

# La prohibición de mediación en violencia de género, ¿éxito o fracaso?

**Raquel BORGES BLÁZQUEZ**

Doctoranda FPI de Derecho Procesal. Universidad de Valencia

Diario La Ley, Nº 9100, Sección Tribuna, 15 de Diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer

**LA LEY 17459/2017**

«Señoría, si usted no deja que mi marido hable conmigo, ¿Cómo vamos a arreglar las cosas?»

Orga Larrés (2008)

## I. Planteamiento del problema

Cuando a una persona le roban el coche quiere recuperarlo lo más intacto posible y, mientras le dure la indignación por el delito sufrido, también querrá que el individuo que le ha robado sea castigado por ello y —a poder ser— que vaya a la cárcel —y cuanto más tiempo, mejor—. Estas motivaciones no van a modularse a lo largo del tiempo, ni se abandonarán y recuperarán cíclicamente a lo largo del proceso. Las motivaciones de la víctima son congruentes con el funcionamiento de la maquinaria policial y judicial de la persecución del delito y castigo del culpable. Aquí nadie siente nada por nadie. La víctima no parará hasta que recupere el coche y el victimario sea condenado. Su motivación tampoco desaparecerá, en todo caso se verá diluida por el paso del tiempo hasta que logre, en su caso, lo que siempre ha sido su único, lógico e inquebrantable objetivo: recuperar el coche y que el culpable pague por ello. Tampoco lo hará la maquinaria judicial salvo que el transcurso del tiempo sin encontrar al culpable traiga consigo la prescripción del delito y, consecuentemente, la cesión del interés del estado en la persecución de la infracción. La víctima de un robo no va a abrazarse llorando al ladrón en la puerta de los juzgados, no va a pedir al juez que le permita vivir con el ladrón, no va a llamar por teléfono al ladrón pidiéndole que vuelvan a intentarlo y asegurándole que va a confiar en que no vuelva a robarle ni pedirá el indulto para el ladrón en caso de que finalmente sea condenado. La víctima de un robo no hará nada de eso porque no quiere al ladrón, si lo quisiera viviríamos en el mundo al revés. Pero la maquinaria policial y judicial diseñada por el legislador para combatir la violencia de género funciona igual que para la persecución de un robo. Y, a diferencia de lo que ocurre en el robo o en el resto de infracciones penales de carácter público, la víctima sí que quiere a su agresor (1) . Y es esta una característica de las víctimas de violencia de género que no encontramos en ningún otro tipo penal —con excepción de las víctimas de violencia doméstica—: la relación de afectividad unida al desequilibrio en que se encuentran las partes en conflicto como clave interpretativa de este tipo de delitos (2) .

La mayoría de las mujeres que acuden a un juzgado como denunciantes por delitos de violencia contra la mujer son personas que están pasando por un momento emocionalmente intenso y que se ven obligadas a enfrentarse a una realidad desagradable, pero están capacitadas para tomar sus propias decisiones. Es por ello que ORGA apunta la paradoja que supone que el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 (LA LEY 1692/2004) indique que *se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión* y esta misma ley dé por hecho que haber sido víctima de maltrato les prive de su capacidad de decisión sobre cómo y con quién quieren vivir (3) . Hace tiempo que, a instancias de los jueces, se viene apuntando las

dificultades inherentes a determinados conflictos que, aunque constitutivos de un delito, tienen su origen en un problema de naturaleza social o psicológica (4) . Estas mujeres no buscan una respuesta judicial, quieren una solución a un problema de falta de aptitudes para la convivencia. Los términos prisión, alejamiento, prohibición de comunicarse o indemnización les resultan ajenos, pero son los únicos que la justicia puede manifestar. La tipificación del sujeto pasivo como mujeres unidas por análoga relación de afectividad a la del cónyuge, aún sin convivencia, ha dado lugar a una heterogeneidad de supuestos, muy diferentes unos de otros, a los que el legislador ha otorgado *ex lege* el mismo tratamiento. Pero la solución real al conflicto no llegará hasta que dejemos de concebirlo únicamente en términos represivos (5) . De manera incomprensible se pide al derecho penal que dé solución a una situación de violencia en la (ex) pareja en la que una parte somete a la otra a todo tipo de vejaciones, dolor y miedo. Pero, ¿puede el sistema judicial español resolver estos conflictos? Ni puede, ni es su cometido. La justicia puede y debe proteger a la víctima y castigar al victimario. También debe poder rehabilitarlo, al ser éste un mandato constitucional (6) . Pero olvidamos que el problema que subyace de fondo va más allá de las lesiones, coacciones o vejaciones juzgadas en el correspondiente juicio oral con pleno respeto de los derechos procesales de ambas partes. Probablemente la víctima del robo no vuelva a cruzarse con el ladrón, pero la víctima de violencia de género es probable que se reencontre con su agresor. Un gran porcentaje de estas parejas no van a querer separarse, después de un tiempo van a reencontrarse o van a tener la necesidad de dialogar sobre aspectos comunes que les unen ya sean hijos, bienes o deudas...y es aquí donde el lenguaje jurídico empieza a no entender (7) .

## II. ¿Dónde estamos y a dónde vamos?

En España no disponemos de regulación legal para la mediación penal con carácter general. Si hay, en cambio, previsión expresa para el ámbito del proceso penal de menores y exclusión expresa en los supuestos de violencia de género (8) . Con la entrada en vigor de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (LA LEY 19002/2012) 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 este panorama está cambiando ya que desde Europa sí se aboga por una mediación penal, prueba de ello es el art. 12 (LA LEY 19002/2012) de la citada directiva que establece el «derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora» (9) . El propio código penal recoge la confesión del culpable o la reparación del daño como posibles atenuantes, siendo que ambas instituciones responden a los parámetros de la justicia restaurativa (10) . Llegados a este punto hemos de plantearnos si cabe —o no— mediación en violencia de género.

*En todos estos casos está vedada la mediación*, sentencia el art. 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985). Ocho palabras que encierran una prohibición amplísima. Y es la falta de concreción del precepto ha llevado a gran parte de la doctrina a considerar que esta prohibición abarcaría también el ámbito penal, pero este artículo no puede ir más allá de prohibir la mediación en un ámbito en el que sí existen normas que la regulan: la mediación civil. Porque ¿cómo vamos a prohibir la mediación penal en violencia de género si directamente nuestra legislación no contempla la mediación penal? De acuerdo con RODRÍGUEZ la prohibición sería únicamente a la mediación propia del derecho de familia en el ámbito de las competencias de los juzgados de familia. Este artículo hace referencia a la competencia penal en el apartado primero y del segundo al quinto se refiere a la competencia civil, y desde un punto de vista sistemático es fácilmente constatable como sólo el primer apartado del precepto desarrolla aspectos relativos a la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer en materia penal (11) .

La simple posibilidad de una mediación penal en estos delitos trae consigo reticencias por la particularidad social y jurídica de estos delitos, así como por la evolución de su tratamiento en el sistema penal español. Los detractores de la mediación indican que no estamos ante un conflicto

familiar, sino ante una manifestación de violencia. Los términos «disputa» o «conflicto» pueden sugerir que se trata de un conflicto en el que ambas partes están implicadas y restar importancia al hecho de que el comportamiento relevante es la agresión, cometida solo por una de las partes, y que la víctima carece de corresponsabilidad por ésta. Hacer uso de la mediación podría suponer la pérdida del efecto simbólico o de prevención general característico del derecho penal. El hecho de no aplicar el sistema judicial penal puede enviar un erróneo mensaje de laxitud a la ciudadanía que trivializaría la agresión y convertiría, nuevamente, este tipo de violencia en un asunto privado. Y esto supondría un retroceso en las medidas legislativas que se han ido adoptando los últimos años para visibilizar la violencia en el hogar —tanto doméstica como de género (12)—. La mediación tiene como objetivo la recomposición de las relaciones entre las partes y por eso suscita rechazo como posible respuesta a los delitos cometidos en el ámbito del hogar. Para aceptar la mediación penal como posible vía hemos de comprender que su objetivo no es salvar la relación existente —aunque pueda conseguirlo— sino que los acuerdos alcanzados garanticen la protección de la víctima y sirvan para que el victimario reconozca la ilicitud de sus actos y los censure (13).

Si nos cuestionamos desde el punto de vista criminal la conveniencia de la instauración de la mediación penal en episodios de violencia de género hay que descartar una mediación general siempre y en todo caso. Existen situaciones sociológicamente patológicas y comportamientos tan arraigados que no son susceptibles de redención. Sin embargo, y es aquí donde debemos centrar los términos del debate, no en todas las situaciones en que se comete un delito prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer. Existen supuestos en los que el conflicto penal es ocasional y es aquí donde hacer uso de una mediación penal podría ser más beneficioso que recurrir al tradicional proceso penal. La mediación permite que la víctima recupere su posición de igualdad con respecto a su agresor, que reconoce el desvalor de su acción. No se busca una verdad procesal, sino que es posible llegar a la verdad ontológica, y esto en sí mismo deviene reparación para muchas víctimas (14).

### **III. Marco para una posible mediación penal *lege ferenda***

Una pareja vuelve a casa de trabajar, ambos cansados, y la cena no está preparada. El hombre se enfada y empieza a golpear a su pareja delante de sus hijos pequeños a quienes parte el labio y deja con el ojo morado cuando se abrazan llorando a su madre y pidiendo que su padre deje de pegar a su madre. Cambiemos la historia, una pareja vuelve a casa de trabajar después de pasar casi dos horas en un atasco discutiendo acaloradamente sobre política. Al bajar del coche ella le dice que es un imbécil por no ser capaz de aceptar otras opiniones y él le agarra fuerte del brazo y le grita que sea la última vez que lo insulta.

El primer supuesto no es un conflicto de convivencia que pueda solucionarse con mediación. Él es un delincuente que debe ser neutralizado para que no haga más daño hasta que cumpla su condena y, a ser posible, se reinserte. En cambio, el segundo caso es un conflicto de convivencia que sí puede solucionarse con mediación. La LO 1/2004 (LA LEY 1692/2004) instaura un igualitarismo legislativo para supuestos heterogéneos que trae consigo la prohibición de mediación en todo caso. Y esta construcción normativa sirve para neutralizar a un hombre violento, agresivo y peligroso respecto del que su pareja y/o sus hijos necesitan una protección, pero no sirve para solucionar el problema de base en estadios tempranos porque la ley prohíbe sentarse a hablar para solucionarlo (15).

Si no se aborda con plenitud y dentro del proceso penal el conflicto existente, la simple imposición coactiva de la pena es incompatible con la relación de afectividad que muchas veces las partes quieren seguir manteniendo, con su perpetuación de roles de víctima y victimario, así como con la consecuente elevación del nivel de riesgo para la víctima. Y esta triste realidad se va a repetir imponamos o no la pena porque el conflicto real y la pretensión van por cauces dispares. Ante esta situación MARTINEZ propone 1) que en supuestos tasados y bajo condiciones se intente llegar a la

raíz del conflicto con el reconocimiento del maltrato y el compromiso de cambio en la conducta que traerá consigo la reparación de la víctima; 2) que se dé voz a la víctima y se respete, siempre y cuando sea compatible con el orden público, su decisión y 3) que la mediación se encuentre dentro del proceso penal para así mandar a la sociedad el mensaje de condena al maltrato y de posible reinserción del maltratador (16) .

Con la mediación penal buscamos dar respuesta a un conflicto a tres bandas. En primer lugar, garantizar el interés del estado en reprimir, en su caso, la infracción cometida por el agresor. En segundo lugar, dar respuesta al conflicto concreto con el reconocimiento del hecho por parte del agresor y la garantía de resarcimiento moral y/o patrimonial a la víctima. En tercer lugar, la mediación permite ir a la génesis del problema y —en determinados casos— respetando siempre las limitaciones del objeto de la mediación, puede abrir una vía al diálogo para solucionar el conflicto psicológico o social subyacente que nuestros tribunales no son capaces de resolver (17) .

La mediación penal no debe suponer en ningún caso una relajación del elemento público a favor del privado porque la manifestación de violencia física o psicológica es un atentado grave que debe ser condenado. Este tipo de violencia tiene una base afectiva y cultural que hace que el victimario tenga comportamientos asociales con respecto de los miembros del hogar. Con la mediación se intenta crear un marco para hablar y negociar, pero nunca minimizar el desvalor de los actos violentos. Cuestión diferente es que si con la mediación se atajan las causas de la violencia sea razonable una modulación del *ius puniendi* según el tipo de violencia siempre y cuando este diálogo se produzca en el marco de un proceso judicial con el restablecimiento del equilibrio entre las partes. Pero si ésta última premisa no se genera, ni jueces ni fiscales —responsables de velar por el orden público— deben permitir derivar a mediación el caso concreto.

#### IV. ¿Éxito o fracaso?

Cuando se promulgó la LO 1/2004 (LA LEY 1692/2004) la prohibición del legislador tuvo su razón de ser. Nos encontrábamos en una primera fase de cambio de percepción legal en estas acciones delictivas. Hacerlo de otro modo, habría supuesto minimizar la gravedad del problema. El mensaje que el legislador quería mandar a la sociedad, y que consiguió, era que la violencia de género no iba a seguir siendo un asunto privado que las partes pudieran solucionar hablando de puertas para dentro del hogar. Y es precisamente con este leitmotiv con el que arranca la primera frase de su exposición de motivos: *la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado*. No obstante, tras casi catorce años de la promulgación de esta ley, la sociedad ha cambiado y podría ser éste un buen momento para plantearse la posibilidad de una mediación penal en determinados supuestos y bajo determinadas circunstancias. Solo puede ser mediable la violencia leve, nunca la habitual, y esto podría reducir mucho el campo de aplicación de una posible mediación, pero es el único margen donde dos personas en crisis de convivencia pueden sentarse a hablar para solucionar las cosas (18) , siendo conscientes de que «si no arreglamos el problema —de fondo— la inercia del sistema acabará con los dos en la cárcel, acusados de múltiples delitos de maltrato y quebrantamiento de medida cautelar, mientras ellos siguen repitiendo que se quieren, pero que cuando discuten se pegan» (19) .

- (1) ORGA LARRÉS, José Carlos, *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. 1.ª Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2008. ISBN: 978-84-8355-514-9, pp. 21 y 22.
- (2) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable». En Barona Vilar, Silvia (Ed.) *Justicia civil y penal en la era global*, 1.ª Edición. Valencia. Tirant lo Blanch alternativa. 2017, p. 418.
- (3) ORGA LARRÉS, José Carlos, (2008) *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. 1.ª Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi.

2008. ISBN: 978-84-8355-514-9, pp. 94-95.

- (4) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable». En Barona Vilar, Silvia (Ed.) *Justicia civil y penal en la era global*, 1.ª Edición. Valencia. Tirant lo Blanch alternativa. 2017, p. 415.
- (5) ORGA LARRÉS, José Carlos, *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. 1.ª Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2008. ISBN: 978-84-8355-514-9, pp. 12-13.
- (6) De acuerdo con el apartado segundo del art. 25 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*.
- (7) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena «¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal». *Diario LA LEY*, n.º 9055, Sección Tribuna, 5 de octubre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 3.
- (8) Desarrollaremos esta idea en el próximo párrafo.
- (9) JIMENO BULNES, Mar «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? una perspectiva europea y española». *Diario LA LEY*, n.º 8624, Sección Doctrina, 14 de octubre de 2015. Ref. D-371. Editorial LA LEY, pp. 1-2.
- (10) VILAPLANA RUIZ, Javier «Mediación y violencia de género». *Diario LA LEY*, n.º 8340, Sección Tribuna, 25 de junio de 2014, año XXXV, Ref. D-210, Editorial LA LEY, p. 3.
- (11) RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis «Mediación penal y violencia de género». *Diario LA LEY*, n.º 7557, Sección Tribuna, 25 de junio de 2014, año XXXV, Ref. D-210, Editorial LA LEY, pp. 9-10.
- (12) RENEDO ARENAL, María Amparo «¿mediación en violencia de género? No, gracias». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Primer Semestre 2014. ISSN 1699-1524.
- (13) HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, Mercedes «La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género». *Documentos de Trabajo Social*, n.º 52. 2013 ISSN 1133-6552 / ISSN Electrónico 2173-8246, p. 265.
- (14) VILAPLANA RUIZ, Javier «Mediación y violencia de género». *Diario LA LEY*, n.º 8340, Sección Tribuna, 25 de junio de 2014, año XXXV, Ref. D-210, Editorial LA LEY, p. 3.
- (15) ORGA LARRÉS, José Carlos, *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. 1.ª Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2008. ISBN: 978-84-8355-514-9, p. 150.
- (16) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena «Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable». En Barona Vilar, Silvia (Ed.) *Justicia civil y penal en la era global*, 1.ª Edición. Valencia. Tirant lo Blanch alternativa. 2017, p. 419.
- (17) RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis «Mediación penal y violencia de género». *Diario LA LEY*, n.º 7557, Sección Tribuna, 25 de junio de 2014, año XXXV, Ref. D-210, Editorial LA LEY, p. 2.
- (18) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena «Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de

género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable». En Barona Vilar, Silvia (Ed.) *Justicia civil y penal en la era global*, 1.ª Edición. Valencia. Tirant lo Blanch alternativa. 2017, pp. 420-422.

- (19)** ORGA LARRÉS, José Carlos *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. 1.ª Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2008. ISBN: 978-84-8355-514-9, pp. 141-142.