

lado. Queda un importante trabajo teórico por realizar, poniendo en relación los resultados con la bibliografía académica sobre los temas planteados y espero tener la oportunidad de hacerlo.

Bibliografía

Alonso, L. E. (1998). La mirada cualitativa en sociología. Fundamentos. Madrid.

Álvarez de Miguel, A (2006). Los feminismos a través de la historia en Amorós, Celia (dir.). "Diez palabras clave de feminismo". Verbo Divino. Estella (Navarra).

Antaki, C., Billing, M., Edwards, D., Potter, J., (2003), "Discourse Analysis Means Doing Analysis: A Critique of Six Analytical Shortcomings". Discourse Analysis Online, vol.1, no.1.

Bar Cendón, Mónica. (2010) "Feministas Galegas. Claves dunha revolución en marcha". Edicións Xerais de Galicia. Vigo.

Barbour, Rosaline (2013). "Los grupos de discusión en investigación cualitativa". Ediciones Morata S.L. Madrid.

Buschman, J.K. y S. Lenart. 1996. "I'm not a feminist, but...': College women, feminism, and negative experiences", Political Psychology 17(1): 59-75.

Callejo, Javier (2001) "El Grupo de Discusión: Introducción a una Práctica de Investigación". Ariel. Barcelona.

Duncan, L.E. 2010. "Women's relationship to feminism: effects of generation and feminist self-labeling", Psychology of Women Quarterly 34(4): 498-507.

Ferreiro Díaz, Lola (2010). "Todas as caras da violencia en cada una das caras do sistema". Xénero Humano. Caderno de Igualdade. Número 2. Novembro 2010.

García Negro, Pilar (2010). "O Clamor da rebeldía: Rosalía de Castro: ensaio e feminismo: o nacemento do ensaio na literatura galega contemporánea, simultáneo ao nacemento da conciencia de xénero: análise e interpretación de textos rosalianos". Sotelo Blanco, D.L. Santiago de Compostela.

Gutierrez Brito, Jesús. (2008). "Dinámica del grupo de discusión". CIS. Madrid.

Lagarde y de los Ríos, M. (2011) "Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas". Horas y Horas. Madrid.

Williams, R. y M.A. Wittig. (1997). "I'm not a feminist, but...': Factors contributing to the discrepancy between pro-feminist orientation and feminist social identity", Sex Roles 37 (11-12): 885-904.

La mediación en los casos de violencia de género ¿es posible?

Álvarez Buján, María Victoria

Becaria de Colaboración de Máster de la Vicerrectoría de Investigación

Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Procesal

Universidade de Vigo

viki_alv@hotmail.com

RESUMEN. La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos rápido y eficaz cuando las controversias que pretende resolver se refieren a derechos dispositivos. Sin embargo, esta forma de autocomposición plantea problemas en la práctica, tanto desde el punto de vista normativo como desde la óptica de su idoneidad en relación con su aplicación en el ámbito penal y, particularmente, en el marco de la violencia de género, donde el cumplimiento de los principios esenciales de toda mediación, libertad y voluntariedad, deviene prácticamente imposible. No obstante, existe una doble posición doctrinal al respecto, partidarios y detractores de la mediación en casos de violencia de género con sus correspondientes argumentos, cuestión que configurará el objeto central de nuestro sucinto trabajo y nos permitirá dilucidar si, en efecto, la misma resultaría o no factible y en qué supuestos.

PALABRAS CLAVE: violencia de género, mediación, controversias

1. – Introducción

Como consecuencia de la sobrecarga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, en los últimos años se han venido implementando mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales, la mediación se encuentra particular y actualmente en boga.

Ciertamente, la mediación constituye un método de solución de conflictos idóneo por ser rápido y efectivo en lo que atañe a la resolución de conflictos relativos a derechos dispositivos, pertenecientes al ámbito civil y mercantil, donde las partes se encuentran en una posición de igualdad, siendo libres para decidir si quieren o no acudir a mediación y para expresar y manifestar sus opiniones a lo largo de las negociaciones. Pero el empleo de la misma en otros campos, como el Derecho Penal, no está tan claro. Especialmente suscita controversia la aplicación de la mediación en los casos de violencia de género; y ello, porque existe una

clara desigualdad entre ambas partes, *víctima y agresor, no pudiendo* por tanto otorgarse aquí cumplimiento a los pilares fundamentales de toda mediación: igualdad y voluntariedad¹.

Por el momento no es posible acudir a la mediación en supuestos de violencia de género en ningún caso, habida cuenta de la prohibición que establece al respecto el apartado 5 del artículo 44 de la Ley Orgánica, 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Empero, el tema siembra polémica dado que existen dos claras y diferenciadas posturas doctrinales. Por una parte, los detractores de la mediación en el seno de conflictos en los que se hayan producido conductas de violencia de *género*, quienes se apoyan principalmente en la carencia de igualdad y voluntariedad que se origina en estas situaciones; y por otra parte, los que se muestran partidarios de aplicar la mediación en estos supuestos, aquellos que sostienen su postura sobre la base de ciertos argumentos característicos de la justicia restaurativa, amén de la necesidad de realizar un proceso previo de empoderamiento de la víctima².

En este contexto se centrará nuestro trabajo, analizaremos las ventajas y desventajas concurrentes en torno a esta posibilidad, al objeto de concluir si verdaderamente en los casos de violencia de género sería o no factible acudir a mediación.

2. – Consideraciones generales acerca de la mediación en el ámbito penal

La mediación penal es aquel *"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"* (Barona Vilar, 2011: 258-259).

1 Los elementos primordiales que caracterizan todo proceso de mediación en el ámbito penal son los siguientes:

1) Proceso no-adversarial, flexible, voluntario y confidencial.

2) Poder de decisión de las partes.

3) Transformación de la posición inicial frente al conflicto desde la perspectiva de la búsqueda de la eficacia y la equidad.

4) Resolución de los conflictos en el contexto legal del Estado de Derecho: *el proceso de mediación en ningún caso sustituye la acción de la justicia, ni es una panacea*". (Magro Servet, 2011: 10).

2 Cuestión de naturaleza psicológica más que jurídica, por lo que dada nuestra condición y la humilde extensión de la presente aportación no nos detendremos en ella. No obstante, para más información sobre el proceso de empoderamiento de la mujer víctima de violencia de género puede consultarse: http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2012/docs/Recuperando_control.pdf

Ahora bien, su empleo como método de solución de conflictos suscita no pocas controversias, peculiarmente, por mor de la ausencia de legislación obrante en esta materia, pues tal y como declara Martín Diz *"No es un sistema de justicia penal contemplado en ninguna de las normas internas de nuestro Estado. No hay por tanto, ni una ley específica de mediación penal, ni tampoco se encuentra regulada dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"* (Martín Diz, 2010: 304).

En puridad, la mediación penal es una respuesta al crimen, pero es una respuesta propia de la Justicia Restaurativa o Reparadora y, por ende, diferente de la ofrecida por la Justicia tradicional, la justicia retributiva. En efecto, el problema fundamental que plantea la mediación penal es el hecho de que la misma supone *"una renuncia a la aplicación automática del derecho penal"*, motivo por el cual, *"solo puede efectuarse sobre la base de una serie de principios esenciales, bases que la justifiquen, siendo esencialmente los mismos el principio de la libertad, el de la última ratio del derecho penal combinado con el de la autocomposición, el principio de la responsabilidad, el principio de la tolerancia y el principio de la proporcionalidad"* (Barona Vilar, 2011: 257).

En definitiva, siempre que se cumplan los requisitos mencionados la mediación penal será viable. De hecho, en la actualidad, se hace palmario abogar por métodos que ante la gestión de un conflicto no persigan **únicamente** el castigo y el reproche del delito (justicia retributiva), sino también la reparación de la víctima y la resocialización y reintegración del agresor en la comunidad, así como la protección de la propia comunidad, métodos que a la postre satisfagan a todos los agentes sociales que se ven involucrados cuando se produce la comisión de un concreto hecho delictivo (justicia restaurativa).

Así, los partidarios de la Justicia Restaurativa o Reparadora, entre los que destaca Gordillo Santana, opinan que se manifiesta necesario *"establecer una alternativa al sistema penal tradicional que permita una solución diferente en relación a los conflictos"* (Gordillo Santana, 2007: 40). En este sentido, la mediación, al igual que otros métodos de resolución de conflictos basados en la negociación penal, puede entenderse apropiada en tanto en cuanto atiende a la reparación del daño y a las necesidades sociales, personales y psicológicas de la víctima, además de perseguir la resocialización del delincuente³.

En consonancia con lo anterior, sería más que deseable que en una futura reforma del proceso penal español se contemplase la regulación de la mediación penal⁴.

3 Quizá la mediación en casos de violencia de género no sea la medida más adecuada. No obstante, lo que es claro es que el legislador no puede limitarse simplemente a endurecer el carácter punitivo de los tipos penales que se refieren a esta clase de conductas, y ello, porque tales actitudes no son sino fruto de una concepción tradicional patriarcal que se encuentra muy arraigada en nuestra sociedad, fenómeno que ocasiona un problema no sólo jurisdiccional, sino multidisciplinar, puesto que afecta a numerosas esferas (jurídica, sociológica, psicológica, laboral...), razón por la cual, *"Debemos pues procurar canales alternativos o intermedios al sistema penal, a partir de un análisis exhaustivo del problema"*. (Iglesias Canle, 2009: 112).

4 En la Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, (pendiente todavía de aprobación) se ha desarrollado la regulación de la mediación penal en los artículos 143 a 146.

Cuestión distinta representa el uso en particular de la mediación en los casos de violencia de género, y ello, por las especialidades que subyacen dentro de este ámbito y que explicaremos a continuación.

3. – Ventajas e inconvenientes de la mediación en los casos de violencia de género

El principal inconveniente que entraña el empleo de la mediación en los casos de violencia de género radica en el hecho de que la mujer víctima de estos delitos se expone a ocupar una posición de inferioridad en el seno de las negociaciones, lo que vulnera de pleno el principio de igualdad, porque ésta se encuentra dominada y anulada psicológicamente por su agresor.

Además, la aplicación de la mediación implica un encuentro cara a cara entre víctima y agresor, sin presencia de sus abogados. Dicho encuentro puede resultar tanto jurídica como psicológicamente peligroso, no sólo porque la víctima podría enfrentarse a un nuevo ataque de su agresor, sino también porque ésta, como consecuencia de la trayectoria de maltratos sufridos, encuentra mermada su autoestima, y la presión de tener que negociar y llegar a un convenio con su agresor podría traumatizarla (Esquinas Valverde, 2008: 57-78).

En lo que concierne a las ventajas de la mediación en los casos de violencia de género, puede destacarse, por un lado, el hecho de que las dinámicas emocionales que se llevan a efecto en las sesiones de mediación ayudan al agresor a reconocer su responsabilidad, ya que la circunstancia de interactuar con la víctima, escuchar su postura y observar la reprobación de sus actos por personas cercanas a él, hace que se sienta culpable, e incluso que llegue a reinterpretar

.....
El artículo 143 prevé un concepto de mediación penal, según el cual “Se entiende por mediación, a los efectos previstos en este título, el procedimiento de solución del conflicto entre el acusado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar el acuerdo”.

El artículo 144 establece lo siguiente: “1. **A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7.8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17,18, 19, 20, 21, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.** 2. La voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en relación a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas. 3. La institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal. 4. El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el proceso. 5. **La mediación penal será siempre gratuita.**”

El artículo 145 dispone que “**Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno.**”

Finalmente, el artículo 146 contempla los efectos de la mediación penal al señalar que “**Ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza.**”

lo sucedido desde la perspectiva del padecimiento de la víctima. Y por otro lado, el efecto que provoca la mediación en la víctima, que contribuye a que ésta se recupere socialmente y pueda ver fortalecida su posición, al permitirle expresar libremente su versión de los hechos, contar su historia y sentirse importante, toda vez que su opinión y sus ideas son tenidas en cuenta por primera vez. (Esquinas Valverde, 2008: 48-55)

En realidad, contamos con un amplio abanico de ventajas e inconvenientes acerca de la utilización de la mediación en los casos de violencia de género, pero dada la breve densidad de nuestro trabajo no hemos podido profundizar en ellos, sino simplemente apuntar los más relevantes.

4. – Posible solución

En suma, para que en un futuro se pudiese llevar a cabo la mediación en casos de violencia de género, el modelo a aplicar debería ser siempre un modelo donde se observen determinadas precauciones, es decir, donde se equilibre la posición de la mujer respecto de su ex pareja masculina y donde se aseguren las garantías procesales durante el proceso.

En este orden de composición, consideramos que la mediación en tal contexto no sería factible, de ninguna forma, en lo que se refiere a aquellos supuestos de violencia de género en los que se haya generado una prolongada trayectoria de agresiones y maltrato, esto es, en aquellos supuestos donde exista reincidencia por parte del agresor, visto que ante tal coyuntura un acercamiento entre ambas partes se presentaría peligroso en exceso para la víctima, dado que ésta además de hallarse insegura, se encontraría sumergida todavía bajo la dependencia psicológica y emocional de su agresor, resultándole imposible llegar a una acuerdo justo en tal situación. Consiguientemente, se produciría un patente desequilibrio en la posición de las partes.

En consecuencia, a nuestro juicio, la mediación sólo serviría como vía para poner fin a la violencia en los casos en que las agresiones fuesen: primeras agresiones, de leve entidad o escasa importancia (tanto si la violencia es física como psíquica) y cuando no exista reincidencia y habitualidad⁵. Ahora bien, el proceso de mediación deberá poseer en todo caso un carácter intrajudicial y complementario al proceso penal, pues de tratarse de una mediación preprocesal que ostentase un carácter alternativo al proceso, ello supondría excluir a los tribunales de la persecución de los hechos delictivos y de la imposición de las penas, lo que atentaría contra los derechos constitucionales, en peculiar, contra el derecho a la tutela judicial efectiva (Barona Vilar, 2011: 326-334)⁶.

.....
⁵ No obstante, en la práctica, sería menester atender igualmente al caso en particular. Habría que analizar con precaución y precisión el estado psicológico real de la víctima, para poder determinar si la misma estaría o no en condiciones de acudir a un proceso de mediación libre y voluntariamente.

⁶ En este sentido y teniendo presente el carácter legalista de nuestro ordenamiento jurídico frente a otros sistemas de Derecho comparado que se rigen por el principio de oportunidad procesal, es importante aclarar que “la mediación penal no puede pretender ser una alternativa global al sistema penal en sí, sino que debe integrarse en el sistema como un mecanismo más de control y reacción frente a la criminalidad y que en todo caso debe ser una institución más, ofrecida por el ordenamiento jurídico, que debe adaptarse a los límites y condiciones marcados por la ley”. (Fernández Nieto y Solé Ramón: 2001, 84).

Con todo, en nuestro concreto ámbito objeto de estudio se hace preciso diferenciar la mediación en el marco de situaciones donde se han producido conductas de violencia de género de aquellos supuestos en los que se ha propiciado una violencia mutua o recíproca.

En lo atinente al primer extremo, es preciso matizar el concepto de violencia de género. Ésta ha de determinarse como aquella “*violencia sexista o machista fruto de adjudicar diferentes roles a mujeres y hombres y colocarlos en una jerarquía en la que los hombres ostentan el lugar superior privilegiado*” (Lameiras Fernández, Carrera Fernández y Rodríguez Castro, 2011: 119). En contraposición, el segundo supuesto refleja una situación bien desemejante, una situación en la que coexisten comportamientos negativos recíprocos entre autor y víctima, con ausencia de dominio y control del varón y sumisión de la mujer. En este último caso, la mediación sí sería posible, se trataría de un supuesto encuadrable dentro de la mediación penal, no de la mediación en el concreto ámbito de la violencia de género, por cuanto las partes podrían acudir libre, voluntariamente y en condiciones de igualdad, cumpliéndose, de esta suerte, los principios básicos y esenciales de toda mediación.

Con todo y con eso, no podemos perder de vista que para que la mediación en el marco de la violencia de género pudiera ser efectivamente aplicable y aplicada (aun limitada a los supuestos señalados) sería necesario que se eliminase la prohibición establecida por la Ley 1/2004, pues la opción de recurrir a la misma se encuentra hasta el momento, como hemos visto, absolutamente vedada. Además, de posibilitarse la mediación en los casos de violencia de género, la misma tendría que regularse ineludiblemente de manera completa y detallada, contemplando los requisitos o presupuestos por los que debería regirse, habida cuenta de las especialidades propias de esta materia⁷, así como los concretos supuestos en los que podría llevarse a efecto y la forma en la que habría de ejercitarse desde el punto de vista procesal⁸.

Bibliografía

Barona Vilar, Silvia (2011): *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Esquinas Valverde, Patricia (2008): *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Fernández Nieto, Josefa y Solé Ramón, Anna María (2011): *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*, Lex Nova, Valladolid.

7 Fundamentalmente, igualdad y voluntariedad. Asimismo, sería indispensable que la víctima gozase de un apto estado psicológico y su seguridad debería estar absolutamente garantizada en todo momento, teniendo que existir, a tal fin, la completa certeza de que el agresor no representa ningún peligro para ella. De otra manera, la mediación se convertiría en un mecanismo de solución del conflicto totalmente inviable.

8 Sobre esta cuestión, *vid.* las consideraciones ofrecidas por Fernández Nieto y Solé Ramón (2011: 81-85).

Gordillo Santana, (2007) *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid.

http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2012/docs/Recuperando_control.pdf Consultado: 18/06/2014.

Iglesias Canle, Inés C. (2009): “La tutela judicial en el ámbito de la violencia de género: La promoción real del principio de igualdad (Especial referencia a la Ley Gallega 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género”, en Iglesias Canle, Inés C. y Lameiras Fernández, María: *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 91-113.

Lameiras Fernández, María; Carrera Fernández, María Victoria y Rodríguez Castro, Yolanda (2009): “Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas” en Iglesias Canle, Inés C. y Lameiras Fernández, María: *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 117-151.

Magro Servet, Vicente (2011): *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Editorial Club Universitario, Alicante.

Martín Diz, Fernando (2010): *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid.