el legislador, consideran que la mediación resulta inviable en cualquier supuesto de violencia, y que en estos casos ya no existe posición de igualdad entre las partes. Por ello, colocar a la víctima enfrente de su agresor ni va a conseguir resolver el

⁴⁵⁶ SENÉS MOTILLA, C., “La especialización judicial en violencia de género en el sistema procesal español”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables...*, *op. cit.*, págs. 228 y 229.

⁴⁵⁷ Incluso hay iniciativas, como las de del Juzgado nº 5 de Violencia de Género en Barcelona, o la del nº 1 en Murcia en las que las partes son remitidas a mediación una vez archivadas la actuaciones penales.

conflicto, ni va a equilibrar las posiciones, sino que, al contrario, va a suponer una revictimización de la mujer. MARTIN DIZ⁴⁵⁸ considera, por ejemplo, que hoy en día no se dan las condiciones -empezando por un marco legal que lo permita- para admitir la viabilidad de la mediación en el ámbito de la violencia de género, cuya admisión debería realizarse con gran mesura, desde un plano de igualdad en los mediados, teniendo en cuenta la complejidad emocional de las partes y desde la premisa de su excepcionalidad, en agresiones de “escasa intensidad”. En cualquier caso, considera el autor que dada la “improbable” recuperación de la comunicación entre las partes y las dificultades de una mediación desarrollada en plenas condiciones de libertad y voluntariedad, los recelos respecto de su admisión, tanto en su vertiente penal como en la civil, por la indivisibilidad de los aspectos tratados en ambas, están más que justificados.

Se puede decir que uno de los derechos sobre los que la LO 1/2004 incide de manera más evidente y polémica es el del derecho a la igualdad. Las repercusiones que esta Ley tuvo sobre el mismo originaron en su día un gran debate doctrinal y jurisprudencial que podríamos decir que hoy en día sigue vivo, aunque sin la intensidad que tuvo en su origen. Las premisas sentadas por la Ley ya desde su artículo 1 son claras y demuestran en este sentido la intención -y la intencionalidad- del legislador a la hora de orientar su lucha procesal contra el maltrato de género siguiendo una línea ideológica clara.

Ya hemos analizado con detalle el tratamiento del principio de igualdad de la LO 1/2004 y la polémica en relación a la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la misma, por lo que en este capítulo nos referiremos, una vez declarado por el Tribunal Constitucional que esta ley aprueba el “test de constitucionalidad”, a someter a estudio la posibilidad de practicar la mediación en violencia de género conectándola con el principio de igualdad de las partes en el proceso.

En el mencionado artículo 1 ya se consuma una presunción que orientará el conjunto del texto legislativo, y es que la mujer es más débil o vulnerable que el hombre, y que dicha posición de debilidad en la relación hace que los ataques contra ella estén impregnados siempre -entiende el legislador- de una intención discriminatoria reflejo de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres. Esta desigualdad de que se parte se traduce de manera automática, y sin solución de continuidad, en la consideración de los ataques contra la mujer como expresión de una intencionalidad cualificada de someter a la mujer, intolerable para el Derecho Penal y para la sociedad en general, lo que justifica la protección reforzada de la misma⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ MARTIN 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...*, op. cit., pág. 687 y del mismo autor *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2009, pág. 397.

⁴⁵⁹ Esta posición se explica perfectamente en la paradigmática Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de la que ya hemos hablado anteriormente, que afirmó la adecuación constitucional del artículo 153.1 del Código Penal y que COMAS D'ARGEMIR sintetiza de la

Si bien la Ley trata de alguna manera de corregir este automatismo permitiendo la posibilidad en el artículo 44.4 de que “si el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”, lo cierto es que esta posibilidad no se da en la práctica por diversas razones que apuntamos a continuación.

En primer lugar, por la responsabilidad de los operadores jurídicos, y por el peligro que encierra no calificar un acto definido por la ley - aunque sea a base de conceptos jurídicos indeterminados-, como violencia de género.

En segundo lugar, porque al Juez encargado de apreciar el hecho no se le suministra ni el cauce procesal adecuado para hacerlo, ni la formación necesaria, ni el asesoramiento previo de profesionales cualificados para ello. Simplemente, se le da una posibilidad difícil y peligrosa, tanto en su apreciación como en sus consecuencias.

En tercer lugar, porque consideramos que este precepto, junto con el siguiente que prohíbe la mediación, son los artículos de la Ley que a nuestro juicio adolecen de una mayor concreción y falta de rigor explicativo. Por ello, difícilmente puede aplicarse un artículo que está en la ley, pero posibilita su inaplicación, y que no se ha elaborado de forma meditada y acorde con sus principios informadores⁴⁶⁰.

No podemos, por ejemplo, estar de acuerdo con algunos autores, como MARTÍNEZ GARCÍA, que califican como “indubitada” la existencia de desigualdad estructural entre las partes, y la posición de debilidad y vulnerabilidad de la mujer, dado que la Ley desmiente por otra parte esta afirmación del artículo 1, articulando mecanismos correctores que atacan esta idea desnaturalizando sus principios inspiradores.

siguiente manera: a) La desigualdad de género justifica el plus de protección de estos tipos penales. Dado que la violencia de género siempre es unidireccional y su forma de plasmación suele responder a parámetros ya establecidos, se dispensa una protección uniforme que gira en torno a la igualdad como bien a proteger a ultranza. b) El género es el fundamento de la distinta penalidad, pero el sexo es “el elemento diferenciador de la norma”. Por esta razón se dispensa dentro del ámbito de aplicación de esta ley, protección a otros sujetos además de la mujer dentro de una relación afectiva. c) La agravación de determinados tipos penales en atención a las especiales características de debilidad o vulnerabilidad de la víctima, no son nuevas en nuestro ordenamiento, respondiendo a una línea que da tratamiento reforzado a estos sujetos mediante la agravación de los tipos penales. d) No hay quiebra del principio de proporcionalidad, dado que se conceden al Juez mecanismos que le permiten modular la ley penal en aplicación de tal principio. e) El artículo 153.2 del Código Penal es una norma sexo-específica, pero no la única en nuestro ordenamiento que se dirige a atacar la situación de subordinación y desigualdad que sufre la mujer. COMAS D'ARGEMIR, M., “La violencia doméstica y de género: diagnóstico del problema y vías de solución” en GÓMEZ COLOMER (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Castellón, 2010, págs. 61 y ss.

⁴⁶⁰ Considera MANZANARES SAMANIEGO que ningún aspecto de la normativa penal de la LO 1/2004 está tan necesitado de reforma como el atinente a la mediación, especialmente indicada en caso de que la víctima no se encuentre en situación de dependencia emocional o dentro de un desequilibrio funcional que impide acuerdos válidos por ausencia de igualdad entre las partes. Vid. su trabajo MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación..., op. cit.*, Granada, 2007, pág. 131.

Otra cosa es, y en esto sí estamos de acuerdo con la autora, que el principio de igualdad, tal y como fue interpretado por la LO 1/2004 y el Tribunal Constitucional al resolver las sentencias de inconstitucionalidad planteadas contra esta ley, y que deben situarse en el contexto social y político del momento, no deba ser, a día de hoy, objeto de modulación. Sería necesaria, según la autora, una reinterpretación que pase de un “trazo grueso” al diseño de una protección de “trazo más fino”, que introduzca cuestiones deficientemente reguladas en la ley, como la toma en consideración de los intereses de la víctima o la reparación de su daño. En este sentido sí se puede decir que si la LO 1/2004 pudo ser en su día necesaria, tanto en lo que se refiere a su existencia como en lo relativo al fondo y a la forma, hoy en día debería ser revisada en profundidad para subsanar sus deficiencias⁴⁶¹.

Dicho esto, podemos afirmar que la LO 1/2004, y algunas medidas en ella adoptadas ponen en conflicto la voluntad del Estado de proteger a las víctimas de violencia de género -con las consideraciones ideológicas que esto implica por su consideración como la parte vulnerable de la relación- con las víctimas mismas, que requieren otro tipo de tratamiento. Esto no deja de ocasionar dificultades en el terreno práctico. Así, determinadas medidas como la imposición obligatoria del alejamiento y prohibición de comunicación o la admisibilidad reconocida en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la negativa de la víctima a declarar inculcando a su pareja se revelan como medidas de protección a ultranza de la víctima sin entrar en más matizaciones derivadas del caso concreto. Estas medidas, por otra parte no sólo dificultan la tramitación de un proceso penal o civil atento con las personas implicadas en el mismo, sino que incluso imposibilitan otras vías de arreglo como la mediación. Esta ausencia de modulación necesita de revisión por resultar a diario cuestionada por actitudes de la víctima, como el quebrantamiento consentido, las denuncias cruzadas o las retractaciones de la víctima y “retiradas de denuncia” que ponen de manifiesto la necesidad de la Ley de plasmar nuevos datos objetivos y subjetivos no tenidos en cuenta en su redacción original. A este respecto se pregunta por ejemplo CASTILLEJO MANZANARES por qué esta Ley sobreprotectora con las mujeres no ha desplegado esa tutela reforzada hacia casos en que la desventaja de la mujer es más clara, por qué olvida a otras mujeres en el contexto familiar, por qué presume que las mujeres carecen de cualquier tipo de recurso para hacer frente a un acto de violencia episódico, por qué se presume su vulnerabilidad o por qué se le somete a restricciones más propias de menores o incapaces⁴⁶².

Esta disyuntiva hace que en el planteamiento de la protección a la mujer tomando decisiones por ella, o hacerlo sólo cuando ella manifiesta de forma clara esa voluntad, el Estado se decante siempre por la primera

⁴⁶¹ 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 su trabajo *La prevención y erradicación...*, *op. cit.*, Cizur Menor, 2012, pág. 414.

⁴⁶² CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación con víctimas especialmente vulnerables”, *Revista Iuris*, nº 215, 1-15 junio 2014, Ed. La Ley, pág. 5.

sin entrar en el análisis de más elementos que se dan en la práctica diaria.

Debemos tener una visión de futuro que nos lleve a analizar la Ley desde una perspectiva actual y que englobe todos los supuestos posibles, y dado que como se ha admitido tantas veces por doctrina y operadores jurídicos diversos, el sistema ha entrado en crisis, el problema del fenómeno de la violencia de género radicaría además, en un cambio en el tratamiento jurisdiccional de la violencia de género.

El cambio de perspectiva debería venir dado por una reorientación del mismo a la luz constitucional, que fuera más allá de la consideración de la mujer como el eslabón débil de la cadena, y que olvidara su tratamiento revictimizante, sustituyéndolo por uno adecuado a la víctima para conseguir su recuperación y su fortalecimiento con vistas a la solución de su conflicto personal.

Sólo desde esta perspectiva podría la mediación tener cabida en este tipo de procesos. El principio de igualdad, tal y como ha sido interpretado legislativa y jurisprudencialmente durante décadas, no ha conducido a la solución del problema, porque se han generalizado los supuestos de hecho para justificar un tratamiento uniforme de la cuestión, cuando no siempre es la mujer la parte débil de la relación -si es que tiene que haber alguna-, ni esa relación debe ser siempre en un plano de igualdad que ni es real, ni puede ser plasmado en la norma de forma tan rigurosa. Por ello, se hace necesaria la evolución hacia posturas más aperturistas que conciban el tratamiento a la víctima desde su consideración como sujeto igual en la relación, o susceptible de ser recuperado en su posición de paridad para someter el conflicto a nuevas vías de solución hoy en día incompatibles con esa concepción.

En este sentido, dado que el eje básico de la mediación es el principio de igualdad, y que en determinadas relaciones hay un componente emocional y psicológico que puede colocar a una de las partes en posición de desequilibrio frente a la otra, no es posible valorar las posibilidades de la mediación si antes no se ha resuelto adecuadamente la necesidad de equilibrar previamente esas relaciones. Para ello, se debe combatir lo que la autora denomina el *power imbalance* o desequilibrio de poder entre los mediados. Se pregunta la autora quién deberá valorar y controlar esa desigualdad, manejando dos alternativas: que sea el legislador el que prohíba la mediación en relaciones con desequilibrio o que sea el mediador el encargado de evaluar las condiciones en que deberá desarrollarse la mediación en cada caso concreto. La primera de las opciones fue la elegida por el legislador en la LO 1/2004, pero vistos los resultados, quizás la segunda opción matizada -no sólo el mediador, sino el órgano judicial y el fiscal asesorados por él- podría ser una alternativa a considerar.

La desigualdad como base de los delitos de violencia de género no deja de ser uno de los sustratos ideológicos en los que se sustenta la ley y que justifican, por otra parte, la prohibición de mediación en estos casos.

Pero como apunta ORTIZ PRADILLO⁴⁶³, este argumento no se sostiene del todo si tenemos en cuenta que la desigualdad entre víctima y autor está presente en otros muchos ilícitos penales, y que por una interpretación *contrario sensu*, de la misma manera que la mediación está prohibida en violencia de género por esta razón, no debería estarlo, cuando la víctima es persona distinta a la mujer a la que se extiende el ámbito subjetivo de los delitos regulados en la Ley.

Quizás en estos delitos subyace una especie de identificación entre mediación y reconciliación, y la convicción de la incompatibilidad de la segunda con una situación de violencia de género. Pero se parte de un error de concepto que impide *ab initio* cualquier posición aperturista, porque ni la mediación es reconciliación -sus resultados pueden ser muy distintos y, de hecho no es éste su objeto principal- ni, por tanto, la idea central es que es imposible la mediación en el marco de una situación de violencia y, por ello, de dominación.

En cualquier caso es interesante que se vayan abriendo nuevas vías ideológicas, considerando por ejemplo que no se puede afirmar categóricamente que únicamente en violencia de género existan desequilibrios estructurales. Por ello, el principio de voluntariedad y el debido control jurisdiccional, del Ministerio Fiscal y por parte del Equipo de mediación, puede permitir corregir ese desequilibrio a través de otros mecanismos que no excluyan la mediación⁴⁶⁴, sino que la compatibilicen con el reconocimiento de la desigualdad real de las partes en el proceso (como en cualquier otro proceso) y la necesaria equidistancia o el equilibrio en sus posiciones, tanto en el proceso como en mediación.

En cuanto al principio de oportunidad y su relevancia penal, mucho se ha escrito sobre un tema, que aún hoy sigue suscitando interés debido, entre otras razones, al hecho de que la Justicia Restaurativa viene abriendo desde hace tiempo nuevas vías de concepción del proceso penal, que permiten compatibilizar el mismo con estas prácticas.

El origen de esta concepción está en el Derecho anglosajón, que desde hace tiempo comparte formas de tratamiento de ciertos conflictos en los que junto al hecho delictivo el conocimiento se extiende al problema subyacente y a las causas del mismo. Esto posibilita, según MARTÍNEZ GARCÍA⁴⁶⁵ aunar diversos objetivos que se refieren tanto a la resolución eficaz del problema, como a la evitación de reiteraciones

⁴⁶³ ORTIZ PRADILLO, J.C., "El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género", *Revista Justicia*, núm. 1/2012, pág. 371 y RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., "Mediación penal y violencia de género", *Diario La Ley*, nº 7557, 28 Enero 2011, año XXXII, pág. 2 que considera que no existe una diferencia tan pronunciada entre estos delitos y otros en los que la relación social está deteriorada y se advierte una posición desigual entre las partes.

⁴⁶⁴ MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación...*, *op. cit.*, Madrid, 2013, págs. 188 y 189

⁴⁶⁵ "La justicia terapéutica es el estudio de los efectos de la ley y el sistema legal en el comportamiento, las emociones y la salud mental de las personas. Es un examen multidisciplinario de cómo interactúan la ley y la salud mental. De acuerdo a esta rama de la jurisprudencia, los procesos utilizados por los tribunales, funcionarios judiciales, abogados y otro personal del sistema de justicia puede impedir, promover o ser neutral en relación con los resultados relacionados con el bienestar de los participantes, tales como el respeto por la justicia y la ley, rehabilitación de delincuentes y abordar las cuestiones subyacentes disputas legales". <http://definitions.uslegal.com/t/therapeutic-jurisprudence/>

delictivas, y a la gestión eficiente de los recursos de la Administración de Justicia. Por ejemplo, la *Therapeutic Jurisprudence* coordina los esfuerzos de los Tribunales con los de la Administración para que la resocialización del delincuente sea una meta factible. Para ello es imprescindible el tratamiento de la cuestión desde una perspectiva multidisciplinar. Debe tenerse presente que es necesario el estudio cotidiano de las soluciones legales que funcionan y de las causas de ello, así como de la necesidad de coordinar el tratamiento penal con el terapéutico como una de las finalidades del Derecho y el proceso penal⁴⁶⁶.

En todo caso, y entrando en nuestro Derecho Procesal y en las manifestaciones del principio de oportunidad en el mismo, es posible utilizar aquellas vías que el proceso penal nos ofrece y que son expresiones de la Justicia Restaurativa ya reconocidas en nuestro Derecho, como son la conformidad de los artículos 787 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal.

Cierto es que en algún caso el reconocimiento de los hechos presupuesto básico de la mediación puede entrar en colisión con la presunción de inocencia del infractor reconocida constitucionalmente, dado que no se está partiendo de una posición neutra desde la cual ha de partir el juzgador para fundar su convicción. Podría incluso decirse que, al igual que ocurre con la conformidad en los juicios rápidos, parece que está quebrando ese principio en favor de una justicia rápida y ágil comprometiendo dicho derecho del victimario. Sin embargo, al igual que podría decirse que el reconocimiento de los hechos premiado con una rebaja en la sentencia de conformidad que pueda dictarse es una manifestación del principio de oportunidad reglada permitida en nuestro ordenamiento jurídico y que parece que puede permitirse dicha concesión en aras de la agilización de la justicia, la mediación podría gozar también de tal consideración. Incluso, consideramos que en este caso la justicia negociada de que hablamos no entraría en una colisión tan directa con el derecho a la presunción de inocencia, dado que existen unas precauciones que impiden la comunicación directa entre ambos. Por ello es básica la voluntariedad de las partes en el sometimiento a mediación, a la cual ha de preceder una información exhaustiva sobre los efectos y consecuencias de su celebración y del resultado. Pero además, la mediación debe “blindarse” respecto del proceso, de manera que, en el caso de que no se llegue al acuerdo en mediación, el contenido de las conversaciones no tenga acceso al órgano judicial. En el caso de que sí tenga éxito, únicamente podrá utilizarse el reconocimiento de los hechos por el autor como base del acuerdo a los efectos penológicos establecidos en la ley, sin que ni la actividad probatoria del proceso, ni la intervención del mediador en el mismo, ni los hechos discutidos en mediación tengan acceso al proceso, si no es con la finalidad de su mera constancia (no valoración por el fiscal o el órgano instructor o de enjuiciamiento) y para centrar los hechos probados en la sentencia. Dicho en otras palabras, la

⁴⁶⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Violencia de género, igualdad...”....., *op. cit.*, pág. 420.

introducción de los hechos base de la mediación -y su reconocimiento- en el proceso, deberán reducirse al estricto ámbito de declaración de hechos probados, siempre bajo el estricto control judicial y fiscal, y únicamente a los efectos de fijar los datos objetivos de los que parte la mediación, sin que quepa valorar ninguna cuestión subjetiva relativa a ese reconocimiento. En palabras de ARANGÜENA FANEGO⁴⁶⁷, es necesario por tanto, la admisión de participación en los hechos, pero también la información clara al imputado de que la valoración final de los hechos corresponde al Juez o Tribunal, que la participación en el proceso de mediación ha de ser voluntaria y el contenido de las sesiones confidencial.

En cuanto a la segunda consideración a efectuar en relación con los aspectos procesales y sustantivos del proceso penal con mediación, en principio y no existiendo prohibición expresa legal al respecto, muchas infracciones penales pueden ser objeto de mediación y de sometimiento a Justicia Restaurativa. Es indiferente que se trate de persona física o jurídica, siempre que el bien jurídico atacado sea concreto y no difuso, y que la víctima también lo sea.

Pero incluso veíamos que aquellos bienes jurídicos abstractos o intangibles que afectan a una colectividad, pueden ser también objeto de mediación, dado que la labor restaurativa y reparadora del daño puede materializarse en una actividad concreta que redunde en beneficio de la comunidad cuyos valores hayan sido puestos en peligro por el delito o falta.

De todos modos, es de gran interés fijar ciertos criterios orientativos que han de informar la derivación del asunto a mediación por parte de los órganos judiciales. Tomando como referencia los que utiliza el Servicio de Mediación Intrajudicial del Gobierno Vasco bajo la dependencia del Departamento de Justicia y Administración Pública⁴⁶⁸, y que constan en su Protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial elaborado para la mediación a desarrollar en el proceso penal, destacan los siguientes:

⁴⁶⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género ¿ha llegado el momento para replantearse su prohibición?” en ABEL LLUCH, X, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona, 2014, pág. 159. En este artículo la autora incide en la necesidad de establecer una regulación penal, que no ha tenido reflejo en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el 5 de diciembre de 2014, y que se considera fundamental para sentar las bases de la “divulgación y accesibilidad de las mismas”, de la cual dependerá en buena medida el éxito o fracaso de la institución, dado que hasta este momento, no sólo es desconocida para el ciudadano, sino que constituye “una posibilidad jurídica insospechada”, *op. cit.*, pág. 150.

Sin embargo, si se regula el establecimiento de un proceso de aceptación por decreto que contendrá una propuesta sancionadora realizada por el fiscal, que puede convertirse en sentencia firme cuando el acusado, asistido por un abogado, acepte la pena fijada para los delitos de escasa gravedad cuya sanción sea multa o pena de prisión sustituible por la primera. Ver los artículos 803 bis y siguientes del anteproyecto en:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427271972?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_REFORMA_LECRIM_-_CM_5-12-2014_WEB.PDF.PDF

⁴⁶⁸ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PROTOCOLO_DE_MEDIACION_PENAL_INTRAJUDICIAL.pdf?idFile=0db0b293-988c-4b8b-b15c-f159b1d0b7a5

- Es necesaria la valoración de las “condiciones subjetivas de las personas que intervienen en el proceso, evitando la traslación de asuntos en los que exista una clara asimetría entre el presunto autor y la afirmada víctima”
- La significación subjetiva del hecho para las personas que acuden a mediación atendiendo al contexto en el que se produce el mismo y a la necesidad de reconstruir lo deteriorado por la infracción, con especial atención a la infracción que tenga lugar en “contextos de relación como círculos de amistad, ámbitos vecinales, escenarios profesionales o, finalmente, en espacios específicos (lúdicos, de ocio y deportivos, preferentemente)”
- La “posibilidad de resolver el conflicto a través de un espacio de comunicación y diálogo facilitado por un mediador en el que puedan atenderse las necesidades de la víctima y apoyarse las opciones de reinserción de los infractores”
- La “existencia de un procedimiento penal que por su duración permita la implantación de la mediación, excluyéndose por tanto de los enjuiciamientos en el Juzgado de Guardia”

Es necesario ponderar la combinación entre la gravedad del hecho y su penalidad y su naturaleza para decidir sobre el sometimiento del asunto a mediación. Si a esto, según ARANGÜENA FANEGO, se añade la valoración especial de los hechos esporádicos y aislados en materia de violencia de género y el hecho de que los actos aislados no se encuentren integrados en una espiral de violencia que coloque a la víctima en una situación de dependencia emocional, es posible cuestionarse la posibilidad de derivar el conocimiento del asunto de violencia de género hacia una solución extrajudicial, pues conlleva las siguientes ventajas⁴⁶⁹:

- Atajar las raíces del conflicto.
- Evitar nuevos incumplimientos del maltratador.
- Resarcir a la víctima.

El primer artículo a considerar, el 173 del Código Penal, delito de violencia habitual, nos lleva a rechazar en principio cualquier práctica de mediación dado que el componente de desequilibrio es evidente en este tipo de violencias estructurales y de largo recorrido que han conseguido a lo largo de los años dañar la autoestima de la víctima y colocarla en una clara situación de debilidad que si no es de alguna manera eliminada

⁴⁶⁹ Según la autora, a estas ventajas deben añadirse otras de carácter más pragmático: escuchar a la víctima y al victimario y conseguir la responsabilización de las partes en el conflicto facilitando la solución del conflicto a través de medios más baratos y efectivos que la puesta en marcha de todo el aparato procesal-penal. De cualquier modo, concluye la autora, es básico conseguir la “divulgación y accesibilidad” de esta medida, cuyo éxito dependerá, se decía en su día de un soporte y reconocimiento legal adecuado con el que ya cuenta, y finalmente de que sea un mecanismo conocido y accesible para el justiciable. ARANGÜENA FANEGO, C., *Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal*, en CABRERA MERCADO, R. y ARANGÜENA FANEGO, C., y DE HOYOS SANCHO, M., en *Análisis de medidas para mejorar...*, op. cit., pág. 141.

impedirá una negociación en condiciones de paridad. La calificación del hecho es, en este sentido básica, por lo que junto al Juez y el Ministerio Fiscal deberá atenderse a los informes profesionales, partes médicos y contenidos de denuncias anteriores que permitan establecer claramente la habitualidad de la violencia prohibiendo, por tanto, la mediación.

Sin embargo, tampoco en esto se pueden hacer afirmaciones tan radicales, puesto que si bien en el momento de explosión de este tipo de violencia estructural debe descartarse la mediación por ausencia del elemento de equilibrio entre las partes, puede ser que con un adecuado tratamiento psicológico de la víctima quede eliminada esa posición de subordinación, de manera que pueda entrar a valorarse en un futuro la labor de mediación para reconducir la relación personal y el trámite procesal del hecho.

Por las mismas razones, el delito de lesiones del artículo 148 del Código Penal que ya lleva en la calificación del hecho y el régimen punitivo aplicado la consideración implícita de la gravedad del hecho, no permite plantearse la conveniencia de la mediación dado que la lesividad del ataque producido ya conlleva una situación dañosa para la víctima que probablemente cause una victimización y un daño psicológico incompatible con la situación emocional en la que se debe estar para permitir una intervención mediadora.

En cuanto a los artículos 153 y 171.4, ambos delitos lo son por el específico ámbito en el que nos movemos. Así, el artículo 153 tipifica la conducta del maltrato psíquico o físico no habitual, con o sin lesión siempre que en el primer caso no sea subsumible en el delito de lesiones del artículo 148, elevando la conducta de falta a delito por ser el agresor hombre y la víctima su mujer pareja o expareja sentimental. De la misma manera las amenazas leves del 171.4 merecen para el legislador la consideración de delitos por el ámbito específico en el que nos encontramos a pesar de que son definidas como conductas leves.

En estos dos casos y dejando siempre claro que es necesario un análisis concienzudo del caso concreto y las circunstancias personales de sus autores, es evidente que la experiencia nos deja muchos casos en los que no se aprecia un desequilibrio estructural ni una motivación de la acción que responda a la intencionalidad señalada en el artículo 1 de la LO 1/2004, por lo que podría intentarse la mediación siempre que las partes sean adecuadamente informadas y expresen su voluntad de manera libre y consciente.

Las coacciones leves se encuentran en el supuesto anterior, al igual que las faltas de injurias y vejaciones leves del artículo 620.2, únicas conductas que a juicio del legislador merecen para la LO 1/2004 la tipificación como falta⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Reproduciendo, por estar de acuerdo con ellos los argumentos de JIMÉNEZ MUÑOZ, B., en “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, en Revista de Derecho de Familia, n° 39/2008, abril, junio, pág. 31 a 33. En el mismo sentido, LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Granada, 2011, págs. 146 y 147.

Por tanto, vemos que una adecuada concreción de los supuestos objetivos y subjetivos de cada caso, unido a una comprensión teleológica del sentido de las normas penales en materia de violencia de género nos podría llevar a una interpretación de las mismas favorecedora de la mediación en los casos mencionados. Así pues, y teniendo en cuenta la prudencia con que debemos obrar a la hora de considerar la entrada de la mediación en el ámbito de la violencia de género podemos concluir que para comenzar esta andadura sólo en los casos de maltrato no habitual, amenazas e injurias y vejaciones se podrían experimentar prácticas mediadoras siempre, como hemos dicho con las debidas garantías y controles previos, coetáneos y posteriores.

Vistas ya las posibilidades de la mediación en el ámbito de la violencia de género, y la hipotética virtualidad de la misma, es necesario analizar los presupuestos o premisas de que debemos partir para una adecuada introducción de la misma en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo y procesal.

Siguiendo a MARTÍNEZ GARCÍA, dos son los aspectos pretendidos por la mediación propuesta para los procesos de violencia de género: es necesario que ésta sirva para solucionar el conflicto desde su raíz, y que con ello se eviten nuevos incumplimientos del maltratador y se sitúe a la víctima en una posición de igualdad en la relación que asegure que el conflicto ha sido bien resuelto⁴⁷¹.

Por ello, entender la violencia de género pasa necesariamente por recuperar la voz de la víctima y ponerla en un plano de igualdad compatible con el orden público, lo cual no significa que el fin sea necesariamente la ruptura sentimental definitiva. La víctima, en muchas ocasiones, lo primero que demanda del órgano judicial es seguridad y protección, pero inmediatamente después pide solución a su conflicto, bien mediante una actividad rehabilitadora del maltratador, bien mediante terapia o en algún caso, mediante un adecuado tratamiento de su situación de ruptura, pero todo eso pasa por un adecuado restablecimiento de la autonomía de la voluntad, para que su toma de decisiones se haga desde la libertad y la igualdad interiorizada en la esfera privada, pero que trascienda a la esfera pública del proceso⁴⁷².

Estas dos premisas, recuperación de la libertad e igualdad de la víctima, y responsabilización del victimario, deben hacerse dentro de un espacio de comunicación distinto al judicial, que asegure el equilibrio de las partes dentro de una actividad terapéutica y educadora que enseñe a las partes a reconducir su relación, sea cual sea el resultado pretendido.

⁴⁷¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, n° 33/2011, págs. 12 a 14.

⁴⁷² Incluso algún autor, como RODRÍGUEZ LAÍNZ va más allá, considerando que en casos graves de dependencia emocional la mediación exigiría, con carácter previo la eliminación de esas ataduras, pero que una vez rota esa relación de sumisión y dominación la mediación carecería ya de sentido. Esto demuestra que se debe ser extremadamente selectivo a la hora de remitir a mediación un asunto de violencia de género habitual y consolidado en el tiempo. Ver su trabajo “Mediación penal y violencia de género”, *op. cit.*, pág. 6.

Desde este punto de vista se considera que la prohibición del legislador de utilizar la mediación en violencia de género tuvo sentido en los primeros momentos de andadura de una ley que pretendía una labor educativa y transformadora de la sociedad, hoy fracasada. Actualmente se hace necesario abrir nuevos horizontes que introduzcan una nueva orientación de esta labor integral abordada desde otro punto de vista, más conforme con la situación actual.

Sin embargo, según DEL POZO PÉREZ, la mediación en el ámbito de la violencia encierra algunos peligros, que son⁴⁷³:

Admitir la mediación en violencia de género puede contribuir al incremento de las cifras de “retirada” de denuncias. Se considera 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. Por ello, introducir la mediación en este contexto puede frustrar estos efectos beneficiosos de la denuncia, considerando que con ello se trata de solucionar el conflicto de forma privada sin las consecuencias jurídico-penales que el acto de maltrato tiene para la otra parte. Así, el sentimiento de seguridad generado en la víctima podría verse frustrado con los resultados que esto tiene para las víctimas de violencia de género. Parece haber cierta contradicción entre esta política de los poderes públicos, y una hipotética línea política que fomente la mediación.

Es necesario hacer algunas precisiones sobre esta afirmación. La primera de ellas es que la introducción de la mediación no tiene por qué producir el efecto de crear en la víctima la sensación de que retirando la denuncia resuelve el problema. La decisión de remitir a las partes a mediación se debe hacer en el marco de un proceso del que será paso previo la *notitia criminis* producida por una denuncia. Tras esa denuncia, se ponen en marcha todos los mecanismos policiales, judiciales y asistenciales de carácter preventivo y represor, que permiten a la víctima contar con el soporte institucional adecuado a su problema.

Por otro lado, es cuestionable también el hecho de que tras la puesta en marcha de un proceso de mediación la víctima pueda “retirar” la denuncia. El proceso penal sigue rigiéndose por el principio de oficialidad, que obliga a continuar con el proceso y el conocimiento del asunto independientemente de la voluntad de la víctima. Ni siquiera, aunque se pudiera abandonar el proceso estará la víctima desprotegida puesto que el control que el Juez y el Ministerio Fiscal ejercen sobre el ejercicio y continuación de la acción penal, expresión de la acción tuitiva del Estado, aseguran que se siga procurando su seguridad independiente de su actitud en el proceso y su voluntad de prosecución del mismo.

No hay por tanto tal contradicción, puesto que la introducción de la mediación en procesos por violencia de género, ni supone una quiebra de los principios del proceso, ni supone un abandono de la víctima en

⁴⁷³ DELPOZO PÉREZ, M., “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia...*, *op. cit.*, págs. 315 y ss.

contradicción con la política de protección a la víctima llevada a cabo en nuestro país en los últimos años.

La mediación también puede favorecer el ciclo de la violencia de género con la contribución a potenciar la “luna de miel”, esto es, se pueden favorecer en la víctima conductas tendentes al sacrificio y a la empatía con el victimario con el objetivo de salvar o reconducir la relación, que queden disfrazadas bajo la apariencia de resultados positivos de la mediación, pero que en realidad encubran un nuevo ataque a la independencia y capacidad de la mujer para dirigir su relación de pareja. Pero por ello debemos incidir en la importancia de la cualificación profesional de los mediadores y en el conocimiento profundo de las reacciones psicológicas de la mujer maltratada, dado que sólo desde esta rigurosa base se puede conducir adecuadamente la mediación, poniendo fin a la misma cuando se detecte que en lugar de conseguir un consenso basado en el equilibrio de las posiciones se está perjudicando a una víctima que puede estar utilizando consciente o inconscientemente la mediación para salvar su relación.

Cada supuesto de violencia de género es único y peculiar. Como dice MARTIN DIZ⁴⁷⁴, “no todos los fenómenos de violencia de género son iguales”. Cada supuesto de violencia de género es único e irrepetible, puesto que si bien responde a unas pautas muy marcadas y estudiadas en la doctrina psicológica, la espiral de violencia se desenvuelve y culmina de formas muy diversas. Por eso es básico el tratamiento multidisciplinar de la violencia de género. Este tratamiento debe extenderse también al Equipo de Mediación desde el momento en que conoce de un determinado asunto hasta que el proceso termina de la forma que sea. Por tanto si el tratamiento de la violencia de género exige un conocimiento específico del caso, formación especializada y asesoramiento profesional cualificado, las mismas exigencias deben predicarse de la mediación y de las relaciones entre ésta y el proceso.

A estos problemas se añade la importante cuestión de analizar la relación entre la mediación y la introducción de su resultado en el proceso, y el derecho a no declarar contra uno mismo reconocido constitucionalmente, que podría entrar en colisión con el reconocimiento de hechos que es presupuesto necesario para que pueda operar la mediación penal. Como apunta CASTILLEJO MANZANARES⁴⁷⁵, se trata de regular la mediación de manera que, a pesar de que el consentimiento para acudir a mediación del victimario pueda entenderse como un indicio de su participación en el hecho delictivo, esto no tenga acceso al órgano judicial, de manera que el ofrecimiento de mediación efectuado por el órgano judicial no traiga causa del reconocimiento de los hechos, sino de la naturaleza y circunstancias en que se va a producir la reparación. Dicho en otras palabras, si la mediación tiene éxito, sólo el acuerdo de reparación tendrá efectos beneficiosos en el proceso a los efectos de

⁴⁷⁴ MARTIN 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...op. cit.*, págs. 684.

⁴⁷⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal...op. cit.*, págs. 194 y 195.

aplicar la atenuante de reparación del daño, y si no lo tiene, nada de lo tratado en la mediación tendrá acceso al proceso penal.

En definitiva, como afirma CASTILLEJO MANZANARES⁴⁷⁶, para que sea posible la mediación serán precisas dos precauciones previas:

Es necesario evitar la mediación en caso en que la violencia ejercida, física o psicológica coloque a la mujer en una situación de vulnerabilidad, o de la denominada indefensión “aprendida”, que reduce las posibilidades de reacción de la víctima incapacitándola para salir de esa espiral y liberarse de la situación de maltrato.

Por ello, es imprescindible que se adopten ciertas cautelas cuya base teórica y práctica deberá ser, necesariamente, una adecuada formación en materia de violencia de género y el recurso a profesionales especializados que recuperen a la víctima para colocarla en posición de igualdad frente a un posible proceso de mediación en condiciones de libertad y seguridad.

5.3. MOMENTOS PROCESALES

En cuanto al momento procesal en que puede tener lugar la mediación, debemos afirmar en primer lugar que, dada la flexibilidad y agilidad de este proceso, y la amplitud de resultados que pueden reflejarse en el mismo, es posible desarrollar la mediación en cualesquiera fases del proceso.

Por ello, esta amplitud a la hora del momento procesal en que debe acogerse la mediación ha sido aceptada en todos los proyectos piloto desarrollados en nuestro país y así también lo hace el Anteproyecto de LECrim de 2012, que parece que no verá la luz en esta legislatura, pero que, como observa ETXEBERRÍA GURIDI⁴⁷⁷ alude a efectos que puede producir la mediación –suspensión de la condena, apreciación de alguna atenuante–, producibles no solamente en la etapa de instrucción sino también en fases más avanzadas.

Con ocasión del desarrollo del proyecto de mediación que conforma la última parte de nuestro trabajo, tendremos posibilidad de analizar con detalle las distintas fases del proceso, tanto penal como civil, en las que la mediación se puede implementar, así como las repercusiones y efectos

⁴⁷⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables...*, op. cit., pág. 524 y 525.

⁴⁷⁷ Sin embargo, como agudamente observa el autor, en estas fases avanzadas del proceso el Anteproyecto la inclusión del archivo del proceso por razones de oportunidad no incluyen la mediación en ninguno de los supuestos regulados en el artículo 91 del Anteproyecto, lo cual no deja de llamar la atención cuando sí se hace mención al supuesto de “sobreseimiento para cumplimiento de presupuestos” o condiciones voluntariamente aceptadas por el infractor. De cualquier modo, aceptando que el Anteproyecto aún no se atreve a configurar la mediación como uno de los supuestos de sobreseimiento por razones de oportunidad, ya se va entreviendo la orientación del legislador de tímida aceptación del sobreseimiento por razones de oportunidad, aunque no se mencione expresamente la mediación encajándola en dichos criterios. ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. “La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español”, *R.V.A.P., núm. Especial 99-100*. Mayo-Diciembre 2014, págs. 1273 y 1274.

que esto tendrá en el desarrollo del proceso. En cualquier caso, debemos dejar indicada aquí la enorme virtualidad que despliega la mediación, y la importancia que tiene que sea cual sea el momento procesal en que nos encontremos, sea posible el consenso de las partes y su influencia en el resultado del proceso materializando a la vez la Justicia restaurativa y los beneficios inherentes para ambas partes y para la Administración de Justicia.

Tercera parte

**DESARROLLO DEL PROYECTO PARA LA
IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS
PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO**

Proyecto para la implantación de la mediación en los procesos por violencia de género

1. INTRODUCCIÓN

El proyecto que proponemos a continuación tiene por objeto la implantación de la mediación en el ámbito del proceso jurisdiccional por violencia de género.

Una vez que hemos analizado la posibilidad de aplicación de la mediación en este ámbito y que hemos llegado a la conclusión de que es posible que en determinados casos se pueda tomar en consideración esta medida, es necesario elaborar el proyecto que podría regular esta materia aplicándola a este marco de actuación concreto. Para conseguir este propósito debemos atender a cada uno de los planos en los que el proyecto va a desplegar su actividad, en los cuales será necesario alcanzar ciertas metas parciales referidas a los distintos aspectos en que el proyecto va a desplegar su efectividad.

Así, debemos analizar en primer lugar los objetivos que pretendemos, distinguiendo los distintos niveles de actuación que un proyecto como éste, de naturaleza tanto sociológica como jurídica comprende, y estudiando el marco de actuación en el que este proyecto debe desplegar sus efectos. Esto implica movernos en un amplísimo espacio en el que debemos atender a aspectos sociales, legislativos, organizativos e institucionales que nos llevarán a contemplar un escenario final en el que los beneficios prácticos de una hipotética mediación en el ámbito de la violencia de género trasciendan a su contenido meramente procesal.

Una vez analizado el campo de actuación estudiaremos la metodología y organización del proyecto, teniendo en cuenta sus fases de implementación y el programa piloto que iniciará el camino en la labor de regular la mediación para procesos por violencia de género y el protocolo que regulará la forma concreta de actuación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando deba tramitarse la remisión de un expediente a mediación. Finalmente, terminaremos con unas conclusiones en las que haremos algunas consideraciones personales sobre la viabilidad de este proyecto basándonos en nuestra experiencia y en todo lo estudiado.

2. OBJETIVOS

2.1. SOCIOLÓGICOS Y CULTURALES

Los objetivos específicos que persigue el proyecto son de varios tipos: sociológico-culturales, jurídico-legislativos y relacionados con la Administración de Justicia. Nos dedicaremos a ellos a continuación, pero antes, estudiaremos otros objetivos de carácter sociológico y cultural que se refieren no tanto al entorno jurisdiccional en que el proyecto va a desarrollarse, sino a una nueva concepción social de estas vías alternativas de resolución de conflictos que entronca con la relevancia sociológica en la que tiene su origen este método de resolución de conflictos.

Al igual que la mediación en general tiene un carácter educativo y responsabilizador que trasciende a lo puramente jurídico para entrar en aspectos sociológicos y culturales relevantes, la mediación en el proceso por violencia de género debe desplegar también sus efectos no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en el social.

La superación de la imagen del proceso como una batalla con ganadores y perdedores es intrínseca a la filosofía de la mediación intrajudicial, que está destinada a ser introducida en el proceso para la resolución del conflicto por vías complementarias eficaces y distintas, acordes con esta idea. Esto implica una nueva forma de resolver el conflicto que beneficia a la sociedad, y que a la vez modifica su visión de la jurisdicción, razón por la cual este proyecto se puede calificar también como social, dado el fundamento sociológico que marca su finalidad y define un ámbito de actuación, que trasciende al puramente jurisdiccional.

Siendo por tanto la propia sociedad la destinataria en última instancia del proyecto porque se la hace partícipe de esta actividad y cooperadora en su resultado, la dimensión social de la mediación hace que sus efectos beneficiosos se extiendan desde el ámbito de la Administración de Justicia a aspectos de utilidad social relativos a la nueva concepción de la Justicia por sus usuarios. Con ello se consigue un importante fortalecimiento de valores sociales que, si bien no están relacionados directamente con la Administración de Justicia, sí repercuten positivamente en ella.

Anteriormente veíamos como tradicionalmente, junto con la Justicia convivían otros mecanismos de resolución de controversias alternativos o complementarios, cuyo nacimiento fue extrajudicial, pero que fueron implantados en el ámbito judicial sin desnaturalizar el conjunto. El modelo americano es una buena muestra de cómo un sistema de resolución de conflictos nacido en el ámbito vecinal y comunitario, puede contar con la receptividad del sistema judicial, ser implantado y funcionar con éxito dentro de él.

Sin embargo, en nuestro país, la apertura de la Administración de Justicia hacia planteamientos de este tipo es mucho más lenta y reticente

por parte de los operadores jurídicos e institucionales por muy diversas razones.

Existe práctica unanimidad en afirmar que la Justicia necesita una transformación, y que es necesario explorar nuevas vías, y volver la vista hacia fórmulas que permitan que uno de los servicios públicos peor valorados por los españoles consiga salir de la situación en la que se encuentra.

La mediación es, en los últimos años, la apuesta de Europa y la que el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial han acogido auspiciando los proyectos que en esta materia han ido surgiendo en estos años, por lo que el objetivo de su introducción en la jurisdicción como nueva vía de resolución de conflictos tiene ya una parte del camino recorrido, gozando de cierto grado de implantación y experiencia especialmente en algunos ámbitos. Sin embargo, es necesario seguir trabajando en este proceso con el objeto de fortalecer la percepción social de los nuevos valores intrínsecos a la mediación en el ámbito social y procesal, venciendo la inercia en la que se encuentra la Administración de Justicia, consciente de sus problemas pero sin capacidad para resolverlos de una forma definitiva.

Esta introducción de nuevas vías de resolución de conflictos en el ámbito judicial atribuye, por otra parte, cierto protagonismo al individuo en la labor de resolución del problema.

El proceso judicial español está basado históricamente en una concepción ritual, en la que la figura del Juez impartiendo Justicia constituye el eje fundamental de la actividad jurisdiccional.

La mediación respeta esta posición, pero dentro del esquema del proceso busca mayor relevancia en el papel de las partes, convirtiéndolas en artífices del acuerdo que pondrá fin a sus diferencias, porque aunque el Juez deberá controlar que el proceso se adecúe a los fines que lo informan y a los de la jurisdicción, la responsabilidad de la toma de decisiones corresponde a las partes. También deberá el Juez homologar el acuerdo producto de la mediación, analizando su contenido y decidiendo finalmente sobre su aprobación, pero esto supone una actividad previa de las partes, que son quienes han trabajado para resolver el conflicto.

Por ello la mediación trabaja también en este aspecto social de refuerzo del protagonismo del justiciable buscando una mayor implicación del individuo en la resolución de su problema por la vía judicial e implicando al mismo en la solución del problema y en el establecimiento de cauces de comunicación adecuados. La adopción de las decisiones consensuadas por las partes en el conflicto y el trabajo en Equipo para la consecución de una decisión que resuelva el problema tiene la doble naturaleza de objetivo de la actividad y fin perseguido, dado que en el proyecto en el que trabajamos confluyen ambos aspectos: el acuerdo final es el resultado de la actividad y, al mismo tiempo, implica la consecución del objetivo perseguido.

Esto supone, además un elemento responsabilizador en las partes sustancialmente distinto al producido en la jurisdicción en la que la actitud activa de las partes comienza en el momento de recibir la

resolución judicial y de disponer los medios necesarios para su cumplimiento. El trabajo desarrollado en mediación sin embargo hace que la actividad de las partes sea sustancialmente distinta a la que se despliega en un proceso judicial, porque se pasa de una actividad pasiva en la que otros toman las decisiones y actúan en el proceso a una posición activa, de implicación en el análisis del problema, en la búsqueda del acuerdo, y en el desarrollo de la actividad creativa para encontrar la solución.

El cambio en el esquema mental que supone esta concepción es otro de los objetivos a conseguir con este proyecto, en el que se tratará de potenciar esta actividad responsable de las partes para garantizar el éxito de la mediación. De esta manera se refuerza la idea de que la fuerza expansiva de la mediación tiene unas connotaciones psicológicas y sociales benéficas para las partes, debido a la dimensión social de este instrumento pacificador.

Esto nos lleva a un objetivo finalista evidente. Inconscientemente, en el ideario colectivo, se va enraizando la idea de que a través de la mediación se fortalecen los vínculos de solidaridad entre los miembros del grupo social, porque todos hacen una contribución efectiva a la solución de los problemas. Por ello, la mediación debe trabajar en la consecución de este objetivo mediante una actividad divulgativa que concentre la información de la actividad de mediación con la potenciación de este valor social, de manera que queden fortalecidos los valores sociales relevantes de esta forma de resolución de conflictos.

Independientemente de estos objetivos de tinte sociológico que persigue la mediación en el ámbito social, y entrando en el ámbito de la Administración de Justicia, la mediación implica un importante cambio de estructuras, esquemas normativos y operativos y relaciones entre operadores jurídicos.

Los objetivos a conseguir en este plano son de varios tipos. Debemos distinguir entre objetivos de tipo más ideológico y objetivos más concretos, de tipo normativo, institucional, político y operativo.

Por eso, nos referiremos aquí a los aspectos ideológicos relacionados con la Administración de Justicia que persigue el proyecto, dedicándonos más adelante a los objetivos específicos relativos a su funcionamiento y centrándonos en este apartado en la humanización de la Justicia a través de la mediación y el fortalecimiento de la conexión justiciable/Justicia/mediación.

En conexión con el objetivo de acercar la justicia al ciudadano haciéndole partícipe de la actividad jurisdiccional y de la toma de decisiones que le afecten, la mediación dentro de un proceso de las características del de violencia de género, permite trabajar en una imagen de la Justicia moderna y eficaz, que utiliza medios alternativos más pragmáticos para resolver los conflictos que se le planteen en una materia sensible y necesitada de un nuevo enfoque. Esto es básico para conseguir el objetivo de lograr una Justicia distinta, sólida y coherente con una nueva forma de abordar la resolución de conflictos y de buscar y encontrar soluciones adecuadas a éstos y a los problemas endémicos de

la Administración de Justicia porque la mediación responde a unos principios distintos, que la acercan al justiciable y conectarían bien con un órgano judicial receptivo y concienciado con una forma de hacer las cosas igualmente válida, pero más útil.

En este triple eje, la mediación es un buen hilo conductor para conseguir, a través de su actividad, la conexión entre la Administración de Justicia y el justiciable, porque reforzando este vínculo e introduciendo la mediación en esta relación dual, se pretende fortalecer la identidad del ciudadano con este servicio público, y modernizar este ámbito de relaciones.

2.2. JURÍDICO-LEGISLATIVOS E INSTITUCIONALES

2.2.1. Recepción del Derecho Europeo en materia de mediación en nuestro país

Como ya hemos dicho anteriormente, en el marco de la Unión Europea el impulso de la mediación es, desde hace años, un hecho. El Libro Verde de la Mediación en el año 2000, ya marcaba las pautas que debían ser seguidas por los países de la Unión para dar entrada en sus legislaciones a la mediación intraprosesal.

Antes de esto, la Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar, señalaba la necesidad de acudir a la mediación en conflictos familiares. Por su parte, la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal -sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos-, así como la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, continuaron en la línea de promoción para el uso más frecuente de la mediación.

En nuestro país y en materia de violencia de género, esta recepción ha seguido la línea de estrategia política considerada adecuada, dentro del marco de libertad que ha marcado la Unión Europea, de manera que se ha adoptado el criterio de la prohibición de mediación en este ámbito, pero esto no es necesariamente definitivo, por lo que es posible reorientar el enfoque dado en la LO 1/2004, posibilitando que la recepción del Derecho Europeo de mediación en nuestro país tenga plasmación en la introducción de este instrumento en nuestro proceso por violencia de género.

Para ello, será necesario llevar a cabo una labor intensiva que parta de conseguir el cambio de mentalidad y el compromiso de las autoridades políticas, institucionales y jurisdiccionales nacionales para a partir de ahí trabajar en la elaboración e implantación del proyecto de mediación en este ámbito.

2.2.2. Compromiso de autoridades políticas, institucionales y jurisdiccionales

El proyecto que nos ocupa se basa en cuestionar un artículo de la LO 1/2004, que veda la mediación en violencia de género. Esto implica una labor previa, consistente en someter la tesis contraria a determinados test que estudian su admisibilidad, extrayendo las conclusiones procedentes.

Una vez admitida la posibilidad sugerida, estudio al que nos hemos dedicado anteriormente, es necesario, como paso previo a la elaboración del proyecto, conseguir en los responsables de su puesta en marcha una profunda concienciación sobre su viabilidad, trabajando en el cambio de mentalidad y de la orientación política seguida. Esto debe ser así porque uno de los objetivos básicos en cualquier proceso que deba partir del poder político y extender su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación a una materia de tal entidad es conseguir en primer lugar la implicación de las autoridades políticas encargadas de elaborar e impulsar el proyecto, las institucionales encargadas de la labor logística correspondiente, y las jurisdiccionales encargadas de su funcionamiento.

Creemos que sin esta labor prioritaria no es posible culminar un proceso de la importancia y efectos de este proyecto, porque difícilmente puede tener éxito un proyecto si antes no se ha conseguido un compromiso serio de instituciones y órganos basada mediante una actuación informativa e impulsora constante.

Para esta labor es importante desplegar una actividad progresiva que consiga la concienciación de los poderes públicos en el proyecto, su implicación y apoyo, y una efectiva contribución a la consolidación definitiva del proyecto, que podemos resumir en los siguientes pasos:

a) Concienciación

Es conveniente desarrollar una rigurosa actividad de información, a los efectos de que dichos responsables tengan conocimiento de las posibilidades que ofrece la mediación en materia de violencia. Esta labor debe ser desempeñada por los denominados *lobbies* o grupos de influencia, que llevan a cabo una labor de información tratando de orientar el sentido y ámbito de aplicación de las normas que les afecten, y deberá ser muy meditada y estar muy fundamentada, al objeto de conseguir la orientación del poder político en favor de esta medida. Es conveniente que esté muy bien estructurada, y que se relacione con todos los sectores sociales y políticos relevantes para esta decisión, a fin de conseguir su implicación en la labor de desarrollo y ejecución del proyecto.

b) Implicación

La labor de implicación necesita la identificación del poder público con este objetivo. Se trata de hacer suya la necesidad de emprender el proyecto, consiguiendo su compromiso para llevarlo a cabo, y desempeñando cuantas acciones sean necesarias para ello.

c) Apoyo a la implementación

La labor de impulso institucional debe ser seguida por una actividad continuada de apoyo logístico, económico y formal al proyecto y a su proceso de implementación, de manera que deberá llevarse a cabo una labor constante de seguimiento de la actividad institucional en relación al proyecto.

d) Consolidación del proyecto

Para que el proyecto se consolide, es preciso que no se abandone la labor de seguimiento y control de su desarrollo y puesta en marcha, a fin de analizar periódicamente las disfunciones o fallos que se detecten, estableciendo los mecanismos necesarios para su corrección.

Para conseguir este objetivo, es necesario que el poder político sea informado permanentemente de la marcha del proyecto y de sus resultados, con el objeto de cumplir con el calendario establecido, de introducir las mejoras necesarias, y de lograr su correcto desarrollo y consolidación.

2.3. FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Hemos hablado antes de los objetivos que persigue el proyecto en relación con un aspecto de la Administración de Justicia ideológico, como servicio público que abarca aspectos sociales y comunitarios necesitados de una reforma en profundidad, pero también desde la perspectiva de la Administración de Justicia como estructura organizativa, la mediación puede contribuir a alcanzar objetivos mucho más pragmáticos relativos a una optimización de su funcionamiento.

Elaborar un proyecto de mediación para los procesos de violencia de género en el que se diseñe una modalidad complementaria a la jurisdiccional para resolver este tipo de conflictos significa aunar dos tipos de objetivos: en primer lugar, deben cumplirse los objetivos predicables en general de la mediación: pacificación del conflicto, resarcimiento de la víctima, rehabilitación del victimario y regulación de las relaciones entre mediación y proceso, pero además debe atenderse a objetivos más específicos, adaptados a la violencia de género y a las relaciones interpersonales establecidas entre las partes: consecución del equilibrio entre las mismas, restablecimiento de la confianza mutua en la relación, erradicación del maltrato, rehabilitación del maltratador, y consenso en la toma de decisiones que afecten a ambos miembros de la pareja.

En relación con los primeros, siguiendo las pautas marcadas por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo⁴⁷⁸ y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁴⁷⁹, por la que se establecen normas

⁴⁷⁸ <http://portaljuridico.lexnova.es/legislacion/JURIDICO/83222/directiva-2008-52-ce-del-parlamento-europeo-y-del-consejo-de-21-de-mayo-de-2008-sobre-ciertos-aspect>

⁴⁷⁹ <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se pueden sintetizar para el presente proyecto de mediación en procesos de violencia de género (y en cualquier proyecto de mediación en el ámbito de la Administración de Justicia) los objetivos marcados en la misma, todos ellos dirigidos al logro de una justicia cercana, eficaz y satisfactoria para los ciudadanos en lo siguientes:

-Alcanzar acuerdos que sean prácticos, de manera que se reinterpretara el silogismo clásico de subsunción del supuesto de hecho en la norma jurídica para extraer la consecuencia jurídica, para entrar en un terreno que confirme el principio de legalidad, pero al mismo tiempo consiga encontrar una alternativa al proceso tradicional mediante soluciones creativas y diferentes.

Esta alternativa debe ajustarse a la norma legal satisfaciendo al mismo tiempo las pretensiones del justiciable debido a su participación activa en la toma de la decisión final y el acuerdo que cierra el conflicto. Se trata de llegar a una solución justa en la que “el deber ser” de la ciencia jurídica esté informado por la voluntad de las partes afectadas.

-Procurar un abaratamiento de costes. Desde un punto de vista abstracto se puede decir que la mediación supone un abaratamiento de los costes de la justicia por cuanto la intervención de profesionales en este proceso se ve muy limitada, disminuyendo los honorarios y minutas a tasar cuando finalice el proceso.

Las ventajas de la mediación desde este punto de vista son evidentes, no sólo para los justiciables sino para la propia Administración de Justicia si se piensa que uno de los posibles resultados de la mediación puede ser propiciar la terminación del proceso de forma distinta y anticipada a la terminación clásica economizando a la vez los costes y gastos necesarios para ello.

-Solución rápida y anticipada del proceso mediante el consenso de las partes y el aseguramiento de un acuerdo satisfactorio y vinculante, lo cual implica añadir a la rapidez y celeridad de este proceso un plus de utilidad y satisfacción personal de las partes que redundará en una solución mucho más útil.

-Ventajas de alcanzar acuerdos que, si bien no obtengan la pacificación total de las relaciones, sí sirvan para el establecimiento de las bases necesarias para reconducir la relación en un futuro. Esto resulta especialmente indicado en relaciones cercanas, familiares o amistosas que están destinadas a prolongarse en el tiempo.

-Facilitar el cumplimiento voluntario. Tan importante como la faceta del dictado de sentencias para “juzgar”, es la necesidad de “ejecutar lo juzgado” para la materialización de una justicia práctica y efectiva.

El hecho de que los acuerdos a que lleguen las partes en mediación resulten más fácilmente ejecutables o susceptibles de cumplir cuando no han sido impuestos, sino negociados, aceptados y asumidos por las

partes facilita la implantación de la mediación en nuestro sistema judicial⁴⁸⁰.

En relación con los objetivos más específicos relacionados con la violencia de género nos dedicaremos en el proyecto a estudiar las posibles vías que permiten la introducción en este ámbito de la violencia de género, superando obstáculos como la posición desigual entre las partes, o el inadecuado tratamiento rehabilitador del maltratador.

El primero de los objetivos fácilmente apreciables se refiere a la apertura de la Administración de Justicia a estructuras adecuadas.

La mediación penal cumple, además de los objetivos generales ya expuestos, otros objetivos más específicos relacionados con la especialidad de la materia y los intervinientes. Así, según FERNÁNDEZ NIETO Y SOLÉ RAMÓN⁴⁸¹ la presencia de la víctima y de unos intereses que proteger, la posibilidad de aportar al sistema de Justicia Penal soluciones más creativas y satisfactorias por las partes, precisamente por haber sido acordadas entre ellas, o la posibilidad de que la reparación del daño por el autor sea mucho más abierta y asequible son algunos de estos objetivos especiales.

Por ello, los objetivos que la mediación cumple en el ámbito de la violencia de género se refieren a una reforma profunda del esquema de pensamiento y la forma de funcionamiento en la Administración de Justicia. Esto pasa por la creación de una corriente favorable a la mediación y una labor divulgativa adecuada para superar las reticencias a su implantación desde el seno de la propia Administración de Justicia.

El segundo de los objetivos se referiría a una modificación del esquema de pensamiento clásico en la Administración de Justicia, para lo que es necesaria, en primer lugar la creación de un estado de opinión favorable, consistente en aprovechar la mediación basada en las experiencias anteriores para impulsar esta actividad mediante una labor de información de dentro hacia afuera, comenzando por todos los sujetos implicados en la mediación y terminando por la sociedad en general.

El despliegue de una actividad de divulgación y publicidad implicando a los agentes y operadores jurídicos, deberá jugar un papel esencial en el camino hacia la normalización de la mediación como parte de la actividad jurisdiccional, pero además, es imprescindible la concienciación de la conveniencia de la mediación para la mejora de la

⁴⁸⁰ HINOJAL, S., ORTUÑO Y PÉREZ SALAZAR, M., "La mediación en el ámbito de los procesos de familia", en SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor, 2008, págs. 21 y 22.

⁴⁸¹ Todos ellos, como se puede observar, están dotados de una perspectiva psicológica que trasciende el ámbito puramente jurídico por cuanto precisan una reflexión acerca del contexto en el que se produjo el daño, las soluciones al mismo o la posibilidad de establecer una relación horizontal entre delincuente y víctima. Esta actividad soluciona no sólo el conflicto puntual, sino los problemas de convivencia y las dificultades en la comunicación. Se trataría en todo caso de conseguir una concepción de la sociedad más responsable y concienciada acerca de las ventajas de la mediación y de su significado. FERNÁNDEZ NIETO, J., y SOLÉ RAMÓN, A. M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico*, Valladolid, 2011, pág. 49.

Justicia y la eliminación de actitudes reticentes o contrarias. Tras una labor de información y análisis crítico de las experiencias de mediación actualmente en práctica, que obliga a la modificación del esquema de pensamiento clásico en la Administración de Justicia, el siguiente paso es la concienciación de que la mediación puede ser, al menos, una posible solución a tomar en consideración.

Esta labor no es, desde luego, automática, sino que es el resultado de una carrera de fondo en la que se debe analizar la situación actual, las alternativas y los resultados, pero con todos estos elementos, las conclusiones son meridianamente claras, por lo que el paso siguiente sería la búsqueda de la concienciación de todos los sectores implicados.

Algunos de estos sectores no ofrecerán especial resistencia, dado que en ellos la mediación ya ha sido considerada como una solución e interiorizada como tal, de manera que el camino de la implicación ya está abierto. Pero otros sectores (hablamos específicamente de Abogados o Procuradores para los que la mediación se presentaría como un trámite que dilataría el desarrollo normal del procedimiento sin compensación económica ni profesional inherente a su labor) ofrecerán mayor resistencia al cambio, por lo que será necesario llevar a cabo una labor de implicación mucho más profunda.

Esta actividad de implicación profunda dentro de la Administración de Justicia precisa, en primer lugar, la creación de una base sólida de receptividad hacia la misma. Esto deberá hacerse con carácter previo al desarrollo e implementación del proceso, mediante el despliegue de una actividad organizada de información y formación, y el establecimiento de un debate crítico entre los operadores jurídicos poco receptivos a la actividad de mediación.

Con todo ello se persigue un objetivo último, que es el favorecimiento de una Justicia moderna y eficaz. Este objetivo tiene un recorrido mayor, y necesita un plazo más largo para su consecución, por lo que es quizás, el más diluido en el tiempo, pero una vez creado el contexto adecuado, se puede hacer un ejercicio de análisis relativamente sencillo.

Así, suponiendo que la mediación se está desarrollando con normalidad en el ámbito de la violencia de género, la siguiente fase sería valorar si se han conseguido los objetivos a corto y medio plazo, y si realmente la mediación desarrollada ha resultado eficaz y coherente con el propósito perseguido y con los medios instrumentales utilizados para ello.

Se trata, en palabras de FERNÁNDEZ NIETO Y SOLÉ RAMÓN⁴⁸² de verificar si la mediación en materia de Violencia de Género ha sido la respuesta integradora y eficaz esperada, devolviendo a las partes, no sólo el protagonismo en la resolución de sus conflictos, sino la posibilidad de reconstruir su relación por sí mismas. Como dicen las autoras aludiendo a la mediación familiar, muchas veces se acude al Juzgado con historias de vidas de pareja rotas, que en treinta minutos deben recibir solución.

⁴⁸² FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A. M., *El impacto de la mediación...*, op. cit., pág. 48.

La mediación supone la posibilidad de resolver el problema, pero no a la manera “judicial”. En el ámbito judicial se suele tener como objetivo la tramitación y resolución de asuntos con rapidez y celeridad, pero no siempre con una verdadera atención a las causas, o con la debida consideración a las partes. Con la mediación se persigue resolver el conflicto de manera más profunda, integradora y eficaz y, se puede decir así, más definitiva, por suponer la implicación de las partes en la solución del conflicto, y su compromiso con el cumplimiento de lo acordado como consecuencia de esa actividad proactiva y responsable.

Secundariamente, sería necesario analizar en qué medida esta institución ha ayudado al trabajo de los Juzgados, relacionando esto con el análisis de los costes del proceso en términos de tiempo y dinero.

Por último, y quizás más importante, se debe evaluar si la mediación judicial en procesos por violencia de género ha contribuido a crear una conciencia social acerca de la utilidad de esta alternativa.

Sólo entonces podrá concluirse de forma clara y terminante que el proyecto ha merecido la pena, por aunar esfuerzos e inversión para la consecución efectiva de un objetivo tan ambicioso como asumible⁴⁸³.

Entrando en aspectos más prácticos relacionados con el proceso, se deberá analizar además la consecución de los siguientes objetivos:

a) Procedimiento ágil y coordinado

La verificación del resultado de la mediación nos llevará a analizar si se ha implantado correctamente el proceso de mediación, de manera ágil y coordinada y sin distorsiones ni problemas de funcionamiento del sistema.

Se trata de un medio, pero también de la consecución de un fin, porque una adecuada metodología marcará la implantación de un proceso de forma ágil y coordinada, lo cual redundará favorablemente en el sistema.

b) Logro de acuerdos satisfactorios

El seguimiento estadístico del logro de acuerdos satisfactorios será, por otra parte, el mejor indicador de que la mediación ha surtido su efecto y de que se ha conseguido el objetivo primordial del logro de acuerdos satisfactorios por esta vía.

c) Facilitación de la ejecutividad de los acuerdos

Con el acuerdo conseguido en mediación se persigue, además, otro objetivo relacionado con la ejecución de lo acordado, porque siendo evidente que es más fácil el cumplimiento voluntario de lo acordado por uno mismo, la mediación cumple un importante objetivo instrumental, que es el de la facilitación de la ejecución de acuerdos, produciendo la consiguiente reducción de ejecuciones forzosas incoadas judicialmente,

⁴⁸³ Esquematizan estos objetivos generales y específicos de la mediación penal y la justicia restaurativa, FERNÁNDEZ NIETO, J., y SOLÉ RAMÓN, A. M., *El impacto de la mediación...op. cit.*, págs. 48 y 49

que persiguen la ejecución de lo resuelto en sede judicial, por lo que la mediación cumplirá también una importante función preventiva.

Con todo ello se busca perseguir una mejora de la percepción de la Justicia por el ciudadano gracias a la mediación. Se trata de un concepto sociológico que servirá para comprobar que la percepción por el ciudadano del funcionamiento de la Justicia con mediación mejora y adquiere mayor grado de aceptación social.

Aunque hablaremos más delante de los datos de seguimiento y control del proceso que debemos analizar para verificar si se ha cumplido este objetivo, entre otros, queremos dejar aquí apuntada la importancia de esta concepción, porque de ello se deriva una mejora de la imagen de la Justicia que justifica el cambio y favorece la Justicia moderna y eficaz que se pretende conseguir.

3. MARCO DE ACTUACIÓN

A continuación nos dedicaremos a la elaboración de un Plan de Acción, en el que definiremos los distintos ámbitos de intervención del proyecto a los que se va a extender su actuación estratégica.

Para ello tendremos en cuenta el ámbito social, normativo, organizativo, espacial y temporal en el que el proyecto se va a implementar, estudiando en qué medida el desarrollo del mismo incidirá en cada uno de estos aspectos.

En primer lugar, estudiaremos el ámbito social del proyecto, esto es, el conjunto de afectados directa o indirectamente por el plan de acción programado, pero también es necesario hacer referencia al marco normativo y legislativo que se verá afectado por el desarrollo de un proyecto que requiere una importante adaptación normativa previa.

Además, la organización de la Administración de Justicia y del funcionamiento orgánico y funcional de ésta y de cuantos se relacionan con ella requieren ser revisados para dar entrada a este nuevo esquema organizativo en el que por último, tendremos en cuenta el ámbito espacio-temporal en el que desarrollará el proyecto.

3.1. ÁMBITO SOCIAL

3.1.1. Usuarios a los que se dirige el proyecto

El primer paso para la elaboración del Plan de Acción en un proyecto social es el estudio del sector de población al que se dirige el proyecto, esto es, de sus destinatarios.

Tratándose de un proyecto de mediación intrajudicial, sus destinatarios directos serán las personas que, siendo parte en un proceso judicial por violencia de género van a ser remitidas por el órgano judicial a mediación, pero conviene dar un paso más y diferenciar las distintas categorías de destinatarios afectados, de manera que, junto a los destinatarios directos mencionados habrá unos destinatarios indirectos, que también deberán ser tenidos en cuenta en el análisis de la gestión del alcance del proyecto.

Los dos tipos de afectados directos por el proyecto, como partes afectadas por el mismo por ser también partes del proceso jurisdiccional son la víctima y el agresor.

La víctima es parte principal en el proceso judicial penal, en el que, como ya hemos visto, su protagonismo se encuentra relativizado, porque no posee ni control ni poder de decisión sobre determinadas actuaciones procesales. Mientras que en el proceso civil su papel quizás sea más activo y tenga más peso específico en el proceso de toma de decisiones y adopción de acuerdos al respecto, en el proceso penal la víctima a pesar de ser protagonista principal aparece en un segundo plano.

En la mediación sin embargo, la víctima tiene mayor independencia y margen de decisión, tanto en el ámbito civil como penal, colocándose en una posición de paridad con la otra parte, lo cual le otorga no sólo un

mayor protagonismo sino una mayor responsabilidad en el proceso y el resultado de la mediación.

En cuanto al agresor, el protagonismo y capacidad de decisión del agresor sobre el curso del proceso es más claro en el ámbito penal por la posibilidad, en determinados casos, de decidir sobre su conformidad con la pena solicitada, a los efectos de determinar el contenido de la sentencia. De la misma manera, en el proceso civil de familia tiene una intervención mucho más amplia, dado el mayor poder dispositivo del que disponen las partes sobre el objeto del proceso -en ciertas materias disponibles-, y sobre la posibilidad de determinar su contenido y finalización mediante acuerdos consensuados entre las partes.

En el proceso de mediación se coloca junto con la víctima en una posición en la que es mucho más evidente su capacidad para tomar decisiones, y su influencia en la decisión que se adopte, en la ejecución de la misma y en las consecuencias que esto tiene en el proceso.

3.1.2. Otros afectados que intervienen en mediación

Junto con las personas que obtienen beneficios directos e inmediatos de la actividad desarrollada en el proyecto, existen otras personas que pueden aprovecharse indirectamente de sus ventajas: los hijos y otros familiares.

Estos beneficiados indirectos no son parte directa en el proceso judicial, pero pueden ser llamados a él e influir con su actividad en el contenido de la decisión que ponga fin al proceso.

Por ello, y dado que en la mediación también pueden desplegar una actividad beneficiosa para su terminación con éxito, es necesario que el proyecto se extienda a ellos.

Por lo que respecta a los hijos, en un proceso de mediación en el que los beneficiarios directos son una pareja o expareja sentimental, es fundamental facilitar su intervención, no sólo porque el resultado de la mediación y de lo resuelto en el proceso les va a afectar, sino también porque con su presencia pueden contribuir a rebajar tensión en el proceso de mediación, e influir en la voluntad de las partes de manera positiva.

Además, dado que las decisiones que se adopten les van a afectar de manera directa, es básico que sean escuchados y que su presencia en el proceso de mediación sea no sólo facilitada, sino también favorecida, convirtiéndolos en impulsores del acuerdo y en “aliados” de la actividad de mediación.

De la misma manera, el entorno familiar en el que ha tenido lugar la situación de violencia de género objeto del proceso judicial, puede verse perjudicado por esa situación, y favorecido por los acuerdos que se adopten en mediación.

Por ello, también ha de tenerse en cuenta la presencia de otros familiares a los efectos de expresar su voluntad en las decisiones que les afecten, y de colaborar positivamente en el buen resultado de la mediación mediante una actividad proactiva, aunque evidentemente, esta

intervención, al igual que la de los hijos, tiene que ser estrechamente vigilada por el mediador y por el órgano judicial, de manera que queden suficientemente protegidos sus intereses, y que su participación en el proceso de mediación sea libre, voluntaria y dirigida al interés de la familia y a la recuperación de la paz familiar.

3.1.3. El mediador y el Equipo de mediación

Como partes intervinientes en el proceso de mediación y colaboradores con la Administración de Justicia, la profesión de mediador y el funcionamiento del Equipo de mediación son cuestiones básicas a regular en el proyecto. Junto con las partes en el proceso de mediación y el órgano judicial, el mediador y el Equipo en que se integra constituyen el tercer vértice del triángulo básico que conforma el ámbito de actuación subjetivo al que se extiende el proyecto de mediación.

Como directores del proceso de mediación, conductores del mismo y responsables de su resultado, el mediador y el Equipo ostentan la doble naturaleza de parte beneficiaria del proyecto, y parte directamente afectada por su proceso de elaboración y de implantación⁴⁸⁴.

Teniendo en cuenta el aspecto de destinatarios del proyecto, es necesaria una regulación estatutaria, en la que se determine de forma clara su cualificación y condiciones para el ejercicio de sus funciones en procesos de mediación intrajudicial relativos a esta especialidad.

De la misma manera, la mediación como profesión regulada e institucionalizada, exige que el proyecto se extienda a las instituciones de mediación y a los integrantes del Equipo de mediación, así como al organigrama de órganos e instituciones que componen el entramado de los órganos encargados de llevar a cabo la mediación.

Según la Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial elaborada por el Consejo General del Poder Judicial⁴⁸⁵, uno de los principales obstáculos para poner en marcha los servicios de mediación intrajudicial (tanto familiar, a la que se refiere el protocolo como de cualquier otra índole siempre en el ámbito intrajudicial), es la cobertura orgánica de que ha de dotarse al Servicio de Mediación.

Esta guía en su anterior redacción ya editaba un protocolo en el que se incidía en la necesidad de la firma de convenios de colaboración entre los agentes encargados de la puesta en marcha del servicio. Sin embargo, dadas las dificultades prácticas surgidas, que solían retrasar la puesta en marcha de dicha actividad y del servicio por motivos administrativos, en esta nueva redacción se apuesta por la adopción de un acuerdo gubernativo, o bien del Juez Decano o bien de la Junta de Jueces o Presidentes de las Audiencias Provinciales cuando el servicio afecte a más de un órgano judicial, o a varios órdenes jurisdiccionales.

⁴⁸⁴ Véanse los distintos estudios sobre el mediador y el equipo de mediación, por ejemplo, MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario...*, op. cit. págs. 169 y ss, o GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención y alternativa...*, op. cit., págs. 151 y ss.

⁴⁸⁵

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos/Guia_ara_la_practica_de_la_mediacion_intrajudicial, pág. 15.

Se parte de la premisa básica de que la mediación, en especial la civil, mercantil y de familia, ya es una institución recibida en nuestro ordenamiento jurídico (señaladamente, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y las leyes autonómicas en materia de mediación familiar). Por ello, el paso siguiente será su implementación en la estructura orgánica y de funcionamiento de la actividad jurisdiccional en dichas materias y en cuantas otras sea necesario, a medida que su grado de implantación en otros órdenes jurisdiccionales vaya siendo mayor.

En relación con su condición como parte afectada por el proceso de implantación del proyecto, el diseño del plan de intervención ha de contar con su asesoramiento en todas y cada una de las cuestiones objeto del mismo y en todas las fases de su desarrollo, con el objeto de informar, decidir y revisar todos los aspectos que le afecten.

En el desarrollo propio de sus funciones, el papel del mediador en el proceso de mediación es fundamental, dado que en él residirá, no sólo la organización y regulación del proceso de mediación, sino otros aspectos igualmente importantes, como la relación del mediador con el órgano judicial y resto de operadores jurídicos, los momentos, tiempos y fases en que se producirán las comunicaciones entre estos, y el desarrollo del proceso de mediación, pieza clave del proyecto. Como dice ORTEMBERG⁴⁸⁶, “el mediador es la antífigura del abogado litigante”, dado que “el interés que sostiene es el de la paz”, pero, dejando al lado el debate sobre si estamos ante una figura contrapuesta a la del abogado o ante una actividad pública o privada, en cuyas consideraciones no entraremos, sí puede afirmarse, de acuerdo con este autor, que su función es básicamente privada, porque responde a la tendencia actual de privatización de determinadas áreas de la Administración de Justicia, pero, añadimos, enmarcada dentro del contexto público de los intereses a los que sirve.

El trabajo del mediador es básicamente colectivo, por lo que el proyecto deberá dirigirse también al mediador como integrante de un Equipo de trabajo.

Es necesario tener en cuenta la distinta cualificación profesional de los miembros del Equipo de mediación (abogados, psicólogos, etc.), la división de funciones entre ellos, la mayor o menor presencia de cada uno en las distintas etapas del proceso de mediación, y el procedimiento para la puesta en común de ideas y la toma de decisiones.

Además, es fundamental tener en cuenta las características del mediador y del Equipo, que BERNAL SAMPER⁴⁸⁷ resume en personales (originalidad, sentido del humor, espontaneidad, autocontrol y actitud conciliadora) y profesionales, que pueden ser tanto formativas (uso de herramientas de comunicación, manejo del conflicto y de las técnicas de negociación y solución de problemas, experto de Derecho de Familia y formación en mediación) y éticas (imparcialidad, aseguramiento de la

⁴⁸⁶ ORTEMBERG, O. D., *Mediación familiar. Aspectos jurídicos...*, op. cit., págs. 24 y 34.

⁴⁸⁷ BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución...*, op. cit., pág. 74.

aceptación de la mediación, dejar que las partes decidan, impedir que una de las partes ejerza poder sobre otra, reconocimiento de la influencia del mediador y delimitación del rol del mediador).

Por último, la extensión del proyecto al Equipo de mediación exige tener en cuenta su opinión en cualquier fase de desarrollo e implementación del mismo, de manera que las consultas, cuestionarios y estadísticas básicas para el control y seguimiento del mismo deberán tener como destinatarios fundamentales a los miembros del Equipo de mediación, a los efectos de atender las propuestas y sugerencias de mejora que se formulen.

3.1.4. Usuarios de la Administración de Justicia y sociedad en general

Desde una perspectiva más general, este proyecto supone una nueva visión del proceso, que puede influir positivamente en la mejora de la visión sociológica de la Administración de Justicia como servicio público al ciudadano.

Tras décadas en las que la percepción que de la Justicia tiene el ciudadano no mejora a tenor de las estadísticas que periódicamente nos informan del grado de descontento generalizado, es necesario un cambio de rumbo que introduzca mejoras cualitativas. Sobre esta opinión casi unánime no parece haber discrepancias. Sin embargo, esta situación de crítica generalizada y propósito de enmienda por parte del Poder Judicial parece que también se ha convertido en permanente.

Por ello, o quizás como consecuencia de ello, las experiencias mediadoras que surgen y se desarrollan en el ámbito de la Administración de Justicia no dejan de crecer, pero lo hacen de manera aislada.

Curiosamente, las estadísticas sobre Justicia que amplían su contenido dando entrada a cuestiones relacionadas con la mediación intrajudicial, y a la opinión que de la justicia tienen los ciudadanos que se han sometido a ella, arrojan resultados muy distintos, porque mejora sustancialmente la imagen de la justicia, precisamente porque se valora la misma conjuntamente con la actividad de mediación desarrollada en el proceso. Ejemplo claro de esto es la reveladora estadística presentada por el Consejo General del Poder Judicial correspondiente al año 2013, en el que en comparativa con el 2012 se pone de relieve el crecimiento exponencial de los Juzgados que utilizaron mediación, un 47% en mediación familiar y un 40% en mediación penal. Esto no sólo pone de relieve la creciente confianza de los órganos judiciales en este sistema, sino que contribuye a reforzar la idea del justiciable de que es posible encontrar nuevas vías satisfactorias de resolución de conflictos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Ciertamente es que en esta materia no se disponen de estadísticas de largo recorrido que recojan y sistematicen datos durante años con el fin de llegar a conclusiones razonadas y basadas en la experiencia empírica. De hecho, en la Memoria Anual del Consejo General del Poder Judicial del año 2012 aprobada por el Pleno de 23 de julio de 2012 y facilitadas por la Vocalía delegada para la coordinación e impulso del Proyecto de Mediación, ya se señala el “mantenimiento” de los datos estadísticos entre cuyas actividades más significativas se encuentran las tareas de “mantenimiento” como una de las claves para el seguimiento de la evolución de la estadística de mediación intrajudicial. Esto se considera que puede realizarse a través de la remisión semestral

Todo esto tiene una lectura clara. La percepción de la justicia sin mediación por los ciudadanos es peor que la percepción de la justicia con mediación. Precisamente la dimensión social de la mediación, y la entrega a los ciudadanos de la responsabilidad en la decisión de sus propios asuntos judiciales, trae como consecuencia un mayor grado de satisfacción con el sistema. Si a esto se une la aceptación de las prácticas mediadoras, y de la introducción de medidas restaurativas en el proceso penal, el resultado es una conciencia clara de la necesidad social de una Administración de Justicia más humana y eficaz.

Por ello el proyecto extiende su ámbito de aplicación a todos los usuarios en general de la Administración de Justicia, por reorientar la forma de tratar los conflictos ante la jurisdicción, y a la sociedad en general por ofrecer nuevas perspectivas sociológicas en la resolución de dichos conflictos.

3.2. ÁMBITO LEGISLATIVO

3.2.1. Normas legales y de rango inferior afectadas

La elaboración de un proyecto de mediación exige como requisito previo la revisión de nuestra normativa al objeto de dar entrada a esta nueva institución en la organización judicial con un fundamento legal que parta del reconocimiento de la institución en este nivel.

Debe afirmarse en primer lugar, que no se trata de llevar a cabo grandes modificaciones que distorsionen el conjunto normativo, puesto que la compatibilidad de la mediación con los principios que rigen nuestra estructura jurídico-procesal es clara. Se trata, más bien, de sentar las bases normativas mínimas para que la mediación tenga un reconocimiento y plasmación legal acorde con el papel que debe desempeñar en el proceso judicial y con el momento de expansión y reconocimiento institucional que vive.

Trataremos más adelante de las actuaciones concretas a realizar en el ámbito normativo, pero podemos enumerar las principales normas que se verán con mayor o menor incidencia afectadas:

- a) Constitución Española
- b) Ley Orgánica del Poder Judicial
- c) Código Penal
- d) Código Civil
- e) Ley de Enjuiciamiento Criminal
- f) Ley de Enjuiciamiento Civil

de la ficha estadística a los Equipos de Mediación que participan en los distintos proyectos-piloto, la grabación, con carácter semestral, de los boletines estadísticos remitidos, de los órganos judiciales que hacen Mediación de Familia, Penal, Civil y Social (alrededor de 550 fichas al año) y la explotación de resultados de la Base de Datos de Mediación y elaboración de Informes de carácter semestral sobre la evolución de la mediación en las distintas jurisdicciones. Sin embargo, y a pesar de que en esta materia será necesario el transcurso de varios años para disponer de datos contrastados que permitan un análisis fiable de la evolución de esta institución, si se puede afirmar con carácter general el incremento del uso de la mediación en el ámbito judicial.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana--datos-2013>

- g) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- h) Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- i) Leyes de Mediación de las Comunidades Autónomas
- j) Normas relativas a otras materias.

En cuanto a otras normas tanto legales como de rango inferior, será conveniente la reforma de la normativa que rige las funciones y estatuto de la Abogacía y Procuraduría, así como la normativa que afecta a las instituciones de mediación, los reglamentos de mediación y el resto de normativa de desarrollo de las Comunidades Autónomas.

Para el correcto desenvolvimiento del proyecto, una vez reformadas las leyes rectoras del proceso, leyes sustantivas y orgánicas, estructurales y relativas a los afectados de una u otra manera por el proyecto, será necesario bajar un nivel para dedicarse a la regulación de los convenios de colaboración entre los distintos agentes intervinientes en la mediación.

El proyecto debe extender su ámbito de actuación a estos convenios, regulando el entramado de relaciones de colaboración que necesariamente van a establecerse, y cuidando de deslindar perfectamente ámbitos competenciales y zonas comunes de actuación.

Por otra parte, los protocolos de actuación constituyen una forma de organización y división del trabajo desconocida en el ámbito de la Administración de Justicia, acostumbrada a funcionar conforme a esquemas legales que se corresponden con estructuras antiguas en las que cabe poco margen a la innovación. Sin embargo, consideramos que la implementación de la mediación intrajudicial requiere protocolos de actuación adecuados y bien conocidos por los implicados para que el esquema operativo del proyecto sea eficaz, por lo que en la última parte de este trabajo desarrollaremos un protocolo de actuación procesal para la implementación de la mediación en el ámbito de la violencia de género.

3.3. ÁMBITO ORGANIZATIVO

El diseño del proyecto de mediación para procesos en materia de violencia de género afecta a una serie de sujetos e instituciones implicados en el mismo o responsables de su desarrollo, por lo que es necesario hacer referencia en este apartado a todo el entramado organizativo responsable de su elaboración y ejecución.

Por otra parte, tratándose de un proyecto vivo y dinámico, existe una cadena de relaciones entre unos y otros básica para su funcionamiento, lo cual hace que debamos tratar las conexiones organizativas, así como la forma y frecuencia de relaciones entre todos los agentes jurídicos implicados.

3.3.1. Organismos e instituciones

La puesta en marcha de un proyecto de la envergadura del que nos ocupa supone la implicación de los responsables de su materialización en nuestro espacio jurídico-procesal.

El proyecto debe tener en cuenta a los responsables de su puesta en marcha y funcionamiento, comenzando por el poder político responsable del diseño de las líneas maestras de la estrategia político-legislativa a seguir, y siguiendo con la implicación y el compromiso de las autoridades judiciales encargadas del éxito de su implementación en los órganos judiciales. Por último, se debe tener en cuenta a los responsables directos de su efectiva puesta en marcha, los denominados operadores jurídicos encargados de su práctica efectiva en el día a día del órgano judicial.

3.3.1.1. Ministerio de Justicia

La decisión de introducir la mediación intrajudicial en el ámbito de la violencia de género es, básicamente, una decisión política, por lo que del poder político deberán partir todas las actuaciones legislativas, organizativas y presupuestarias necesarias para la puesta en marcha del proyecto. Por ello el Ministerio de Justicia debe ser el encargado del diseño de la estrategia a seguir, de la coordinación de todos los agentes organizativos implicados, del diseño del calendario de desarrollo del proyecto, de la disponibilidad de los recursos económicos, financieros y materiales necesarios y de la puesta en marcha y seguimiento del proyecto.

Buena parte de este recorrido dirigido a la introducción de una corriente política favorable a la mediación ya se ha hecho. Desde la Unión Europea hace ya muchos años que se está llevando a cabo una decisiva labor en favor de la mediación, en la que el Consejo General del Poder Judicial, algunas Comunidades Autónomas y el Ministerio de Justicia ya se han implicado de manera decisiva, pero se hace necesario continuar en el camino, fortaleciendo la voluntad de los agentes políticos con el objeto de conseguir su concienciación definitiva, fruto del convencimiento de que la mediación puede ser una de las vías a seguir para la mejora de la Administración de Justicia.

Al Ministerio de Justicia le corresponde, además, una importante labor de coordinación de las iniciativas autonómicas en la materia, que en algunos casos (Cataluña, País Vasco, Valencia y Madrid, principalmente) se encuentran en una fase mucho más avanzada con un pleno asentamiento en la práctica judicial necesitado de una labor de homogeneización imprescindible para su implantación con éxito. Por otra parte, las leyes de mediación familiar dictadas hace años en las distintas Comunidades Autónomas, marcan ya una línea a seguir, que consideramos no debería ser desaprovechada, por lo que se hace necesaria la creación de un organismo de coordinación de criterios entre las distintas Comunidades Autónomas, de manera que, a la vez que se respeta la esencia de las iniciativas más pioneras se pueda conseguir una práctica uniforme en esta materia.

3.3.1.2. Consejo General del Poder Judicial y Observatorio de Violencia de Género

Como máximo órgano de gobierno de Jueces y Magistrados, y sede además de la institución encargada del seguimiento y análisis de la violencia doméstica y de género en nuestro país, encargada de analizar las líneas de actuación seguidas promoviendo iniciativas dirigidas a la lucha contra este fenómeno, la labor del Consejo General del Poder Judicial es básica en el diseño de un proyecto que se identifica plenamente con la finalidad de esta institución.

Dado, además, que el Observatorio está integrado por los representantes del Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Igualdad, la Fiscalía General del Estado, las CCAA con competencias transferidas en Justicia y el Consejo General de la Abogacía Española, a los cuales se ha unido recientemente el Ministerio del Interior ⁴⁸⁹, estamos ante un excelente centro de referencia y coordinación de gran parte del ámbito organizativo que comprende el proyecto⁴⁹⁰. A esto se une la importancia de la labor del Consejo General del Poder Judicial en materia de impulso y aprobación de proyectos piloto de mediación, que hace que sea de gran importancia su labor de asesoramiento como órgano encargado de formular propuestas de mejora, y de centralizar las funciones de gestión y recogida de información acerca de estos proyectos.

Por ello, esta propuesta se dirige a este órgano, como pieza clave sobre la cual ha de pivotar la labor de impulso y divulgación de la mediación en general, y de la mediación en violencia de género en particular. En relación con este extremo, sería aconsejable la creación dentro del mismo Observatorio de una Sección de Mediación Intrajudicial, encargada del análisis y control del impacto de la implantación de esta actividad en los procesos por violencia de género, elaboración de protocolos, informes y estadísticas y propuesta de actuaciones de mejora, conclusión de convenios de colaboración y cuantas otras actividades sean necesarias para la puesta en funcionamiento exitosa del proyecto.

3.3.1.3. Fiscalía General del Estado

En materia tanto civil como penal, la Fiscalía General del Estado debe tener también un papel relevante en el diseño del proyecto. Como órgano que ostenta la Jefatura del Ministerio Fiscal, encargado de

⁴⁸⁹ Respondiendo a la invitación del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, cursada en fecha 14 de marzo de 2014, en atención a las competencias que en materia de seguridad y protección a las víctimas de violencia de género desempeñan los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_Ministerio_del_Interior_se_incorpora_al_Observatorio_contra_la_Violencia_Domestica_y_de_Genero

⁴⁹⁰ Sus funciones, además, coinciden plenamente con la labor impulsora de un proyecto de estas características, no sólo por su labor de elaboración de propuestas de mejora en materia de lucha contra la violencia doméstica y de género, sino por sus funciones impulsoras de mejoras en esta labor.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/El_Observatorio_contra_la_violencia_domestica_y_de_genero

promover cuantas acciones sean necesarias en materia de orden público, y en defensa de la legalidad, un proyecto de estas características necesita de su consenso e implicación.

En especial, el Consejo Fiscal, órgano que asiste al Fiscal General del Estado, encargado del diseño de las líneas de actuación del mismo y de la organización y funciones de sus órganos deberá cumplir una importante misión en la elaboración del proyecto respecto de los aspectos que le afecten.

3.3.1.4. Comunidades Autónomas con competencias transferidas

Su participación en muchas de las instituciones implicadas en el ámbito organizativo del proyecto, ya sea con funciones consultivas, informativas o simplemente logísticas, hace necesaria la presencia de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de medios personales y materiales en el diseño del proyecto.

Esta presencia es especialmente importante en lo relativo a presupuestos, medios materiales y personales y coordinación entre el Ministerio de Justicia y las Consejerías de Justicia de estas Comunidades, materia en la que se aúnan la función centralizadora del Ministerio de Justicia y la información y coordinación entre éste y las Comunidades Autónomas.

3.3.1.5. Consejo General de la Abogacía Española y Consejo General de Procuradores de España

Como instituciones directamente afectadas por el diseño y desarrollo del proceso, y dado que su labor concreta en éste se va a materializar en el establecimiento de pautas de actuación que informen una nueva concepción de la profesión, de las relaciones con el cliente y de la labor de colaboración con el órgano judicial, el proyecto debe contar con su participación, en especial en este ámbito.

3.3.1.6. Instituciones públicas y privadas de mediación

La profesión de mediador, la regulación de su estatuto y los aspectos concretos derivados de sus funciones como directores del proceso de mediación hacen que el proyecto deba dedicar buena parte de su estructura a diversos aspectos relacionados con las instituciones de mediación, el origen y financiación de las mismas y la reglamentación de sus funciones y relaciones con los órganos anteriormente mencionados. A esta labor de auxilio a la función de mediación debe añadirse el concurso de los Colegios Profesionales de Psicólogos y Asistentes Sociales que deberán actuar de forma conjunta con los Equipos de Mediación en funciones relativas a la formación de los mismos, composición y división de funciones así como en lo concerniente a aspectos de asesoramiento y cooperación institucional.

3.3.2. Operadores jurídicos en el Juzgado

Esta es una de las partes en las que el proyecto tiene que trabajar de forma más exhaustiva, dado que a pesar de la línea de actuación

diseñada por el poder político e institucional desde hace años, se puede decir que hoy en día el desarrollo de la mediación intrajudicial ha seguido caminos distintos, aunque no pueda decirse que los resultados conseguidos sean dispares, porque en todos ellos han sido alentadores, de manera que se debe seguir trabajando con todos los operadores jurídicos afectados en los distintos aspectos que se verán afectados.

3.3.2.1. Jueces y Magistrados

El grado de implantación de la mediación penal y familiar en nuestros órganos judiciales depende, en buena parte, de la receptividad del Magistrado o Juez titular del órgano judicial hacia la mediación.

La andadura experimentada por la mediación, materializada a través de los proyectos pilotos que se han llevado a cabo en varios órganos judiciales y de la opinión de la Judicatura respecto a su recepción en nuestro proceso, demuestra que la actitud del Juez oscila entre un abierto rechazo o desconfianza hacia este sistema de resolución de conflictos en el ámbito judicial, y una apuesta decidida por utilizar la mediación como colaboradora decisiva de la jurisdicción. Por ello, el hecho de que en un juzgado se recurra mucho a la mediación, y en otro juzgado próximo apenas se dé una oportunidad a la misma necesita ser estudiado para conseguir un grado uniforme y generalizado de aceptación y aplicación de la mediación en nuestros órganos judiciales.

Este proyecto debe dirigirse de manera especial tanto a los Jueces y Magistrados, como a los miembros del Ministerio Fiscal, desplegando una importante labor informativa y formativa sobre la mediación y sus ventajas sobre el proceso, porque además de la implicación en el proyecto de su órgano de gobierno, en el diseño de su ámbito organizativo los Jueces y Magistrados deberán tener un papel relevante, por su labor decisora en aspectos concretos de la mediación, su encaje en el proceso, el resultado final de la mediación, y la forma de terminación del proceso.

3.3.2.2. Ministerio Fiscal

Esta misma argumentación puede darse por reproducida en relación al Ministerio Fiscal, puesto que de la mayor o menor receptividad del Ministerio Fiscal en colaboración con el Magistrado o Juez, depende hoy en día la mayor o menor implantación de la mediación en el Órgano Judicial.

Por ello, también los miembros de la Fiscalía necesitan de un conocimiento profundo de la materia y de una labor de concienciación previa a su contribución efectiva a la expansión e implantación de la mediación en violencia de género.

3.3.2.3. Secretarios Judiciales

Como directores de la Oficina Judicial, impulsores y ordenadores del proceso y responsables de la actividad diaria del Órgano Judicial, los Secretarios Judiciales juegan un importante papel en la labor de impulso de la mediación.

No son extrañas a este Cuerpo Superior Jurídico, por otra parte, las labores de control e impulso del proceso en todo tipo de asuntos, la obligación de informar a las partes sobre cualesquiera actuaciones judiciales, y las importantes funciones que en el proceso civil se le atribuyen en materia de conciliación, por lo que el proyecto debe fijarse en ellos como encargados de ofrecer a las partes la mediación, informándolas debidamente sobre esta posibilidad, sus consecuencias y su encaje con el proceso, de manera que se conviertan en el enlace entre el proceso jurisdiccional y el de mediación.

3.3.2.4. Oficina judicial

El resto de integrantes del órgano judicial también deben participar activamente en la tramitación de los expedientes judiciales cuyo destino sea la mediación.

Los miembros de los Cuerpos de Gestión, Tramitación Procesal y de Auxilio Judicial deberán, dentro del ámbito de sus competencias, procurar la correcta tramitación de los expedientes judiciales, siguiendo las órdenes e instrucciones del Secretario Judicial, lo cual significa tener una participación activa en la mediación intrajudicial y en su encaje en el proceso.

3.3.2.5. Equipo de mediación y mediadores

Como ya hemos dicho, el Equipo de mediación y los mediadores son sujetos básicos en la mediación, pero sus instituciones son, a la vez, instrumentos clave en el proceso de implementación del proyecto en materia de violencia de género, no sólo desde un punto de vista orgánico, sino también desde el punto de vista funcional.

3.3.2.6. Resto de operadores jurídicos afectados

El resto de operadores jurídicos, que no forman parte del órgano judicial, pero que colaboran para el desenvolvimiento de la labor judicial desde el ámbito de las funciones que les son propias, también son destinatarios del proceso de mediación, si bien desde perspectivas muy distintas.

El proyecto de mediación intrajudicial debe tener en cuenta sus funciones, extendiendo a ellos su ámbito de actuación con el objeto de llegar a todos cuantos de una manera u otra puedan verse afectados por ella.

3.3.2.6.1. Abogados. Consejo General de la Abogacía Española.

Como encargados de las labores de defensa de su cliente en virtud de la relación contractual de confianza que les une, los abogados tienen una importante función de asesoramiento, que en materia de mediación es fundamental, porque de dicha labor puede depender la decisión del cliente en relación al sometimiento del asunto a mediación.

Por ello, el proyecto deberá tener en cuenta su labor profesional, en qué medida se verá ésta modificada por la mediación y las consecuencias

derivadas de ello, razón por la cual se puede decir que los abogados son la pieza externa más importante a la que el proyecto debe dirigirse, para lo cual la labor de su órgano directivo, el Consejo General de la Abogacía, será determinante en la elaboración y desarrollo del proyecto.

3.3.2.6.2.Procuradores. Consejo General de Procuradores de España.

Quizás tengan menos peso específico en el ámbito de la mediación penal, pero hoy en día es incuestionable la valiosa labor de colaboración con la Administración de Justicia que desempeña la Procuraduría. En especial, en el proceso civil y familiar, la labor de representación de las partes y su función como medio de comunicación entre éstas y sus abogados y el órgano judicial, es fundamental para el desenvolvimiento de la labor jurisdiccional y por extensión, para el desarrollo de un proceso de mediación en el que la labor informativa y comunicativa va a ser fundamental, por lo que este proyecto deberá contar con la presencia y asesoramiento del Consejo General de Procuradores de España, órgano representante y directivo de la profesión.

3.3.2.6.3.Servicios de asistencia a la víctima

Los servicios de asistencia a la víctima ofrecen una importante labor de asesoramiento y acompañamiento a la víctima, con el objeto de evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria, logrando que la víctima tenga la protección, orientación y asistencia psicológica y jurídica necesaria⁴⁹¹.

Su intervención en el proyecto deberá centrarse en labores de asesoramiento y colaboración en la ejecución del proyecto dentro de las competencias que le son propias. Especialmente relevantes son sus labores en materia de asesoramiento en lo relativo a aspectos como la tranquilidad y equilibrio psicológico, la determinación sobre si se encuentra en una posición de equilibrio favorable a la mediación, o la necesidad de colaborar con el Equipo de mediación en casos de especial tensión.

3.3.2.6.4.Médicos Forenses y Equipo psicosocial

La labor de valoración de daños físicos y asistencia pericial al órgano judicial corresponde al Instituto de Medicina Legal. Esta labor se materializa en la elaboración de informes periciales en los que se evalúan determinadas circunstancias psicosociales, familiares, educativas o personales relevantes y necesarias para que el Juez tome las decisiones oportunas en relación a dichos menores⁴⁹². Por ello, su labor en el proceso de mediación también es necesaria, en especial en lo que se refiere a la función de asesoramiento y valoración de circunstancias que

⁴⁹¹ Información sobre las funciones y competencias de estos servicios en

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774766880/EstructuraOrganica.html>

⁴⁹² Ver, a título de ejemplo, la información sobre las funciones del equipo psicosocial judicial que ofrece el Gobierno Vasco en su página de justicia <http://www.justizia.net/psico-judicial/texto?id=1241022113995>

deban ser tomadas en consideración para la adopción del acuerdo que después deberá ser homologado judicialmente.

Adscritos a determinados órganos judiciales, fundamentalmente los Juzgados de Familia, de Menores o de Violencia de Género, los Equipos psicosociales judiciales llevan a cabo una labor pericial de asesoramiento a Juzgados y Tribunales en relación con la existencia de menores en procedimientos de este tipo. También deberán tener intervención en el proyecto de mediación en violencia de género desarrollando su labor de asesoramiento en relación a este extremo a los efectos de facilitar la labor de valoración de las medidas más convenientes a adoptar en mediación.

3.4. ÁMBITO GEOGRÁFICO

3.4.1. Ámbito territorial de aplicación del proyecto

El estudio del ámbito geográfico del proyecto implica el análisis de dos cuestiones básicas referidas a su localización geográfica general y local.

La primera se refiere a la ubicación geográfica general del proyecto, es decir, al ámbito territorial en el que se va a desarrollar. La segunda se refiere al lugar concreto en que se desarrollará la actividad de mediación regulada en el proyecto.

En el presente caso, un proyecto de mediación en materia de violencia de género reconocido y sancionado legalmente por una ley estatal, debe localizarse en ese ámbito territorial, sin perjuicio de los desarrollos autonómicos que se realicen en las Comunidades Autónomas en materias propias de su competencia.

En este esquema de funcionamiento descentralizado de la mediación, los Equipos de Mediación ya tienen una actividad plenamente asentada, de manera que los proyectos de mediación civil, familiar y penal que se han desarrollado en los últimos años, ya han tenido reflejo en la actividad procesal.

Además, la materia también ha sido regulada desde el punto de visto organizativo y funcional a través de los protocolos, convenios de colaboración e instrucciones dictadas en la materia.

Sin negar la indudable eficacia práctica de todas las iniciativas que a lo largo de los años se han desarrollado en materia de mediación intrajudicial, y reconociendo el acervo y el sustrato fáctico formado, es necesario dotar a esta materia de la necesaria homogeneidad que la seguridad jurídica exige.

Para ello, se puede aprovechar la experiencia autonómica para unir todos los proyectos, elaborando un proyecto común de mediación en materia de violencia de género civil y penal que contribuya al desarrollo único de esta materia.

La Ley que reconozca e introduzca la mediación en procesos por violencia de género deberá ser completada con ese proyecto auspiciado

por el Observatorio de Violencia de Género y encargado de su puesta en marcha en todo el territorio en el que se aplicará la norma legal.

Por otra parte, en todas aquellas Comunidades Autónomas en las que la mediación tiene un alto grado de desarrollo e implantación, con un reconocimiento institucional y una regulación autonómica plenamente asentada, ya existen proyectos, pioneros en su día, pero hoy definitivamente implantados, que trabajan en la línea de potenciación de la mediación. Esto contribuye a enriquecer el estudio de la materia, porque el aprovechamiento de esa experiencia permite partir de un punto de salida mucho más riguroso y completo a la hora de prever problemas y obstáculos o distorsiones en el funcionamiento del servicio.

Por ello deben coordinarse los esfuerzos en busca de este objetivo, para lo cual deberá crearse una comisión encargada de la puesta en marcha de un proyecto único que fije las bases de actuación del mismo al que posteriormente, se introducirán las modificaciones necesarias, siempre a propuesta de un órgano de control y supervisión que unifique criterios y elabore protocolos.

Como se ve, preferimos partir de una regulación estatal acompañada de una puesta en marcha y una infraestructura centralizada que desarrolle la implementación del proyecto, y dirija el mismo desde una óptica uniforme e integradora por considerar básica en esta materia la labor centralizada del Ministerio de Justicia y su capacidad coordinadora de las iniciativas de mediación en Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

3.4.2. Ámbito espacial de desarrollo de la mediación

A lo largo de este proyecto analizaremos la posibilidad y conveniencia de que la ubicación espacial del Servicio de Mediación, deba tener lugar, por razones prácticas y organizativas, en las mismas dependencias del órgano judicial, de manera que la comunicación entre el Servicio de Mediación y éste sea más fácil y dinámica, contribuyendo a agilizar el funcionamiento del servicio.

Por otra parte, en los primeros momentos del planteamiento acerca de someter determinado asunto a mediación es necesario facilitar al justiciable el acceso al servicio y a la documentación informativa necesaria para el conocimiento del Servicio de Mediación, y para concertar las citas necesarias para el desarrollo de las sesiones. Además, la comunicación ágil y fluida que se exige entre el Equipo de mediación, los justiciables y el órgano judicial se ve facilitada por la proximidad física, aunque diferenciada, de ambas instancias.

La ubicación del Servicio de Mediación en las dependencias judiciales permite, por otra parte, el aprovechamiento de los medios materiales existentes en el Juzgado y una mayor organización y coordinación de la actividad judicial y mediadora, siendo posible optimizar esos recursos, siempre que no interfieran en la labor judicial desarrollada en horas de audiencia.

Por todo ello, puede concluirse que, si bien la mediación intrajudicial precisa de un espacio físico independiente en el que

desenvolverse, dentro del propio edificio judicial deberá preverse la existencia del Servicio de Mediación reservando un limitado número de dependencias y despachos para el desarrollo de esta actividad. No son necesarios grandes espacios físicos, siendo suficiente con un par de despachos, un lugar común en el que puedan celebrarse las sesiones conjuntas de mediación y las reuniones del Equipo, así como una zona de recepción con una sala de espera.

Deberá además preverse la posibilidad de que exista una orden de alejamiento que impida a las partes la aproximación o comunicación directa, o de que en momentos previos sea aconsejable que no haya contacto entre las partes. Por ello, tendrá que habilitarse, si es posible, una doble salida o entrada a las dependencias, y una sala similar a la sala de testigos protegidos que existe en algunos juzgados para facilitar las sesiones de mediación no simultáneas o en las que deba mediar la distancia necesaria para el cumplimiento de la orden de alejamiento dictada.

3.5. ÁMBITO TEMPORAL

Bajo este epígrafe nos dedicaremos a analizar dos aspectos temporales básicos en la mediación intrajudicial: la duración de las fases de implantación del proyecto y el calendario de despliegue de las mismas, y las fases y periodos del proceso de mediación.

3.5.1. Duración fases de implantación del proyecto

Cualquier proyecto jurídico-social como éste implica un detenido estudio de las fases de implantación del mismo, y de la estructuración de las mismas.

Un proyecto de esta trascendencia, que debe partir necesariamente de un previo periodo de concienciación política y social acerca de la conveniencia de su implantación, precisa, si cabe, un periodo más amplio en el que se logre el apoyo de la clase política e institucional, y se estructure el mismo teniendo en cuenta el periodo de elaboración, la correcta ejecución del plan de acción diseñado y el tiempo de desarrollo, seguimiento y corrección de errores para su definitiva implantación.

Hablaremos de esta cuestión en el apartado dedicado al calendario, pero en este momento es conveniente dejar indicadas las distintas fases de elaboración, implantación y asentamiento del proceso para proceder después a su desarrollo.

3.5.2. Fases y periodos

La actividad mediadora estructurada en un proceso se compone de varias subfases claramente diferenciadas, tanto en su contenido como en su propósito, pero en general podría decirse que existen tantas fases del proceso de mediación como autores se han dedicado a su sistematización, porque prácticamente todos siguen la línea general de distinguir tres etapas básicas. La primera se refiere a la actividad de acercamiento y conocimiento de las partes, del mediador, del proceso de mediación y sus normas y de las cuestiones generales relativas a organización y

funcionamiento. La segunda etapa contiene el desarrollo de la mediación propiamente dicha. La tercera acoge la fase de resolución, acuerdo y seguimiento y ejecución del mismo.

De entre todos los autores, resulta de gran interés el cuadro estructurado de la etapas del proceso de mediación elaborado por GONZÁLEZ-CAPITEL⁴⁹³, y que seguimos en este trabajo. En él se distinguen también tres etapas básicas: la premediación, la sesión de mediación y la postmediación.

En la primera etapa se identifican las partes, el problema y las pautas de actuación. En la segunda se escuchan las historias de las partes, se resumen y ordenan los problemas y las perspectivas, y se identifican las áreas o espacios comunes en que se puede llegar al acuerdo. Dentro de esta fase tiene lugar la discusión y negociación de opciones. En la tercera fase, postmediación, se llega al acuerdo, se redacta y se supervisa su cumplimiento.

Por lo que se refiere a la mediación penal, el momento en que la misma va a ser introducida en el proceso tiene gran relevancia, puesto que de él dependerá la forma de terminación de este, ya que esa introducción puede llevar no sólo a la terminación del proceso, sino a la posibilidad de influir en su devenir facilitando el cumplimiento de la sentencia, su ejecución o la inaplicación de la pena por la aplicación de los beneficios penológicos contemplados en la Ley.

La mediación también puede tener lugar en fase de ejecución de sentencia, con lo cual podría también el victimario verse beneficiado de las bondades de la mediación, a pesar de haberse dictado ya sentencia, mediante la concesión de beneficios penitenciarios o relativos a la petición de indulto, o con carácter anterior, mediante la aplicación de las posibilidades contempladas en la Ley relativas a la suspensión o sustitución de la pena.

En la mediación intrajudicial desarrollada en el ámbito familiar, es necesario tener en cuenta las especiales implicaciones psicológicas del proceso dada la naturaleza de la relación personal subyacente y el carácter permanente de los lazos familiares. Si por definición cualquier conflicto atraviesa por distintas etapas de variada intensidad en las que se alternan períodos de mayor cercanía y posibilidad de entendimiento con períodos de mayor virulencia y radicalización de las posiciones en que es más difícil el acuerdo, este carácter no lineal se hace más evidente en las relaciones de familia⁴⁹⁴.

⁴⁹³ GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, C., *Manual de mediación*, Barcelona 1999, págs. 56 y 57.

⁴⁹⁴ Así, GARCIANDÍA GONZÁLEZ distingue distintos ciclos que no se suceden en un orden concreto y determinado, en los que es posible apreciar con claridad el carácter dinámico del conflicto: surgimiento (el conflicto aflora dejando de estar latente), escalada (aumento de la intensidad de las acciones de las partes que suele coincidir con el comienzo de algún tipo de hostilidad), desescalada (disminución de la actividad de forma espontánea, acordada o facilitada por un tercero), polarización (radicalización de las posiciones de las partes y cierre de los canales de comunicación), ampliación (el conflicto se extiende a terceros "aliados" lo cual contribuye a que surjan nuevos conflictos encadenados o relacionados) y retirada (actividad que desarrollan las partes tras llegar a la conclusión de que es necesario poner fin al conflicto). Frente a estas fases las actitudes de las partes son reflejo de la personalidad y proceso psicológico interno a que han de

Las fases estándar habituales en un proceso de mediación familiar son tres básicamente: la de pre-mediación en que se identifica a las partes y el conflicto, declarándose la voluntad de llegar a un acuerdo, la de desarrollo de las sesiones de mediación, y la de post-mediación que se dedica a la revisión y seguimiento para verificar el cumplimiento del acuerdo alcanzado.

Estas fases genéricas pueden subdividirse en varias subfases de manera que articulen un proceso de mediación completo y adaptado a las circunstancias del caso concreto.

En cualquier caso, en los primeros momentos del desarrollo de la mediación, los momentos de “contención de la crisis”, el mediador debe aprender a conocer a las partes, observando sus posiciones, actitudes y receptividad, y determinando la influencia que en cada una de las partes tiene su visión interna del mundo (sus ideas, sentimientos, o visión del conflicto) y su visión externa (la influencia de factores externos).

En la fase de mediación propiamente dicha, será necesario crear el denominado “tercer espacio”, en el que tras la expresión por las partes de sus sentimientos comienza la labor de análisis del problema y generación de alternativas con la ayuda del mediador. Se trata de ordenar toda la información recogida, transmitiendo a las partes las dos percepciones del problema, y buscando el punto de encuentro satisfactorio para ambas. Es necesario llevar un orden riguroso de prioridades, de partes del problema y de forma de abordar cada uno de ellos para avanzar desbloqueando la situación.

Posteriormente tiene lugar la negociación entre las partes, el acuerdo, su plasmación escrita dándole contenido jurídico y la finalización del proceso de mediación.

En el caso de la mediación familiar todas estas pautas generales han de ajustarse a unas premisas determinadas impuestas por la especial naturaleza de la materia a tratar.

Como explica TORRES FERNÁNDEZ⁴⁹⁵, estos conflictos ofrecen especiales particularidades, como la necesidad de fijar de forma concreta las obligaciones de cada uno de los miembros de la pareja respecto de sus

llegar para gestionar conflicto, y comprenden tanto las emociones como los procesos cognitivos. Las actitudes de las partes pueden llevarles a formarse estereotipos del otro concibiéndolo con una imagen negativa que se adapta a éste, pueden intentar fortalecer la posición propia mediante la negación de cualquier posibilidad de legitimidad en la actitud y posición del otro, pueden materializar el conflicto de forma permanente en la persona del otro de manera que siempre será “el enemigo”, deshumanizar el conflicto para allanar psicológicamente el camino para la satisfacción de sus pretensiones a costa de minimizar o neutralizar los impedimentos o reticencias morales, o adoptar la posición de víctima permanente entrando en una dinámica destructiva. Dependiendo de los distintos estilos de enfrentamiento que se utilicen para la gestión y resolución del conflicto, beligerante, claudicante o resolutivo, el conflicto estará más radicalizado en los dos primeros casos o será más asequible a una respuesta o solución que beneficie a sus actores y pueda ser aceptada por todos ellos mediante, por ejemplo, la gestión individualizada del conflicto, la gestión conjunta del mismo a través de la negociación o la gestión del mismo atribuyendo a un tercero la facultad de posibilitar el acuerdo utilizando, por ejemplo, la actividad mediadora. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P.M. *Materiales para la práctica...*, op. cit., págs. 24 a 26 y 29.

⁴⁹⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?” en *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Granada, 2011, pág. 140.

hijos, no sólo por la relación de dependencia que puede haber, sino por la relevancia de una adecuada gestión de las relaciones interpersonales entre el grupo familiar. Tratándose de relaciones que han de continuar en el tiempo, el conflicto se convierte en dinámico por lo que la resolución del mismo ha de serlo también, y en esa solución deberá tenerse en cuenta, además, la carga emocional y psicológica que la situación comporta. Por ello reviste especial dificultad la determinación por el Juez de lo que deba entenderse por “interés familiar más necesitado de protección” aunque siempre es preferible que las partes coadyuven de alguna manera a su determinación facilitando la labor del Juez y al mismo tiempo participando de manera proactiva en la solución a su conflicto.

La Ley 5/2012 recoge estas fases haciendo referencia en sus artículos 6 a 19 a la solicitud de inicio, las sesiones informativas y la sesión constitutiva, al desarrollo de las sesiones en sus artículos 20, 21 y 24 y a la terminación en los artículos 22 y 23⁴⁹⁶.

En cuanto a los procesos por Violencia de Género las fases de la mediación recogen algunas especialidades dignas de resaltar que veremos más adelante. Dichas especialidades vendrían dadas, no tanto por cuestiones procesales sino por cuestiones fácticas relacionadas con la materia de que se trata, pero ya podemos avanzar que ninguna de ellas es irresoluble ni impide la implementación de la mediación en procesos de este tipo porque se trata de cuestiones que pueden ser salvadas con una interpretación flexible pero adecuada a las normas jurídico procesales vigentes.

⁴⁹⁶ Véanse los esquemas explicativos elaborados por GARCIANDIA GONZÁLEZ en *Materiales para la práctica de la mediación*, págs. 126 a 132.

De la misma manera el resumen de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y sus efectos procesales elaborado por ALBA ISASI, J. en “Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Mayo 2013” en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201305-mediacion.html>

4. ESCENARIO FINAL

4.1. SITUACIÓN FUTURA

La Justicia vive actualmente un proceso de profunda renovación, con la implantación de la Nueva Oficina Judicial, fruto del Pacto de Estado de 2001, plasmado en la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que sigue su desarrollo conforme al Plan de Acción 2012-2014 diseñado por la Secretaría General de la Administración de Justicia.

Sin embargo, a pesar de esto, la Justicia no parece mejorar su situación, al menos a corto plazo. Podemos encontrar en el escenario actual muchas razones para explicar por qué la Justicia se sigue concibiendo como un Servicio Público anclado en el siglo pasado, con estructuras y métodos de trabajo inadecuados, y con una legislación procesal necesitada de una revisión en profundidad.

Desde el punto de vista legislativo, las normas que rigen nuestro Derecho Procesal están inmersas en un proceso de renovación constante, en el que se buscan nuevas fórmulas que contribuyan a agilizar y modernizar la Justicia, pero los intentos de introducir en el proceso penal, por ejemplo, fórmulas adecuadas a la Justicia Restaurativa necesitan de un empuje decisivo que se plasme mediante la introducción de una manera transversal en nuestra legislación penal figuras acordes con esa línea.

En el proceso de familia, las novedades de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 debían cumplir el propósito de modernización del proceso civil, procurando su simplificación y agilización, pero tampoco han conseguido resultados determinantes en relación con un Justicia percibida por los ciudadanos como lenta, cara e ineficaz.

Desde el punto de vista técnico, la innovación tecnológica es una constante en los planes de modernización de la Justicia, si bien queda aún mucho camino por recorrer. Como dice CABEZUDO RODRÍGUEZ⁴⁹⁷, “El fenómeno tecnológico en lo que se refiere a la administración de la Justicia es, cuando menos, susceptible de ser analizado desde una doble perspectiva: la meramente infraestructural, relativa pues a la dotación y desarrollo de los medios materiales, donde se advierte una clara orientación favorable a la utilización de esos avances técnicos como herramienta para la mejora de ese ámbito de actividad estatal; y la perspectiva que denominamos funcional o dinámica, cuando esos nuevos instrumentos entran a formar parte del objeto de conocimiento en el marco del proceso”. En todo caso, y respecto de la primera cuestión, debemos concluir con este autor que el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración de Justicia no debe ser un fin en sí mismo, pero sí un instrumento útil para potenciar la función del proceso de promoción de los derechos y libertades de los ciudadanos, y de la

⁴⁹⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La Administración de Justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 7, Octubre de 2005, págs. 160 y 208.

remoción de los obstáculos que pudieran impedir y obstaculizar el ejercicio de tales derechos.

Desde una perspectiva orgánica y funcional, nos esperan en los próximos años cambios sustanciales en la organización, demarcación y planta de los Juzgados y Tribunales en nuestro país. Como consecuencia de las medidas implantadas por la Nueva Oficina Judicial, y las que se adoptarán como consecuencia de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, el mapa actual de nuestra organización judicial va a sufrir una honda transformación⁴⁹⁸.

El proyecto que elaboramos pretende introducir un cambio cualitativo más para intentar dibujar un escenario final distinto. La introducción de la mediación en los procesos por violencia de género supone un cambio que afectará a todos los aspectos que ya hemos visto - normativos, organizativos y procesales-, y que comprenden el marco de actuación básico del proyecto.

Se trata de imaginar una situación en la que al proceso de innovación constante que acabamos de ver se una la introducción de esta novedad en los procesos por violencia de género. El desarrollo de una fase de mediación modificará, sin duda, tanto el esquema operativo y el funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como el desarrollo procesal de este tipo de procesos.

Por ello, trataremos de visualizar a continuación la situación futura que pretendemos crear a través del análisis de todos los elementos que se verán afectados por este proyecto.

4.2. SOCIEDAD Y PAZ SOCIAL

Los efectos beneficiosos de la mediación tienen una vertiente expansiva provocada, no sólo por el área de difusión intrínseca a cualquier proyecto, sino porque la sociedad tiene conocimiento y conciencia de la utilidad de esta medida.

Se ha dicho en muchas ocasiones que la capacidad de la sociedad para resolver sus conflictos por esta vía es un signo de madurez en sociedades civilizadas y avanzadas democráticamente. La prohibición de la mediación en violencia de género en nuestro país se aparta, sin embargo, de esta línea conceptual. Esto responde a otra línea ideológica, basada en una concepción del proceso como monopolio del Estado, y de la víctima como ser vulnerable al que hay que proteger ignorando, incluso, su voluntad y presencia en el mismo.

⁴⁹⁸ Véase la propuesta de texto articulado de la Ley de Demarcación y Planta Judicial elaborada por la Comisión Interinstitucional, creada por el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de Marzo de 2012. Las líneas maestras de la reforma son la supresión de los Juzgados de Paz, la creación de los Tribunales de Instancia que culminan el primer escalón de la escala organizativa de los órganos judiciales en el ámbito provincial, la desaparición de las Audiencias Provinciales y una nueva reestructuración de las funciones y composición de los Tribunales Superiores de Justicia.

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalles.html

Quizás esto, que pudo ser adecuado hace diez años, cuando se promulgó la LO 1/2004, necesite ser revisado para dar entrada lenta, pero progresiva a los cambios fácticos y estructurales necesarios.

La incapacidad del sistema para resolver el problema de la violencia de género hace necesario buscar nuevas vías de percepción y solución del problema. La implementación de la mediación en el proceso por violencia de género seguramente arrojaría resultados favorables, y como consecuencia de ello, en la sociedad se percibirían sus efectos favorables como medio de pacificación social, de reconciliación de las partes y del fortalecimiento de la lucha contra la violencia de género.

Por ello, nos dedicaremos a analizar determinados aspectos del tratamiento procesal de la violencia de género que, si bien se refieren fundamentalmente a las partes del proceso de mediación, también tienen consecuencias en la sociedad y en el tratamiento del problema.

4.2.1. Beneficios sobre las personas afectadas

Indudablemente un proyecto de este tipo, que no sólo tiene una perspectiva sustantiva y procesal, sino que también posee una carga sociológica importante, va a suponer beneficios sobre las personas afectadas desde esta doble perspectiva.

Así, los justiciables van a encontrarse con una nueva concepción del proceso por violencia de género, descubriendo dentro de la jurisdicción un ámbito distinto al habitual en este escenario, no sólo por la nueva actividad de mediación desarrollada, sino por las consecuencias sociológicas que de ella se van a derivar.

Cuando estudiábamos las ventajas de la mediación, ya veíamos que el proceso de humanización y acercamiento que tenía lugar en la misma trascendía de manera evidente al proceso jurisdiccional. Lamentablemente, en la Administración de Justicia no se contemplan ciertos valores psicológicos y sociales necesarios en el trato con el ciudadano, y más en una materia como ésta, por lo que la mediación introduce en el proceso un nuevo elemento muy positivo e inédito, del que ya hemos hablado al tratar los objetivos del proyecto.

Por otra parte, los beneficios psicológicos intrínsecos a la mediación, que en algunos casos se erigen como presupuestos previos condicionantes de que la misma tenga lugar, redundan de manera positiva en el tratamiento de la víctima, del agresor y de la sociedad en general.

Todo ello conforma un escenario final de la Administración de Justicia, mucho más humano y cercano, lo cual ayuda a que el funcionamiento y la imagen de la Justicia mejore de forma cualitativa.

Desde el punto de vista de la víctima, esta mejora en su proceso de socialización comprende tres aspectos básicos:

a) Prevención de la victimización a través de la mediación.

Una de las preocupaciones constantes en el tratamiento de la violencia de género ha sido siempre la prevención de la revictimización que sufre la mujer maltratada.

A través de la mediación se crea un servicio específico y diferenciado del ámbito judicial. Además, como ya hemos dicho, la especialización psicológica del mediador, y el hecho de que la víctima entre en un espacio distinto en el que no es tratada de forma despersonalizada, no sólo previene y evita la victimización de la mujer, sino que incluso contribuye a paliar los efectos del tratamiento victimizante del proceso.

Si a esto se une además el hecho de que la dinámica del proceso de mediación, y el objetivo y resultado del mismo refuerzan la confianza de la víctima en sí misma y en su capacidad para adoptar decisiones sobre cuestiones que le afecten, el resultado es que la víctima no sólo no es revictimizada, sino que por el contrario sale del proceso de mediación fortalecida.

b) Tratamiento psicológico reequilibrador previo.

Para entrar en el proceso de mediación es básico, como ya hemos dicho, que la víctima se encuentre en una situación psicológica apta para recibir y comprender la mediación, y para poder negociar con autonomía, libertad e independencia.

Los Servicios de Atención a la Víctima desempeñan en este sentido una importante labor recuperadora de la salud psicológica de la víctima, procurándole la tranquilidad y seguridad necesaria para ello.

Por ello, a los efectos de la mediación, y dado que la posición de equilibrio entre las partes es condición necesaria para que se inicie este proceso, se cumple un doble objetivo fundamental: por una parte se allana uno de los obstáculos principales para que pueda tener lugar la mediación, y por otra se coloca a la víctima en una posición psicológica idónea para ello mediante su recuperación psicológica.

c) Tratamiento recuperador coetáneo y posterior.

La labor psicológica de la mediación sobre la víctima expande sus consecuencias y trasciende al proceso de mediación porque el trabajo psicológico previo sobre la víctima, cuyo objeto es colocarla en condiciones de afrontar un proceso de mediación, persigue su recuperación psicológica y social.

La intervención sobre la víctima no se centra únicamente en el propio proceso de mediación, porque en la mediación, se busca su fortalecimiento para proporcionarle las herramientas psicológicas necesarias para su independencia psicológica y emocional dentro y fuera del proceso. Por ello, con la mediación no sólo se resuelve el conflicto fáctico, sino que se comienza el camino de una recuperación de la víctima definitiva, extremo al que no puede llegar la jurisdicción.

Desde el punto de vista del agresor, quizás no sean tan evidentes los efectos psicológicos beneficiosos de la mediación. Esto ocurre porque uno de los aspectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el tratamiento del agresor, no ha sido resuelto adecuadamente, de manera que la carencia de medios y de voluntad de cumplir la ley hace ineficaz cualquier medida en este sentido que haya sido adoptada en mediación.

De cualquier manera, no puede negarse que los efectos de la mediación también son beneficiosos para el agresor, porque es necesario un adecuado tratamiento rehabilitador, acompañado del despliegue de las medidas previstas por la Ley, pero además de esto, también el maltratador debe tener su sitio en un escenario final en el que ese tratamiento tenga cabida en el proceso y en la mediación, como consecuencia de su proceso de responsabilización.

a) Responsabilización del agresor.

Siendo uno de los presupuestos básicos de la mediación penal el reconocimiento por el agresor de los hechos, en la mediación ya se está trabajando desde el primer momento en una de los objetivos de la mediación, la responsabilización por el agresor de los hechos.

Desde el punto de vista penal, esto tiene su relevancia y efectos jurídicos, sustantivos y procesales. Pero además, desde el punto de vista psicológico esta responsabilización por los hechos cometidos hace que los efectos beneficiosos de la mediación también se extiendan al victimario. Este hecho, sin más, tiene relevancia a efectos procesales (para supuestos de conformidades), pero además tiene unas consecuencias psicológicas para el infractor, derivadas del hecho de tener enfrente a la víctima, escucharla, empatizar con ella e intentar compensarle el daño producido mediante una actividad elegida y decidida por ambos.

b) Tratamiento del agresor.

Una de las características de la LO 1/2004 era el establecimiento de un ambicioso plan de tratamiento a los maltratadores, como medida estrella para prevenir la reincidencia y procurar su recuperación psicológica y social. El fenómeno de la violencia de género se caracteriza, desde la perspectiva del agresor, por responder a un perfil muy concreto, por lo que la Ley consideraba que era necesaria una intervención amplia en ese aspecto. Así se respondía adecuadamente a esta parte del conflicto, analizando las características del maltrato y su etiología para un adecuado enfoque del problema.

Para ello, el proceso penal trataba de establecer una serie de medidas de tipo rehabilitador, educativo y cognitivo-emocional entre otras, que cumplieran ese doble objetivo de la Ley. Sin embargo, cuestiones presupuestarias y organizativas han frustrado este objetivo, que salvo aisladas excepciones⁴⁹⁹, no ha tenido la repercusión esperada, ni ha contado con el compromiso efectivo de las Administraciones encargadas de su puesta en práctica.

Consideramos que con una correcta coordinación con las Oficinas de Ejecución de Penas, podría contemplarse la posibilidad de que la mediación se constituyera como el medio idóneo para establecer medidas de tratamiento del maltratador, logrando que de las sesiones de mediación saliera un compromiso del agresor de sometimiento a estos

⁴⁹⁹ Audiencia Provincial de Alicante, proyecto piloto para la rehabilitación de maltratadores del año 2006, pioneros de otros programas que han tenido un resultado desigual en cuanto a su continuidad por los motivos expresados.

programas como contenido del acuerdo y reforzándose así el tratamiento beneficioso del agresor como consecuencia de la mediación.

4.3. BENEFICIOS PRÁCTICOS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Si se observa la cuestión desde una óptica extraprocesal, o sin la experiencia y conocimiento interno del mecanismo de funcionamiento de la Justicia en nuestro país, es posible que los beneficios que para la Administración de Justicia supone la mediación no sean fácilmente perceptibles, pero la mediación produce otros beneficios distintos de los que hemos tratado al analizar sus ventajas en relación con la jurisdicción, y que podemos sintetizar en los que tratamos a continuación.

El primero de estos beneficios se refiere a la satisfacción del justiciable con el funcionamiento de la Administración de Justicia. Podemos comenzar a analizar este aspecto diciendo que el estudio estadístico de los asuntos que tienen entrada y terminación en el órgano judicial, plasmado en la estadística trimestral que efectúan los órganos judiciales nos da la imagen más clara del pulso de los juzgados y de su ritmo de trabajo y de pendencia de asuntos.

Una vez que la mediación esté en marcha los resultados de dicha estadística, en la que deberá preverse esta actividad de forma pormenorizada seguramente serán diferentes, lo cual habrá de ser tenido en cuenta en el estudio de la incidencia de la mediación en la tramitación y terminación de los asuntos.

La Justicia es cara. Según informes de muy variado contenido, y sin entrar ahora en cifras que analizaremos más adelante, la tramitación de un proceso en nuestro país supone un desembolso importante. Este desembolso se debe analizar, no sólo desde la perspectiva de lo que le cuesta al justiciable el acceso a la justicia, la contratación de profesionales para su representación y defensa y el pago de las costas del juicio, sino también desde la perspectiva de lo que le cuesta al Estado y a los ciudadanos el sostenimiento de la Administración de Justicia.

La mediación tendrá, sin duda, una incidencia positiva en los costes de la Justicia, que repercutirá en una mayor disponibilidad de recursos y una más eficaz gestión de los mismos.

De la misma manera, y en contra de lo que pudiera pensarse, la introducción de la mediación en el proceso contribuye efectivamente, en caso de llegarse a un resultado positivo, a la reducción significativa del tiempo de duración del proceso judicial.

Esto supone una labor de apoyo que mejora sustancialmente la situación colapsada de los órganos judiciales y, por extensión, la calidad del servicio público que la Administración de Justicia presta.

Como ya hemos dicho anteriormente, el grado de satisfacción de los usuarios de la Administración de Justicia varía sustancialmente según se utilicen unos y otros parámetros para su determinación. Así, los resultados de las encuestas que valoran la opinión de los ciudadanos de la Justicia, cuando en el marco de la misma han tenido contacto o acceso

con el servicio de mediación es muy distinto al resultado de los que valoran la Administración de Justicia sin más.

Las conclusiones evidentes que arrojan estos resultados deben hacernos reflexionar. Una Administración de Justicia con prácticas de mediación es percibida por los ciudadanos de manera más positiva, porque permite dar entrada a una nueva concepción de la resolución de conflictos, que redundará en beneficio del justiciable.

Por ello, deben estudiarse cuidadosamente estos datos estadísticos como un índice cualitativo claro de la actividad de la Justicia con mediación y de sus relaciones con el ciudadano.

4.4. OTROS BENEFICIOS RELACIONADOS CON LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como consecuencia de la dimensión social de la mediación y de su destino de integración en la jurisdicción, los beneficios de la mediación tienen una fuerza expansiva que constituye el caldo de cultivo adecuado para la recepción de la mediación en nuestro sistema judicial.

La consecución de una mayor adaptación del Derecho a la sociedad de nuestros días se plasma en una línea de pensamiento que toma en consideración la mediación como un posible mecanismo alternativo de conflictos, expresión de la capacidad de adaptación del Derecho a la sociedad actual.

El Derecho va siempre por detrás de la sociedad, siguiendo la estela de los cambios sociales que regulan la vida en sociedad. En esta evolución, el cambio de mentalidad y la introducción fáctica de nuevas estructuras de trabajo desempeñan un papel fundamental.

Creemos que esta es la vía para conseguir una implantación consistente de la mediación en nuestro Derecho. Es más, esta debería ser la única vía admisible, y no la legislación a golpe de noticia o de manera precipitada ante mandatos europeos con agotamientos de plazos inminentes, que no permiten un enfoque adecuado de la cuestión.

Además, el poso que el desarrollo de la mediación está teniendo en nuestros juzgados es una buena garantía de seriedad del proyecto y de su perdurabilidad, lo que contribuye a robustecer la perspectiva de la mediación desde su aspecto social.

Por otra parte, la participación de los justiciables en la Administración de Justicia presupone una nueva concepción del Derecho, mucho más actual y efectiva.

Esto no significa perder formalidad o seguridad jurídica, sino avanzar en una nueva dimensión de la Justicia que parta de los esquemas tradicionales, pero mejorados tanto en operatividad como en resultados.

Por ello, la convivencia entre dos sistemas coincidentes en el objetivo, pero muy distintos en la forma es posible y favorece una concepción más cercana de la Justicia que contribuye a aumentar su prestigio, hoy ciertamente maltrecho.

Además, el proceso de modernización de la Justicia implica flexibilidad. Desde siempre se ha concebido la Justicia como una estructura rígida, independiente, solemne y provista de una autoridad que excluye cualquier labor de colaboración con agentes externos.

Esta concepción debe cambiar. La introducción de la mediación no significa perder las cualidades esenciales de la función jurisdiccional, sino ganar en flexibilidad y capacidad para cumplir el objetivo usando nuevas herramientas. De hecho, el desarrollo de este Proyecto de investigación es un claro ejemplo de la necesidad de regular esta materia contando con la asistencia y colaboración de los distintos agentes implicados en la cuestión como sustrato básico imprescindible para su éxito, por lo que debe tenerse en cuenta a todos los sujetos e instituciones influenciados por este proyecto para conseguir su complicidad y compromiso con el proyecto.

5. ACTUACIONES NECESARIAS

El Plan de Acción del proyecto deberá contener, dentro del marco “estratégico” diseñado, el modelo organizativo necesario para su implementación.

Estudiaremos a continuación ese Plan de Acción y todas las actuaciones necesarias para la elaboración del proyecto, su puesta en marcha, y su seguimiento.

Este plan abarca distintos aspectos que se refieren tanto a las reformas legislativas necesarias, como a los cambios estructurales, organizativos y procedimentales a implementar, por lo que estudiaremos todas estas materias, refiriéndonos además a todos los sujetos e instituciones implicados y afectados de una forma u otra por el proyecto.

5.1. LEGISLATIVAS

La Constitución Española prevé en su artículo 125 la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través de instituciones como el jurado, el ejercicio de la acción popular o los Tribunales consuetudinarios o tradicionales.

La mediación se identifica plenamente con el espíritu de este precepto por dar entrada a fórmulas restaurativas y participativas del ciudadano en la Justicia, pero teniendo en cuenta que ya se practica la mediación en nuestro proceso, y que la reforma constitucional está prevista para otras materias con carácter excepcional, no consideramos necesaria su reforma.

En cuanto a la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos encontramos en un momento de gran actividad legislativa. Entre las normas que se aprobarán por las Cortes en los próximos meses se incluye una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Proyecto ha sido aprobado en Consejo de Ministros de fecha 27 de febrero de 2015⁵⁰⁰. En su anteproyecto aprobado ya por el Gobierno, y objeto de numerosos informes negativos y duras críticas, debemos hacer mención al artículo 130.2.4⁵⁰¹, que reproduce la prohibición de la mediación en el ámbito de la violencia de género en los mismos términos que el actual artículo 87 ter, por lo que la puesta en marcha del proyecto que nos ocupa exigiría, como primera propuesta de *lege ferenda* a llevar a cabo, la reforma de este artículo para posibilitar la mediación en los procesos por violencia de género, en los supuestos y circunstancias que la ley determine.

500

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292358725604?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D121011_Proyecto_de_Ley_Reforma_Parcial_LOPJ.pdf&blobheadervalue2=1288777317612

501 Véanse las líneas básicas de este texto normativo en la nota de prensa

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788483261/Detalle.html>

En cuanto a la legislación sustantiva y procesal penal, y tomando como referencia la experiencia de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor y el papel instructor desempeñado en estos procesos por el Fiscal, HEREDIA PUENTE sintetiza algunas de las reformas procesales y penales pendientes para introducir la mediación intraprocesal en nuestro ordenamiento sustantivo y procesal que reproducimos aquí por su interés⁵⁰²:

- En los casos en que el Fiscal instruye el proceso, podría paralizarse éste en la fase de instrucción, sin llegar al plenario, cuando se alcance el acuerdo entre las partes, archivándose las actuaciones si en el transcurso del tiempo establecido no se comete un nuevo delito.
- Es necesario incorporar a nuestra legislación algunos principios básicos relativos a la reparación simbólica, parcial etc., que introduzcan mayor seguridad jurídica y proporcionen una base legal que posibilite que la reparación del daño tenga manifestaciones más amplias y enriquecedoras, plasmadas en acuerdos integrales mucho más completos. Si bien esto ya viene haciéndose por vía jurisprudencial y doctrinal, su plasmación legal dotaría de mayores armas a la mediación como expresión de la Justicia Restaurativa.

Lo que proponemos, por tanto, es la integración en nuestro acervo jurídico de valores relativos a la reparación del daño a través de acuerdos consensuados que puedan ser tomados como premisas básicas para que la mediación pueda funcionar. Así, la aprobación de criterios orientativos normalizados en relación con la forma de reparar determinado daño, y la participación de todos los interesados en su determinación, que incluirían la sugerencia obligatoria por la parte perjudicada de lo que ella considera como adecuada reparación del daño, dictamen del fiscal y aprobación judicial, integran elementos de justicia participativa y restaurativa acordes con esta idea y con la finalidad de la mediación reparadora.

- Debe incentivarse la sinceridad del inculpado para articular el derecho constitucional de no declarar contra sí mismo, con la necesidad de dar entrada en el proceso a la verdad material, de manera que la mediación se convierta en un instrumento de pacificación construido sobre bases estables y coherentes con estos dos principios.
- Deben combinarse de manera útil los plazos para el desarrollo de la mediación y los plazos procesales. La suspensión del proceso penal debe carecer de efectos prescriptivos, y se debe dejar en manos del Juez el control sobre el desarrollo del proceso, en un plazo razonable, y teniendo en cuenta las observaciones del Equipo de Mediación sobre el caso concreto. Por otro lado, la rapidez con que se tramitan determinados procedimientos en el

⁵⁰² HEREDIA PUENTE, M., "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio fiscal", *Diario La Ley* n° 7257, 7 de octubre de 2009, Año XXX, págs. 14 a 16.

ámbito penal no debería excluir la posibilidad de mediación, de manera que se deben posibilitar mecanismos de consenso también en este ámbito procesal.

- Asimilación del acuerdo de reparación en determinados delitos con las excusas absolutorias, para lo cual es necesaria la reforma del Código Penal en el artículo 16 puntos 2 y 3, incluyendo el sometimiento a mediación y el éxito de la misma (circunstancia esta a valorar por el Tribunal sentenciador) entre las circunstancias que pueden obrar como excusas absolutorias.
- Apreciación como atenuante específica, de la participación del imputado en el proceso de mediación con un adecuado control que impida su utilización como mecanismo para dilatar el proceso, o de utilización de las consecuencias ventajosas de la mediación con objetivos que se desvíen de su fin: responsabilización por el hecho y adecuada reparación a la víctima.
- La participación voluntaria en programas de mediación se puede articular como regla de conducta que incentive el sometimiento a mediación.
- Se debe compatibilizar el derecho a la asistencia letrada con el adecuado asesoramiento de los abogados a sus clientes sobre las consecuencias de la mediación, pero también con la no necesidad de su asistencia a las sesiones de mediación.
- Debe separarse adecuadamente el contenido de las sesiones de mediación, se alcance o no el acuerdo, con el del ulterior proceso, procurando la recepción en éste del contenido del acuerdo o de la constatación de la imposibilidad del mismo, sin entrar en este caso, en otras valoraciones objetivas o subjetivas que pudieran contaminar el curso del proceso. El informe del Equipo de Mediación deberá responder a unos criterios normalizados o plantillas en las que se delimiten claramente estas cuestiones, de manera que exista una comunicación adecuada entre materias tratadas en mediación que acceden al proceso y materias blindadas que no pueden ser utilizadas en juicio.
- Debe existir un adecuado control sobre la ejecución de lo acordado en mediación, plazos, forma de cumplimiento, periodicidad de los controles...etc.
- Es necesario un control riguroso sobre la información obtenida en mediación, de manera que ésta no pueda ser utilizada en el juicio. Este aspecto es especialmente difícil de llevar a la práctica, dada la condición de quienes actúan en el proceso, tanto las partes como los abogados que defienden sus intereses. Respecto de estos últimos, es conveniente revisar su código deontológico para incluir como una de sus obligaciones éticas la de no incluir ni utilizar en juicio ni lo tratado en mediación, ni aquello presenciado por ellos en estas sesiones de lo que hayan tenido noticia por

comunicación de sus clientes. Respecto de los particulares, deberá partirse para efectuar el necesario filtro de seguridad del contenido del informe de mediación que elabore el Servicio de Mediación, que deberá reflejar de manera exhaustiva todas las cuestiones tratadas, auxiliando al Órgano Judicial cuando sea necesario en lo relativo al tratamiento y blindaje de estas materias.

En cuanto a las leyes y preceptos concretos que la introducción de la mediación en los procesos por violencia de género deberá tocar, destacamos siguiendo a MARTÍNEZ GARCÍA los siguientes⁵⁰³:

Ley de Enjuiciamiento Criminal

- a) El artículo 2 de esta Ley deberá referirse a la mediación. Sugerimos que se añada, dentro de la obligación que las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal tiene de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo, instruyéndoles de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, de la información relativa a la posibilidad de someter el asunto a mediación con las consecuencias que le son inherentes.
- b) El artículo 9, competencia de los Juzgados y Tribunales para decidir sobre la derivación del asunto a mediación deberá incluir esta potestad entre sus funciones, independientemente de que más adelante se regule el mecanismo procesal para hacerlo.
- c) El artículo 325, relativo a las actuaciones judiciales en la fase de instrucción deberá ser revisado. Será necesario articular la obligación de jueces y Tribunales, abogados y demás integrantes del órgano judicial de informar a las partes sobre las posibilidades de la mediación, así como el derecho de las partes a que sean informadas sobre los aspectos básicos de la mediación: voluntariedad, confidencialidad, gratuidad, así como las consecuencias que tiene el resultado de la mediación sobre el proceso.
- d) Artículos 779 y 780, que regulan la presentación del escrito de calificación por las partes, en el que deberá tener reflejo el contenido del acuerdo reparatorio al que se haya llegado, en su caso, en mediación.
- e) Artículo 785, que se refiere al desarrollo del juicio oral, en el que deberá hacerse mención a la prohibición de que sea citado al mismo el mediador, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia cuando sea preciso para aclarar determinado aspecto, o cuando en casos excepcionales el mediador lo solicite. Esta manifestación deberá hacerse

⁵⁰³ MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado", *Revista de Derecho Penal*, n° 33/2011, págs. 24 a 27.

constar en el traslado de la causa al Ministerio Fiscal y a las partes. En el momento del juicio el Juez preguntará a las partes si están de acuerdo con el contenido del acuerdo de mediación, continuando el juicio su curso conforme dispone el artículo 742. En caso contrario, continuará el juicio o se remitirá al instructor para continuar la instrucción conforme al artículo 631 de la ley⁵⁰⁴.

- f) Artículo 962, juicio de faltas, que en el ámbito de las únicas faltas tipificadas en el ámbito de la violencia de género, deberá contemplar las precauciones a adoptar en orden al análisis de la posición equilibrada de las partes, la seguridad de la víctima o el adecuado asesoramiento previo.
- g) Previsión en el artículo 742 (y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) de la valoración y reproducción en sentencia del contenido del acuerdo mediador.

Código Penal. La actividad de mediación deberá afectar a los siguientes preceptos:

- a) Artículo 21, atenuante específica de reparación del daño, que necesita una revisión a fondo para dar entrada a contenidos restaurativos introducidos en el proceso mediante la mediación, que permitan una comprensión más amplia de la naturaleza de la actividad de reparación de daño, y de sus consecuencias en el proceso.
- b) Catálogo de delitos susceptibles de mediación, dando cabida a la previa valoración que de las circunstancias del caso concreto y de las personas intervinientes en él deben efectuar el Juez y el Ministerio Fiscal.
- c) Artículo 80.5, que regula la suspensión de la pena acordada en mediación, y condicionada al cumplimiento de las conductas aprobadas en el acuerdo de mediación.
- d) Regulación como presupuesto ineludible de la mediación que la reparación sea efectiva y aceptada por la víctima, y que se arbitren mecanismos útiles y coordinados de rehabilitación del maltratador. En relación con el artículo 21 antes mencionado, es necesario establecer una conexión entre el aspecto reparador del daño, y la actividad rehabilitadora del maltratador como caras de una misma moneda que la mediación puede compatibilizar.
- e) Artículo 468, quebrantamiento de condena por incumplimiento de lo acordado en mediación con las consecuencias inherentes a este delito contra la Administración de Justicia.

La legislación sustantiva y procesal civil también debe sufrir modificaciones para la adaptación de la mediación a este ámbito jurisdiccional.

⁵⁰⁴ LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación...*, op. cit., pág. 168.

Comenzando por la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pueden sintetizar los preceptos que deberán ser reformados en los siguientes:

- a) Artículos 19 a 22, que regulan el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones, especialmente el artículo 19.1, en el que deberá añadirse la mediación como una de las manifestaciones de tal poder de las partes, el 19.4, incluyendo entre las causas de suspensión por estos motivos la sumisión del asunto litigioso a mediación y los artículos 20 a 22, que cuando se refieren a la renuncia o desistimiento, el allanamiento o la satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto como resultado de la mediación deberán arbitrar las consecuencias procesales de estas modalidades de manera análoga a las ya reguladas. Tengamos en cuenta, por otra parte, que estos son los posibles resultados de la mediación y que por ello deben ser mencionados en todos estos preceptos, sin que quepa plantearse la posibilidad de un precepto especial por tratarse del medio a través del cual se llega a este resultado.
- b) El artículo 45, que deberá prever la competencia del órgano judicial para conocer de la mediación desarrollada en procesos de los que conozca.
- c) Artículos 63 a 65, la declinatoria de jurisdicción, que debe dar entrada a la posibilidad prevista en el artículo 10 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, relativa al planteamiento de la declinatoria cuando exista mediación sobre un asunto impidiendo a los Tribunales conocer de esa controversia mientras ésta se desarrolle.
- d) Título V, que regula las actuaciones judiciales: tiempo de las actuaciones judiciales, días y horas hábiles, plazos y términos, fe pública judicial, resoluciones procesales y buena fe procesal. Deben introducirse previsiones compatibles con las normas que regulan la actividad de los órganos judiciales, de manera que las actuaciones de mediación tengan lugar, por ejemplo, en los mismos lugares (sede de la Oficina Judicial conforme dispone el artículo 129) y en los días y horas hábiles previstos para el resto de actuaciones procesales. Aunque esta reforma obedece a criterios logísticos más que procesales y que la actividad de mediación sigue sus propias normas de funcionamiento, consideramos importante que estos aspectos se traten de coordinar al máximo para no causar distorsiones en el funcionamiento de ambos servicios. Sin embargo, esto no impide estudiar la posibilidad de declarar el mes de agosto hábil para estas actuaciones (como ocurre con actos de jurisdicción voluntaria, por ejemplo), con el objeto de facilitar en la medida de lo posible el acceso del ciudadano a estos servicios conciliando este derecho con su vida personal, familiar y profesional.
- e) En cuanto al resto de preceptos de este Título, debemos incidir también en la necesidad de determinar claramente la independencia de la actividad de mediación y las materias

tratadas en este Título, de manera que temas como los plazos y términos establecidos por la Ley, su cómputo, el carácter improrrogable de los plazos y la presentación de escritos en plazos procesales no deberán ser modificados. Sin embargo, sí consideramos necesario aludir en el artículo 136, dedicado a la preclusión de plazos la mención de que no se producirá tal preclusión por el hecho de que un asunto esté siendo tratado en mediación, siempre que haya sido acordado en resolución judicial y que quede constancia de ello tanto en el proceso como en la agenda del órgano judicial a los efectos de dar al mismo el obligado impulso procesal.

- f) Costas procesales y condena en costas, artículo 395 para la condena en costas en casos de allanamiento. Este precepto deberá adecuarse al hecho de que, siendo uno de los contenidos de la mediación puede ser el allanamiento del demandado a las pretensiones del actor, este resultado de la mediación no puede conllevar la condena en costas. De ser así, se estaría equiparando el acuerdo en mediación con una condena en costas siguiendo el criterio objetivo del vencimiento o el subjetivo de la apreciación de la mala fe o temeridad en caso de proceder la condena en costas antes de contestar a la demanda. Por ello, es necesario salvar este inconveniente incluyendo en este precepto la salvedad de que tampoco procederá la condena en costas cuando el allanamiento sea una consecuencia del acuerdo de mediación alcanzado.
- g) Libro II, los procesos declarativos, en cuya tramitación deberá tenerse en cuenta la fase de mediación, introducción de la fase de mediación en el proceso jurisdiccional, y repercusiones en éste del acuerdo de mediación. Así, deberán retocarse los artículos 414 y 415, que regulan la audiencia previa al juicio ordinario, ofreciendo el Juez en este acto la información necesaria sobre la mediación o asegurándose mejor de que las partes la han recibido y valorado en un momento anterior. Asimismo, los artículos 437 y siguientes relativos al juicio verbal también deberán contener esta previsión, si bien dado que en estos juicios el trámite procesal establece la celebración de la vista tras la admisión de la demanda y citación de las partes sin ningún acto intermedio, se deberá obrar de igual manera teniendo en cuenta que en la citación al acto de la vista ya deberá haberse informado a las partes de la posibilidad de acudir a mediación.
- h) Libro III, de la ejecución forzosa, que deberá prever en el proceso de ejecución la posibilidad de llegar a un acuerdo en mediación, tanto en la fase del despacho de ejecución como en la de apremio, en la que se prevé el trámite del convenio de realización que puede posibilitar la introducción de la mediación en este momento procesal. Entre otros, al menos, deberán ser revisados los artículos 517, dedicado a los títulos ejecutivos, 518 relativo a la caducidad de la acción ejecutiva

fundada en acuerdo de mediación, 539 que regula las costas y gastos de la mediación, 548, plazo de espera para la ejecución de acuerdos de mediación, 550 que enumera los documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva, o el 556, oposición a la ejecución de los acuerdos de mediación.

- i) Dentro de los procesos especiales matrimoniales y de menores, o a la división judicial de patrimonios es posible introducir la posibilidad de la mediación con el objeto de llegar al acuerdo en materias en las que es muy aconsejable una decisión consensuada del asunto. Se trata de cuestiones especialmente sensibles por la relación familiar preexistente, de manera que prever la posibilidad de la mediación nos parece fundamental por la conveniencia de llegar a acuerdos consensuados mucho más útiles que una sentencia a la que se llega tras una ardua tramitación procesal y que puede llevar a resultados insatisfactorios, cuando no a ejecuciones muy complicadas. Por ello, en los artículos 793, convocatoria para la formación de inventario, 782, convocatoria a junta para el nombramiento de contador partidor y 787, comparecencia para la aprobación de las operaciones divisorias deberá informarse a las partes de la posibilidad de acudir a mediación concediéndoseles un tiempo para que consulten con sus abogados y valoren la posibilidad. Dado que la LEC encomienda la convocatoria y presidencia de estas comparecencias al Secretario Judicial, y que en las nuevas leyes en fase de elaboración se prevé atribuir a este profesional importantes funciones en materia de información a las partes sobre la mediación nos parece un gran acierto aprovechar todas estas oportunidades para que sea el Secretario Judicial en el curso de una actuación judicial el que ponga a las partes en contacto con este servicio. De la misma manera, cuando no sea posible el acuerdo y deba seguirse el procedimiento por los trámites del juicio verbal deberá asegurarse el Juez en el acto de la vista de que las partes no consideran conveniente someterse a mediación.
- j) Tampoco los procedimientos monitorio y cambiario, que permiten la rápida formación de un título documental con base en el cual pueda iniciarse la ejecución o el proceso declarativo correspondiente, son incompatibles con la posibilidad de adoptar determinados acuerdos en cuanto al reconocimiento y forma de pago de la deuda, evitando así los trámites posteriores mencionados. Sin embargo, dada la especial naturaleza de este tipo de procedimientos que persiguen la creación rápida de un título ejecutivo ante el impago de ciertas deudas, y que posiblemente ya hayan tenido lugar conversaciones entre las partes con el fin de llegar a un acuerdo, quizás fuera más conveniente que la mediación se introdujera en la fase posterior al procedimiento, esto es, en fase de ejecución o de proceso declarativo si se ha producido oposición.

En cuanto a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la introducción en su artículo 44 de la modificación del 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohibía la mediación en violencia de género es, como ya hemos dicho, la única plasmación normativa prohibitiva de la materia que existe en nuestro ordenamiento.

Este punto del artículo debería ser sustituido por la previsión de la mediación en este ámbito, tanto en su aspecto penal como civil, en los casos en los que siguiendo un criterio *ratione materiae* esté expresamente previsto en la ley, y siempre previo estudio de la procedencia de la mediación en el caso concreto.

Además, en el ámbito material de la norma, deberá hacerse mención de la mediación intrajudicial como instrumento propio del proceso, regulándola en sus artículos dedicados a la tutela penal (artículo 33, suspensión de penas, artículo 35, sustitución de penas y artículo 34, comisión de delitos durante la suspensión de penas, en el que deberá mencionarse el incumplimiento de lo acordado en mediación o de algunas de las conductas acordadas en dicho acuerdo como causa de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena).

El artículo 47, dedicado a la formación específica de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses en materia de igualdad, no discriminación por razón de sexo y violencia de género deberá incluir la mediación como materia a la que deberá extenderse dicha formación.

En cuanto a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles debería ser retocada en los siguientes preceptos:

- a) Título I, concepto, ámbito de aplicación, efectos de la mediación sobre la prescripción y la caducidad e instituciones de mediación, incluyendo aquí la violencia de género para los procesos en materia de familia que traigan causa de estos actos.
- b) Artículo 15, el coste de la mediación, deberá ser revisado a fin de incluir en el capítulo de las costas esta previsión.
- c) Título IV el procedimiento de mediación, introduciendo en los artículos 16 a 24 previsiones en relación con medidas de seguridad de las víctimas, información previa a ambas partes y valoración de la posición de equilibrio de las mismas en la relación de pareja.
- d) Título V, ejecución del acuerdo de mediación, con las especialidades propias del proceso por violencia de género

En cuanto al Real Decreto de desarrollo, también la especialidad de violencia de género deberá tener su reconocimiento en los aspectos regulados por el mismo. En la formación de los mediadores, deberá incluirse la materia de violencia de género. En materia de publicidad e instituciones de mediación deberán tener cabida las instituciones

especializadas en violencia doméstica y de género, y en aseguramiento de la responsabilidad de los mediadores y mediación por medios electrónicos deberán también preverse esas especialidades.

Por su parte las leyes de Mediación de las Comunidades Autónomas, de las que hemos hablado antes, ya iniciaron el camino hacia el reconocimiento institucional y civil de la mediación familiar⁵⁰⁵.

El ámbito de aplicación y finalidad de estas leyes es muy heterogéneo, pero todas siguen una línea general que puede ejemplificarse con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla y León: "1. La actuación de mediación familiar sólo podrá realizarse respecto a los conflictos señalados en el siguiente artículo en aquellas materias sujetas a libre disposición de las partes, siempre que éstas no estén incapacitadas judicialmente y sean mayores de edad o estén emancipadas.

Quedan expresamente excluidos de mediación familiar los casos en los que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar.

2. La finalidad de la mediación familiar regulada en la presente Ley es evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, contribuir a poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance, pudiendo tener lugar con carácter previo al proceso judicial, en el curso del mismo o una vez concluido éste"⁵⁰⁶.

En el mismo sentido se pronuncian por regla general la mayoría de leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas, de manera que se puede decir que, con mayores o menores variaciones, el objeto de la mediación familiar es evitar el proceso judicial o poner fin al ya iniciado mediante el desarrollo de una actividad de acercamiento y decisión sobre cuestiones de libre disponibilidad por las partes en el conflicto.

Como se ve en esta Ley que citamos a título de ejemplo, se prohíben expresamente los casos en que exista violencia y maltrato sobre la pareja. Consideramos que las leyes de mediación autonómicas deberían ser revisadas para establecer mecanismos de coordinación o derivación a la mediación intrajudicial para el caso de que se aprecie la existencia de maltrato que dé lugar a un proceso judicial, porque se debería observar la posibilidad de que determinados aspectos se discutieran en mediación para obtener la colaboración de las partes en la toma de decisiones en relación a los aspectos personales, familiares y patrimoniales derivados de la separación.

De esta manera se cierra el sistema, estableciendo los mecanismos de coordinación entre los distintos operadores jurídicos en materia de mediación, al tiempo que se incide en la regulación de la profesión de mediación establecida por las Comunidades Autónomas.

⁵⁰⁵ El listado de la normativa autonómica en materia de mediación civil y familiar se encuentra en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa_y_jurisprudencia/Leyes_Autonómicas

⁵⁰⁶ <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/03/pdfs/A17034-17041.pdf>

En cuanto a las normas relativas a otras materias: económicas y presupuestarias (Ley de Presupuestos Generales del Estado y leyes de acompañamiento), la puesta en marcha de un proyecto de mediación de estas características implica una labor material y logística que necesita de la intervención de otras entidades ajenas al ámbito de aplicación estrictamente jurídico. Además, teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas también participan, impulsan y financian la mediación, es necesario que su normativa también se incluya en el marco legislativo al que se extiende el proyecto a estos efectos.

Por otra parte, en esta materia es necesaria una previsión presupuestaria acorde con la actividad a desarrollar, el objetivo a conseguir y el coste de lo que se pretende obtener, pero además, en materia de violencia de género, transversal según su tratamiento legislativo, intervienen muchas entidades con su propia autonomía presupuestaria, y muchos otros órganos con competencias en la materia (Ministerios de Sanidad e Igualdad o Educación), que también deberán tener participación en la elaboración del presupuesto como consecuencia de esta pretensión de globalidad expresada en la propia ley. Por otra parte, y en relación con otras leyes, será necesaria su revisión para introducir la mediación como herramienta restaurativa importante en materia de violencia de género. Por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, deberá incluir en su articulado esta medida a los efectos de incluirla entre los medios para conseguir la igualdad real y efectiva de las mujeres en el ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Por último, y centrándonos en la mediación como actividad regulada, es necesaria la interrelación con las entidades, fundaciones e instituciones de mediación. Si bien el registro de estas entidades depende del Ministerio de Justicia, dado que el registro de mediadores e instituciones es voluntario (excepto para los mediadores concursales), es necesaria una labor más amplia de sistematización de todas ellas con el objeto de acercar el proyecto a las mismas, y de que su normativa sea adaptada al mismo.

5.1.2. Reformas de normas de rango inferior

Una vez revisada la normativa estatal y autonómica en la materia, es necesario atender a aspectos orgánicos relativos a la regulación de las funciones de cada uno de los operadores jurídicos encargados de su puesta en práctica.

Así, por lo que se refiere al Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales, dada la potenciación de este Cuerpo en materia de control, dirección e impulso del proceso, y la atribución de funciones específicas en el ofrecimiento de la mediación al justiciable (véase Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales debe incluir estas funciones en su artículo 8, dedicado a sus funciones como directores técnico-procesales.

También deber ser revisado el artículo 140, que regula las incompatibilidades, para incluir las relacionadas con Equipos de mediación o mediadores, y las relacionadas con el Título VI, para incluir en el régimen disciplinario el incumplimiento de las funciones relacionadas con la mediación.

En cuanto a la normativa reguladora del resto de cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, la regulación orgánica y funciones del personal de los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Procesal, de Ayudantes de Laboratorio y de otro personal al servicio de la Administración de Justicia se encuentra en el Capítulo I, Título I del Libro VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente. Esta ley será sustituida por la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, que dedica a esta materia los artículos 470 a 540.

Será necesario incluir entre las funciones de estos cuerpos las relativas a la mediación y a la tramitación de expedientes judiciales con remisión a ella, junto con la regulación del deber de información y dación de cuenta a los Secretarios Judiciales y Jueces y Magistrados de dichos procedimientos.

Además, se deberá prever su relación con el Equipo de mediación y la adecuada información a éste y al justiciable de la marcha de esta actividad.

Por lo que respecta al resto de normativa de las Comunidades Autónomas, dado que éstas han desplegado en los últimos años una importante labor reguladora básica para el establecimiento de procedimientos de mediación pioneros en Justicia, será necesaria su revisión crítica, que comprenderá desde protocolos y convenios autonómicos, hasta normas de tipo más ideológico o institucional como el *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, por ejemplo.

También deberán ser retocados los Reglamentos de funcionamiento y estatutos de las distintas instituciones y agentes implicados en la mediación, dado que muchos de los agentes encargados de la marcha de la mediación intrajudicial en el ámbito que nos ocupa, deberán incluir en su regulación la previsión de que su ámbito de actuación, funciones y relaciones orgánicas deberán ser ampliadas a la mediación en materia de violencia de género. Se trata de una incidencia mínima, porque la regulación genérica se encuentra ya contenida en su estatuto, pero es necesaria la previsión de que también se extienda su competencia al ámbito de la violencia de género en los términos establecidos en las leyes.

Deberán ser exhaustivamente regulados los Convenios de colaboración entre los distintos implicados en el proceso de mediación por la importancia de contar con una regulación rigurosa que tenga en cuenta las relaciones entre ellos, su coordinación y la división de funciones.

Dentro del marco de actuación, ya enumerábamos los distintos sujetos e instituciones a los que se extendía el mismo, y la importancia de

regular dichas relaciones. En aras de la brevedad, no repetiremos la enumeración, pero nos remitimos a lo allí expuesto en lo relativo al entramado de órganos que componen el marco organizativo del proyecto, y las relaciones colaborativas que deberán establecer entre ellos.

Lo mismo puede decirse respecto de los protocolos a aprobar. Uno de los problemas que se aprecian en la Administración de Justicia, consecuencia de una estructura organizativa en vías de transformación, pero anclada en unos esquemas de trabajo del siglo pasado, es la ausencia de protocolos de actuación.

Por otro lado, y dado que no existen planes de trabajo que unifiquen criterios a la hora de tramitar un asunto gestionándolo de manera eficaz, todos los esfuerzos invertidos en esta Administración suelen verse minimizados por la ausencia de unos medios materiales, humanos y organizativos adecuados.

Por ello, consideramos de gran importancia la elaboración de un protocolo de actuación en el Juzgado, en el que se establezca de forma precisa la manera de proceder en asuntos remitidos a mediación.

Debemos hacer mención a la existencia de numerosos protocolos y proyectos piloto auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, que si bien no se refieren a la materia que nos ocupa sí deben ser tenidos en cuenta como base o sustrato del protocolo de actuación en el Juzgado que elaboraremos al final de este trabajo.

5.2. ORGANIZATIVAS

La elaboración del plan de acción necesario para la puesta en marcha del proyecto exige el establecimiento, en primer lugar, de un modelo organizativo adecuado dentro de un marco estratégico de actuación predeterminado que regule la formación de Equipos de trabajo especializados que deberán trabajar en aspectos concretos del proyecto.

Cada uno de estos Equipos, que constituyen los niveles de trabajo básicos, se subdivirá en otros, que profundizarán y trabajarán en áreas de trabajo concretas, y en etapas o fases distintas, funcionando el responsable último del proyecto como coordinador de las funciones y resultados de cada uno de ellos.

5.2.1. Modelo organizativo

El modelo organizativo está compuesto de una serie de estructuras que configuran el organigrama de los órganos y entidades encargadas de la dirección del proyecto.

Este esquema debe tener en la cúspide al Ministerio de Justicia, en el que se nombrará una Oficina de Gestión del proyecto, integrada por una Comisión de la que formarán parte los representantes y responsables finales del proyecto: Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Entidades e Instituciones de Mediación y Consejerías de Justicia de Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

Esta Comisión se encargará de elaborar el proyecto y su plan de acción, aprobar el mismo, coordinar todos los elementos necesarios para su implementación y establecer los mecanismos de control necesarios.

La Comisión nombrará los Equipos de trabajo necesarios para estudiar todos los aspectos a los que afectará el proyecto. Así, deberán crearse los siguientes Equipos:

- Equipo de coordinación
- Equipo encargado de la elaboración material del proyecto
- Equipo de asesoramiento y asistencia técnica
- Equipo de planificación
- Equipo de análisis y gestión del alcance del proyecto
- Equipo de gestión de la financiación
- Equipo de seguimiento y control
- Equipo de formación y divulgación

Cada uno de estos Equipos deberá elaborar la parte del Plan de Acción correspondiente a su área de competencia, nombrándose en cada uno de ellos un Jefe de Equipo que se encargue de su organización, y podrá dividirse en las secciones que se consideren convenientes para una planificación del trabajo más racional.

A título de ejemplo, el Equipo de análisis y gestión del alcance del proyecto tiene la importante misión de efectuar un trabajo analítico sobre el impacto que el proyecto va a tener a efectos legislativos, organizativos, funcionales o materiales. Asimismo, el Equipo de gestión del impacto organizativo del proyecto deberá analizar en profundidad los cambios producidos en la organización y división de funciones entre los miembros del Juzgado, tratando de coordinar estos aspectos y de resolver los problemas prácticos que se prevean.

Para cada una de estas áreas es importante contar con una parte del Equipo que, sucesiva o alternativamente trabaje en ellas, de manera que al final se emita un informe relativo a la materia tratada. Este informe deberá ser sometido a la aprobación del Jefe de Equipo, para a continuación pasar al Equipo de coordinación y al de elaboración del proyecto y por último, a la Comisión para la gestión del proyecto, que procederá a la aprobación definitiva del proyecto en todos los aspectos previamente relacionados.

De la misma manera, es necesario organizar las relaciones entre el Juzgado y el Ministerio Fiscal y resto de operadores jurídicos, y el propio Equipo de Mediación. Este Equipo se encargará de establecer la forma y contenido de esas relaciones, corrigiendo las disfunciones que se aprecien.

5.3. FORMATIVAS

Para poner en marcha el proyecto, es necesaria una labor de formación e información a los operadores jurídicos, que extienda sus efectos a todos y cada uno de los agentes y operadores jurídicos encargados de su aplicación, y que deberá ser organizada e impartida en

cada ámbito profesional por las autoridades encargadas de su formación inicial y continuada.

5.3.1. De los distintos órganos de gobierno de los agentes implicados

Desde el Consejo General del Poder Judicial hace ya años que se viene desarrollando una importante labor formativa en favor de la mediación. Para ello, los congresos, jornadas y cursos sobre esta materia en los que participan Jueces y Magistrados, suelen seguir una orientación basada en primer lugar en la información, porque dando a conocer la institución es posible crear un ambiente de receptividad previo a la aplicación del proyecto.

Además, en la Escuela Judicial para la formación de jueces y magistrados y miembros del Ministerio Fiscal debe incluirse en el programa de formación un apartado relativo a la mediación, con formación específica en el ámbito de violencia de género a cargo de jueces, magistrados, fiscales y mediadores. Esta formación será tanto inicial (para nuevas promociones de jueces que superen la oposición), como continuada.

Por otra parte, es conveniente la organización periódica de jornadas de jueces, magistrados, fiscales y secretarios judiciales destinados en juzgados de violencia de género, en las que se pongan en común las experiencias de los juzgados y se adopten conclusiones sobre el desarrollo del proyecto.

En cuanto a la formación a cargo del Ministerio de Justicia, órgano en el que va a residir el núcleo de la estructura organizativa del proyecto, deberá desplegarse una importante actividad formativa a todos los agentes dependientes de él, que llevará aparejada una actividad divulgativa y colaborativa con otros organizadores de actividades formativas básicas para su homogeneización.

Dentro del ámbito del Ministerio de Justicia deberá coordinarse la labor de formación, tanto en Comunidades Autónomas con competencias transferidas, como en lo relativo a formación descentralizada en Comunidades Autónomas sin transferencia de competencias. Es conveniente que el contenido de la formación sea homogéneo, y que dicha formación sea obligatoria en la fase anterior al despliegue del proyecto para todos los funcionarios encargados de la labor material de tramitación de procesos con mediación.

La labor de formación del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia para Médicos Forenses y miembros del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales, es asimismo, básica para un adecuado conocimiento de esta institución y de su proceso de implementación en la Administración de Justicia.

Por ello, tanto en la formación inicial a las nuevas promociones de Secretarios Judiciales, como a la de Médicos Forenses, es necesario que en el programa se incluya un apartado teórico y práctico de la mediación en el ámbito judicial de la violencia de género, pero también la formación continuada debe seguir la labor formativa, introduciendo cursos

periódicos para analizar la evolución del proyecto y de la recepción de la mediación en nuestro proceso por violencia de género.

En los Colegios de Abogados y Procuradores deberán organizarse cursos y seminarios de formación en materia de mediación y violencia de género, en los que deberán tener intervención otros operadores jurídicos del órgano judicial, así como los propios mediadores. Su labor en materia de información y asesoramiento es básica, dada la relación de confianza entre abogado y cliente y la importancia de transmitir a éste la conveniencia de someterse a mediación, que sólo puede obtenerse a través de una adecuada labor de formación para la que es básico un conocimiento profundo de la materia.

En cuanto a las instituciones de mediación, el objeto de la formación de los mediadores e instituciones de mediación tiene un contenido sustancialmente distinto al que hemos tratado hasta ahora.

Desde una perspectiva subjetiva, la formación de mediadores no va dirigida tanto a una labor divulgativa como a cuestiones más técnicas y de contenido más funcional, pero dada la incesante labor de formación e intercambio de información entre asociaciones, fundaciones e instituciones de mediación, se puede decir que esta materia está bastante más avanzada desde el punto de vista académico, y que tan sólo precisa una adecuada labor de coordinación entre las distintas entidades que imparten formación en la materia.

Los gobiernos autonómicos con competencias transferidas en materia de Justicia, se encuentran más avanzados en materia de mediación que los del resto de territorio Ministerio. La mediación en estas Comunidades Autonómicas ha sido pionera en muchos casos, de manera que ha ido marcando el camino a seguir, tanto en materia teórica como práctica.

Por ello, la formación impartida a mediadores y resto de operadores jurídicos puede ser tomada como ejemplo dado su mayor grado de desarrollo y perfeccionamiento, independientemente de que, como hemos dicho antes, se establezcan por el Ministerio de Justicia especialidades formativas, de elaboración del programa y de coordinación entre las distintas Comunidades Autónomas.

Como se ve, en una materia tan amplia como la mediación, que implica a tantos sujetos y órganos del ámbito judicial y extrajudicial es fundamental la coordinación entre las distintas instituciones encargadas de impartir formación. Esta función debe encomendarse al Equipo de planificación nombrado al efecto en la Comisión para la puesta en marcha del proyecto, teniendo en cuenta que la elaboración de los programas de formación deberá estar centralizada y organizada por ese Equipo formativo de la Comisión, que será el encargado de elaborar los programas, calendarios y contenido progresivo de los mismos, así como el contenido especializado de cada uno de estos programas.

5.4. PROCEDIMENTALES

Un Plan de Acción adecuado al proyecto que nos ocupa exige analizar las actuaciones procedimentales necesarias para delimitar el escenario de aplicación y desarrollo de la mediación en el ámbito de la violencia de género.

Debemos referirnos a las distintas áreas de colaboración y coordinación entre los agentes implicados en el proyecto, al diseño del esquema de trabajo en el seno del Juzgado, y a la modificación de los esquemas operativos relativos a los medios informáticos, materiales y humanos que van a dar soporte al desarrollo del proyecto.

5.4.1. Convenios y protocolos

Una de las claves necesarias para el desarrollo de un proceso en el que se ven afectados numerosos órganos e instituciones de la Administración de Justicia es la conclusión de una serie de convenios entre ellas, que incluyen una importante labor previa de análisis de las autoridades y sujetos implicados, y de la materia común en la que será necesario firmar acuerdos.

Como ya hemos visto, existen numerosos aspectos en los que una adecuada gestión de los recursos materiales hace necesario el acuerdo para compartir los mismos, rentabilizando su utilización. Además, es básica la labor de coordinación entre todos estos agentes, así como la resolución de las discrepancias y controversias que surjan, por lo que resulta de gran importancia una adecuada previsión y organización de estos aspectos mediante la elaboración de estos convenios por los Equipos de asesoramiento y asistencia técnica, de planificación, y de análisis y gestión del alcance del proyecto.

Como órgano encargado del impulso de la labor de mediación en nuestro país, y de la puesta en marcha del proyecto, el Consejo General del Poder Judicial deberá concluir un Convenio de naturaleza multilateral con el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, las Instituciones de Mediación y los Decanos de los Colegios de Abogados y Procuradores.

El contenido de dicho convenio debe referirse a aspectos básicos como la capacidad y funciones con la que actúan cada una de las partes firmantes, las actuaciones que cada una de ellas debe llevar a cabo en la labor de desarrollo del proyecto, plazo de vigencia del convenio, forma de terminación del mismo, creación de un órgano de seguimiento y control de su aplicación y de resolución de los problemas que puedan surgir durante dicho plazo, metodología para la relación concreta de colaboración establecida y régimen orgánico y funcional, entre otros.

El Ministerio de Justicia deberá asimismo concluir un acuerdo con las Comunidades Autónomas, que deberá adoptar la forma de Convenio de colaboración. Su objeto deberá centrarse en aspectos más funcionales, como la gestión de los medios materiales e informáticos necesarios para el desarrollo del proceso, o la gestión del proceso de desarrollo del Convenio

de forma coordinada entre las Comunidades Autónomas con y sin competencias transferidas.

En cuanto al protocolo general de actuación en el Juzgado en casos de mediación, este conjunto de normas e instrucciones que determinan el procedimiento a seguir para la implementación básica del proyecto deberá marcar, de acuerdo con una metodología determinada las líneas de actuación a seguir para la formalización práctica del proyecto.

Al final de esta parte, elaboraremos un anexo en el que nos dedicaremos detalladamente a desarrollar este protocolo. Nos remitimos a él para a continuación seguir con el análisis de las reformas necesarias a realizar en las aplicaciones informáticas manejadas en la Administración de Justicia, así como a las actuaciones necesarias a tener en cuenta en materia de medios materiales y personales.

5.4.2. Otras reformas necesarias

5.4.2.1. Aplicaciones informáticas

Las aplicaciones informáticas con las que se trabaja en la Administración de Justicia están en proceso de constante innovación tecnológica para adaptarse a los nuevos tiempos y conseguir un servicio público de calidad. Esta renovación exige una importante labor organizativa, que se lleva a cabo por la Subdirección General de Nuevas Tecnologías, dependiente del Ministerio de Justicia.

Como encargada de la ejecución del plan de acción necesario para encaminar el proceso de modernización tecnológica de Juzgados y Tribunales, esta Subdirección presta una importante labor de apoyo logístico y funcional al sistema informático encargado de la tramitación y gestión de los expedientes judiciales. Este Plan de Acción (2012-2015), integra cuatro programas para conseguir el objetivo de la modernización de la Justicia, que se refieren a la organización de la actividad judicial, infraestructura tecnológica y servicios de la actividad judicial, cooperación entre servicios de la actividad judicial y procedimientos de gestión de la Administración de Justicia⁵⁰⁷.

Nos dedicaremos en este apartado al cuarto de los programas, que se refiere a la mejora de los procedimientos de gestión de la Administración de Justicia. En especial, nos referiremos a dos de las líneas de actuación comprendidas en este programa: la mejora de aplicativos de gestión de la actividad judicial, y el desarrollo de la estrategia web de la Administración de Justicia mediante la integración de portales, servicios y aplicaciones y gestión de sus contenidos.

Las modificaciones que deberán incluirse en las distintas aplicaciones informáticas manejadas en Justicia a los efectos de implementar la mediación en procesos por violencia de género son las siguientes:

- a) Minerva

⁵⁰⁷ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198344809/DetalleInformacion.html>

Minerva es el procedimiento informático encargado de prestar soporte a la gestión procesal de los procedimientos judiciales. En su actual versión Minerva-Noj, trata de adaptarse a las peculiaridades procesales que ofrece la Nueva Oficina Judicial. En este programa los procedimientos se organizan en fases, trámites y clases de procedimientos, con la posibilidad de consultar libros y estadísticas.

Su proceso de adaptación a las peculiaridades que en procesos por violencia de género generaría la entrada de la mediación, supone dar entrada a aspectos muy variados, como son la suspensión del procedimiento para remitir a las partes a mediación, y la introducción en la tramitación guiada que ofrece el sistema de este nuevo trámite y de las consecuencias del mismo y de su resultado sobre el proceso.

La Comisión Jurídica Asesora deberá incluir en dichas resoluciones esta previsión, armonizándose el contenido material de las diligencias y providencias que se dicten a este nuevo trámite procesal. Incluso ya en el decreto de admisión de la demanda deberá incluirse la posibilidad de mediación, y de remitir a las partes a la sesión informativa. Cuando esto ocurra durante la tramitación del procedimiento, será posible la inclusión de modelos de diligencias de ordenación al efecto. Por último, en la resolución del proceso deberá incluirse la mención al acuerdo de mediación.

De la misma manera, en las aplicaciones informáticas similares propias de Comunidades Autónomas con transferencia de competencias materiales (Justiziabat en el País Vasco, é-justicia.cat en Cataluña, etc...) se deberán seguir las mismas pautas de manera uniforme, procurando la coordinación entre todas ellas y la homogeneidad de criterios.

b) Sistema Integrado de Registros de la Administración de Justicia (SIRAJ)

El Sistema Integrado de Registros de la Administración de Justicia, que comprende los Registros Centrales de Medidas Cautelares de Penados y Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes y de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género, se dedica a la gestión y grabación centralizada de cuantas decisiones se adopten en el ámbito del proceso penal en materia de violencia de género, doméstica, menores y rebeldes civiles, además de la creación del registro de medidas cautelares.

Deberán analizarse aspectos relativos a la adopción de medidas cautelares que pudieran afectar a aspectos prácticos para el desarrollo de las sesiones, como la existencia de órdenes de alejamiento, o relativos a los condicionantes del acuerdo de mediación penal en relación con la suspensión o sustitución de penas, por ejemplo.

Además estos registros deberán incluir en los datos a enviar telemáticamente, la opción o casilla de mediación, el contenido de sus medidas y, sobre todo, las condiciones para la suspensión o sustitución

de la pena y el contenido reparador que forme parte de la responsabilidad civil⁵⁰⁸.

c) E-fidelius

Tratándose de un sistema relativo a la grabación, autorización y firma de juicios, señalamientos y vistas, no hay efectos por razón de la materia de un procedimiento de mediación entablado de manera paralela al desarrollo de un procedimiento judicial.

Sin embargo, más adelante hablaremos de la posibilidad de compartir los medios materiales e informáticos al servicio de la Administración de Justicia con los necesarios para el desarrollo de la mediación. En concreto, la mediación *on-line* o por videoconferencias y otros medios tecnológicos facilita la posibilidad de prestar el servicio a distancia.

En el caso de que así fuera y de que existiera convenio entre el Ministerio de Justicia y las entidades de mediación en este sentido, la aplicación informática debería ser revisada para posibilitar la grabación de sesiones de mediación, las videoconferencias y el resto de actuaciones a realizar por estos medios, teniendo en cuenta, además, que es necesario desarrollar técnicamente las sesiones mediante el adecuado sistema de autorización y grabación de las mismas, y el sistema de firma electrónica utilizado en la Administración de Justicia.

d) Agenda programada de señalamientos

En pleno proceso de expansión, la agenda programada de señalamientos permite que los señalamientos registrados en el sistema de gestión procesal Minerva sean migrados a una Agenda Programada de Señalamientos, que se enmarca en el marco de la Nueva Oficina Judicial para adaptarla a sus peculiaridades técnicas.

Es imprescindible regular ciertos aspectos accesorios de las actuaciones jurisdiccionales, que si bien tienen un carácter instrumental son necesarios para el correcto desempeño por la Unidades Procesales de Apoyo Directo de la Nueva Oficina Judicial de la labor de asistencia directa a jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones.

Para ello, en la agenda web de señalamientos deberá introducirse la posibilidad de suspensión de los señalamientos acordados por haber sido remitido el asunto a mediación. Además, se deben introducir en la agenda web las fechas de las sesiones del proceso de mediación, de manera que en una única agenda web se centralice la información relativa a todos los señalamientos que tengan lugar en el ámbito judicial, tanto los estrictamente procesales, como los relativos al proceso de mediación.

⁵⁰⁸ De hecho, la Circular 2/2014, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa a las actuaciones procesales de protección de las víctimas de trata de seres humanos y víctimas de violencia de género y doméstica, y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, incide en la necesidad de introducir datos lo más exactos y actualizados posible, de manera que estos Registros sean un fiel reflejo del estado de la causa. Se establece además que el Secretario Judicial del Juzgado que acuerde una orden de protección o medida cautelar velará para que ésta y las diferentes actuaciones procesales que afecten al procesado se comuniquen al Punto de Coordinación de órdenes de protección que corresponda, así como a la Oficina de Asistencia a las Víctimas.

e) Lexnet

El sistema Lexnet, como informa la página web del Ministerio de Justicia “es una plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y una gran diversidad de operadores jurídicos que, en su trabajo diario, necesitan intercambiar documentos judiciales (notificaciones, escritos y demandas). Han transcurrido varios años desde su implantación y LexNet se ha convertido en un instrumento de trabajo seguro tan habitual en el ámbito de las comunicaciones judiciales, como el teléfono, el fax o el correo electrónico. El sistema, que empezó a funcionar en el año 2004 ya cuenta con más de 40.000 usuarios, es utilizado en más de 2.600 órganos judiciales y ha permitido intercambiar más de 100.000.000 de mensajes”⁵⁰⁹.

Este sistema, que funciona ya con éxito en la Administración de Justicia, debe revisarse con el objeto de dar entrada entre sus usuarios al Equipo de mediación y mediadores. Con ello, se agilizarán considerablemente las vías de comunicación y transmisión de escritos, informes y resoluciones judiciales, permitiendo que el procedimiento se iguale en cuanto a su tramitación telemática a la forma y procedimiento de tramitación de los expedientes judiciales, puesto que dado que el sistema permite dar de alta a nuevos usuarios de la plataforma Lexnet, el procedimiento es sencillo y sus consecuencias beneficiosas inmediatas, porque el acceso al sistema es rápido, seguro y eficaz.

f) Presentación telemática de escritos

Una de las novedades más recientes de la Administración de Justicia en lo relativo a Lexnet se refiere a la presentación telemática de escritos.

Ya hemos avanzado el objeto y propósito del sistema Lexnet. En el momento actual, su operatividad, que antes se reducía a la práctica de notificaciones a procuradores y abogados de resoluciones judiciales vía telemática, ha sido completada con la presentación telemática de escritos de trámite, demandas y otros escritos de iniciación de procedimiento. En este programa de implementación progresiva deberán incluirse también los órganos de mediación como usuarios del programa a los efectos de facilitar el acceso a las peticiones que en su día se considere que deben ser remitidas a mediación.

5.5. RECURSOS MATERIALES

5.5.1. Instalaciones

Los locales en los que podrá desarrollarse la mediación deberán correr, a nuestro modo de ver, a cargo de la Administración responsable de gestionar los medios materiales necesarios para el desarrollo de la labor de Juzgados y Tribunales, porque teniendo en cuenta que estamos en el ámbito de la mediación intrajudicial, el hecho de que se desarrolle

509

https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/modernizacion/modernizacion_tecnologica/infolexnet/que_es/lut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3g_A1cjCydDRwMLY2cTA08ndwtnJw9XQwN3A_2CbEdFAHoJ5w0!/

en un local dentro del edificio de Juzgados ya supone una escenificación de que estamos ante una actividad reglada y oficial.

Consideramos esta opción preferible a “alejarse” a las partes y al Equipo del contexto jurisdiccional dando la sensación de que la mediación se encuentra desvinculada de ella. Por ello, y previa la adecuada información a las partes acerca de las dos actividades que están teniendo lugar, que son sustancialmente distintas aunque estén ubicadas físicamente en el edificio judicial, creemos que el servicio de mediación deberá desarrollarse en locales y despachos integrados o anejos al edificio judicial.

La coordinación del uso de locales, dependencias y medios materiales de la propia Administración de Justicia no debería ofrecer demasiados problemas en cuanto se firmase un convenio de colaboración entre las entidades y Administraciones responsables relativo a uso, formas, horarios, apoyo técnico y responsabilidad por el uso de dichos medios, aunque es necesario resolver los problemas relativos al uso de dichas dependencias e instalaciones en horario de mañana, dado que en esa franja horaria los Juzgados despliegan su actividad, tanto en lo relativo a horario de atención al público y profesionales como a celebración de vistas y demás actuaciones judiciales.

De cualquier modo, tampoco ofrece demasiadas dificultades este extremo, puesto que, siendo la actividad de mediación esencialmente flexible, es posible adaptar su actividad a la de los órganos judiciales compartiendo las instalaciones en horario de mañana, y ofreciendo amplitud de horarios y posibilidades a los interesados en horario de tarde, en el que existiría plena disponibilidad de instalaciones.

En cuanto a los recursos materiales fungibles, se trata de una cuestión logística menor, pero que deberá ser prevista a la hora de elaborar un presupuesto que dé cobertura a la prestación de la actividad de mediación, incluyendo el soporte material necesario para esta actividad en el presupuesto del Ministerio de Justicia, así como en el de las Comunidades Autónomas transferidas.

De la misma manera, el mobiliario entra dentro de los recursos materiales necesarios, y deberá seguir el mismo tratamiento que el de papelería, si bien, teniendo en cuenta que si se opta por la opción de integrar el servicio de mediación en la estructura física judicial, deberán concluirse acuerdos entre el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas por un lado, y el servicio de mediación por otro para la utilización de mobiliario destinado a la Administración de Justicia.

El mismo destino y tratamiento deberán de seguir los Equipos informáticos y de audiovisuales de la sede del órgano judicial, que puedan servir para el desarrollo de la labor de mediación.

5.6. RECURSOS HUMANOS

Debemos referirnos en este apartado al personal encargado de la tramitación de la mediación en el órgano judicial, si bien también

haremos referencia al Equipo de Mediación por formar parte del ámbito subjetivo a que debe extenderse este proyecto.

Además, es necesario atender a otros aspectos que, ahora mismo, carecen de regulación legal. La Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial⁵¹⁰, sugiere algunas de estas cuestiones, como la necesidad de regular la forma y contenido en que el Juzgado debe facilitar la información acerca de la mediación, el momento, forma y sujeto que efectúa la derivación a la sesión informativa, relaciones y coordinación entre el Juzgado y el Servicio de Mediación, y forma de retornar los asuntos y las personas al proceso y al órgano judicial una vez terminada la mediación.

Estas cuestiones entran, según la Guía, dentro de las competencias atribuidas por Ley a los Presidentes de Audiencia o Sección, Juntas de Jueces y Jueces Decanos y titulares de los Juzgados directamente afectados por la actividad de mediación a llevar a cabo. Sin embargo, no debemos olvidar al resto de personas, cargos e instituciones del ámbito judicial directamente afectados por la actividad mediadora, y que también deberán tener intervención a través de sus órganos de inspección, dirección y organización de la mediación: Ministerio Fiscal, Secretarios Judiciales y miembros del Cuerpo de Gestión, Tramitación y Auxilio Procesal. Respecto de todos ellos deberán realizarse también reformas incidentales en sus estatutos orgánicos, reglamentos y normativa reguladora de sus funciones para dar entrada a las nuevas competencias en materia de mediación que les vengán atribuidas por Ley.

En cuanto a los Servicios de Mediación, el acuerdo gubernativo propuesto por la Guía es de carácter abierto y flexible, y busca la adaptación a la distinta naturaleza y origen de los Servicios de Mediación: naturaleza privada o pública, administraciones públicas o asociaciones sin ánimo de lucro. A este acuerdo gubernativo, caracterizado por su simplicidad y espíritu práctico, se deberá adjuntar una memoria explicativa de la asociación o institución, en la que se deberán reseñar, como mínimo, aspectos como el *currículum* de los integrantes del Equipo de Mediación, certificado en el que la Administración verificará el cumplimiento por estos de los requisitos mínimos de capacitación, mérito y experiencia necesarios para desempeñar su labor, e incluso un resumen de su actividad como Equipo Mediador con estadísticas de resultados.

Asimismo y para conocimiento y constancia por el Órgano Judicial, deberá presentarse un informe relativo a la forma de organización de su actividad y a sus relaciones con el Órgano Judicial: tiempo y frecuencia de los contactos, forma de facilitar o recabar información, y regulación del funcionamiento del servicio, horarios, personal, número de sesiones, etc⁵¹¹.

Por lo que se refiere a las relaciones entre los sujetos e instituciones implicadas directamente en la mediación, así como a las relaciones con

⁵¹⁰ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos/Guia_para_la_practica_de_la_mediacion_intrajudicial, págs. 46 a 48.

⁵¹¹ *Ibidem*

cualesquiera entidades o instancias encargadas de la fiscalización y valoración de la actividad de mediación, es fundamental la labor de Coordinación Interinstitucional que debe mantenerse entre las distintas autoridades encargadas de la puesta en marcha, desarrollo y potenciación de la mediación como actividad estrechamente ligada a la de los Órganos Judiciales.

Así, bajo los principios de cooperación, coordinación y colaboración entre todos los agentes implicados, es posible un compromiso transversal que cristalice en la puesta en marcha de políticas de potenciación de la mediación intrajudicial.

A título de ejemplo, el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, a través de la Dirección de Relaciones con la Administración de Justicia ha posibilitado la firma de una serie de protocolos entre las Audiencias Provinciales, los Magistrados Decanos, Fiscalías, Colegios de Abogados y Procuradores, Departamento de Interior, Departamento de Justicia y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad locales y autonómicos, que son un buen signo del alto nivel de compromiso y concienciación de las instituciones públicas y gubernamentales hacia la mediación.

Siguiendo con el ejemplo vasco, resulta también de gran utilidad la creación del Centro de Coordinación único e integral, mediante el cual se centraliza la comunicación y notificación de resoluciones judiciales que se dicten. Esta información se facilita a cuantos organismos e instituciones tengan competencia para la adopción de cualquier medida de protección social necesaria en relación con las víctimas de violencia de género. De esta manera se refuerza el carácter omnicomprendivo de la violencia de género y su afectación a otros ámbitos relacionados con el maltrato a la mujer que trascienden al puramente procesal o judicial.

El Gobierno Vasco fue el primero en crear este Centro de Coordinación cuyas funciones fueron inicialmente asignadas a los Servicios de Asistencia a la Víctima. Estas funciones son las siguientes:

- Centralizar todas las órdenes de protección y demás resoluciones judiciales que contengan medidas en cualquier procedimiento incoado en procedimientos de violencia contra la mujer y violencia intrafamiliar (ampliándose la función prevista legalmente referida únicamente a las órdenes de protección).
- Recabar de los órganos judiciales toda la información necesaria que complemente la resolución dictada, a fin de facilitar a los Servicios de Asistencia a la Víctima el contacto con las víctimas y el conocimiento de su situación judicial (otros procesos en los que esté incurso la misma víctima, el teléfono de la misma, etc.).
- Poner a disposición de los Servicios de Asistencia a la Víctima esta documentación.
- Facilitar información y coordinarse con los servicios del instituto Vasco de Medicina Legal, los Equipos Psicosociales, y las Unidades de Valoración Integral.

- Remisión de las resoluciones judiciales a los organismos de protección social, psicológica, asistencial, etc., de los que depende la tramitación y la concesión, en su caso, de las ayudas solicitadas por las víctimas.
- Elaborar las estadísticas que se determinen y ser el centro de Referencia de la CAPV (Comunidad Autónoma del País Vasco)⁵¹².

En todo caso y aunque dicho Centro de Coordinación no existiera, podría desarrollarse esa labor de manera más individualizada, dentro del propio partido judicial, mediante un trabajo conjunto entre Jueces, Secretarios Judiciales, Fiscales y representantes del Equipo de Mediación, a los efectos de establecer las pautas de actuación necesarias para que la actividad sea homogénea y oficial⁵¹³. De cualquier manera, el hecho de que en el seno del protocolo se decidan muchas de las cuestiones que corresponderían a este Centro de Coordinación hace que su existencia no sea obligatoria. Consideramos, por el contrario, más adecuada la decisión sobre esas cuestiones en el seno de un protocolo generalizado y uniforme cuyas funciones se corresponden perfectamente con el objeto y contenido del protocolo.

En el ámbito pericial, las Unidades de Valoración Integral, compuestas por médicos forenses, psiquiatras y trabajadores sociales sirven de apoyo a los órganos judiciales suministrándoles la pericia relativa a la valoración de la víctima, tanto física como psicológica. Dicha pericia comprende el estudio del entorno social y familiar de la víctima, las interacciones con los implicados y la forma, entidad, intensidad y frecuencia de la violencia, de manera que su labor de auxilio al órgano judicial se puede definir como multidisciplinar y coordinada.

Por otra parte, debería aprovecharse la existencia de los observatorios de violencia de género para el cumplimiento de esa función socializadora y de coordinación. Siguiendo con el ejemplo vasco, el denominado Observatorio Vasco de la Violencia Machista dependiente del Departamento de Interior del Gobierno Vasco tiene previstas entre sus funciones la “elaboración de indicadores homogéneos para el análisis y evolución de la violencia machista contra las mujeres, la formulación de propuestas de mejora de los sistemas de información, la propuesta de realización de estudios e informes de diagnóstico y evaluación, y el análisis de los ejemplos de buenas prácticas recogidas en otros organismos similares, fomentando la relación entre instituciones, asociaciones, profesionales y personas expertas en violencia machista

⁵¹² DE MIGUEL HERRÁN, I., “Políticas desarrolladas desde el Gobierno Vasco”, II Congreso sobre violencia de género e intrafamiliar, págs. 5 y 6.

<http://www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/documentos/>

⁵¹³ Como ejemplo de las materias a tratar, podríamos mencionar desde el establecimiento de los casos y modelos de mediación, hasta la forma y sujetos que deberán desarrollar cada una de las actividades siguientes: citación para la sesión informativa, coordinación sobre la información que se va a facilitar o no desde el Órgano Judicial y el Equipo de Mediación a los participantes en el proceso, a sus Letrados o a terceros, con especial atención al deber de confidencialidad, obligación de sigilo profesional y a la protección de datos de los intervinientes, ritmo, plazos y documentación de las actividades desarrolladas por cada parte.

contra las mujeres, facilitando el intercambio de información y documentación entre distintas instituciones, y elaboración de un informe anual sobre sus actividades”.

Dado que el objetivo es contribuir a la mejora de la lucha contra la violencia de género no se debe perder la perspectiva de la lucha integral implicando a todos cuantos forman parte de ella. Para ello debe aprovecharse la existencia de estas instituciones para profundizar en el estudio de una eventual introducción de la mediación en los procesos por violencia de género⁵¹⁴.

5.6.1. Integrantes del Equipo de mediación

En cuanto a los integrantes del Equipo de mediación, GONZALEZ CANO y otros consideran que un Equipo de mediación familiar y un Equipo de mediación penal y penitenciaria son sustancialmente distintos tanto en composición como en funciones. El mediador penal estaría actuando “inmerso en el proceso penal...formando parte de un proceso público, de un derecho necesario” Sin embargo, el mediador familiar se sitúa en un puesto “cercano” al órgano judicial actuando desde fuera para incorporarse después al proceso, acogiendo el Juzgado su actividad extraprocesal para homologarla *a posteriori*⁵¹⁵.

En todo caso como en el organigrama de los Equipos de Mediación que actualmente funcionan en Juzgados y Tribunales suele preverse la existencia de al menos un psicólogo el problema se resuelve sin necesidad de acudir a asesoramiento externo en esta materia, dado que el mediador

⁵¹⁴ Véase el Decreto 264/2011, de 13 de diciembre, del Observatorio Vasco de la Violencia Machista contra las Mujeres que regula su funcionamiento y composición (BOPV nº 245 de 28 de diciembre de 2011).

<http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-442x/es/?r01kQry=i%3Ar01mpd013b4675d657173a4cdfcb9f63290607cd1%3BcA%3Ar01e00000fe4e66771ba470b88bf55ea1f734f3c6%3Bm%3AfullText.LIKE.observatorio+vasco+para+la+violencia+machista%3B&fullText=observatorio+vasco+para+la+violencia+machista>

En la misma línea del Observatorio Regional para la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, regulado en el Artículo 34 de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid y el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género creado y regulado por el Decreto 298/2010, de 25 de mayo

http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Genero_Ficheros_CompilacionNormativaViolencia2ed.pdf), y el Observatorio gallego de violencia de género, desarrollan labores de estudio, control y seguimiento de la violencia de género debiendo ampliar su ámbito de actuación a esas mismas funciones de información y supervisión en materia de la mediación que en torno a este asunto se desarrolle.

http://www.observatorioviolencia.org/bbpp-proyecto.php?id_proyecto=100

En cualquier caso las políticas autonómicas que a través de los planes de acción pueden llevarse a cabo deben contemplar la posibilidad de potenciar la mediación en este ámbito.

Véase también a nivel nacional el Observatorio para la violencia doméstica y de género dependiente del Consejo General del Poder Judicial y la información acerca de su actividad, guías y protocolos de actuación y funciones.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/El_Observatorio_contra_la_violencia_domestica_y_de_genero

⁵¹⁵ GONZALEZ CANO, RÍOS, SÁEZ, C., SÁEZ, R. y ZAPATERO, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación” en SÁEZ RODRÍGUEZ, C. *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Cizur Menor, 2008, págs. 331 y 332.

podrá actuar en su doble condición de director del proceso de negociación y analista psicológico de las condiciones emocionales de las partes a los efectos de determinar la conveniencia o no de la mediación.

En otro orden de cosas, la intervención de peritos y expertos en la materia también resulta muy aconsejable, incluso para evitar estancamientos en la negociación, logrando clarificar ideas y proponiendo soluciones creativas para superar los obstáculos. Por ejemplo, en lo relativo a la división de bienes de la sociedad de gananciales puede ser aconsejable la intervención de profesionales expertos en la materia que, a la manera de los contadores-partidores, puedan resolver los conflictos puntuales que puedan surgir en relación al inventario, valoración y operaciones particionales que deban practicarse y que pueden suponer aspectos conflictivos que impidan el consenso acerca del reparto de los bienes de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Todos estos intervinientes deberán actuar, evidentemente, con sujeción a los principios que rigen su actuación desempeñando su labor con imparcialidad, profesionalidad, deber de secreto y sujeción al principio de legalidad y a las reglas de actuación y códigos deontológicos que rijan su actuación.

La metodología de la mediación práctica hace que cada uno de los expertos intervinientes pueda tener mayor peso específico en cada una de las etapas de la mediación, o incluso que pueda realizarse una labor de colaboración complementaria entre unos y otros en el proceso.

Evidentemente es la función psicológica la más relevante en el proceso, sobre todo en los primeros momentos en que es necesario poner a las partes en un estado de tranquilidad y receptividad adecuado. Sin embargo, en el momento de la redacción y formalización del acuerdo la labor jurídica y de asesoramiento es más importante, por lo que el abogado miembro del Equipo deberá tener mayor presencia en este proceso.

En cualquier caso, es conveniente que tanto el psicólogo como el abogado estén presentes tanto al principio del proceso (sesión informativa) como al final (redacción y firma del acuerdo), no sólo por esa labor de asesoramiento especializado, sino para infundir a las partes confianza y seguridad en el proceso.

Especial relevancia tiene en este sentido la supervisión institucional que debe estar por encima de estos órganos, de manera que se aúnen los esfuerzos que desde el ámbito judicial por un lado e institucional y político por otro pueden hacerse para avanzar en el propósito de introducir la mediación en este ámbito.

5.6.2. Integrantes del órgano judicial

Debemos analizar ahora si en el proyecto para la implementación de la mediación en violencia de género debería considerarse la posibilidad de incrementar la plantilla del Juzgado con una persona especializada en mediación.

Consideramos que esta no es la situación ideal en un centro de trabajo en el que la división de trabajo está basada en un concepto numérico. Todos los integrantes de la oficina judicial tramitan los mismos tipos de procedimientos, de manera que todos conocen las normas procesales y sustantivas a aplicar, la metodología de trabajo y la forma de dividir y organizar el trabajo.

Por ello, debemos concluir que con la base de una adecuada división y racionalización del trabajo, de la labor colaborativa de otros operadores jurídicos y del presupuesto previo de una necesaria formación sustantiva y técnica en la materia, es posible conservar la plantilla del Equipo del juzgado sin incremento de costes.

6. FASES Y ETAPAS DE DESARROLLO

6.1. METODOLOGÍA

6.1.1. Diseño y elaboración del proyecto. Fases

El estudio del procedimiento o del conjunto de técnicas que marcan el plan de investigación de un proyecto está condicionado por la especialidad de la materia en la que nos movemos.

Como ya hemos visto, nos encontramos ante un proyecto social y jurídico, en el que se debe utilizar una metodología de investigación pluridisciplinar e integrada con métodos cualitativos y cuantitativos que ayuden a enfocar adecuadamente el tratamiento de la materia⁵¹⁶.

En los procesos por violencia de género están presentes, más que en ningún otro, componentes psicológicos y sociológicos además de los jurídicos que obligan a un tratamiento específico de estos aspectos. Esto hace que la metodología del proyecto deba atender a ciertas especialidades propias de este ámbito, debiéndose organizar la actividad a desarrollar, tanto en lo que se refiere al diseño del proyecto como en lo relativo a su puesta en funcionamiento teniendo en cuenta aspectos que trascienden lo exclusivamente jurídico.

Dado que la actividad de mediación no debería concebirse de forma aislada, sino que debe estar integrada dentro de una red social amplia, formando parte de todo un sistema de protección a la mujer maltratada, de prevención y rehabilitación del maltratador y de lucha contra esta lacra social, sería necesario un entramado organizativo que pusiera en contacto esta actividad intrajudicial con diversos agentes sociales ajenos a este ámbito, pero no extraños a la lucha contra el maltrato de la mujer, como asociaciones de mujeres maltratadas, medios de comunicación o servicios sociales, entre otros.

Constitución de Equipos de Construcción, Soporte y Trabajo

Como ya hemos dicho, dentro del apartado de las actuaciones necesarias para implementar el proceso deben establecerse diversos Equipos de trabajo que ayuden en aspectos básicos del proyecto necesitados de un tratamiento especializado.

La composición de estos Equipos deberá ser elegida por la Oficina de Gestión del Proyecto, siendo nombrados por una Comisión de la que formarán parte los representantes y responsables finales del proyecto.

Deberán crearse, básicamente los siguientes Equipos:

⁵¹⁶ Ver, a título orientativo el cuadro de PÉREZ MARTELL que diseña un proyecto piloto de técnicas ADR, comenzando por la creación de grupos de trabajo especializados, creación de blogs y páginas web para la difusión del programa, y formación de asesores especializados en mediación y otros ADR. Este cuadro debería ser modificado en atención a las especiales circunstancias de los procesos por violencia de género, pero puede servir como un buen punto de partida para establecer el plan de investigación del proyecto. *Mediación civil y mercantil...op. cit.*, pág. 167.

- Equipo de coordinación, que deberá llevar a cabo una labor de dirección y organización del proyecto, así como de coordinación entre los distintos Equipos.
- Equipo de elaboración del proyecto, que será el encargado de su redacción y revisión, introduciendo cuantas reformas y modificaciones sean necesarias.
- Equipo de asesoramiento y asistencia técnica, cuya labor será de asistencia al resto de Equipos en esta materia.
- Equipo de planificación, que elaborará el calendario del proyecto y cuidará de su cumplimiento eliminando los obstáculos que lo dificulten.
- Equipo de análisis y gestión del alcance del proyecto, de gran importancia por su labor de investigación sobre las consecuencias del proyecto, su impacto en la organización judicial y la sociedad y la propuesta de medidas que mejoren cualquier aspecto técnico y social del mismo.
- Equipo de gestión de la financiación, encargado de la labor económica: elaboración y aprobación del presupuesto, búsqueda de financiación y estudio de las opciones económicas disponibles.
- Equipo de seguimiento y control, que tendrá a su cargo el análisis de resultados y control de los parámetros de calidad, recogida de datos estadísticos, y propuestas de mejora.
- Equipo de formación y divulgación. Siendo necesaria una importante labor de formación de los operadores jurídicos, así como una actividad informativa y divulgativa que dé a conocer el proyecto, este Equipo deberá elaborar los programas de formación especializados en la materia, dirigir las actividades informativas del proyecto y encargarse de las relaciones con los medios.

Cada uno de estos Equipos tendrá un plan de acción correspondiente a sus funciones. Al frente de cada uno estará un Jefe de Equipo, que se encargará de su organización y coordinación y de representar al Equipo en las reuniones de la Comisión.

Estos Equipos podrán dividirse en las secciones que se consideren convenientes, y podrán compartir competencias, personal y jefaturas en materias comunes y en fases del desarrollo del proyecto que requieran de una labor coordinada.

Elaboración del proyecto

Dado que nos encontramos ante una materia extremadamente sensible que va a desplegar sus efectos en un ámbito rodeado de polémica y de interés mediático y político, toda intervención externa que se haga en procesos por violencia de género implica un adecuado diseño del plan a llevar a cabo.

Para su confección, deben tenerse en cuenta una serie de cuestiones enumeradas por DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO⁵¹⁷:

- ¿Quién debe o no participar del esfuerzo mediador?
- ¿Cuál es el mejor ámbito de mediación?
- ¿Qué procedimiento y/o papel se utilizará?
- ¿Qué cuestiones, intereses y alternativas de acuerdo son importantes para las partes?
- ¿Cuáles son las condiciones psicológicas de las partes?
- ¿Cuál es el plan general de las primeras negociaciones conjuntas en presencia del mediador?
- ¿Cómo serían identificados y ordenados los puntos a tratar en la agenda de trabajo?
- ¿En qué forma se definirán las normas y pautas de conducta?
- ¿Cómo se va a educar a las partes acerca del procedimiento?
- ¿Qué dificultades se prevén y cómo se piensa hacerles frente?

Como opinan estos autores, sean cuales sean las respuestas a estas cuestiones, es necesario que el diseño del plan de mediación necesario para la elaboración del proyecto comience por un análisis descriptivo del conflicto, en el que de menor a mayor intensidad se pueda evaluar en qué puntos de la relación ha tenido lugar el conflicto, y los métodos empleados para su abordaje y resolución.

Los Equipos de elaboración del proyecto, asistido por el de asesoramiento y asistencia técnica, el de análisis y gestión del alcance del proyecto y el de planificación, y dirigidos por el de coordinación, deberán realizar una previa labor de estudio de la materia a tratar. Cada uno de estos Equipos trabajará en la materia propia de su ámbito de competencia.

El Equipo de análisis y gestión del proyecto deberá elaborar un informe acerca de las repercusiones de un proyecto de este tipo en el ámbito jurisdiccional y social. El Equipo de elaboración del proyecto deberá comenzar con el diseño de la estrategia del proyecto. Esto supone la planificación de las diversas técnicas de intervención que han de llevarse a cabo para el éxito del proceso de mediación, comenzando por el estudio del conflicto que da lugar a la confrontación de las partes, cuyo conocimiento resulta de gran utilidad práctica para identificar la fuente de los problemas y la forma de enfocar, gestionar y solucionar los mismos.

Entrando ya en el ámbito específico de la práctica de las sesiones de mediación, DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO comienzan el análisis de la metodología de la mediación analizando las cinco fuentes de problemas que más frecuentemente se dan en la práctica⁵¹⁸. Estos

⁵¹⁷ DE DIEGO VALLEJO, R., y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid, 2010, págs. 64 y 65.

⁵¹⁸ DE DIEGO VALLEJO, R., y GUILLÉN GESTOSO, C., *op. cit.*, págs. 64 y 65.

problemas se refieren a falta de información o de datos, o al hecho de que estos sean falsos o más o menos relevantes según el criterio de las partes, a los valores implícitos en las ideas y comportamiento de las partes, a las bases estructurales relacionadas con la actitud y la interacción de las partes, a las relaciones entre ellas y a los intereses discrepantes y excluyentes entre ellas.

Frente a estas categorías de problemas se proponen por los autores una serie de intervenciones relacionadas con la filtración y la selección de los datos significativos para las partes, y con la información de la que disponen las partes y la forma de utilizarla.

En lo relativo a los valores y criterios de evaluación de los problemas, la intervención debe dirigirse a intentar definir claramente el problema, buscando una meta común compartida por ambas partes. Los problemas relativos a las bases estructurales deben solucionarse mediante la anulación de las pautas de comportamiento destructivo de la relación. La intervención para solucionar los problemas derivados de las relaciones establecidas entre las partes deben identificarse y reconducirse a una adecuada definición de roles y de relaciones de poder y autoridad. Por último, las distorsiones relacionadas con los intereses discrepantes y excluyentes deben dirigirse a buscar intereses y criterios externos que conduzcan a soluciones integradoras.

Tratándose de conflictos con episodios de violencia de género, podría pensarse que siendo cada caso único y concurriendo en él una serie de circunstancias relevantes que lo individualizan dotándolo de sustantividad propia, este trabajo de campo base de futuras intervenciones en casos distintos podría ser poco significativo. Sin embargo, la experiencia indica que estos conflictos siguen casi siempre unas mismas pautas y se desarrollan a lo largo de etapas claramente diferenciadas, que se repiten de manera uniforme en prácticamente todas las parejas.

Por ello resulta de gran importancia que el diseño del plan de mediación prevea y recoja todos estos aspectos, de manera que esa labor descriptiva sirva de sustrato fáctico para el diseño del proyecto y del protocolo de actuación.

En todo caso, y admitiendo que cada caso presenta una fisonomía propia y aconseja unas pautas de intervención determinadas, es necesario precisar que, si bien existen pautas generales aplicables a todos los procedimientos de mediación en casos con violencia de género, el uso por el mediador de determinadas estrategias o tácticas debe ajustarse también a las variables propias del caso concreto. Por ejemplo, el momento del desarrollo del conflicto en el que interviene la mediación va a determinar de forma clara las pautas de actuación del mediador y el diseño del plan concreto a seguir. Esto, unido al estudio de las capacidades y habilidades de las partes para afrontar el conflicto y estudiar sus posibles soluciones, y de la posición de igualdad de las partes en el proceso resulta básico para elaborar un plan de intervención claro y eficaz.

Asimismo, el papel del mediador o del Equipo de Mediación, que puede ser más o menos intervencionista, unido al grado de dificultad de la materia origen del conflicto son también elementos a tener en cuenta para el estudio de la estrategia a seguir y de las tácticas a emplear.

Por último, dado que los conflictos son dinámicos y experimentan avances y retrocesos durante el proceso de mediación, es necesario un análisis periódico del plan de intervención para modificarlo o continuar con el inicialmente diseñado.

Con todas estas materias, cada uno de los Equipos intervinientes en esta primera etapa de elaboración del proyecto elaborará un informe, en el que deberá analizarse la estrategia a seguir, las consecuencias de elegir una u otra opción, las posibles dificultades que puedan surgir y las propuestas para su solución.

Todos estos informes, que deberán remitirse al Equipo de coordinación, deberán ser analizados para decidir la estrategia y el plan de acción a seguir, diseñándose las líneas maestras del proyecto. Este diseño será remitido al Equipo de elaboración del proyecto, que comenzará su redacción con la asistencia del Equipo de asesoramiento técnico.

Por su parte, el Equipo de formación y divulgación deberá comenzar la elaboración de los programas de formación inicial y continuada, especializada en atención a las funciones de cada uno de los intervinientes en el proyecto. El Equipo de planificación deberá supervisar esta actividad así como la del Equipo de elaboración del proyecto, cuidando de que se lleven a cabo en los plazos previstos. Además, deberá elaborar un calendario para la implementación del proyecto en sus distintas etapas.

El Equipo de financiación deberá ir preparando el presupuesto del proyecto y la forma de sufragarlo, elaborando un informe con la correspondiente previsión presupuestaria.

Los informes elaborados por los Equipos, deberán remitirse al Equipo de coordinación, que los examinará y aprobará, dando traslado de esa aprobación o de la introducción de modificaciones procedentes en su caso al Equipo de elaboración del proyecto para su trasposición al texto en proceso de redacción.

Todas estas labores a realizar, si bien han de responder a un plan organizado, también están informadas por el principio de flexibilidad.

Este principio determinará en cada caso la estrategia a seguir y su variabilidad a lo largo del proceso de elaboración del proyecto, a fin de conseguir los avances previstos en los plazos establecidos, pero también de ir adaptando el proyecto a las incidencias que vayan surgiendo.

En cualquier caso, será el Equipo de coordinación el encargado de la organización de la actividad de cada uno de los Equipos, modificación de plazos y recepción de los informes para su canalización y remisión al Equipo de elaboración del proyecto.

6.1.2. Aprobación del proyecto, implementación, control y seguimiento

Una vez elaborado el proyecto, deberá ser remitido por el Equipo de coordinación a la Comisión para la gestión del proyecto, que procederá a su aprobación para entrar en la siguiente fase, su implementación.

La labor de implementación del proyecto es la que requiere mayor coordinación organizativa y un control de la actividad más exhaustivo.

Consideramos conveniente que el proyecto se ponga en marcha en forma “piloto” en una serie de Juzgados de Violencia sobre la Mujer que cumplan determinados requisitos, porque el éxito del proyecto depende de una adecuada labor de seguimiento y control, tanto del proyecto piloto como de los que se lleven a cabo posteriormente en el resto de localidades, no sólo a efectos de detectar los fallos del sistema, sino para valorar si el proyecto ha sido útil y ha contribuido a un tratamiento más efectivo de los casos de violencia de género ante los juzgados y Tribunales.

6.1.3. Documentación

Toda la labor anteriormente expuesta debe ser minuciosamente documentada y recopilada por el Equipo de trabajo encargado de la gestión del alcance del proyecto, que aprobará los modelos de todos los cuestionarios y estadísticas que se deben elaborar, se encargará de su expedición y recepción, y analizará los resultados a efectos de comprobar el cumplimiento de los parámetros de calidad del proyecto.

6.1.4 Parámetros de calidad

Los indicadores de calidad del proyecto se refieren a cualidades intrínsecas del mismo que, por comparación con otras medidas nos indican si el mismo contribuye a satisfacer eficazmente las necesidades para las que fue concebido. Se trata, por tanto, de establecer una serie de directrices que indican la aptitud del proyecto y su capacidad para cumplir los objetivos fijados.

Estas directrices han sido sistematizadas por el denominado G25 ⁵¹⁹, grupo de expertos (juristas, psiquiatras, miembros de asociaciones de mujeres, psicoterapeutas) que ha elaborado un listado de criterios de calidad dentro del marco de un modelo de intervención en esta materia, con el objeto de generar una buena praxis profesional de cualesquiera de estos colectivos profesionales en relación con la violencia de género.

En sus cuadernos de reflexión, el G25 sistematiza 11 criterios de calidad que deben tomarse en consideración a la hora de elaborar un proyecto piloto especializado en materia de violencia de género y que son los siguientes:

1. Orientación de género y acción coordinada para erradicar la violencia masculina contra las mujeres.

⁵¹⁹ Fuente: <http://www.observatoriovioencia.org>

2. Intervención por profesionales cualificados/as y supervisión permanente.
3. Modelo multidimensional. Seguridad para la mujer e intervención precoz e intensiva.
4. Inadecuación y riesgos de intervenciones no específicas. Límites.
5. Pre-admisión del tratamiento.
6. Tétrada de intervención. Paquete multicomponente (educacional, cognitivo, emocional y conductual). Gradación individualizada.
7. Formatos y tiempos adecuados e intervención de la víctima.
8. Estructura de evaluación de eficacia del programa.
9. El programa de intervenciones NO es alternativa a la sanción penal.
10. Subvención pública inseparable del control de calidad.
11. Actualización de criterios.

6.2. PROGRAMA PILOTO

Una vez elaborado y aprobado el proyecto, entramos en una de las fases más importante de su proceso de implantación: la puesta en funcionamiento. Para ello es necesario un estudio previo de la oficina u oficinas judiciales en las que sería factible el funcionamiento del proyecto de forma experimental.

Una vez elegida dicha oficina, tendrá lugar una fase experimental de ejecución del proyecto, acompañada de una importante labor de recogida de estadísticas y datos para el adecuado seguimiento y control del mismo. Esta labor es muy importante, dado que con carácter previo a la extensión del proyecto a todo el territorio nacional se debe pasar un filtro necesario, consistente en el análisis de las consecuencias prácticas del proyecto sobre el terreno, y de su revisión para la corrección de las deficiencias observadas.

Por tanto, el primer paso en la labor de ejecución del proyecto lo constituiría la puesta en marcha del proyecto piloto en la oficina judicial elegida.

En nuestro país existen 103 Juzgados de Violencia sobre la Mujer exclusivos y 360 juzgados compatibles (de instrucción o mixtos) que comparten funciones en esta materia con funciones propias de la jurisdicción civil y penal⁵²⁰.

Un primer criterio de selección acerca del órgano judicial más adecuado para implementar en él el proyecto piloto nos lleva a analizar, en primer lugar, la conveniencia de elegir una oficina judicial que tramite de forma exclusiva o no asuntos de violencia de género.

Consideramos que la especialidad de la materia, y el hecho de que estos órganos judiciales conozcan de manera exclusiva los asuntos a que

⁵²⁰ Ver relación de todos estos juzgados en el anexo XIII de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta judicial, en la que se enumeran todos estos órganos.

se refiere el proyecto, aconsejan la elección de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer exclusivo para desarrollar el proyecto piloto.

De esta manera se consigue un alto grado de implicación de los operadores jurídicos en la materia, al tiempo que la formación especializada en materia de violencia de género y la dedicación y experiencia exclusiva de estos juzgados facilita la labor de implementación del proyecto. Por otra parte, el acceso a los datos estadísticos específicos en esta materia, y la necesidad de contar con actividades de colaboración en el desarrollo del proyecto, tanto en el proceso de ejecución como en el de recogida de datos e introducción de mejoras aconseja la elección de un juzgado exclusivo para esta misión, por su mayor eficacia en el cumplimiento de estos objetivos.

Dando un paso más, de entre todos los juzgados exclusivos que funcionan en nuestro país, es conveniente elegir aquellos en los que el volumen de actividad permita dedicar tiempo al desarrollo del proyecto.

La estadística judicial facilitada trimestralmente por todos los órganos judiciales al Consejo General del Poder Judicial mediante el envío de los boletines estadísticos, permite la recogida y elaboración de unas bases de datos, necesarias para la elaboración de informes estadísticos cuyos resultados son tomados como referencia para la elaboración de los planes nacionales de estadística judicial⁵²¹. El estudio de esta estadística, que permite analizar la actividad judicial por territorios, debe ser la base técnica para el estudio y la elección del órgano judicial piloto.

Para ello, se tendrán en cuenta criterios como el volumen de litigiosidad o de pendencia de asuntos, el índice demográfico o de inmigración, o que se trate de zonas de especial índice de criminalidad en materia de violencia de género.

Los informes estadísticos del Consejo General del Poder Judicial ayudan en este sentido a valorar mediante el análisis comparativo de las estadísticas judiciales el volumen de asuntos tramitados en los órganos judiciales. Teniendo en cuenta datos e índices de *ratios* básicas, como las denuncias presentadas por cada 10.000 habitantes, órdenes de protección solicitadas o juicios rápidos, es posible elaborar gráficas que permitan elegir un órgano judicial apto para el desarrollo de este proceso⁵²².

⁵²¹ Para más información, ver los datos que configuran el estudio estadístico sobre violencia de género elaborados por el Consejo General del Poder Judicial en

http://www.poderjudicial.es/Menu.aspx?px_type=PX&px_db=11.-+Juzgados+de+Violencia+Sobre+La+Mujer&px_language=es&rxid=d4b8c500-6163-449b-a6fe-6e472771a0cb.

Estadística judicial, información general en

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial

⁵²² Por ejemplo, analizando los datos de los informes estadísticos correspondiente a los diferentes trimestres o periodos acumulados correspondientes a cada año en :

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos/Informes-periodicos?filtroAnio=2014>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.La_violencia_sobre_la_mujer_en_la_estadistica_judicial_primer_trimestre_de_2014.f

En cuanto al ámbito territorial específico en el que se ubique el juzgado piloto, consideramos que se debe tener en cuenta a efectos consultivos a las Comunidades Autónomas que ya llevan a cabo experiencias de mediación en otros ámbitos, pero ya se trate de territorio Ministerio, o de Comunidades Autónomas con competencias transferidas, el hecho de que ya existan prácticas de mediación sobre el terreno para las que ya se cuenta con medios materiales y personales adecuados, facilita su recepción, tanto en lo que se refiere al aspecto fáctico de implementación del proyecto como en lo relativo a su receptividad.

Por ello, de entre todo el listado de Juzgados de Violencia sobre la Mujer exclusivos en la materia, deberán elegirse los de aquellos partidos judiciales que ya cuenten con experiencias de mediación en otros ámbitos definitivamente implantadas, y que asuman un volumen de litigiosidad adecuado para el desarrollo del proyecto.

La implantación del proyecto piloto precisa, por su parte, una serie de actuaciones materiales, organizativas y logísticas a las que ya hemos hecho referencia en el apartado de actuaciones necesarias para el proyecto.

En aras de la brevedad, no repetiremos lo allí expuesto, si bien hemos de hacer referencia a la importante labor de seguimiento por la Comisión del proyecto de la marcha del mismo, así como de la labor de seguimiento y control de los resultados de su ejecución.

El proyecto piloto terminará una vez finalizado el periodo previsto de funcionamiento del mismo. Podrá prorrogarse durante un espacio breve de tiempo con el objeto de finalizar aquellos procesos de mediación aún en vías de solución, pero es conveniente que, una vez cumplido dicho plazo se dé por finalizado el mismo para pasar a la siguiente fase de recogida de experiencias y análisis de datos.

La Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial propone el uso de dos fichas de recogidas de datos y seguimiento y control de los procesos de mediación. La primera ficha es general y recoge todos los procesos de mediación llevados a cabo por el Equipo, con separación por órganos jurisdiccionales y por fases. La segunda es una ficha individualizada para cada uno de los asuntos mediados. Esta ficha debe ser cumplimentada por Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales, y pretende constituirse en una herramienta de trabajo para la recogida de información y el control de los casos. Al mismo tiempo, la forma de centralizar la valoración que del proceso hagan los distintos agentes intervinientes en él deberá ser a través de este cauce, de manera que la canalización de la información parta y llegue a un mismo órgano de seguimiento y control.

Además, dicha información, remitida por la Comisión al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas, Consejo General de la Abogacía y de Procuradores y resto de

operadores jurídicos afectados, permitiría un control de calidad muy útil, con propuestas de homogeneización de prácticas y protocolos y diagnóstico claro de los problemas prácticos que hayan surgido⁵²³.

Por otra parte, y a los efectos de fijar las pautas de actuación y las mejoras que deban introducirse en una actividad en proceso de evolución y de asentamiento, estos cuestionarios no deberán referirse sólo al grado de satisfacción del servicio, sino que deberá abarcar otros aspectos básicos necesarios para detectar los puntos débiles del proyecto como paso previo al planteamiento de reformas o modificaciones que puedan suponer una mejora del mismo.

Así, DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO⁵²⁴ proponen la realización de un cuestionario semicerrado, que se refiere a aspectos como la forma de enterarse de la existencia de la mediación, si acudieron a la misma de forma totalmente voluntaria, si percibieron que el mediador era imparcial, o su nivel de satisfacción con el desarrollo del proceso y con el acuerdo alcanzado.

Estos cuestionarios de valoración no deben dirigirse sólo a los destinatarios del proceso de mediación sino también a los profesionales intervinientes en él (mediadores), y al órgano judicial encargado de derivar el asunto y recibir el resultado del proceso.

Desde el punto de vista de los profesionales mediadores los citados autores mencionan aspectos del cuestionario relativos a la descripción de la naturaleza o características del conflicto, al grado de implicación de responsabilización de las partes, al grado de afectación de la víctima y de colaboración de las partes con la mediación, al cambio o progreso experimentado en ella relativo a su actitud y expectativas, etc.

Consideramos prudente ampliar dicho cuestionario a aspectos técnicos relativos al desarrollo del proceso, precisamente por la necesidad de valoración de una actividad que necesita de controles de calidad y *ratios* de progresión y desarrollo necesarios para salvar los problemas y distorsiones apreciados en el funcionamiento del proyecto.

Por ello, los mediadores tendrán que responder también a cuestiones relativas al propio proceso de mediación y a cuestiones fácticas relevantes como tipos de conflictos que mayoritariamente son destinados a mediación, nivel y capacidad de los mediados para plantear, afrontar y resolver el conflicto, duración media de los procesos o porcentaje de éxito de los mismos. Por otro lado, es preciso que el Equipo

⁵²³ La Guía propone, además, la creación a largo plazo de una Comisión de Evaluación y Seguimiento de la implantación de programas de mediación, la elaboración de una memoria anual sobre dicha implantación, y la realización de visitas por los Servicios de Inspección del Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado a los órganos judiciales y servicios de mediación en activo, así como entrevistas periódicas con las Comisiones de Evaluación y Seguimiento.

[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que es la mediación/Protocolos](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que%20es%20la%20mediacion/Protocolos), pág. 109.

⁵²⁴ DE DIEGO VALLEJO, R., y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas...*, op. cit., págs. 223 y 224

de Mediación valore los problemas técnicos apreciados, la causa de los mismos y las propuestas para solventarlos.

De la misma manera el Órgano Judicial deberá valorar la actividad de mediación desarrollada con esta doble perspectiva. Deberá informar sobre los casos de mediación remitidos y sobre los resultados alcanzados, pero también sobre los inconvenientes apreciados. Con ello será posible una apreciación razonable de la mediación, sus consecuencias y sus resultados formándose una base de datos fundamental para analizar su grado de implantación y su porcentaje de éxito.

Todas estas encuestas periódicas deberán ser remitidas a la sección de Mediación Intrajudicial que debería crearse en el Observatorio para la Violencia de Género, encargado de analizar las mismas y sistematizarlas para proponer mejoras y controlar adecuadamente la actividad.

Con la recogida de estos datos, la comisión para la gestión del proyecto debe analizar con el Equipo asesor las propuestas de mejora sugeridas por los usuarios del servicio, el órgano judicial, los Equipos de mediación y resto de operadores jurídicos para ser introducidas en el proyecto una vez revisadas por la comisión de evaluación y el Equipo de gestión del alcance del proyecto y aprobadas por la comisión.

El proyecto será firmado y definitivamente aprobado para su implementación en el resto del territorio del país, siguiendo el calendario de implantación extensiva y progresiva elaborado.

Deberá ser publicado por el Ministerio de Justicia junto con el protocolo que figura en el anexo de este trabajo, dándosele la publicidad adecuada, no sólo a nivel institucional, sino también en lo relativo a la divulgación e información del proyecto a todos los operadores jurídicos e institucionales afectados.

Por ello, deberá facilitarse información a todos los agentes interesados a través de sus representantes, y ser convenientemente divulgado a través de los medios de comunicación del Ministerio, Consejo General del Poder Judicial y resto de órganos afectados.

7. SEGUIMIENTO Y CONTROL DEL PROYECTO

7.1. OBTENCIÓN DE DATOS

El propósito de esta actividad es efectuar un seguimiento de la ejecución de las actuaciones incluidas en el plan de acción diseñado, a los efectos de comprobar que se están cumpliendo los objetivos y alcanzando los indicadores de calidad previstos.

El seguimiento y control del proceso debe desarrollarse en todas las fases que lo componen, tanto en la fase de ejecución del proyecto piloto, como en la de su implantación extensiva con el objeto de introducir mejoras antes de su aprobación definitiva. De esta manera se puede tomar conciencia del desarrollo y evolución del proyecto, y adoptar cuantas modificaciones y acciones correctivas sean necesarias para corregir los defectos funcionales, técnicos u organizativos que se aprecien.

Tanto durante la ejecución del proyecto como en la fase de implantación, es básico que el análisis de los datos y estadísticas de funcionamiento tenga lugar de forma semanal o quincenal en las primeras semanas. En un estadio posterior, cuando ya no sean necesarios análisis tan frecuentes, podrá establecerse la periodicidad mensual para la recogida y análisis de esos datos.

Todos estos datos deberán remitirse a la Comisión para su análisis. El tratamiento de los datos que ésta debe efectuar deberá partir necesariamente del informe inmediatamente anterior, así como de los acuerdos de modificación adoptados al respecto.

Una vez analizados los datos, la Comisión debe elaborar un informe de seguimiento que indique cronológicamente las actuaciones realizadas (recogida de datos, análisis, celebración de reuniones, adopción de propuestas de modificación y repetición de este ciclo cuantas veces sea necesario), y que permita sacar conclusiones de los datos recibidos y analizados.

7.2. ESTADÍSTICAS Y CUESTIONARIOS DE SATISFACCIÓN

La forma más adecuada de obtener los datos necesarios para analizar la labor de desarrollo y ejecución del proyecto es la utilización de las estadísticas judiciales.

En la actualidad, los órganos judiciales deben confeccionar trimestralmente la estadística judicial, en la que se registran todos los asuntos ingresados y resueltos por el órgano judicial, a fin de analizar el grado de pendencia de los mismos.

Uno de los datos solicitados para elaborar la estadística es el relativo a los asuntos enviados a mediación, los asuntos devueltos y el resultado de la actividad mediadora realizada, con o sin avenencia.

Estos datos deberán formar parte de las estadísticas que debe manejar el Equipo de seguimiento y control del proyecto. Pero además, a los efectos de analizar los parámetros de calidad exigibles, deben tenerse

en cuenta otros datos más específicos, por lo que la estadística deberá contener los siguientes apartados:

- Mediación terminada con éxito
- Tiempo de duración del proceso de mediación
- Tiempo de duración del proceso judicial con mediación

El órgano judicial deberá elaborar esta estadística y enviarla al Consejo General del Poder Judicial trimestralmente. Desde ahí deberá ser enviada a la Comisión para la gestión del proyecto.

En estos casos es aconsejable plantearse, al menos durante los primeros años de ejecución del proyecto, una periodicidad mayor para un control más exhaustivo de las cifras y resultados de esta actividad. Por ello, es aconsejable que tanto las oficinas judiciales piloto, como el resto de órganos a los que extienda el proyecto posteriormente envíen mensualmente esta estadística a la Comisión y al Consejo General del Poder Judicial para su análisis y recopilación.

Con ellas se efectuará un análisis comparativo de los datos obtenidos: volumen de asuntos, costes proceso judicial/mediación, índice de resolución de casos y asuntos terminados con mediación con o sin avenencia.

Pero además de la estadística judicial, es importante la obtención de otros datos, que serán facilitados mediante los cuestionarios de satisfacción a los usuarios y los cuestionarios a realizar con el órgano judicial y con el Equipo de mediación. Los datos a incluir en estos cuestionarios se refieren a cuestiones como el análisis de la valoración del funcionamiento de la Administración de Justicia visto desde la perspectiva de los sujetos objeto de la encuesta y de la valoración del funcionamiento del servicio de mediación, así como la percepción del grado de conocimiento de la mediación por los ciudadanos.

Así, podemos concluir que la labor de recogida de datos proviene de distintas fuentes a nivel judicial pero también a nivel de usuarios de mediación y de mediadores, por lo que las conclusiones a extraer del análisis de estos datos serán sumamente reveladoras, no sólo de la marcha de la actividad medida en resultados numéricos, sino también del grado de satisfacción de Juzgados, particulares y mediadores con este servicio.

7.3. VALORACIÓN DEL IMPACTO EN LA SOCIEDAD

Pero además es importante analizar la valoración del impacto en la sociedad de la mediación intrajudicial.

El contenido de estadísticas relativas al análisis de este dato es sustancialmente distinto, porque deberá relacionarse con aspectos sociológicos variados, (algunos ya vistos en el apartado anterior), entre ellos la percepción que del funcionamiento de la Justicia tienen los ciudadanos cuando han participado en labores de mediación dentro de ellas, la relación tiempo/coste de la mediación y la Administración de Justicia, o la valoración que de la participación en la decisión tienen los justiciables.

Evidentemente, para este tipo de estadísticas será necesario dejar pasar un tiempo de rodaje en el que se dé a conocer la institución de forma que trascienda al propio ámbito intrajudicial, por lo que estos datos no es conveniente que sean tratados hasta transcurrido un año desde la implementación del proyecto, siendo renovados anualmente.

7.4. OPORTUNIDAD E IDONEIDAD

La valoración por la Comisión de Evaluación y Seguimiento de los resultados de las estadísticas y cuestionarios de satisfacción enviados permite un análisis detallado, no sólo de cuestiones puntuales relativas al funcionamiento práctico del proyecto, sino también de la oportunidad e idoneidad de un proyecto de estas características.

Esto lleva a unas consecuencias claras a la hora de afirmar si el proyecto cumple con los objetivos marcados y consigue los resultados esperados de acuerdo con los indicadores de calidad fijados.

La valoración de los resultados que se debe efectuar implica los siguientes aspectos:

- Análisis de valoración y resultados en términos de resultados judiciales y de mediación
- Análisis de valoración y resultados en términos de oportunidad
- Análisis de valoración y resultados en términos de costes

Para ello será necesario hacer un estudio y seguimiento de los siguientes datos:

- Estudio y seguimiento estadístico de casos de mediación concluidos con éxito
- Estudio y seguimiento de la evolución de los procesos de violencia de género en los que ha habido mediación
- Estudio y seguimiento de la forma de terminación de los procesos de violencia de género en los que ha habido mediación
- Efectivo tratamiento familiar de la violencia de género
- Estudio del grado de incidencia de la mediación en la disminución de conflictos familiares
- Estudio del grado de incidencia de la mediación en el número de procedimientos terminados con avenencia o transformados a mutuo acuerdo
- Repercusión de la mediación en los archivos de causas penales para tramitar los procesos civiles exclusivamente por este medio

Este informe deberá ser visado por el Equipo que analiza la gestión del alcance del proyecto para comprobar que el mismo se adecúa a todos estos parámetros.

Las conclusiones que se deben extraer de estos informes de valoración arrojarán, probablemente, resultados reveladores en relación al éxito del proyecto y a su adecuación con el momento de implantación, por lo que el informe permitirá ver si el proyecto era necesario en términos de

idoneidad, oportunidad y necesidad, y si resulta útil y eficaz y supone una mejora de la Administración de Justicia como servicio público.

7.5. ELABORACIÓN INFORME FINAL DE CONCLUSIONES

Tras unos tres años, plazo que se estima conveniente para el asentamiento y definitiva recepción e implantación del proyecto, se elaborará un informe final con las conclusiones del mismo aprobado por la Comisión del proyecto y al que se dará la publicidad adecuada a través de los órganos rectores de las instituciones afectadas.

Se trata de la actividad final del proyecto para la implementación de la mediación en materia de violencia de género, en la que se concentran todos los estudios y actividades correctivas y de mejora realizadas durante el periodo de puesta en práctica del mismo, por lo que el valor casuístico y acumulativo basado en la experiencia es importantísimo.

Pero además, y cerrando el círculo del valor social del proyecto como propuesta de mejora de la Administración de Justicia de que hablábamos cuando estudiábamos algunos de los objetivos del proyecto, este informe deberá analizar desde una perspectiva crítica en qué medida ha contribuido a la satisfacción de los intereses de los justiciables, a la mejora de la actividad jurisdiccional y la potenciación de la actividad de mediación intrajudicial.

No se trata, por tanto, de una mera recopilación de cifras, sino de sacar conclusiones que se despliegan en un campo de acción muy amplio, porque trasciende al meramente procesal para entrar en terrenos sociológicos a los que no se puede dar la espalda.

Por ello, consideramos que el informe final será la clave para reforzar la idea de la necesidad de la mediación avalada por resultados esperanzadores y por una puesta en práctica no sólo factible, sino exitosa.

8. CALENDARIO

El calendario del proyecto es la guía cronológica en la que se prevén todas las actuaciones necesarias para la elaboración y ejecución del proyecto, distribuyéndolas en etapas en las que se establece el tiempo previsible de duración de las mismas.

Teniendo en cuenta la complejidad del proyecto y la necesidad de que éste se ejecute de manera progresiva, podemos comenzar diciendo que el tiempo medio para el desarrollo de todas las tareas que lo componen sería de unos dos años, del que el primero se invertiría en la fase de elaboración del proyecto y aprobación definitiva, y el segundo en el desarrollo del proyecto piloto y su implantación extensiva en el resto de Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

El calendario en el que cronológicamente situaríamos todas las tareas del proyecto sería el siguiente:

- Fase de elaboración del proyecto
- Fase de desarrollo del proyecto piloto
- Fase de implantación extensiva a otros órganos judiciales
- Fase de conclusión

La fase de elaboración del proyecto es la que necesitará más tiempo de desarrollo. El periodo de elaboración material del proyecto llevará unos tres meses, en los que se desplegarán todas las actividades de asesoramiento, elaboración y aprobación del proyecto, y en los que el Equipo de elaboración del proyecto trabajará coordinado con el de asesoramiento.

Esta fase se puede dividir, de acuerdo con el desarrollo de las fases y etapas del proyecto que hemos visto en las siguientes actividades y su duración aproximada:

- Labor de estudio por el Equipo de elaboración del proyecto, el de asesoramiento y asistencia técnica, el de análisis y gestión del alcance del proyecto y el de planificación de la materia objeto del proyecto y remisión de los correspondientes informes al Equipo de coordinación: 3 meses.

- Labor de elaboración por el Equipo de formación y divulgación de los informes relacionados con los programas de formación y con la labor estratégica a seguir en relación con los medios, y remisión del informe al Equipo de coordinación: 3 meses.

- Elaboración por el Equipo de financiación del informe relativo al presupuesto del proyecto y planificación de las actuaciones a seguir para la obtención de ayuda financiera, así como la elaboración de la memoria económica y la remisión del informe al Equipo de coordinación: 3 meses.

Este período de tres meses es común a todos los Equipos y comprende los tres primeros meses del calendario previsto.

A continuación, y en el plazo de un mes desde la recepción de los informes, el Equipo de coordinación deberá facilitar al de elaboración del proyecto las directrices sobre las cuales deberá empezar a trabajar en su redacción.

En otros tres meses deberá estar concluida la redacción del proyecto. Teniendo en cuenta los retrasos no previstos, los parones festivos y la necesidad de ampliar plazos por el retraso en las tareas, esta fase podría prolongarse unos meses más, de manera que hasta el momento, la labor de planificación y redacción del proyecto debería ocupar unos diez meses del calendario previsto.

Concluida esta fase, es necesario llevar a cabo la fase de desarrollo del proyecto piloto, que se prolongará por espacio de unos seis meses. Creemos que es necesaria una base sólida del proyecto piloto antes de pasar a su aplicación generalizada. En esta fase se perfeccionará el proyecto antes de su aprobación definitiva, mediante consultas constantes y modificaciones fácticas sobre las cuestiones puntuales que vayan surgiendo.

La fase de implantación extensiva comprende varias etapas en las que debemos desglosar el número y tiempo de desarrollo de cada una de las subfases de que se compone, pero podemos resumirlo en el hecho de que tras el período de seis meses de desarrollo del proyecto piloto, y de un mes para elaboraciones de informes y conclusiones, será necesario otro período de seis meses en el que, mes a mes se vaya desplegando el proyecto a los distintos órganos de violencia de género de nuestro país.

Fase de conclusión. Elaboración de conclusiones y finalización del proyecto, un mes.

Con ello se completan los veinticuatro meses calculados para el desarrollo del proyecto.

9. PRESUPUESTO

La puesta en marcha de un proyecto de estas características exige la elaboración de un presupuesto en el que debemos tener en cuenta costes de muy variado tipo.

En primer lugar, deben estudiarse los costes que supone el desarrollo de la actividad objeto del proyecto. Estos costes abarcan gastos de distinta naturaleza, como los gastos administrativos y de logística, y los gastos financieros. También podrían incluirse aquí los gastos que podríamos denominar de representación, como dietas o gastos, o los derivados de la actividad de divulgación de la mediación, como organización de cursos, publicidad, folletos informativos y posters, etc.).

- Gastos administrativos y de logística. Se refieren a material, equipamiento y personal.
- Personal. En esta partida se incluyen: salarios del personal integrante del Equipo de Mediación y gastos derivados de la labor de formación inicial y continua, asistencia u organización de cursos.
- Equipamiento. Dado que las dependencias y locales de mediación están integrados dentro del edificio judicial, como ya hemos expuesto, en esta partida sólo se incluirán los gastos derivados del equipamiento específico necesario para el Equipo de mediación, así como los Equipos informáticos necesarios para desarrollar sus funciones.
- Material

En segundo lugar, en el proyecto deberán tenerse en cuenta los denominados costes de inversión, que se refieren a la necesidad de contar con un equipamiento adecuado, y a la previsión de los gastos derivados de su adquisición y mantenimiento. Estos costes también pueden ser considerados como operacionales, pero en el primer momento de implantación de la actividad es conveniente que sean considerados como costes de inversión, llevándose al apartado de costes organizativos los causados durante el desarrollo del proyecto.

Con todos estos gastos, el Equipo de financiación deberá elaborar un presupuesto flexible, pero a la vez riguroso y suficientemente previsor.

Este presupuesto deberá contar, además, con las partidas presupuestarias correspondientes, que formarán parte de los presupuestos generales del Estado en la parte correspondiente a la partida destinada al Ministerio de Justicia.

Estas partidas deberán tomar como referencia la memoria económica que se maneje en el Ministerio y Comunidades Autónomas transferidas sobre los costes del desarrollo de la labor de mediación en los lugares en que ya está funcionando.

El presupuesto se aprobará por la Oficina de Gestión del Proyecto y una vez se reciban los fondos necesarios podrá comenzar a desarrollarse su calendario de ejecución.

Anexo 1

**Protocolo de mediación en el juzgado de
violencia sobre la mujer**

Anexo 1. Protocolo de mediación en el juzgado de Violencia sobre la mujer

A1.1. MEDIACIÓN PENAL

En este anexo nos dedicaremos a plantear el que estimamos podría ser un posible protocolo de desarrollo de la mediación en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, considerando en él todos los extremos y justificaciones anteriormente expuestos.

Este protocolo pretende marcar la metodología y la forma y tiempo de las actuaciones concretas a realizar dentro del Plan de Acción que hemos marcado en la parte anterior. Con ello se pretende estandarizar las actuaciones desarrolladas en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando se tramite la fase de mediación. Así, se logran actuaciones uniformes y homogéneas y se resolverán los problemas básicos de funcionamiento del proyecto de una forma integral y común a todos los órganos judiciales afectados.

En la elaboración de este protocolo debemos tener en cuenta tanto las fases del proceso jurisdiccional en el que se considera la posibilidad de llevar a cabo la mediación, como los efectos que esta puede tener, según nos encontremos en el proceso penal o familiar.

Por ello, nos dedicaremos a analizar las fases del proceso de mediación en los ámbitos penal y civil en procesos por violencia de género, para a continuación estudiar, desde una perspectiva práctica la forma de tramitar un proceso jurisdiccional con mediación.

A1.1.1. Remisión del asunto a mediación

La sesión informativa tiene varios objetivos claramente delimitados: su propósito es informar a las partes sobre lo que es la mediación, recabar su consentimiento para que se sometan a ella, y organizar el proceso de mediación que a continuación se va a desarrollar.

Como ya hemos dicho antes, es muy conveniente que la sesión informativa se desarrolle en sede judicial por varias razones prácticas, pero también metodológicas.

Dado que la remisión a la sesión informativa puede realizarse (tanto en el ámbito civil como en el penal), documentalmente, pero también de manera presencial, se puede aprovechar cualquier comparecencia inicial de las partes ante el Órgano Judicial (comparecencia que probablemente se hará bajo el asesoramiento de los Letrados), para comenzar la labor informativa sobre la posibilidad de remitir el asunto a mediación. Por ello, repetimos la importancia que tiene el hecho de que el espacio de mediación se encuentre físicamente enclavado en el edificio judicial, porque de esta manera se posibilita que en el mismo Órgano Judicial se pueda contar con la ayuda y asistencia de personal del Servicio de Mediación Intrajudicial, con el objeto de presentarse a las partes, introducir las brevemente en la mediación, y entregarles cualquier tipo de documentación al efecto. A pesar de que esto pueda entenderse como una confusión entre la actividad de mediación y la actividad jurisdiccional,

consideramos que si en la sesión informativa se deslindan perfectamente ambas esferas no existiría este problema.

Por tanto, en las primeras comparecencias de las partes ante el órgano judicial para prestar declaración, o para hacérsele el ofrecimiento de acciones al perjudicado, es conveniente entregarles los formularios de publicidad o información acerca de la mediación. Dicha información será entregada por el propio Equipo de mediación o por el personal de la oficina judicial. Todo ello tendría lugar, como todas las diligencias judiciales, en presencia del letrado encargado de su defensa y representación, que también deberá realizar una labor de información y asesoramiento al respecto.

A pesar de que no se haya decidido aún remitir el asunto a mediación, el hecho de que las partes conozcan de antemano esta posibilidad, podría llevar a allanar obstáculos que impidan la recepción de las comunicaciones escritas, posibilitando así la fluidez de las comunicaciones. En todo caso el órgano judicial debería intentar la remisión de la documentación por los medios de comunicación legalmente establecidos para, en caso de decidirse la remisión del caso a mediación y no ser posible la comunicación directa, plantearse la posibilidad de que se haga llegar la misma a las partes por los mismos medios que una citación ordinaria, esto es, a través del Servicio Común de Notificaciones y Embargos considerando esta medida preferible a la del recurso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que siempre deberá tener carácter subsidiario.

Por otra parte, en lo relativo al momento procesal oportuno para la celebración de esta sesión, en aquellos casos en que no exista comparecencia de las partes y sus abogados ante el órgano judicial, lo ideal es que la misma se produzca una vez se hayan incoado diligencias instructoras o juicio de faltas.

Incluso si se diera el caso de que la comparecencia se celebrara con la presencia de ambas partes, y que éstas ya fueran conocedoras de la mediación, se las podría citar en ese momento para la sesión informativa reconduciéndolas además a las dependencias del Servicio de Mediación para que conocieran desde los primeros momentos el escenario en que se va a desarrollar la misma.

En la fase de inicio de la mediación, el Órgano Judicial, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, decidirá sobre la derivación del asunto a mediación penal, comunicándolo en forma a las partes mediante una carta explicativa de la decisión.

En el caso de que el procedimiento se inicie de oficio por el Órgano Judicial, deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de que este informe en sentido favorable a la remisión acordada. En caso de que informase en sentido contrario, el expediente no se derivará a Mediación continuando su tramitación procesal ordinaria.

En el Proyecto Piloto de la Mediación Penal en la Comunidad de la Rioja, es la Oficina de Atención a la Víctima la que decide si el caso es susceptible de ser remitido a Mediación, proponiendo a Fiscalía en caso de que así sea la aplicación del programa.

Esta variación se basa más en aspectos psicológicos y ambientales que jurídicos, puesto que se estima que los aspectos volitivos y cognitivos de las partes, especialmente de la víctima pueden ser más fácilmente apreciados por la Oficina de Atención a la Víctima por su mayor capacidad de apreciación de este aspecto de la relación.

No podemos estar de acuerdo con esta línea de actuación. Consideramos condición básica y fundamental para el desarrollo de la Mediación que ésta parta del Juzgado, encargado de recibir el asunto penal y de decidir sobre su idoneidad para someterse a Mediación. Lo contrario supone desposeer al Juzgado de la autoridad y control necesario para determinar el ámbito de actuación de la mediación y sus posibles consecuencias sobre el proceso penal en curso.

En cualquier caso, la Oficina de Asistencia a la Víctima sí podrá intervenir en su labor pericial y de asistencia a la víctima para determinar si ésta se encuentra en condiciones psicológicas para afrontar la mediación, y si ésta se puede verificar en un plano de igualdad entre las partes.

Así, la Oficina deberá tomar contacto con las partes con fundamento en sus manifestaciones y predisposición a alcanzar un acuerdo mediado que ponga solución al conflicto. Entonces, y con base en la comprobación de las circunstancias y actitud de las partes, podrá decidirse la remisión del asunto a mediación tras verificar que el órgano judicial no se opone a la misma, y que el Ministerio Fiscal que va a ejercer la acusación pública, en los casos en que éste intervenga, está conforme con derivar el asunto a mediación, adecuando su escrito de acusación a la reparación que en su día se acuerde⁵²⁵.

A diferencia de lo que ocurre con el proceso penal ordinario sin embargo, en el proceso de menores en el que la mediación es ya una institución definitivamente implantada, y cuyo reconocimiento legal y práctica asentada hacen de ella un referente en la mediación intraprocesal, aquí es el Ministerio Fiscal el que en ejercicio de sus facultades de instrucción recibe el atestado y lo deriva, si procede, al Equipo de mediadores. El Equipo contacta con el menor y valora si el caso es susceptible de mediación si se cumplen los requisitos establecidos legalmente (reconocimiento de los hechos, voluntad de reparación a la víctima y capacidad para dicha reparación). El Equipo también contacta con la víctima, que expresa su voluntad acerca de si desea o no reparación. Si se cumplen todas estas premisas, la mediación ya puede empezar a desarrollarse⁵²⁶.

⁵²⁵ GORDILLO SANTANA, L.F., “El proyecto piloto de Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de la Rioja, en La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia”,

https://www.larioja.org/npRioja/cache/documents/474209_programa_piloto.pdf;jsessionid=7F77370B3CD4BEDA0E106E98175A6BD6.jvm2, pág. 6.

⁵²⁶ Si bien en la justicia de menores ésta se concibe además como un elemento reparador que trata de obtener la madurez del menor en su proceso de interiorización del daño causado y de la necesidad de su reparación, esta filosofía es plenamente trasladable a la justicia de adultos y a la mediación familiar por su contribución al crecimiento personal de las partes en el proceso de responsabilización de sus acciones y de búsqueda de la solución al conflicto.

Una vez decidida la remisión del asunto a mediación deberá ponerse esta circunstancia en conocimiento de las partes y sus abogados.

En todo caso, la decisión acerca de la remisión de un determinado asunto a mediación debe ajustarse a dos requisitos básicos: que exista un procedimiento penal abierto, y que las partes soliciten el inicio del proceso de mediación manifestando claramente su voluntad de someterse a él (con lo cual se refuerza la voluntariedad como característica básica de la mediación)⁵²⁷.

Es de gran utilidad la existencia de modelos de solicitud de mediación normalizados a disposición de las partes, tanto en los órganos jurisdiccionales, como en los Servicios de Mediación y despachos de abogados.

La información al imputado acerca de esta decisión es aconsejable que se haga en presencia de su letrado (no ofreciendo problemas este hecho, puesto que ya estará nombrado para asistir a esa declaración), a fin de que éste pueda entrevistarse de forma reservada con su cliente informándole de esta posibilidad, de sus resultados y de sus consecuencias.

La Guía del Consejo General del Poder Judicial de Práctica de la Mediación Intrajudicial, establece que durante la tramitación de las diligencias previas, el Juez de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal puede resolver someter la cuestión a mediación. La resolución en la que se acuerde deberá precisar todas las circunstancias relevantes a efectos procesales, muy especialmente los datos relativos a que el acuerdo alcanzado en lo relativo a la reparación del daño podrá valorarse a efectos de atenuar la pena y si se va a suspender el proceso mientras tiene lugar el proceso de mediación⁵²⁸.

Con carácter previo al inicio de la actividad de mediación será necesaria la remisión del expediente al Servicio de Mediación Intrajudicial.

Consideramos preferible esta medida a la sugerida por determinados protocolos, en relación al hecho de que personal del Servicio de Mediación se traslade al órgano judicial y obtenga del expediente judicial la información y documentación necesaria para contar con los elementos precisos para comenzar a desarrollar su labor⁵²⁹.

⁵²⁷ Esta expresión de voluntad, unida a la manifestación del interés en tener una participación activa en la mediación, y a la comprensión por las partes del compromiso que implica la mediación, resultan esenciales a la hora de marcar desde el primer momento las pautas de actuación de la mediación sobre la base de un sometimiento voluntario y comprometido al proceso.

⁵²⁸ Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos, pág. 84

⁵²⁹ Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. Procedimiento de Mediación Penal. Gobierno Vasco, Departamento de Justicia y Administración Pública, pág. 8. www.justizianet/documentos. Esta medida de remisión del expediente, formándose un dossier con una carátula en la que aparezcan perfectamente identificados todos los datos relevantes del asunto, se regula para los casos en que en el partido judicial sede del órgano judicial no tenga sede física el servicio de mediación, pero con mayor razón se considera adecuada la remisión del dossier dentro de la misma sede, con el objeto de dejar constancia documental de la actuación, y

El Secretario Judicial deberá formar un expediente en el que ha de figurar copia de la denuncia y de todas las declaraciones que hayan tenido lugar y copia de los informes periciales. Deberán reseñarse especialmente los datos necesarios para determinar los elementos objetivos y subjetivos sobre los que debe versar la mediación (patologías, adicciones, tasación de daños y datos personales de las partes, por ejemplo). En la carátula, deberán aparecer debidamente identificados el proceso penal del que dimana el de mediación, nombre de las partes, fecha de remisión, así como cualquier otra circunstancia destacable.

Los expedientes remitidos a mediación deberán estar colocados en el Juzgado en un lugar específico y adecuadamente identificados con etiquetas con la leyenda “mediación”.

Si en momentos posteriores el Órgano Judicial recibiera algún otro dato a tener en cuenta para el desarrollo de la labor mediadora, deberá dar traslado del mismo al Servicio de Mediación Intrajudicial dejando constancia de ello en el expediente judicial mediante diligencia de ordenación.

Se establece el plazo prudencial de siete días de plazo desde que el Órgano Judicial decide remitir el asunto a mediación hasta la efectiva recepción del mismo por el Servicio de Mediación⁵³⁰.

En cuanto a la vía por la que debe turnarse el asunto al Servicio de Mediación, parece conveniente que el asunto pase antes por el Decanato encargado del registro y reparto a los efectos de su debida identificación y registro en la aplicación informática, sin perjuicio de que se deje constancia de que, una vez finalizada la mediación, el asunto debe turnarse de nuevo al órgano que conoce del asunto judicial que originó la mediación.

En el proceso de mediación llevado a cabo en el País Vasco es el mediador quien, tras haber recibido el asunto del Juzgado tiene un encuentro con Fiscalía, en el que se analizan las circunstancias concretas de cada caso, forma de plasmación de la actividad reparatoria y su influencia en el escrito de acusación del Fiscal.

El Servicio de Mediación Intrajudicial contactará inmediatamente con las partes si no lo ha hecho ya aprovechando el momento de la comparecencia de algunas de ellas ante el Órgano Judicial con el objeto de tener la primera sesión informativa con las partes. En esta primera toma de contacto, el mediador deberá presentarse y presentar al Servicio de Mediación informando en primer lugar a las partes sobre su contenido, naturaleza y objetivos⁵³¹.

de no interferir en el funcionamiento del órgano judicial. De esta forma se acentúa, además, la separación entre Juzgado y Servicio de Mediación y la diferenciación de funciones entre estos.

⁵³⁰ Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. Procedimiento de Mediación Penal, Gobierno Vasco, Departamento de Justicia y Administración Pública, pág. 9. www.justizianet/documentos.

⁵³¹ En el caso del Programa Piloto de Mediación para la Comunidad de la Rioja, una vez seleccionado el caso tienen lugar una o varias preentrevistas iniciales con la víctima, tras las cuales el Fiscal y el órgano juzgador valoran conjuntamente los límites y el contenido reparatorio de la acusación. Si la víctima accede a mediación, se invita al proceso al victimario y tiene lugar la

Como apunta JIMÉNEZ MARTÍN⁵³², en caso de que las partes presten consentimiento para la mediación, el órgano judicial podrá seguir realizando cuantas diligencias instructoras considere pertinentes en orden al esclarecimiento de los hechos. En todo caso, el proceso de mediación debería desarrollarse preferiblemente antes de que se dicte el auto de procedimiento abreviado o de transformación a faltas, ya que el acuerdo y el plan de reparación ultimado por las partes puede servir de base al Ministerio Fiscal para la elaboración del escrito de acusación. En caso de que se haya transformado el procedimiento de diligencias previas del procedimiento abreviado a juicio de faltas, o que se haya incoado éste directamente, será necesario dejar transcurrir un tiempo hasta el señalamiento del acto del juicio, a fin de dar tiempo a la mediación de obtener resultados y de impedir la prescripción de la falta.

El Juzgado deberá notificar la resolución en la que se acuerda la remisión a mediación a las partes (víctima e imputado), así como a sus Letrados. El Equipo de Mediación deberá remitir una carta informativa a ambos sobre el proceso de mediación, procediendo en unos días a llamar telefónicamente a las partes para verificar la recepción de sus escritos, y aclarar cuantas dudas se suscitaren. Esta llamada es muy importante, puesto que la información facilitada en la misma será determinante para que las partes tomen la decisión de someterse a mediación. Además, cuestiones como la forma en que va a desarrollarse la mediación, el contenido y forma de las entrevistas, el hecho de que todo el proceso se base en el reconocimiento por el imputado de los hechos, la importancia de la reparación del daño y las consecuencias jurídico-procesales que tendrá la mediación deberá ser resueltas en este momento.

Especialmente importante es la presencia de los abogados en esta primera sesión, puesto que esto supone, como opina CARDENAS⁵³³, “un reconocimiento del rol de liderazgo que los abogados ejercen”. Su presencia cuando el mediador no es abogado, es de innegable utilidad y despliega resultados muy positivos, porque a través de esa presencia las partes perciben la voluntad de actuar conjuntamente y en Equipo, buscando la forma de solucionar el problema de la manera más consensuada y pacífica posible.

Además su presencia o de no ser eso posible el conocimiento de lo acontecido en la reunión y en cuantas sesiones posteriores se celebren, es imprescindible para delimitar, no sólo los aspectos más conflictivos de la discusión, sino su contenido jurídico y efectos en el proceso. Sólo de esta

preentrevista con él. GORDILLO SANTANA, L.F. *El proyecto piloto de Mediación Penal...*, op. cit., pág. 12.

⁵³² JIMÉNEZ MARTÍN, J. “La Mediación como medio alternativo de solución de conflictos en el ámbito penal. Encaje en el proceso penal y reformar legales necesarias” en LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación...*, op. cit., pág. 29.

⁵³³ Sobre el contenido y aspectos psicológicos de la primera entrevista ver CARDENAS, E.J., *La Mediación en conflictos familiares*, Buenos Aires 1998, págs. 89 y siguientes, en los que se aborda el orden y contenido de las cuestiones que deben ser habladas en esta sesión inicial. Así por ejemplo se resalta la importancia de una breve introducción y de chequear la actitud y estado psicológico de las partes, procurando que las preguntas iniciales ya demuestren que el mediador ha hecho suyo el asunto preocupándose de las partes e intentando establecer con ella un vínculo de confianza.

manera se puede asegurar el éxito de la negociación enfocado a su introducción en el proceso.

En esta etapa, después de la designación del mediador y de la celebración de reuniones entre éste y la víctima y éste y el imputado, se elaborará un informe sobre la viabilidad o no del proceso de mediación. Este informe determinará el curso del proceso penal subsiguiente (aunque en estos momentos no lo suspende), dependiendo de que efectivamente tenga lugar la mediación o no⁵³⁴.

Siguiendo la experiencia piloto llevada a cabo en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, normalmente es el Secretario Judicial del Juzgado el que se pone en contacto con los abogados de la defensa y de la acusación para informarles de que su caso ha sido seleccionado para ser remitido a mediación, y recabar su consentimiento.

En relación con el contacto inicial del órgano judicial con las partes para comunicarles que su caso será remitido a mediación, es necesario hacer varias precisiones. El contacto con el acusado suele ser más complicado, porque los datos que figuran en el procedimiento pueden no ser ciertos o vigentes, y porque la familia o quienes recogen la carta pueden bloquear la comunicación por desconfianza.

Existe la posibilidad, en este caso, de contar con la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la entrega de la carta, aunque este aspecto debe ser regulado en la Ley y Protocolo con especial cuidado, puesto que hoy en día no estamos ante función judicial para la que deban prestar su colaboración. Tratándose más bien de una actividad intrajudicial para la que se precisa su asistencia, la orden debería partir del órgano judicial, de manera que el oficio sería emitido por el Juzgado para su cumplimiento.

La Guía Práctica del Consejo General del Poder Judicial establece que si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona imputada manifestase su voluntad de hacerlo, el Equipo de mediación podrá recoger documentalmente la voluntad de éste de reparar el daño, y la actividad a desarrollar para que esto sea efectivo. Esto tendrá sus efectos penológicos y podrá ser tenido en cuenta por el Ministerio Fiscal y el órgano judicial a los efectos de aplicar la atenuante de reparación del daño⁵³⁵.

Como tantas veces se ha dicho, lo acontecido en el proceso de mediación no debe tener repercusión aunque sí reflejo en el proceso penal. Así como el mero reconocimiento de los hechos por el imputado no implica el reconocimiento de la culpabilidad, y aunque se llegue a un acuerdo en mediación el resultado puede no ser una sentencia con declaración de culpabilidad, el hecho de que no se llegue al acuerdo

⁵³⁴ Para más información, consultar el cuadro que sobre esta fase de premediación se contiene en el *Libro Blanco de la Mediación de Cataluña*.

<http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php> pág. 689.

⁵³⁵ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos pág. 86.

tampoco debe influir en el resultado de la resolución judicial que ponga fin al proceso.

Sí que es cierto que los efectos del intento de mediación plasmados en la actitud favorable a la reparación del daño no deberían perderse en el proceso porque la mediación no haya llegado a buen fin, pero también lo es que deben quedar perfectamente delimitados ambos procesos sin que quepa desvirtuar la esencia de cada uno de ellos. Por tanto, debemos concluir, si la mediación tiene éxito, el documento que recoja el acuerdo tendrá relevancia y efectos jurídico-procesales en el proceso, pero si por el contrario no tiene éxito, sólo en los trámites procesales establecidos en la Ley podría reflejarse esa voluntad, por lo que sólo a través de los escritos de acusación, declaración del imputado y petición de pena podría introducirse y valorarse la actitud del acusado favorable a reparar el daño a los efectos de suavizar el régimen punitivo a aplicar. Obsérvese que estamos afirmando la introducción de la actitud del imputado favorable, no al sometimiento a mediación, sino a la reparación del daño, por lo que se puede decir que se conserva la integridad e independencia de mediación y de proceso, sólo comunicados en caso de resultado positivo de la misma o de resultado negativo, pero con una actitud positiva del acusado introducida debidamente en el proceso a través de los actos con relevancia procesal legalmente establecidos.

Una solución intermedia, dado que el mediador no podrá intervenir como testigo en el proceso judicial, sería que quedaran documentadas en las actuaciones la actitud del imputado y su voluntad de reparar el daño, especificando las actividades conducentes a ello que esté dispuesto a realizar. Esto sólo podría quedar unido al proceso mediante el las declaraciones del imputado en el acto de la vista, en respuesta a las preguntas que le formule el Ministerio Fiscal, y tomando como referencia esa información, nunca siendo esa información la determinante de su decisión sin su introducción en el proceso vía declaración del interesado. Quizás la forma de que el Ministerio Fiscal tomase conocimiento de la actitud del acusado sí podría ser el informe del Servicio de Mediación, para ser tenido en cuenta por el Ministerio Fiscal a la hora de marcar las consecuencias jurídicas procesales correspondientes los efectos de atenuar la responsabilidad penal por reparación del daño. Pero en cualquier caso será a la vista de esa documental meramente informativa incorporada al proceso, cuando el Ministerio Fiscal, podrá modular la responsabilidad penal en su escrito de acusación y petición de pena, y, como ya hemos dicho, esto se tendrá que hacer teniendo en cuenta la manifestación de voluntad que realice el imputado en el proceso, no en mediación.

Si se tratara de juicio de faltas el trámite sería el mismo: acuerdo sobre remisión a mediación, carta explicativa, remisión de *dossier* al Equipo de Mediación, desarrollo del proceso y terminación del proceso de mediación y del judicial en base a lo resuelto en el primero.

A1.1.2. Sesión informativa

En cuanto al proceso de mediación propiamente dicho, la preparación de la entrevista inicial supone en el mediador una tarea,

didáctica, puesto que debe crear un espacio de confianza que consiga que las partes venzan su resistencia o recelo inicial al comprobar que lo que se les ofrece puede resultar útil, conveniente y práctico.

Es necesario crear un ambiente físico cómodo y acogedor, estudiando las distancias, la disposición de las sillas y hasta el aspecto físico del mediador. No debe faltar una pizarra o un rotafolio⁵³⁶ para que el mediador o las partes puedan escribir.

En cuanto a la forma concreta de abordar la sesión informativa, en los primeros momentos del mediador con las partes se deben cuidar al máximo los detalles.

Por ejemplo, el hecho de que el mediador se presente y presente la mediación con frases de modelo, puede resultar contraproducente, porque las partes pudieran tener la percepción de que se encuentran ante un trámite más en el que de nuevo son tratados de forma impersonal. El tratamiento de la información que el mediador debe obligatoriamente facilitar en estos momentos ha de ser especialmente respetuoso con la situación de las partes y perceptivo sobre el momento y la forma de suministrar esa información.

Es conveniente ir desgranando la información sobre el contenido y etapas del proceso de mediación, la confidencialidad, las relaciones de la mediación con el proceso y otros aspectos relevantes de manera gradual o respondiendo a las preguntas de las partes a medida que les van surgiendo porque esto contribuye a distender el ambiente y reforzar la confianza de las partes.

De la misma manera, tal y como apunta MARQUÉS CEBOLA⁵³⁷, es necesario dejar claro a las partes cuál es el papel del mediador en el proceso, sus técnicas y metodologías, y el método de intervención que va a utilizar en las sesiones de mediación. Así se consigue superar su temor y recelo hacia lo desconocido, permitiendo a las partes una percepción más clara de su responsabilidad en la consecución del acuerdo, y de la labor que el mediador va a tener en él.

También es este el momento en el que se puede hablar de las funciones del mediador haciendo especial hincapié en su imparcialidad y en el deber de secreto profesional que tiene.

En segundo lugar, deberá explicar a las partes las cuestiones prácticas en las que éstas tengan dudas, o en las que simplemente sea necesario organizar y preestablecer normas y pautas de funcionamiento: forma de desarrollarse las sesiones, orden en que las partes harán uso de la palabra, forma de resolver las discrepancias en relación a los datos, límite temporal de las sesiones o reglas acerca de las interrupciones⁵³⁸.

⁵³⁶ Material didáctico, consistente en un soporte con un pliego de folios, que permite escribir en cada una de las páginas, rotando las mismas a medida que se avanza en la sesión, de manera que se va progresando en los pasos a seguir y en el contenido recogido en las láminas, constituyendo un método pedagógico dinámico y completo.

⁵³⁷ MARQUÉS CEBOLA, C., *La Mediación...*, *op. cit.*, pág. 203.

⁵³⁸ Se trata, pues, de allanar de alguna manera los obstáculos que pudieran preverse en lo relativo a la falta de colaboración de las partes o el desarrollo inadecuado de la mediación por falta de

Por último, deberá informar a las partes sobre la repercusión que lo acontecido en mediación va a tener en el proceso penal, con información clara y precisa de las posibles incidencias que puede tener en el proceso, así como de las posibles formas de terminación de la mediación⁵³⁹.

Se deberá entregar a las partes toda la documentación necesaria para participar en el proceso de mediación, documentación entre la que deberá encontrarse el consentimiento informado necesario para el inicio de la actividad mediadora. Incluso, a efectos de centrar las cuestiones sobre las que puedan existir más diferencias, es conveniente entregar a las partes un cuestionario sobre datos objetivos relativos a las medidas sobre las que debe versar la mediación: datos personales de las partes, cuestiones económicas, etc.⁵⁴⁰.

Una vez realizada esta labor, tiene lugar la actividad de planificación de las sesiones de mediación. A pesar de que ya se habrá adelantado por el mediador la forma de trabajar en las sesiones a la hora de hablar de su metodología, en este momento se deben concretar aspectos puntuales de la misma que MARQUÉS CEBOLA⁵⁴¹ sistematiza en el establecimiento de reglas que afectan a “1) al orden en que los mediados intervendrán; 2) a las interrupciones del discurso de la otra parte; 3) a los intervalos y pausas; 4) al tiempo (duración) de la mediación (debiendo cada parte indicar de qué tiempo dispone; 5) a la intervención de otras personas como peritos, testigos, familiares o amigos; 6) a la forma en que los desacuerdos deberán ser superados y 7) a las reglas relativas a los *caucus* o encuentros privados con las partes”.

Finalmente en este momento deberá el mediador decidir si la mediación es posible, si el asunto es apto para ser sometido a mediación, si las partes han prestado su consentimiento y la voluntariedad que informa su actuación no deja lugar a dudas, si el conflicto puede ser negociado en mediación si el interés de las partes en buscar una solución es real y creíble mostrando éstas capacidad para escuchar, entender y

conocimiento de las normas de funcionamiento. Es una expresión más del “rol educacional activo” que desempeña el mediador, sobre todo en los primeros momentos de la mediación. DE DIEGO VALLEJO, R. Y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso...*, op. cit., pág. 140

⁵³⁹ En este momento es necesario plantearse si el momento más adecuado para la selección de los casos que han de llevarse a mediación es el inicio del proceso o un poco más adelante, cuando el Ministerio Fiscal ya ha adelantado el escrito de acusación y la incidencia que la reparación va a tener en el mismo. Como advierte MARÍA ANGELES MONTES, Fiscal Jefe de la Comunidad Autónoma del País Vasco, “no existe cauce procedimental ni están reguladas, salvo en la medida ya señalada, las consecuencias penales que para el autor de los hechos pueda tener el someterse a un proceso de esta naturaleza, de forma que, cuanto antes empiecen a arbitrarse medidas y concretarse lo que le va a deparar el someterse a ese “enfrentamiento” con su víctima, mucho mejor”, *Jornadas sobre Mediación Penal. La experiencia de Barakaldo*, Noviembre 2007.

⁵⁴⁰ De especial utilidad práctica es la guía elaborada por DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO, relativa a aspectos prácticos en el desarrollo de las sesiones de mediación. *Mediación. Proceso...*, op. cit., págs. 227 a 233.

⁵⁴¹ Como apunta la autora, algunos mediadores prefieren establecer estas normas con carácter obligatorio desde los primeros momentos de la sesión, otros consideran preferible esperar al desarrollo de la negociación para ir adaptando esas reglas al proceso una vez que éste se va desarrollando. Pero en cualquier caso no está de más informar a las partes en líneas generales de dichas normas así como de la forma de trabajar con ellas que adoptará el mediador. MARQUÉS CEBOLA, C., *La Mediación*, op. cit., págs. 204 y 205.

llegar a un entendimiento poniéndolo en conocimiento del órgano judicial⁵⁴².

De ser así, las partes deberán firmar en este momento el acta inicial de la mediación, mediante la cual las partes prestan su consentimiento a someter el asunto a mediación obligándose a respetar las normas de las que han sido informadas.

A1.1.3. Fase de acogida

Durante la fase de acogida que sigue se realiza una entrevista individual y por separado con cada una de las partes, en la que comenzarán a abordarse los aspectos fácticos y emocionales del hecho. Es necesario que las personas afectadas relaten, no sólo el hecho sino su percepción de él, su análisis de las causas y consecuencias y su actitud hacia el problema y la búsqueda de una solución. Se intentará que el relato y el análisis de los hechos tengan una proyección de futuro, buscando desde un enfoque constructivo la mejor manera de encauzar la situación, reconduciendo emociones y actitudes. Será necesario conocer la situación de la persona imputada con la justicia, así como su nivel de responsabilidad en la asunción del hecho.

Resulta de gran utilidad elaborar entre el mediador y las partes un catálogo en el que se enumeren las cuestiones a tratar de mayor a menor importancia, tanto en lo relativo a importancia del problema en sí como en lo que a urgencia para su resolución se refiere.

Dentro de cada uno de las cuestiones que forman parte de esa lista, será necesaria una labor de diálogo y generación de opciones o soluciones teniendo en cuenta los intereses comunes y el equilibrio entre ambas partes, y procurando que la solución satisfaga a ambos. Una vez analizadas todas las opciones, reformulados los aspectos conflictivos en los que no exista el acuerdo, y negociados los acuerdos será necesario elaborar o redactar esos acuerdos trabajando en todos y cada uno de ellos con el fin de llegar a un acuerdo global y comprensivo de todas las cuestiones que se han abordado en la mediación y que deben ser decididas para la traslación de ese acuerdo al proceso judicial⁵⁴³.

⁵⁴² GUIMERÀ I GALIANA, A. “La Mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya”, *Revista Española de Investigación Criminológica, REIC*, Nº. 3, 2005, <http://www.criminologia.net>, pág. 4.

⁵⁴³ Ver el cuadro sobre las fases del proceso de mediación que expone MOORE citado por MAÑAS RODRÍGUEZ. En este cuadro se analizan las fases de “recogida de información” y pre-negociación y la “estructuración de los significados atribuidos a las relaciones por cada una de las partes en conflicto, aproximación, elaboración y resolución final”, enumerando los objetivos y pautas de cada una de las estrategias a seguir y las etapas por las que debe transcurrir la mediación (la definición de las cuestiones a tratar, y la manifestación de los intereses ocultos de las partes, la elaboración de alternativas, la evaluación de las mismas, la negociación definitiva y el acuerdo formal final). Cfr. su trabajo “La negociación en la mediación” en LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, 2011, pág. 29.

En el mismo sentido, cuadro sobre las fases de la mediación penal elaborado por el equipo de investigación de *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*.

<http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php> pág. 689.

Respecto de la persona acusada o enjuiciada, en su entrevista individual se necesitará conocer la motivación y causas de su acción, pero sobre todo su asunción de responsabilidad tanto del delito como de las consecuencias del mismo, las generadas para él mismo y las que se han causado a la víctima. Es necesario crear en él la empatía necesaria para comprender desde el otro lado los efectos de su acción.

En cuanto a los letrados intervinientes, será necesaria su presencia, tanto en el momento inicial en el que podrán aconsejar a su cliente sobre la conveniencia de resolver el conflicto mediante mediación, como en el momento de la formalización del acuerdo con el correspondiente acuerdo restaurativo o reparador, incluyendo en él los aspectos técnicos y profesionales necesarios para su necesaria migración al procedimiento penal.

Es aconsejable, sin embargo, que no acudan a las sesiones del proceso de mediación, sin perjuicio de que en todo momento puedan solicitar y obtener información sobre las mismas asesorando incluso a sus clientes sobre la forma de enfocar la negociación más adecuada a sus intereses.

Al final de la entrevista se puede entregar a la parte un documento guía sobre la mediación en el que se plasme por escrito el contenido, fases y normas de la mediación que va a tener lugar.

Después de estas entrevistas se pueden llegar ya a ciertas conclusiones basadas en el cuestionario que se ha hecho cumplimentar a las partes, y que resultan de gran utilidad como barómetro de opinión acerca del proceso de mediación en general, y de la aceptación por las partes del mismo en particular.

Siguiendo a PASCUAL RODRÍGUEZ⁵⁴⁴, y tomando de nuevo como referencia la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, en cuanto a las víctimas se aprecia que:

- Desconocen que el hecho que denuncian vaya a ser enjuiciado. Piensan que la justicia después de tantos años transcurridos desde los hechos ya se ha olvidado del asunto.
- Desconocen que el Ministerio Fiscal les vaya a representar y el trabajo que éstos desempeñan. Tampoco saben que les corresponde una indemnización, y cuando conocen la pena que el Fiscal solicita en su escrito de acusación suelen quedarse perplejos ante la desproporción por los hechos sufridos.
- No creen en la Justicia.
- Las víctimas mayores de 40 años suelen ser más sensibles, muestran más empatía, más benignidad; poseen sentimientos más pietistas, y expresan menos necesidad de venganza que la transforman en ofrecer oportunidades de

⁵⁴⁴ PASCUAL RODRÍGUEZ, E. “La mediación en el Derecho Penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid”

www.poderjudicial.es/.../ponencia-%20ESTHER%20PASCUAL%20ROD, págs. 6 y 7.

educación y de igualdad. Desean que la justicia eduque y que dé oportunidades para el cambio.

- Algunas víctimas menores de 23 años sólo quieren venganza. Desean que los delincuentes vayan a la cárcel y que se pudran dentro. No empatizan, no desean conocer la historia vital del acusado, y sólo quieren el dinero de la responsabilidad civil cuando se han enterado de que les corresponde. No ven a los acusados como personas, sino como delincuentes merecedores de castigos imperdonables, y no desean encontrarse con el acusado ni en la mediación ni en el juicio.
- Las víctimas entre 24 y 40 suelen ser más miedosas. Temen que los acusados se venguen por sus denuncias. Normalmente son personas ahogadas por su situación económica, pues están en pleno pago de sus hipotecas por casa, vehículos, etc. Le dan importancia a la responsabilidad civil, pero no como algo educativo, pues necesitan ese dinero. A pesar de esto, sí empatizan, y son sensibles. Se muestran reacias a enfrentarse a sus agresores, pero no niegan y son capaces de ver lo ventajoso de someterse al encuentro dialogado. Necesitan una entrevista individual más larga que el resto de participantes, y son muy expresivos.
- Las víctimas sean de la edad que sean son muy puntuales. Suelen ser educadas y respetuosas. Nunca faltan a una cita.
- Todas las víctimas desean tener el permiso de su familia y allegados para someterse al proceso, aunque algunas lo inician a escondidas de sus padres, parejas, hijos, etc., por temor a que les reprochen lo que han hecho: encontrarse cara a cara con su agresor, aceptar su perdón, conocer su historia, y charlas con él, darle la mano o incluso un abrazo.
- Las víctimas -padres o madres- se proyectan pensando en que sus hijos podrían estar en la situación de los acusados. Al verse cara a cara con sus agresores ven a sus hijos en esa sala. Pocas víctimas logran reprimir el llanto.

Por lo que se refiere a los acusados:

- “Suelen ser impuntuales, siempre aduciendo problemas de salida de los trabajos. Su visión del tiempo no tiene nada que ver con sus dimensiones reales.
- Reconocen casi en su totalidad los hechos por los que son acusados, aunque suelen engañar en algo u ocultar la mecánica de los hechos, no por mentir, sino por vergüenza.
- Empatizan con la víctima sin problemas y son capaces de ver el daño que han hecho.
- Se sorprenden tremendamente cuando se les informa acerca del miedo por las represalias de la denuncia que sienten las víctimas. Nunca se les ocurrió hacer daño a su víctima por haberle denunciado. No consideran culpables a las víctimas

- si son condenados. Saben asumir su propia responsabilidad y funcionan desde el criterio de que quien la hace la paga.
- Los delincuentes primarios suelen ser vergonzosos, no creen en la suspensión de la condena, no se atreven a mirar a la víctima a la cara y logran contener el llanto con cierto esfuerzo.
 - Algún delincuente que ha tenido varios roces con la justicia sin ser técnicamente reincidente mira a la Administración de Justicia sin temor. Cree firmemente que a prisión en España sólo se va por cosas muy graves y por un tiempo breve y limitado. No empatizan, y no se consideran responsables de sus hechos, le devuelven toda la responsabilidad a sus víctimas. Considera excesivos los pagos de la responsabilidad civil y confía en declararse insolvente para no pagar.
 - El 90% de los acusados proviene de sectores marginales o con cierto desarraigo: gitanos, inmigrantes, toxicómanos, sin apoyo familiar y sin recursos sociales, económicos y personales.
 - Tampoco creen en la justicia, exceptuando los gitanos.
 - Son en la mayor parte de los casos- en todos los expedientes que hemos visto, menos en 2- hombres y jóvenes”.

A1.1.4. Desarrollo de las sesiones de mediación

Según GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ⁵⁴⁵, durante las sesiones de mediación, los participantes trabajarán de forma proactiva en la superación de las deficiencias en la comunicación y en la búsqueda de opciones justas, equilibradas y posibles para aquellos problemas en los que existan desavenencias.

De nuevo se abre la posibilidad de celebrar sesiones privadas con el mediador, cuando así lo soliciten las partes o el mediador lo considere conveniente, pudiendo el resultado de esas sesiones privadas ser compartido en las sesiones conjuntas, o mantenerse confidencial dentro del proceso de mediación.

Es conveniente, seguimos en este punto a la autora citada, que el mediador haga un seguimiento de los problemas que ya hayan sido resueltos, así como de aquellos que aún estén abiertos. Este seguimiento permite un conocimiento más cabal del proceso, al tiempo que facilita que se cierren acuerdos basados en los consensos parciales que se vayan obteniendo y que supongan un allanamiento de obstáculos de cara al acuerdo global final.

⁵⁴⁵ En concreto, la autora citada destaca las siguientes áreas conflictivas: separación física, custodia de los hijos, manutención conyugal, convenio sobre los bienes, visitas, planes de contingencia, planificación de los fondos para impuestos, manutención de los hijos, procesos legales y otros. A pesar de que son materias propias de la mediación familiar, también es un buen momento para comenzar a hablar sobre estos asuntos especialmente sensibles para rebajar tensión y chequear las posiciones de las partes. GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, C. *Manual de mediación, op. cit.*, pág. 51.

También deben quedar establecidas con carácter previo al comienzo de las sesiones las causas insalvables que hacen que el proceso de mediación deba concluirse sin acuerdo: incumplimiento de las reglas, participación incompleta, falta de preparación personal, deseo de una de las partes avalada por el mediador de concluir por entender que existe una diferencia insalvable, y transcurso de un número suficiente de sesiones sin ningún avance o acuerdo parcial sustancial.

Así como el concepto de “diferencia insalvable” debe quedar definido en la sesión informativa, también lo deberán estar las estrategias que el mediador podrá utilizar para gestionar esas diferencias y sus consecuencias.

Así, las partes deberían ser informadas de las posibles actitudes del mediador ante las vicisitudes que pueden presentarse en el proceso, de manera que quede claro el camino que se va a seguir ante cualquier contingencia que se presente. Por ejemplo, en qué casos el mediador podrá dar por finalizada la mediación, como el incumplimiento de reglas antes visto, pero también la actitud violenta de las partes, la constatación de la imposibilidad del acuerdo, o en los casos de violencia de género, al comprobar el desequilibrio entre las posiciones de las partes.

Las partes también deberán ser informadas de los supuestos en que será necesario un descanso o *interin* entre sesiones. Es el caso de que los ánimos estén demasiado exaltados, pero el mediador perciba la posibilidad de diálogo una vez que se haya rebajado la tensión, o cuando se presenten acontecimientos nuevos que aconsejen un tiempo para meditar y recalculer posiciones y estrategias, así como cuando sea necesario que los participantes consulten o se hagan asesorar por terceros sobre determinados aspectos de la negociación.

Deberán también establecerse reglas de comportamiento durante las sesiones, de puntualidad y uso de los tiempos, de posibilidad previo consentimiento de grabar las sesiones, y de conducta que podríamos denominar deontológica de las partes: facilitar toda la información de que se disponga sin ocultar datos, respeto al mediador y sus decisiones y acatamiento de todas las normas expuestas.

Además deberá existir información clara sobre el valor de la documentación que se emita a lo largo del proceso de mediación, considerando por ejemplo que los borradores del acuerdo de mediación puedan servir de copia de trabajo para su revisión y modificación por los participantes hasta llegar a su redactado final.

Por último, es conveniente que las partes firmen un documento en que se hagan constar todos estos extremos, así como la información acerca de la imposibilidad de poder utilizar en juicio lo hablado en mediación, y de contar con el testimonio del mediador como prueba testifical. También deberán ser informadas de la posibilidad de acudir a un Tribunal antes de que se ultime el acuerdo de mediación, o en su

defecto se decida su suspensión o finalización por imposibilidad del acuerdo⁵⁴⁶.

La fase de encuentro dialogado consiste en una entrevista conjunta o individual del mediador con cada una de las partes, siempre que no sea posible la confrontación de todas ellas en el mismo espacio físico, preferible siempre a la mediación a distancia.

Esta fase puede constar de una o varias sesiones según la situación psicológica de las partes, la complejidad del asunto y la necesidad de espaciar los encuentros conforme a la valoración del mediador.

Según el Protocolo del Gobierno Vasco de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial para el Procedimiento Penal, fechado en junio de 2012, se debe procurar no superar el total de seis sesiones incluyendo las sesiones iniciales mediante la aplicación de “técnicas de mediación que permitan controlar los niveles de tensión y asegurar a las partes el uso de la palabra, aclarar opiniones, haciendo resúmenes y traduciendo lo que va sucediendo al lenguaje más sencillo y claro posible”⁵⁴⁷.

Se considera conveniente en algunos casos la utilización de los *caucus* o sesiones privadas, especialmente indicadas para corregir determinados defectos estructurales que a juicio del mediador pueden dar al traste con la mediación.

Estas reuniones son confidenciales, y parten de la base de igualdad de ambas partes en el proceso, de suerte que si se celebra el *caucus* con una de las partes, necesariamente ha de celebrarse con la otra, siendo condición básica que el mediador tenga claro qué aspectos de todo lo acontecido en estas sesiones con una parte puede llevar a la reunión principal o a un *caucus* con la otra parte, y qué debe quedar en el estricto ámbito de la confidencialidad.

La conveniencia y utilidad de los *caucus* puede referirse tanto a la necesidad de recuperar el control por parte del mediador sobre el proceso como a la necesidad de dedicar especial atención a alguna de las partes en el proceso de mediación que necesite tranquilizarse o reforzar su posición o en los casos de escalada emocional, peleas o fallos en la comunicación.

También se utiliza en aquellos casos en que el mediador tenga el convencimiento de que las partes o una de ellas no está siendo sincera, en supuestos en los que el mediador tenga el convencimiento de que no toda la información está encima de la mesa o de que es necesario entrevistarse con una de las partes sin que la otra conozca el contenido de dicha conversación. En casos en que existan problemas emocionales

⁵⁴⁶ Ver para más información el modelo de documento elaborado por GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ.C., *Manual de mediación*, Barcelona 1999, págs. 51 a 53.

⁵⁴⁷ Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. Procedimiento de Mediación Penal. Gobierno Vasco, Departamento de Justicia y Administración Pública, pág.8. www.justizianet/documentos.

graves o una desigualdad manifiesta, la celebración de estas sesiones privadas puede ayudar a salvar la mediación⁵⁴⁸.

Las siete reglas del *caucus* son, según ROZENBLUM DE HOROWITZ, evitar preguntar porque puede traer justificaciones, no interpretar a las partes, tomar nota y utilizar las palabras de las partes, cuidar el lenguaje, dar el *feedback* (permitiendo la circulación de la información y el intercambio permanente de datos), indagar acerca del alcance que las partes quieren dar a la regla de la confidencialidad y resumir antes de finalizar⁵⁴⁹.

Una vez finalizados los *caucus*, en los que el mediador se habrá centrado en la formulación de preguntas abiertas que le faciliten la evaluación del caso, el conocimiento de los puntos débiles y fuertes de cada parte, el coste-beneficio de cada uno y las conclusiones a extraer, una buena forma de reanudar las sesiones conjuntas consiste en traer a la misma los puntos de coincidencia a que se ha llegado en los *caucus* individuales.

De esta manera se facilita el tratamiento de los temas especialmente difíciles y delicados y se allanan los obstáculos y fallos de comunicación tranquilizando a las partes y reconduciendo las sesiones⁵⁵⁰.

A1.1.5. Fase de acuerdo

Cuando las partes llegan a un acuerdo, éste se plasma en un documento denominado “acta de reparación” que contendrá el plan de reparación y que será comunicado al Órgano Judicial y al Ministerio Fiscal. Nunca se documentará y firmará el acuerdo si las partes no han sido previamente asesoradas por su representación letrada.

En el texto del acuerdo deberán reflejarse los términos exactos de éste. Su redacción debe ser clara, concisa y precisa y ha de permitir ser revisado en caso de incumplimiento de las partes, o de divergencias respecto a algún extremo del mismo. En todo caso tres han de ser, a juicio de GUIMERÀ I GALIANA los requisitos que deben definir la reparación para que el acuerdo sea válido y surta plenos efectos: que la actividad de reparación tenga carácter público, que esté dirigida a la

⁵⁴⁸ Enumera GONZÁLEZ-CAPITEL algunos ejemplos de celebración de sesiones privadas cuando se necesite “1. Dar ánimo a la gente: separar, tranquilizar o calmar a aquellas personas que están distraídas o manteniendo una discusión, darle una oportunidad para hablar a una persona tímida o miedosa, ayudar a que la gente piense en lo que necesita o quiere. 2. Controlar el proceso, cambiar el ánimo o la dirección de la sesión, interrumpir comportamientos que no ayudan como pueden ser los ataques insultos, confrontar a la gente en privado.3. Resolver el problema: recibir información privada, explorar intereses y soluciones potenciales, ayudar a que la discusión no se quede estancada. 4. Consultar con un co-mediador estrategia, anotar en un listado todos los asuntos antes de ponerlos en la agenda, hablar sobre los desacuerdos, aumentar todo lo que sea positivo para la imparcialidad”. GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ C. *Manual de mediación, op. cit.*, págs. 92 y 93

⁵⁴⁹ ROZENBLUM DE HOROWITZ, S., *Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Barcelona, 2007, págs. 33 a 36.

⁵⁵⁰ Para más información, ver ROZENBLUM DE HOROWITZ, S., *op. supra cit.*, págs. 33 a 36.

resocialización del infractor, y que tenga concreción tanto en el espacio como en el tiempo⁵⁵¹.

Es posible que las partes quieran intervenir de forma más activa en la redacción del texto del acuerdo, lo cual ha de permitirse si se considera conveniente, y si las partes tienen las habilidades y recursos necesarios para ello pudiendo, incluso, contar con la asistencia de sus letrados a tal fin. Este sistema es recomendable, a juicio de GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ en casos de especial tensión y desacuerdos entre las partes, en los que la exposición en nombre propio y en primera persona por las partes de los términos del acuerdo a que han llegado contribuye a rebajar la tensión evitando actitudes tanto pasivas como agresivas⁵⁵².

El compromiso reparador va dirigido a la resolución de fondo de un determinado conflicto, sobre todo en lo que se refiere a los conflictos morales y personales que suelen tener carácter privado y referirse además a relaciones estrechas de vecindad, amistad o parentesco. Por ello, a veces, los compromisos extienden su radio de acción a todo el ámbito de la relación, de manera que no sólo comprenden actividades del infractor, sino que a veces implican también ciertas concesiones de la víctima dirigidas a renuncias al ejercicio de acciones civiles, penales o laborales de la víctima o compromisos de conducta o de ciertos comportamientos a desarrollar.

Deberá entregarse a las partes un borrador del texto del acuerdo, concediéndoseles un plazo prudencial para que éstas puedan consultar con terceras personas (abogados u otros) y meditar sobre el texto transcrito.

Este documento será firmado por las partes y el mediador, entregándose copias a cada una de las partes, al Servicio de Mediación, al órgano judicial y a fiscalía.

La forma de comunicar al órgano judicial el resultado de la mediación efectuada puede ser, según el Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial para el Procedimiento de Mediación Penal alguna de las siguientes:

- Mediante escrito presentado directamente ante el Juzgado remitente.
- Mediante escrito sellado ante el Decanato o Servicio de Registro existente en el partido judicial.
- Mediante escrito remitido mediante saca interna en partidos judiciales donde no exista sede física del servicio o si cuando exista no funcione todos los días⁵⁵³.

⁵⁵¹ GUIMERA I GALLIANA, A., “La Mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya”, *Revista Española de Investigación Criminológica, REIC*, N.º. 3, 2005, <http://www.criminologia.net>, pág. 13.

⁵⁵² GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, C. *Manual de mediación, op. cit.*, págs. 49 y 50.

⁵⁵³ Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. Procedimiento de Mediación Penal. Gobierno Vasco, Departamento de Justicia y Administración Pública, pág. 9. www.justizianet/documentos

Consideramos que la forma más adecuada de comunicar al órgano judicial el resultado de la mediación es la presentación del escrito dirigido al Juzgado remitente a través del Decanato o Servicio de Registro y Reparto. A pesar de que la existencia de este servicio está prevista más bien para la presentación de escritos de carácter procesal, es aconsejable la recepción y registro informático del acuerdo de mediación para un control riguroso de los escritos que entran en cada juzgado.

Es conveniente utilizar, en la medida de lo posible los medios telemáticos al alcance del órgano judicial, del Servicio de Mediación y de Fiscalía a los efectos de agilizar y modernizar el proceso dotando de mayor eficacia a la actividad de mediación.

Se aconseja asimismo que el Servicio de Mediación elabore un informe interno en el que se analizará la actividad desarrollada en la mediación e incidencias que en ella hayan tenido lugar, valorándose el acuerdo de reparación alcanzado. Este informe deberá ser remitido también al Juzgado y a Fiscalía, y será de gran utilidad a la hora de valorar las consecuencias que la mediación alcanzada y el acuerdo de reparación contenido en ella pudieran tener en la tramitación procesal posterior y en la forma de terminación del proceso.

Si la decisión de acudir a mediación tuviese lugar ya en fase de enjuiciamiento, el trámite a realizar es el mismo, es decir, el Juez o el Ministerio Fiscal, advertida la posibilidad de desarrollar la mediación, decidirán su remisión, informándose por el Secretario Judicial a las partes y sus abogados de que ese caso ha sido seleccionado.

Si las partes manifiestan su conformidad, se remite al Equipo de mediación el *dossier* informativo con los datos del proceso y de identidad de las partes y copias de cuantos documentos sean relevantes para el caso: copia de la denuncia y de las declaraciones de las partes, informe pericial de tasación de daños y además en estos casos, copias de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de defensa. El Juzgado dictará una providencia derivando el asunto a mediación comenzando los contactos de las partes y el Equipo de mediación.

Tendrá lugar la sesión informativa, tras la cual las partes deberán decidir si se someten o no a mediación. Si las partes se niegan, se documentará tal negativa informando al Juzgado, quien dictará nueva providencia en la que se hará constar ese resultado ordenando seguir el proceso.

Cuando la víctima se niegue a participar en el proceso de mediación pero el imputado manifieste su consentimiento a hacerlo, se hará constar también en el proceso este extremo especificando la voluntad reparadora de éste y el ofrecimiento de las actividades dirigidas a tal fin propuestas. Esto deberá hacerse constar en el informe que el Equipo de mediación enviará al Órgano Judicial, a los efectos de que sea tomado en consideración por el Ministerio Fiscal para valorar la pena a solicitar en su escrito de acusación.

Las fases de acogida y de encuentros dialogados, así como la del acuerdo cuando la mediación tiene lugar en el momento procesal del enjuiciamiento son similares a las ya descritas anteriormente.

En la celebración del juicio no se citará por regla general al mediador salvo si el Ministerio Fiscal o el Juez considerasen conveniente su presencia (decidida de oficio o a instancia de las partes), para aclarar determinado aspecto del plan de reparación hecho constar en el acuerdo de mediación. Queda abierta la posibilidad de que en casos de especial complejidad o de acuerdos parciales que no alcancen a todos los aspectos reparadores pueda ser el mediador el que solicite su presencia en el acto del juicio.

Si no se hubiese llegado a un acuerdo en fase de mediación, se documentará este extremo poniéndolo en conocimiento del órgano judicial. El acto del juicio oral se iniciará con el trámite de la conformidad en la que el Ministerio Fiscal podrá modificar el escrito de acusación a la vista de lo comunicado por el Equipo de mediación, añadiendo y valorando lo comunicado por éste en lo relativo al esfuerzo reparador del acusado a los efectos penológicos que correspondan.

El Juez o Tribunal, al dictar sentencia, deberá valorar la adecuación jurídica de los acuerdos o voluntad reparadora alegada para dictar sentencia acogiendo, no sólo el acuerdo de mediación sino también en caso de ausencia de éste, la voluntad reparadora expresada en el proceso por el imputado.

Si la mediación ha tenido lugar en la fase de ejecución, una vez dictado el auto declarando la firmeza de sentencia, que es título ejecutivo, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal decide la idoneidad del caso para ser remitido a mediación. El Secretario Judicial contactará telefónicamente con las partes para comunicárselo, y la mediación se desarrollará como en los casos anteriores.

Si no se alcanzase el acuerdo, según la Guía del Consejo General del Poder Judicial, el Juez o Tribunal podrá decidir sobre la suspensión, sustitución o informe para el indulto a la vista del informe del Equipo de mediación, en el que se pongan de manifiesto los esfuerzos del imputado para reparar el daño causado, su reconocimiento de los hechos o la actitud positiva hacia la pacificación de la relación. Esto deberá ser valorado por el Fiscal y el Juzgado a los efectos mencionados⁵⁵⁴.

A1.2. EFECTOS DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PROCESO JURISDICCIONAL

Las repercusiones que el acuerdo de mediación puede tener en el devenir posterior del proceso se traducen en la valoración que el órgano judicial debe hacer del acuerdo de reparación, ya sea real, moral o simbólica, y de los esfuerzos de la persona acusada por reparar el daño causado.

⁵⁵⁴ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos, pág. 109

GUIMERA I GALIANA⁵⁵⁵ ha elaborado un esquema de gran utilidad práctica, en el que se enumeran las posibles terminaciones del proceso en función de lo acordado en mediación:

- sentencia condenatoria (entre la que suelen incluirse los casos de delitos patrimoniales o de daños)
- sobreseimiento provisional (en el que considera el autor que el Juez parece inclinarse por cerrar la instrucción por haberse conseguido la satisfacción y reparación de la víctima y la resocialización del infractor)
- transformación en juicio de faltas
- retractación del derecho a la denuncia⁵⁵⁶
- remisión a la Audiencia Provincial (por considerar que la entidad del hecho y de las consecuencias debe ser objeto de inhibición a la Audiencia Provincial, donde de nuevo podría estudiarse la posibilidad de iniciar una mediación)
- sobreseimiento libre o celebración del juicio oral pendiente

El acuerdo acerca de la aplicación de una atenuante ordinaria, cualificada o muy cualificada regulado en el artículo 21.5 del Código Penal⁵⁵⁷, deberá ser tenido en cuenta en el momento de la elaboración de los escritos de calificación o de acusación.

Asimismo, se tendrá en cuenta una posible conformidad del acusado, incluyendo el estudio de la posibilidad de la reconducción del asunto a unas diligencias urgentes si se considerasen más beneficiosas por la reducción de la pena en un tercio o el perdón del ofendido.

⁵⁵⁵ GUIMERA I GALIANA, A. La Mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya, *Revista Española de Investigación Criminológica, REIC*, N.º. 3, 2005, <http://www.criminología.net>, págs.15 a 19.

⁵⁵⁶ Término éste especialmente controvertido, porque es difícil concebir en nuestro proceso penal un derecho a denunciar, pero más difícil es explicar en términos teóricos lo que debe entenderse por una retractación del mismo. Ni siquiera, en la mayoría de delitos tipificados en el Código Penal sería posible concebir una retirada de denuncia cuando es el Ministerio Fiscal el que ejercita la misma en defensa de la legalidad y de los derechos de los particulares, por lo que la articulación de esta posible terminación del proceso por efecto de la mediación debe llevarse, pensamos, por la vía de la aplicación de la atenuante de la reparación del daño o de la sentencia condenatoria en la que se acojan las pretensiones correspondientes en relación a la suspensión o sustitución de la pena.

⁵⁵⁷ “Son circunstancias atenuantes:

1. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos.
2. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior.
3. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
6. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
7. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

Una vez terminada, por tanto, la instrucción de la causa, y dictado el auto de transformación en procedimiento abreviado, en caso de formularse escrito de acusación en el que se acoja penológicamente lo acordado en mediación, podrá la defensa mostrar su conformidad con el escrito de acusación que recoja dichas premisas, o bien redactar nuevo escrito conjunto de calificación que recoja los términos del acuerdo.

Si la mediación ha tenido lugar en un proceso de faltas, una vez concluida la misma, se citará a las partes a juicio con la especialidad de que se puede incorporar al mismo el acta del acuerdo. Evidentemente no se trata de ninguna prueba documental ni deberá considerarse como tal, sino que se trata de un documento acreditativo de un acuerdo que será recogido en sentencia en los mismos términos. También es posible que el propio órgano judicial, previa consulta con el Ministerio Fiscal acuerde el archivo o el sobreseimiento provisional de la causa.

Durante la fase de enjuiciamiento ante el Juzgado de lo Penal o ante la Audiencia Provincial, la decisión inicial sobre someter el asunto a mediación podrá adoptarse de oficio con informe favorable del Ministerio Fiscal o a instancia de éste. El Secretario Judicial contactará con el letrado de la defensa a estos efectos. También pueden las partes por propia iniciativa sugerir la mediación para ese asunto, petición que deberá ser trasladada al Ministerio Fiscal para informe previa decisión por el Órgano Judicial.

El contacto inicial con las partes sería telefónico, y una vez informadas sobre el propósito y los objetivos y condiciones de la mediación, si contestan afirmativamente se celebrará la sesión informativa inicial.

Una vez redactado el acuerdo de mediación con el plan de reparación y teniendo el órgano judicial y el Ministerio Fiscal una copia del acuerdo de mediación, el mediador podrá ratificar dicho acuerdo en presencia judicial.

El Juez de Instrucción procederá a dictar auto de procedimiento abreviado y señalamiento de juicio oral citando al Ministerio Fiscal y a las partes, iniciándose el mismo con una posible conformidad en la que se podrá modificar el escrito de calificación haciendo propios los acuerdos alcanzados en mediación.

Si cualquiera de las partes manifiesta en el acto del juicio su oposición al acuerdo de mediación, se procederá a la celebración del juicio. Apuntan FERNÁNDEZ NIETO Y SOLÉ RAMÓN⁵⁵⁸ que la celebración del juicio tendrá lugar no sólo si no existe acuerdo entre las partes, sino también si fuera necesario discutir alguna cuestión de hecho o de derecho en el juicio oral.

Existiendo acuerdo se citaría a las partes a juicio. Éste se iniciaría con el trámite de la conformidad, en el que será posible modificar el escrito de calificación en consonancia con los términos del acuerdo de mediación, siempre que pasen el obligatorio filtro que supone la

⁵⁵⁸ FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A.M., *El impacto de la mediación...*, op. cit., pág. 71.

validación que el Juez deberá hacer del contenido concreto del acuerdo de reparación.

Se dictará sentencia de conformidad previa declaración expresa de la culpabilidad del agresor para a continuación acordar la suspensión de la ejecución de la pena siempre bajo la condición del cumplimiento del acuerdo de mediación.

En fase de ejecución de sentencia, se podrán valorar asimismo otros mecanismos como la suspensión de la pena (ordinaria o extraordinaria), sustitución o tramitación del indulto.

En todo caso, la reparación deberá partir en cuanto a su contenido de lo acordado en mediación plasmado en el plan de reparación. En dicho plan deberá la víctima expresar clara e indubitadamente si considera o no reparado el daño con la conducta ofrecida por el victimario, y que puede ser muy variada:

- petición de disculpas
- reconocimiento de los hechos
- restitución de la cosa, reparación del daño en sentido estricto o indemnización pactada
- sometimiento a cursos o planes de actuación rehabilitadores
- actividades o conductas a llevar a cabo por el victimario
- cualesquiera otras formas de reparación del daño que se tengan por convenientes.

La reparación pecuniaria o económica deberá realizarse con carácter previo a la celebración del juicio con el objeto de que en el momento de celebrarse la vista y dictarse sentencia pueda valorarse ya el esfuerzo reparador del acusado como criterio a tener en cuenta.

El Juez además, podrá incluir en su sentencia el plan de reparación alcanzado en mediación como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito (artículos 110 y 112 del Código Penal), o como regla de conducta del artículo 83 del Código Penal, para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la condena o del artículo 88 en los casos de sustitución de la pena.

El resultado reparador del acuerdo permitiría modular, a juicio de TAMARIT SUMALLA la respuesta penal, en el sentido de disminuir o atemperar la pena a imponer e incidir en el resultado del proceso. De esta manera es posible, según se valore la reparación como muy valiosa o menos, oscilar entre el sobreseimiento o la renuncia a la pena (no a la acción), la atenuación o la flexibilización en la ejecución⁵⁵⁹.

En cuanto al control del cumplimiento del acuerdo de mediación, una vez finalizado el proceso en que ha tenido lugar la mediación, se realizará un seguimiento de los acuerdos a los efectos de fiscalizar el cumplimiento y ejecución del plan de reparación.

Según la Guía del Consejo General del Poder Judicial para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, será el Juzgado de Instrucción el

⁵⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *La justicia restaurativa...*, op. cit., pág. 66.

encargado de su control, solicitando al Equipo de mediación los informes necesarios.

En el supuesto del procedimiento abreviado, el seguimiento por el Juzgado de Instrucción se dirige a comprobar el cumplimiento del acuerdo, siempre que este haya sido adoptado antes de la celebración del juicio oral, y de la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Penal. Por ello, la mediación tendrá que haber concluido antes de la presentación del escrito de conclusiones provisionales por el Ministerio Fiscal, escrito que recogerá las consecuencias penológicas atenuadas de la pena por efecto del acuerdo de mediación alcanzado.

En el caso de que se hubiese pospuesto la ejecución del acuerdo para la fase ejecutoria de la sentencia, será el Juzgado de lo Penal el competente para su seguimiento y control, con las mismas obligaciones y condiciones que el instructor⁵⁶⁰.

En cuanto al sistema de seguimiento y control de la mediación, la Guía mencionada propone el uso de dos fichas de recogidas de datos y seguimiento y control de los procesos de mediación. La primera ficha es general y recoge todos los procesos de mediación llevados a cabo por el Equipo, con separación por órganos jurisdiccionales y por fases. La segunda es una ficha individualizada para cada uno de los asuntos mediados.

Esta ficha debe ser cumplimentada por jueces, fiscales y secretarios judiciales, y pretende constituirse en una herramienta de trabajo que permita la recogida de información y el control de los casos, al mismo tiempo que centrar la valoración que del proceso hagan los distintos agentes intervinientes en él.

Además dicha información debe ser remitida al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia y órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas además de al Observatorio para la Violencia Doméstica y de Género, lo cual permitiría un control de calidad, homogeneización de prácticas y protocolos, y diagnóstico claro de los problemas prácticos que surjan⁵⁶¹.

A1.3. MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación familiar en el proceso por violencia de género podrá iniciarse, al igual que la mediación familiar en cualquier otro proceso, por mutuo acuerdo entre las partes, o bien por una de las partes en cumplimiento de un pacto de mediación.

⁵⁶⁰ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos, pág. 102.

⁵⁶¹ La Guía propone además la creación a largo plazo de una Comisión de Evaluación y Seguimiento de la implantación de programas de mediación, la elaboración de una Memoria Anual sobre dicha implantación y la realización de visitas por los Servicios de Inspección del Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado a los órganos judiciales y Servicios de Mediación en activo así como entrevistas periódicas con las Comisiones de Evaluación y Seguimiento. *Ibidem*, pág. 110.

La Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, prevé sólo estas dos formas de iniciación de la mediación, pero también es admisible la posibilidad de una “invitación” unilateral de una de las partes en conflicto.

Cuando la iniciación de la mediación no sea producto del mutuo acuerdo ni se haga en cumplimiento de un pacto de mediación, esta invitación podrá ser atendida, rechazada o ignorada. Sin embargo, cuando la solicitud de mediación responda al cumplimiento de un pacto de mediación, deberá ser necesariamente atendida para dar cumplimiento a dicho pacto. En caso contrario, deducen estos autores, se podrá plantear por las partes la declinatoria⁵⁶².

La decisión de remitir a mediación el asunto por iniciativa del Órgano Judicial, deberá incluir la designación del mediador, o la institución de mediación que llevará a cabo la misma (que nombrará, a su vez al mediador determinado y concreto encargado de dirigir las sesiones)⁵⁶³.

En materia civil, el procedimiento de mediación se asemeja en cuanto a fases, sujetos intervinientes y consecuencias y efectos de la mediación en el proceso a la mediación penal. No obstante, se pueden distinguir algunas especialidades por razón de la materia que destacaremos a continuación⁵⁶⁴.

En la mediación familiar, la sesión informativa puede concluir de alguna de las formas siguientes: con la inasistencia de las partes, con la asistencia, desarrollo de la sesión y decisión de no aceptar la mediación o con la aceptación de la misma.

⁵⁶² Así, el artículo 10.2. párrafos 2 y 3 que, durante el tiempo que dure la mediación, las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

⁵⁶³ Artículo 16 Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles:

“Solicitud de inicio.

1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”.

⁵⁶⁴ Ver para más información el cuadro que desarrolla las fases de mediación elaborado por el Equipo de *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*.

<http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php>, pág. 470

Los menores podrán intervenir en el proceso de mediación, aunque en analogía con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la práctica forense, sólo podrán hacerlo cuando a criterio del mediador sea imprescindible, y siempre que puedan ofrecer información precisa para que ésta llegue a buen término.

Deberán tener las condiciones de madurez necesarias para esta intervención, procurándose en todo momento que su acceso a las dependencias de mediación sea previa información de la sesión, que deberá desarrollarse en un ambiente relajado y cordial que refuerce la confianza del menor en el proceso. En caso de discrepancia entre la voluntad del menor y la de su representante legal, prevalecerá la voluntad del menor siempre que tenga suficiente juicio y madurez a criterio del mediador.

Hablamos del ámbito penal, pero en lo que concierne a materia civil se pueden reproducir las mismas premisas dado que también estará presente una actividad reparatoria, si bien no estará dirigida a la resocialización del infractor sino al establecimiento de la nueva forma de relación social y familiar que tendrán las partes del conflicto en virtud de lo acordado en mediación.

A1.3.1. Remisión de las partes a mediación familiar

La Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial, señala que la Ley de Enjuiciamiento Civil fijaba la posibilidad de remitir a las partes a mediación en el acto de la vista del juicio verbal (artículo 443, modificado por la Ley 5/2012). Sin embargo, con buen criterio, considera la Guía preferible por razones prácticas y de economía procesal que este momento se podría adelantar, fijando la posibilidad de remitir a mediación en el momento de citación a la vista del juicio verbal. De esta manera se podría adelantar la posibilidad de facilitar a las partes información sobre la mediación, concediéndoles tiempo suficiente para que la estudien, consulten con sus letrados, conozcan la institución y lleguen a la vista del juicio verbal debidamente asesorados, e incluso habiendo participado ya en la sesión informativa (celebrada antes del señalamiento)⁵⁶⁵.

En estos casos, sería el Secretario Judicial, encargado de la admisión de la demanda el que debería verificar el cumplimiento de los requisitos que aconsejan remitir el asunto a mediación acordando, previo acuerdo con el Fiscal que en el Decreto de admisión de la demanda y citación a las partes al acto de la vista se remita también información sobre la mediación, con citación de las partes a la sesión informativa inicial⁵⁶⁶.

Esta posibilidad tropezaría, sin embargo, con el escollo de que las partes aún no estén personadas en autos, con la debida defensa y

⁵⁶⁵ Cfr. con el proceso de mediación familiar elaborado por BERNAL SAMPER en *La Mediación. Una solución...*, *op. cit.*, págs. 78 y ss. y 95 y ss.

⁵⁶⁶ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos pág. 54.

representación procesal. En especial, y refiriéndonos al demandado, el hecho de que no esté personado en las actuaciones ya supone un indicio del escaso interés que tiene en ser parte en el procedimiento y en la mediación.

Por otra parte la falta de personación añade dificultades a la hora de poder hacerle llegar la documentación informativa sobre la mediación. En todo caso y siguiendo con la idea de adelantar el momento de la sesión informativa se podría enviar ya la documentación al citar para juicio, independientemente de que el demandado estuviera personado, haciendo depender su posible remisión de su definitiva personación en autos en tiempo y forma.

En sede de medidas provisionales, también es posible la mediación en el propio acto de la vista, suspendiendo la misma para acudir a mediación, o bien acordando esa derivación en la propia resolución que pone fin a las medidas, para que en tanto éstas son elevadas a definitivas se vaya desarrollando el proceso de mediación. En todo caso, sería conveniente, como sugiere la Guía, que en cualquier vista o comparecencia se informe a las partes y a sus abogados de la posibilidad de acudir a mediación para que, a la vista de la misma se solicite la suspensión de la misma o de la resolución definitiva que deba dictarse⁵⁶⁷.

En cuanto al demandante, estos problemas no suponen impedimento para adelantar el comienzo de la labor de la mediación, puesto que se debe admitir la posibilidad de que ya en el acto de admisión de la demanda o en la diligencia previa requiriendo para la subsanación de los defectos que se aprecien se le envíe la citación a la sesión informativa en ese momento o mejor aún, en el momento de la admisión de la demanda tras dicha subsanación.

En cuanto a los asuntos en materia civil aptos para recibir mediación, en los procesos de familia, en los que las implicaciones psicológicas de los implicados y el objeto de decisión son materia sensible, no deberían limitarse apriorísticamente los casos en que puede acordarse remitir el caso a mediación. La Guía del Consejo General del Poder Judicial se remite, destacándola por amplia y previsoramente, a la lista de materias enumeradas en la Ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de la Comunidad de Cataluña, que aceptamos dada su exhaustividad y que son:

“Artículo 2. Objeto de la mediación.

1. La mediación familiar comprende de forma específica:

- a) Las materias reguladas por el Código Civil de Cataluña que en situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador.
- b) Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia.

⁵⁶⁷ Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos pág. 55.

- c) La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.
- d) Los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos.
- e) Los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos.
- f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar.
- g) Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes.
- h) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco.
- i) Las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares, si el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico.
- j) Los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado español.
- k) Los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad pero diferente de la española residentes en el Estado español.
- l) Los conflictos familiares entre personas de diferentes nacionalidades distintas a la española residentes en el Estado español.
- m) Los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia.
- n) La liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia.
- o) Las cuestiones relacionales derivadas de la sucesión de una persona.
- p) Los conflictos surgidos en las relaciones convivenciales de ayuda mutua.
- q) Los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, así como en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho.
- r) Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar.
- s) Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente”⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial

A1.3.2. Sesión informativa

En todo caso, cuando el órgano judicial acuerde remitir a las partes a la sesión informativa, deberá hacerlo en resolución judicial en la que podrá recordarse sucintamente en qué consiste la mediación, remitiendo folletos informativos sobre la misma y estableciendo la no obligatoriedad pero sí conveniencia de la asistencia a dicha sesión.

Además, previo a la celebración de la sesión informativa el Juzgado deberá remitir al Servicio de Mediación un *dossier* en el que se haga figurar toda la información que interesa al proceso de mediación: identidad de las partes, direcciones y teléfonos y circunstancias personales y familiares relevantes para el caso.

La citación a la sesión será a través de los procuradores, en caso de estar personados. La Guía apunta también la conveniencia, por sus efectos beneficiosos de la llamada telefónica efectuada a los interesados por el Equipo de mediación, a los efectos de verificar la asistencia a la sesión informativa y de comenzar a hablar sobre el proceso para que las partes se familiaricen con él⁵⁶⁹.

En la sesión informativa previa, las personas son asesoradas sobre las ventajas, los principios y las características de la mediación. Se trata de proporcionarles los elementos de juicio necesarios para decidir, sobre la base de este conocimiento y del asesoramiento recibido, si optan o no por someter su conflicto a mediación.

El contenido de las mismas es libre y no está sujeto a ninguna norma rígida o taxativa, de manera que se manifiesta una vez más la libertad y antiformalismo de la mediación con el objeto de reforzar la confianza de las partes.

En este sentido, y como consecuencia del carácter preventivo que se predica de la mediación, sí que se tiene en consideración en los procesos de familia la asistencia de otras personas que pudieran estar interesadas en acudir a este procedimiento.

Una vez celebrada la sesión informativa el servicio de mediación remitirá al Juzgado información sobre si se ha desarrollado la sesión, resultado, incidencias de la misma, y asistencia o no de las partes. Esta información no deberá entrar en aspectos puntuales a tratar en mediación, sino que deberá ceñirse exclusivamente a las decisiones allí tomadas respecto del sometimiento o no a mediación, sin que ni tan siquiera sea necesario que el órgano judicial conozca, por ejemplo, cuál de las partes se ha negado a acudir a mediación.

A1.3.3. Desarrollo de las sesiones

A la vista de la información remitida al Juzgado por el Equipo, y decidido por el Juzgado y el Ministerio Fiscal la viabilidad de la mediación, tendrá lugar el desarrollo del proceso propiamente dicho.

Tratándose de un proceso que se desarrolla a instancia de parte, no basta con que el Órgano Judicial tenga en sus manos el informe remitido

⁵⁶⁹ *Op. cit.*, pág. 60.

por el Equipo de mediación, sino que han de ser las partes y su representación las que pongan en conocimiento de éste, por escrito o mediante comparecencia, su decisión de acudir a las sesiones de mediación. En este mismo escrito se solicitará, si interesara a las partes, la suspensión del curso del procedimiento.

Nos planteamos en este momento si es procedente la suspensión del proceso por aplicación del artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Establece este precepto en su punto 1 que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”⁵⁷⁰. En su número 4 se dice que “asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

La Ley 15/2005 de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, supuso un avance en la introducción de la mediación en nuestro proceso civil de familia, intentando potenciar la salida consensuada de este tipo de conflictos. Así, en la reforma introducida en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se posibilitó que las partes pudieran de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, con el objeto de someter el asunto a mediación.

Como acertadamente observa SOLETO MUÑOZ, esta reforma sólo preveía la suspensión del proceso en base a la solicitud de las partes que de común acuerdo y como reflejo de la voluntariedad que se predica de la mediación, decidían someterse a la misma. Parece que la ley quería dejar fuera la posibilidad de una derivación de las partes a mediación por iniciativa del órgano jurisdiccional, actuando sobre el supuesto de que fueran las partes quienes decidiesen suspender el curso del proceso⁵⁷¹.

Sin embargo, el órgano judicial también puede decidir la derivación del asunto a mediación, si bien no en base al artículo 19.4 mencionado (que se refiere al supuesto de la instancia de parte), sino no señalando vista en tanto no exista comunicación del Servicio de Mediación relacionada con el resultado de las sesiones celebradas.

En cualquier caso, tratándose de una facultad dispositiva de las partes, que precisamente ha sido introducida por la Ley de Mediación, es evidente que siempre que la solicitud se formule de común acuerdo por las partes, o por una con el consentimiento de la otra, puede accederse a dicha solicitud con el debido control de plazos y del impulso procesal. Transcurrido el plazo de sesenta días establecido, puede ponerse en marcha el proceso de nuevo, o bien seguir con la mediación ya en marcha

⁵⁷⁰ Precisamente este artículo fue reformado por el apartado uno de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

⁵⁷¹ SOLETO MUÑOZ, H. “La Mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *op. cit.*, pág. 6.

(siendo necesario en este último caso la constancia en el proceso de que la mediación ya está teniendo lugar).

Así, cuando transcurra el tiempo establecido para desarrollar la mediación el Tribunal podría requerir a las partes o al Servicio de Mediación para que informe sobre el estado de la misma a los efectos de determinar las cuestiones controvertidas, y de dejar constancia en el procedimiento del debido impulso procesal, aunque la caducidad de la instancia del artículo 237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se produzca hasta transcurridos dos años.

Si las partes manifestaran su negativa a someterse a mediación, igualmente deberán ponerlo en conocimiento del Órgano Judicial, continuando el juicio su tramitación normal.

Es recomendable extremar el impulso procesal que debe darse a este tipo de procedimientos, de manera que se pueda compensar el ligero retraso sufrido por la actividad de información sobre la mediación llevada a cabo.

En cualquier caso, es útil que los expedientes remitidos a mediación o en espera de la celebración de la sesión informativa, o en suspenso por este motivo, estén adecuadamente identificados con etiquetas con la leyenda “mediación” y organizados en un lugar específico dentro de la Oficina Judicial.

El mediador, tiene que convocar a las partes a una primera reunión, cuyo contenido quedará plasmado en el acta de inicio del procedimiento de mediación.

Se trata de un encuentro personal entre las partes y el mediador que también tiene, como la sesión informativa, contenido informativo, pero la diferencia estriba en el hecho de que en este momento ya se ha decidido llevar a cabo la mediación, por lo que esta reunión ya aparece inserta en el proceso de mediación propiamente dicho. Además, es necesaria y obligatoria a diferencia de la sesión informativa, que es eventual y depende de la decisión de las partes y operadores jurídicos implicados.

En esta reunión inicial, el mediador debe explicar a las partes cómo se va a desarrollar el proceso de mediación, y los pasos y fases que se van a recorrer hasta llegar al acuerdo final. Debe informar, además, de la posibilidad de que las partes puedan dar por terminada la mediación en cualquier momento, y de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación, pudiendo contar con la asistencia e intervención de un abogado designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico ajustado al acuerdo al que se ha llegado en mediación.

Una vez cumplido el trámite de la reunión inicial comienza la fase planificadora, en la que el mediador y las partes podrán acordar las cuestiones básicas que deben examinarse, organizando el desarrollo de las sesiones a celebrar.

De esta reunión inicial deberá levantarse acta⁵⁷², en el que se harán constar los datos objetivos necesarios (fecha, lugar, procedimiento, identidad de las partes y del mediador), y que las partes asumen voluntariamente la participación en las sesiones de mediación y se comprometen a cumplir el deber de confidencialidad.

Con ello no sólo se marcan los límites temporales y espaciales en los que se debe desarrollar la mediación (a efectos, por ejemplo de determinar el momento desde el cual debe comenzar a correr el plazo para la duración de la mediación), sino que se deja constancia del cumplimiento por el mediador de su obligación de informar a las partes sobre la voluntariedad y la confidencialidad de la mediación. Además, así se facilita la comprensión por las partes de las consecuencias de la mediación, unida al compromiso de cumplir las reglas conforme a las cuales ha de desarrollarse la misma.

El acta debe ser firmada por las partes (a las que se entregará una copia) y el mediador, y se remitirá una copia al órgano judicial.

En cuanto a la duración de la mediación, normalmente se establecen plazos cortos para su desarrollo, brevedad que responde a la voluntad de dar una solución extrajudicial rápida a las controversias sin añadir a las partes el perjuicio que supondría alargar un procedimiento que sustituye a otro más prolongado en el tiempo, el procedimiento judicial.

Lógicamente, este plazo de duración será flexible y adaptado a la complejidad del conflicto, permitiéndose a las partes la prórroga de los plazos o el aumento del número de sesiones.

Una propuesta útil y adaptada a la ausencia de formalismos en el procedimiento de mediación puede ser que sean las partes en función de las características del conflicto, las encargadas de fijar en el acta inicial la duración del procedimiento, contando con el asesoramiento del mediador. Aunque no se prevé esta posibilidad en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles sí que es aconsejable, dado que nadie mejor que las

⁵⁷² Artículo 19 Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (Sesión constitutiva):

“1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto”.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

partes conocerá la complejidad del caso, por lo que resulta beneficioso conceder a las partes este control sobre el proceso para reforzar su autonomía y confianza en él.

El hecho de fijar plazo tampoco quiere decir, por otra parte que este sea inamovible. Nada impide a las partes instar una nueva mediación una vez agotado el plazo de duración de la primera si todavía consideran posible alcanzar el acuerdo deseado, o incluso si el mediador analizado el caso cree que el acuerdo podría alcanzarse si se trabaja un poco más sobre determinados asuntos controvertidos.

Esto deberá contar, por supuesto, con el consentimiento del Órgano Judicial y del Ministerio Fiscal, previa ponderación de los intereses en conflicto (especialmente cuando hay menores), y de la utilidad de la decisión.

En todo caso, el plazo de sesenta días hábiles consideramos que es adecuado y razonable, y su prórroga durante treinta días más en consideración a las circunstancias del caso y a petición de las partes interesadas también lo es.

En cuanto al número de sesiones y duración, se pueden establecer como máximo un número de seis sesiones, cada una de ellas con una duración máxima de 90 minutos, porque se considera que una duración mayor de las sesiones podría ser contraproducente, por agotar a las partes disminuyendo su receptividad. Por ello, si lo que se pretende es conseguir resultados útiles, es aconsejable regular los tiempos de manera prudente, prefiriéndose varias sesiones de duración óptima a menos sesiones maratónicas⁵⁷³.

En este momento comienza el desarrollo de la mediación propiamente dicha, en la que las partes comienzan a trabajar con el mediador para identificar el conflicto y su posición e interés en él, adoptar la estrategia a seguir valorando las alternativas del mejor y peor acuerdo adoptado en la negociación, y concluir la misma alcanzando o no el acuerdo.

En esta labor, se hace necesaria una clara identificación de los conflictos ocultos que subyacen al conflicto manifiesto de las partes, así como de las posiciones de las partes, creando las opciones necesarias para escoger el acuerdo que mejor satisfaga los intereses de los mediados.

A1.3.4. Terminación del proceso de mediación

Finalmente el procedimiento de mediación familiar puede terminar de distintas maneras:

- por acuerdo total o parcial⁵⁷⁴
- por decisión unilateral del mediador

⁵⁷³ En El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña efectivamente así se establece.

<http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php>pág. 870.

⁵⁷⁴ En efecto, no es obligatorio que el acuerdo sea total sobre todos los aspectos sometidos a mediación, sino que se puede alcanzar el acuerdo sobre algunos de estos aspectos, dejando pendientes otros o bien porque no se ha conseguido aproximar posiciones, o bien porque existe alguna prohibición legal sobre determinados aspectos de la misma.

- por considerar las partes más conveniente poner fin a la mediación para ir al proceso civil.

El acuerdo, verdadera finalidad de la mediación, deberá ser consignado en un acta. Se puede plantear en este momento la utilidad de que se deje a las partes con carácter previo a la terminación del proceso un periodo de reflexión para fijar criterios, posiciones y términos del futuro acuerdo, o para analizar las causas de la imposibilidad de llegar al mismo⁵⁷⁵.

También puede tener lugar este periodo con posterioridad a la firma del acuerdo dejando en este caso a las partes un periodo en el que sea posible la revocación del mismo, pero consideramos mucho más útil y seguramente más productivo el hecho de que esta posibilidad se conceda a las partes antes de la firma del acuerdo o de la terminación del proceso cuando no hay acuerdo.

En los casos en que el acuerdo sea parcial, deberá continuar el proceso por las cuestiones contenciosas que no han alcanzado consenso, dictándose resolución y convalidando aquellas en las que sí se ha alcanzado.

En caso de que se haya alcanzado el acuerdo, las partes deberán presentar escrito solicitando la transformación del proceso de contencioso a consensual o mutuo acuerdo, tal y como preceptúa el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A este escrito deberá acompañarse el convenio regulador redactado en mediación conforme al acuerdo alcanzado.

En relación con el acuerdo de mediación, MARQUÉS CEBOLA⁵⁷⁶ aclara las diferencias entre el acta final y el acuerdo, considerando que la primera, en la que se deja constancia de que las partes han llegado a un acuerdo, y que es firmada por las partes y el mediador, no debe incluir el segundo, que constituirá un documento aparte firmado sólo por las partes dado su contenido contractual, y en el que se recogen los concretos términos del acuerdo.

Por otra parte, opina acertadamente la autora que dado que el principio de confidencialidad se extiende no sólo a lo acontecido en las sesiones de mediación, sino también al acuerdo final, éste no debería constar en el acta final, del que la confidencialidad se predica de manera quizás más difuminada, puesto que del mismo deberá darse traslado al órgano judicial con la debida publicidad y transparencia.

Consideramos, como la autora, que entre ambos documentos debe existir una separación física que permita que los términos concretos del acuerdo sólo sean divulgados por expresa voluntad de las partes, o en caso de necesidad, por tener que conformar el título ejecutivo forzoso

⁵⁷⁵ MARQUÉS CEBOLA aclara las diferencias entre el acta final y el acuerdo de mediación, considerando que la primera, en la que se deja constancia de que las partes han llegado a un acuerdo y que es firmada por las partes y el mediador, no debe incluir el segundo, que constituirá un documento aparte firmado sólo por las partes dado su contenido contractual y en el que se recogen los concretos términos del acuerdo. MARQUÉS CEBOLA, C., *La Mediación*, op. cit., págs. 215 y 216

⁵⁷⁶ Ibidem

exigido por la ley a través de su homologación. Por otra parte, añadimos, el acta final de mediación, en la que se puede hacer constar el resultado del proceso siendo irrelevante el contenido del acuerdo si lo hubo, puede tener una difusión de tipo extrajudicial a los efectos de estadísticas, cuestionarios o remisión de datos a órganos, instituciones oficiales u otras entidades encargadas del control y regulación de la actividad de mediación intrajudicial. Por ello, la separación física de ambos documentos debe exigirse por responder a razones tanto procesales como funcionales y orgánicas.

Por último la autora citada se refiere a una nueva fase que denomina “eventual y amovible”, por poder tener o no lugar y de hacerlo, poder adoptarse en cualquiera de las fases del proceso de mediación. Se trata de la necesidad de adoptar todas aquellas medidas de aseguramiento que garanticen la eficacia y ejecutividad de lo acordado en mediación. La autora analiza el supuesto de que el mediador perciba durante el proceso la necesidad de adoptar esas medidas, o de que sean las partes quienes las soliciten, centrándose en este momento la negociación en la adopción de las mismas. Pues bien, partiendo del hecho de que las medidas cautelares como tales sólo pueden ser adoptadas por el órgano judicial, consideramos que son las partes las que en cualquier momento de la negociación podrán llegar a un acuerdo sobre las mismas, dando cuenta inmediatamente al órgano judicial para su adopción dentro del ámbito de la tramitación procesal ordinaria.

La autora baraja otra posibilidad, que será por otra parte la más frecuente en la práctica, y que se refiere a que dichas medidas sean adoptadas por el Juez con carácter previo a la remisión de las partes a mediación. Esto tropieza con el obstáculo de tener vivas unas medidas en un proceso en el que se ha acordado su suspensión mientras actúa la mediación, pero consideramos que esto no ofrece problemas, puesto que dicha suspensión, que afectaría al desarrollo normal del proceso no es incompatible con la vigencia en él de medidas cautelares urgentes necesarias para salvaguardar los derechos de las partes o de terceros. La tramitación procesal estará, efectivamente, en suspenso, pero nada impide adoptar dichas medidas para a continuación suspender el proceso, declarando expresamente en la resolución que lo acuerda la vigencia de las mismas.

Para el supuesto de que sea una sola de las partes la que considere que se debe adoptar la medida cautelar, la autora propone una ampliación del artículo 730.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁷⁷, para que la parte beneficiada por la medida cautelar adoptada lleve a cabo todas las actuaciones necesarias para poner en marcha la mediación, justificándose así la adopción de dicha medida. Si a pesar de todo no se acepta la mediación, se dispone por el actor de veinte días para presentar la demanda judicial. De esta manera se habrán protegido

⁵⁷⁷ “Momentos para solicitar las medidas cautelares: 3. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.”

convenientemente sus derechos mediante la adopción de la medida al tiempo que se posibilita el recurso a la mediación para resolver definitivamente sobre esta cuestión⁵⁷⁸.

A1.4. LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO JURISDICCIONAL

Aunque a lo largo del desarrollo del proyecto hemos ido analizando las distintas repercusiones que las actividades de mediación van teniendo en el proceso jurisdiccional, es conveniente pararnos a analizar detenidamente estos efectos jurídicos, porque van a determinar el curso del proceso, o que este se desarrolle en una u otra dirección.

Además, dado que la mediación intrajudicial está dirigida a facilitar y, de llegar a buen fin, terminar el proceso de forma consensuada por las partes siendo el acuerdo homologado por el órgano judicial, es necesario el análisis de la relación entre una y otro con el objeto de lograr el encaje entre ambas figuras.

Quizás sea en el ámbito penal en el que, por la naturaleza y características de los derechos en juego la introducción de la mediación ofrezca más problemas interpretativos y prácticos.

No se trata de problemas relativos al *iter* procesal en el que la mediación sí puede integrarse en el proceso sin dificultades⁵⁷⁹, sino más bien de analizar las repercusiones que, desde el punto de vista sustantivo puede tener la mediación en el resultado del proceso.

Así nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé varios mecanismos procesales, expresión del principio de oportunidad, que podrían hacer viable la mediación dentro del marco del proceso. El intento de conciliación entre querellante y querellado previsto como requisito de procedibilidad para los delitos de injurias y calumnias entre particulares, la renuncia, desistimiento o perdón del ofendido en determinados delitos o faltas especialmente previstos en la ley, la intervención de la víctima en fase de ejecución de la pena o el instituto de la conformidad hacen que, a juicio de PERULERO GARCÍA su introducción en el proceso sea no sólo posible sino también conveniente⁵⁸⁰.

Para ello es necesario sentar de manera taxativa una metodología de la mediación que surta verdaderos efectos en la posterior negociación

⁵⁷⁸ En cualquier caso y de acuerdo con la autora, esta materia merece una mayor atención legislativa a los efectos de corregir el rigor de un proceso y sus consecuencias con la necesidad de proteger mientras tanto los derechos en conflicto y de decidir sobre los mismos en el marco de la mediación. MARQUÉS CEBOLA, C., *La Mediación...*, *op. cit.*, pág. 217 a 220.

⁵⁷⁹ De gran interés el cuadro de GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ sobre el esquema de medidas penales alternativas a la justicia juvenil que introduce la mediación en los distintos momentos del proceso, con constantes "paradas" para analizar su viabilidad y conveniencia (tras el contacto con el joven, tras el contacto con la víctima, tras el desarrollo del programa de mediación y de interés reparador, etc.), y que a pesar de estar indicado para la mediación juvenil, es perfectamente extrapolable a la justicia de adultos por la coincidencia de fases y momentos, y por su conexión continua con el proceso jurisdiccional y con los agentes intervinientes en la misma (Juez, Ministerio Fiscal...). *Op. cit.*, pág. 165

⁵⁸⁰ PERULERO GARCÍA, D. "Hacia un modelo de Justicia Restaurativa: la mediación penal" en GARCIAANDIA GONZÁLEZ, P.M. Y SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (posibilidades...*, *op. cit.*, págs. 84 y 85

jurídica tendente a conseguir el resultado procesal pretendido (renuncia de la acción, sentencia de conformidad, aplicación de pena atenuada o suspensión o sustitución de la pena), de manera que estemos ante una “conformidad jurídica con un contenido cualificado”, mediante un acuerdo de las partes introducido en el proceso a través del instituto de la conformidad (o, añadamos, de cualquiera de las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso)⁵⁸¹.

Los problemas interpretativos pueden surgir cuando se intenta introducir la mediación en coordinación con los intereses y principios procesales que rigen en el proceso penal, encaje que no suele estar exento de polémica.

Esta cuestión no deja de presentar problemas, dado que en casos de conformidad en los que es necesario el reconocimiento de la autoría de los hechos para dictar sentencia condenatoria incluyendo la reducción en un tercio de la pena impuesta en sentencia, se debe partir necesariamente del reconocimiento de los hechos para que el principio de oportunidad despliegue todos sus efectos.

Además muchas veces la mediación, cuyo resultado puede ser la renuncia al ejercicio de la acción penal (en delitos para los que está regulada), un archivo o sobreseimiento, o una sentencia recogiendo alguna eximente, la víctima suele pedir expresamente un reconocimiento de los hechos y una petición de disculpas como exigencia previa obligatoria para aceptar mediación.

En casos en que ese asunto ha sido sometido a mediación y se acuerda someterse a un juicio rápido con reconocimiento de los hechos como fundamento para dictar sentencia reducida, parecería, pues, entrar en colisión dicho principio y su eficacia procesal con el principio de presunción de inocencia vigente en nuestro Derecho Penal y Procesal Penal.

Por otra parte, y sin abandonar las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal, es necesario precisar que para la apreciación, por ejemplo, de la atenuante de reparación del daño, es necesario el previo reconocimiento de los hechos, sin el cual no se puede manifestar la voluntad del daño causado producto de la relación de causalidad establecida. Se puede citar a este respecto por su interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 30 de abril de 2012 (Sentencia nº 149/2012) en la que *ad exemplum* se considera procedente en su fundamento jurídico cuarto que la atenuante de reparación del daño del 21.5 del Código Penal produzca la reducción básica de la pena en dos grados, no sólo por ese reconocimiento de los hechos lamentando sus consecuencias, sino también por la petición de disculpas mostrando su voluntad de reparar el daño moral causado a la parte perjudicada, unida al ofrecimiento de realizar labores reparadoras para compensar dicho daño de forma voluntaria y gratuita⁵⁸².

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² Sentencia nº 149/2012, de 30 de abril de la Audiencia Provincial de Valladolid.

En cualquier caso, como opinan GONZÁLEZ CANO, RÍOS, SÁEZ y ZAPATERO, el reconocimiento de los hechos no puede tener el valor de una prueba preconstituida, por lo que es precisa la ratificación en el juicio oral entre otras cosas para comprobar que el hecho objeto de acusación que aparece en los antecedentes de hecho coincide con el hecho reconocido⁵⁸³.

De esta forma, se puede concluir que el reconocimiento de los hechos base de la conformidad en la que se plasma el principio de oportunidad en nuestro Derecho Procesal Penal no traspasa los límites del respeto a la presunción de inocencia, sino que partiendo de éste profundiza en las formas de coordinarlo con otros principios básicos como la rehabilitación del agresor, la reparación de la víctima, la prohibición de contar con dicho reconocimiento en caso de que no haya conformidad o de que la mediación no haya tenido éxito o los principios de legalidad y seguridad jurídica.

En materia civil, el encaje de la mediación en el proceso comprende distintos aspectos, sistematizados por GARCIANDIA GONZÁLEZ en:

- La cuestión sobre la disponibilidad por las partes del objeto del proceso, y la dirección por el Juez del curso del mismo, permitiendo o proponiendo que las partes recurran a la mediación durante el desarrollo de éste.
- Los pactos de sumisión a la mediación y la regulación de la declinatoria como trámite procesal para tratar el incumplimiento del acuerdo de mediación.
- La atribución de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación.

Respecto de la primera de las cuestiones, el proceso puede tener formas denominadas “anormales” de terminación que, indudablemente, despliegan sus efectos en el proceso. Así, el allanamiento, el desistimiento, la transacción, la sumisión de la cuestión a arbitraje suponen que las partes han realizado, una vez iniciado el proceso, una actividad dirigida a ponerle fin y presidida por los principios dispositivo y de autonomía de la voluntad. La mediación participa de esta naturaleza, por lo que nada impediría que se pusiera fin al mismo dentro de los límites establecidos en la Ley y con las especialidades que reviste el proceso de familia.

Es posible también que la decisión de derivar a las partes a mediación o, al menos, de proponerles esta forma de terminación del mismo se haga por iniciativa del órgano judicial, de manera que en la audiencia previa del juicio ordinario, por ejemplo, ya se establece en el artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de informar a las partes sobre la posibilidad de recurrir a la mediación si no se ha hecho uso de esta facultad antes.

⁵⁸³ GONZALEZ CANO, RÍOS, SÁEZ, C., SÁEZ R., y ZAPATERO, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación” en SÁEZ RODRÍGUEZ, C. *La Mediación Familiar. La Mediación Penal...*, op. cit., pág. 328.

Asimismo y como ya hemos explicado anteriormente, el artículo 19.1 de la LEC⁵⁸⁴, permite a las partes disponer del objeto del proceso y someterse a mediación, o incluso hacer uso de la declinatoria y solicitar la suspensión del proceso (artículos 16.3 de la Ley 5/2012 y 415 de la LEC)⁵⁸⁵.

En el procedimiento de familia no existe este trámite, pero también es posible que la iniciativa sea tomada por el Órgano Jurisdiccional en el acto de la vista, o antes o bien por las partes o por sus letrados en los estadios iniciales del proceso. También el Juez previa consideración de las circunstancias objetivas y subjetivas que aconsejen la mediación podrá sugerir a las partes la viabilidad de la mediación para ese caso concreto.

En el caso de que se trate de petición de las partes, se podrá hacer uso incluso de la facultad de solicitar al Juez la suspensión del proceso con el objeto de celebrar las sesiones de mediación. De hecho, esta facultad ya tuvo previsión legislativa en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma operada en él por la Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cualquier caso, la regulación del proceso de mediación y la posible injerencia que este pueda tener en el proceso judicial se halla presidida por el principio de buena fe, del que es buen exponente la prohibición de iniciar cualquier actividad ante los órganos jurisdiccionales, o de suspender cualquier proceso ya iniciado ante ellos, considerando implícita la mala fe “si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación”⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Bajo la rúbrica “Transacción y suspensión” se recogen en este precepto las siguientes facultades de las partes:

1. “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.
2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.
3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.
4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

⁵⁸⁵ Todo ello informado siempre por el principio de voluntariedad y disponibilidad por las partes del proceso, rompiendo como observa ALBA ISASI con la línea iniciada por el Proyecto de Ley Mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su artículo 701 del proyecto decía que la mediación era voluntaria, “sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”. ISASI ALBA, J. “Estudio de la mediación...”, *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁸⁶ Artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que junto con la solicitud por las partes de común acuerdo de la suspensión del proceso por plazo que no supere los sesenta días y siempre que no perjudique al interés general o en beneficio de tercero regulada con carácter general en el artículo 19.4 de la Ley precedido por el punto 1 del mismo precepto que señala la posibilidad de

Interesa a estos efectos incidir en las consecuencias que el desarrollo de un proceso de mediación tiene en el cómputo y regulación de los plazos de prescripción y caducidad, que conforme al artículo 4 de la Ley, quedarán en suspenso. Obsérvese en primer lugar que la Ley opta por la suspensión de la prescripción frente a la regla general de su interrupción, tratando así de evitar que el sometimiento del asunto a mediación pueda causar efectos dilatorios que desvirtúen su verdadera finalidad⁵⁸⁷.

En especial, es llamativa la regulación que de la interrupción de estos plazos hace la ley, puesto que el sometimiento de la cuestión a mediación impide a los Tribunales conocer de las cuestiones objeto de la misma, “siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria” (artículo 4.2º de la Ley).

Observa acertadamente BLANCO CARRASCO que esto supone un paso adelante en el reconocimiento a la mediación de características sustantivo-procesales que la aproximan al arbitraje, por cuanto ahora ya se predicán también de la mediación dos premisas básicas para el reconocimiento de sus consecuencias en el devenir del proceso: la eficacia ejecutiva de lo acordado en mediación (como si de un laudo arbitral se tratara), y la posibilidad de que la sumisión del asunto a mediación pueda alcanzar la categoría de excepción procesal, si bien hecha valer mediante la declinatoria del artículo 63 de la LEC⁵⁸⁸.

En cuanto a la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación y su relación con el proceso, hemos de decir que ésta es una de las cuestiones que no ha sido resuelta satisfactoriamente en la ley. El reto es importante, dado que se trata de conferir a un acuerdo entre las partes que goza de la naturaleza contractual que regula el Código Civil⁵⁸⁹ la eficacia ejecutiva que la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga a determinados títulos (escritura pública, laudo arbitral, sentencia judicial), entre los que se prevé que esté el acuerdo alcanzado en mediación.

las partes de disponer del objeto del juicio mediante, entre otras, la sumisión a mediación y el artículo 415 que regula la posibilidad de introducir la transacción lograda en mediación en la audiencia previa del juicio ordinario completan la regulación que de las incidencias en el normal desarrollo del proceso judicial en general y del ordinario en particular tiene la mediación.

⁵⁸⁷ Artículo 16 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, punto 3: “Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”.

⁵⁸⁸ No obstante existen diferencias importantes que colocan a la mediación en un segundo plano respecto de la eficacia y relevancia procesal de lo acordado en su seno, puesto que mientras que en el arbitraje el asunto se sustrae por voluntad de las partes a la decisión de los órganos judiciales encomendándose sólo a estos lo relativo a su ejecución, en la mediación el Juez no pierde la competencia sino que suspende el conocimiento del asunto mientras se desarrolle la mediación, acordando después lo precedente según el resultado de la misma, esto es, la continuación del proceso alzando su suspensión si no se ha llegado al acuerdo o la aprobación y homologación del acuerdo. BLANCO CARRASCO, M., “Las partes en la mediación” en GARCÍA VILLALUENGA, L. Y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles...*, op. cit., págs. 147 y 148.

⁵⁸⁹ Artículo 1091 del Código Civil “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”

Por otra parte, es necesario coordinar el objetivo final de la mediación (responsabilizar a las partes para que tomen decisiones y lleguen a acuerdos) con la necesidad de dotar al resultado de ese acuerdo de eficacia ejecutiva.

Surgen además otras cuestiones como los requisitos que debe revestir ese acuerdo, órgano encargado de su control, contenido mínimo del mismo y salvaguarda de los intereses en conflicto.

Además, la repercusiones que el acuerdo de mediación va a producir en el proceso no se traducen sólo en un acuerdo-título ejecutivo que faculta para iniciar el proceso ejecutivo, o un “no acuerdo” que hace continuar el proceso con normalidad, sino que a la vista de dicho acuerdo, las partes pueden adoptar actitudes distintas de las previstas por la ley determinando con su voluntad el devenir de éste.

El desistimiento, la solicitud de conclusión del proceso por desaparición sobrevenida del interés en el mismo, la homologación del acuerdo mediante un auto del órgano judicial que puede ser total o parcial, o la puesta en conocimiento del órgano judicial que se está en vías de llegar a un acuerdo a fin de solicitar la suspensión del mismo por plazo de 60 días (artículo 19.4 de la LEC), son manifestaciones todas ellas que pueden llevar a la terminación del proceso con efectos jurídicos de forma distinta a la convencional.

Además, el acuerdo de mediación-título ejecutivo ya conformado tendría que asimilarse a las sentencias de condena y demás resoluciones procesales o arbitrales conforme establece el artículo 517.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el régimen general del procedimiento ejecutivo que señala el Título XXX de la Ley relativo a la Ejecución de Títulos Judiciales (artículos 548 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Considera MARQUÉS CEBOLA⁵⁹⁰ que esto exige que las normas reguladoras de la ejecución forzosa se reformen de manera que entre los títulos ejecutivos del artículo 517 se incluya el acuerdo de mediación⁵⁹¹, pero más importante, es necesario que se incluya además, como causa de oposición a la ejecución que el negocio jurídico contenido en el acuerdo de mediación vulnere el ordenamiento jurídico o que sea contrario al orden público. Esta constituiría una vía de control del acuerdo de mediación posterior al control realizado al aprobar el órgano judicial dicho acuerdo. De esta manera se cierra el control sobre la conformidad de lo acordado en mediación con el ordenamiento jurídico, permitiendo analizar el mismo en el momento de su aprobación y acceso al proceso, y en un momento posterior cuando es necesaria su ejecución.

Pero volviendo al momento en que el acuerdo de mediación va a acceder al proceso, y a la necesidad de compatibilizar un acuerdo de

⁵⁹⁰ MARQUÉS CEBOLA, C., *La Mediación...*, *op. cit.*, pág. 114.

⁵⁹¹ Aunque ya lo hace en ese artículo 517 que incluye en la enumeración de los títulos que llevan a aparejada ejecución, en su punto 2º “Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

naturaleza inequívocamente negocial y contractual con la eficacia ejecutiva jurisdiccional, la doctrina no deja de plantearse dudas acerca de su naturaleza.

LORCA NAVARRETE considera que si el acuerdo de mediación vincula a las partes por el mero hecho de que éstas aceptaron someterse a mediación y acatar sus resultados, es evidente que esa voluntariedad refleja la naturaleza negocial del acuerdo de mediación y, por tanto del propio proceso de mediación. Esto no justifica, a juicio de este autor que ese acuerdo pueda ser considerado como un título jurisdiccional de naturaleza ejecutiva “por cuanto lo *jurisdiccional* ha de ser *preterido*, no ya en el origen de la mediación, sino también en su final más emblemático como es: el *acuerdo de mediación*”. Esto es, el origen negocial de la mediación y su producto, el acuerdo de mediación, es lo que hace posible su cumplimiento porque es la voluntad de las partes expresada en el contrato la que constituye la génesis de su obligatoriedad para las partes⁵⁹².

Sin embargo, esto no impide (e incluso recibe consagración en la ley), que lo acordado en mediación pueda contar con medidas ejecutivas acordadas por el órgano judicial para casos de falta de cumplimiento voluntario. Por ello, la LEC lo configura también como un título ejecutivo de los regulados en el artículo 517 de la misma en su punto 2º “Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”.

De todos modos, la Ley recoge como títulos ejecutivos la escritura pública y el auto judicial que homologa la mediación (artículos 25.1 y 23.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), asimilando a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales los acuerdos de mediación (artículo 520 del mismo texto legal). De esta manera, la protocolización notarial de los acuerdos de mediación permite la formalización del título ejecutivo correspondiendo en estos casos, y según el artículo 25.2 al notario probar el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley, así como que lo acordado no es contrario a derecho”.

Por otra parte, no debemos olvidar que si se admite la tesis de reconocer al acuerdo logrado en mediación la misma eficacia que un acuerdo transaccional, tal y como hace el artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entonces la transacción (intrajudicial) tendrá para las partes la fuerza de cosa juzgada si bien, conforme dispone el artículo 1816 del Código Civil sólo procedería la vía de apremio para la transacción judicial⁵⁹³.

Considera TAMAYO HAYA que no puede decirse, hablando con propiedad, que la transacción produzca efectos de cosa juzgada dado que

⁵⁹² Por ello LORCA NAVARRETE califica la “ejecución forzosa jurisdiccional” del acuerdo de mediación como una “tremenda patología jurídica”, LORCA NAVARRETE, A.M., *La Mediación en Asuntos Civiles...*, *op. cit.*, págs. 193 y 194.

⁵⁹³ TAMAYO HAYA, S., “El Artículo 23. El acuerdo de mediación” en, GARCÍA VILLALUENGA, L. Y ROGEL VIDE, C. (Dir.) *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, 2012, págs. 301, 302, 305 y 307.

no se ha juzgado nada, debiendo entender el artículo 1816 en el sentido de que se trataría de asimilar el acuerdo de mediación a la autoridad de cosa juzgada por la fuerza de obligar que se predica de lo convenido entre las partes, y por abrir la puerta a la posibilidad de poder oponer la *exceptio litis per transactionem finitae*, pudiendo el Juez valorar la validez del contrato, pero no decidir la cuestión de modo distinto a lo acordado por las partes en mediación. Por tanto lo acordado en mediación no puede volver a ser discutido siendo sólo posible el ejercicio de la acción de nulidad de los contratos (artículo 23.4 de la Ley).

El problema se plantea cuando en el caso de la mediación intrajudicial el acuerdo de las partes es aprobado por el órgano judicial. Esta homologación del acuerdo mediante un auto que ponga fin al proceso, dotando de fuerza jurídica a lo que ya tiene fuerza contractual supone una incoherencia si después se arbitra un sistema de impugnación del acuerdo de mediación que lo asimila a cualquier contrato. La solución podría venir por asimilar la cosa juzgada que produciría el acuerdo (que es formal) a una resolución judicial en la que el Juez hace suya la transacción judicial y no entra en el fondo de lo acordado pero sí dota de fuerza y eficacia ejecutiva a lo acordado en mediación⁵⁹⁴.

Especial atención merece el tema de la prescripción de acciones y su afectación cuando el conflicto intrajudicial se ve sometido a mediación.

El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil considera, con remisión a las legislaciones internas de algunos Estados Miembros, que el recurso a determinadas modalidades de ADR ha de acarrear la suspensión del plazo de prescripción, por lo que se hace necesaria la modificación de las leyes de enjuiciamiento civil nacionales en materia de plazos de prescripción, interrupción del cómputo del plazo y causas de suspensión de ese plazo.

Sin embargo, el mismo Libro Verde considera acertadamente que esto supone *a priori* una importante labor de definición precisa y determinada de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos que pueden causar este efecto en el proceso, suspendiendo el plazo de prescripción cuando comienza el proceso ADR y reanudándolo a su terminación si no se ha conseguido el acuerdo siempre que, eso sí, las partes acrediten fehacientemente que se han sometido a una ADR, así como el tiempo y resultados de ese proceso⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ Así, no es de extrañar que TAMAYO HAYA califique la ejecución del acuerdo de mediación como una “tremenda patología jurídica”, dado que actuando sobre la base de la voluntariedad de las partes y de alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas partes se confía en el cumplimiento voluntario, pero abriendo el cauce procesal a la ejecución forzosa de dicho título ejecutivo en sede judicial. TAMAYO HAYA, S., “El Artículo 25. Formalización del título ejecutivo.” en GARCÍA VILLALUENGA, L. Y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, 2012, págs. 301, 302, 305 y 307.

⁵⁹⁵ Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf, cuestiones 69, 70 y 71 del apartado 3.2.1.2, “plazos de prescripción”, pág. 29.

Debemos en este momento volver al orden penal para hacer una breve mención al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que se encuentra en estos momentos en fase de tramitación parlamentaria y en el que se plasma, en palabras de MARTÍNEZ SOTO, una “concepción democrática y liberal del proceso penal y del sistema de garantías”, desmarcándose de la exclusividad del *ius puniendi* y su monopolio por el Estado, y buscando el equilibrio entre éste y la necesidad de atender a la adecuada tutela de los derechos fundamentales de la víctima (incorporando el Derecho Europeo y el "Estatuto de la Víctima en el proceso penal" de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo) y del victimario⁵⁹⁶.

En este Anteproyecto se dedica especial atención al principio de oportunidad reglada, admitiendo la mediación como una de las manifestaciones de la misma, e introduciéndola en el proceso siguiendo la línea marcada desde hace años en los Planes Estratégicos de Modernización de la Justicia, en los que se apuesta decididamente por la mediación como forma de solucionar el conflicto en vía jurisdiccional.

Así, se puede apreciar en el Anteproyecto una distribución de elementos reglados y valorativos, en base a los cuales se determinará por el Ministerio Fiscal y el denominado “Juez de Garantías”, la aplicación de la pena o la atenuación, suspensión, sustitución o incluso el archivo de las actuaciones por falta de interés en la persecución penal o por existir una adecuada reparación del daño que así lo aconseja.

En algunos casos, será la apreciación por el Fiscal (basada en razones de política criminal y en base a circulares e instrucciones necesarias dictadas por el Fiscal General del Estado), y bajo control judicial de la falta de necesidad de pena a los fines de prevención en el caso concreto contemplada en el artículo 148 la que puede llevar a un archivo por razones de oportunidad.

En estos supuestos el archivo está condicionado a los presupuestos del Artículo 150 y sometidos a control judicial. Estos presupuestos son: para delitos castigados con pena de prisión de hasta cinco años u otras penas de distinta naturaleza, deben concurrir todos los requisitos exigidos para el archivo por oportunidad, se requiere que el investigado haya reconocido su responsabilidad penal y se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones o reglas de conducta que se hayan fijado, sólo procede si el ofendido o perjudicado por el delito muestra su conformidad con la suspensión y las obligaciones impuestas, queda condicionado a que el sujeto no delinca en el plazo de dos años y queda entretanto interrumpido el cómputo de la prescripción del delito. Queda también condicionada al cumplimiento de las reglas de conducta y

⁵⁹⁶ En el Anteproyecto se dice, por ejemplo, que la mediación debe configurarse como una institución del Estado que se activará cuando no se aprecie la necesidad de imponer una pena o de proteger fines públicos mediante la actuación del Estado ejerciendo ese *ius puniendi*. MARTÍNEZ SOTO, T. “La Mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal” en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M. *Materiales para la práctica...*, op. cit., págs. 378 y 379.

obligaciones fijadas: indemnización al ofendido, satisfacción moral, prohibiciones de aproximación, participación en programas, etcétera⁵⁹⁷.

En todos estos casos, y dado que el resultado jurídico-procesal sería el archivo del proceso por razones de oportunidad condicionado a determinados presupuestos, es necesario que algunos de ellos (especialmente el relativo al reconocimiento por el investigado de su responsabilidad penal con el compromiso de cumplir las obligaciones o reglas de conducta fijadas), sean adoptadas en sede de mediación.

Evidentemente este camino es uno de los posibles en lo que se refiere a las posibles vías de solución del conflicto a adoptar, pero el Anteproyecto opta decididamente por configurar la mediación como el medio a través del cual se pretende adaptar la introducción del principio de oportunidad reglada en nuestro proceso, con la necesidad de dar entrada en el mismo a vías de solución participativa y responsable de los implicados que conduzcan a una terminación del proceso útil y satisfactoria.

Por ello, este archivo por razones de oportunidad no tendrá lugar si no es después de haberse desarrollado el proceso de mediación, y concluido este con acuerdo redactado en el acta de reparación. Lo mismo ocurre para el caso de que la mediación consiga el consenso, no en lo que se refiere al archivo del proceso sino en lo relativo a la reducción de la pena para casos de conformidad y sentencia condenatoria en los términos establecidos en mediación.

Lo mismo se podría decir de los casos en que en fase ya de enjuiciamiento la mediación lleve a apreciar la atenuante de reparación. En todos estos casos la mediación se consolida como medio de finalizar el proceso debido al acuerdo entre las partes, de manera que la misma obtiene un reconocimiento legal fundamental.

⁵⁹⁷ Se contemplan además en el proyecto otros supuestos de archivo para facilitar la investigación de una organización criminal (artículo 152), por colaboración activa contra una organización criminal (artículo 153), en supuestos especiales por razones de peligro para la seguridad nacional (artículos 155 y 156). Más información en:

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/enlaces/220711-enlacecriminal.htm>

Anexo 2

Algunas consideraciones sobre la mediación *on line*

Anexo 2. Algunas consideraciones sobre la mediación *on line*

A2.1. LA MEDIACIÓN ON LINE

Como ya hemos hecho varias veces en este trabajo, el hecho de que en un proceso de violencia de género se haya adoptado una orden de protección que contenga la prohibición de acercarse a la víctima, no debe suponer obstáculo para plantearse llevar a cabo la mediación cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos que lo permiten. Por ello debemos hacer una breve mención a la utilización de tecnologías que permitan celebrar las sesiones de mediación *on line* y coadyuven a la implementación de esta medida incluso cuando existan impedimentos fácticos, legales o procesales que no permitan celebrar una mediación presencial.

La utilización de las Tecnologías de la información para sistemas de apoyo a la mediación, como las ODR, *Online Dispute Resolution* y las TIC (Tecnologías de la Información y Comunicación), resulta de gran utilidad, porque contribuyen de manera decisiva a facilitar su desarrollo en determinadas ocasiones.

Los medios tecnológicos permiten llevar a cabo el proceso de mediación sin necesidad de que las partes compartan el mismo espacio físico y solucionando, con las peculiaridades propias del medio empleado, los problemas derivados de la imposibilidad física o comunicativa entre las partes, o de prohibiciones legales que impiden la misma⁵⁹⁸. Esto, según BUENO DE MATA, no sólo permite suprimir barreras geográficas, aumentar la velocidad de tramitación y resolución del conflicto y abaratar costes, sino que responde a las exigencias de la sociedad, que demanda un sistema judicial moderno y de calidad. Estas son algunas de las ventajas de la mediación, que hay que añadir a las que ya tiene este sistema ADR. Sin embargo, el autor ve también algunos inconvenientes, como son la eliminación del lenguaje no verbal, la “brecha” virtual que podría existir entre un mediador y otro, la cuota de mercado que se podría perder por parte de algunos mediadores clásicos frente a los más innovadores, la pérdida de buena parte de las cualidades humanas y de cercanía que potencia la mediación, y los posibles problemas técnicos que podrían surgir, y que disminuirían la inmediatez del proceso⁵⁹⁹.

BARONA VILAR, por su parte, y en relación a las ventajas e inconvenientes de las nuevas tecnologías en relación con el arbitraje

⁵⁹⁸ En una materia como la violencia de género el hecho de la confrontación entre víctima y victimario que supone la esencia de la mediación y demás técnicas de resolución de conflictos, puede tropezar con un problema añadido por el potencial riesgo que puede suponer para la víctima el contacto directo con su agresor. Así, en determinadas situaciones en las que existe orden de alejamiento o medidas de protección a la víctima que prohíben al agresor acercarse y comunicar con ella y en las que sin embargo, se aconsejan técnicas de mediación es necesario adaptar la práctica de la mediación a la necesidad de utilizar medios tecnológicos para facilitar la comunicación y el diálogo.

⁵⁹⁹ BUENO DE MATA, F., “Mediación online: ¿la mediación del futuro?, en MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia de familia y derecho...*, op. cit., págs. 87 y 99 a 101.

señala entre las primeras, la accesibilidad y comodidad, la libertad de horarios, la celeridad, agilidad y brevedad, el bajo coste de su utilización y la trazabilidad y seguimiento, que permiten un adecuado control y supervisión del proceso. Entre los inconvenientes señala que algunos de los requisitos formales de los métodos ADR más formalistas, como el arbitraje dificultan el desarrollo de las nuevas tecnologías, que la confidencialidad y seguridad en los procedimientos obliga a extremar las precauciones cuando se utilizan nuevas tecnologías que a veces pueden poner en peligro la integridad de las mismas, que es necesaria cierta familiaridad en el manejo de éstas para su utilización y que el contacto directo y cara a cara de las partes, el componente físico y visual necesario para la comunicación y el estudio del lenguaje gestual se pierden o minimizan con el uso de estas nuevas tecnologías⁶⁰⁰.

Por otra parte, criterios como la interoperabilidad y la estandarización técnica y legal, que permiten la comunicación y el intercambio de datos entre distintos programas hace que se estén creando las condiciones oportunas para que las nuevas tecnologías tengan encaje, no sólo en el sistema de la Administración de Justicia, sino también en los mecanismos complementarios que se implementen en él.

A2.2. PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA MEDIACIÓN ON LINE

Los presupuestos básicos de la mediación *on line* son básicamente dos: el adecuado conocimiento y manejo por parte de mediador e interesados de las técnicas audiovisuales y de los soportes tecnológicos a utilizar, y la necesidad de que el soporte y el medio utilizado cumpla las mínimas exigencias y garantías de seguridad, inalterabilidad y reserva necesarias para su funcionamiento y operabilidad.

Respecto de lo primero, consideramos que el hecho de que el espacio físico en el que se desarrolla la mediación esté enclavado en las proximidades del órgano jurisdiccional, hace que puedan aprovecharse las tecnologías de que dispone la Administración de Justicia para ponerlas al servicio de la mediación. De esta manera los locales, salas de videoconferencia, aparatos de grabación y métodos de grabación y reproducción del acto que ya existen en los órganos judiciales, pueden ser utilizados para la celebración de las sesiones de mediación.

Se hace necesaria la conclusión de convenios entre el Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencia en materia de Justicia transferidas, mediante los cuales pudiera procederse a la cesión de tales medios en favor de los órganos y asociaciones encargados de la mediación intrajudicial. Esto último tampoco ofrece ningún problema, dado que la infrautilización de los mismos en determinadas franjas horarias del día en las que no existe audiencia pública, atención a público y profesionales, celebración de vistas o práctica de pruebas, permitiría adaptar sin problema los horarios y formas de utilización de los medios actualmente disponibles en Juzgados y Tribunales.

⁶⁰⁰ BARONA VILAR, S. (Dir.) y VVAA, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, op. cit., págs. 43 a 247.

Por otra parte, la simplicidad en el manejo de tales medios, la posibilidad de adaptar la operativa actual a las peculiaridades de un proceso de mediación y la necesidad de trabajar en red debería hacer posible la comunicación del trabajo que en Justicia se está realizando a materias conectadas con ella como la mediación, todo ello dentro del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia a que nos hemos referido anteriormente⁶⁰¹.

Es necesaria, además, una adecuada formación en materia de mediación *online* por parte del mediador, no sólo a los efectos del manejo técnico de estas herramientas, sino también para proporcionarle los criterios necesarios para decidir que una mediación presencial pueda desarrollarse también de forma electrónica⁶⁰².

Por lo que se refiere a la necesidad de garantizar la seguridad e inalterabilidad de los datos recogidos en las sesiones de mediación *on line* que se desarrollen, tampoco existiría obstáculo en regular el tema de manera similar a como se hace en la Administración de Justicia.

En el ámbito procesal, son los Secretarios Judiciales los encargados de la autorización y firma de los actos judiciales recogidos en soportes audiovisuales, así como los fedatarios que garantizan la inalterabilidad e integridad de lo recogido en el soporte digital, que constituye hoy en día el acta judicial.

La firma electrónica se encuentra regulada en la Ley 59/2003, de Firma Electrónica. Según esta ley, con la firma electrónica se crean dos claves. Una es privada, de la que sólo dispone el firmante siendo además el responsable de su custodia y utilización. Otra clave es pública, es accesible a todo el mundo y permite comprobar que la firma efectuada con la clave privada (PIN) ha sido realizada por la persona responsable de la misma. Para verificar que la firma electrónica se ha hecho correctamente al documento firmado con la clave privada se une la clave pública, criptografiada, existiendo un órgano superior que verifica que este proceso se ha hecho correctamente⁶⁰³.

⁶⁰¹ A este ámbito debería extenderse también la aplicación de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que dice en su Exposición de Motivos, que en el contexto de modernización que vive la Administración de Justicia “uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación en las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías. Su uso generalizado y obligatorio contribuirá a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia. Las nuevas tecnologías permiten igualmente abaratar los costes del servicio público de justicia, pero también suponen una mejora de la confianza en el sistema, lo que se traduce en mayor seguridad. Ello incide de manera directa e indirecta en el sistema económico, pues los cambios generan nuevas perspectivas en las relaciones económicas, acrecentando la seguridad y la fluidez de las mismas”.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11605

⁶⁰² Básicamente, como dice GARCÍA CUBERO, el mediador deberá conocer dos grandes bloques de herramientas con sus respectivas herramientas para decidir cuál es la más adecuada. Así, deberá conocer la diferencia entre medio electrónico de mediación y sesión de mediación *on line*, lo cual le permitirá tener una visión completa de las posibilidades de la mediación electrónica y de la mejor forma de abordar la forma de celebrar las sesiones. GARCÍA CUBERO, G., “Comentarios al Real Decreto de desarrollo de la Ley 5/2012: mediación a través de medios electrónicos” en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica online*, Madrid, 2014, pág. 95.

⁶⁰³ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23399>

Por tanto, si bien la seguridad no es absoluta, el hecho de que exista una integridad documental, y que no haya posibilidad de negar el hecho y la autenticidad de la firma convierten a la firma electrónica en un cauce adecuado para establecer conexiones y autenticaciones de firma seguras.

Existiendo, por tanto la base técnica necesaria para la utilización de dichos soportes, y su autenticación mediante la firma digital, resulta particularmente útil utilizar dicha estructura para la ampliación del uso de los medios tecnológicos disponibles a la labor de mediación.

Dichas funciones las debe asumir en el proceso de mediación propiamente dicho, el Equipo de mediación. Para ello es imprescindible la formación del personal de Mediación, incluyendo un adecuado régimen de responsabilidad derivada del uso inadecuado de tales medios, de manera que queden claramente establecidas sus funciones, obligaciones y responsabilidades.

De la misma manera, es necesario que las partes tengan la misma garantía de confidencialidad y la misma seguridad acerca de la inviolabilidad de las comunicaciones que si estuviéramos ante un proceso judicial habitual.

A2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ON LINE

Como apunta BUENO DE MATA⁶⁰⁴, en un tema carente de regulación, como es la mediación *on line*, es necesario delimitar el ámbito de aplicación de estas técnicas para establecer los casos en que podría aplicarse, y si podrían estar los procesos por violencia de género entre ellos.

Este autor resume tres posturas para determinar ese ámbito de aplicación. En primer lugar, asimilar la mediación *on line* a la mediación presencial, de manera que por analogía se aplique la primera a supuestos que entren dentro del ámbito de aplicación de la segunda, sin más matización.

En segundo lugar, se puede optar por restringir el ámbito de aplicación a las relaciones nacidas dentro de la red, en especial relaciones mercantiles o en el ámbito de consumo, que comprenden el ámbito “natural” de la mediación *on line*.

En tercer lugar, y dada la base de voluntariedad que define la mediación, se podría conceder a las partes la libertad necesaria para que decidan el método de mediación al que desean someterse. Este autor señala el acuerdo de las partes al respecto, pero matizado por el filtro del mediador, que decidiría en última instancia si es la mediación *on line* la más adecuada para resolver el conflicto.

En cualquier caso, y dejando aparte la segunda consideración, que se refiere a un ámbito ajeno al que nos ocupa, consideramos que las

⁶⁰⁴ BUENO DE MATA, F., “Mediación online: ¿la mediación del futuro?, en MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia de familia y derecho...*, op. cit., págs. 95 a 97.

especialidades de la materia de violencia de género son las que señalarán el medio más idóneo para el desarrollo de las sesiones.

Así, las cuestiones a valorar por el mediador a la hora de decidir la celebración de las sesiones de forma electrónica se refieren a cuestiones prácticas como la distancia geográfica entre las partes, si existen problemas económicos que impidan la celebración de la mediación presencial, si las partes han manifestado su voluntad al respecto...etc.

Por lo que se refiere a las especialidades que un proceso de mediación *on line* tiene, y que lo diferencian de un proceso de mediación convencional, podemos decir que la fundamental es, con CARRETERO MORALES⁶⁰⁵, la posibilidad de que las sesiones de mediación sean “sincrónicas” o “asincrónicas”. De ello dependerá el medio o canal de comunicación a utilizar, y la forma de intercambiar información y de avanzar de fase en fase.

En la mediación sincrónica o simultánea entre emisor y receptor, es posible el uso de chats o videoconferencias, pero en la mediación asincrónica la comunicación debe realizarse fundamentalmente a través del correo electrónico, aunque este autor apunta a la posibilidad de utilizar foros, posteos o pizarras electrónicas que hacen posible la recepción de datos para el mediador y las partes a través de un proceso de validación previo. Tampoco debe ignorarse la posibilidad de usar el teléfono para determinadas cuestiones puntuales.

Por otra parte los medios de mediación *on line* asincrónicos ofrecen también la ventaja de favorecer los periodos de reflexión y de relajación de tensiones, al tiempo que se evita la confrontación hasta que el proceso haya llegado a una fase en la que ambas partes estén receptivas a la posición del otro.

En relación con la adopción de alguna medida cautelar u orden de alejamiento en el seno del procedimiento en el que se va a desarrollar la mediación, la modalidad *on line* permite cumplir un doble objetivo. Por un lado, garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales protegiendo la seguridad de la víctima, y por otro, que la prohibición judicial de comunicación no excluya un método de resolución de controversias que puede ser factible y que, de hecho, no es posible realizar si no es con esta modalidad.

Podría argumentarse en contra de esta posibilidad, que si existe una orden de alejamiento es porque se ha apreciado riesgo para la vida, integridad física y psicológica y seguridad de la víctima, lo cual parecería excluir cualquier contacto por la vía que fuera entre ella y el agresor.

Sin negar que esto sea así, al menos en los primeros momentos, consideramos que la seguridad de la víctima no excluye que pueda celebrarse la mediación por estos medios, ni desde un punto de vista fáctico referido a la forma de llevarse a cabo (comunicación asincrónica) ni desde un punto de vista de conveniencia jurídico-procesal.

⁶⁰⁵ CARRETERO MORALES, E. “Mediación on line: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en los asuntos de violencia de género” en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la práctica de la mediación*, op. cit., pág. 232.

Evidentemente, en estos casos no habría otra forma de celebrar las sesiones de mediación, y como condición previa sería necesaria una adecuada valoración de las condiciones psicológicas en que se encuentran ambas partes, de si existe un equilibrio entre ellas, y de si la mediación sería útil. Pero una vez pasados estos filtros, cuestión a valorar por el Juez, el Ministerio Fiscal y el propio Equipo de Mediación, nada impediría celebrar mediación con las partes en estas circunstancias como un proceso de mediación en violencia de género convencional, siempre que, en caso de existir una orden de protección con prohibición para el agresor de comunicar con la víctima se arbitren los medios necesarios para que esa comunicación producida por estos medios lo sea a través de intermediarios, es decir, de forma que las partes no tengan comunicación directa. A este respecto, una cuestión importante que se debe tener en cuenta es que el contenido de la orden de protección normalmente se centra en la prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima “por cualquier medio”. Esto, que haría por definición incompatible la mediación con la violencia de género con orden de protección podría salvarse cuando, quedando acreditada la posibilidad y conveniencia de la mediación se pudiese hacer mención en la orden de protección de la posibilidad de celebrar sesiones *on line* sin que ello suponga el quebrantamiento de esta medida, precisamente por la intermediación del Equipo de mediación y por la especialidad del canal utilizado.

También es posible utilizar la técnica híbrida de combinación entre sesiones presenciales convencionales y sesiones *on line*, cuando sea útil alternar periodos en los que no haya contacto entre las partes con otros en los que el diálogo y el intercambio directo cobren más importancia.

A2.4. UTILIDAD DE LA MEDIACIÓN ON LINE

Desde el aspecto práctico, el uso de otras tecnologías y técnicas de comunicación a distancia permite no renunciar a la mediación en aquellos casos en los que la comunicación entre las partes esté condicionada por dificultades de tipo físico, ambiental o psicológico, o bien por exigencias jurídico-procesales que obligan a evitar el contacto directo entre las partes. Precisamente la era de la tecnología debe ser capaz de salvar estos obstáculos, permitiendo que la mediación pueda desarrollarse por estos medios cuando el diálogo directo esté desaconsejado o prohibido.

Así, por ejemplo el uso del correo electrónico como forma de dinamizar el proceso manteniendo la comunicación entre partes y mediador y llenando los tiempos muertos entre sesión y sesión, resultan de gran utilidad. Su uso será, además, imprescindible en los casos en que la confrontación de las partes se deba evitar, como en los casos de violencia de género especialmente sensibles o conflictivos, o en los que exista una orden de protección o una medida cautelar que impida o prohíba la comunicación directa entre las partes.

Las videoconferencias o los sistemas de mensajería instantánea como chats o videoconferencias en *Skype*, *Webex*, o la plataforma *Mediare*, son también útiles.

Hemos de destacar, respecto de la primera, que este sistema, que permite el establecimiento de videoconferencias e intercambio de archivos, disponible en cualesquiera versiones de escritorio o aplicaciones para móviles o tablets, teléfonos fijos, televisores etc., constituye una de las plataformas de comunicación más sencilla, rápida y segura para el desarrollo de las comunicaciones que nos ocupan. Como apunta SEGURA CUERVO ⁶⁰⁶, la calidad en la comunicación y la seguridad de la información cifrada utilizada garantiza la confidencialidad y protección de los datos, lo que unido a la sencillez de su uso permite añadir a la mediación las ventajas propias de su desarrollo *on line*.

Mediare es un sistema de gestión de métodos alternativos de resolución de conflictos, que permite, de forma especializada en mediación desarrollar sesiones, fases, o procedimientos enteros de forma *on line*. SEGURA CUERVO explica que existen dos versiones, *Mediare Institucional* y *Mediare SB*, ambas totalmente adecuadas a la Ley 5/2012 y al Real Decreto de desarrollo⁶⁰⁷.

El propósito de la primera es organizar un sistema integral que pone a disposición de cualquier profesional con un alto número de casos de este tipo de mediación las herramientas necesarias para llevar a cabo las tareas de mediación *on line* relativas a la gestión, tratamiento de los expedientes y tramitación de la mediación por esta vía. Se diferencia de la plataforma *Mediare SB* en que el ámbito de aplicación de esta última es más reducido, comprendiendo sólo a pequeños o medianos despachos de profesionales.

En cualquier caso, ambas versiones se encargan de la tramitación electrónica de los expedientes de mediación, permitiendo usar herramientas adecuadas para la gestión de expedientes y usuarios, el libro de actas, la llevanza de un calendario y agenda, la elaboración de estadísticas e informes, el registro del acuerdo final y su seguimiento, o el registro de mediadores, por ejemplo.

A2.5. DESARROLLO DE LAS SESIONES DE MEDIACIÓN ON LINE. ESPECIALIDADES.

Siguiendo a CRIADO INCHAUSPÉ⁶⁰⁸, el desarrollo de las sesiones de mediación *on line* presentan ciertas especialidades, que se pueden sistematizar teniendo en cuenta las distintas fases del proceso de mediación.

Así, en el inicio de la mediación presupone que en el acta de inicio de la mediación se refleje, además de la información relativa a esta fase concreta, la siguiente información en relación a su modalidad *on line*:

⁶⁰⁶ SEGURA CUERVO, A., “Herramientas de mediación por medios electrónicos”, en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica online*, Madrid, 2014, págs. 275 a 279.

⁶⁰⁷ Explica sus características más importantes y la forma de utilizar esta plataforma SEGURA CUERVO, A., “Herramientas...”, *op. cit.*, págs. 279 y ss.

⁶⁰⁸ CRIADO INCHAUSPÉ, A., “Técnicas de mediación: aplicación a la mediación a través de medios electrónicos”, en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica online*, Madrid, 2014, págs. 135 y ss.

Deberá hacerse referencia a los medios electrónicos a utilizar, si la mediación va a celebrarse de forma sincrónica o asincrónica, y si las partes han sido informadas y conocen los efectos de las sesiones de mediación *on line* que van a celebrar.

Se hará constar que el mediador ha tratado con las partes sobre los distintos tipos de mediación a utilizar, eligiendo entre todos el más conveniente, o dejando en caso de desacuerdo la decisión al mediador.

Las partes se comprometerán a informar al mediador sobre las personas presentes en la sala cuando se desarrollen las sesiones de mediación. Asimismo, deberán firmar que han sido convenientemente informadas sobre las garantías de confidencialidad y seguridad de las comunicaciones, y de la obligación que tienen de tener una actitud responsable respetando el compromiso de confidencialidad de las sesiones.

Los costes de este tipo de mediación serán abonados por las partes por mitad.

Por último, en cuanto a la firma electrónica y el tratamiento y gestión de los expedientes, el desarrollo de las sesiones *on line* reviste determinadas especialidades, derivadas de la especialidad del medio empleado. Por ello, al inicio de cada sesión el mediador, previa comprobación del correcto funcionamiento del Equipo informático y de grabación y reproducción del sonido informará a las partes de las consecuencias especiales de la celebración *on line* de las sesiones.

Una vez realizado esto, es conveniente acordar con la parte las especialidades en la actuación *on line* que se va a desarrollar. CRIADO INCHAUSPÉ habla, por ejemplo, de la necesidad de “ponerse” cara antes de las sesiones mediante el envío de fotos, de estar informado convenientemente de las especialidades de la mediación *on line*, de acordar protocolos de intervención en el caso de que se interrumpa la conexión, o de cuidar el entorno⁶⁰⁹.

Por último, en la redacción del acuerdo de mediación vía *on line* deberá insistirse una vez más por el mediador en que las partes entienden y aceptan los términos del acuerdo, pasándose a continuación a la firma.

⁶⁰⁹ CRIADO INCHAUSPÉ, A., “Técnicas de mediación: aplicación a la mediación a través de medios electrónicos”, en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica online*, Edit. Sepin, Madrid, 2014, págs. 136 a 138.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- La mediación intrajudicial puede definirse como:

Método de resolución de conflictos integrado en el procedimiento judicial dirigido a reparar el daño al ofendido o perjudicado, a responsabilizar al infractor de sus actos y a restablecer la convivencia social mediante una labor de las partes basada en el diálogo y desarrollada en un clima de confianza, en el que éstas actúan dirigidas por un tercero mediador, debidamente formado en la misión de acercar posiciones, desarrollando las habilidades necesarias para analizar el conflicto, sus causas y antecedentes, empatizar con los contendientes y buscar juntos la hipotética solución, justa y legal a su conflicto, mediante una actitud cooperativa y de recíproco sacrificio de derechos e intereses en la medida imprescindible.

2.- Este método de resolución alternativa de conflictos tiene la ventaja de poseer una importante dimensión socializadora, traducida en la contribución a la corresponsabilidad de la sociedad y de las partes en la resolución de los mismos y en la reparación de las relaciones personales mediante la propia actividad de los interesados. Esto garantiza, no sólo el cumplimiento de los acuerdos, sino también una más amplia satisfacción de los particulares con la forma en que se ha resuelto su conflicto. Además, la colaboración a la reinserción del infractor y la participación activa de la víctima en el proceso penal, así como el consenso en la toma de decisiones en la mediación, contribuyen a fortalecer el papel de las partes en el proceso, al pasar de ser meros “convidados de piedra” a ser partícipes directos de la decisión y responsables de su cumplimiento.

3.- Esta atribución de papel protagonista de las partes en el proceso no debe entenderse como una desjudicialización del conflicto, despojando al Estado del papel fundamental atribuido constitucionalmente de ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Tampoco se pretende una privatización de los conflictos en los que se deje a las partes la iniciativa para resolver acerca de derechos indisponibles o relaciones jurídicas irrenunciables. Precisamente la argumentación debería ser la contraria, porque dejar a la sociedad la posibilidad de decidir y resolver determinados conflictos como muestra de madurez y ejemplo de evolución democrática de las relaciones sociales, no implica necesariamente que el Estado pierda el monopolio en su función jurisdiccional. Así, este modelo de mediación debe partir de la premisa de que el control sobre la actividad de la mediación y sobre la supervisión, integración en el proceso y homologación del control del resultado final, el acuerdo de mediación, debe residir en el Órgano Judicial encargado de conocer del asunto. Es más, a pesar de que en principio pudiera pensarse que la integración de la mediación en el proceso contribuiría a incrementar la desconfianza, el recelo o incluso el rechazo del ciudadano ante una nueva manifestación de la burocratización y la excesiva complicación y lentitud de las actuaciones procesales, el efecto a medio-largo plazo sería probablemente el contrario: la satisfacción por la consecución de un acuerdo de manera más rápida, adecuada y duradera

en el marco de un procedimiento flexible, distinto y dotado de sustantividad propia. Esto supondrá un refuerzo en la confianza de los ciudadanos en la Justicia y al mismo tiempo una mejora del servicio básica para la generación de una opinión pública favorable y receptiva a estos métodos.

4.- Como consecuencia de ello el recurso a la mediación no debe considerarse como preeminente, exclusivo o excluyente en la resolución de la disputa. Es un error de discurso pretender la contraposición entre la mediación y el proceso identificando a la primera como la “solución a los problemas de la Justicia”, porque no estamos ante una panacea que esté llamada a sacar a la Administración de Justicia de la crisis endémica en que se encuentra. Se trata más bien de buscar mecanismos o herramientas que coadyuven con la jurisdicción en la consecución de una Justicia rápida, eficaz y satisfactoria, pero esto debe hacerse desde dentro del sistema, arbitrando la forma de incluir en el mismo esta medida, homologar judicialmente su resultado y controlar su cumplimiento. Es decir, se trata de implementar la mediación en el ámbito intrajudicial y no de concebirla como una oponente a la justicia tradicional que ponga en cuestión sus principios y su organización. Por ello, no cabe la uniformidad en una materia como ésta, porque la consecución de un objetivo preventivo, socializador y pacificador de las relaciones dependerá de la exacta definición de los supuestos, víctimas e infractores respecto de los cuales cabe mediación penal o familiar, lo cual no supone privar a las partes de sus derechos, al conflicto de su carácter judicial y al proceso de su naturaleza y función, sino que contribuye a potenciarlos y enriquecerlos.

5.- A pesar de las ventajas de la mediación, también se aprecian en el ámbito penal inconvenientes relativos a cuestiones como la dificultad de encuadramiento de los casos mediables o el adecuado tratamiento de la reparación del daño. Se puede decir en general, pero también enfocando dichos problemas desde el prisma de la violencia de género, que no todos los delitos en este ámbito son mediables, debiendo ser especialmente cuidadosos en la elección y remisión a mediación sólo de aquellos en los que esté garantizado el equilibrio de las partes y en los que esté claro que la violencia no tiene carácter estructural o permanente, de manera que habrá algunos delitos que por definición no permitan plantearse la posibilidad de mediación y otros que en abstracto sí la admitirían. En todo caso, la definición de supuestos genéricos tendrá que completarse con un análisis detallado del caso en concreto. En cuanto a la reparación del daño, es imprescindible ampliar este concepto, permitiendo adaptar las pretensiones reparadoras clásicas de nuestro Código Penal a nuevos contenidos fruto de la mediación, en los que no se identifican necesariamente mediación y reparación con *restitutio in integrum* o indemnización, por ejemplo, de manera que en la mediación pueda tener encaje cualquier forma de reparación en sentido amplio propuesta y consensuada por las partes y admitida por el mediador, por el Juez y por el Fiscal. De esta forma se posibilita la entrada de soluciones imaginativas que exceden del contenido exclusivamente pecuniario de la reparación del daño, permitiendo la entrada de nuevos aspectos (petición

de disculpas, reconocimiento del daño causado, actividades compensatorias...) igualmente reparadores que superan su concepción tradicional y lo enriquecen.

6.- En el ámbito del proceso de familia, teniendo en cuenta que la mediación habrá tenido como objeto llegar al acuerdo acerca del ejercicio de derechos y obligaciones disponibles y que su resultado -el acuerdo de mediación- debe ser supervisado por el Órgano Judicial a estos efectos, la Ley 5/2012 ha querido dar al acuerdo de mediación el tratamiento de una transacción homologada judicialmente o susceptible de elevación a escritura pública notarial que la dote de fuerza ejecutiva. A pesar de que en mediación no puede hablarse propiamente de resolución con fuerza de cosa juzgada, hay que valorar positivamente que el legislador haya querido anudar a la mediación los mismos efectos que a la transacción homologada judicialmente, de forma que el acuerdo de mediación impide el conocimiento judicial de la misma cuestión tratada y resuelta en mediación, a pesar de su asimilación al régimen convencional de los contratos. Por ello, el acuerdo de mediación se eleva a la categoría de título ejecutivo que llevaría aparejada ejecución, quedando asimilado a una resolución judicial ordinaria e investido de esa fuerza ejecutiva que legitima la iniciación de un proceso judicial dirigido a su cumplimiento.

7.- En cuanto al reconocimiento de los hechos que abre la posibilidad de recurrir a la mediación en el proceso penal, se puede decir que la voluntariedad característica de la mediación hace que dicho reconocimiento, al igual que ocurre con la conformidad en la que se plasma el principio de oportunidad en nuestro Derecho Procesal Penal, no traspase los límites del respeto a la presunción de inocencia, sino que partiendo de éste profundiza en las formas de coordinarlo con otros principios básicos como la rehabilitación del agresor, la reparación de la víctima, la prohibición de contar con dicho reconocimiento en caso de que no haya conformidad o de que la mediación no haya tenido éxito o los principios de legalidad y seguridad jurídica. De esta forma, la mediación no perturba los principios informadores del proceso penal sino que los utiliza como basamento para dar entrada a nuevas formas de concebir el proceso penal respetuosas con sus fines y potenciadora de sus aspectos reparadores y rehabilitadores. Como se ve, partimos en este trabajo del necesario reconocimiento de la mediación como una manifestación del principio de oportunidad penal, por ser la única forma de introducir en el proceso fórmulas adecuadas que salvaguarden la posibilidad de una terminación pactada coordinándola con nuestros principios jurídico-procesales penales vigentes: intervención mínima, legalidad, tipicidad y seguridad jurídica.

8.- Desde el punto de vista de las víctimas, la mediación supone un paso más en el reconocimiento de su papel activo en el proceso, concediéndoles un espacio de decisión y voluntad históricamente desconocido, pero que en los últimos años, con los progresos ideológicos de la Victimología, ha conseguido abrirse camino en un proceso penal necesitado de dar entrada, desde una perspectiva más avanzada, a una nueva concepción del papel de la víctima en el proceso. En materia de violencia de género esta necesidad quizás sea más evidente por la especial

naturaleza que tiene tanto la materia a tratar como las repercusiones que el proceso y su resultado van a tener en la víctima. En este ámbito, se trataría de construir un nuevo escenario en el que la víctima asuma un papel activo en la recuperación de su dignidad, en la reparación del daño y en la reconstrucción de su vida personal y familiar, sin olvidar por ello como hemos visto la vertiente retributiva y de prevención especial del Derecho Penal.

9.- Desde el punto de vista sustantivo y de fondo, la mediación en materia de violencia de género plantea problemas relativos a la necesidad de garantizar la igualdad formal entre las partes y el equilibrio en las posiciones con el objeto de lograr un acuerdo realmente satisfactorio y ajustado tanto a las necesidades de protección y reparación de la víctima, por un lado, como a las obligaciones preventivas y rehabilitadoras respecto al victimario, por otro. Pero esto sólo puede entenderse en un marco procesal adecuado, con respeto a las exigencias propias del monopolio del *ius puniendi* por el Estado a través del ejercicio de la acción penal o de la exclusividad jurisdiccional en el proceso civil de familia. Consideramos que es posible cumplir estos fines del proceso penal dentro del proceso mediante mecanismos regulados, admitidos y sujetos a control que contribuyan a satisfacer de forma integral tanto los intereses del Estado como los de las partes en el proceso.

10.-Especialmente importante es salvar el problema de la falta de igualdad estructural entre hombre y mujer presumida por la LO 1/2004 sin posibilidad de prueba en contrario, tema controvertido acerca del cual el TC ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces en favor de la constitucionalidad de este texto normativo por considerar plenamente justificada la sobrecarga punitiva de los delitos de violencia de género, basada tanto en la necesidad de castigar el mayor desvalor de la conducta que nos ocupa, como en el respeto a la proporcionalidad de esta medida, que se justifica por la especial vulnerabilidad de la víctima. El hecho de que sea la perspectiva de género el criterio rector en el estudio del fenómeno de la desigualdad y la discriminación de la mujer es necesario y de gran utilidad para la adecuada comprensión del problema, pero partiendo de la crítica constructiva a la LO 1/2004 y la declaración del TC acerca de su adecuación constitucional se hace necesario, tras casi diez años desde la entrada en vigor de los Títulos IV y V de la Ley (Tutela Judicial y Tutela Penal), que se cumplirán el próximo 29 de junio, hacer una revisión preguntándonos qué puede estar fallando en la Ley para que no se consigan los objetivos pretendidos y de qué manera podríamos invertir la tendencia y hacer de este texto normativo un instrumento eficaz en la lucha contra la violencia de género.

11.- Sentados estos presupuestos, es necesario plantearse si es posible la mediación en violencia de género y, de ser la respuesta positiva, organizar esta actividad teniendo en cuenta las especialidades de la materia que nos ocupa. Así, la protección a la víctima ha de ser, después de su recuperación psicológica para afrontar la mediación en condiciones equiparadas a las de la otra parte, una de las prioridades a tener en cuenta. Es posible compatibilizar la existencia de una orden de protección en favor de la víctima con el desarrollo de la mediación, si se cuenta con

un adecuado régimen de comunicación entre el Órgano Judicial, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el Equipo de mediación. Por otra parte, la posibilidad de celebrar las sesiones de mediación *on line*, así como la intermediación del mediador y resto del Equipo de mediación en el contenido de las conversaciones permiten salvar los obstáculos derivados de la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima protegiendo su seguridad sin que ello suponga merma de las posibilidades y oportunidades que una solución alcanzada en mediación tendría para ella.

12.- Otro de los problemas sustantivos estructurales de la mediación en violencia de género es la necesidad de encuadrar de forma clara los delitos “mediables” en esta materia. En este punto no es posible dar soluciones extremas o contundentes, sino que en primer lugar se debe partir de una definición de delitos básicos susceptibles de mediación –delitos en los que no hay violencia estructural, habitual o de largo recorrido- en la que se recojan los tipos leves de violencia, los casos en que la víctima en abstracto es psicológicamente recuperable a efectos de alcanzar la posición de igualdad mencionada o aquellos en que el acto de violencia ha sido aislado, de menor entidad o de escaso impacto psicológico y físico en la víctima. En cualquier caso, por tanto, el listado de delitos mediables es abierto y está sujeto, tanto a la apreciación en abstracto del tipo que cumpla estos presupuestos, como al examen del caso concreto y de las circunstancias de las partes y del hecho para adoptar la decisión de remitir el asunto a mediación. Esta decisión deberá ser tomada por el Magistrado Juez y el Ministerio Fiscal previo asesoramiento del Equipo de mediación y del Servicio de Asistencia a la Víctima.

13.- Llegados a este punto, y superados estos tres problemas estructurales básicos de fondo, es necesario analizar los problemas procesales de la mediación en procesos por violencia de género. En este terreno se puede decir que las cuestiones básicas que hemos planteado se han referido al impacto que en el proceso tiene la actividad de mediación, a la integración del resultado de la mediación en el proceso y a la fuerza o condición del acuerdo en el mismo. El análisis del primer punto nos ha obligado a preguntarnos por cuestiones como el tratamiento de la suspensión del proceso para remitir el asunto a mediación, cómo deben tratarse los gastos originados por la mediación o de qué manera la mediación podría producir efectos perturbadores en el proceso. Todos estos problemas han sido resueltos sin dificultad. El artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite acordar la suspensión del proceso de familia previa petición de las partes de común acuerdo durante el tiempo establecido en la Ley, por lo que no habría problema en solicitar dicha suspensión cuando quede acreditada la posibilidad de remisión a mediación y de consecución de un acuerdo de forma efectiva. En cuanto al proceso penal, es posible articular mecanismos diversos para que se desarrolle la mediación respetando siempre los periodos de prescripción de las faltas y delitos, sea posible retrasar el señalamiento del juicio hasta que la mediación haya tenido lugar para reanudar el mismo celebrando en caso de que no se haya llegado al acuerdo, o adoptando las distintas

soluciones procesales reguladas para acoger el mismo. En cualquier caso, es posible adaptar el *iter* procesal al resultado de la actividad mediadora sin que ello tenga efectos perturbadores en el proceso. En cuanto a los gastos originados por la mediación, se llega a la conclusión de que no estamos ante un concepto incluíble en el de las costas del proceso, término procesal que designa los gastos y desembolsos que la parte ha de efectuar en el proceso con ocasión de la defensa y tutela de los derechos que demanda de la actividad jurisdiccional. Este concepto es incompatible con el desarrollo de la actividad de mediación, que además de ser voluntaria debe partir de la base de no ser onerosa para las partes, por lo que tanto la actividad de mediación propiamente dicha, como la actividad orgánica y funcional del Órgano Judicial que se vea incidentalmente afectada por la mediación, deben constituir conceptos presupuestarios enmarcables dentro de los denominados “costes de la actividad jurisdiccional”, repercutibles tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas e Instituciones y Organismos Públicos que lleven a cabo el fomento y el desarrollo de la actividad de mediación.

14.- La integración del resultado positivo de la mediación en el proceso cuando las conversaciones de las partes hayan dado su fruto y exista un plan de reparación integrado en el acuerdo de mediación aprobado por el Órgano Judicial y el Ministerio Fiscal es la base fáctica y procesal necesaria para adoptar la correspondiente decisión en relación a la continuación o terminación del proceso: celebración del juicio de faltas aunque la víctima no sostenga la acción penal si el Ministerio Fiscal pide la absolución por haber procedido el victimario a reparar el daño, sobreseer las actuaciones en caso de que sea aprobado el plan de reparación acordado o permitir la fase de juicio oral en caso de procedimiento abreviado acogiendo el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación dicho plan. De la misma manera, en el proceso de familia es posible transformar el proceso de contencioso a mutuo acuerdo, permitiendo que el convenio regulador de la pareja acoja los términos del acuerdo de mediación alcanzado, de manera que se consigue agilizar el proceso, abaratar los costes y lograr mayor índice de satisfacción en las partes y de cumplimiento del acuerdo.

15.- En cuanto a la fuerza del acuerdo en el proceso, hemos visto que dado que el acuerdo de mediación tiene la naturaleza consensual derivada de la actividad negociadora de las partes, pero recibe sanción judicial al ser sometido al control y aprobación del Órgano Judicial, la resolución judicial que tanto en el proceso penal como en el civil acoge dicho acuerdo es elevada por el legislador a la categoría propia de cualquier otra decisión emanada del Poder Judicial. Por ello, a través de la actividad mediadora se ha llegado por otro camino a la misma solución, pero cualificada por la intervención de las partes, su responsabilización en la adopción del acuerdo, su mayor facilidad para el cumplimiento o la ejecución de lo resuelto y la descarga que esta actividad ha supuesto para el Juzgado, que ve satisfactoriamente resuelta la pretensión por cauces más rápidos y efectivos.

16.- La mediación intrajudicial en asuntos de violencia de género no sólo es posible sino que responde a una nueva percepción de la Justicia

en la que la pacificación de las relaciones a través de una actividad proactiva y responsable de las partes conducida por el Órgano Judicial no sólo mejora el funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que amplía la perspectiva y el punto de mira acogiendo una actividad perfectamente enmarcable –con las debidas precauciones y el necesario rigor jurídico, procesal y práctico- en la judicial, contribuyendo a una mejora de la Administración de Justicia a través de un mecanismo voluntario, útil e innovador que allana los obstáculos, facilita la iniciativa personal en la adopción de los acuerdos, favorece el cumplimiento del acuerdo, abarata los costes de la Justicia y permite introducir nuevas soluciones avanzadas y eficaces en el camino hacia la mejora de la Justicia. La introducción de la mediación no significa perder las cualidades esenciales de la función jurisdiccional, sino ganar en flexibilidad y capacidad para cumplir el objetivo usando nuevas herramientas. De hecho, el desarrollo de este Proyecto de investigación es un claro ejemplo de la necesidad de regular esta materia contando con la asistencia y colaboración de los distintos operadores jurídicos implicados en la cuestión como sustrato básico imprescindible para su éxito, por lo que debe tenerse en cuenta a todos los sujetos e instituciones influenciados por este proyecto para conseguir su complicidad y compromiso con él.

17.- Al comienzo de este trabajo decíamos que plantear la mediación en violencia de género exigía un riguroso trabajo de análisis, que debía ser combinado con otras cuestiones de tipo ideológico, sociológico y político igualmente relevantes en una materia tan sensible y mediática como es la lucha contra la violencia de género. Además, si queremos regular adecuadamente el tratamiento jurídico procesal de la violencia de género, no podemos prescindir del marco integral del que parte la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ni de la perspectiva transversal en la que la misma se enmarca, en la lucha contra este problema social.

18.- Partiendo de este marco jurídico, hemos diseñado un proyecto para la implantación de la mediación en procesos por violencia de género en el que hemos imaginado, con una visión práctica y “desde dentro” un proceso penal o familiar en el que se lleve a cabo este mecanismo de resolución de conflictos. Hemos partido del escenario actual, haciendo propuestas de modificaciones legislativas y procesales y analizando las distintas actuaciones a realizar, tanto en las labores previas de creación de una opinión favorable a la mediación como de implicación de los agentes jurídicos y sociales implicados como en el propio desarrollo del proceso. Por último, hemos elaborado además un protocolo de organización de la actividad procesal diaria para procesos en los que se decide la derivación del asunto a mediación. Todo ello nos ha llevado a la conclusión de que es posible la mediación en procesos por violencia de género porque los problemas prácticos surgidos se resuelven sin dificultad y porque no se producen efectos perturbadores en el proceso insalvables. Todo lo contrario, no es difícil imaginar la situación práctica para acabar afirmando que la mediación no sólo es posible y viable, sino

que resultaría sumamente beneficiosa en los casos que se determinen siempre que se lleve a cabo con la necesaria prudencia y rigor profesional y procesal.

Desde el pequeño observatorio que constituye un juzgado cualquiera de violencia de género en nuestro país, se puede comprobar cómo quizás el tratamiento procesal de la violencia de género no está consiguiendo los resultados pretendidos debido a varias causas: el posible error en la estrategia seguida, basada más en un enfoque punitivo que en un tratamiento educativo y sociológico de la cuestión, la reticencia a implementar mecanismos de Justicia restaurativa eficaces para los que se cuente con medios materiales solventes, el enfoque ideológico que ve en la mujer un ser siempre vulnerable y débil que debe entregar a otros las decisiones sobre su vida con arreglo a criterios automáticos, y la deriva que sigue el tratamiento de la violencia de género, de espaldas a soluciones reales y efectivas, prefiriendo la legislación “a golpe de noticia”, entre otros.

Por ello, y teniendo en cuenta que las leyes deben responder a la demanda social, evolucionar y adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad, y ser capaces de enfocar la cuestión desde otra perspectiva más flexible y abierta, creemos que ha llegado el momento de hacer una revisión crítica y constructiva de la Ley. Precisamente esta norma, por su carácter multidisciplinar y transversal permite esto más que ninguna otra, dado que su mirada amplia al problema comprende aspectos en los que pueden tener cabida nuevos mecanismos mediante los cuales se llegue a soluciones distintas, sujetas al control de oficio por el órgano judicial, pero más útiles y eficaces, precisamente por haber sido las partes las artífices del acuerdo que pone fin al proceso.

Constatado pues, que nuestra Ley de Violencia de Género es adecuada, pero necesita de una revisión que mejore los aspectos en los que no han producido los resultados esperados y que la sociedad y el justiciable demandan, y sometida la tesis de la mediación en violencia de género a un test de viabilidad que produce resultados positivos hemos elaborado la presente propuesta de proyecto, que nos ha obligado a imaginar y resolver los problemas prácticos que pudieran darse y nos hace concluir que, tanto desde el punto de vista sustantivo, como procesal, técnico y organizativo, la mediación en violencia de género es posible, pero lo que es más importante, creemos que es eficaz y útil y que esta medida actúa en sintonía con la Ley 1/2004 y su apuesta decidida por solucionar el problema de la violencia de género desde una perspectiva multidisciplinar y transversal, como lo es este proyecto.

Ahí queda nuestra propuesta, con la esperanza de que sus aportaciones sirvan para continuar firmes en la lucha contra la violencia de género, y con el convencimiento de que sólo desde una visión amplia y valiente podremos ver un horizonte en el que la violencia de género encuentre en la mediación la herramienta necesaria para avanzar en el camino hacia su solución.

Si se consigue o no, sólo el tiempo lo dirá. Pero en cualquier caso, no cabe duda de que la mediación tiene un potencial que se debe estudiar y tener muy en consideración para hacer progresar el conocimiento y la sociedad en la lucha contra la violencia de género. En ello estamos.

Amaya Fernández López

5 de marzo de 2015

BIBLIOGRAFÍA

B.1. BIBLIOGRAFIA

ABEL LLUCH, X, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Ed. JMB Bosch, Barcelona, 2014

ACALE SÁNCHEZ, M.:

“El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar” en LÓPEZ ARMINIO, M.J., *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Ed. Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 2000

Y JORGE BARREIRO, A., *La discriminación de la mujer por razón de género en el Código Penal*, Ed. Reus, Reus, 2006

AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *REDUR* 9, diciembre 2011

ALBA ISASI, J. “Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Mayo 2013” en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201305-mediacion.html>

ALHAMBRA PÉREZ, P. “Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional” en POLO GARCÍA, S., *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

ALONSO ALAMO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95/2008

ALONSO RIMO, A., “La Víctima en el sistema de Justicia Penal I” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M., (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

AMORÓS, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Ed. Cátedra, 2ª Edición, Madrid, 2005

ANTONIOLLI, L., y VENEZIANO, A., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Ed. KluwerLaw International, Netherlands, 2005

AÑÓN ROIG, M.J., “Violencia de género: un concepto jurídico intrincado”, en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012

ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1991

ARANGÜENA FANEGO C.,

Y SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008

“Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010

Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa, Ed. Comares, Granada, 2011

“Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal” en CABRERA MERCADO R., ARANGÜENA FANEGO, C., y DE HOYOS SANCHO, M., *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Ed. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011

“Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección” en MARTÍN OSTOS, J., *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013

“La mediación penal en el ámbito de la violencia de género ¿ha llegado el momento para replantearse su prohibición?” en ABEL LLUCH, X, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Ed. JMB Bosch, Barcelona, 2014

ARANGUREN VIGO, “Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz” en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010

ASÚA BATARRITA A. y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009

AVENDAÑO, L. M., MORALES J., GARCÍA, A., y PÁRRAGA, J.E., “Lineamientos para una Justicia Penal Alternativa a partir de los principios extrasistémicos de un Derecho Penal mínimo”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 37, Nº 3, Julio-Septiembre 2009

BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M., (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

BARONA VILAR, S.,

Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2001

Seguridad, celeridad y justicia penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013

VVAA, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Ed. Civitas, Pamplona, 2007

Mediación penal: un instrumento para la tutela penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 94/2012

BERISTAIN, A.,

Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

Victimología. Nueve palabras clave. Principios básicos. Derechos humanos. Terrorismo. Criminología. Religiones. Mujeres y menores. Mediación-reparación. Derecho Penal. Política Criminal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

BERNAL SAMPER, T., *La mediación, una solución para los conflictos de ruptura de pareja*, Ed. Colex, Madrid, 1998

BLANCO CARRASCO, M., “Las partes en la mediación” en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Ed. Debate, Madrid 1992

BOIX REIG, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E. *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de Diciembre)*, Ed. Iustel, Madrid, 2005

BRUTTS GRIGGS, T. “La mediación en Norteamérica”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007

BUENO DE MATA, F., “Mediación online: ¿la mediación del futuro?”, en MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia de familia y derecho. Estudios y análisis*, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2011

BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, D.J. *La Mediación. Claves para su comprensión y práctica*, Ed. Tritoma, S.L., Madrid, 2009

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La Administración de Justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 7, Octubre 2005

CABRERA MERCADO R., ARANGÜENA FANEGO, C., y DE HOYOS SANCHO, M., *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Ed. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011

CALVO SAN JOSÉ, M.J., “La Mediación como mecanismo extrajudicial de solución de los conflictos familiares” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.) *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ed. Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2006

CAMPOS CRISTÓBAL, R., “La Violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en MARTINEZ GARCÍA, E. (Dir.) y VEGAS AGUILAR, C., (Coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012

CÁRDENAS, E.J., *La Mediación en conflictos familiares*, Ed. Lumen Argentina, Buenos Aires 1998

CARMENA CASTRILLO, M., *Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia*, Alianza Editorial, Madrid, 1997

CARRASQUERO CEPEDA, M., “Orden europea de protección. Un paso adelante en la protección de las víctimas”, *Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 2, junio 2014,

<http://www.ceej.eu/pdf/carrasquero.pdf>

CARRETERO MORALES, E. “Mediación on line: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en los asuntos de violencia de género” en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., (Dir.), *Materiales para la práctica de la mediación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013

CASTILLEJO MANZANARES, R.:

Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios, Ed. La Ley WoltersKluwer, Madrid, 2010

Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013

“Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

Violencia de Género y Justicia, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2013

Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones, Ed. La Ley WoltersKluwer, Madrid, 2014

“Mediación con víctimas especialmente vulnerables”, *Revista Iuris*, nº 215, 1-15 junio 2014, Ed. La Ley

CID MOLINÉ, J., “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión” en ARANGÜENA FANEGO, C., (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010

COLINA GAREA, R., *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Difusión jurídica, Monografías y temas de actualidad, S.A., Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2009

COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013

COMAS D'ARGEMIR, M., “La violencia doméstica y de género: diagnóstico del problema y vías de solución” en GÓMEZ COLOMER (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Ed. Universidad Jaume I, Castellón, 2010

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Ed. CGPJ, Madrid, 1998

CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2010

CREMADES SANZ-PASTOR, J.A., *El arbitraje de derecho privado en España*, ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2014

CRIADO INCHAUSPÉ, A., “Técnicas de mediación: aplicación a la mediación a través de medios electrónicos”, en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica online*, Ed. Sepin, Madrid, 2014

CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, 2005

CUCARELLA GALIANA, L.A., “Violencia de género y mediación en la legislación autonómica” en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de Género y Justicia*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2013

DELGADO MARTÍN, J.:

“La victimización reiterada en personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal” en VVAA, *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Estudios de Derecho Judicial, 121-2007, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007

“La protección de la víctima por el sistema penal” en ARANGÜENA FANEGO, C., y SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008

DEL POZO PÉREZ, M.:

Violencia doméstica y juicio de faltas, Ed. Atelier, Barcelona, 2006

“¿Es adecuada la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en MARTIN DIZ, F., *La mediación en materia de familia y derecho*, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2011

DE DIEGO VALLEJO, R., Y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ed. Pirámide, Madrid, 2010

DE FRUTOS SÁNCHEZ, P., “La mediación familiar. Principios fundamentales” en RUIZ MARÍN, M.J., *Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005

DE HOYOS SANCHO, M.:

“Investigación y prueba de delitos de violencia doméstica y de género” en ARANGÜENA FANEGO, C., y SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008

El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008

“La Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia de Género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

“La Orden Europea de Protección: estudio de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección” en ARANGÜENA FANEGO, C., (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Ed. Comares, Granada, 2011

Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

DE MIGUEL HERRÁN, I., “Políticas desarrolladas desde el Gobierno Vasco”, II Congreso sobre violencia de género e intrafamiliar

<http://www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/documentos/>

DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel S.A., 3ª Edición, Barcelona, 1993

DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia restaurativa y mediación penal: De la teoría a la práctica”, *Revista de Derecho Penal Lex Nova*, núm. 23/2008, Enero de 2008

ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación familiar*, Ediciones RIALP, Madrid, 2001

ESPÍN ALBA, I., “Artículo 15. Coste de la Mediación” en GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías Tirant 566, Valencia, 2008

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. “La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español”, *R.V.A.P.*, núm. *Especial 99-100*. Mayo-Diciembre 2014

FERNÁNDEZ. J.M., “La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica” en <http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0505110007A/7582>

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR*, Ed. Iurgium, Madrid, 2013

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “Las víctimas en el Derecho Internacional” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, A.E.D.I. Vol. XXV, 2009

FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A.M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011

FERNÁNDEZ RIQUELME, S., “La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Enero 2010, en www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm

FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005

FREIRE PÉREZ, R.M., “Reparación y Conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados” en SÁEZ VALCÁRCEL, R., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la Mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007

FISAS, V., “Abordar el Conflicto: la negociación y la mediación”, *Revista Futuros* N° 10/ 2005 Vol. III. <http://www.revistafuturos.info>

FISHER, R., PATTON, B.M., y URY, W. *Si de acuerdo! Como negociar sin ceder*, Ed. Norma, Bogotá, 1991

FRANCÉS LECUMBERRI, P., “el principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor” *Revista Indret*, Barcelona, octubre de 2012

GALAIN PALERMO, P., “Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces”, *Revista Penal* núm. 24, julio, 2009

GARCIANDIA GONZÁLEZ, P.M.,

“La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P y MONTERO AROCA, J., *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

Materiales para la práctica de la mediación, Ed, Aranzadi, Cizur Menor, 2013

Y SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012

GARCÍA CUBERO, G., “Comentarios al Real Decreto de desarrollo de la Ley 5/2012: mediación a través de medios electrónicos” en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica online*, Ed. Sepin, Madrid, 2014

GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2003

GARCÍA ORTIZ, L., y LÓPEZ ANGUITA, M.B. (Dir.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006

GARCÍA PRESAS, I. *La Mediación familiar: un alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, Ed. La Ley Grupo WoltersKluwer, 1ª Edición, Madrid, 2009

GARCÍA TORRES, M. L., “La Mediación. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares”, *La Ley Penal*, nº 73, Sección Estudios, Julio 2010, Editorial La Ley, 5942/2010

GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.:

Tratado de Criminología. Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen, 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos, 5ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

GIMÉNEZ GLUCK, D., “Acción positiva y Ley Integral contra la Violencia de Género”, en VVAA, *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2005.

GISBERT POMATA, M.N. y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014

GÓMEZ COLOMER (Coord.):

Tutela procesal frente a hechos de violencia de género, Ed. Universidad Jaume I, Castellón, 2010

GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P y MONTERO AROCA, J. y CUADRADO, M.P., *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, C., *Manual de mediación*, Ed. Atelier, Barcelona, 1999

GONZÁLEZ CANO, M.I.:

“Los métodos alternativos de resolución de conflictos” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007

GONZALEZ CANO, RÍOS, M.I., SÁEZ, C., SÁEZ R., y ZAPATERO, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación” en SÁEZ RODRÍGUEZ, C. *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990

GONZÁLEZ POVEDA, P., y GONZÁLVEZ VICENTE, P., (Coord.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos y Procesales*, 2ª Edición, Ed. Sepin, Madrid, 2005

GORDILLO SANTANA, L. F.:

La justicia restaurativa y la mediación penal, 1º Edición, Ed. Iustel Portal Derecho S.A., Madrid, 2007

El Proyecto Piloto de Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de la Rioja, *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia*

https://www.larioja.org/npRioja/cache/documents/474209_programa_piloto.pdf;jsessionid=26B502FA4635441B60D80B3A061326F5.jvm1

GRANADOS PÉREZ, F., “Mediación y Administración de Justicia” en RUIZ MARÍN, M. J., (Dir.) *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005

GUASP, J. *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971

GUIMERÀ I GALLIANA, A.:

“La Mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya”, *Revista Española de Investigación Criminológica*: REIC, nº 3, 2005, <http://criminología.net>

“La Mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC, Nº. 3, 2005, <http://www.criminología.net>

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Consecuencias patrimoniales de la ruptura: la violencia económica” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

HEREDIA PUENTE, M., “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio fiscal”, *Diario La Ley*, nº 7257, 7 de octubre de 2009, Año XXX

HERRERA MORENO “Historia de la Victimología” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

HINOJAL, S., ORTUÑO, Y PÉREZ SALAZAR, M., “La mediación en el ámbito de los procesos de familia”, en SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008

IGLESIAS CANLE, I.C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, 667, Valencia, 2009

JIMÉNEZ MARTÍN, J. “La Mediación como medio alternativo de solución de conflictos en el ámbito penal. Encaje en el proceso penal y reformas legales necesarias” en LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Ed. Comares, Granada, 2011

JIMÉNEZ MUÑOZ, B., en “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 39/2008, abril, junio

JIMENO BULNES, M.,

“Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales” en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009

“Instrumentos procesales penales. Protección de las víctimas en el proceso penal” en JIMENO BULNES, M. (Coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Ed. Comares, Granada, 2014

KAGAN, RICHARD L., *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, Edición original, 1981, The University of North Carolina Press. Edición consultada, Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo, 1991

LACRUZ MANTECÓN, M., “Incorporación de normas de la Unión Europea” en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGER VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., CARRERAS FERNÁNDEZ, M.V. y RODRÍGUEZ CASTRO, Y., “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas” en IGLESIAS CANLE, I.C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, 667, Valencia, 2009

LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

LARRAURI PIJOÁN, E.:

“Origen de la Feminist Jurisprudence: de mujer a derecho (Woman and the law)” a una teoría del Derecho Feminista (Feminist Jurisprudence) en VVAA, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Ed. Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998

La herencia de la criminología crítica, Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 2000

Criminología crítica, Ed. Trotta, Madrid, 2007

“Justicia restauradora y violencia doméstica” en ASÚA BATARRITA A. y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009

LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Undécima edición, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1990

LAURENZO COPELLO, P.:

“Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género” en GARCÍA ORTIZ, L., y LÓPEZ ANGUITA, M.B. (Dir.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006

“La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y*

- Criminología*, 07-08, 2005, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>
- LAURENZO, P., MAQUEDA, M.L., y RUBIO, A (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- LAUROBA LACASA, M.E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es justicia*, Huygens Edit., Barcelona, 2014
- LÓPEZ ARMINIO, M.J., *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Ed. Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 2000
- LÓPEZ PRECIOSO, M., “Protección integral contra la violencia de género. Reflexiones desde el trabajo social” en BOIX REIG, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de Diciembre)*, Ed. Iustel, Madrid, 2005
- LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Ed. Comares, Granada, 2011
- LORCA NAVARRETE, A.M.:
- La Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012
- LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley del divorcio de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005
- LLORIA GARCÍA, P. “La influencia de los medios en la regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer” en MARTÍNEZ GARCÍA, E. y VEGAS AGUILAR, C., (Coord.), *La prevención y erradicación de la Violencia de Género*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012
- MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, J. P., *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Ed. Club Universitario, Alicante, 2011
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.:
- Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Ed. Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, núm. 88, Granada, 2007
- “La Mediación Penal”, *Diario La Ley*, nº 6900, Sección Doctrina, 10 Mar 2008, año XXIX, Ref. D-75, Edit. La Ley, La Ley 5337/2008
- “La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario La Ley*, año XXX, no 7255/2009
- MAÑAS RODRÍGUEZ, M.A., “La negociación en la mediación” en LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación en el marco de la*

prevención, gestión y solución de conflictos familiares, Ed. Comares, Granada, 2011

MAQUEDA ABREU, M.L.:

“Veinte años de desencuentros entre la Ley Penal y la realidad de la violencia en la pareja” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

1989-2009: Veinte años de ‘desencuentros’ entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», *REDUR 7*, diciembre 2009

MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *Mediación familiar: sistema complementario y alternativo a la vía judicial*, Deliberación, Asociación Profesional de la Magistratura, núm. 8, octubre 2002

MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013

MARTÍN DIZ, F:

“Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.), *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ed. Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2006

“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, penales, civiles y laborales* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia, Premio “Rafael Martínez Emperador 2009”, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009

La mediación en materia de familia y derecho, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011

Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, 2013

MARTÍN NÁJERA. M.T., “La mediación intrajudicial” en RUIZ MARÍN, M.J., *Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005

MARTÍN OSTOS, J., *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013

MARTÍNEZ ARRIETA, A., "La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal" en VVAA, *Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino*, Ed. Ágape, Madrid, 2010

MARTINEZ GARCÍA, E.:

(Dir.) y VEGAS AGUILAR, C., (Coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012

MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius puniendi del Estado", *Revista de Derecho Penal*, nº 33/2011

MARTÍNEZ SOTO, T. "La Mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal" en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la práctica de la mediación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013

MATA Y MARTIN, R.M., "Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género" en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

MEJÍAS GÓMEZ, J.F.:

"Mediación familiar" en RUIZ MARÍN, M. J., (Dir.), *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005

La mediación como forma de tutela judicial efectiva, Grupo Ed. El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, 2009

MERINO ORTIZ, C., y LASHERAS HERRERO, P., "Artículo 9. Confidencialidad" en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013

MOLINA BLAZQUEZ, M.C. (Coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Ed. JMB Bosch, Barcelona, 2005

MONTALBÁN HUERTAS, I., "La Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial", en GARCÍA ORTIZ, L., y LÓPEZ ANGUITA, M.B. (Dir.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006

MUNNÉ CATARINA, F., *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002

MUNNÉ CATARINA, F., y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Ed. La Ley, Madrid, 2013

OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., “Teoría general de la pena” en MOLINA BLAZQUEZ, M.C. (Coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Ed. JMB Bosch, Barcelona, 2005

ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., “La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)”, *Diario La Ley*, vol. 28, núm. 6695, 2007, págs. 1 a 5

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, Ed. Comares, Granada, 2009

ORTEMBERG, O. D., *Mediación familiar. Aspectos Jurídicos y Prácticos*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1996

ORTUÑO MUÑOZ, P.:

“Mediación Familiar”, en GONZÁLEZ POVEDA, P., y GONZÁLVEZ VICENTE, P., (Coord.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos y Procesales*, 2ª Edición, Ed. Sepin, Madrid, 2005

“Artículo 1. Concepto” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

“Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

“Artículo 8. Neutralidad” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

OTERO PARGA, M. “Las raíces históricas y culturales de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, H. OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007

ORTIZ PRADILLO, J.C., “El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género”, *Revista Justicia*, núm. 1/2012

PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014

PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa Editorial, 1ª Edición, Barcelona, 2005

PASCUAL RODRÍGUEZ, C., “La mediación en el Derecho Penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid” en www.poderjudicial.es/.../ponencia-%20ESTHER%20PASCUAL%20ROD

PEDRAZ PENALVA, E. (Dir.), *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995

PÉREZ PUERTO, A., “Mediación civil y Familiar en Cataluña (I)” en [noticiasjuridicas.com/ articulos/ civil](http://noticiasjuridicas.com/articulos/civil)

PETZOLD RODRÍGUEZ, M., “Algunas consideraciones sobre la labor del mediador penal”, FRONESIS, *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. ISSN 1315-6268. Vol.15, No. 3, 2008

PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, 581, Valencia, 2008

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C., RÍOS MARTÍN, J.C., y VVAA, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

PERULERO GARCÍA, D. “Hacia un modelo de Justicia Restaurativa: la mediación penal” en GARCIANDIA GONZÁLEZ, P.M. Y SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012

PICÓ Y JUNOY, J., *El principio de buena fe procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003

POLO GARCÍA, S., *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

PUY MUÑOZ, F. “La Expresión Mediación Jurídica: Un análisis tópico” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007

RECASSENS SICHES, L. *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1974

REVILLA GONZÁLEZ “la Mediación Penal” en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007

REY MARTÍNEZ, F.:

El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Ed. MacGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1995

“La Ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

- RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y BIBIANO GUILLÉN, A. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo del sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, Madrid, 2006
- RIVAS VALLEJO M.P., y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y CONTRERAS ALFARO, L.H., “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito penal: el principio de oportunidad” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.) *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2006
- RODRÍGUEZ LAÍNIZ, J.L., “Mediación penal y violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7557, 28 Enero 2011, año XXXII
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías 678, Valencia 2010
- ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, Tirant Monografías 174, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- ROMERA ANTÓN, “Conferencias comunitarias y justicia restaurativa”, en PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., RÍOS MARTÍN, J. C., y VVAA, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. Colección “Estudios de Derecho Judicial”, núm. 136-2007, Madrid, 2007
- ROMERO RODRÍGUEZ, M., “La habitualidad en el delito de malos tratos habituales, art. 173.2 C.P”, julio, 200
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200507-1257914610541941.html>
- ROZENBLUM DE HOROWITZ, S., *Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Ed. Grao, Barcelona, 2007
- RUIZ MARÍN, M.J., *Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- SÁEZ VALCARCEL, R., “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia” en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos: la Mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Ed. Comares, Granada, 1997

SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “La mediación en el ámbito penal. Alusión Especial al Supuesto de Violencia de Género”, *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 35, 2014

SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. (Del presente francés al futuro español)*, EuskoJaularitza, Departamento de Justicia del País Vasco, Vitoria, 1997

SANZ DÍAZ, L., “La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico español. Aspectos sustantivos” en TENA FRANCO, I. (Dir.), *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM LLUCH, M., “La posición de la víctima en el Derecho Comparado y en la normativa de la Unión europea” en VVAA, *Panorama actual y perspectivas de la victimología y el sistema penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005

SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Ed. Colex, Madrid, 2000

SASTRE IBARRECHE, R., “Consideraciones en torno a los medios de composición autónoma de conflictos en el ámbito laboral” en VELARDE ARAMAYO, M. S., *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ed. Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2006

SEGURA CUERVO, A., “Herramientas de mediación por medios electrónicos”, en VVAA, *Manual de mediación civil y mercantil y su práctica on line*, Ed. Sepin, Madrid, 2014

SENÉS MOTILLA, C., “La especialización judicial en violencia de género en el sistema procesal español”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

SERRANO GÓMEZ, E., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012

SERRANO MASIP, M. “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, penales, civiles y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

SOLETO MUÑOZ, H.:

OTERO PARGA, M. y VVAA, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007

“La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III, 2009

SOTORRA CAMPODARVE, M.C., “Análisis de los principales hitos legislativos en la materia” en RIVAS VALLEJO M.P., y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007

STUART MILL, J., “La esclavitud femenina”, en <http://instituciones.sld.cu/genero/files/2012/07/Mill-John-Stuart-Esclavitud-femenina-La.pdf>,

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.:

El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento, Ed. Comares, Granada, 2006

Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa, Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal, Estudios de Derecho Judicial, 121-2007, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007

TAMARIT SUMALLA, J.M.:

“La Justicia Reparadora: ¿una justicia para la víctima?” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) y VVAA, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

“La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-05, 2010

TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23. El acuerdo de mediación” en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGER VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012

TARDÓN OLMOS, M., “Cuestiones de competencia” en RIVAS VALLEJO M.P., y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007

TENA FRANCO, I. (Dir.), *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005

TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?” en LÓPEZ SAN LUIS, R., *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Ed. Comares, Granada, 2011

TORRES SANZ, D., *Historia del Derecho. Bases para un concepto*, Ed. Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1986

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L.:

“La Mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los Juzgados de Familia de Málaga” en SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos: La Mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

“La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia”, *Diario La Ley*, nº 7996, Sección Tribuna, 8 Enero 2013, Editorial La Ley

VARELA, N., *Feminismo para principiantes*, Ed. B, S.A. Barcelona, 2005

VARELA GÓMEZ, B.J., “Disposición adicional segunda. Impulso a la mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013

VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.) *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ed. Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2006

VELARDE ARAMAYO, M. S. y SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR” en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.), *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ed. Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2006

VERDEJO TORRALBA, F., “Los juicios rápidos” en RIVAS VALLEJO M.P., y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007

VIDAL FERNÁNDEZ “El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008

VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y arbitraje electrónicos*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2013

VILAPLANA RUIZ, J., “Mediación y violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº 8340, Sección Tribuna, 25 de Junio de 2014

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La Víctima en el sistema de Justicia Penal II” en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M. y VVAA, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

ZAPATERO, V., *El arte de legislar*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009

B.2. PÁGINAS WEB

[http://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/modernizacion/modernizacion_tecnologica/infolexnet/que_es/!ut/p/c4/04_SB8K\(xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3g_A1cjCydDRwMLY2cTA08ndwtJw9XQwN3A_2cbEdFAHoJ5w0!/](http://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/modernizacion/modernizacion_tecnologica/infolexnet/que_es/!ut/p/c4/04_SB8K(xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3g_A1cjCydDRwMLY2cTA08ndwtJw9XQwN3A_2cbEdFAHoJ5w0!/)

https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/servicios/mediacion/servicios_mediacion

<http://Asociacionvascadedcriminologos.wordpress.com>

<http://boe.es/boe/dias/2006/05/03/pdfs/A17034-17041.pdf>

<http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

<http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11605

http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11605

<http://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23399>

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2005-2643

<http://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones/DiaSes/Com?piref73_1340233_73_1340230_1340230.next_page=/wc/diarioSesiones&anioDiarios=2004&tipoDiario=3&idLegislatura=8

http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-676.PDF

http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000115*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000115*.NDOC.))

http://www.elderecho.com/actualidad/gobierno-aprueba-proyecto-LOPJ-racionalizara-reparto-asuntos-Juzgados-agilizar-Justicia_0_786375115.html

http://ec.europa.eu/civiljusticia/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

CONCLUSIONES

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf

http://www.euroefe.efe.com/3775_euroefe-destacado-noticias/2306885_el-64-de-los-espanoles-no-confia-en-justicia-nacional-segun-eurobarometro.html

<http://www.fundacionfive.com/>

<http://www.gemme.eu>

http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/llybres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf

http://gencat.cat/docs/Justicia/Documentos/ARXIUS/codi_etica_alzate_merin.pdf

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PROTOCOLO_DE_MEDIACION_PENAL_INTRAJUDICIAL.pdf?idFile=0db0b293-988c-4b8b-b15c-f159b1d0b7a5

http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170001_6_1.pdf

<http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?metodo=buscar>

<http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-442x/es?r01kQry=i%3Ar01mpd013b4675d657173a4cdfcb9f63290607cd1%3BcA%3Ar01e00000fe4e66771ba470b88bf55ea1f734f3c6%3Bm%3AfullText.LIKE.observatorio+vasco+para+la+violencia+machista%3B&fullText=observatorio+vasco+para+la+violencia+machista>

http://juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Geogr_Ficheros_compilacionNormativaViolencia2ed.pdf

http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/llybres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf

<http://www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/documentos/>

<http://www.justizia.net/psico-judicial/texto?id=1241022113995>

<http://justizianet/documentos>

www.justiciarestaurativa.org/articulos

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/enlaces/220711-enlacecriminal.html>

https://www.larioja.org/npRioja/cache/documents/474209_programa_piloto.pdf;jsessionid=7F77370B3CD4BEDA0E106E98175A6BD6.jvm2

<http://llybreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php>

<http://www.metroscopia.org/images/docs/123.jpg>

https://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/docs/VMortales_2014_12_12.pdf

<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/home.htm>

<http://mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788483261/Detalle.html>

<http://mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198344809/DetalleInformacion.html>

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774766880/EstructuraOrganica.html>

http://mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427271972?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_REFORMA_LECRIM_-_CM_5-12-2014_WEB.PDF.PDF

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292358725604?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D121011_Proyecto_de_Ley_Reforma_Parcial_LOPJ.pdf&blobheadervalue2=1288777317612

<http://www.noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201305-mediacion.html>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/dir2008-52-ce.html

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/110-2012.html-a15

<http://www.observatorioviolencia.org>

http://observatorioviolencia.org/bbpp-proyecto.php?id_proyecto=100

http://www.poderjudicial.es/Men.aspxpx_type=PX&px_db=11.-+Juzgados+de+violencia+sobre+La+Mujer&px_language=es&rxid=d4b8c500-6163-449b-a6fe-6e472771a0cb

http://poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos/Guia_para_la_practica_de_la_mediacion_intrajudicial

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana--datos-2013>

http://poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa_y_jurisprudencia/Leyes_Autonomicas

http://poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/El_Observatorio_contra_la_violencia_domestica_y_de_genero

<http://www.poderjudicial.es.CGPJ/Informes/2010/>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/El_Observatorio_contra_la_violencia_domestica_y_de_genero

http://poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos/guia_para_la_practica_de_la_mediacion_intrajudicial

CONCLUSIONES

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/PoderJudicial/En_Portada/El_Ministerio_del_Interior_se_incorpora_al_Observatorio_contra_la_Violencia_Domestica_y_de_Genero

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.La_violencia_sobre_la_mujer_en_la_estadistica_judicial_primer_trimestre_de_2014.formato3

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/convenios/Mediacion_familiar

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion-Familiar>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos/Informes-periodicos?filtroAnio=2014>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/relacionados/Directiva-2011-99-UE-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo-de-13-de-diciembre-de-2011-sobre-la-orden-europea-de-proteccion>

<http://www.portaljuridico.lexnova.es/legislacion/JURIDICO/83222/directiva-2008-52-ce-del-parlamento-europeo-y-del-consejo-de-21-de-mayo-de-2008-sobre-ciertos-aspectos>

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/101783/sentencia-tc-176-1996-de-11-de-noviembre-nulidad-de-laudo-arbitral-emision-fuera-de-plazo-valor>

<http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1991/62>

http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/eu-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1996/176#complete_resolucion&fundamentos

www.Tribunalconstitucional.es

http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

<http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

B.3. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 62/91, de 22 de marzo

<http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1991/62>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda 176/1996, de 11 de noviembre

http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/eu-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1996/176#complete_resolucion&fundamentos

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera 9/2005, de 17 de enero de 2005

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2005-2643

Sentencia del Tribunal Supremo 332/2006, de 14 de marzo

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=849298&links=%22332/2006%22&optimize=20060406&publicinterface=true>

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 704/07 de 26 de julio,

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=394950&links=%22704/2007%22&optimize=20070809&publicinterface=true>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 76/2008, de 3 de junio

<http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 152/2009, de 25 de junio

<http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 213/2009, de 26 de noviembre

<http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/List>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/2008 de 14 de mayo

<http://www.boe.es/boe/dias/2008/06/04/pdfs/T00014-00035.pdf>

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 704/07 de 26 de junio

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=394950&links=%22704/2007%22&optimize=20070809&publicinterface=true>

Sentencia del Tribunal Supremo, 332/2006 de 14 de marzo

<http://www.poderjudicial.es/search/>

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 1208/2000 de 7 de Junio

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3202265&links=&optimize=20030808&publicinterface=true>

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 660/1999, de 29 de abril

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3098407&links=&optimize=20031011&publicinterface=true>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 464/1999, de 23 de abril

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=1848974&links=%22464/1999%22&optimize=20041127&publicinterface=true>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 3ª 221/1998 de 5 de junio de 1998

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=1527486&links=&optimize=20050331&publicinterface=true>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 149/2012, de 30 de Abril de 2012

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6385907&links=&optimize=20120528&publicinterface=true>

B.3.1. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia Sala Cuarta TJUE, dictada en el asunto C-483/09, de 15 de septiembre de 2011, de Gueye y Salmerón Sánchez por la Sala cuarta del Tribunal de Justicia

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109603&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=572970>

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en el asunto C-239/2009, de 1 de marzo de 2011

<http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-del-Tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-g-sala-de-1-marzo-2011>