

# ADR y violencia: la mediación frente a la opción de Aquiles

## ADR & Violence: Mediation Vs. Achilles' Choice

**Emilio Navas Paús y Marta Gonzalo Quiroga**

Parra & Asociados y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España

**Manuscrito recibido: 13/04/2015**

**Manuscrito aceptado: 23/06/2015**

**Resumen:** El «acto antijurídico», o su percepción, en el sentido de «acto de violencia directa», o dicho de otro modo, de infracción a las normas como «reglas de juego aceptadas», no es la excepción sino por el contrario el requisito lógico de toda la «farmacopea» jurídica de la que las ADR y dentro de ellas la mediación son una herramienta más. La actividad del mediador, como la del legislador y tantas otras no necesariamente en manos de juristas, es una actividad jurídica en tanto colabora en que las partes alcancen acuerdos que pongan fin a sus conflictos. El rechazo de la norma por la inclusión del mediador en el ámbito de la violencia de género, implica la necesidad de un replanteo axiológico del cual este artículo no es más que una primer aproximación.

**Abstract:** «Unlawful acts», or their perception in the sense of «direct violence acts», in other words, the violation of norms as «the accepted rules of the game», are not an exception but rather the legal requirement of all the legal «pharmacopeia» of ADR, including mediation, which is another tool. The task of a mediator, like that of the legislator and many other that are not necessarily carried out by legal experts, is a legal task as it cooperates in that the parties settle to put an end to conflicts. Rejecting the norm because of the incorporation of a mediator in the field of gender-based violence requires rethinking it from an axiological perspective, and this article is just a first approach to it.

**Palabras Clave:** Violencia de género. Justicia Restaurativa. Violencia estructural. Deontología del mediador. ADR.

**Keywords:** Gender-based Violence. Restorative Justice. Structural Violence. Mediator Code of Ethics. ADR.

---

Emilio Navas Paús es abogado CPA (Argentina) ICAM (España) y mediador, especializado en casos de propiedad intelectual. Parra & Asociados - Madrid. Miembro del Comité Organizador del World Mediation Summit Madrid 2015. Inscrito en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia, ejerce su actividad en forma independiente: [www.abogados-mediacion.com](http://www.abogados-mediacion.com). Participó en cursos de formación impartidos por Joseph Folger, Aldo Morrone y Antonio Tula, entre otros. Escribe periódicamente en los blogs de derecho y mediación Sepín y Lawyerpress. La correspondencia a este autor debe enviarse al siguiente email: [emilionavas@parra-asociados.net](mailto:emilionavas@parra-asociados.net)

Marta Gonzalo Quiroga es abogada mediadora. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, especialista en ADR/MASC, de la Universidad Rey Juan Carlos, y Directora del título propio «Experto en Mediación» de esta Universidad. Directora y Representante de la URJC en la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto - CUEMYC-. Miembro de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Autora de más de un centenar de publicaciones científicas, entre las que destacan 6 monografías y 103 artículos distribuidos en revistas especializadas, capítulos de libros y Working Papers nacionales e internacionales dedicados al Arbitraje, la Mediación y los ADR/MASC. La correspondencia a esta autora debe enviarse al siguiente email: [marta.gonzalo@urjc.es](mailto:marta.gonzalo@urjc.es)

El artículo es una primera aproximación a un replanteo axiológico en torno al debate sobre la prohibición legal de la mediación en casos de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. B.O.E. núm. 313 de 29 de diciembre de 2004).

Apoyado en la concepción de la violencia desde un punto de vista, no solo como violencia física directa sino como un fenómeno social «símbolo más brutal de discriminación hacia la mujer» se debate porqué se prohíbe el sistema ADR de la mediación, que la sociedad dispone para su solución.

El legislador tiene en cuenta que la violencia física contra la mujer no es más, como bien enseñara Galtung (1999), que la punta visible de un iceberg de discriminación sexista, sin embargo, ha preferido, en el momento de establecer la competencia de los Juzgados no solo limitarse a la justicia retributiva sino prohibir expresamente la mediación y eliminar toda posibilidad de Justicia restaurativa.

La mediación es una respuesta de la que se vale sociedad para tal fin. Trabaja en el campo de la transformación del modo de comunicarse entre las personas, en el campo de la percepción del otro en tanto que otro, en el campo del empoderamiento de la dignidad humana trabaja.

La mediación no compite en nada con la actividad de los tribunales ni afecta a la tutela judicial efectiva, se trata simplemente de un instrumento jurídico puesto a disposición de los ciudadanos a través de los tribunales para la mejor solución de sus diferencias. Por su naturaleza la actividad del mediador llevando adelante la ADR no puede ni debe quedar escindida de la actividad jurisdiccional por ello no parece posible otro sistema de mediación en materia tanto administrativa como penal que no fuese la intrajudicial.

### La cuestión a debate: la Ley Estatal Española

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (B.O.E. núm. 313 de 29 de diciembre de 2004) en el Título V, Capítulo Primero, relativo a la Tutela Judicial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer establece su competencia en el orden penal y civil; excluyendo expresamente la mediación en todos ellos (Artículo 44):

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:
  - De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con

violencia o intimidación, siempre que se hubiese cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

- De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
  - De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
  - Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.
2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:
    - Los de filiación, maternidad y paternidad.
    - Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
    - Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
    - Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
    - Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
    - Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
    - Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
  3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:
    - Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
    - Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
    - Que alguna de las partes del proceso civil sea imputa-

do como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

- Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.
4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.
  5. En todos estos casos está vedada la mediación.

Resulta por lo menos llamativo que el legislador español ocho años antes de dictar la ley de Mediación Civil y Mercantil se preocupara de prohibirla para la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Apareceremos por un instante la consideración de esta prohibición legal para lamentar primero que el Estado limite, voluntariamente, la lucha contra la discriminación a su aspecto físico y psicológico.

Título preliminar. Artículo 1. Objeto de la Ley. Norma citada<sup>3</sup>. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Enseña Johan Galtung (1999) que la violencia directa (de la cual la física-psicológica es sólo una parte) es sólo «la punta del iceberg» de lo que él, con excelente criterio pedagógico, da en llamar el «Triángulo de la Violencia»<sup>1</sup>.

Según esta concepción, así como hay una dinámica «sana» en los organismos vivos y en las sociedades, existe una dinámica «enferma» o violenta.

Esta dinámica de la violencia se estructura sobre tres vértices como la figura de un triángulo: la violencia cultural, estructural y directa.

La violencia cultural es una violencia legitimada a través del arte, el derecho, y todas las expresiones de la cultura como pueden ser el lenguaje cotidiano, la filosofía, las ideologías o la religión. Es una violencia simbólica que no sólo legitima sino que da un marco para inhibir o reprimir las

respuestas de los dominados. La violencia cultural se utiliza como instrumento para lograr la aprobación de posturas fanáticas tales como la xenofobia, el capitalismo salvaje, el machismo, etc.

La violencia estructural se refiere a una concepción de la violencia que nos obliga a pensar en un fenómeno dinámico, en un proceso que mantiene estructuras que impiden la satisfacción de las expectativas del grupo dominado u oprimido.

Y por último, la violencia directa que es la parte visible del triángulo de la violencia que se manifiesta, que se muestra en comportamientos concretos que atentan ya contra la naturaleza contaminando, ya contra la colectividad como la guerra o los actos de vandalismo y terrorismo, ya contra las personas. En este último apartado de violencia está ubicado el objeto de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG).

Si quisiésemos llevar a una realidad concreta el esquema de Galtung (1999) sobre la violencia, no podríamos sino recurrir al ordenamiento jurídico vigente toda vez que no podríamos definir «conflicto» sin contar con el recurso a un ordenamiento jurídico, como no podemos definir «enfermedad» sin establecer una comparación con un organismo en estado de «buena salud».

A quien quiera acompañarnos en estas consideraciones adelantamos que a nuestro criterio la palabra inglesa «dispute» define más cabalmente el ámbito propio de las ADR que la comúnmente utilizada en nuestro medio de «conflicto».

La primer acepción de la palabra «conflicto» para el Diccionario de la RAE es la de: combate, lucha, pelea U.t. en sent. fig. y esa utilización frecuente en sentido figurado del término es la que, también a nuestro juicio, debilita su utilización en el ámbito propio de las ADR toda vez que la «lucha» o «pelea» en sentido figurado no es más que la base misma del funcionamiento del mundo en el que vivimos.

Efectivamente, hablamos de fuerzas en conflicto al describir el funcionamiento físico de una dupla. Decimos que luchamos contra la fuerza de gravedad, o contra la acción de los rayos solares sobre nuestra piel si decidimos tomar baños de sol cuando llega el verano.

<sup>1</sup> A modo de ejemplo de la increíble riqueza que el pensamiento de Galtung con su elaboración de la violencia manifiesta y oculta encierra podemos seguir algunas líneas no finales sobre la fuerza de las metáforas o creencias que alimentan justifican y refuerzan posiciones de violencia física en algunas sociedades, así nos dice: «El papel especial de EEUU en los conflictos. El país más cercano a Dios, ¿qué uso le da al impresionante potencial de poder que tiene a su disposición? Lo más importante es que no lo utiliza como las demás naciones, en conflictos entre ellas. EEUU no entra en una guerra como parte implicada. Si un país entra en conflicto con EEUU esto quiere decir que mantiene una postura equivocada y es la obligación de EEUU poner las cosas en su sitio. EEUU entra en conflicto como tercera parte, como mediador supremo, no como otro país. Pero, ¿Cómo puede EEUU ser tercera parte si solamente hay otro país implicado? Es muy fácil: entonces las dos partes en conflicto se encuentran dentro del propio país y la obligación de EEUU es ayudar a las fuerzas del bien a vencer las del mal. Pero ¿y si este país es malo hasta la médula y no hay ninguna fuerza del bien para apoyar? Esto solamente demuestra la extrema maldad del país: ha eliminado las fuerzas del bien o las ha reprimido tanto que ni siquiera se atreven a formular sus preocupaciones. Ser bueno en el sentido de reconocer a EEUU no sólo es racional sino natural; si este reconocimiento no se produce, algo se ha desviado en la dirección del mal. Entonces el país merece ser bombardeado hasta los cimientos y condenado a volver a la edad de piedra o al olvido más absoluto o a ambas cosas». (Galtung, 1999, pp. 42-43)

Si la materia está formada por átomos y la estructura de éstos es la de un enorme vacío entre el núcleo (carga positiva) y la nube de electrones (carga negativa) que, a su vez, gracias a la electronegatividad se unen en moléculas, energéticamente cargadas y en movimiento también ellas, decimos que nuestra estructura y la estructura del mundo en el que vivimos es el conflicto, el movimiento, la lucha.

No puede sorprendernos, pues que autores de la tradición jurídica nos señalen:

«Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no lo aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlo. El derecho no es una idea lógica, sino una idea fuerza, he ahí porque la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza». (Ihering, 2008, pp. 139-140)<sup>2</sup>

El «conflicto» en el sentido figurado de la palabra «lucha», esto es equilibrio dinámico de fuerzas en pugna es el estado natural normal y de salud de cualquier sociedad o de cualquier individuo toda vez que es el estado de la materia misma, de su estructura molecular y atómica.

Para poder encontrar la nota característica que distingue el «conflicto» inevitable, fuerza natural de la «dispute», necesitamos contar con el baremo de un determinado ordenamiento jurídico, es decir, cuando las fuerzas en «conflicto» entienden que una de ellas ha roto una o varias de las «reglas de juego». Es eso a lo que denominamos «ordenamiento jurídico». La mera pugna se transforma en una «dispute» que requiere una solución y entre el repertorio de soluciones a las «disputes» encontramos, sin ninguna duda, las ADR.<sup>3</sup>

Queremos decir que, para que exista un ámbito de aplicación de la mediación como de cualquier otra ADR o de la actividad jurisdiccional debe existir alguien que perciba una conducta como la expresión de una ruptura del ordenamiento jurídico, es decir que exista alguna forma de violencia di-

recta en el sentido del que nos habla Johan Galtung (1999), o del que nos habló Hans Kelsen (1934).

Queda dicho que el «acto antijurídico», o su percepción, en el sentido de «acto de violencia directa» o dicho de otro modo de infracción a las normas como «reglas de juego aceptadas», no es la excepción sino por el contrario el requisito lógico de toda la «farmacopea» jurídica de la que las ADR y dentro de ellas la mediación son una herramienta más.

La violencia, incluida la violencia física, solo abre las puertas de las soluciones tradicionales o alternativas a los conflictos cuando estos son definidos como disputas respecto de un determinado ordenamiento jurídico, esto es respecto a un determinado estadio de la evolución de una comunidad que dicta sus reglas de juego.

Evidentemente los redactores de la LOVG eran perfectamente conscientes de ello y así nos lo hacen saber desde la Exposición de Motivos que se inaugura diciendo:

«La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Para agregar luego:

«La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.

La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización»

Está claro que el legislador sabe que un empujón dado a la novia o a la esposa no es más grave que un consejo académico de una universidad que no permita el acceso a un cargo a alguien por el hecho de ser mujer, o por el hecho de pertenecer a una determinada minoría étnica o tener una preferencia sexual. Sin perjuicio de ello, ha preferido, en el momento de establecer la competencia de los Juzgados que crea, esto es, al momento de elegir la herramienta concreta para la tutela, no solo limitarse a la justicia retributiva sino prohibir expresamente, cercar y vallar el campo, al eliminar toda posibilidad de Justicia restaurativa.

<sup>2</sup> Del mismo autor: «Jus es el lazo, lo que liga, la regla de derecho; es decir, el jus, en el sentido objetivo, es lo que liga a todo el mundo, lo que impone a todos un deber o les concede un derecho, jus, en el sentido subjetivo, es el que liga a uno solo y otorga un derecho a otro, este último ha creado por la lex convenida entre ambos una regla jurídica que contiene para el otro la obligación de hacer tal o cual prestación, y como es a él a quien pertenece el ejercicio, la ejecución de esta regla, el derecho es el suyo. Las reglas que la comunidad se impone, o que reconoce tácitamente, y cuya ejecución vigila, tienen con ella la misma relación, es decir, no son disposiciones sin relación subjetiva, sino que constituyen sus derechos, sus facultades». (Ihering, 2011). <sup>3</sup> Creemos, siguiendo a Suares (2008), que en la idea de conflicto, además de la de «diferencia de opiniones» debe existir una noción de «hostilidad» sin la cual, la mera discrepancia no opera en el medio de que se trate como «disputa».

**Tabla 1. Justicia retributiva vs. Justicia restaurativa. Principales diferencias**

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
El delito es una violación de la norma	El delito cometido no es sólo una violación de una norma, sino también de la otra persona y de su relación
Se centra únicamente en la culpa	Se centra en el pasado, presente y futuro, con el maltratador tomando la responsabilidad por sus actos abusivos y buscando las circunstancias que han llevado a la persona a cometer estos delitos
Se basa en una relación formal y en un proceso normativo	La preocupación principal es la protección de la víctima, y la rendición de cuentas del maltratador
Se reprime la naturaleza interpersonal y conflictiva del delito. El crimen es visto como el individuo frente al Estado	El delito es visto como un combinado de factores, entre ellos, la presencia de opresión y sexismo en la sociedad, la socialización, incapacidad para hacer frente a las emociones y la acción de una persona contra otra persona vulnerable. Hay un gran impacto por el desequilibrio de poder
El estigma del delito es inamovible, no cambia la concepción de la gente	El estigma del crimen puede desaparecer mediante el cambio en el comportamiento del maltratador

Fuente: Benitez , Cepa, Gordo, Martinez, Montero y Vivas (2015).

### Justicia retributiva vs. Justicia restaurativa

Nuestro sistema jurídico se basa sobre en la idea de una forma de justicia a la que hemos dado en llamar retributiva. Aquello de alguien que tiene el monopolio de la fuerza para poder dar a cada uno lo suyo<sup>4</sup>. Sin embargo, nuestra evolución cultural nos ha hecho elaborar el concepto de justicia restaurativa, que se podría definir como una vía que promueve un mayor protagonismo de las partes en la gestión de las consecuencias producidas a raíz del ilícito. La reparación voluntaria a la víctima adquiere en este nuevo concepto un papel decisivo, ofreciendo al autor de los hechos la oportunidad de subsanar el daño producido y a la víctima la posibilidad de ser compensada de forma efectiva. En la justicia restaurativa el autor del delito tiene la oportunidad de pasar de ser una figura pasiva del castigo a actuar positivamente para compensar el daño causado a la víctima y a la comunidad. (Fernandez y Solé 2011).

En la tabla 1 quedan recogidas las principales diferencias entre los diferentes planteamientos de justicia.

La noción iluminada en nuestros días por una perspectiva nueva restaurativa, no lo es tanto. El citado autor clásico para la ciencia jurídica Rudolf von Ihering (2005) lo plantea como:

(...)«La necesidad social, indispensable, de la coacción.

(...) Pero por indispensable que sea, es todavía insuficiente. Para que alcance completamente su fin, es necesario que llegue a hacer desaparecer los delitos. Esto nos lleva a una transición.(...)

¿Cómo está el hombre contenido ante una injusticia, de cuya impunidad se halla seguro, y que, por consiguiente, le deja al abrigo de todo peligro de coacción? Los dos móviles egoístas (salario y coacción) de que se vale la sociedad para llevar los individuos a que concurren a sus fines, no son sus estimulantes únicos. Hay otro más noble. Se llama: La Moralidad».

La mediación es una respuesta de la que se vale sociedad para tal fin. Trabaja en el campo de la transformación del modo de comunicarse entre las personas, en el campo de la percepción del otro en tanto que otro, en el campo del empoderamiento de la dignidad humana trabaja

Sin embargo el legislador, que habla del trabajo multidisciplinar, que tiene en cuenta que la violencia física contra la mujer no es más, como bien enseñara Galtung (1999), que la punta visible de un iceberg de discriminación sexista ha vedado la posibilidad de justicia restaurativa que implican los ADR en especial la mediación ¿Habrà alguna razón técnico legal?

<sup>4</sup> «Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe, y en fraude, el que, salvadas las palabras de la ley, elude su sentido» (Paulo, Digesto Justiniano 1.3.29)

## Derecho civil y mercantil, derecho laboral, derecho administrativo, derecho penal. El llamado «orden público»

No podemos dejar de tener en cuenta, como «a priori» de cualquier ordenamiento jurídico, su dinamismo, su estado de cambio permanente. Las sociedades modernas no han dictado unas leyes, como pretenden ser las religiosas, de una vez y para siempre, sino que, por el contrario existen por un lado métodos cotidianos de creación y modificación de normas y por el otro reconocemos el derecho permanente de los pueblos a su diaria autodeterminación<sup>5</sup>

Dentro del ordenamiento jurídico hay leyes que contienen normas de las llamadas de orden público, es decir normas de carácter imperativo que no pueden ser dejadas de lado por las convenciones que los particulares realicen en el ejercicio de su autonomía de la voluntad (Navas, 1999).

Y si bien, el ordenamiento jurídico es una unidad conceptual, las distintas disciplinas que lo componen o «ramas del derecho» tienden a distinguirse, entre otros muchos factores, por su relación con las llamadas normas imperativas o de orden público.

Así, el derecho administrativo o penal suele ser calificado como sectores del derecho en los que el orden público campea, mientras que campea la voluntad de las partes en el derecho civil y mercantil y nos encontramos con una situación «sui generis» o de mediana en el derecho laboral.

En lo local, la ley estatal de mediación refiere a la mediación civil y mercantil (nota número de la ley y alguna consideración a la recepción de las directivas europeas) pero esa situación momentánea y española no puede hacernos perder de vista ninguno de estos elementos:

a) Que el ámbito de aplicación de las ADR es más amplio que el de las materias civiles y mercantiles

b) Que siendo las ADR parte del instrumental jurídico naturalmente deben adecuarse a la rama o sector del derecho en el que se apliquen.

Así, mientras encontramos en la citada ley estatal una regulación para la práctica libre de la profesión de la mediación, de momento, sin la creación de un colegio profesional de mediadores, pero sí con la creación de un «Registro de Mediadores»<sup>6</sup> que se confía al Ministerio de Justicia de España, no encontramos prácticamente ninguna disposición dinamizando o regulando en detalle las llamadas «mediaciones intrajudi-

ciales» y esta circunstancia no puede ni debe sorprendernos en el marco de esta tímida ley pionera.

La mediación «intrajudicial», la mediación a la que se invita o deriva desde el organismo jurisdiccional, esto es trabada la contienda civil o mercantil, cuenta con la mayor de las desconfianzas por parte de los agentes judiciales actuales que podrían razonar siguiendo el siguiente esquema de acuerdo con la Constitución Española, (29 de Diciembre de 1978):

Nuestro ordenamiento jurídico sostiene como principio fundamental que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (Artículo 24.1).

Al mismo tiempo, «todas las personas tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia» (Artículo 24.2).

Y por tratarse de un derecho/garantía fundamental, vinculan a todos los poderes públicos (Artículo 53).

«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (Artículo 117.3).

Porque y fundamentalmente porque: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (artículo 117.1).

Queda claro que El Pueblo de la Nación Española ha constituido a España en un Estado social y democrático de Derecho. Es decir, ha dictado una Constitución y en ella se recoge explícitamente el deseo de establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran. Un mecanismo de funcionamiento que se entendió válido o suficiente en aquel día y que, mientras el Pueblo no lo modifique o sustituya seguirá siendo válido.

Este sistema cierra por así decirlo toda su estructura de garantías y derechos en una institución que es el Poder Judicial y en la obligación de los Jueces de fallar y de fallar conforme a derecho.

<sup>5</sup> El derecho es en cierto sentido, como el aire y su omnipresencia social, que no reparamos en su existencia. Celebra contratos de compraventa el que se acerca a un estanco a por tabaco, de transporte el que toma un autobús; modifica su situación jurídica el autoestopista que se monta en un coche en la carretera; modifican normas los particulares, los ayuntamientos, las Cortes Generales, pero también los directorios de las empresas, los capataces de grupos laborales o de cuadrillas de barrenderos. <sup>6</sup> Merece ser destacado que la no reformada Constitución Española (1978) otorga jerarquía constitucional a los Colegios Profesionales, aun cuando la regulación de la profesión de mediador sea confinada a un simple registro no obligatorio, así el artículo 36 de la citada CE dice: La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.

Una vez cruzadas demanda y contestación, esto es objetivada la cuestión en un determinado «objeto procesal» y, en consecuencia, sometido el asunto a la resolución judicial. ¿Qué es esto de que el juez en lugar de cumplir con el mandato constitucional y «decir» que el derecho de un «paso a un costado» en beneficio de un procedimiento como el de la mediación?

Así el añadido a la legislación procesal civil de la mediación como forma de resolución de conflictos que han sido sometidos por las partes a los tribunales (párrafo cuarto del número 1 del artículo 414 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento Civil, BOE num. 7, de 8 de enero del 2000) permite al juez «invitar a las partes» a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso una vez que examine el proceso y observe que es susceptible de ser sometido a mediación.<sup>7</sup>

Pero no señala, como si se quisiese amparar en el arcaico y poco efectivo paraguas del artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en qué supuestos derivar a mediación, y esto no deja también de ser lógico pues la mediación no compete en nada con la actividad de los tribunales ni afecta a la tutela judicial efectiva, se trata simplemente de un instrumento jurídico puesto a disposición de los ciudadanos a través de los tribunales para la mejor solución de sus diferencias (Orsi, 2007).

La mediación es también en lo procesal, una herramienta jurídica que se deja aquí a criterio del juez, y son ellos, que tienen forzosamente los pies en la tierra y miran a la cara de los ciudadanos a quienes se deja probar testear y evaluarla. Nada impide que los jueces laborales, administrativos o en materia penal la utilicen (Larenz, 1980).

Ahora bien, no podemos olvidar la importancia que tiene la relación de las normas de orden público con las ramas del derecho, obligándonos a considerar que, a la base, no parece posible otro sistema de mediación en materia tanto administrativa como penal que no fuese la intrajudicial.

La llamada mediación intrajudicial en materia civil ocurre como se ha descrito como un botón de «pause» en el proceso. El Juez analizado el supuesto que se le presenta a examen, invita a las partes a acudir a mediación y, si éstas aceptan todo ocurrirá como si el proceso hubiese detenido su tiempo (suspensión de plazos procesales) a la espera del resultado de la ADR, pero el órgano jurisdiccional se mantiene a parte, expectante, en «pause» o suspensión de plazos procesales.

Esta situación nos parece difícil de imaginar en sede administrativa o penal. Efectivamente, por la naturaleza de estas actuaciones la actividad del mediador llevando adelante la ADR no puede ni debe quedar escindida de la actividad

jurisdiccional –la «espada» de la que nos hablara Ihering–. Es teniendo en cuenta esta especial «sintonía», a nuestro juicio requerida en estos asuntos, que la totalidad de los proyectos piloto realizadas en España se basan en el profundo compromiso de un equipo determinado e interdisciplinar de mediadores, con un grupo también determinado de jueces que colaboran supervisan y tutelan los procedimientos de mediación.

### Una posible razón de la prohibición legal. La mediación frente a la opción de Aquiles

«Hijo de la diosa marina Tetis y del mortal Peleo, Aquiles tenía un destino igualmente dúplice: podía elegir entre la vida eterna pero anodina de un dios o una vida corta pero gloriosa, salpicada de pequeños deleites e inundada de las grandes desazones que entraña un destino particular y finito. Su inmortal madre trata de elegir por él y dispone las cosas para que pase sus años mozos resguardado en un gineceo en la isla de Esciros, mientras los dánaos se aprestan a las cóncavas naves para traerse consigo a la ambigua esposa de Menelao. Pero los griegos saben que las murallas de Ilión no caerán sin la intervención de Aquiles. Por eso Odiseo consigue introducirse en el gineceo donde holgaba el joven Pelida y despertarlo de su sopor con el sonido de la trompeta de guerra. La escena en la que Aquiles decide abandonar su dulce retiro, despidiéndose de las veleidades de la inmortalidad para soportar una vida llena de peligros» nos resulta casi tan sonora como el repudio que el legislador de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha expresado respecto de la mediación.

«Todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de justicia, sólo desde la cual es capaz de justificar en última instancia su pretensión de validez (en el sentido normativo). Es lícito someter la ley a la tendencia de posibilitar soluciones que satisfagan a la justicia. El juez civil entiende por una resolución «justa» del caso aquella que rinde cuenta de la petición justa de ambas partes, que establece un ponderado equilibrio de intereses y, por ello, puede ser aceptada por cada parte en tanto considera también adecuadamente el interés de la parte contraria. Aunque tampoco esta meta pueda siempre ser alcanzada, aspirar a ella constituye para el juez su ethos» (Larenz, 1980, p. 345).

Y cuando decimos que todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de justicia incluimos, naturalmente, las ADR que no pueden salirse de esta exigencia obligatoria en su resultado final ni pueden activarse sin la existencia de una violencia, esto es de un acto antijurídico.

<sup>7</sup> A nuestro juicio esta actividad jurisdiccional interdisciplinaria, perfectamente deseable en sede penal, no debiera ser llamada mediación término que de ser utilizado genera la ambigüedad respecto de la actividad que ejercitan los mediadores en sus despachos o centros de mediación, esta última y exclusivamente esta última vedada por la ley.

Creemos que, en el momento actual, llamada la mediación por Europa a despertar y salir del gineceo del ámbito académico o del naif reducto de la mediación familiar se enfrenta al mismo dilema al que se enfrentó Aquiles frente a las cóncavas naves que se aprestaban a la aventura.

## Conclusiones

Efectivamente, no hay mediación sin hostilidad, no hay mediación sin violencia. No se pone en funcionamiento ninguna herramienta jurídica de solución de disputa si no existe una. Y toda disputa es la expresión de una percepción de ilegalidad, de violencia.

No es menos violento que una entidad bancaria deje sus ahorros a una pareja de ancianos que un novio despechado chille insultos frente a la ventana de su ex.

¿La mediación carece de herramientas frente a la violencia de género? Pues no, claro que no. Todo lo contrario, es la mediación, por naturaleza multidisciplinar y flexible quien puede adecuar herramientas como el texto único (posiblemente el origen de la mediación tal y como la conocemos hoy en día), esto es un documento donde se plasman acuerdos que redacta el mediador sin que las partes, en este caso víctima y victimario, tengan que estar presentes simultáneamente en ningún momento.

¿Podemos imaginar algunas razones que lleven a la prohibición legal?

La primer razón que se nos ocurre para justificar la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género no es la desconfianza al instrumento técnico, sino el suponer que el fin de la mediación es simplemente alcanzar acuerdos, cualquier tipo de acuerdos.

La mentada y remanida obligación de neutralidad del mediador, como la de imparcialidad de los jueces no puede escudar el avalar en los procesos de mediación cualquier tipo de acuerdo, como no pueden los jueces ampararse en el texto de la ley para favorecer al más fuerte en contra del más débil y legitimar así la extorsión.

La llamada que nos hace la ley, que rechaza la presencia de la mediación en su ámbito, entendemos debe ser el llamado de la trompeta de Odiseo que despierte la conciencia de los mediadores y fortalezca su compromiso con el Estado de Derecho, su rol de verdaderos protagonistas de la herramienta jurídica que es la mediación independientemente de la profesión de base del profesional interviniente.

Que esta ley balbuceante y dictada «por imperativo legal» y para no tener que afrontar sanciones de Europa, es decir, voluntariamente de mínimos, ponga el acuerdo en un momento posterior al cierre formal de la mediación, no puede ni debe hacer pensar a ningún mediador que es ajeno al contenido sustantivo de esos acuerdos, a la incardinación de los mismos en la estructura axiológica de la sociedad.

El mediador, garante de la neutralidad y equilibrio entre las partes, siempre es a su vez garante de esa legalidad entendida en sentido sustantivo respecto de los acuerdos alcanzados y no tiene ni debe la posibilidad de lavarse las manos frente al abuso o la extorsión.

Quitar del medio al mediador de su compromiso con el sistema jurídico democrático que lo informa y lo regula es tanto como crear en la figura del mediador una quintacolumna que avale dando visos externos de legalidad la violencia, esto es, la conducta antijurídica.

El mediador no puede ni debe ser un paño tibio para la violencia visible que plastifique e informe la violencia de fondo a la cual el sistema jurídico está llamado a corregir y eliminar.

Porque, si la mediación abandona definitivamente el ámbito de creación docente y de maravilla talibánica en la que se la ha querido refugiarse para disfrutar de una pretendida eternidad, podrá y deberá también mojarse en las aguas turbias de la preceptividad en materia patrimonial o civil y mercantil, y extensión de su uso en materia laboral, administrativa y penal, con un objetivo que no puede ser el de la paz social negativa, una mera ausencia de un conflicto violento, sino directa, fuerte y sinceramente involucrada en la búsqueda de relaciones de colaboración y apoyo mutuo que logren una paz positiva, esto es colaborar firme decidida y valientemente en el proceso de democratización social en el que decimos estar comprometidos.

Volviendo al Mito reflejado en la historia de Aquiles, nos arriesgamos por creer que la mediación nacida hace casi nada y mucho menos que nada en nuestro medio, se enfrenta a un dilema: Seguir encerrada, cumpliendo posiblemente los designios de sus sabios introductores en el medio local, buscando una excelencia inalcanzable y una pureza ginecética o bien seguir la línea que ha tomado y expandir sus horizontes tanto en la actividad entre particulares como ahondando su trabajo dentro de los tribunales y especialmente en la justicia penal.

Pero que este destino dúplice implica también el compromiso que cabe a toda herramienta jurídica: la implicación axiológica.

Este poco seguro sendero es el que, desde estas líneas, exhortamos a recorrer a todos y a cada uno de esos maravillosos operadores jurídicos que hemos dado en llamar Mediadores y cuyo Registro voluntario se lleva en el Ministerio de Justicia de esta Nación.



**EXTENDED SUMMARY:****ADR & Violence: Mediation Vs. Achilles' Choice****Emilio Navas Paús and Marta Gonzalo Quiroga**

Parra &amp; Asociados and Rey Juan Carlos University, Madrid, Spain.

**Received: 13/04/2015****Accepted: 23/06/2015**

**Abstract:** «Unlawful acts», or their perception in the sense of «direct violence acts», in other words, the violation of norms as «the accepted rules of the game», are not an exception but rather the legal requirement of all the legal «pharmacopeia» of ADR, including mediation, are another tool. The tasks of a mediator, like those of policymakers and many other that are not necessarily carried out by legal experts, is a legal task as they cooperate in that the parties settle to put an end to conflicts. Rejecting the norm because of the incorporation of mediator in the field of gender-based violence requires rethinking it from an axiological perspective, and this article is just a first approach to it.

**Keywords:** Gender-based Violence. Restorative Justice. Structural Violence. Mediator Code of Ethics. ADR.

This article is a first approach to an axiological assessment of the legal ban of mediation in gender-based cases (Organic Law 1/2004, of December 28, on the Integral Protection Measures against Gender-based Violence. B.O.E. num. 313 of December 29, 2004).

Legislators consider that physical violence against women is nothing but the visible tip of the iceberg, like Galtung (1999) very well affirms, of gender-based discrimination; however, when establishing the jurisdiction of Courts, they have decided to not only limit the scope to retributive justice

but to expressly ban mediation and eliminate all possibilities of restorative justice.

Mediation is a legal instrument made available to citizens through the courts for a better solution of differences. Due to its nature, the task of a mediator who works with ADR cannot be separated from the jurisdictional activity; therefore, the only mediation system possible for administrative and criminal cases seems to be the in-court one.

**A Matter for Debate: The Spanish Law.**

Organic Law 1/2004, of December 28, on the Integral Protection Measures against Gender-based Violence (B.O.E. num. 313 of December 29, 2004) establishes the jurisdiction concerning criminal and civil cases, expressly excluding mediation for all these cases and limiting the fight against discrimination to its physical and psychological aspects.

Johan Galtung (1999) affirms that direct violence (physical and psychological violence is only a part of it) is just «the tip of the iceberg» of the «Violence Triangle».

«Conflict» in the figurative sense of the word «fight», i.e. the dynamic balance between confronted forces, is the natural normal healthy state of any society or individual, and also the state of the matter itself, its molecular and atomic structure.

In order to find the main characteristic of an inevitable «conflict», the natural force of a «dispute», we need to rely on the scale of a specific legal system, i.e. when the forces in a «conflict» believe that one of them has breached one or several «rules of the game». This is what we call «legal system». A simple fight becomes a «dispute» that requires a solution; the list of solutions for «disputes» include, undoubtedly, ADR.

What we mean is that, for mediation to be used as any other ADR or in the jurisdictional activity, there must be someone that perceives one behaviour as the expression of a breach of the legal system, i.e., there must be some form of direct violence.

Violence, including physical violence, only opens the door of traditional or alternative solutions to conflict when these are defined as disputes concerning a specific legal system,

---

Emilio Navas Paús is a lawyer at CPA (Argentina) and ICAM (Spain), and a mediator, specialised in Intellectual Property cases. Parra & Asociados - Madrid. Member of the Planning Committee of World Mediation Summit, Madrid 2015. Member of the Mediators Registry of the Ministry of Justice, he is also a freelance professional: [www.abogados-mediacion.com](http://www.abogados-mediacion.com). He has taken training courses given by Joseph Folger, Aldo Morrone and Antonio Tula, among other. He regularly publishes in the law and mediation blogs, Sepin and Lawyerpress. E-mails to this author should be sent to: [emilionavas@parra-asociados.net](mailto:emilionavas@parra-asociados.net)

Marta Gonzalo Quiroga is a lawyer and a mediator. Doctor of Law. Professor of Private International Law, specialist in ADR/MASC, at Rey Juan Carlos University, and Director of the «Expert in Mediation» Diploma granted by this University. Director and Representative of Rey Juan Carlos University at the Conference of Universities for the Study of Mediation and Conflicts. Author of more than one hundred scientific publications, among which 6 monographic papers and 103 articles distributed in specialised journals, chapters of books, national and international Working Papers on Arbitration, Mediation and ADR/MASC. E-mails to this author should be sent to: [marta.gonzalo@urjc.es](mailto:marta.gonzalo@urjc.es)

i.e., concerning a specific status of the evolution of a community that sets its own rules of the game.

### Retributive Justice vs. Restorative Justice.

Our legal system is based on the idea of one form of justice that has been called retributive justice. However, our cultural evolution made us to create the concept of restorative justice, which could be defined as a way that promotes a more involved role of the parties in managing the consequences occurred as a result of an unlawful act. The voluntary reparation of the victim acquires, according to this new concept, a decisive role, as it offers the perpetrator the opportunity to compensate the victim for the harm, and the victim to be compensated for in an effective way. In restorative justice, the perpetrator has the opportunity to move from a passive figure of the punishment to positively act to compensate the victim and the community for the harm caused (Fernandez & Solé 2011).

Mediation is the response used by society to this end. It works to transform the way people communicate with each other, to perceive the other as others, and to empower people to enhance their human dignity.

However, the legislator considers a multidisciplinary task and that physical violence against women is only the tip of the iceberg of gender-based discrimination, like Galtung (1999) very well explains which has hindered the possibilities offered by restorative justice like ADR and especially mediation. Is there any legal technical reason to explain that?

### Civil and Commercial Law; Labour Law; Administrative Law; Criminal Law. The So-called «Law and Order».

At a local level, the Mediation Act deals with civil and commercial mediation, but this temporary situation in Spain cannot lead us to lose sight of any of the following elements:

- The field of application of ADR is broader than that of civil and commercial matters.
- As ADR are part of the legal instruments available they must naturally be adapted to the branch of the law they will be applied in.

Thus, while the abovementioned Act presents a regulation for free practicing mediation, and while there is no professional association of mediators to date although there is a Mediators Registry at the Ministry of Justice of Spain, there are practically no provision that regulates in detail the so-called «in-court mediations». It seems though that no mediation system is possible to deal with administrative and criminal matters other than the in-court system.

### Conclusions

Indeed, there is no mediation without hostility; there is no mediation without violence. No legal instrument is activated

to solve a dispute if there is no dispute. And all disputes are an expression of a perception of unlawfulness, of violence.

Does mediation lack tools to face gender-based violence? No, of course not. On the contrary, it is precisely up to mediation, which is multidisciplinary and flexible per se, to adapt tools such as the single document (perhaps the origin of mediation like we know today), that is, a document that contains a settlement written by the mediator without the parties, victim and perpetrator, having to simultaneously be present at any time.

Can we imagine what the reasons are to legally ban mediation?

The first reason that spring to mind to understand banning mediation in gender-based cases is not mistrusting the technical instrument but thinking that the end of mediation is simply settle, any kind of settlement.

The trite and repeated neutrality obligation of mediators, and the impartiality of judges, cannot be an excuse to endorse that in a mediation process any kind of settlement should be achieved; neither can judges shield themselves behind the text of the law to favour the strongest against the weakest and to legitimate extortion.

The Act that rejects the presence of mediation should be understood as the call of Odysseus trumpet to raise awareness among the mediators and reinforce their commitment to the Rule of Law, their role of main actors in the legal instrument of mediation, regardless of the basic profession of the person involved.

The fact that this stammering act passed by force of law as a minimum requirement in order to avoid sanctions from Europe, establishes settlements in a stage after the formal closing of the mediation process, and this must not make mediators think that they are alien to the substantive content of agreements and to the incorporation of these agreements into the axiological structure of society.

Mediators, as guarantors of the neutrality and balance between the parties, and also as guarantors of the legality of the settlements reached, cannot and must not turn a blind eye on abuse and extortion.

Putting mediators aside of their commitment to the democratic legal system that informs and regulates them is like creating a fifth column that endorses violence by giving it a façade of legality; this is anti-legal behaviour.

Mediators cannot become a stopgap for visible violence that laminates and informs the deep-rooted violence the legal system is called to correct and eliminate.

Because, if mediation is no longer a teaching creation or if it is the Taliban wonder in which it has tried to take refuge to enjoy false eternity, mediation must and could taste the troubled waters of prescriptiveness in proprietary or civil and commercial matters, and it should be extended to labour,

administrative and criminal matters, not to achieve negative social peace, a mere absence of violent conflicts, but it must be directly, strongly and sincerely involved in seeking collaboration and mutual understanding relations to achieve positive peace, i.e., collaborating firmly and courageously with the social democratisation process we are all involved in.

Like the myth of Achilles, we risk to believe that mediation that came to life very recently, especially in our country, faces a dilemma: to remain closed and comply with the wishes of its wise ushers in the local environment, seeking unattainable excellence and purity, or to continue the path and expand horizons both among individuals and the Courts, especially in the field of criminal justice.

But this should involve also the commitment that is proper to all legal tools: an axiological involvement.

With this article we urge you all to follow this not very safe path, especially all these excellent legal operators that are called Mediators and whose voluntary Registry can be found at the Ministry of Justice of our nation.

### Referencias / References

- Benitez, S., Cepa, M.A., Gordo, M., Martinez, R., Montero, C. y Vivas, M. (2015). *Mediación y ADR aplicados a casos de violencia de género. ¿Utopía, realidad o posibilidad?* Universidad Rey Juan Carlos.
- Constitución Española (29 de Diciembre de 1978). Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 311, 29313- 29424.
- Fernandez, J. y Solé, A.M. (2011). *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género*. Valladolid: Lex Nova
- Galtung, J. (1999). *Fundamentalismo USA. Fundamentos teológico-políticos de la política exterior estadounidense*. Barcelona: Icaria.
- Ihering, R.V. (2011). *El Espíritu del Derecho Romano en sus diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares.
- Ihering, R.V. (2008). *La Lucha por el Derecho*. Granada: Comares.
- Ihering, R.V. (2005). *El Fin en el Derecho*. Pamplona: Analecta.
- Kelsen, H (1934). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 7, 575- 728.
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado*, 313, 42166-42188.
- Navas, R. (1999). *Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce*. Buenos Aires: Oxford University Press.
- Orsi, R. (2007). La mortalidad, morada del ser humano. *ISEGORIA, Revista de Filosofía Moral y Política*, 37, 267-273.
- Suares, M (2008). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.