

ÍNDICE**PRIMERA PARTE
LA IGUALDAD**

1. Concepto de igualdad	6
1.1. Introducción histórica e igualdad	6
1.2. Especial referencia a las desigualdades de género	8
1.2.1. Breves referencias históricas	8
1.2.2. Nociones básicas sobre el feminismo	9
1.2.3. La evolución del voto femenino y otros derechos en España en el siglo XX	11
2. La igualdad en la Constitución Española	12
2.1. Introducción	12
2.2. La igualdad como valor	14
2.3. La igualdad como mandato a los poderes públicos	16
2.4. La igualdad como ausencia de discriminación	19
2.5. Justificación del estudio de la igualdad en la presente exposición	21
3. Conceptos relacionados con la igualdad	22
4. Legislación en España en materia de igualdad	26
4.1. Ámbito internacional	26
4.2. Ámbito europeo	27
4.3. Concepto de igualdad de la Unión Europea	29
4.4. Derecho interno	29

**SEGUNDA PARTE
LA MEDIACIÓN**

1. La mediación desde una perspectiva general	33
2. Orígenes de la mediación	35
2.1. Orígenes de la mediación civil	36
2.2. Orígenes de la mediación penal	40
3. Mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos	42
3.1. Otros métodos alternativos de resolución de conflictos	43

4. Mediación civil	46
4.1. Mediación civil en distintos ámbitos	47
4.1.1. Beneficios de la mediación civil	49
4.2. Especial referencia a la mediación familiar	56
4.2.1. Delimitación del concepto de mediación familiar	57
4.2.2. Auto composición como marco definitorio de las resoluciones de conflictos en mediación familiar	60
4.2.3. Figura del mediador familiar	61
4.2.4. Regulación en materia de mediación familiar	66

TERCERA PARTE

LA MEDIACION PENAL

1. Introducción	70
2. Mediación penal. Objetivo: Justicia restaurativa	73
3. Delimitación del concepto de mediación penal	77
4. Ámbito objetivo de la mediación penal	78
5. Principios informadores	80
6. Normativa en materia de mediación penal	82
6.1. Ámbito europeo	83
6.2. Ámbito interno	84
7. Mediación penal en materia de menores	93
7.1. Principio de oportunidad como referente en materia de mediación de menores	96
7.2. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores	100
7.3. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores	104
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA	113
ANEXO	116

ABREVIATURAS

BOC	Boletín Oficial de Canarias
BOCM	Boletín Oficial Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial Junta de Andalucía
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
Ed.	Editorial
FGE	Fiscalía General del Estado
LECR	Ley Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
R	Recomendación dictada por la Unión Europea
RAC	Resolución Alternativa de Conflictos
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TARC	Técnicas alternativas de resolución de conflictos.
TC	Tribunal Constitucional
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio se centra en demostrar como a través del principio de igualdad se pueden llegar a resolver los conflictos que surgen entre las personas de una forma alternativa al proceso judicial. Este método alternativo es la mediación.

La elección de este tema viene motivada por el interés que desde un principio me produjo el tema de la mediación, me pareció muy interesante, sobre todo teniendo en cuenta la realidad que vivimos. Al principio el interés era únicamente por el tema de la mediación familiar que fue el primero que despuntó en el ámbito del derecho pero poco a poco se ha ido introduciendo en otras ramas con la misma repercusión.

El partir de la igualdad hacia la mediación me pareció básico para la temática de este estudio, puesto que las partes que optan por resolver sus controversias a través de la mediación tienen que ser y sentirse iguales. La lucha por la igualdad ha sido una constante en la historia, y a día de hoy sigue siendo uno de los objetivos prioritarios de muchos gobiernos. Esto es porque aun no se ha alcanzado esa igualdad material entre los ciudadanos. Como consecuencia de ello hay seguir trabajando para poder tener cada vez mas relaciones igualitarias, sabiendo, que benefician a toda la sociedad.

Es muy interesante en este sentido la mención que se hace al movimiento feminista puesto que es esencial la lucha de este movimiento por la igualdad, y no sólo la igualdad entre hombre y mujer sino que es una lucha por la igualdad en todos y cada uno de los ámbitos de la sociedad.

Las partes que eligen la mediación tienen que tener claro el concepto de igualdad y tienen que creer en esta otra forma de resolver los conflictos. La mediación genera muchísimos beneficios, es una forma de justicia alternativa que cree en la evolución de la sociedad y en el protagonismo de las partes. Solo se necesita un tercero que ayude a esas partes a llegar a un acuerdo consensuado por ellas mismas.

El estudio del tema ha sido a través de la numerosísima bibliografía que está generando este tema, está en auge, los profesionales y no sólo del derecho, están viendo que es una forma muy eficaz de resolver los problemas sin obstruir la justicia. Hay multitud de estudios sobre mediación, la legislación aunque dispersa cada vez es mayor y los ámbitos donde se ejerce también se van ampliando.

En este estudio veremos cómo desde la igualdad la mediación puede actuar en el **ámbito civil**, con una especial referencia la mediación familiar, clave para los procesos de ruptura de pareja, y **la mediación penal**, incluyendo el tema de la mediación en la responsabilidad penal de menores, en la cual está dando unos resultados magníficos. En este tema de menores he contado con entrevistas personales a educadores y trabajadores sociales que forman parte del equipo de mediación del Centro de Acogida de Menores de Valcorchero, Plasencia.

Veremos, por tanto, el origen de la mediación en estos dos ámbitos diferentes y los beneficios que está produciendo en nuestra sociedad.

LA IGUALDAD

Sumario: 1. Concepto de igualdad. 1.1 Introducción histórica e igualdad. 1.2. Especial referencia a las desigualdades de género. 1.2.1.- Breves referencias históricas. 1.2.2. Nociones básicas sobre el feminismo. 1.2.3.- La evolución del voto femenino y otros derechos en España en el siglo XX. 2. La igualdad en la Constitución española. 2.1. Introducción. 2.2. La igualdad como valor. 2.3. La igualdad como mandato a los poderes públicos. 2.4.- La igualdad como ausencia de discriminación. 2.5.- Justificación del estudio de la igualdad en las presentes exposiciones. 3. Conceptos relacionados con la igualdad. 4. Legislación en España en materia de igualdad. 4.1. Ámbito internacional. 4.2. Ámbito europeo. 4.3. Concepto de Igualdad de la Unión Europea. 4.4 Derecho interno.

1.- CONCEPTO DE IGUALDAD.

1.1.- Introducción histórica e igualdad.

Se puede afirmar que el concepto de igualdad nace en la Revolución Francesa de 1789 aunque anteriormente ya había referencias expresas al mismo durante la Revolución de Estados Unidos en 1787, que cristalizaron en algunas disposiciones de la Constitución de Filadelfia. Dicho concepto, pilar básico del movimiento revolucionario francés, se reflejó en el archiconocido lema que acuñaba las ideas revolucionarias de la segunda mitad del siglo XVIII “*libertè, egalitè y fraternitè*” pero estos términos se referían sólo a la burguesía, promotora, impulsora de dicho movimiento, es decir, la igualdad que postulaban no era de carácter absoluto ya que las clases sociales más bajas no estaban representadas en estas palabras. Como bien es sabido los ideales revolucionarios (y entre ellos el concepto de igualdad) impregnan al resto de constituciones que se promulgarían en Europa.

Posteriormente es de destacar un nuevo hito para intentar cambiar el modelo social de la época y luchar por hacer efectivas las ideas que rompían toda estructura de poder hasta entonces, como fue la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, en la misma se recogían los derechos fundamentales inherentes a las personas, estando entre ellos, una vez más, el derecho a la igualdad (igualdad formal, habría que avanzar más para la consecución de la igualdad material).

Es importante hacer notar lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al vincular, prácticamente, el concepto o la idea de verdadera constitución a la garantía de los derechos (derechos, entre otros, como el de igualdad), así establece que: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”* Así la idea de partida es simple, el Estado que diga tener una Constitución y ésta no garantice los derechos del hombre y del ciudadano, (es decir, no tenga como punto de partida una igualdad formal por lo que a esta exposición respecta) tendría un texto que se podría calificar como se quisiera, excepto como Constitución.

Partiendo de estas premisas socialmente se empezaría a avanzar hacia nuevos logros, una vez asentado el concepto de igualdad (formal) era necesario teñir la práctica de esa igualdad (material) haciendo hincapié en las desigualdades entre razas, etnias y género. Respecto a este último aspecto podemos destacar a autores como Olympe de Gouges quien reclamó la universalización de la mujer como ciudadana en su Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (Paris, 1791) así como Mary Wollstonecraft reivindicando en su obra *“Vindicación de la mujeres”*, una misma educación y el derecho al voto, obra publicada¹ en 1792, en este mismo sentido podemos citar finalmente a John Stuart Mill y referirnos a su obra *“La servidumbre de la mujer”*, publicada en 1869.

Para lograr la ansiada igualdad material había que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es decir, no se podría dar el mismo trato de favor a aquél que ya era favorecido por una/s determinada/s circunstancia/s social/es que a aquél que esa/s misma/s (o cualquier otra) circunstancia/s social/es le perjudicaba, pues el concepto de igualdad material acababa distorsionando y podría provocar una mayor desigualdad. No se aspiraba una igualdad absoluta con ignorancia del contexto social, sino a que mediante diferentes intervenciones y acciones se pudiese disminuir las desigualdades

¹ Martínez Segarra, Rosa; Parceró Torre, Celia; Aguinaga Roustan, Josune. “Agentes de igualdad de oportunidades: Acciones positivas en el marco de la cooperación”. Ed. Universitas Internacional. 2006.

sociales. Por ello, se puede afirmar que la igualdad básicamente presupone la desigualdad.

1.2.- Especial referencia a las desigualdades de género.

1.2.1.-Breves referencias históricas:

Respecto a las desigualdades producidas por el sexo, y desde su perspectiva y eventual respuesta política, nos permitimos hacer la siguiente división histórica:

- Estado Preconstitucional: este Estado se caracteriza por su legitimidad no democrática y se fundamenta sobre las diferencias. Existe una pluralidad de normas que se aplican en función del estamento al que pertenece cada ciudadano. La diferencia sexual en este Estado Preconstitucional es una diferencia más entre muchas otras e incluso era entendida como lógica.

- Estado Constitucional: los Estados Constitucionales empiezan a surgir sobre el siglo XVIII gracias al gran impulso que produjo la Ilustración modificando todas las estructuras sociales conocidas hasta entonces. Siendo “el hombre el centro del universo” no se podía entender una desigualdad ante la ley (desigualdad formal). Las teorías que sustentan este cambio en la sociedad son las teorías contractualistas (dando origen al llamado Estado Moderno, con grandes aportaciones de Locke y Hobbes, entre muchos otros). La relación entre los hombres, los ciudadanos y el estado se sustenta en un pacto o contrato social, defendiendo que si existiera desigualdad entre los hombres, el referido pacto social sería imposible sostenerse, ya que son todos los hombres en su conjunto quienes consienten tal relación estado-ciudadano. No obstante los mismos criterios que se aplicaban a las mujeres en el Antiguo Régimen se siguen aplicándose con los estados constitucionalistas, por ello, se puede decir la diferencia dada a los diferentes sexos es de carácter político, pues las mujeres quedan excluidas del ámbito público. Se consolidan los derechos constitucionales pero los derechos de participación política se otorgan a los únicamente a los hombres.

Aunque la formación teórica en el estado contemporáneo tiene su origen en Grecia², la igualdad en la práctica a efectos de sufragio femenino tuvo un arduo camino por recorrer. Partiendo de la desigualdad política anteriormente referida y de las tensiones sociales que reflejaban los autores recientemente citados, haciendo especial hincapié en la “Unión General De Sociedades Pro Sufragio³” liderado por Millicent Garret-Fawcett se logró, a principios del siglo XX, concretamente en 1906, el reconocimiento del voto femenino en Finlandia⁴. Hito histórico que por primera vez producía una igualdad, en principio, política entre ambos géneros.

Conseguido el logro de que la mujer pudiera ejercer su derecho a voto, el feminismo (del cuál hablamos a continuación) entró en un estado de pasividad latente hasta la genial obra de Simone de Beauvoir “*El segundo sexo*”, publicada en 1949, en la que defendía pasional y explícitamente que las mujeres habían sido el fruto de un proceso complejo de aculturación, resumido en su famosa frase “*la mujer no nace sino se hace*” queriendo reflejar así al concepto de Género como una condición social y no biológica.

1.2.2.- Nociones básicas sobre el feminismo.

Atendiendo a que uno de los criterios discriminadores dominantes hoy en día es el género, discriminación muchas veces injustificada lesionando al concepto e ideas sobre la igualdad, nos parece conveniente hacer unas someras referencias al movimiento que ha potenciado de forma más notoria la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el feminismo.

² Podemos citar como ejemplo a **Poulain de la Barre**, discípulo de Descartes, publicó en 1673 en París la obra *Sobre la igualdad de los sexos*, obra pionera en la época y de un tema poco habitual, en él reclamó para las mujeres el mismo derecho a ocupar los puestos y empleos que los hombres partiendo de que la capacidad de razonar es común a todos los seres humanos.

³ Unión de origen inglés que tenía como precedente a la Sociedad Nacional pro-sufragio dirigida por Lydia Bécquer. Esta unión pretendía la llamada “revolución silenciosa” de las mujeres. En el territorio español destacaban en esta línea de ideas, entre otros, Adolfo Posadas, con su libro *Feminismos* (1899), o Emilia Pardo Bazán.

⁴ La lucha por el sufragio fue tremendamente dura, aunque en 1906 Finlandia fuera el primer país que admitiera el voto femenino, hubo países que tardaron muchos más e incluso hubo también países que lo consiguieron poco después y que luego fue suprimido.

El término feminismo nace en Francia “*feminisme*” en el siglo XIX y aunque en un principio tenía una connotación negativa porque era una feminización de lo masculino, pronto se le dió el significado que anteriormente hemos expuesto, un movimiento en pro de la igualdad entre sexos.

Históricamente la actividad de la mujer siempre se ha relegado a un segundo plano, sin tener una causa de justificación para ello, por eso especialmente en el siglo pasado, se ha comenzado a revisar ideas y movimientos consolidados y superados para estudiar cómo pudieron incidir en las desigualdades de género que se arrastran hasta la actualidad. Así, por ejemplo, el sólido argumento filosófico de Rousseau sobre el contrato social ha sido criticado por la autora Rosa Cobo⁵. Ni siquiera el mismo Hegel se ha librado de la revisión de sus obras y sus ideas y que fueron criticadas duramente en 1990 por Carol Pateman⁶.

Por último, y bajo el mismo común denominador, se puede hablar de diferentes tipos de feminismo según la corriente a la que estén dirigidos, siendo los siguientes que a continuación exponemos los ejes fundamentales de las teorías ideológicas feministas:

- Feminismo Liberal / Radical: supone un rechazo total al sistema patriarcal y en muchos casos una segregación del varón, este feminismo tiene su origen en el feminismo liberal.

- Feminismo de la Igualdad / Socialista: denuncia toda esencia femenina como una construcción llevada a cabo por el patriarcado y lucha por la igualdad con el hombre en todos los ámbitos de la sociedad. También se le suele denominar como Feminismo Ilustrado.

⁵Esta autora, en sus diferentes obras ha manifestado que dicho pacto social presenta “quebras lógicas” que afectan de forma muy decisiva a la igualdad entre géneros (Cobo 1995). La autora establece que estos fallos lógicos que aparecen en el texto del Contrato Social deducen la imposibilidad de emancipación de la mujer, aunque tampoco descarta que otros elementos utilizados por Rousseau sirvan también como elementos que pueda utilizar la mujer para su emancipación.

⁶ En su trabajo sobre el Estado de Bienestar publicado en 1990 esta autora, teórica política y profesora de la Universidad de California, afirma que “*de acuerdo con Hegel la mujer naturalmente carece de atributos y capacidades del “ser individual” que puede entrar en la sociedad civil vender su fuerza de trabajo y ser ciudadana. Las mujeres que sostiene Hegel son exiliadas sociales por naturaleza*”

- Feminismo de la Diferencia / Cultural: partiendo de la diferencia sexual busca profundizar en la esencia femenina, el movimiento de la diferencia es europeo y el feminismo cultural es asimilable al feminismo de la diferencia que fue generado en Estados Unidos.

- Feminismo post-estructuralista: este término de post-estructuralismo carece de un significado específico común, se podría decir que es una corriente asociada a posiciones teóricas derivadas de los trabajos de diferentes autores como Althusser, Derrida, Lacan, Kristeva y sobre todo destacando entre ellos, Foucault. Esta ideología trata de responder a preguntas sobre cómo se ejerce el poder social y cómo se pueden transformar las relaciones de género, la clase y la raza.

- Feminismo post-moderno: la post modernidad es la teoría que pretende superar las propuestas que hemos visto antes en relación a la Ilustración, con el argumentando que existe un agotamiento de la ilustración de la razón o al menos de la razón tal y como ha sido concebida en los dos últimos siglos por determinados autores.

Como conclusión sobre este apartado, interesa simplificarlo exponiendo que el feminismo, sobre todo, es un punto de vista, es una manera de ver las cosas y se caracteriza principalmente por el rechazo de las formas de dominación en general, el objetivo es la lucha de la subordinación de las mujeres y trata de extinguir un mundo dividido en dos, porque dicen que las mujeres son la “mitad del mundo”.

1.2.3.- La evolución del voto femenino y otros derechos en España en el siglo XX.

La lucha que se llevó a cabo en España en materia de Igualdad estuvo unida a los cambios políticos y sociales de la época. Durante el primer tercio del siglo XX la mujer estuvo relegada al hogar sobre todo en la clase media y alta, mientras que en las clases sociales más bajas la mujer se fue incorporando a la industria y al sector terciario.

En la Constitución de 1931 que sustentaba a la Segunda República se logró reconocimiento del voto femenino lo cual supuso un gran avance para la sociedad española. Además de los hitos históricos europeos mencionados anteriormente, los

cuales facilitaron en gran medida la consecución del voto femenino, dicho logro hubiera sido imposible sin los generosos esfuerzos de mujeres como Clara Campoamor Rodríguez o Teresa González Calvet, reconocida esta último como una de las mujeres más significativas del feminismo español, llegando a ser diputada de las Cortes Constituyentes durante la segunda República. Además de este reconocimiento al sufragio universal se hicieron reformas en materia educativa con el fin de aumentar la presencia femenina de las mujeres en la enseñanza, creando una imagen nueva de la mujer.

Con la caída de la Segunda República y la instauración del régimen franquista las mujeres sufrieron un retroceso en cuanto a sus derechos y libertades, hubo un recorte de derechos civiles y políticos así como en la incorporación de la mujer al mundo laboral, confrontado bajo la protección del Partido Comunista de España donde se desarrolló el Movimiento Democrático de Mujeres. Allí se utilizó la plataforma legal de las Asociaciones de Amas de Casa para desarrollar sus ideas feministas, sobre todo en los barrios periféricos de las grandes ciudades. Esto llevó a que en el año 1975 se celebrase en Madrid las Primeras Jornadas Nacionales de Liberación de la Mujer, considerado como el primer encuentro feminista celebrado en España. Así, poco a poco, se fueron haciendo jornadas tanto en Madrid como en Barcelona en las que se reunían varias asociaciones con el objeto de luchar por la transformación de las leyes, sobre todo las del divorcio, aborto, acceso al trabajo remunerado, etc.

Cuando se volvió de nuevo a la democracia, tras treinta años de retroceso político y cultural, se le restablecieron los derechos que hasta entonces se le había reconocido a la mujer a través de reformas de las leyes civiles y laborales. Por lo tanto la situación de la mujer fue mejorando poco a poco aunque todavía queden cosas por hacer u objetivos por alcanzar.

2.- LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

2.1. Introducción.

Nuestra Constitución recoge este principio de igualdad en relación con el Estado social. Como hemos expuesto anteriormente este principio se asienta en las constituciones europeas en primer lugar de carácter formal y posteriormente se va avanzando hacia una igualdad material.

La Constitución Española fue publicada el 29 de Diciembre de 1978 con el objetivo de consolidar un Estado democrático-social de derecho basado en valores esenciales como la justicia, la libertad la igualdad y el pluralismo político. El recorrido que podemos hacer a través del texto constitucional nos muestra de forma muy clara que en el momento de la redacción de este documento y en la sucesiva puesta en práctica, existía un contexto favorable para la aplicación y admisión del principio de igualdad en la ley como una limitación en la legislación en todos los ámbitos del derecho.

De estos valores nosotros nos vamos a centrar en el de la igualdad, analizando los artículos clave para entender la complejidad de este principio. Lo veremos como valor superior del ordenamiento jurídico (Art.1 CE), como mandato a los poderes públicos (igualdad material, Art.9.2) y como ausencia de discriminación (Art.14).

Así mismo y a modo de introducción interesa hacer una pequeña referencia de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (la cual iremos desarrollando y complementando a lo largo de la exposición). La Constitución establece que la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico, un principio interpretador de la misma y un derecho fundamental (incluso subjetivo según STC 200/2001), volvemos a insistir en que esa igualdad no impide que haya una diferencia de trato, y hasta nuestros días esto ha costado mucho consolidar, un ejemplo lo tenemos en nuestro Tribunal Constitucional que ha tardado mucho tiempo en asumir las diferencias de trato entre los ciudadanos. Según argumenta la doctrina del Tribunal Constitucional en numerosas sentencias⁷.

⁷ Esta diferencia de trato se establece en la emblemática sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 2001 que sienta la siguiente doctrina y a la que se refieren otras muchas sentencias posteriores: *“el Art.14 de la CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo configurado este principio general de igualdad por un conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga a los poderes públicos a respetarlo y que exige que en supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.”*.

La diferencia de trato requiere:

1. Desigualdad de supuestos de hecho.
2. Finalidad en la medida: constitucionalmente legítima.
3. Adecuación de la medida a los fines.
4. Proporcionalidad y razonabilidad de la medida.
5. Finalidad de alcanzar la Igualdad.

Estos criterios se han adoptado por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia⁸, a partir del año 1981.

2.2.- La igualdad como valor.

La Constitución Española de 1978, ya, en su primer artículo declara la Igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico al establecer que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”*

Se fija de este modo los valores que deben regir sobre todo el ordenamiento jurídico, para garantizar el Estado social y democrático de derecho.

La igualdad como concepto abarca un gran contenido, y al proclamarlo como valor superior del ordenamiento jurídico puede llevarnos a ideas demasiado abstractas. Por estos motivos consideramos que es conveniente acudir al Derecho Natural para acotar el

⁸ STC 8/1981, de 30 de marzo, que establece que el principio de igualdad puede ser violado en aplicación de la ley cuando *“un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo de alguna causa de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución”*

STC 22/ 1981 de 2 de Julio *“el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el Art.14 de la CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.”*

significado de este aspecto. Bien es sabido, que el Derecho Natural, se caracteriza por proporcionar los criterios de lo justo, tales como la razón humana los ha ido descubriendo en la trama del orden universal⁹, así al establecer la igualdad como valor superior del derecho, significa que los valores así proclamados proceden de una normatividad que se encuentra por encima del ser humano por pertenecer a la propia naturaleza de la persona, son esenciales para su existencia e inherentes a la misma.

Así entendido el principio de igualdad y a pesar de que en un principio se estableció como una aspiración, como un valor meramente teórico, una vez consolidado el estado constitucionalista, es la repetida presencia de este derecho en las partes dogmáticas de las constituciones la que configura la igualdad como derecho fundamental, junto a otros logros del ser humano, como la justicia, la libertad o la dignidad. En el plano de la controversia existen distintas teorías¹⁰ sobre si existe alguna relación directa entre los derechos fundamentales y los derechos naturales. Veremos más adelante la importancia de este principio para la regulación de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución y como se ha ido delimitando calificándolo como un derecho fundamental *stricto sensu* (epígrafe 2.3 de la presente exposición).

Sin duda alguna, y bajo el punto de vista del exponente, la igualdad tiene que considerarse como un valor universal, y debe estar recogida como tal en todos los ordenamientos jurídicos a nivel tanto interno como internacional ya que la dimensión de este principio no afecta a un solo estado de forma concreta, sino que afecta a toda la comunidad internacional del mismo modo.

El problema como veremos más adelante, es la insuperable distancia desde la perfecta definición de la igualdad en el campo teórico, a la aplicación diaria del concepto para lograr hacerla efectiva ya que además de un derecho fundamental, la

⁹ Lorca Navarrete, José F. Los derechos naturales como derechos fundamentales. Diario La Ley, 1989, pág. 909, tomo 3, Editorial LA LEY

¹⁰ Lorca Navarrete, José F. Los derechos naturales como derechos fundamentales. Diario La Ley, 1989, pág. 910, tomo 3, Editorial LA LEY

igualdad se establece como un principio informador del ordenamiento jurídico¹¹ incluso como un verdadero derecho subjetivo del ciudadano¹².

A mayores, el contenido de la igualdad es abstracto, amplio y complejo, se puede hablar de diferentes tipos de igualdad: igualdad ante la ley, de igualdad de trato, igualdad entre sexos, igualdad como ausencia de discriminación, igualdad entre razas... al abarcar tantos contenidos y ser tan transversal se hace más complicada su plena eficacia en la práctica. Su regulación y protección tiene que ser vista desde muy diferentes ámbitos para poder delimitarla.

Por lo tanto la igualdad es un valor y un principio básico para la regulación de las relaciones sociales y para la convivencia pacífica.

2.3.- La igualdad como mandato a los poderes públicos.

Como hemos visto nuestra Constitución recoge la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico y por lo tanto este valor se tiene que hacer efectivo por parte de los poderes públicos, tanto el poder legislativo, como el ejecutivo y el judicial tienen que llevar a cabo las actuaciones necesarias para el perfecto desarrollo de este principio.

Este mandato constitucional lo recoge el artículo 9.2 de la Constitución¹³:
“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas;

¹¹ Claro exponente de esta afirmación es el art. 4 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que lleva por rúbrica “Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas” y cuyo contenido es el siguiente: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

¹² Así lo expone, entre otras muchas la STC 200/2001 la cual establece que “el principio general de igualdad ha sido configurado por una conocida doctrina constitucional como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia...” En el mismo sentido aludimos al pie de página número 8 y nos permitimos destacar la conexión lógica con la que más adelante citaremos, la STC 229/2003.

¹³ Nos permitimos hacer de nuevo una referencia en este sentido a la sentencia recientemente expuesta, que entre otras muchas estudia el referido mandato constitucional.

remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Recoge la llamada igualdad material, es decir, los poderes públicos han de promover las condiciones para que la igualdad que se ha proclamado anteriormente sea efectiva, real y libre de obstáculos.

La igualdad ante la ley está plenamente reconocida como derecho fundamental como hemos visto anteriormente y susceptible del mayor nivel de protección posible, pudiendo ser alegado como base de un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁴. Obviamente, para acudir a esas últimas esferas de protección han de existir unos hitos previos que vinculan, en lo que a igualdad se refiere (entre sexos también, obviamente) protagonizados por los otros dos poderes estatales: el legislativo, a la hora de la redacción de las leyes¹⁵, y el ejecutivo, a la hora de administrarlas y hacerlas valer. Tras esta breve reseña, es obvio que en el trayecto de un procedimiento judicial, en el sentido más amplio posible, se puede lesionar el principio de igualdad, obviamente actuando como sujeto activo de esa vulneración, el propio poder judicial.

Pues bien, no hay nada más claro, expositivo e igualitario en derecho que establecer una serie de parámetros para estimar si esto se produce¹⁶, y así poder medir todos los casos con el mismo rasero, que según establece el máximo intérprete de nuestra Constitución, en la Sentencia 229/2003, son requisitos para efectuar dicho control: “*La aportación de una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean*

¹⁴ Punto segundo del artículo 53 de la Constitución Española: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”.

En relación con el artículo 161, punto primero, párrafo b, que establece que “*El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca*”.

¹⁵ Muy clara es la STC 222/1992 al advertir al legislador los límites que ha de observar a la hora de establecer diferencias legislativas aludiendo a los límites constitucionales y al principio de proporcionalidad.

¹⁶ Véase al respecto la opinión de Fernando Martín Diz en su participación en los “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género”, Ed. Comares, 2007, páginas 274-279.

predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza; b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados; c) la identidad del órgano judicial, tanto a nivel de Sala como de Sección”.

Así mismo, como se acaba de exponer, goza también de la categoría de derecho subjetivo que quizá, pecando de intentar simplificar la cuestión, se reduce a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales¹⁷. Esta nueva perspectiva de enfocar la igualdad surge en los estados sociales, cuando se permite recibir un trato jurídico desigual y favorable para conseguir la igualdad real. Se justifica el trato desigual para conseguir el objetivo de la igualdad efectiva, siempre que esté justificado ese trato diferenciado¹⁸, es decir, siempre que sea razonable, legal, respetuoso con el resto del ordenamiento jurídico y proporcional.

Obviamente, por infinitas circunstancias, la desigualdad en el punto de origen es algo consustancial a la sociedad donde existen grupos más desfavorecidos que otros siendo necesario, o al menos conveniente, llevar a cabo actuaciones que hagan que estos grupos más desfavorecidos estén al menos en igualdad de oportunidades respecto a los más favorecidos. Es la nueva dimensión de la igualdad en el estado moderno. Los poderes públicos tienen que desarrollar políticas sociales para paliar las desigualdades sociales, que sufren determinados colectivos por razón de su sexo, religión, raza, etnia, origen y cualquier otra circunstancia social relevante y significativa.

Las actuaciones llevadas a cabo por los estados en este sentido son las llamadas **acciones positivas** (también llamadas acciones afirmativas), concepto que surgió en la década de los 60 en Estados Unidos, para paliar las desigualdades existentes en ese

¹⁷ En palabras del TC, en su Sentencia 8/1981 de 30 de marzo: “en la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias, o con apoyo de alguna causa de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución.

¹⁸ De nuevo remarcamos que no toda diferencia legislativa es una discriminación, o produce una lesión del principio de igualdad, para ello nos apoyamos en la STC 27/2004 al establecer que para que un trato legislativo diferenciado respete los marcos constitucionales, además de que dicho trato sea objetivamente justificado, ha de respetar el principio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

momento, marcadas fundamentalmente por las desigualdades raciales¹⁹. En Europa sin embargo estas políticas dirigían su objetivo a la igualdad entre mujeres y hombres y sobre todo en el ámbito laboral que es dónde existía una escasa representación femenina por el rol doméstico que había adquirido la mujer.

El concepto que vamos a tener en cuenta es el que desarrolló el Comité para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Consejo de Europa que lo define²⁰ como “*las estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales*”.

Como vemos en el desarrollo de este principio de igualdad está íntimamente relacionado con prohibición de discriminar es este sentido tenemos que hacer referencia específica a la igualdad como ausencia de discriminación plasmada a la perfección en el Art. 14 de la Constitución Española.

2.4.- La igualdad como ausencia de discriminación.

El artículo 14 de la Constitución Española señala a la igualdad como principio, dando contenido al resto del capítulo con rúbrica “*De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas*” establece que “*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

Es la interpretación clásica de la igualdad: la igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, pero a la vez también es la interpretación más moderna, en cuanto a la prohibición de toda discriminación.

¹⁹ Este concepto surge al superar la igualdad en sentido individual y reflexionar sobre la desigualdad que sufre el grupo o colectivo fundamentalmente por razones socio-culturales, que hacían que estos colectivos no accedieran en los mismo términos a los bienes y servicios. La sentencia más emblemática en este sentido es el caso Bakke, en la cual un estudiante demanda a la facultad de medicina de California porque ésta reserva un cupo de plazas a miembros de minorías raciales y les exigen una puntuación inferior que al resto. El tribunal falla a favor de Bakke, declarando inconstitucionales las cuotas porque no lograban objetivos de interés primordial, pero estableció que si sería lícito si se hubiera tenido en cuenta la raza junto con otras características.

²⁰ La discriminación positiva, Consejo General del Poder Judicial. Escuela judicial. Manuales de formación continuada, núm., 35, 2005.

Este artículo ha sido objeto de numerosas interpretaciones, ya no sólo por su contenido, sino también por la ubicación en la que se encuentra en el texto constitucional. Ya lo tratábamos anteriormente a la hora de plantear si los derechos naturales son derechos fundamentales y sobre la categoría que se le daba al principio de igualdad. La ubicación de este artículo se encuadra en el capítulo 2º del Título I de la CE, precediendo a la sección denominada “De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas”. Al no estar inmerso en esta sección las diferentes teorías en su mayoría han interpretado esta ubicación como un complemento de la regulación de las secciones posteriores sobre los derechos y deberes fundamentales. Es decir, el contenido de este artículo se debe añadir al contenido de los demás preceptos que le siguen, sin que el artículo 14 tenga un contenido autónomo. Para ello nos apoyamos en la doctrina jurisprudencial que a continuación exponemos, destacando que para muchos constitucionalistas esta ubicación es una perfecta muestra de la importancia que le quiso dar el legislador a este precepto.

Desde sus orígenes, el Tribunal Constitucional dijo en una de sus sentencias que: *“el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual”*²¹. Miguel Rodríguez-Piñero y M^a Fernanda Fernández López en su estudio sobre la Igualdad y la Discriminación establecen que esa afirmación del Tribunal Constitucional *“que ese derecho subjetivo, es en sí mismo un derecho fundamental autónomo”*²².

Nos permitimos entender la contradicción entre estas teorías debido a la esencia poliédrica de término o concepto de igualdad, como ya expusimos anteriormente y al anterior epígrafe nos remitimos, como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio interpretador e informador del mismo y como derecho subjetivo, además de fundamental. A pesar de las contradicciones referidas, lo común de todas las teorías surgidas alrededor del principio de igualdad es la importancia que tiene la igualdad para

²¹ STC 49/1982, de 14 de Julio (BOE del 4 de agosto)

²² Miguel Rodríguez-Piñero y M^a Fernanda Fernández López. Igualdad y discriminación. Ed. Tecnos. 1986. págs. 253-255.

nuestro ordenamiento jurídico y para el resto de ordenamiento a nivel internacional ya es siempre un objetivo a alcanzar y una meta conseguida en algunos ámbitos.

Es importante resaltar este artículo 14, que parte de la prohibición de discriminación por determinadas razones socio-culturales. Pero esta discriminación no es absoluta, la igualdad no significa en todas las situaciones exista una igualdad de trato. En los Estados democráticos, los poderes públicos tienen que garantizar que ante supuestos de hechos iguales la solución jurídica sea igual. Cuando se discrimina tiene que haber una justificación razonable y probada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema es muy extensa, hay numerosas sentencias que tratan de identificar y delimitar este principio. Una de las más emblemáticas sentencias²³ (sin perjuicio, de nuevo, de remitirnos a la jurisprudencia expuesta en el anterior epígrafe) es la STC de 4 de octubre 2001, que de forma muy clara expone lo que hemos intentado transmitir, al decir que *“El art.14 de la CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratado idénticamente en sus consecuencias jurídicas, y que para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que parezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo a los criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten , en todo caso desproporcionadas”*.

2.5.- Justificación del estudio de la igualdad en la presente exposición.

La igualdad es un principio esencial para la regulación de las relaciones entre las personas por ser consustancial a la naturaleza humana. Partiendo de todo lo que hemos visto hasta ahora, de la igualdad como valor, como principio, como mandato a los

²³No podemos dejar de hacer referencia a la STC de 4 de octubre de 2004, que hace referencia a este principio-derecho en la extensa actividad de la Unión Europea.

poderes públicos y como ausencia de discriminación, vamos a ver lo necesario que se hace este derecho para optar a diferentes técnicas alternativas de resolución de conflictos entre los ciudadanos y las personas. **Hay que partir de la igualdad para poder optar a estas nuevas técnicas que van surgiendo y que están resultando tan fructíferas para las partes en conflicto.**

Entrando brevemente en el campo de **la mediación** (el cual se desarrollará más delante de forma extensa y profunda) lo que se pretende es que los conflictos surgidos entre las personas puedan ser resueltos de una forma diferente, sin que nadie ajeno a esa relación tenga que imponer una solución “forzada”. Para que esto se pueda llevar a cabo es necesario que se den unas condiciones determinadas entre esas personas que tienen un conflicto. La **primera y esencial de esas condiciones, es la igualdad.**

3.- CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA IGUALDAD²⁴.

Desarrollo del principio de igualdad legal: Consiste en la eliminación del ordenamiento jurídico de las discriminaciones por razón de sexo en lo que a la presente exposición respecta. Inicialmente, esta estrategia se dirigía sólo a las discriminaciones directas o cuando una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra persona, en situación comparable. Posteriormente, se incorpora la discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica, “aparentemente” neutros, sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular respecto a las personas de otro sexo²⁵.

²⁴ Extracto del glosario de términos recopilado en Mujeres en red a partir de Palabras para la Igualdad y Biblioteca Vecinal Básica.

²⁵ Es lo que el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 establece como Discriminación directa e indirecta, en el siguiente tenor literal:

“1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Las acciones positivas: Son medidas específicas de intervención que actúan sobre las barreras sociales que dificultan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que tienen por objetivo equilibrar y compensar las diferencias sociales que producen la discriminación social que puedan sufrir uno u otro sexo, generalmente las mujeres.

Cuota de participación: Reserva de una determinada cantidad o espacio de participación con el objetivo de que diferentes colectivos puedan compartir actividades sociales, políticas y económicas. Es una acción positiva que implica el establecimiento de determinados porcentajes de presencia de las mujeres con respecto a los hombres con el fin de paliar la escasa comparecencia de las mismas en alguna actividad concreta.

El mainstreaming: La transversalidad de género significa la aplicación de las políticas de igualdad en las políticas generales. Se concreta, como se puede deducir del propio concepto, introduciendo la igualdad en todas las fases de la intervención pública, porque se entiende que los diferentes programas deben incorporar medidas a favor de la igualdad, al objeto de evitar sesgos o discriminaciones en las políticas generales que deban ser corregidos posteriormente.

Androcentrismo: Visión del mundo y de las cosas desde el punto de vista teórico y del conocimiento, en la que los hombres son el centro y la medida de todo. Ocultando y haciendo invisible lo demás, entre ellas las aportaciones y contribuciones de las mujeres en la sociedad. Una visión androcéntrica presupone que la experiencia masculina sería “la universal”, la principal, la referencia de la humanidad obviando la experiencia femenina.

Empoderamiento – empowerment: Término acuñado en la conferencia mundial de mujeres en Beijing (Pekín) en el año 1995 para referirse al aumento de la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisión y acceso al poder. Actualmente esta expresión conlleva también otra dimensión: la toma de conciencia del

3. *En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo*”.

poder que individual y colectivamente ostentan las mujeres y que tiene que ver con la recuperación de la propia dignidad de las mujeres como personas.

Género: Las investigaciones feministas demuestran que el término sexo no es válido para explicar las diferencias de actividades entre mujeres y hombres en las distintas culturas a lo largo de la historia. Se elabora y se introduce el concepto de género como categoría de análisis que permite diferenciar y separarlo biológico, atribuido al sexo, de lo cultural determinado por el género²⁶. En definitiva el género y en consecuencia las relaciones de género son “construcciones sociales” que varían de unas sociedades a otras y de unos tiempos a otros, y por lo tanto, como tales son susceptibles de modificación, de reinterpretación y de reconstrucción.

Igualdad de derecho: Igualdad formal ante la ley. Es la equiparación de hombres y mujeres mediante medidas legislativas. En los países europeos de regímenes democráticos, de después de la primera guerra mundial cuando se restaura el principio de igualdad ante la Ley y se reconoce el derecho a la educación, al trabajo retribuido y al voto. En España, el principio de igualdad legal no se consagra establemente hasta la Constitución de 1978.

Igualdad de hecho: Paridad entre hombres y mujeres real y efectiva. La sola promulgación de la igualdad legal no basta para cambiar las costumbres y las estructuras de la desigualdad. El mecanismo de acción positiva tiene como fin trabajar activamente y contrarrestar las desigualdades de paridad para que la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres sea una realidad.

Planes de igualdad: Estrategias encaminadas a lograr la participación activa de las mujeres en todos los ámbitos de la sociedad, mediante la definición de unos objetivos que se concretan en actuaciones a corto y medio plazo. Las actuaciones implican a las diferentes entidades de la Administración Pública y a los agentes sociales. Dependiendo

²⁶ En este sentido Gerda Lerner señala que el género es “la definición cultural de la conducta considerada apropiada los sexos en una sociedad y en un momento determinado” y Carol Pateman afirma que “la posición de la mujer no está dictada por naturaleza, por la biología o por el sexo, sino que es un cuestión que depende de un artificio político y social”; finalmente Joan W. Scott subraya a este respecto que “el género se concreta en las diversas prácticas que contribuyen a estructurar y dar forma la experiencia. El género es una construcción discursiva y cultural de los sexos biológicos”

del ámbito territorial de actuación existen Planes de Igualdad comunitarios, estatales, regionales y locales. Así mismo en España a nivel estatal se han elaborado hasta la fecha cuatro planes de igualdad siendo el Instituto de la Mujer, organismo dependiente del Ministerio Igualdad, el responsable del impulso y coordinación de los mismos.

Políticas de igualdad de oportunidades: Las mujeres y los hombres han ido construyendo una realidad a partir de normas culturales basadas en el predominio de los hombres sobre las mujeres. Esta sociedad basada en el modelo patriarcal ha ido atribuyendo espacios de actuación diferentes en función del sexo de las personas. En esta realidad, la estricta aplicación de la igualdad legal solo contribuye a seguir produciendo y reproduciendo las desigualdades, tratar por igual las desigualdades solo ayuda a perpetuarlas y a legalizarlas. De esta forma se acuña el principio de igualdad de oportunidades que significa garantizar que mujeres y hombres puedan participar en diferentes esferas (económica, política, participación social, de toma de decisiones...) y actividades (educación, formación, empleo...) sobre bases de igualdad. Las políticas de igualdad de oportunidades son aquellas que incorporan la perspectiva de género en la planificación, desarrollo y evaluación de las políticas públicas generales en materia de educación, salud, empleo, participación, urbanismo, etc.

Agente de igualdad de oportunidades: Es una figura impulsada por la Unión Europea en la década de los ochenta, se trata de una figura ocupacional que se ha consolidado en los años 90 en los distintos países que conforman la Unión. Dicha figura está reconocida en España en la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CON). Sus competencias profesionales se refieren, básicamente, “al diseño, gestión y evaluación de programas de acción positiva referidos a la igualdad de oportunidades para la mujer en los terrenos de la educación, formación profesional, empleo y en general todas las formas de participación ciudadana”²⁷

²⁷ CON, 94; cod.2939.

4.- LEGISLACIÓN EN ESPAÑA EN MATERIA DE IGUALDAD.

Hoy en día vivimos en una sociedad globalizada, por ello la sociedad española se integra en entes supraestatales, con sus consecuencias legislativas:

4.1.- **Ámbito internacional.**

España pertenece desde el año 1986 a la Comunidad Económica Europea, hoy llamada Unión Europea, por ello sus normas también nos afectan directa o indirectamente y tenemos que incorporarlas al derecho interno español para mantener a las sociedades unidas.

Dentro de nuestro derecho tenemos como eje central del ordenamiento jurídico el Art. 1 de la Constitución que en su apartado primero establece “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*” entre los valores superiores que promulga nuestra Carta Magna esta la Igualdad.

Por encima de ella en cuanto a la prelación de normas se refiere se encuentra el Derecho Internacional por expreso deseo del poder constituyente²⁸.

A nivel mundial el primer texto internacional que recogió este principio de la Igualdad fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada en 1948. No es un tratado internacional es una declaración de buenos principios. En realidad no hay ningún artículo que aluda a la igualdad entre hombres y mujeres pero sí que existen algunos artículos que promulgan la Igualdad de los seres humanos y la integridad. Al no ser un tratado no ha existido un Tribunal que defendiera específicamente las ideas y propuestas que se incluían dentro de esta declaración.

En el año 1966 se desarrolla con más precisión este texto internacional con dos tratados internacionales:

²⁸ Así se establece en el artículo 96 de la CE, al afirmar que “*Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*”.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Igualdad y la Libertad como valores superiores están recogidas en el primer pacto y los derechos de tercera generación (que son los derechos sociales, es decir, los que necesitan una acción del estado para poder darles contenido) están comprendidos en el segundo pacto. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal que está reconocido a día de hoy en numerosos textos internacionales sobre los derechos humanos. Hay que hacer referencia a las convenciones que se han llevado a cabo y que han conseguido que los países de todo el mundo se reúnan para debatir y reflexionar sobre este tema como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979 (ratificada por España en 1983); otras conferencias que tuvieron gran trascendencia a nivel mundial fueron las de Nairobi en 1985 de la que cinco años después surgiría el CEDAW que es el comité encargado de seguir el cumplimiento de la misma y seguir las estrategias que llevan a cabo los estado parte. La más importante de todas es la de Beijing de 1995, esta conferencia fue la mayor en cuanto a participación social. En ella se elaboró un documento final denominado la Plataforma de Acción que fue diseñado con una minuciosidad extraordinaria. Dividido en doce esferas de interés especial. Fue la culminación de 20 años de trabajos continuos en el avance de la mujer.²⁹

4.2.- Ámbito europeo.

En el ámbito Europeo con un interés parecido al que tenían estos pactos internacionales se creó el Consejo de Europa y en su seno se configuró un Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en el año 1950, más conocido como Convenio de Roma. Era un tratado de obligado cumplimiento para los países que lo habían firmado. En un principio en su contenido solo había derechos de libertad prácticamente y en concreto es muy importante en este Convenio el artículo 14, pero en ningún momento se pronunciaban las palabras hombre

²⁹ Agentes de Igualdad de oportunidades: Acciones positivas en el marco de la cooperación. Ed. Universitas internacional, S.L. Pág. 65

y mujer. El Tribunal de Estrasburgo es el encargado de vigilar el cumplimiento de este Tratado, es decir, su función principal es velar por el cumplimiento del Convenio de Roma de 1950.

El artículo 14 de este convenio prohíbe la discriminación, recogiendo la Igualdad en términos generales, siendo ello insuficiente para lograr la igualdad en las esferas prácticas. Por ello se firmó el Protocolo número doce que ha sido ratificado por España en el 2008. En él se desarrolla con amplitud el Convenio de Roma en materia de igualdad.

En sus orígenes la Unión Europea exclusivamente tenía aspiraciones económicas, de ahí el nombre de “Comunidad Económica Europea” que acuñó en un principio. Los derechos de los ciudadanos se recogían exclusivamente en el derecho interno de cada país.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 está más elaborado y se introducen derechos de carácter laboral y a partir de ahí se empezaron a realizar directivas que regularían las políticas de igualdad en materia laboral. La Unión Europea no tenía un catálogo de derechos, por ello, no era posible que avanzara sin una declaración de derechos. Así se creó el Tribunal de Luxemburgo que resuelve los conflictos jurídicos dentro de la Unión Europea. Después de la creación de estos organismos y estas normas la Unión europea seguía reclamando la necesidad de que se elaborase una carta de Derechos y de este modo presentarse como una organización política y no sólo económica. Por ello se elaboró la Carta de Niza el 7 de Diciembre del año 2000. Es una carta de derechos muy completa que intentaron introducir con carácter vigente en la Constitución europea y como hubo dos países que votaron en contra. Esta Carta no llegó a tener fuerza vinculante. En el Tratado de Lisboa se pretendía introducir de manera definitiva la Carta de Niza, sin embargo su redacción ha sido tan ambigua y ha dejado tanto campo de actuación a las esferas internas de los estados, que no se puede decir que haya establecido un catálogo de derechos propios del tratado.

Recientemente con la elaboración de la Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres promulgada en España en 2007 se incorporan al ordenamiento jurídico español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE que hace referencia a la

igualdad de trato de mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a las condiciones de trabajo. Y la directiva 2004/113/CE, referente a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro.³⁰

4.3.- Concepto de Igualdad de la Unión Europea.

La igualdad entre hombres y mujeres es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. Los objetivos de la Unión Europea (UE) en materia de igualdad entre hombres y mujeres consisten en garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre ambos sexos y en luchar contra toda discriminación basada en el sexo. En este ámbito, la UE ha aplicado un doble enfoque que engloba acciones específicas y la integración de la perspectiva de género. Esta cuestión presenta, asimismo, una marcada dimensión internacional en lo tocante a la lucha contra la pobreza, el acceso a la educación y los servicios de salud, la participación en la economía y el proceso de toma de decisiones, y la equiparación de la defensa de los derechos de la mujer con la defensa de los derechos humanos.³¹

4.4.- Derecho interno.

A nivel interno tenemos como eje central de nuestro ordenamiento a la Constitución Española de 1978 en la que se encuentran tres artículos clave dentro de ella que promulgan la igualdad material y la igualdad formal. Todo ello sin perjuicio de remitirnos al epígrafe 2 de esta exposición dónde se trata de forma más exhaustiva el tema.

El artículo uno en su apartado primero establece el principio de Igualdad entre otros valores como valor superior del ordenamiento jurídico, estos valores tienen que regir toda la normativa española. Dice literalmente “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”

³⁰ Ley 3/2007, de 22 de Marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³¹ <http://europa.eu/legislation>

El artículo 9.2 establece “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la **igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Obliga a los poderes públicos a velar por las condiciones necesarias para que estos principios se cumplan de manera efectiva. Se hace referencia a la igualdad efectiva y real, materialmente, la igualdad está recogida en el texto Constitucional pero en un Estado de Derecho le corresponde a los poderes públicos hacer todo lo necesario para que esos valores sean reales.

El artículo 14 “*Los españoles son **iguales ante la ley**, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*” Este artículo establece la igualdad material, todos somos iguales, es la base para que una sociedad avance y se desarrolle, y teniendo esta base si hay obstáculos que impidan este desarrollo en igualdad serán los poderes públicos los que tengan que actuar.

También es importante hacer una pequeña referencia al artículo 10.2 “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*” Este artículo internacionaliza los derechos humanos. Introduce los derechos Humanos que se promulgaron en 1948.

La ley más importante en materia de Igualdad en nuestro país es la **Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**. Esta ley intenta establecer las bases para la prevención de las conductas discriminatorias y hace que los poderes públicos se comprometan a la elaboración de políticas activas en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de la sociedad, es una ley transversal por lo que afecta a todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos. Tiene su base principal en el artículo 14 de la Constitución que junto al artículo 9.2 hace que se continúe la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres por la que se lleva luchando activamente en España desde la promulgación de

la Constitución. Aunque esta ley supone un alto grado de elevación de la intensidad legislativa en esta materia. Implica que no sólo se van a centrar los esfuerzos en el ámbito del empleo y del trabajo sino que se va a ampliar a todos los ámbitos de la sociedad de una manera transversal.

Según establece Miguel Rodríguez-Piñero³² y Bravo-Ferrer en un artículo en el que desarrolla el significado de esta ley: La referencia permanente en la Ley de Igualdad a las mujeres y a su situación social de desventaja y al «derecho de las mujeres» a la igualdad, significa que aunque la Ley se refiera genéricamente a la igualdad entre mujeres y hombres, su propósito fundamental es unilateral. Va más allá de asegurar la igualdad formal entre unas y otros, y busca conseguir una igualdad plena y efectiva entre ambos. Establece una regulación para el *“combate de todas las manifestaciones de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y de promoción de la igualdad real entre mujeres y hombres, mediante la remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que la impiden”*. Desde esa perspectiva, es un derecho para las mujeres que la Ley trata de favorecer eliminando conductas discriminatorias mediante políticas activas de igualdad a favor de la mujer.

Esta Ley ha supuesto para el legislador un cambio de mentalidad, implica que todas las materias que sean objeto de legislación tienen que incluir una perspectiva de género, una visión hacia la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres en cada una de los ámbitos que afectan a la vida social. Se califica como una ley combativa en cuanto pretende mejorar la situación social de la mujer destaca su carácter transversal, incluyendo, desde la perspectiva de género, la regulación de numerosas y muy heterogéneas materias, lo que se refleja en una estructura compleja que da más peso a la regulación de las disposiciones adicionales que al articulado.

Concepto de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

“1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la

³² Relaciones Laborales, Nº 8, Sección Editorial, Quincena del 23 Abr. al 8 Mayo 2007, Año XXIII, pág. 97, tomo 1, Editorial LA LEY

eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.1 y 14 de la constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.”

LA MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. La mediación desde una perspectiva general. 2. Orígenes de la mediación. 2.1 Orígenes de la mediación civil. 2.2 Orígenes de la mediación penal. 3. Mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos. 3.1. Otros métodos alternativos de resolución de conflictos. 4. Mediación civil. 4.1 Mediación civil en distintos ámbitos. 4.1.1. Beneficios de la mediación civil. 4.2. Especial referencia la mediación familiar. 4.2.1. Delimitación del concepto de mediación familiar. 4.2.2. Autocomposición como marco definitorio de las resoluciones de conflictos en mediación familiar. 4.2.3. Figura del mediador familiar. 4.2.4. Regulación en materia de mediación familiar.

1. LA MEDIACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL

La mediación es un proceso estructurado de gestión de conflictos en el cual las personas enfrentadas se reúnen en presencia del mediador o mediadora y, a través del diálogo, buscan salidas al problema conjuntamente.

La mediación, como veremos más adelante, tiene las siguientes características inexorables:

- Es voluntaria.
- Es confidencial.
- Los acuerdos y las decisiones las toman libre y responsablemente las personas en conflicto.
- Hay un equilibrio e igualdad entre las partes³³

³³ No podemos olvidar que el proceso de mediación es un proceso extrajudicial de resolución de conflictos, por lo tanto, cuando nos referimos a la igualdad de las partes no nos estamos refiriendo a la igualdad de las partes como se define en el derecho procesal. Las partes en un proceso judicial “*son los sujetos que se van a ver afectados de forma directa por la resolución judicial que se dicte siendo por tanto consustancial a esa contraposición de intereses que cada parte defiende, la vigencia de los principios de igualdad y de audiencia en el proceso*”. Cuando se hace referencia, en este sentido, a la igualdad se hace como igualdad de armas procesales “*ello supone que ambas partes en el proceso gozan de los mismos medios de ataque y de defensa*”. (Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 90/1994 de 17 Mar. 1994, rec. 1516/1991). En mediación esta igualdad o equidad entre las partes tiene que ser previa al proceso, es decir, las partes que van a mediar en un conflicto, tienen que considerarse ellas mismas iguales en derechos y deberes, no es el proceso quien impone una igualdad. Se parte de ella porque sino la mediación no podría ser posible.

La palabra mediación deriva del verbo latino *mediare*, que significa interceder entre dos personas. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción, define la mediación como la “*actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostiene intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio*”. Y *mediar* como “*interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos*”.

Kruk³⁴ 1997, la define como “*un proceso de resolución cooperativa del conflicto en el que dos o más partes en disputa reciben ayuda de uno o más terceros imparciales para comunicarse y conseguir por sí mismas un acuerdo mutuamente aceptable sobre los temas en disputa*”

La mediación es una técnica pacífica de resolver conflictos en la que el protagonismo lo tienen las partes. De este modo, con los implicados como protagonistas en la resolución del conflicto, se genera la elevación de la satisfacción psicológica de los intervinientes, se acrecienta su autoestima y se fomentan comportamientos de ayuda a los demás básicos para el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria (Bernal 1995)³⁵.

La mediación debe ser contemplada, según establece Magda Torrero Muñoz³⁶, desde un punto de vista estrictamente jurídico, como proceso extrajudicial y de carácter voluntario: es extrajudicial al no realizarse ante ninguna autoridad judicial pues, según se afirmaba, el mediador ni lo es, ni puede serlo. Pero, además, se trata de un proceso cuya fuerza radica en la voluntad de las partes de querer someterse libre y voluntariamente a la mediación, de ahí que, como paso previo, el mediador deba poner a las partes en comunicación para que exista ese común sentir que es el consentir.

³⁴ Hace referencia a Edward Kruk en el desarrollo de este concepto. La mediación una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Ed. Colex pág. 65

³⁵ Trinidad Bernal Samper La mediación una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Ed. Colex. Pág.79

³⁶ Magda Torrero Muñoz. La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares .Actualidad Civil, Sección Doctrina, 2000, Ref. XXXV, Editorial LA LEY, tomo 3.Pág. 857.

2. ORÍGENES DE LA MEDIACIÓN.

La mediación como técnica para la resolución de conflictos no es un invento actual aunque en estos tiempos se defina como una técnica alternativa novedosa.

En China³⁷ en el año V a.C. el filósofo y teórico social Confucio instaba a usar esta técnica como fórmula sustitutiva a la de acudir al Tribunal, advirtiendo que el litigio causaba resentimiento entre las partes.

Está demostrado que en las diferentes comunidades de América y Europa se empleaba la mediación como técnica para solucionar los conflictos. En las tribus indígenas las responsabilidades de los jefes incluían actuaciones de pacificador y mediador. Por lo tanto, desde la antigüedad se empezaron a elaborar técnicas que consisten en la negociación de acuerdos por parte de personas que entraban en conflicto como un buen sistema resolutivo, pero con escasa aplicación práctica.

El concepto de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) denominado en inglés Alternative Dispute Resolution (ADR) hace referencia a un movimiento surgido a finales del los años setenta en Estados Unidos. En sus orígenes fue promovido por algunos profesionales que, a título personal, intentaban fomentar esta práctica. Ante una necesidad de disminuir los costos y reducir los plazos del proceso, en 1990, en el congreso de Estados Unidos, se elaboró la Ley Federal de Reforma de la Justicia Civil³⁸. Con el objetivo de intentar fomentar este concepto. Poco después el tratado de Libre Comercio entre EEUU y Canadá estableció la utilización de las RAC para resolver las divergencias en las interpretaciones.

Este movimiento hacia la resolución alternativa de conflictos también ha sido consolidado por la Unión Europea. Es importante resaltar, tal y como hace, Fernando Martín Diz³⁹ que el Consejo Europeo en Tampere el mes de octubre de 1999, que

³⁷ J. Henri Bouché, Francisco L. Hidalgo. Mediación y orientación familiar. Volumen II. Ed. Dykinson. S.L, año 2008. Págs. 139.

³⁸ Torres Escamez. *La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación.* Actualidad Jurídica Aranzadi, 1-12-2000.

³⁹ Fernando Martín Diz, Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias. Diario La Ley, Nº 6480. 2006, Ref. D-119, Editorial LA LEY

establece los criterios generales para la instauración en todo el territorio europeo la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia y cuyo objetivo era que no existieran incompatibilidades entre los diferentes ordenamientos internos de los estados miembros, que impidan a los ciudadanos acceder libremente a la justicia, establece la recomendación a los Estados miembros de instaurar “procedimientos extrajudiciales alternativos”.

Esto se materializa por la puesta en marcha de los estados miembros de sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia civil y mercantil. El 19 de abril de 2002 se publica **el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos**⁴⁰ en el ámbito del derecho civil y mercantil, el cual acogía las diferentes alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos. Así se refleja la clara intención de la Unión europea por apostar en estas técnicas novedosas en el ámbito civil y mercantil. Sobre las diferentes modalidades de resolución alternativa haremos hincapié más adelante.

En los orígenes de este movimiento, los colegios profesionales de abogados no estaban muy de acuerdo en cuanto a que sus afiliados utilizaran este procedimiento. Pero la evolución de esta técnica ha sido tal, que son actualmente los colegios los que instan a sus miembros a que se informen sobre estas técnicas de Resolución Alternativa de Conflictos.

En el presente estudio dentro de estas técnicas nos vamos a centrar en la mediación en dos ámbitos muy diferentes, en el civil y en el penal. Es muy importante para comprender la esencia y el objetivo de la mediación conocer sus orígenes y como ha sido su desarrollo.

2.1. ORÍGENES DE LA MEDIACIÓN CIVIL.

La mediación como técnica alternativa a la judicialización tuvo una repercusión más notoria en el ámbito de la mediación familiar; se veía como una solución efectiva a los conflictos de ruptura de pareja.

⁴⁰ El contenido del Libro Verde sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos se puede consultar en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm.

El antecedente más cercano a la mediación familiar, tal y como entendemos hoy el concepto, lo podemos encontrar en 1960 en la iniciativa del Departamento de Conciliación del Tribunal de Familia de Milwaukee (Wisconsin, EE.UU)⁴¹, es decir, que se trata de una referencia relativamente reciente. La puesta en marcha del proceso de divorcio dio lugar al progreso e implementación de la mediación en la época de los setenta. Esto fue así debido al colapso que sufrían los juzgados debido al gran incremento de los divorcios por vía contenciosa. Se presenta una solución para atajar los problemas derivados de los plazos de espera, así como el costo económico. Ambas cuestiones generaban gran insatisfacción tanto entre los usuarios de la Justicia como en la Administración.

En un principio, la mediación familiar, se basaba en un asesoramiento a las partes durante el proceso de divorcio en lo referente a la custodia y a la convivencia de los hijos con cada uno de los cónyuges.

Pero aunque la mediación familiar, tal y como hoy es entendida surgiera, en Estados Unidos⁴², hay países que la llevan utilizando desde años antes, como es el caso de la República Popular China donde se viene empleando desde antes de 1949⁴³, con excelentes resultados, dando lugar a posicionarse en el proceso civil como la vía más frecuente para resolver este tipo de litigios; la proporción está en la resolución del 60-70% de los casos.

Volviendo al ámbito americano, que es donde surge firmemente esta técnica en el ámbito familiar, hay que apuntar que en Estados Unidos⁴⁴, cada estado miembro tiene su propia legislación en materia de Familia. Cada vez es más común que cada territorio

⁴¹ J. Henri Bouché, Francisco L. Hidalgo. *Mediación y orientación familiar*. Volumen II. Ed. Dykinson. S.L, año 2008. Págs. 140-143.

⁴²Ripol- Milet. *La mediación familiar*, Generalitat de Catalunya, 1992. pág. 1

⁴³ Luis García García. *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Colección monografías derecho civil vol. I. Persona y familia. Ed. Dykinson.2003.págs. 19-33.

⁴⁴ .Henri Bouché, Francisco L. Hidalgo. *Mediación y orientación familiar*. Volumen II. Ed. Dykinson. S.L, año 2008. Págs. 140-143.

incorpore la mediación familiar en sus legislaciones y sea obligatorio para las partes acudir a este tipo de programas.

Las cuestiones que se llevan a cabo por esta vía para la toma de acuerdos suelen estar referidas a aspectos relacionados con los hijos de matrimonios en proceso de separación y divorcio. En estos casos las cuestiones a negociar entre las partes son la custodia, el régimen de alimentos y la convivencia de los menores con cada uno de los progenitores.

Al ser una técnica nueva, la profesionalización también es emergente, por ello, no está regulado de manera simétrica en cada estado, en algunos se exigen a los profesionales de la mediación una formación de postgrados, mientras que en otros esto no, es un requisito a cumplir sino que sólo se pide que los abogados de cada parte estén presentes en las negociaciones que se lleven a cabo.

En Canadá los servicios sociales de Montreal, fueron los primeros en ofrecer la mediación familiar, creando este primer servicio en 1972, en el que la conciliación era el eje a la hora de crear acuerdos. La legislación dentro de las diferentes provincias es muy diferente. Por ejemplo, en Ontario se ofrece la posibilidad de que el juez nombre un mediador, si previamente las partes lo han aceptado. Sin embargo en Manitoba, el juez es el que puede imponer la intervención de un mediador en cualquier fase del proceso.

En Australia, por su parte, existe una importante tradición en el uso de la mediación en la resolución de conflictos⁴⁵; los servicios que existen se ofrecen por un gran número de instituciones públicas, y por servicios privados especializados. La legislación vigente permite que uno o ambos progenitores soliciten la mediación antes del procedimiento judicial, pero esta solicitud puede ser estimada o desestimada por el juez, siendo éste quien decide si para el caso concreto es o no oportuna la mediación. En todo caso, el mediador está obligado por ley a guardar secreto profesional.

⁴⁵ J. Folger. Nuevas direcciones en mediación. Ed. Paidós. Año 1998. Pág.152.

En el Benelux⁴⁶, se implantó la mediación familiar durante el año 1974. Con un sistema que abarcaba todos los aspectos a negociar en una separación; además había otro tipo vinculado a las agencias de trabajo social que se limitaba a todo lo referente a los hijos, es decir, alimentos, residencia, convivencia con los padres...estos dos modelos que surgieron dieron lugar a que se desarrollaran en esta materia ofertas de tipo municipal, privado, de asociaciones.

En Francia⁴⁷, la mediación llegaba un poco más tarde empezándose utilizar a mediados de los ochenta siendo promovida, en un principio, por asociaciones de padres y madres separados. Posteriormente, la legislación sobre los procedimientos civiles ha dado a este tipo de resolución de conflictos la cobertura legal necesaria para su utilización.

En España, la primera constancia que se tiene en materia de mediación familiar fue en San Sebastián, en 1988, subvencionada por el Gobierno Vasco⁴⁸. Al mismo tiempo, en Madrid se crearon servicios subvencionados por el Ministerio de Asuntos Sociales.

En todo el territorio nacional se fue generalizando de manera progresiva estos servicios de mediación en todo el territorio. En materia legislativa, se ha ido introduciendo poco a poco en las Comunidades Autónomas, con las autonomías de Cataluña y la Comunidad Valenciana como pioneras.

Pero no sólo ha tenido éxito la mediación dentro del ámbito familiar sino que también es novedosa la mediación en otros terrenos, más allá incluso de la parcela de lo civil. La mediación penal y penitenciaria se está introduciendo de forma progresiva en

⁴⁶ Dahan y Theault. *La mediación familiar. Su inserción en Europa*. Infancia y Sociedad. Núm. 16. Año 1992, pág. 131.

⁴⁷ Six, Jean-François, traductora Pepa Larraz Genovés, *Dinámica de la mediación*, Barcelona 1997. Pág.21.

⁴⁸ Antonio José Sastre Peláez .Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica. Diario La Ley, N° 5478, 2002, Ref. D-43, Pág. 1752, tomo 2, Editorial LA LEY

nuestro sistema jurídico, aunque no tenga el mismo objetivo que la mediación en materia civil, la esencia es la misma. En el ámbito de lo penal también se busca que las partes en conflicto reduzcan el sufrimiento y no tengan que acudir a la vía judicial que siempre genera una confrontación y una solución impuesta.

2.2. ORÍGENES DE LA MEDIACIÓN PENAL

Los orígenes de la mediación civil, sobre todo dentro del ámbito familiar, son más recientes ya que es una solución alternativa a la separación y divorcio por vía judicial, sin embargo, la mediación penal tiene otros orígenes diferentes ya que el objetivo también es distinto.

Para remontarnos a los orígenes de la mediación penal tenemos que hacer referencia a dos conceptos que están inexorablemente unidos su desarrollo, que son la reparación y la conciliación. Muchas veces ambos términos se solapan y no se diferencian. Para llegar a alcanzar estos objetivos es necesaria la intervención de alguna forma de mediación o de algún grupo de presión que hagan efectivo estas formas de solucionar determinados conflictos.

En la antigüedad se utilizaba la composición⁴⁹ como declaración conjunta de paz entre dos grupos o colectivos con el fin de no acudir a la venganza de sangre bajo el deseo de restaurar la paz social. Para ello era necesaria la intervención de personas prestigiosas en ese grupo o de “mediadores”⁵⁰ neutrales que hacían factible que la composición se extendiera a todo tipo de delitos cometidos por miembros del grupo, salvo delitos muy graves como la muerte con dolo.

⁴⁹ Según establece la Real Academia de la Lengua define la composición en su séptima acepción como: “Arreglo, generalmente con indemnización, que permitía el derecho antiguo sobre las consecuencias de un delito, entre el delincuente y la víctima o la familia de esta”

⁵⁰ José Luis Manzanares Samaniego. *Mediación, reparación y conciliación del derecho penal*. Ed. Comares. Año 2007. Se puede consultar los orígenes tanto de la reparación como de la conciliación conciliación. Pág. 33-38

El origen de la mediación penal lo encontramos en Alemania⁵¹, los pueblos germanos han sido en este caso los más estudiados por los profesionales de la mediación. La palabra “*Sühnegeld*” la utilizaban para definir la suma pagada a la víctima o a los familiares de ésta por el sujeto que había cometido el delito a cambio de la renuncia de quienes recibían el pago a la venganza de sangre. Esta palabra era la alternativa frente a la reacción de la ley del Talión.

Al desarrollarse esta técnica surgieron dos nuevas instituciones, para delimitar esta práctica a determinados delitos. Una era el “*Wehrgeld*”, que se utilizaba en el caso de muerte o de lesiones graves, y “*Busse*” reservada para un tipo de infracciones de menor entidad. Esta forma de paliar el daño acusado se hacía por regla general con el pago de una suma de dinero, aunque en ocasiones este pago se pudiera hacer en especies. A esta cuantía monetaria se le llamaba “*Friedensgled*” y estaba destinada a recobrar la paz social de nuevo y se reservaba al beneficio de la comunidad. Así se mantiene hasta la Edad Media, y era considerado a todos los efectos como una pena, ya que deriva directamente de un delito y era la alternativa al derecho de venganza.

Pero esto, esto comienza a desaparecer cuando el Estado empieza a formarse y existe un cierto poder público que asume el encargo de la protección de los ciudadanos que hasta entonces se había hecho a nivel individual y colectivo. Así es como se llega a la concepción moderna del Derecho Penal⁵².

Hay que destacar como curiosidad, que en la antigüedad, la composición, fuera utilizada como medio de búsqueda del consenso ante un determinado conflicto, y estuviera implantada en las sociedades más básicas, con sus propias instituciones, como hemos visto, y que una vez consolidado el Estado moderno se recurre al derecho como una forma de resolución de conflictos, la cual, lleva aparejada una solución impuesta por un tercero ajeno a la problemática. Sin embargo, hoy día, buscar esa composición o autocomposición a través de técnicas como la mediación.

⁵¹ Juan Carlos Ríos Martín, Esther Pascual Rodríguez, Alfonso Bibiano Guillen, José Luis Segovia Bernabé. La mediación penal y penitenciaria: experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Ed. Colex 2008. Págs. 35-37

⁵² Silvia Varona Villar. *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Ed. Tirant lo Blanch. Año 2009. Pág. 95.

Los fines son distintos que antes, ahora no es lógicamente una alternativa a la venganza de sangre o a la ley del talión, sino la búsqueda de una justicia novedosa, una justicia restaurativa⁵³ que de soluciones fructíferas a un conflicto y para que en él “ganen” tanto la víctima como el que ha desencadenado el daño.

3. LA MEDIACIÓN COMO TÉCNICA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

La mediación es un método para la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), en el que un tercero, el mediador, ayuda a las personas o grupos implicados en un conflicto a lograr soluciones satisfactorias para todos. Este tercero imparcial, dirige el proceso manteniéndose neutral respecto al resultado e imparcial entre las partes, respeta el protagonismo de los interesados y la consecución de acuerdos y en su cumplimiento. Los conflictos cotidianos que tienen las personas cada día, ya sean intrapersonales o interpersonales, son resueltos la mayoría de las veces sin reconocer su existencia. Cuando se carece de recursos para solucionar un conflicto lo habitual es recurrir a un tercero en busca de apoyo. Ese tercero tiene la responsabilidad de resolver el problema y el demandante tiene la sensación de entregar el conflicto a un experto que se lo devolverá solucionado. Esto implica una delegación del protagonismo de las personas que realmente están dentro de ese conflicto y se renuncia la autonomía individual y grupal. Por ello, la mediación, al ser un método alternativo de resolución de conflictos lo que hace es dar esa autonomía las partes.

Cabe decir, que sólo es útil, cuando los protagonistas tienen bien definido el conflicto y aceptan que no lo pueden resolver por ellos mismos. Este método alternativo no es una panacea, pero los que están totalmente de acuerdo establecen que ante un conflicto personal, cada cual conoce la situación que más le conviene, por lo tanto, atribuir a un tercero la responsabilidad de conocerla es un poco irreal. Normalmente a la

⁵³ *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)* Autores: Julián Carlos Ríos Martín (Profesor de derecho penal Universidad Comillas. Abogado y mediador) Margarita Martínez Escamilla (Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid) José Luis Segovia Bernabé (Profesor de Ética social. En la Universidad Pontificia de Salamanca. Jurista y mediador) Manuel Gallego Díaz (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Comillas). Pedro Cabrera (Sociólogo. Profesor en la Universidad Comillas) Montserrat Jiménez Arbelo (Socióloga. Trabajadora social). www.poderjudicial.es

hora abordar un conflicto en el que no se ha llegado a un acuerdo, las personas tienden a recurrir a la vía contenciosa dónde es un juez quien decide que es lo justo. Pero esta vía contenciosa ofrece soluciones bilaterales ya que únicamente hay dos opciones: tener razón o no tenerla. En la mediación, las soluciones son analógicas, puesto que la solución puede tener todos los matices que los interesados consideren necesarios.

3.1 OTROS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Ante un conflicto, las partes implicadas pueden optar por diferentes formas de resolución del mismo. Las soluciones pueden ser⁵⁴:

- **Autocompositivas:** en las cuales son las partes las que solucionan el conflicto y acatan la solución de forma voluntaria, sin intervención de un tercero ajeno.
- **Heterocompositivas:** aquí que entra en juego una persona ajena al conflicto que establece una solución, la cual, tiene que ser acatada de forma obligatoria por las personas enfrentadas.

La ONU tiene recogidas diecinueve formas alternativas⁵⁵ de resolución de conflictos. Vamos a ver las que son más utilizadas en los procesos de mediación, puesto que, cuando el conflicto tratado requiere una intervención sistémica, puede ser necesaria utilización de varios recursos⁵⁶, de varios profesionales trabajando en equipo o la colaboración de varios servicios y entidades.

Los diferentes métodos son los siguientes:

1. **Derivación:** se ofrece a los clientes información sobre los recursos existentes, sean propios o externos. Se informa sobre los profesionales a los que recurrir cuando no se sabe qué hacer ni dónde acudir.
2. **Asesoría:** ofrece información sobre los derechos y responsabilidades. Evita que las partes se creen falsas expectativas a cerca de eventuales soluciones al

⁵⁴ Henri Bouché, Francisco L. Hidalgo. *Mediación y orientación familiar*. Volumen II. Ed. Dykinson. S.L, año 2008. Págs. 145-151.

⁵⁵ El texto se puede consultar en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_int_es.htm.

⁵⁶ Henri Bouché, Francisco L. Hidalgo. *Mediación y orientación familiar*. Volumen II. Ed. Dykinson. S.L, año 2008. Págs. 134-138.

problema. La información proporcionada por una persona cualificada y experta puede ayudar mucho a las personas en conflicto.

3. **Consejo:** la posibilidad de expresarse ante un tercero, sentirse escuchado por éste, a veces es la mejor oferta que se le puede hacer a las personas en conflicto. Un buen consejero es el que ayuda a los clientes a identificar los asuntos subyacentes.
4. **Entrenamiento:** este recurso está dentro de las prevenciones primaria o terciaria. Normalmente se ofrece a través de talleres prácticos entre dos personas que se apoyan mutuamente, pero también, puede ser de forma grupal, a través de clases, sesiones de discusión... Se ofrece entrenamiento en la resolución de conflictos, comunicación, escucha activa, habla efectiva, etc. Este entrenamiento será diferente dependiendo de las necesidades y características del grupo
5. **Facilitación:** consiste en restaurar las relaciones ayudando a los individuos a retirar las barreras y abrirse a la comunicación efectiva.
6. **Mediación:** como ya hemos visto, el mediador es un tercero imparcial que ayuda a dos personas o grupos, a encontrar soluciones satisfactorias para todos. Habitualmente es voluntaria y se presenta como un proceso a través del cual los interesados pueden comprender el conflicto, transitando desde sus posiciones hacia sus intereses.
7. **Conciliación:** es un tercero imparcial al que las partes le atribuyen cierto poder informal y credibilidad asiste a las partes en el conflicto en la búsqueda de acuerdos. Las habilidades personales de este profesional ofrecen a las partes en conflicto un marco pacífico en el cual se puede negociar de forma más sencilla. Una diferencia fundamental con la mediación es que el mediador posee formación específica, carece de potestad y se apoya en una metodología. El conciliador en cambio, puede tomar decisiones arbitrales aunque no las ejerza.
8. **Arbitraje** el árbitro es un profesional elegido por las partes o impuesto por el sistema. Éste, a diferencia también del mediador tiene la capacidad de dar la solución a la cuestión que le planteen las partes en conflicto. Este método es muy habitual en materia de consumo; en este ámbito el tribunal suele estar formado por representantes de los colectivos a los que pertenecen los interesados y un tercero, que habitualmente es un representante de la administración. El laudo expedido por este árbitro es de obligatorio cumplimiento. Este recurso es

auto compositivo por lo que solo puede ser utilizado si ambas partes están de acuerdo.

Recientemente⁵⁷ el arbitraje ha quedado excluido del ámbito de aplicación del Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil (incluidos el Derecho laboral y el relacionado con el consumidor) aprobado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002, por considerar que es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia⁵⁸

A continuación veremos las características de los medios de resolución de conflictos más utilizados, en que se distingue la mediación del arbitraje y a la vez del juicio ordinario⁵⁹.

MEDIACIÓN	ARBITRAJE	JUICIO
Voluntaria	Voluntario	No voluntario
Se elige al mediador	No se elige al árbitro	No se elige al juez
Privada	Privado	Público
Cooperativa	Adversarial	Adversarial

⁵⁷ María Marcos González Lecuona. *El Sistema español de consumo en el marco normativo de la Unión Europea*. Diario La Ley, Nº 5984, Sección Doctrina, 26 Mar. 2004, Año XXV, Ref. D-72, Editorial LA LEY

⁵⁸ Esta exclusión implica la voluntad de la Comisión Europea de fomentar, en los próximos años, las formas de ADR en las que los terceros no toman ninguna decisión por entender que estas manifestaciones de ADR contribuyen más a la consecución de la paz social. Estas formas consensuadas facilitan que las partes no se enfrenten entre sí, sino que emprendan un proceso de aproximación a través del diálogo, seleccionen el método de resolución del conflicto y desempeñen un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene; de este modo, resuelto el conflicto, las partes continuarán con frecuencia sus relaciones de carácter comercial o de otro tipo, sin que el modo de solucionar los conflictos surgidos entre ambas supongan la ruptura de éstas.

⁵⁹ Trinidad Bernal Samper. *La mediación una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Ed. Colex. Año.1998. Pág. 64-76.

Conocimientos del mediador	Conocimientos del árbitro	El juez no siempre es experto en el tema
Reuniones programadas por las partes	Reuniones fijadas por el árbitro	Reuniones fijadas por el juzgado
Informal	Semi-formal	Formal
Acuerdo mutuo	No acuerdo mutuo	No acuerdo mutuo
Sin ganadores ni perdedores Sin culpables	Ganadores y perdedores	Ganadores y perdedores

Este cuadro esquematiza las diferencias entre la mediación, el arbitraje y el proceso judicial. Tanto en el arbitraje como el proceso judicial, existe una tercera persona que impone una solución a las partes, diferenciándose en que el arbitraje los implicados eligen de forma voluntaria acudir a él y, el juicio es un proceso impuesto.

Vemos que el arbitraje es un híbrido entre la mediación y el proceso judicial ya que tiene características de ambos.

Lo peculiar es el resultado que se logra, y es aquí, cuando vemos los beneficios de la mediación. Tanto en el proceso judicial como en el arbitraje arrojan un balance de “vencedores y vencidos” es decir, hay ganadores y perdedores; sin embargo en la mediación no hay ni victoria ni derrota, esto es porque con esta técnica todas las partes ganan. Este es el mayor benéfico frente al resto de técnicas, son las partes quienes van a llegar a un acuerdo voluntario a través de las actuaciones objetivas del mediador.

4. LA MEDIACIÓN CIVIL.

Como hemos visto anteriormente, la mediación como técnica alternativa a la resolución de conflictos puede utilizarse en varias ramas de nuestro derecho. En este trabajo nos vamos a centrar en los ámbitos más relevantes donde se desarrolla, por lo tanto, vamos a hablar de la mediación civil con una especial referencia a la mediación

dentro del ámbito familiar, y a la mediación penal, con una mención especial a la mediación en menores⁶⁰.

Las razones por las que se lleva a cabo la mediación dentro de la rama civil de nuestro derecho son varias y se han enfocado sobre todo al ámbito familiar, puesto que, en este ámbito los conflictos entre las partes son normalmente más dolorosos si se busca la solución por la vía judicial ya que se tratan temas en los que los sentimientos entre los implicados van a jugar también un papel importante. A mi juicio es la forma más efectiva de resolver este tipo de conflictos que contienen un alto componente sentimental.

4.1. MEDIACIÓN CIVIL EN DIFERENTES ÁMBITOS.

Este estudio está enfocado desde el principio de igualdad hacia la mediación y es así, porque, para que pueda existir una mediación eficaz tanto en el ámbito civil como en el penal, es necesario que las partes en conflicto sean iguales. Es decir, que ninguna de ellas, se sienta en una posición mejor que el otro o que se crea que tiene más derechos.

Existe un conflicto y hay que solucionarlo. Para ello los confrontados tienen que asumir la igualdad tanto en la posición como en los medios que se van a utilizar para que ese conflicto sea resuelto de forma pacífica y voluntaria.

La implantación de la mediación se ha llevado a cabo en diversos juzgados de España⁶¹, siendo estudiado posteriormente en cursos de formación y estudios del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y de la Fiscalía General del Estado (FGE). Se ha demostrado que esta metodología de actuación es muy positiva para la resolución de un porcentaje muy alto de procesos judiciales.

⁶⁰ La mediación en materia de menores se desarrolla a partir de la página 86 de éste trabajo, haciendo una especial mención a la ley Orgánica 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores.

⁶¹ Podemos encontrar un directorio de juzgados en los que se ofrece mediación en la página oficial del Consejo general del poder judicial: www.poderjudicial.es en la sección de mediación. En Castilla y León solo se ofrece esta técnica extrajudicial en los juzgados de primera instancia 5 y 7 de Valladolid.

La mediación, según establece Justino Zapatero Gómez, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶², “*supone un importante instrumento para dar solución efectiva a determinados litigios que, con los instrumentos clásicos se ven agravados o agudizados con su judicialización. La metodología que se propugna se inserta en la cultura de la pacificación y la racionalización de los problemas por los propios ciudadanos*”.

Se llega a la conclusión de que el crecimiento que están sufriendo los litigios en las sociedades más modernas y avanzadas no puede ser asumido solamente por la forma tradicional del procedimiento contencioso, a través de la controversia.

Este autor, junto con Ramón Sáez Valcárcel y José pascual Orduño Muñoz, ambos magistrados, afirman que en el mundo anglosajón⁶³ estos mecanismos de justicia alternativa se llevan utilizando muchos años y que han conseguido reducir de forma notoria el número de sentencias judiciales que requieren como solución una sentencia⁶⁴. La consecuencia inmediata de esto es que se eleva el grado de satisfacción de los ciudadanos respecto a la justicia y mejora la calidad de trabajo de los tribunales ya que se descongestionan y se obtiene una solución más adecuada.

Los estudios y las experiencias piloto⁶⁵ que se han desarrollado en España demuestran que es preciso que los jueces y fiscales, propongan tanto al Consejo General del Poder Judicial como a la Fiscalía General del Estado, al Consejo general de la

⁶² Se pronuncia en este sentido en las conclusiones que desarrolla sobre mediación en el libro, Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Consejo general del poder judicial. núm. III.2006. pág. 631.

⁶³ ¿Una justicia penal mejor? Por Rocío Cantarero Bandrés y José Antonio Cantarero Bandrés. La Ley Penal, Nº 48, Abril 2008, Editorial LA LEY.

⁶⁴ Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Consejo general del poder judicial. núm. III.2006. www.leydigital.es

⁶⁵ Se puede consultar el Proyecto Piloto Cam: programa de derivación a mediación por los Juzgados de lo social elaborado por Rosario García Álvarez, el Proyecto de plan piloto de mediación civil en los procedimientos en que no es preceptiva la intervención de abogado en los Juzgados de Vitoria-Gasteiz y Propuesta de borrador sobre puesta en práctica de una experiencia piloto de mediación civil intrajudicial en Valladolid en la dirección web:

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpi/principal.htm>

Abogacía y, cómo no, a las Administraciones Públicas, que se desarrolle y se implante la mediación con su consecuente promoción por parte de los tribunales de justicia.

Al ser una medida novedosa para nuestro sistema judicial es necesario que se desarrollen protocolos de actuación⁶⁶ y guías sobre las buenas prácticas, para darle un contenido uniforme y que pueda tener más efectividad, a la par, de dar confianza a los ciudadanos sobre esta nueva alternativa a la vía judicial.

4.1.2 BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN CIVIL.

La Escuela Judicial ha realizado una serie de conclusiones para determinar los beneficios de la mediación civil:

- La primera de las conclusiones a la que se llega, según establecen los estudios estadísticos sobre la frecuencia de litigiosidad en el ámbito del derecho civil, es que cada vez son más los procesos judiciales en los que las partes confrontadas van a tener que seguir teniendo una relación en el futuro, como es el caso de conflictos en propiedad horizontal o las relaciones entre vecinos, las sociedades familiares y pequeñas empresas, las relaciones societarias, conflictos entre profesionales que trabajan en un mismo ámbito, e incluso muchas cuestiones de responsabilidad civil. Si se lleva por la vía judicial, siempre va a haber un ganador y un perdedor por lo tanto el conflicto inicial se incrementará.
- Como también hemos apuntado en este estudio, la mediación es la metodología más adecuada dentro de los conflictos de derecho de familia y no la confrontación judicial ya que igual que en el caso anterior puede que el conflicto se agrave aun más por esta vía. Esta técnica ofrece mayor rapidez y mayor posibilidad de estudio del caso a caso para obtener una mayor adaptabilidad a las circunstancias y a las condiciones que ofrecen las partes y, sobre todo, salvaguardar la salud mental de los supuestos hijos comunes.

⁶⁶ Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia y Protocolo penal. www.poderjudicial.es

Respecto a esta conclusión, la Escuela Judicial determina que la mediación es *“también el más eficaz preventivo contra la violencia de género”*⁶⁷.

Sobre esta afirmación quiero mostrar mi desacuerdo ya que, en primer lugar, la violencia de género debe encuadrarse dentro del ámbito penal y no dentro del civil, puesto que aquel que maltrate a su pareja o ex-pareja debe ser penado según establece el Código Penal en sus Art. 153 y 173.2.

Hay que hacer referencia al principio de igualdad, ya que, si hemos afirmado que este principio es básico para que se pueda llevar a cabo la mediación, en el caso de la violencia de género, no se materializa este principio de igualdad, sino, todo lo contrario, pues cuando se llega a esta situación es porque el hombre de la pareja se siente superior a la mujer y por ello se cree con derecho de maltratar, humillar y vejar a la mujer. Ante estas relaciones de desigualdad la mediación está completamente prohibida, aunque sea de modo preventivo.

- 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, introduce la mediación en el proceso de familia. Se establece en el Art.770.7ª de la ley de enjuiciamiento civil *“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”*

El resultado de poner en práctica este artículo ha demostrado que la mediación no solo puede ser utilizada en la fase prejudicial, sino que también puede ser promovida por la propia sede judicial, ya sea por el propio juez, por el fiscal o por el secretario judicial.

Hay que tener en cuenta que todavía, a día de hoy, las partes no negocian antes del proceso judicial, bien porque no tienen el conocimiento de que pueden optar por una negociación previa o bien porque aún se ve como un signo de debilidad frente a la otra parte. A todo esto hay que sumar que son

⁶⁷ Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Consejo general del poder judicial. núm. III.2006. pág. 633.

los propios abogados los que muchas veces desconfían de esta técnica ya que es extraña a nuestra tradición jurídica.

- Es cierto que en estos casos muchas veces se acude a la justicia con ánimo de venganza, sobre todo, por parte del perjudicado en el conflicto que piensa que al ser el damnificado tiene más ventajas que la otra parte a quién considera que ha obrado injustamente, sin pensar en que la respuesta que puede dar el tribunal puede no ser la que esperaba y frustrar sus expectativas. Sin embargo, esto con la mediación no sucede, porque se negocia en base a la igualdad de las partes sin que una crea que ostenta más ventajas que la otra.
- La ley 15/2005⁶⁸ establece la posibilidad de que también sean las partes las que soliciten la mediación dentro del proceso. Pero esto, en realidad, nunca ha pasado ya que cuando las partes ya están inmersas en el proceso judicial la comunicación entre las partes es escasa o inexistente, ya que, han asumido que el resultado de ese proceso va a ser el de ganar o perder. El poder de decisión de las partes se ha encargado a los abogados para la defensa de sus intereses y estos no van a proponer la mediación como solución sino una confrontación. Por este motivo es necesario como decíamos anteriormente, que sea el tribunal, quien proponga la mediación como solución al conflicto.

Aunque este puede ser otro problema ya que los jueces no están formados en procesos de negociación sino para dar una solución a la controversia planteada.

- Este estudio establece que la mediación no es posible en todos los casos. En el ámbito civil, antes de proponer a las partes que se sometan al proceso de mediación *“especialmente se debe tener en cuenta que tras el conflicto exista una necesidad real de mantenimiento de relaciones de futuro, por la existencia de hijos comunes”*; o si se trata de deudas familiares, se debe analizar si la respuesta de la mediación puede servir o no para pacificar el conflicto.

⁶⁸ 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.

El Reglamento⁶⁹ (CE) 2201/2003 establece que la mediación es la única que puede favorecer las relaciones de futuro en los divorcios que tengan elementos transfronterizos. La Unión Europea también está impulsando esta nueva técnica.

- Es importante para el éxito de la mediación que los abogados vean esta técnica como una alternativa a la vía contenciosa, como una alternativa metodológica para solucionar un conflicto. Los abogados, por lo general, son reticentes en utilizar esta técnica, pero ellos también cumplen una función muy importante en el tema de la mediación. En el procedimiento contencioso tiene claro cuál es su papel, y en la mediación su papel es el de asesor y, especialmente, de redactor de acuerdos o convenios entre las partes. El abogado tiene que entender que determinados conflictos se tienen que solucionar por el procedimiento contencioso clásico, y otros, van a tener una solución más fructífera por la vía de la mediación. Son ellos quienes tienen que proponer la vía más adecuada para la solución del mismo. La mediación ofrece nueva forma de resolver los conflictos civiles; No hay que pensar en la confrontación sino en la solución más adecuada.
- Hay parte de la teoría que establece que la mediación no se tiene que ver por las partes como un procedimiento impuesto sino como una parte más del proceso judicial que puede dar resultados más fructíferos que el clásico proceso y que si no se dan esos resultados esperados siempre se puede acudir al procedimiento ordinario. En la práctica se ha demostrado que ha habido casos en los que no se ha seguido la mediación, pero que el simple hecho de compartir con la otra parte confrontada un espacio en el que un tercero propone la realización de un esfuerzo para alcanzar un acuerdo es sumamente positivo (aunque se abandone la mediación). Las estadísticas reflejan que en la gran parte de los casos se han logrado acuerdos respecto a cuestiones parciales del conflicto o acuerdos posteriores a la sentencia.
- Es importante que para que la mediación tenga una mayor repercusión se dé una adecuada publicidad del servicio. Hay muchas personas que desconocen todavía la existencia de esta nueva forma de resolver los conflictos y que la

⁶⁹ Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000

descubren directamente cuando se lo propone el juez. Para evitar esto, y que las partes puedan elegir antes de acudir a la vía judicial, el tribunal debería de tener los medios adecuados y los recursos para que los ciudadanos conozcan a priori esta forma alternativa de gestionar cualquier tipo de conflicto.

A parte de la labor de publicidad ejercida por los abogados o los medios de información de propaganda institucional, sería muy positivo que el equipo judicial, tanto el juez como el fiscal y el secretario judicial, recomendaran la mediación ante ciertos casos alegando la compleja solución que podría tener por la vía contenciosa. Pero para que esto suceda todos los que intervienen en el proceso tienen que estar de acuerdo en la efectividad y en las ventajas de esta técnica.

- El papel del mediador también es sumamente importante. Según establecen los estudios de la Escuela Judicial los mensajes que debe transmitir el mediador dentro del proceso intrajudicial deben ser los siguientes⁷⁰:
 1. Las ventajas del mantenimiento de relaciones futuras pacíficas.
 2. El beneficio que van a obtener los hijos.
 3. La eliminación de los riesgos de perder el juicio y el abaratamiento de los costes.
 4. La rapidez de la resolución, lo que significa que debe existir un compromiso en cuanto a las fechas.
 5. La adaptabilidad del proceso a sus necesidades, señalando en la agenda las próximas sesiones.
 6. El llamamiento a la responsabilidad de autogestión de sus propios problemas, haciéndoles ver que la capacidad de resolverlo por sí mismas es mucho más satisfactoria.
 7. El compromiso de colaboración futura y, como consecuencia, la evitación de problemas de ejecución.
 8. La tranquilidad que ofrece que esos acuerdos a los que llegan después van a ser redactados posteriormente por sus abogados, y homologado por el tribunal, por lo tanto van a tener eficacia asegurada.

⁷⁰ Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Consejo general del poder judicial. núm. III.2006. pág. 638.

9. La confidencialidad de todo lo que se hable en torno a la mediación.
 10. El mantenimiento del carácter voluntario de la decisión de estar y de permanecer en el proceso de mediación.
- El Consejo General del Poder Judicial propone que se ponga en marcha un “*observatorio de la mediación*” con unas funciones específicas entre las que proponen:
 1. Reforzar la implantación de servicios de mediación conectados con los tribunales poniendo en marcha este servicio a través de la elaboración de protocolos de actuación y de convenios.
 2. La gestión de una base de datos de documentación sobre la mediación.
 3. La formación específica del equipo judicial, de jueces, fiscales y secretarios.
 4. La elaboración de un programa de promoción de la implantación de prácticas de mediación en más juzgados en la medida que se disponga de recursos sociales.
 5. Elaboración de un informe periódico que analice el contraste de las experiencias.
 - La mediación en el plano civil se tiene que ver como un servicio social que debe estar vinculado a los tribunales, igual que ya está pasando con otro tipo de servicios sociales como pueden ser los equipos psicosociales⁷¹, los puntos de encuentro o las casas de acogida. Tiene que ser promovida de la misma forma que el resto de servicios sociales que también se han introducido dentro del proceso judicial.
 - El resumen, de todas estas conclusiones sobre la actuación de la mediación en el ámbito civil, es que aún queda mucho por hacer en este sentido, cambiar las formas establecidas y adaptarnos a los nuevos procedimientos de resolución de conflictos. Igual que cambian los conflictos, que se adaptan a la nueva realidad social, hay que cambiar la forma de resolver estas

⁷¹ Estos equipos psicosociales son muy importantes en determinados casos, sobre todo cuando hay personas menores dentro del conflicto o en algunos casos de violencia doméstica y violencia de género. Es necesario que para que la efectividad sea plena los juristas se queden en un segundo plano y que sean los servicios sociales quienes delimiten el problema concreto.

controversias. Para ello se hace necesario la regulación de estas nuevas técnicas.

En el plano legislativo se ven carencias que hacen que esta técnica no se acabe de implantar de forma natural en nuestra manera de resolver los problemas. La legislación es dispersa. Dentro del proceso intrajudicial Ramón Sáez Valcárcel⁷² establece una serie de mejoras que se podrían introducir para la mayor efectividad del procedimiento:

1. La inserción de la facultad del juez de derivación a la sesión informativa de la mediación.
2. La introducción de forma específica de la referencia la mediación en la fase de ejecución de la sentencia
3. La inserción en la ley procesal de las garantías de confidencialidad en la prestación del servicio.

Las conclusiones que hemos estado viendo realizadas por la Escuela judicial, han obtenido una respuesta legislativa y se ha materializado en el **Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles** presentado en febrero de 2010 por el Ministerio de Justicia. Este anteproyecto tiene como objetivo unificar la legislación existente ya que no existe una norma que conecte la mediación con su práctica en el orden jurisdiccional y también como añade en su Exposición de Motivos⁷³ la modernización de la Justicia no es sólo en cuanto a la organización sino que es necesario implantar nuevas técnicas para los nuevos problemas de la sociedad. Este anteproyecto establece un concepto de mediación en su artículo primero que pretende unificar la diversidad terminológica sobre esta técnica y la define como: *“aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más*

⁷² Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Consejo general del poder judicial. núm. III.2006. pág. 640.

⁷³ Exposición de motivos I párrafo 2º *“la modernización de la Administración de Justicia no pasa sólo por la mejora de su organización y el perfeccionamiento de las normas procesales. Es necesario abordar también fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a preservar el ejercicio de la jurisdicción. En este sentido, desde hace ya algunos años se viene haciendo especial hincapié en los llamados medios complementarios de resolución de conflictos”* <http://www.mjusticia.es>

partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.

El ámbito de aplicación es exclusivo a asuntos civiles y mercantiles por lo tanto excluye de su conocimiento según establece el Art. 2.2: la mediación penal, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Se pretende que a través de esta normativa se modifiquen determinados artículos del Código Civil⁷⁴ y de la Ley de Enjuiciamiento civil⁷⁵. Este anteproyecto era necesario para la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

En conclusión, lo que se intenta con la mediación en materia civil es reducir el sufrimiento que puede provocar el conflicto que tienen las partes. Los beneficios de esta técnica en materia civil los empezamos a disfrutar ya, con el descongestionamiento, sobre todo en materia de separación y divorcio, por la gran labor que se está haciendo a través de la mediación familiar. Pero hay que alzar la voz y reclamar la necesidad de realizar programas públicos para que promuevan la mediación entre la ciudadanía. Es un beneficio para todos.

4.2. ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACION FAMILIAR.

Esta especial mención que hacemos dentro de la mediación civil, a la mediación familiar, se debe al hecho de que el derecho de familia es uno de los pilares básicos del Derecho Civil y es una de las instituciones que más se tiene que adaptar a los cambios en la sociedad. El derecho de familia está continuamente cambiando y adaptándose a las nuevas necesidades de las personas, por ello, introducir la mediación familiar en un conflicto tan doloroso como es la ruptura de una pareja es necesario para reducir ese sufrimiento y llegar a acuerdos que puedan, y quieran, ser cumplidos por las partes.

⁷⁴ Disposición final primera, que modifica los Art. 1809 y 1816 del Código Civil.

⁷⁵ Disposición final segunda que modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en una serie de artículos relacionados con la introducción de la mediación en el proceso civil.

La mediación familiar se ha ido generalizando en los últimos años en nuestra sociedad como una alternativa para la resolución de conflictos. Los motivos que explican esta progresiva generalización pueden ser los siguientes:

- El incremento del número de separaciones y divorcios desde su legalización, ya que hasta el momento en el que se reconoció como un derecho civil sólo existen las separaciones de hecho.
- Transformación de la percepción social del divorcio, antes considerado de tipo sancionador y ahora considerado como una solución. Esto permite tener una visión más realista de sus consecuencias y impide las personas divorciadas se consideren estigmatizadas.
- El elevado coste económico de los procesos, tanto para las partes como para la Administración de Justicia. La excesiva duración de estos procesos supone para las partes una presión emocional y sufrimiento para el resto de la familia.
- La elevada tasa de incumplimiento de las sentencias de divorcio en cuanto a temas como el régimen de visitas de los hijos, y el incumplimiento de acuerdos por la insatisfacción de las partes de las sentencias judiciales, incluidos también los mutuos acuerdos.
- Las decisiones de las partes de ser protagonistas y gestores de su separación. Es habitual que las partes en este tipo de conflictos consideren que se trata no solo de la separación del cónyuge sino más bien de decidir cómo va a continuar la vida de cada uno una vez que se ha producido dicha separación.

La mediación ofrece la posibilidad de elaborar soluciones más ajustadas a las expectativas y necesidades de cada cual, a respetar los espacios individuales manteniendo responsabilidades co-parentales.

4.2.1 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE MEDIACION FAMILIAR.

La delimitación del concepto de mediación familiar es complicada, no existe un concepto único y universal sino que es un concepto disperso que puede ser definido de muchas maneras guardando la esencia de lo que es. En este sentido se ha pronunciado la

especialista en el tema Lisa Parkinson y Bustelo en el II Congreso Internacional de mediación familiar celebrado en Portugal⁷⁶ en el año 2000.

Mi definición sería que la mediación familiar es aquella técnica alternativa a la resolución de conflictos, entre personas que mantienen una relación de afectividad o análoga, que desean romper esa relación de un modo pacífico y voluntario a través de la ayuda de un tercero imparcial que les va a guiar para la elaboración de los acuerdos pertinentes.

La doctrina ha elaborado muchos conceptos vamos a ver algunos:

La Carta Europea de mediación⁷⁷ no se atreve a dar un concepto como tal, si no que a lo largo de la carta, va delimitando el concepto poco a poco “ *Voluntad de abrir caminos, de establecer lazos, de una forma creativa, allá donde no existen, un espacio de comunicación en el que un tercero imparcial independiente y sin poder alguno, suscite constantemente en quienes, encerrados cada uno en su monólogo se encuentran atrapados en el conflicto, el deseo de elaborar conjuntamente una salida, restableciendo un “yo” y un “tu” que permita un verdadero diálogo. Es una estrategia en la que dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser ambos ganadores*”⁷⁸.

Hay conceptos que ven la mediación como un medio y no como un sistema de resolución de conflictos, es el caso de Marinés Suares que la define como la institución que ayuda las partes a enfrentar y reconducir sus conflictos, a que sus posiciones se debiliten. Establece que el acuerdo es un objetivo de la mediación pero que no es el único que existe.

También en este sentido se pronuncia Jean François Six que subraya que son las partes las que, de forma voluntaria, reclaman la mediación y que ellos son los que

⁷⁶ Bustelo, www.geocities.com/Athens/Academy/4799/forum/bustelo.html, 17/11/00 pág.1

⁷⁷ Lucía García García, Mediación familiar. Prevención alternativa al litigio en los conflictos familiares. Colección Monografías de Derecho Civil. I Persona y Familia. Pág. 55

⁷⁸ Lucía García García, Mediación familiar. *Prevención alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Colección Monografías de Derecho Civil. I Persona y Familia. Año 2003. Ed. Dickinson Pág. 56.

tomarán la decisión final. Y que la pretensión de la mediación es el “nacimiento de nuevas relaciones entre las partes o el restablecimiento de una comunicación”⁷⁹

Una de las definiciones más completas es la de Lucía García Villaluenga⁸⁰: *“Es un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, el cual, a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados; dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión”*.

Este concepto se puede conectar con el que daba Haynes, ya que este autor ponía el énfasis en la resolución de la situación conflictiva, expresada en un acuerdo entre las partes aunque también hace hincapié en la función que cumple este acuerdo posteriormente en las relaciones entre las partes⁸¹.

Otro autor que sigue esta teoría contradiciendo así a Marinés Suaers y a J. Six es la de Daniel Bustelo con la diferencia que dentro de la definición introduce la interdisciplinariedad y establece como objetivo de la mediación “promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución de conflictos”⁸²

Tenemos que destacar que de todas la definiciones que busquemos y analicemos, el elemento común de todas ellas es que todas incluyen la intervención de una tercera persona profesionalizada en el proceso de mediación que siempre va a ser neutral al conflicto, pero que van a ser las partes quiénes tengan la responsabilidad de adoptar las

⁷⁹ Six, Jean-Fraçois, Dinámica de la mediación, Barcelona, 1997 pág. 205 y sigs.

⁸⁰ Leticia García Villaluenga. Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia. Ed. Reus año 2007. Pág. 69

⁸¹ Hayes, John M. Fundamentos de la mediación familiar, Madrid, 1995, pág. 11

⁸² Bustelo Elicabe-Urriol. La mediación familiar interdisciplinaria, Madrid 1995. Pág.7

decisiones y los acuerdos que se van a llevar a cabo. Son los protagonistas absolutos en la toma de decisiones, reservando para el mediador⁸³ la organización y conducción del procedimiento. El protagonismo exclusivo de la partes a la hora de tomar decisión en su propio conflicto es la autocomposición como veremos a continuación.

4.2.2. AUTOCOMPOSICIÓN COMO MARCO DEFINITORO DE LAS RESOLUCIONES DE CONFLICTOS EN LA MEDIACION FAMILIAR.

La mediación se define dentro del discurso de la resolución auto-compositiva de conflictos, es decir, tienen que ser las partes quiénes asuman la responsabilidad de los acuerdos a los que pretenden llegar y de los ya han logrado. El mediador es el responsable del proceso y, en este sentido, tiene que aportar las técnicas y tácticas necesarias para la consecución de dichos acuerdos.

Lo contrario a la autocomposición a la hora de resolver conflictos es la heterocomposición. En ésta, un tercero dotado de un poder suficiente impone a las partes una solución que los interesados deberán asumir. Esta es la forma de resolución de conflicto por vía contenciosa, en la que el juez encargado de resolver el conflicto que se le presenta, escucha a las partes y toma su decisión.

La función del juez no consiste en buscar la mejor solución posible para el conflicto planteado, si no establecer, según los criterios legales, cuál de las partes, es decir, el demandante o el demandado, tiene la razón respecto de ese conflicto. Esta “razón” sólo puede atribuirse a una de las dos partes y sólo sobre los asuntos que se han planteado en la demanda.

Las resoluciones de tipo heterocompositivo ofrecen, como hemos dicho anteriormente, una propuesta de tipo digital, es decir o se gana o se pierde. Existe la posibilidad de recurrir este tipo de decisiones, pero la vía contenciosa marca que la resolución de ese recurso, se lleve a cabo por una instancia superior, la cual, también va a dar una propuesta digital.

⁸³ Más adelante también veremos que el mediador es protagonista del proceso y los elementos relacionados con su figura.

Sin embargo la autocomposición promueve soluciones analógicas e incluye asuntos no planteados de manera inicial, esto quiere decir que facilita un tipo de soluciones adaptadas a los intereses de las partes con los matices que se consideren oportunos.

El proceso de mediación ofrece un marco en el cual los interesados tienen todo el protagonismo en el proceso y en la resolución de su particular conflicto, teniendo la ventaja de desarrollarse en un marco pacífico de respeto y colaboración, centrado en las soluciones y en el futuro.

La desventaja de los métodos heterocompositivos es que cada parte quiere asegurarse el triunfo y para ello intentarán todo lo que esté en su mano para conseguir pruebas, testigos...y esto implica una mayor carga emocional que puede resultar muy contraproducente para los conflictos familiares.

4.2.3. FIGURA DEL MEDIADOR FAMILIAR

Los mediadores familiares provienen de diferentes disciplinas, lo normal es que sean de la rama jurídica o de la rama de las ciencias humanas. Al tener cada uno diferente formación, el enfoque sobre la mediación también es distinto. Los juristas que se dedican a la mediación la definen como un proceso contractual, sin embargo los que provienen de las ciencias humanas lo definen como un proceso de gestión del conflicto y no como la resolución de un conflicto, poniendo el énfasis en mejorar la comunicación de los mediados. Pero la mediación no es similar a la psicoterapia (Ver tabla 1)⁸⁴. La diferencia entre los mediadores y de las diferentes teorías viene a raíz de lo expuesto anteriormente, es decir, hay algunos que pretenden poner fin a las disputas mediante un acuerdo consensuado, mientras que otros prefieren ayudar a los participantes a resolver los conflictos psicológicos y emocionales que subyacen tras las disputas⁸⁵

⁸⁴ Trinidad Bernal Samper. *La mediación, una solución a los conflictos de pareja*. Año. 1998. Ed. Colex. pág. 65.

⁸⁵ Lisa Parkinson. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Pág. 15-16.

TABLA⁸⁶

	MEDIACION	PSICOTERAPIA
OBJETIVO	El problema o el asunto	La persona o la relación
ESTRUCTURA DEL PROCESO	Estructurado y centrado en la tarea	Libremente estructurado y centrado en los sentimientos
NATURALEZA DEL PROCESO	Legal/ cuasi legal (mezcla de asuntos legales con asuntos emocionales)	Psicológico o personal
PAPEL DE LA EMOCIONES	Contenidas y dirigidas	Alentadas y exploradas
OBJETIVO TERAPEUTICO	Secundario, puede tener beneficios terapéuticos	Principal en el proceso
CUANTIA DE LA INFORMACION	Escasa información de las partes y del conflicto	Mucha información de los antecedentes de los sujetos y de la relación.

Vamos a ver unos rasgos generales de la figura del mediadora para luego poder ir desgranando cuál es realmente la función que tienen los mediadores familiares cuando se les presenta un conflicto.

El mediador o mediadora trabajan activamente para:

- a) Favorecer a los protagonistas del conflicto.
- b) Centrar el encuentro en la exploración del problema y las posibles vías de salida.

La persona mediadora tiene que observar algunos preceptos durante todo el proceso; estos preceptos los tiene que tener en cuenta a lo largo de todo el proceso de mediación

- No juzgar, no imponer sanciones, no aconsejar y no dar soluciones.
- Mantener la confidencialidad, excepto en situaciones en las que exista falta muy grave.

⁸⁶ F. Diez y G.Tapia. *Herramientas para trabajar en Mediación*. Barcelona 1993.Ed. Paidós.

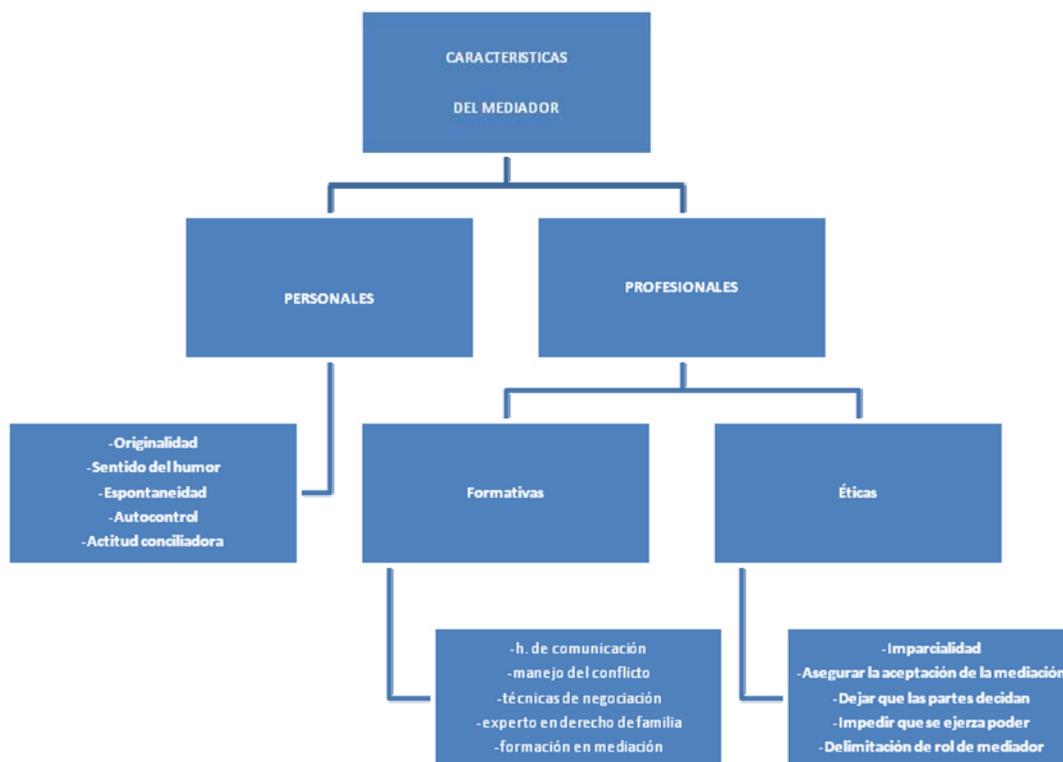
- Velar para que el acuerdo sea equitativo.

A menudo son dos las personas que actúan en mediación.⁸⁷

Para entender la figura del mediador hay que tener claro que la mediación es un concepción de un trato diferente a la filosofía de los litigios judiciales; el conflicto es una oportunidad que puede provocar la aparición de nuevas construcciones, diferentes de las iniciales, pero viables y aceptables para todas las partes, en la medida en que son las propias partes quién las elaboran. Por lo tanto el mediador simplemente ofrece el contexto adecuado para que las reacciones positivas puedan producirse. Es un catalizador que hace provocar realidades alternativas, con la difícil habilidad de permitir que estas alternativas surjan de las personas implicadas en el conflicto. El autor Deutsch (1973) hace una síntesis sobre la responsabilidad que tiene el mediador en el proceso, descubriendo una serie de funciones que le caracterizan y haciendo hincapié en la dimensión de ayuda para que las partes avancen en un proceso que él propone. Las funciones según Deutsch serían:

- ❖ Ayudar a las partes a identificar y confrontar los temas en conflicto.
- ❖ Ayudar a remover los bloqueos y distorsiones en los procesos de comunicación para facilitar el mutuo entendimiento.
- ❖ Ayudar a establecer normas de interacción racional, como el respeto mutuo, la comunicación abierta o el uso de la persuasión en vez del uso de la coacción.
- ❖ Ayudar a determinar qué tipo de soluciones son posibles y realizar sugerencias sobre ellas:
 - Proporcionar adecuadas circunstancias y condiciones para confrontar los temas.
 - Ayudar en la negociación y en la construcción de un acuerdo viable y aceptable para las partes.

⁸⁷ Esta técnica se suele utilizar mucho en el ámbito educativo para hacer dinámicas educativas a través de grupos de parejas como: alumno–alumno, alumno–profesor, padre alumno, madre–profesor, monitor–alumno...



El mediador tienen diferentes funciones⁸⁸ (Roberts, 1988):

1. **Es facilitar la comunicación** y el aprendizaje entre las partes posibilitando una interacción y así evitar posibles agresiones para conducir a la pareja hacia la cooperación. La propia presencia del mediador da lugar a una interacción de las partes que no podría haber ocurrido si ellos no hubieran acudido a una tercera persona. Esto hace que las partes no sean tan agresivas entre sí como es lo que es habitualmente (Kresel, 1985; ROBERTS, 1983) ya que la pareja cuando hay una tercera persona entre ellos guardan las formas y convierten al mediador en vehículo de comunicación para hacerse entender por el otro.
2. Otra función es la de **instruir a las partes** en las normas y métodos de la negociación mediante una información detallada de los puntos conflictivos que hay entre ellos. El mediador dentro de este proceso de negociación lo que hace es facilitar a las partes ese proceso. Los principales problemas que presentan las parejas que van a separarse son de falta de comunicación por lo que las

⁸⁸ Trinidad Bernal Samper. La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Año 1998. Ed. Colex. Pág. 72-75.

funciones del mediador ayudan a restablecer esta comunicación en cierta medida esta comunicación para que la negociación pueda llevarse a cabo

3. Existe una **función** de tipo **educativa**, por eso se habla de que la mediación es un método multidisciplinar. Esta función educativa convierte al mediador en un educador, es decir, se encarga de informar y explicar a las partes el proceso de mediación, de la forma más didáctica posible para que durante el proceso se cumplan las expectativas que tenían las partes.
4. El mediador actúa también como **traductor**, proporciona a las partes la comunicación necesaria para llegar a un acuerdo utilizando para ello un lenguaje claro que carezca de carga emocional. Les ayuda a construir la historia de otra manera.
5. El mediador también actúa como **Agente de la realidad**. A la hora de proponer los acuerdos, las partes a veces no se ajustan a la realidad de las circunstancias que los rodean ya que cada uno va a pensar en sí mismo y el ambiente que tiene que haber es de cooperación, para ello el mediador tiene que hacerles diferenciar lo posible y practicable de esos acuerdos propuestos, para que sean capaces de distinguir el deseo de la realidad.

Este proceso de toma de la realidad los objetivos del mediador tienen que ser:

1. Establecer una buena relación entre las partes y el mediador.
2. Mejorar la comunicación entre las partes.
3. Organizar el orden de los acuerdos y temas a discutir.
4. Motivar de forma asertiva a las partes hacia los acuerdos.

El reciente Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece ya un concepto que pretende ser único cuando hablemos de la figura del mediador⁸⁹. Este texto normativo establece en su capítulo III el “estatuto del mediador”

⁸⁹ Artículo 13. *Concepto de mediador*. A los efectos de esta Ley se entiende por mediador aquella persona inscrita como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia, a quien se solicite que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el artículo 14.

en el que se establece el concepto, las condiciones para ser mediador, los derechos y obligaciones del mediador, la responsabilidad como mediador y el coste⁹⁰.

4.2.4 REGULACIÓN EN MATERIA DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Ámbito comunitario:

- a) **Recomendación N° R (98) 1**, 21 de Enero de 1998 del Consejo de Europa, en el que se insta a los Estados miembros a instituir y promover la mediación familiar y a regularla.
- b) **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.** Establece que *“La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos”*
Esta directiva es la que ha obligado al legislador español a realizar el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹¹.

Ámbito estatal:

- a) Plan Integral de Apoyo a la Familia, 2001-2004, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de Noviembre de 2001. Este Plan Integral de Apoyo a la Familia presenta una estrategia integral que se estructura en cuatro grandes objetivos:
 - Incrementar la calidad de vida de las familias.
 - Fomentar la solidaridad intergeneracional.

⁹⁰ Todo el Anteproyecto de Ley en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles se puede consultar en www.mjusticia.es

⁹¹ Este Anteproyecto ha sido desarrollado en el apartado referente a la mediación civil.

- Apoyar a la familia como garante de la cohesión social.
- Prestar apoyo a las familias en situación de riesgo social y otras situaciones especiales.
 - Varios Ministerios participan en su diseño y en la ejecución de un Plan que tiene en cuenta las necesidades de las familias y valora el papel que éstas llevan a cabo en nuestra sociedad.

b) **LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género.** El art.44 de esta ley regula las competencias que en el orden penal conocen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en su quinto apartado dice de forma literal “En todos estos casos está vedada la mediación”, por lo tanto, la mediación queda totalmente prohibida para los casos de violencia de género y asuntos relacionados con ella.

c) **Ley 15/2005 por la que se modificaban el CC y la LEC en materia de separación y divorcio.** Su primordial finalidad es reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Se señala en su exposición de motivos que “...*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. La intervención judicial debe reservarse para cuando 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 dictarse una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas...*”

d) **Anteproyecto de Ley de mediación⁹² en asuntos civiles y mercantiles presentado en Febrero de 2010.**

Ámbito Autonómico:

- **Cataluña:**

- Ley 11/2001, de 15 de marzo, de Mediación familiar de Cataluña

⁹² <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Publicado en BOE núm. 198, de 22 de julio, de 2009.
- **Andalucía:**
 - Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicado en BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009.
- **Comunitat Valenciana:**
 - Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Publicado en BOE núm. 105, 3 mayo 2006.
- **Galicia**
 - Ley 4/2001 de 31 de Mayo, publicado en BOE núm. 157, de 2 julio 2001 y su reglamento, el Decreto 159/2003 de 31 de Enero.
- **Canarias**
 - Ley 15/2003 de 8 de Abril de la mediación familiar. Publicado en BOC núm. 85, de 6 de mayo de 2003.
- **Castilla y León**
 - Ley 1/2006 de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León y el Decreto 50/2007 de 17 de Mayo por el que se desarrolla el Reglamento en esta materia.
- **Asturias**
 - Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 9 de abril de 2007.
- **Castilla La Mancha**
 - Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar publicado en BOE núm. 203, de 25 agosto 2005
- **Illes Balears**
 - Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación familiar publicado en BOE núm. 303, el 20 diciembre 2006

- **Madrid**

-Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid publicado en BOCM núm. 54, de 5 de marzo de 2007

- **País Vasco**

-Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar publicado en BOPV núm. 2008034, de 18 de febrero de 2008

LA MEDIACION PENAL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Mediación penal. Objetivo: Justicia restaurativa. 3. Delimitación del concepto de mediación penal. 4. Ámbito objetivo de la mediación penal. 5. Principios informadores. 6. Normativa en materia de mediación penal. 6.1.Ámbito europeo 6.2. Ámbito interno. 7. Mediación penal en materia de menores. 7.1. Principio de oportunidad como referente en materia de mediación de menores. 7.2. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 7.3. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos estado viendo a lo largo de este estudio, la mediación es una nueva fórmula de resolver los conflictos entre las personas, que está en auge, en nuestro Derecho. Anteriormente ya hemos hecho alusión a la mediación penal cuando tratábamos el tema de los orígenes de la mediación desde una perspectiva general. En esta parte vamos a centrarnos en la mediación penal como alternativa a la resolución de conflictos en el Derecho Penal tradicional; caminamos en busca de una nueva forma de Justicia: *la justicia restauradora o restaurativa*. En el ámbito penal, la finalidad de la mediación es diferente, pero la esencia es la misma.

Los penalistas han sido muy reticentes a la hora de implantar la mediación dentro del Derecho Penal, ya que la mediación ofrece un pensamiento muy humanista que no había encajado nunca con esta área del Derecho, más bien han sido los criminalistas los pioneros en los estudios sobre mediación.

Los primeros en Europa en introducir esta nueva técnica fueron Alemania y Austria donde la experiencia comenzó en el año 1985 buscando algo distinto a lo que ofrecía el Derecho Penal. En Alemania se le empezó a denominar la “tercera vía”⁹³ por lo tanto la apuesta hacia la mediación iba en serio.

⁹³ Dieter Rösser, Esther Giménez-Salinas I Colomer, Equipo de mediación del departamento de Justicia, Jacobo López Barja de Quiroga y Antonio Beristaín Ipiña. *La mediación penal*. Generalitat de Catalunya. Año 1999. Pág. 15 a 23.

Hoy, ya son muchos los que creen en la mediación, prueba de ello es que ya se está llevando a la práctica en nuestros tribunales⁹⁴ aunque todavía no forma parte de nuestro Derecho positivo. También el estudio sobre el tema está en auge, como demuestran los Grados sobre mediación, las tesis doctorales, las jornadas, cursos... en definitiva, podemos decir que en Europa que existe ya una importante doctrina así como una práctica extendida. La legislación Europea la ha implantado en sus normas, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI) relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal establece que: *“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”* (Arts. 10 y 17).

En referencia a esto hay que decir que el Estado español aún no ha hecho frente a las imposiciones legislativas de la Unión Europea en este ámbito.

Se puede ver de forma dispersa en nuestro ordenamiento jurídico. En el Art. 91.2 del Código Penal se contempla un adelantamiento de la concesión de libertad condicional de un máximo de 90 días por año transcurrido, por la participación en programas de reparación del daño. También en el Art. 88 del C.P se ve un atisbo de mediación ya que establece como requisito para la sustitución de la pena de prisión por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, como un esfuerzo por reparar el daño causado.

Como veremos más adelante, en el ámbito de la jurisdicción penal de menores la mediación viene regulada de forma más precisa y, en realidad, es en el ámbito en el que la mediación está dando unos resultados muy fructíferos.

⁹⁴ Se puede consultar de forma totalmente actualizada las actuaciones que se está el Consejo General del Poder Judicial llevando a cabo sobre esta materia en su página web: <http://www.poderjudicial.es> en el apartado referente a la mediación.

Esta regulación se hizo a través de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, 5/2000 de 12 de enero.

“Artículo 19. *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.*

1. *También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el **compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.***

*El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya **delito menos grave o falta.***

2. *A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la **conciliación** cuando el menor **reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima**, y ésta **acepte sus disculpas**, y se entenderá por **reparación** el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.*

3. *El correspondiente equipo técnico realizará las **funciones de mediación** entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.*

4. *Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el **sobreseimiento y archivo de las actuaciones**, con remisión de lo actuado.*

5. *En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.*

6. *En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.”*

Vemos que el modelo existente contempla la conciliación y la reparación directa e indirecta del daño bajo una serie de premisas, como es la existencia de delitos menos

graves o faltas y más requisitos que veremos más adelante cuando hagamos referencia a la mediación penal en menores, ya que es un ámbito muy interesante.

Vamos a ir desgranando poco a poco la mediación penal para ver cuáles son sus objetivos y lo que se ha hecho hasta el momento actual.

2. MEDIACIÓN PENAL. OBJETIVO: JUSTICIA RESTAURATIVA.

La mediación, tanto la civil como la penal, tiene un objetivo pacificador y a la vez un sentido crítico hacia las formas clásicas de resolución de conflictos. Sea cual sea el tipo de conflicto al que nos enfrentemos (familiar, social, internacional...) la mediación va a desarrollar siempre su objetivo a través de medios no adversariales y sin que supongan confrontación alguna entre las partes.

La introducción de la mediación en el ámbito penal ha sido más tardía⁹⁵ que en otros sectores ya que el Derecho Penal tiene unas características muy peculiares.

La razón de la existencia del Derecho Penal es la protección de las normas más básicas y elementales de la convivencia humana. Se califica a esta rama del Derecho como la *última ratio* de la política social del Estado⁹⁶, es decir, la intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito)⁹⁷.

Este poder que tiene el Estado para intervenir frente a la lesión de los bienes jurídicos más elementales se llama *ius puniendi* y los pilares básicos de este *ius*

⁹⁵ *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis De Una Experiencia (2005-2008)* Autores: Julián Carlos Ríos Martín (Profesor de derecho penal Universidad Comillas. Abogado y mediador) Margarita Martínez Escamilla (Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid) José Luis Segovia Bernabé (Profesor de Ética social. En la Universidad Pontificia de Salamanca. Jurista y mediador) Manuel Gallego Díaz (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Comillas). Pedro Cabrera (Sociólogo. Profesor en la Universidad Comillas) Montserrat Jiménez Arbelo (Socióloga. Trabajadora social). www.poderjudicial.es

⁹⁶ “La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador”, la victimología, Cuadernos de derecho Judicial, Madrid, págs. 347-366.

⁹⁷ Eduardo de Urbano Castrillo La Justicia Restaurativa Penal la ley penal, nº 73, sección estudios, julio 2010, editorial la ley

puniendi es ser la última ratio y obedecer al principio de subsidiariedad. Si estos bienes jurídicos se pueden defender a través de otras ramas del Derecho, no se debe acudir a la vía penal para solucionarlo.

Esto en los últimos años se ha desvirtuado de forma excesiva, los ciudadanos acuden cada vez con más frecuencia al ámbito penal para solucionar sus conflictos ya que es la rama que ante un hecho punible establece una sanción o pena más dura. Se da por hecho que ante un conflicto siempre tiene que haber un ganador y un perdedor y esta idea está motivada por la venganza de la víctima de ese hecho delictivo.

La doctrina penal ha estudiado mucho tiempo la forma de corregir este pensamiento, como consecuencia hemos visto que existen técnicas alternativas de resolución de conflictos⁹⁸ (RAC), como la asesoría, el arbitraje, la conciliación y, cómo no, la mediación⁹⁹. Se lleva muchos años buscando la minimización de la violencia a la hora encarar los problemas que se derivan de la convivencia en sociedad, esto es complicado porque las sociedades actuales son cada vez más complejas, plurales y multiculturales. Estos nuevos métodos, tanto en la teoría como en la práctica, pueden de igual manera dar respuesta al delito y reducir todo el sufrimiento que genera.

Como hemos apuntado en varias ocasiones en este estudio, gran parte de la comunidad jurídica es recelosa hacia la técnica de la mediación, sobre todo en el ámbito penal. El estudio de la mediación penal es disperso, pero es muy positivo, que poco a poco se vaya formando a través de todos los estudios una teoría general que es básica para una buena puesta en práctica. Por eso tenemos que abordar la mediación en el ámbito penal a través de la justicia restaurativa. Esta forma de justicia confía en el ser humano y en la sociedad. En la concepción clásica de Derecho Penal “quién la hace la paga”, es una justicia retributiva, es decir, recompensar el daño causado a la víctima. Con la justicia restaurativa, se intenta reparar, renovar una situación, devolver la

⁹⁸ La ONU tiene recogidas diecinueve formas alternativas de resolución de conflictos. En este estudio se enumeran las más relacionadas con la mediación en el apartado “otros métodos de resolución alternativa de conflictos”.

⁹⁹ Estas técnicas están recogidas en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos que se puede consultar en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm.

situación al estado en el que estaba, dando un mayor protagonismo a la víctima para su mayor protección con el fin de restablecer la paz social.

No se ve en el castigo del culpable la solución, si no que, la resolución más satisfactoria es que ese culpable repare el daño que ha causado. Está claro que ante determinados delitos no se va a poder reparar el daño causado; nos estamos refiriendo en este sentido a infracciones en las cuales la reparación sea posible y que a través de esta reparación se pueda restablecer la paz social.

Esther Pascual Rodríguez¹⁰⁰ establece que, frente a la ausencia de una definición universal, podemos decir que la **justicia restaurativa** es *“la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas en manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad del proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización y reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.”*

Las comunidades más antiguas utilizaban este tipo de justicia para la resolución de conflictos entre familias o grupos, ellos tenían el protagonismo dentro del conflicto. Hoy día, ante un conflicto, tendríamos que recurrir al Derecho Penal y tendría que ser el Estado quién nos castigara. Se quiere volver a formas más pacifistas de resolver las controversias, por ello nace la justicia restaurativa unida a movimientos que se preocupan por la humanización del Derecho Penal y por aliviar el sufrimiento que provoca el delito y sus consecuencias.

Estos movimientos empiezan a aparecer en los años 70, son dignos de mención los trabajos publicados por Hudson Galaway's y la obra de Christie “Conflicts as property”, que elaboraban un sistema de solución de conflictos como alternativa al Derecho Penal tradicional. Pero realmente se instauró este nuevo modelo en la doctrina a partir de las

¹⁰⁰ Esther Pascual Rodríguez. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y sufrimiento humano*. Ed. Colex. Año 2008. Pág.31.

obras “Retributive Justice, Restaurative Justice, alternative justice paradigms”, en 1980, y “Changing Lenses”, en 1990, de Howard Zher. Finalmente esta nueva forma de entender la justicia conforme a un modelo alternativo basado en las nuevas preocupaciones quedó consagrado en los congresos internacionales sobre criminología a partir del celebrado en Budapest en el año 1993.

Estos estudios estaban también dirigidos hacia las alternativas a la prisión a través de la introducción de un catálogo de sustitutivos que ampliaban la visión de las penas absolutas. Unido a esto estuvieron los movimientos a favor de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Reivindicaban el fracaso de la medida de la privación de libertad como modelo reinsertador. Así se fue formando un gran movimiento que expandía sus ramas a los diferentes elementos del Derecho Penal, como prueba de esto se empezó a introducir una nueva disciplina en la Criminología moderna, que era la “victimología” reivindicando que el modelo convencional había olvidado a la víctima y que la trataba como un mero elemento de prueba, olvidándose después de ella.

A día de hoy, todo esto se ha ido centrando en el binomio, **delincuente-víctima**, incidiendo en la dimensión personal de cada uno y en el examen de sus conductas por separado como protagonistas de un mismo suceso y teniendo en cuenta las consecuencias que ese suceso genera en la comunidad. Como vemos, el protagonismo también recae en el grupo social que tiene que resolver los conflictos que se generan en él por medio del diálogo. Por lo tanto, la solución al conflicto se llevaría a cabo entre iguales, personas próximas entre sí con un mismo entorno. El objetivo es no sólo satisfacer el derecho de la víctima a la reparación de daños y perjuicios sino también darle la oportunidad al delincuente de explicar lo que le motivó a cometer ese acto, comprender las circunstancias y poder pedir perdón. Así se reduce la represión o el castigo y se favorece la resocialización del delincuente.¹⁰¹

¹⁰¹ Según establece Julián Carlos Ríos Martín, en “*La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*”. Ed. Colex. Año.2008 Pág. 150. Surge una tendencia de mediación penitenciaria, en el 2005 desde la Dirección General de Ingresos Penitenciarios (DGIP) se patrocinaron experiencias en centros penitenciarios desarrolladas por asociaciones voluntarias, especializadas en mediación para valorar las posibilidades de incorporación de este sistema de resolución de conflictos al ámbito penitenciario. Después de dos años se demostró la viabilidad y las consecuencias positivas que generan en las personas internas en centros penitenciarios.

3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE MEDIACIÓN PENAL

Una de las más acertadas definiciones de la mediación penal es la que aporta Alfonso Bibiano Guillén estableciendo que la mediación penal: *“Es una actividad en la que una persona neutral independiente e imparcial ayuda a dos o más personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima o infractor, a comprender el origen de las diferencias que las separan, a conocer las causas reales de la infracción y las consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a encontrar soluciones sobre la forma de reparación, tanto de una manera simbólica como material puede realizarse en cualquiera de las fase del proceso penal”*¹⁰².

Es este sentido también se pronuncia Juan Carlos Ríos Martín¹⁰³ en su artículo “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”. Este autor intenta una aproximación conceptual a la mediación penal estableciendo como punto de partida de este tipo de mediación el reconocimiento, por parte de las personas implicadas en un delito, de la existencia de un conflicto, siendo conscientes de las causas que lo han provocado realmente y de las consecuencias que se pueden derivar intentando buscar la forma más adecuada para satisfacer sus necesidades e intereses. Volvemos hacer referencia a que la mediación es un sistema alternativo que resalta la responsabilidad ética del infractor y su reinserción social. En esta delimitación del concepto está inmersa una crítica, en el proceso penal se da mucha más importancia a los hechos objetivos, que se delimitan a través de la verdad formal con pruebas, que a lo que realmente ha ocurrido. Muchas veces la víctima se siente engañada respecto a los hechos y por ello surgen sentimientos de venganza frente a lo desconocido.

La definición utilizada por la recomendación R (99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, establece que la mediación penal sería *“cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de dificultades ocasionadas por el delito con ayuda de un tercero independiente (el mediador)”*.

¹⁰² Juan Carlos Ríos Martín, Esther Pascual Rodríguez, Alfonso Bibiano Guillen, José Luis Segovia Bernabé. La mediación penal y penitenciaria: experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Ed. Colex 2008. Pág.97.

¹⁰³ Juan Carlos Ríos Martín, Profesor de Derecho Penal. Universidad Pontificia de Comillas

Como estamos viendo, la delimitación del concepto está muy dispersa en la doctrina. Existen unas notas comunes a todas las concepciones, la esencia y el objetivo de la mediación penal es el mismo en todas ellas. La nota característica, y a la vez la esencia de este tipo de mediación, es que hay una crisis de legitimidad del sistema penal, no sólo por la incapacidad de dar una respuesta satisfactoria a las peticiones de la colectividad y de las víctimas ante un conflicto, sino también por las consecuencias destructivas que genera el proceso penal en determinados supuestos. Sin mencionar los perjuicios tanto físicos como psicológicos que puede acarrear la sanción privativa de libertad. A pesar de todo esto seguimos viendo que la utilización del Derecho Penal es abusiva por parte de los ciudadanos, y pese a los pronósticos de muchos estudiosos no ha reducido la criminalidad ni ha hecho desaparecer el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos

4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA MEDIACION PENAL.

El espacio de actuación de la mediación penal tampoco está del todo delimitado, igual que sucede a la hora de delimitar el concepto. Existe un amplio abanico de respuestas aptas para delimitar qué infracciones penales entran dentro del ámbito objetivo de la mediación penal. Como consecuencia de ello, las respuestas que demos van a depender del concepto que se maneje sobre:

- La justicia restaurativa.
- El principio de oportunidad¹⁰⁴.
 - El principio de intervención mínima del Derecho penal.
 - Las consecuencias contraproducentes de determinadas penas (sobre todo las penas privativas de libertad).

La doctrina, en este sentido, está especialmente dividida. Se puede decir que hay dos posturas. La primera, los que son partidarios de que exista en todo proceso una fase

¹⁰⁴ El principio de oportunidad en derecho penal está siendo muy importante al igual que su uso por el legislador como instrumento de política criminal, como de nuevo se ha podido evidenciar en regulación de la conformidad en la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002. En este sentido es conveniente la lectura del artículo “*Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal*” escrito por NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA. Y LUIS H. CONTRERAS ALFARO.

previa de mediación y conciliación, sea cual sea el delito. Esta teoría, ante los delitos más graves, no considera que se tenga que rechazar la mediación ni que atente contra las competencias del Derecho Penal, sino que es positivo, como ya se está demostrando, en cuanto a la aminoración de la pena y a la sustitución de recursos penales frente a las responsabilidades civiles que puedan surgir.

Y en contra, está la postura de quienes ven esto como un atentado contra el procedimiento judicial, pero que tampoco se oponen a valorar los resultados positivos que pueda tener la mediación penal en ciertos casos.

Casi toda la doctrina está de acuerdo en excluir del ámbito de actuación de la mediación penal los delitos más graves (homicidio con dolo). También la mayoría de los penalistas están de acuerdo en no incluir las faltas dentro de la mediación, por ser de tan escasa relevancia punitiva¹⁰⁵.

La limitación de determinados delitos viene al hilo de este trabajo, ya que hay delitos en los que una de las partes ha obrado con superioridad o a través de la violencia, los implicados no parten de una situación de igualdad. Por lo tanto, se viola este principio y la mediación no se puede llevar a cabo ya que la igualdad es un requisito *sine qua non* para este procedimiento. Nos estamos refiriendo a delitos como los que atentan contra la libertad sexual¹⁰⁶ y, por supuesto, en los delitos de violencia de género, según establece el Art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre, que prohíbe la mediación en todas las materias con competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Tenemos que tener en cuenta para recurrir a técnicas alternativas de resolución de conflictos la gravedad del hecho, la pena que se le atribuye y la naturaleza de ese hecho. Es decir, tenemos que ir viendo un poco el caso a caso y hacer por que las partes implicadas conozcan las alternativas a la solución judicial y opten por arreglar el problema de forma extrajudicial.

¹⁰⁵ En esta afirmación se está olvidando que el nacimiento de la mediación tenía como objetivo la protección de la víctima, y su protagonismo en el proceso.

¹⁰⁶ Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales Arts. 178 a 194. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En Alemania se elaboró una propuesta, el llamado Proyecto Alternativo de Reparación (AE-WGM), que establece la aplicación universal de la mediación a toda clase de delitos actuando siempre a favor del perjudicado y, si esto no fuera posible, se intentaría la reparación a favor de la comunidad (reinserción).

5. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN PENAL.

1. Voluntariedad:

La voluntariedad de las partes exige que la participación de éstas en el proceso sea libre, anunciada y voluntaria, tanto en el acceso a ella como a lo largo del proceso¹⁰⁷ y, cómo no, la hora de asumir un acuerdo. Esta voluntariedad también se mantiene a la hora de abandonar el proceso. Esto, para el imputado, no lo podemos definir como una voluntariedad absoluta, ya que si no lo aceptan las consecuencias del proceso penal van a ser siempre peores, es una voluntad relativa de optar por la mediación o no.

Algo similar ocurre con la víctima, ésta tiene que acudir al proceso por voluntad propia, aunque el juez, el fiscal o el secretario judicial estén muy interesados en que determinado conflicto se lleve por el proceso de mediación, sin la colaboración del perjudicado es imposible. Queda totalmente prohibidas las posibles presiones a la víctima para acudir a este proceso.

2. Gratuidad

Este proceso debe ser totalmente gratuito para las partes¹⁰⁸. Que sea gratuito es un reclamo para facilitar la accesibilidad a este tipo de procesos, aumentará el número de interesados en el mismo y generará una mayor confianza al ser visto como un servicio social que presta la Administración de Justicia.

¹⁰⁷ Luis Durbán Sicilia. Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal. La Ley Penal, N° 73, Sección Estudios, Julio 2010, Editorial LA LEY.

¹⁰⁸ Esto no sucede en la mediación familiar, ya que los mediadores cobran por los servicios prestando de forma general. Aunque también existe el beneficio de la mediación gratuita, que se presta por los servicios sociales.

3. Confidencialidad

Nada de lo que sea tratado en el proceso de mediación debe ser puesto en conocimiento del juez o del fiscal, se haya llegado o no a un acuerdo. Si esto no sucede así, será imposible que la mediación se desarrolle en libertad. De nada serviría la mediación si ante el conocimiento por parte del mediador de un delito grave tuviera la obligación de denunciar tal hecho, el mediador tiene que guardar secreto profesional.

La confidencialidad es una garantía en el proceso que va a favorecer el intercambio tanto de sentimientos como de informaciones sobre el hecho delictivo, generando así una mayor empatía, tanto de la víctima hacia el delincuente como viceversa.

4. Oficialidad

José Luis Manzanares Samaniego describe este principio¹⁰⁹ de forma muy clara estableciendo que *“es aquel criterio, derivado de interés público predominantemente marcado por la ley, por el cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos, si no que dependen de aquel interés público se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer ante situaciones reales subsumibles en supuestos taxativamente determinados por la ley”*.

En el caso de la mediación penal le corresponde al juez, previo acuerdo con el Ministerio Fiscal, la derivación de los casos al Equipo de Mediación. Esto no limita para nada los derechos garantizados tanto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como por el Código Penal.

5. Flexibilidad

La flexibilidad es una característica del proceso, se refiere a los plazos de entrevistas y a los de la conclusión del proceso; este principio está estrechamente ligado con el de confidencialidad y el de neutralidad.

6. Bilateralidad

¹⁰⁹ José Luis Manzanares Samaniego. *La mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*. Ed. Comares. Año 2007. Pág. 20

Las partes tienen que tener las mismas oportunidades en el proceso. Son los protagonistas absolutos de la negociación del acuerdo. En algunas ocasiones se permite la intervención de terceros que estén vinculados o con la víctima o con el delincuente, teniendo en cuenta la igualdad y los objetivos que se quieran alcanzar.

7. Neutralidad

Se busca un equilibrio real entre las partes, es una necesidad para este proceso que ninguna de las partes mantenga una posición de superioridad respecto a la otra. Esta neutralidad se refiere también a la figura del mediador, ya que éste no se puede posicionar a favor de ninguna parte, no se puede involucrar en el proceso, tiene que ser un medio para conseguir un fin.

8. Principio de responsabilidad personal y equidad

Cuando en la mediación hablamos de responsabilidad, no nos estamos refiriendo a la responsabilidad penal, sino a la responsabilidad personal que asume cada parte en el proceso de mediación de intervenir directamente en él y con voluntad de compromiso hacia el acuerdo al que se llegue. Durante todo el proceso de mediación tiene que regir la equidad con el objetivo de alcanzar un resultado fructífero.

6. NORMATIVA EN MATERIA DE MEDIACIÓN PENAL

En los últimos años la denominada Justicia restauradora se va afianzando de manera progresiva en diferentes países de nuestro entorno. La mediación penal se ha implantado, entre otros, en Francia, Bélgica y Alemania, como un sistema complementario a la Justicia penal clásica. En Alemania lo han denominado la Tercera Vía¹¹⁰.

La Unión Europea está intentado implantar en su legislación la mediación en el ámbito penal. Como consecuencia de ello, el Consejo de Europa, a través de diferentes

¹¹⁰ Hay una parte de la doctrina penalista que establece que el derecho penal es un sistema de doble vía que debe ser superado mediante un sistema de triple vía, es decir que junto a las penas y a las medidas de seguridad, ha de ser considerada *la reparación*. Por lo tanto, la reparación constituirá esa tercera vía. Un artículo en este sentido es el escrito por Jacobo López Barja De Quiroga, Vocal del Consejo General del Poder Judicial. “La mediación penal” Generalitat de Catalunya Departament de Justícia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Pág. 109.

Recomendaciones ha instado a los países miembros introducir en el ámbito interno de cada país, normativa en materia de mediación penal. Por lo tanto, ya se siente la necesidad de dar a conocer lo que es la mediación y desarrollarla de forma legal, armonizándola con el resto de legislaciones, ya que hasta el momento, toda la legislación sobre la materia estaba dispersa.

6.1. Normativa de ámbito europeo

En este ámbito la legislación es muy extensa, sería prácticamente imposible mencionar toda la legislación en este ámbito, así pues, vamos a citar las disposiciones más significativas y que han tenido mayor repercusión.

- Recomendación (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
- Recomendación (85) 2, de 28 de junio de 1985, del Comité del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal. Da un amplio margen a la reparación y las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.
- Recomendación (87) 21, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Alude expresamente a la mediación.
- Recomendación (87) 18, que recoge la relevancia del principio de oportunidad.
- Recomendación (99) 19 del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, donde se recoge el concepto de mediación mencionado anteriormente.
- Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada en Viena, del 16 al 25 de abril de 2002, donde se hace un examen de la Justicia restaurativa y su papel en los sistemas de Justicia penal.
- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo del 2001. Es de destacar, en primer lugar, el art. 10, que se inicia con la rúbrica «Mediación penal en el marco del proceso penal», que establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas.

2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la medida en las causas penales.»

Es necesario traer a colación el art. 17 del mismo texto, que se refiere a la obligatoriedad de aplicar esta figura: *“Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión Marco: en lo que se refiere al art. 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006”*.

6.2. NORMATIVA DE ÁMBITO INTERNO

La legislación interna¹¹¹ relativa a la mediación penal no está de ninguna manera sistematizada, se contiene en disposiciones aisladas y con escasa incidencia práctica, por ello es tan importante en este ámbito actuar según el principio de oportunidad. A continuación haremos referencia a algunos preceptos que posibilitan la mediación en diferentes ámbitos que sistematizamos en la siguiente exposición:

1.*Mediación con referencia al proceso judicial:

a) Mediación previa o inmediata al proceso:

¹¹¹ Anna Vall Rius. El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española. Diario La Ley, N° 6528, Sección Doctrina, 18 Jul. 2006, Ref. D-173, Editorial LA LEY

En primer lugar, las oficinas a las que hace referencia el Art. 16 de la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, gestionadas por las Comunidades Autónomas y entidades locales para ayudar a las víctimas de este tipo de delitos, bajo el principio de oficialidad podrían servir de intermediarios para el logro de acuerdos beneficiosos entre las partes (como puede ser una aminoración de la pena y, a su vez, la consecución de un resarcimiento económico ágil y eficaz). No obstante, el gran obstáculo que se presenta en la práctica de estas soluciones es el escaso impulso que se dan a estas soluciones por parte de los equipos judiciales, a pesar de que existen preceptos que lo amparan, así como un principio en auge que sugiere este tipo de transiciones, el principio de oportunidad; ello sin perjuicio del máximo respeto a la indisponibilidad de la acción penal en el caso de los delitos públicos o de los semipúblicos, una vez presentada denuncia por el sujeto pasivo o su representante legal.

Por tal motivo dicha mediación previa o inmediata al proceso judicial se debe circunscribir necesariamente a aquellos supuestos en los que el Código Penal establece que el perdón del ofendido causa la extinción de la pena o de la acción penal (delitos privados, en los que sólo pueden perseguirse a instancia del agraviado) o procesos abiertos por delitos que requieren, de forma preceptiva, la previa denuncia del sujeto pasivo o su representante legal (delitos semipúblicos). Desde otra perspectiva, por imperativo legal y por el principio informador del proceso penal que rige en el sistema español, en el cual, como norma general el mismo se impulsa de oficio y las partes acusadoras no disponen de la acción penal, no cabría la referida mediación en los delitos públicos (que son la inmensa mayoría de los delitos tipificados en el Libro II del Código Penal)

A título de ejemplo podemos citar las siguientes infracciones penales en las que, por lo motivos anteriormente expuestos, cabría la mediación penal.

- Infracciones delictivas que requieren la denuncia de la parte agraviada:

* Delitos relativos a prácticas no consentidas de reproducción asistida en una mujer (Art.161 C.P)

* Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Art. 191 C.P).

* Descubrimiento y revelación de secretos (Art.201 C.P), que incluye el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal.

* Delitos de calumnia o injuria (Art.215 C.P), que admiten el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal. Recordemos, además, que el Art. 804 Ley de Enjuiciamiento Criminal exige como requisito para la presentación de querrela por injuria o calumnia inferida a particulares el haber celebrado antes acto de conciliación, o de haberlo intentado sin efecto, lo cual permitiría incluirlo en el itinerario de la mediación, evitando, en su caso, el proceso.

* Abandono de familia Art.228 C.P.

* Daños por imprudencia grave Art.267 C.P, que incluye el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal.

* Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores Art 287 C.P

* Delitos societarios Art.296 C.P

- - Faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones art. 620 del Código Penal, que incluyen el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal en el Art.639.3. C.P.
- - Faltas de imprudencia, regulada en el Art.621 C.P que incluyen igualmente el perdón como causa de extinción de la pena o la acción en el Art.639.3.

Por motivos sobre todo de agilidad, sin menoscabar la eficacia y ejecutividad de los compromisos adquiridos durante la mediación, y siempre bajo el principio de oportunidad, sería conveniente lege ferenda, impulsar de la manera que se estime conveniente por el legislador, la actividad mediadora en los tipos penales que el propio

Código Penal hemos visto que permite, especialmente en los delitos y faltas menos graves. Dicha mediación que sería más útil cuanto más se repitiera la conducta típica por parte de la población, sin perder de perspectiva, por supuesto, la función de prevención general del Derecho Penal.

b) Mediación una vez abierto el proceso penal:

La mediación penal puede tener una importante consecuencia en la aplicación de la pena, al amparo de la atenuante genérica recogida en el artículo 21.5 C.P. (y específica en los delitos contra la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, Art. 340). Así, si como consecuencia de la mediación realizada se ha logrado que “ haya 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” el Juez o Tribunal sentenciador está obligado a apreciar dicha atenuante que tendría consecuencia penológica de imponer la pena en su mitad inferior (si fuese la única atenuante estimada y ésta no se considerara circunstancia muy cualificada) o imponerla en uno o dos grados inferiores (todo ello según las reglas de aplicación de las penas contenidas en el Art. 66 del Código Penal y específicamente en el ya referido artículo 340 en el ámbito que le es de aplicación, sin que estén sometidos a estas reglas las faltas según el Art. 638 del Código Penal).

c) Mediación una vez dictada sentencia condenatoria (en fase ejecutiva):

Una vez dictada sentencia condenatoria, la mediación penal podría tener relevancia, pues respecto a la sustitución de la pena, se tiene en cuenta, entre otras circunstancias el «esfuerzo para reparar el daño causado» (Art. 88 del Código Penal) esfuerzo que se puede poner de manifiesto en las actividades mediadoras.

Puede también tener especial incidencia la mediación a la hora de inclinarse el juez o tribunal por alguna de las obligaciones y deberes a los que se condiciona la suspensión o sustitución, previstas en los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 83 del Código Penal «comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificadas»,

«participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares», «cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».

Para la obtención de la libertad condicional una vez que se está ejecutando la pena, se requiere preceptivamente un pronóstico favorable de reinserción social, y ahí, de nuevo, puede tener importancia la realización de actividades mediadoras, o su intento por parte del condenado, ya que en el marco de ese pronóstico favorable, se contempla la reparación del perjuicio (Art. 91 del Código Penal) o el intento de acercamiento del culpable, aspecto que en la práctica se manifiesta en muchas ocasiones de forma determinante la existencia o no de actividades de mediación. Recordemos, además, que el párr. 2º de dicho precepto, permite adelantar y conceder la libertad condicional, una vez extinguida la mitad de la condena, cuando el penado acredite, además de otras circunstancias, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas.

Incluso, el Art. 25 de la Ley de 18 de julio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero, para el ejercicio de la gracia de indulto permiten valorar el parecer de los perjudicados por el delito, aspecto que, sin duda, habrá aflorado si ha existido un proceso previo de mediación.

2.-* Mediación en el ámbito de la Ley Orgánica 1/2004:

La Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004, se refiere de forma expresa a la mediación penal, aunque en un sentido negativo, al prohibirla en las infracciones que contempla. Esta prohibición queda plasmada en el Art. 44 de dicha Ley el cual regula las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal, este artículo hace un listado sobre todos los supuestos en los que conocerán de este tipo de litigios y en su apartado quinto establece que *“en todos estos casos está vedada la mediación.”*

El concepto de violencia de género, comprende todo acto de violencia **física** y **psicológica** (incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad) que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, con o sin convivencia. Este tipo de violencia es la expresión más grave de la discriminación, comprende la mayor muestra de **desigualdad** entre los hombres y las mujeres. Art1 L.O. 1/2004.

Existen estudios¹¹² que intentan introducir la técnica de la mediación en los casos de violencia de género pese a la prohibición establecida en ley.

A esta prohibición ya hemos hecho referencia, en cuanto a que, la mediación se basa en el **principio de igualdad** de las partes y en los casos de violencia machista es el hombre quién se cree que ostenta una superioridad por el simple hecho de ser hombre, por lo tanto, las negociaciones no van a poder ser posibles, porque se rompe con el principio base. No puede existir mediación cuando hay violencia de por medio, es una prohibición absoluta. La mediación¹¹³ es una negociación entre partes iguales y esa igualdad tiene que ser previa al proceso de mediación, no tiene que venir impuesta por el proceso. Cuando una mujer es maltratada por su pareja y decide romper esa situación, este mecanismo no es una técnica adecuada, ya que, el hombre de esa pareja está cometiendo un delito recogido en los Art. 153 y 173.2 del Código Penal, aparte la mujer, no se encuentra en una situación psicológica normal, se siente impotente débil e incluso culpable de la situación. En estos casos es la jurisdicción penal la que tiene que actuar castigando al hombre maltratador y protegiendo a la víctima de nuevas posibles agresiones.

¹¹² *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 111-2006. Pág. 633 la Escuela Judicial determina que la mediación es “*también el más eficaz preventivo contra la violencia de género*”.

¹¹³ En este sentido se puede completar este epígrafe con el artículo de María Luisa García Torres. *La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares*. La Ley Penal, N° 73, Sección Estudios, Julio 2010, Editorial LA LEY

En este sentido, cuando la mujer interpone una denuncia por violencia de género, en la mayoría de las ocasiones va a estar acompañada de una orden de alejamiento¹¹⁴ para protegerla de su agresor. El problema que existe, es que, es la primera vez que el derecho se introduce en la vida privada de las personas, y es muy difícil tratar todos los casos de una manera uniforme, porque cada caso va a ser diferente y va a tener unas peculiaridades y un contexto distinto. Con esto quiero llegar a que, algunas mujeres que interponen esa denuncia, con la consecuente medida de protección, después se arrepienten, ya que la interposición de la denuncia fue consecuencia del miedo, pero el problema es que la mujer tiene unos sentimientos contradictorios frente a su agresor de miedo y de amor al mismo tiempo, cuando pasa ese miedo, es cuando generalmente se busca una reconciliación por la dependencia generada.

Todo esto viene a colación porque existen algunas teorías que pretenden introducir la mediación, no en el proceso judicial de violencia de género, que ya hemos apuntado que está totalmente prohibida, sino en la gestión de la orden de alejamiento. Esto lo afirma Carlos Alberto Pérez Ginés, Secretario Judicial en su artículo “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)”¹¹⁵ que dice literalmente: *“la mediación puede proporcionar los instrumentos eficaces para enseñar, educar, todo esto desde el control extrajudicial de lo que representa la Orden de Protección, y dar el tratamiento adecuado para confirmar la voluntariedad de la decisión de la víctima y su pareja, lejos de la incomodidad o indiscreción de los Juzgados, máxime cuando hay que ser conscientes de que no por ser especializados los Juzgados de Violencia contra la mujer ni los Juzgados de Instrucción, ni tan siquiera los Juzgados de Familia, están acondicionados o adaptados como para tratar con sensibilidad este problema, aunado a esto el hecho de que, para los funcionarios, su presencia en los Juzgados solo constituye un día a día de trabajo y que no tienen la preparación adecuada en esta materia”* .

¹¹⁴ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

¹¹⁵ Carlos Alberto Pérez Ginés. La Ley Penal, Nº 71, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo 2010, Editorial LA LEY. “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento”.

Esta afirmación es muy interesante porque hasta el momento, en nada que tuviera que ver con la violencia hacia la mujer se podía introducir la mediación como técnica de resolución de conflictos, pero en este caso, una vez dictada la sentencia condenatoria al maltratador con su pertinente orden de alejamiento, y en el momento en que sea la víctima quién incumpla esa orden, puede ser conveniente (igual que sucede en los casos de los menores infractores) una negociación extrajudicial para llegar a un acuerdo que evite el incumplimiento continuado de la víctima. Esta mediación tendría un objetivo socioeducativo.

Así es también como lo manifiesta Carlos Alberto Pérez Ginés afirmando que *“hay que tener en cuenta que, en el aspecto psicológico y social, quienes se involucran en este tipo de violencia¹¹⁶, ya sea la víctima o el autor, padecen un daño moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos cuantitativos y también pecuniarios, por lo que se hace manifiesta la necesidad de afrontarlo desde una **perspectiva multidisciplinar**, que sí se podría cumplir acudiendo a la **Mediación Penal**, a través de la actuación conjunta y ordenada de profesionales ajenos al aspecto jurídico, de la adopción de medidas en el ámbito de «la educación» aunadas a programas de acción social.”*

Para que esto pueda suceder se tiene que confirmar a través de diferentes profesionales, como pueden ser psicólogos y educadores, que esta mediación es beneficiosa tanto para la víctima como para el maltratador además de asegurar y fomentar que se restablezca una situación de **igualdad** entre las partes. Es una forma de erradicar la violencia a través del principio de igualdad con un objetivo psico-educativo¹¹⁷. Volvemos a ver aquí a través de la mediación y del principio de igualdad el objetivo de la Justicia restaurativa. A parte también se podrían solucionar los problemas de incumplimiento que está ocasionando la orden de alejamiento en los casos de violencia doméstica.

¹¹⁶ Se refiere a la violencia de género o violencia machista.

¹¹⁷ Al igual que sucede en la mediación penal de menores. Los menores parten de una situación desigual simplemente por el hecho de serlo, aunque haya cometido un delito y a través de la mediación como resolución extrajudicial de un conflicto aparte de resarcir el daño se puede reinsertar en la sociedad.

3.- *Mediación en LORPM¹¹⁸:

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, que en su exposición de motivos hace hincapié en que la finalidad de la misma es la reeducación del menor, olvidándose de la función preventiva general, atribuye a la víctima, bajo el prisma del principio de oportunidad, una posición protagonista. Por el ámbito que regula y la finalidad referida, la ley se rige por principios de Justicia reparadora. Por ello, en todos aquellos casos que resulte viable (esta posibilidad llega incluso hasta el ámbito de la ejecución) se busca potenciar la conciliación con la víctima y, en su defecto, el compromiso de reparar el daño causado directa o indirectamente. La idea de que estamos frente a un Derecho penal distinto cobra aquí toda su amplitud, como recoge la Exposición de Motivos.

Sobre estas premisas, en el art. 19 se recoge la reparación del daño a la víctima, no siendo tan importante la restitución patrimonial como la psicológica, que se manifiesta por el arrepentimiento del menor, sujeto activo del tipo. Ofreciendo en la inmensa mayoría de los casos gran disponibilidad de la acción penal por parte del agraviado y del Fiscal de Menores para el sobreseimiento del expediente.

Como hemos reflejado en esta exposición, la legislación penal para menores y para no menores, es muy diferente, pero en ambos ámbitos la mediación cobra un papel relevante, aunque con muy diferentes consecuencias que pueden ir desde el sobreseimiento del expediente en “menores” por el simple arrepentimiento del menor, si muestra su aquiescencia la parte agraviada, hasta la apreciación de una atenuante genérica del Art. 21.5 del C.P que haría que la pena se impusiera en su mitad inferior. Así mismo, como acabamos de decir anteriormente, la satisfacción de la responsabilidad civil en el ámbito de la Ley 5/2000 se puede ver subyugada al simple arrepentimiento del menor, aspecto que de ninguna manera aparece en el Código Penal siendo aquí de nuevo fundamental los influjos del principio de oportunidad, ya que la inmensa mayoría de los casos en los que los menores delinquen, la reparación económica del daño no proviene de su patrimonio, sino del de sus representantes legales.

¹¹⁸ Más adelante se hará una especial referencia a la mediación en materia de menores incidiendo en los preceptos claves de esta ley y del reglamento elaborado para su desarrollo.

7. MEDIACIÓN PENAL EN MATERIA DE MENORES

En este apartado haremos referencia al tema de la mediación en menores, sobre este tema, hemos pincelado anteriormente algunas ideas a lo largo de este estudio. En el ámbito de la responsabilidad penal de los menores el tema de la mediación está teniendo mayor eficacia que en otros ámbitos y la puesta en práctica es real.

El derecho penal se califica como un derecho subsidiario, su fin es la protección de los bienes jurídicos de las personas. Hasta ahora el derecho penal estaba basado en la teoría de la justicia retributiva, muy unida a la teoría de la pena, que sostiene que el castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable al delito o crimen, independientemente de que este castigo produzca o no beneficios tangibles.

La evolución del derecho penal hace que esta forma de justicia se humanice hacia una **justicia restauradora**, es decir que en vez de recompensar a través del castigo, restaurar la paz social que se ha lesionado por culpa de un hecho sancionable. La aspiración es que el derecho penal tenga una finalidad principalmente resocializadora y exenta de las consecuencias indeseadas de algunos castigos o penas. Esta finalidad y aspiración ha encontrado en el ámbito de los menores su mejor forma de expresión. Es más fácil recuperar a una persona joven que a un adulto.

De los avances más significativos en este sentido, es el de introducir ante determinados conflictos componentes socioeducativos, sobre todo cuando hay menores implicados, por ello también se recurre con más frecuencia a la mediación extrajudicial.

Estos programas de mediación, conciliación y reparación están más relacionados con otras ramas, como la Psicología, la Criminología, la Sociología o la Educación que con el derecho en general. No es un intrusismo de materias sino que hay que nutrirse de otras ramas para conseguir el fin de la resocialización. Al igual que se prevé en el tratamiento penitenciario, en el cual que está implantando también esta forma de Justicia, hay que hacer del menor delincuente una mejor persona.

No estamos hablando de sustituir el derecho penal sino de verlo desde otras disciplinas ajenas a los planteamientos que propugna el derecho penal con sus

principios de culpabilidad y responsabilidad. Sin olvidar que la mediación no puede ir más allá de procurar resultados positivos y que jueces y tribunales no se pueden meter en el terreno de la mediación.

Los procesos judiciales en los que intervienen los menores como protagonistas tienen que ser rápidos y transparentes teniendo como base los principales valores del proceso penal en general. La primera vez que se hizo un tratamiento especializado para los menores fue en Estados Unidos en 1899, con la creación del Chicago Juvenile Court, que fue el primer tribunal dedicado en exclusiva al enjuiciamiento de jóvenes delincuentes. A partir de este momento, el tratamiento por separado de las cuestiones relativas a menores fue ganando terreno en diferentes países como fueron: Holanda en 1905, Reino Unido en 1908, Francia y Bélgica en 1912.

Esto fue muy beneficioso a la hora de dar un tratamiento más especializado y buscar nuevas opciones a la forma tradicional de resolver los delitos, por ello en ésta línea procesal hay cada vez más técnicas alternativas a la judicialización para aquellos jóvenes infractores que reconocen su participación en un delito o en una falta menos grave. Alternativas que se materializan en programas de mediación reparadora y conciliadora que proponen que el delincuente pese al hecho realizado se vuelva a insertarse en la comunidad. Para que esto pueda suceder ese infractor debe tener una respuesta y una solución especializada y acorde con las circunstancias del hecho y por ello es aconsejable que toda la comunidad judicial se mentalice en el beneficio social de estas soluciones extrajudiciales y que los jueces y tribunales tengan presentes éstas alternativas para que ante diferentes situaciones puedan reaccionar con un amplio abanico de posibilidades.

Hay que tener en cuenta los sujetos activos son menores y por ello van a presentar muchas similitudes entre ellos, elaborar un derecho alternativo es posible pero sería más complicado extrapolarlo según esta planteado al derecho de adultos.

Uno de los estudios sobre la delincuencia entre los jóvenes es el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *“La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor*

en la Unión Europea”¹¹⁹ de 15 de Marzo de 2006, en él se afirma que “*las estrategias preventivas y de intervención deben estar encaminadas a socializar e integrar a todos los menores y jóvenes, principalmente a través de la familia, la comunidad, el grupo de iguales, la escuela, la formación profesional y el mercado de trabajo*” establece también que las respuestas judiciales deben basarse en “*los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, juicio con todas las garantías, respeto a la vida privada proporcionalidad y flexibilidad*” teniendo siempre como base la inspiración del interés superior del menor.

El objetivo es ir avanzando hacia un modelo diferente, que tenga en cuenta lo anterior y lo nuevo, es decir, que tenga como referencia la protección que era el modelo de principios del siglo XX y que pase por un sistema “*educativo o de bienestar*” compatible con el sistema penal que tenga medidas específicas para “*educar con responsabilidad*”

Este dictamen sigue la línea de la justicia restaurativa, que se intenta implantar en el nuevo sistema de derecho penal y lo hace describiendo de manera perfecta el objetivo que se quiere conseguir:

“Frente al concepto de justicia retributiva (pagar por el daño causado) ha emergido una concepción restaurativa o reparadora de la justicia (restaurativa justicia) nacida con el movimiento político-criminal a favor de la víctima (victimología) y la recuperación en el papel de ésta en el proceso penal. La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva. La justicia restaurativa intenta proteger tanto el interés de la víctima (el ofensor debe reconocer el daño ocasionado a ésta y debe intentar repararlo) cuanto el de la comunidad (dirigido al lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal) y del imputado (no entrara en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales).”

¹¹⁹ http://www.oijj.org/documental_ficha.php?rel=SI&cod=1147&pags=0

Este dictamen enfatiza los beneficios de la aplicación de la justicia reparadora como medio educativo que estimula la reflexión del menor al verse enfrentado directamente con la víctima. Es una apuesta hacia nuevos modelos de justicia juvenil que se está implantando en los Estados miembros de la Unión Europea, modelos denominados de “responsabilidad” combinado y compatible con el de la justicia restauradora. También se siente la necesidad de realizar estudios cuantitativos u cualitativos para ver la evolución de este sistema y crear un observatorio europeo de delincuencia juvenil para que se imponga de manera uniforme en todo el territorio europeo.

7.1 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO REFERENTE EN LA MEDIACION DE MENORES.

Hay que hacer una especial referencia al principio de oportunidad para entender de forma más clara y precisa el contenido y la finalidad de la Ley que regula la responsabilidad penal de los menores, Ley 5/2000.

Todo el ordenamiento jurídico español se basa, entre otros, en el principio de legalidad. Al hablar de este principio se suele traer a colación el art. 25.1 de la CE, que señala que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan falta, delito o infracción administrativa.

El Tribunal Constitucional¹²⁰ describe este principio como *“el derecho de toda persona a no ser condenado a una pena privativa de libertad, que no se encuentre prevista en una norma con rango de Ley Orgánica, anterior a la comisión del hecho punible o, en su caso, posterior, pero más favorable y que reúna la predeterminación suficiente de la conducta ilícita y de la sanción aplicable para poder ser conocida por su autor”*. Es la obligación de que la Ley atribuya la potestad sancionadora a los

¹²⁰ *Los principios de legalidad y non bis in idem en la doctrina del Tribunal Constitucional .Por Vicente Gimeno Sendra. Catedrático de Derecho Procesal de la UNED. Diario La Ley, Nº 6735, Sección Doctrina, 14 Jun. 2007, Año XXVIII, Ref. D-139, Editorial LA LEY*

órganos judiciales, en cuanto a que esta potestad ha de ejercerse siguiendo un procedimiento y bajo los principios prefijados en las normas¹²¹.

Este principio es contradictorio con el principio de oportunidad y con la búsqueda de la justicia restaurativa. El principio de oportunidad va a ser clave en la ley de responsabilidad del menor, rige en todas las fases del procedimiento, al contrario de lo dispuesto hasta ahora, ya que era el principio de legalidad el que regia todo el ordenamiento procesal. El legislador en ésta ley ha realizado una gran apuesta hacia el principio de oportunidad, con la pretensión de que este principio pueda ser extendido hacia la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no como un principio de aplicación subsidiaria en defecto del de legalidad, sino como una aplicación principal en todo el ordenamiento. Esto es una apuesta no que también en Europa se está implantando poco a poco, puesto que este principio tiene escasa aplicación en países no anglosajones.

Cuando hablamos del principio de oportunidad con carácter general tenemos que diferenciar sus dos vertientes¹²², podemos hablar de una **oportunidad “libre”** que es la que rige en países como Estados Unidos, este tipo significa que ante un juicio penal, las partes realizan un acuerdo previo entre acusación y defensa sobre una reducción de la pena. Este acuerdo se basa en una confesión ante el Juez o Tribunal que emite sentencia sin continuar el juicio contradictorio.

La otra vertiente es la **oportunidad “reglada”** que es la que se va asentando en los sistemas continentales europeos de forma paulatina, ya que en estos sistemas el eje central de cada ordenamiento jurídico es el principio de legalidad. Que en nuestro sistema se trate de una oportunidad reglada significa que sólo se puede acudir a ésta fórmula cuando el imputado cumple determinadas prestaciones, es decir, el sistema no está a disposición plena de las partes, para optar a una justicia no retributiva el imputado

¹²¹ La Ley de responsabilidad penal del menor LO 5/2000 regula el principio de legalidad en el Art. 43 *Principio de legalidad: 1.* No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. *2.* Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.

¹²² En este sentido es muy interesante leer el artículo: “*El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*”. Por Soraya Callejo Carrión. Abogada y doctoranda en Derecho. Diario La Ley, Nº 6366, Sección Doctrina, 24 Nov. 2005, Ref. D-273, Editorial LA LEY

debe reconocer que ha cometido un hecho delictivo y su intención de repararlo o compensarlo. En consecuencia de ello nosotros vamos a tratar la oportunidad reglada.

El Prof. Gimeno Sendra¹²³, argumenta “*que estos dos principios nos indican en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal o, lo que es lo mismo, cuándo y cómo debe incoarse y finalizar. Un sistema procesal está regido por el principio de legalidad cuando el proceso penal debe necesariamente iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor. Por el contrario, un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos en la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento, e incluso una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal y aun cuando concurran los presupuestos de la apertura del juicio oral.*”

Con este principio lo que se pretende conseguir es una mayor efectividad en el proceso, tiene multitud de ventajas para las partes implicadas. Algunas de estas ventajas han sido puestas de manifiesto por parte de la doctrina como son:

- La escasa lesión social que produce la comisión de determinados delitos.
- El beneficio que obtiene la víctima por la rapidez en la reparación del daño.
- La desaparición de los efectos perjudiciales para el reo, de las penas cortas de privación de libertad.
- Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.
- La mejora de la eficacia de la propia Administración de Justicia, el recorte de gastos y recursos económicos y la descongestión de los tribunales de Justicia.

¹²³ Vicente Gimeno Sendra, , VÍCTOR MORENO CATENA, y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho procesal Penal*, 2.^a edición, 1997, Colex, págs. 64 a 67

Siempre que algo es novedoso y se intenta implantar en la sociedad, surgen detractores desde un principio. Este caso no iba a ser una excepción, por lo tanto, existen varios argumentos en contra de este principio, y además argumentos que contradicen la base de este trabajo de investigación, ya que establecen, que el principio de oportunidad puede lesionar el principio de igualdad (con el que partimos como base de la mediación en todos los ámbitos). Los argumentos en este sentido son que ante un supuesto de hecho parecido, el fiscal o el juez puede provocar que la respuesta al delito fuera distinta todos los imputados. Puede que haya fiscales que crean en el poder de la mediación y ante un determinado delito no abra el proceso penal, por razones de oportunidad y que otro fiscal diferente ante un caso parecido sí que abra proceso penal, por lo tanto la consecuencia jurídica para casos similares va a ser muy diferente. Se cree que en este sentido debería ser la Administración de Justicia la que decidiera que es o no lo justo, y no que se basara en los criterios del fiscal de turno.

En mi opinión, si que se puede ver una lesión al principio de igualdad, pero si los juristas tuvieran una mayor formación tanto en el ámbito del principio de oportunidad como en la mediación y sus efectos beneficiosos, no se vería esta nueva forma de resolver los conflictos tan subjetiva ni que lesionara el principio de igualdad. Claro que también para esto hace falta una regulación uniforme en todo el territorio de los casos en los que se puede resolver el conflicto a través de la mediación teniendo en cuenta el fin que se puede perseguir.

El principio de oportunidad va a ser muy adecuado para los tiempos que estamos viviendo. La forma de Justicia clásica ha quedado obsoleta en determinados ámbitos, como por poner un ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción de los menores, esa forma de justicia era un fracaso absoluto no sólo para los menores sino para la sociedad en su conjunto, que como consecuencia de ello dejaba de creer en la justicia.

Se trata de ir adaptando este principio a nuestro ordenamiento pudiéndolo compatibilizar con el principio de legalidad, garantizando todas las garantías y los derechos tanto a los imputados como a las víctimas. Teniendo claro los fines que se pretenden conseguir en cada caso. En este sentido, mi opinión es que es beneficiosa la personalización del proceso ante casos concretos, como es el caso de los menores, ya que tiene que haber una protección especial para ellos igual que en los casos de la violencia de género o de violencia doméstica, porque en estos supuestos mirar el caso a

caso es muy importante para dar una respuesta legal justa y que se adapte a las circunstancias.

7.2. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

La responsabilidad penal de los menores de edad que cometen hechos constitutivos de delitos o faltas se encuentra regulada en la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* como ya hemos apuntado en el ámbito de la legislación en mediación penal. Esta ley se desarrolla de manera extensa por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El antecedente a esto lo podemos encontrar en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores¹²⁴. A partir de esta Ley se comenzó a hablar en España del término alternativas, para referirse a todas aquellas sanciones que los jueces pueden dictar y que son distintas a las de internamiento. Se establecía ya, la posibilidad de que el juez de menores de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del abogado, pudiera decidir el archivo de las actuaciones o la suspensión del fallo, con el requisito de que el menor lleve a cabo una reparación extrajudicial o se comprometa a ello, siempre y cuando los perjudicados estén de acuerdo. La técnica de mediación que reflejaba esta ley suponía una alternativa que se daba en dos sentidos:

- En primer lugar, porque con la reparación a la víctima o con la conciliación de las partes se obtiene beneficios claros:
 - El autor puede continuar la continuación del proceso judicial, o el sometimiento a una sanción judicial.
 - La víctima se ve resarcida de los daños sufridos, ya sean materiales o morales.

¹²⁴ Vigente hasta el 13 de enero de 2001.

- En segundo lugar, la mediación constituye un modelo alternativo de reacción frente a un delito, ya que no piensa sólo en la reacción frente al autor del hecho delictivo sino que se centra en buscar la resolución del conflicto, para restablecer las condiciones que permitan la convivencia en paz de los protagonistas del conflicto.

En consecuencia podemos decir que esta ley proporcionó una base legal para el desarrollo de programas de mediación y reparación, fue la impulsora de la mediación en materia de menores dentro de nuestro derecho penal que hizo se emprendieran nuevos caminos hacia la nueva justicia juvenil en España.

La necesidad de una reforma urgente en materia de menores hizo que se promulgara la Ley 5/2000 dando una nueva visión a la legislación de los jóvenes delincuentes.

En el ámbito personal el Código Penal fija la mayoría de edad en los dieciocho años en el Art. 19 y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente.¹²⁵

Esta normativa va completamente al hilo de lo expuesto en este trabajo en relación con la justicia restaurativa ya que establece un procedimiento sancionador-educativo, así lo indica en la Exposición de motivos *“ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y*

¹²⁵ Ley 5/2000 de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. Exposición de motivos.

Párrafo I 4º

protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.”

Lo peculiar de esta ley es la importancia que se le da a los temas de la reparación del daño causado y a la conciliación del delincuente con la víctima. Busca el principio de intervención mínima a través de la participación de la figura de la mediación, en este caso del equipo de mediación para dar lugar a una forma diferente de resolución basada claramente en criterios educativos y resocializadores. Describe el objeto de la conciliación como: “que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse”

En esta ley el artículo más importante en relación con materia que nos ocupa, es el artículo diecinueve, que hace referencia al sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima:

Se abren diferentes vías a través del **principio de oportunidad** que permite concluir las actuaciones, es decir, desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad de los hechos y a las circunstancias del menor, siempre y cuando éste se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Art.19.1.

Art. 19. 2 *“se entenderá producida la conciliación cuando el menor **reconozca el daño causado** y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.”*

El apartado tres de este mismo artículo establece que será un equipo de mediación el que desarrolle este proceso de conciliación¹²⁶. El informe que debe realizar este equipo técnico para poder lograr el desistimiento del proceso se regula en el Art. 27 de la presente Ley, en este informe se redactarán las actuaciones llevadas a cabo con anterioridad, si el menor necesita medidas socioeducativas adicionales, si es necesario para la reparación del daño que realice actividades de conciliación o si, es conveniente o no la continuación de la tramitación del expediente, siempre en interés del menor.

A tenor de este artículo 19 vemos que es el menor el protagonista del proceso. Es el que decide si optar por la vía de la mediación o seguir el procedimiento, tiene un poder dispositivo frente al conflicto. Esto también se refleja en la fase de audiencia donde el menor tiene que declararse autor de los hechos y mostrar conformidad o no con los acuerdos de conformidad adoptados según rige en el Art. 36 *“El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden 2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.”*

La regulación sobre este tema es muy clara, busca un sistema que sirva como modelo de educación en libertad, no represiva y que a la vez sea humana y eficaz. Con este sistema los menores sienten mayor confianza en ellos mismos y además se respetan sus vínculos sociales y afectivos, lo cual es muy importante para su resocialización. El objetivo ya no para los juristas, sino para los educadores y psicólogos, es atender y

¹²⁶ La formación y composición de este equipo de mediación se regula en el Art. 4 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

compensar las carencias educativas y sociales del menor que le han llevado a realizar los hechos en conflicto, y además hacer esto en el propio entorno del menor. Es la búsqueda de “otra respuesta” a un hecho delictivo.

Ante esto me parece digna de mención la actuación que está llevando a cabo el Magistrado Juez del juzgado de Menores de Granada, Emilio Calatayud, dictando sentencias ejemplares en esta materia, es un gran exponente de la “justicia educativa” y de reinserción de menores en la sociedad, una sentencia en este sentido es la Sentencia de 18 Nov. 2003, rec. 572/2002, del juzgado de menores de Granada cuyo fallo es que los menores procesados realicen medidas de reparación del daño a través de un servicio a la comunidad que en este caso es la realización de un programa de 200 horas a desarrollar en el servicio de inmigrantes de Cruz Roja.

Las medidas adoptadas son especializadas y centradas en el entorno del menor y en sus circunstancias, por ejemplo la adopción de la medida de la obligación de sacar el graduado escolar recogida en el art. 7.1 de la LO 5/2000, no piensa en el menor delincuente sino en una víctima de un sistema social que fracasa casi tanto como progresa.

7.3. REAL DECRETO 1774/2004, DE 30 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

A continuación vamos a desarrollar la normativa que contiene el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La Ley Orgánica 5/2000 en su exposición de motivos prevé una regulación más extensa sobre algunos aspectos, lo que se pretende es concretar determinadas medidas que se contienen en la ley pero que quedan un poco en el aire, como puede ser la periodicidad con la que se remitirá al juez los informes sobre las medidas adoptadas para los menores, las incidencias de estas medidas, permisos, el régimen disciplinario...

Este reglamento se elabora fundamentalmente para desarrollar tres materias principalmente:

- La actuación de la policía judicial y del equipo técnico que trataran con el menor
- La ejecución de medidas cautelares y definitivas
- El régimen disciplinario de los centros.

A nosotros principalmente nos interesan la ejecución de medidas cautelares que es ahí donde entra la mediación y la actuación del equipo técnico en esa mediación.

El Art. 4 del presente reglamento regula la actuación del equipo técnico. Ha de estar formado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales que asistirán técnicamente, cada uno dentro de su ámbito profesional, al juez de menores y al Ministerio Fiscal a través de informes y propuestas. En realidad son ellos los que conociendo la situación personal del menor los que tienen que proponer que ante un hecho delictivo cometido por un menor la solución se lleve a cabo a través de medios extrajudiciales, como es la mediación, en los casos que consideren oportunos a la vista de las circunstancias concretas y si para ello necesitan la incorporación de otros profesionales podrán solicitarla cuando las necesidades planteadas lo requieran.

La forma de llevar a cabo la solución extrajudicial se regula en el Art. 5, este artículo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000 establece como se desarrolla esta alternativa al procedimiento penal. Va a ser el Ministerio Fiscal quien a la vista de las circunstancias proponga la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, y solicitará del equipo técnico *“un informe sobre la conveniencia de adoptar la solución más adecuada en interés del menor y de la víctima”*.¹²⁷

¹²⁷ Art.5.1.a R.D. 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Después de elaborar este informe se solicitara la presencia del menor para que dé o no conformidad a la posibilidad de la solución extrajudicial. Es decir este proceso se lleva a cabo de la manera que hemos estado contando anteriormente a la hora de hablar del proceso de mediación. En este caso se le plantea al menor la posibilidad de la mediación o de la continuación ordinaria del proceso. El equipo técnico de mediación se tendrá que poner en contacto con la víctima para que apruebe esta forma alternativa de resolución. Si es conforme a la mediación, el equipo técnico solicitará un encuentro entre el menor y la víctima para concretar los acuerdos de conciliación o reparación (también se puede llevar a cabo sin encuentro, si la víctima lo solicitara, por cualquier medio que permita dejar constancia de los acuerdos).

Este procedimiento prevé que si no fuese posible la reparación directa o social del daño causado se presentará al menor la posibilidad de realizar tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Una vez aprobada la actividad reparadora previo consentimiento del Ministerio Fiscal y del letrado del menor se procederá al desistimiento del expediente para poder dar la solución extrajudicial más adecuada.

Todas estas actuaciones tienen que estar informadas por unos principios inspiradores que se reflejan a lo largo del articulado de este reglamento. Están recogidos en el Art.6 y son los siguientes:

- a) El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.*
- b) El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.*
- c) La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.*
- d) La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.*
- e) La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.*
- f) La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo en la ejecución de las medidas se utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario.*

g) El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.

h) El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.

i) La confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen.

j) La coordinación de actuaciones y la colaboración con los demás organismos de la propia o de diferente Administración, que intervengan con menores y jóvenes, especialmente con los que tengan competencias en materia de educación y sanidad.

Estos principios como vemos son muy diferentes a los que inspiran la responsabilidad penal en los adultos. Esta adaptados para conseguir la resocialización y la adaptación del menor de nuevo a la realidad social.

La normativa que contiene este reglamento en materia de mediación de menores está siendo muy efectiva. Cada vez son más los que recomiendan la mediación en el caso de menores delincuentes por sus beneficios para las partes y para la sociedad en su conjunto.

CONCLUSIONES

1. La búsqueda de la igualdad fue el preludio del estado moderno. Desde siempre habían existido desigualdades inherentes al ser humano, se discriminaba a ciertos colectivos por razón de su sexo, por sus creencias religiosas, por su color de piel, por su estatus social..., había multitud de formas de discriminación que hacían que las personas fueran diferentes. Esto comenzó a cambiar con la Revolución Francesa. Se fijó la igualdad como un objetivo a conseguir para vivir en una sociedad más pacífica. Esta igualdad no podía ser absoluta, era la igualdad de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así pues, partimos de esta forma de igualdad para establecer unas relaciones igualitarias entre las personas que forman parte de una sociedad y esto es así, porque este modo de relacionarse, genera beneficios para todos. Este es el objetivo del presente estudio demostrar que a través de la igualdad se pueden resolver los conflictos de forma pacífica y disminuyendo el sufrimiento que puedan provocar.
2. La sociedad actual en la que vivimos ha evolucionado bastante hacia la igualdad, pero hoy día siguen existiendo discriminaciones, quizá no tan evidentes como antes pero si tan importantes, se sigue discriminando a la mujer en muchos ámbitos de la vida social, sigue sin haber una libertad religiosa plena, sigue importando el estatus social de las personas. Lo que no va a cambiar es que se sigan produciendo conflicto entre las personas, porque estos conflictos también son una forma de evolución de las sociedades. Hay que cambiar la forma de resolverlos, por ello la técnica de la mediación, se hace imprescindible en el momento actual en el que vivimos. Contamos con un sistema de resolución de conflictos basado en la controversia y en el derecho y esto debe cambiar. Por ello establecer relaciones igualitarias entre las personas es básico para optar a esta nuevo método de resolución de conflictos.
3. La mediación como hemos visto es una técnica alternativa la resolución de conflictos que sirve en muchos ámbitos diferentes. Para llegar a ella hemos observado que las partes tienen que tener como base **la igualdad**, sino no, no es posible acudir a la mediación como forma de resolución de conflictos, ninguna de las partes, ha de sentirse en posición de superioridad respecto de la otra. El problema

que encontramos después de realizar este estudio es que todavía esta técnica y sus beneficios no son conocidas por la sociedad. En general, en la teoría, se conoce la existencia de técnicas extrajudiciales para resolver las controversias que puedan surgir, pero en la práctica los ciudadanos no acuden a ellas. Se sigue dando prioridad a que una tercera persona ajena a ese problema imponga una solución justa y objetiva para las partes, aunque esto en muchas ocasiones esté basado en la idea de venganza y de la existencia de un ganador y de un perdedor.

4. No sólo son los ciudadanos los que se muestran reticentes a utilizar esta técnica, sino que también los profesionales del derecho encuentran ciertos inconvenientes a la hora de acudir a ella ya que difiere un poco del procedimiento clásico. Para esto es conveniente dar una formación especializada a estos profesionales, cursos, postgrados, convenciones... para demostrar que en muchos conflictos esta técnica es la más beneficiosa para las partes, para la sociedad en su conjunto y para el sistema judicial. Son estos profesionales quienes tienen que distinguir si un conflicto ha de ser resuelto de la forma tradicional o si se puede resolver de forma alternativa y dándole todo protagonismo a las partes para que ellas mismas sean capaces de resolver ese problema y llegar a un acuerdo.
5. La mediación no sólo puede ser utilizada en la fase prejudicial, que es lo que piensa la gran mayoría sino, que ya que los abogados en muchas ocasiones se muestran reticentes a aplicarla, hay que confiar en que poco a poco sea promovida también desde la propia sede judicial, es decir que el juez, el secretario o el fiscal sean los que soliciten la mediación como solución al conflicto que se les presenta. Por lo tanto deberían elaborarse protocolos de actuación que establezcan ante qué casos es necesaria la mediación en el proceso judicial.
6. Esta falta de conocimiento por parte de los ciudadanos de esta técnica y la reticencia de los profesionales para aplicarla, puede ser resuelta a través de prácticas publicitarias, que ya se están llevando a cabo de forma descentralizada por parte de las comunidades Autónomas. La publicidad debe estar más centralizada, se conocen perfectamente los beneficios que genera, por lo tanto debe haber una apuesta general por parte del Estado, para implantarla “casi” de forma obligatoria en el proceso, y digo casi, porque uno de los principios informadores de la mediación es la

voluntariedad de las partes para acudir a ella. Si se impone perdería la esencia de lo que es, pero en determinados procesos, como en el caso de los menores delincuentes debe ser obligatorio que a priori se opte por esta técnica y que sea la víctima quién decida si solucionar el problema a través de la mediación o a través del proceso judicial.

7. El sistema judicial se ve beneficiado a través de la mediación, uno de los grandes problemas del proceso judicial es la congestión de los tribunales de justicia, el crecimiento que están sufriendo los litigios en las sociedades más modernas y avanzadas no puede ser asumido solamente por la forma tradicional del procedimiento contencioso. Esta fórmula hace que las partes sean capaces de llegar a acuerdos previos sin necesidad de introducirse en el proceso. Los acuerdos alcanzados tienen que ser ratificados por los jueces porque evitan todo el sistema de plazos y se llega a acuerdos más acordes al contexto y a las circunstancias personales de las partes confrontadas. Por lo tanto es el Ministerio de Justicia quién debería impulsar estos métodos alternativos para conseguir una mayor eficacia de la Justicia.

8. En la **mediación civil** los beneficios son muy evidentes, sobre todo en el derecho de familia, en cuanto a los procesos de ruptura de pareja. Se ha observado que la ruptura de forma consensuada está en auge y que es muy fructífera, ya que generalmente, las partes confrontadas van a tener que seguir teniendo una relación en el futuro, ya sea por los hijos en común o por los bienes comunes. Los juzgados están observando con mayor frecuencia que tanto para las separaciones como para los divorcios, el consenso entre las partes es cada vez más frecuente. Es un cambio en la forma de acabar una relación, estos procesos son muy dolorosos para ambas partes por lo tanto si se hace de forma pacífica y realista intentando dejar de lado los sentimientos y buscar el beneficio para todos, el sufrimiento es menor. Esto lo vemos a través de las gráficas contenidas en el Anexo I, como observamos por medio de ellas, los divorcios y separación consensuadas han ganado en número a los no consensuados o a las separaciones contenciosas. La primera gráfica se refiere al número de nulidades, separaciones y divorcios desde el año 2007, divididos en tres trimestres, hasta el año 2010. La segunda gráfica muestra lo mismo, pero en ella se

ve de forma más clara y concisa que el número de ruptura de forma pacífica ha crecido notoriamente.

9. No sólo la mediación civil está dando sus frutos en el derecho de familia, también lo da en otras ramas del derecho civil, como en los casos de conflictos en propiedad horizontal, en conflictos con elementos internacionales, en sociedades familiares... La legislación y quién la aplica ha de abrir la mente hacia la mediación, tenerla presente para elegir que método de resolución de conflicto es más adecuado para una resolución justa e igualitaria.

10. La **mediación penal** está cobrando también mucho protagonismo en nuestra sociedad, se ha introducido sobre todo en el ámbito de menores. Se consigue por lo tanto cambiar la idea de **Justicia retributiva** la de, “quien la hace la paga”, que se tenía anteriormente, por una **Justicia restaurativa** o restauradora. En este ámbito es muy importante la mediación, porque se cambia el objetivo de la justicia ya no es compensar sino restablecer la situación, en la medida de lo posible y “educar” al delincuente para que no vuelva a actuar de tal manera. El objetivo vuelve a ser el buscar la paz social. En este ámbito queda mucho por hacer, porque los ciudadanos buscan en el derecho penal el castigo al que ha cometido un delito, no se busca la resocialización. En los menores esta resocialización es importantísima porque van a ser los futuros ciudadanos del mañana.

11. Es necesario primordialmente una legislación unificada al respecto. En este sentido es necesario que los juristas cedan parte de sus competencias a otro tipo de profesionales más preparados en la materia para que la Justicia tome un nuevo rumbo. Me estoy refiriendo, a la incursión en el proceso de profesionales como psicólogos, educadores, trabajadores sociales...que establezcan la necesidad de acudir al proceso de mediación para resolver el conflicto y aparte intentar resocializar al menor infractor.

12. Los avances en mediación son rápidos y los estudios en esta materia son abundantes, esto demuestra que se está consolidando cada vez más en la sociedad. Los medios de comunicación también favorecen esta consolidación ya que hasta

hace muy poco no se oía hablar de esta materia y hoy día los diferentes medios cada vez se muestran más interesados esta técnica, es noticia que un conflicto se resuelva a través de la mediación, o las campañas que hacen a favor de ellas las diferentes entidades públicas.

13. En este estudio nos hemos centrado en la mediación civil y penal pero existen otras ramas del derecho dónde la mediación actúa de forma muy eficaz, un claro ejemplo es la mediación penitenciaria y la mediación laboral. Aunque las actuaciones sean diferentes la esencia de la mediación es la misma. Se busca una justicia diferente, alternativa, más humanizada. Hay que apostar por ella, todos los estudios muestran sus beneficios por lo tanto tiene que ser implantada de forma definitiva para luego poder ir abriéndose a ámbitos en los que, de momento, está prohibida. Como por ejemplo es el tema de la mediación y la violencia de género. Un ámbito muy interesante, en lo relativo a la orden de alejamiento que se le impone al agresor.
14. Hay que pulir las deficiencias legislativas y la falta de conocimiento de los ciudadanos por esta técnica e impulsar las políticas de igualdad para todos tengamos relaciones equitativas incluso ante un conflicto. Hay que dar el protagonismo a los ciudadanos en los conflictos que afectan sólo a ellos para conseguir un beneficio común para todos.

BIBLIOGRAFIA:

- Alegret Burgués, María Eugenia. “La discriminación positiva”. Consejo General del Poder Judicial. 2006.
Álzate y Sáez de Heredia, R. *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. 1998
- Bernal Samper, Trinidad. “La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja”. Editorial Constitución y Leyes. 1998.
- Bouché Peris, J. Henri; L. Hidalgo, Francisco. “Mediación y orientación familiar. Volumen II”. Ed. Dykinson. 2008.
- Cornelius, H. y Faire, S. *Tú ganas, yo gano. Cómo resolver conflictos creativamente... y disfrutar con las soluciones*. Ediciones Gaia.1996.
- de Urbano Castrillo, Eduardo La Justicia Restaurativa Penal. La Ley Penal, núm., 73, 2010.
- Diez, F. y Tapia, G. Herramientas para trabajar en mediación. Ed. Paidós. 1999
- Durbán Sicilia, Luis. Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal. La Ley Penal, N° 73, 2010.
- Figueruelo Burrieza, Ángela; Ibáñez Martínez, M^a Luisa; Merino Hernández, Rosa M^a. “Igualdad ¿Para qué?”. Ed. Comares. 2007.
- García García, Lucía. “Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”. Editorial Dykinson. 2003.
- García Torres, María Luisa. La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares. La Ley Penal, N° 73, 2010.
- Gómez Campelo, Esther; Valbuena González, Félix. “Igualdad de género: Una visión jurídica plural”. Servicio de publicaciones Universidad de Burgos. 2008.
- Jares, X.R. *Educación y conflicto. Guía de educación para la convivencia*. Ed. Popular. 2001.

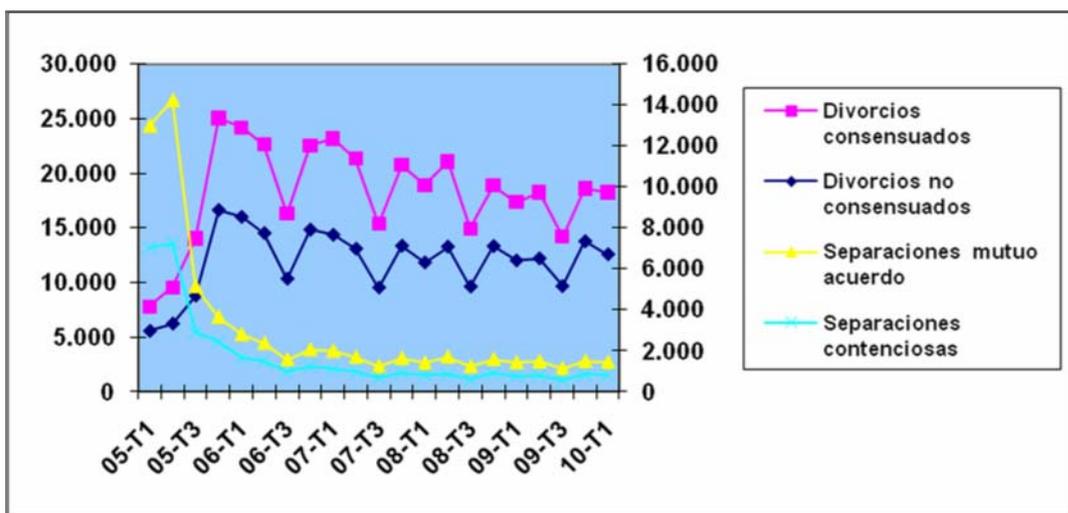
- Lorca Navarrete, José F. Los derechos naturales como derechos fundamentales. Diario La Ley, , tomo 3, Ed. LA LEY1989,
- Manzanares Samaniego, José Luis. “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal”. Ed. Comares. 2007.
- Martínez Segarra, Rosa; Parceró Torre, Celia; Aguinaga Roustan, Josune. “Agentes de igualdad de oportunidades: Acciones positivas en el marco de la cooperación”. Ed. Universitas Internacional. 2006.
- Redorta J. *Como analizar los conflictos*. Ed. Paidós. 2004.
- Ríos Martín, Julián Carlos (Profesor de derecho penal Universidad Comillas. Abogado y mediador) Martínez Escamilla, Margarita (Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid) Segovia Bernabé, José Luis (Profesor de Ética social. En la Universidad Pontificia de Salamanca. Jurista y mediador) Gallego Díaz, Manuel (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Comillas). Cabrera, Pedro (Sociólogo. Profesor en la Universidad Comillas) Jiménez Arbelo, Montserrat (Socióloga. Trabajadora social). *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis De Una Experiencia (2005-2008)* Ed. Cólex. 2009.
- Ríos Martín, Julián Carlos; Pascual Rodríguez, Esther; Bibiano Guillén, Alfonso; Segovia Bernabé, José Luis. “La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”. Ed. Constitución y Leyes, S.A. 2008.
- Rodríguez-Piñero, Miguel; Fernández Lopez, M^a Fernanda. “Igualdad y Discriminación”. Ed. Tecnos. 1986.
- Rössner, Dieter; Giménez-Salinas Colomer, Esther; Equipo de mediación del departamento de justicia; López Barja de Quiroga, Jacobo; Beristain Ipiña, Antonio. “La mediación penal”. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 1999.
- Sáez Valcárcel, Ramón; Ortuño Muñoz, Pascual.”Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”. Consejo General del Poder Judicial. 2007.

- Vall Rius, Anna. El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española. Diario La Ley, Nº 6528, Sección Doctrina, 18 Jul. 2006, Ref. D-173, Ed. LA LEY

ANEXO I

	Nulidades	Divorcios consensuados	Divorcios no consensuados	Separaciones mutuo acuerdo	Separaciones contenciosas
07-T1	44	23.182	14.335	1.989	1.090
07-T2	55	21.346	13.060	1.687	994
07-T3	37	15.348	9.521	1.238	669
07-T4	53	20.757	13.331	1.627	917
08-T1	34	18.923	11.808	1.398	802
08-T2	56	21.079	13.254	1.703	849
08-T3	42	14.945	9.615	1.229	599
08-T4	59	18.879	13.300	1.580	910
09-T1	41	17.357	11.992	1.428	764
09-T2	52	18.240	12.180	1.473	783
09-T3	29	14.206	9.652	1.133	564
09-T4	42	18.581	13.743	1.487	836
10-T1	38	18.262	12.558	1.439	806

Fuente: El consejo General del Poder Judicial. www.poderjudicial.es



Fuente: El consejo General del Poder Judicial. www.poderjudicial.es

