

**GÉNERO Y MEDIACIÓN FAMILIAR EN CUBA: POSIBILIDADES
Y ANÁLISIS A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

***GENDER AND FAMILY MEDIATION IN CUBA: POSSIBILITIES AND
ANALYSIS IN LIGHT OF SPANISH LEGAL SYSTEM***

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 320-349



Carolina
SANCHIS y
Lisandra
SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de enero de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La mediación es una ADR que no está regulada propiamente en el ordenamiento jurídico cubano. En España es una herramienta usada cada vez más desde el año 2012, fecha de la Ley española de mediación. Es obvio que el género juega un papel en todos los campos legales, sin embargo, la mediación ha sido excluida del campo de la violencia de género en España. Y la pregunta es: puede la mediación ser una buena elección en los casos de violencia de género? Y puede ser respondida desde ambos puntos de vista, cubano y español, pues en ambos se trata de una cuestión de lege ferenda.

PALABRAS CLAVE: Género, mediación, violencia, familia, conflicto, mujer, víctima.

ABSTRACT: Mediation is an ADR that is not specifically regulated in Cuban legal system. In Spain is a tool increasingly been used since 2012, date of Spanish Mediation Law. It is obvious that gender plays a role in all legal fields. However mediation has been excluded from the field of the gender violence in Spain. And the question to be raised is: is mediation a good choice in cases of gender violence? And it could be responded from both approaches, Cuban and Spanish, because in both is a lege ferenda issue.

KEY WORDS: Gender, mediation, violence, family, dispute, female, victim.

SUMARIO.- I. Introducción. II. Violencia de Género y desigualdad. 1. La familia como punto de partida. 2. Cuestiones cardinales. A) Violencia de género y violencia contra la mujer. Asociaciones terminológicas. B) Violencia doméstica, violencia familiar y violencia de pareja. Distinciones necesarias. III. Mediación y familia. 1. La mediación como una ADR desde la perspectiva española. 2. Criterios en relación a la mediación familiar en casos de violencia de género. 3. Análisis del ordenamiento jurídico español: fronteras y nexos con el Derecho Penal. IV. Cuba: pasado, presente y futuro de la mediación familiar. V. Reflexión final y propuestas de lege ferenda.

I. INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas la nación cubana ha logrado ser paradigma social y jurídico de la igualdad de género, promoviendo estrategias dirigidas a enraizar la igualdad entre los miembros de la sociedad y de modo especial se ha enfocado en incorporar a la mujer en todas las actividades de la vida social, al margen de cualquier atisbo de discriminación.

Sin embargo, pese a los perennes esfuerzos de la dirección política del país por continuar difundiendo los derechos de las féminas frente a enraizados patrones de una cultura patriarcal, se constatan conflictos de género en engorrosos procesos judiciales de naturaleza familiar:

La desigualdad de género es un fenómeno social y cultural que se tipifica mediante la discriminación hacia determinadas personas por razón de su género. Aun cuando los estudios más recientes abundan sobre su manifestación hacia los hombres, transexuales, hermafroditas y hacia la homosexualidad en sentido general, su expresión más arraigada es la ejercida sobre la mujer; blanco histórico de sumisión y dependencia, por lo que a esa desigualdad propiamente se refiere este trabajo.

• **Carolina Sanchis Crespo**

Es profesora titular de Universidad, acreditada a catedrática y trabaja en el campo del Derecho procesal en la Universidad de Valencia (Universitat de València, España). Es autora de 6 monografías. Directora de 3 libros colectivos. Autora de más de 15 capítulos en libros colectivos. Autora de más de 30 artículos científicos especializados en Derecho Procesal publicados en Revistas españolas y extranjeras. Docente en Universidades de Irlanda, Finlandia, Cuba, Bolivia, Argentina, Costa Rica y México. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, Alemania, Irlanda y EEUU. Conferenciante en congresos internacionales y nacionales en los últimos veinticinco años. Directora de 2 Proyectos de investigación.

• **Lisandra Suárez Fernández**

Es profesora e investigadora de la Universidad de Matanzas, Cuba. MSc. en Derecho de Familia por la Universidad de La Habana. Notario público de la República de Cuba. Ha realizado 6 publicaciones en diversas revistas especializadas en Derecho, tanto nacionales como extranjeras. Coautora de un capítulo en el Libro Temas contemporáneos de Derecho de Familia, Coordinadores Msc. Isnel Martínez Montenegro y Osvaldo Manuel Álvarez Torres. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, y España. Ponente en congresos internacionales y nacionales en los últimos cinco años.

La violencia de género como consecuencia y expresión más brutal de esta desigualdad ejercida hacia las féminas, ha ganado la atención de los Estados en los últimos años, por lo que han emergido políticas públicas para protegerlas en los diferentes espacios donde se aprecian estas conductas¹, siendo la familia el escenario más sensible a consideración de estas autoras, puesto que es la base de la sociedad y las implicaciones del fenómeno expanden su radio de acción a menores que se encuentran aún en una etapa de desarrollo y formación.

Intentar asociar la mediación familiar a supuestos de violencia de género se torna en extremo complejo. En primera instancia, debe mencionarse la disociación natural de vincular comunicación y entendimiento, bases de la mediación, a situaciones de agresión. A ello, se adiciona la tendencia en el ámbito jurídico de someter tales cuestiones al fuero penal, con lo cual se dificulta la iniciativa a la mediación en otros ámbitos, aun cuando existen seguidores de la mediación penal o justicia restaurativa².

Sin embargo, no debe ser esto óbice para desestimar los beneficios que la mediación familiar puede ofrecer, aun ante supuestos de violencia de género, teniendo en cuenta que los conflictos familiares pueden verse jalonados, más a menudo de lo que sería deseable, de situaciones donde la violencia hace acto de presencia.

Todo ello convoca a reflexionar sobre los derroteros que ha de seguir Cuba al respecto, máxime cuando las carencias de regulación en torno a la figura de la mediación, procuran la oportunidad de elaborar una propuesta de mediación familiar con enfoque de género para el país, que sea coherente a su realidad social y a esta histórica problemática.

Bajo tales motivaciones se plantea como objetivo central, analizar los presupuestos necesarios para la implementación de la mediación familiar en Cuba con una perspectiva de género. Para ello es requisito indispensable acudir a elementos conceptuales en torno a desigualdad y violencia de género, así como a los diversos modos en que se expresa esta última.

Se demanda también reparar en la definición de mediación familiar y apuntar sus beneficios en la solución de conflictos de familia, indagando al tiempo sobre la pertinencia de la mediación familiar en supuestos de violencia de género.

A los fines de observar las experiencias de otras naciones al respecto se tomará como referente el ordenamiento jurídico español en la materia en cuestión,

1 Vid, LAURENZO COPELLO, P.: "Introducción. Violencia de Género. Ley Penal y discriminación", en AA.VV.: *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España* (coord. por P. LAURENZO COPELLO), Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010, p.16.

2 MARTÍNEZ CORREA, I.: *Justicia restaurativa y mediación penal: una herramienta eficaz en la lucha contra la violencia de género*, Tesis en opción a Master en Derecho y Violencia de Género, Universidad de Valencia, 2014.

exponiendo luego la realidad socio jurídica que rodea el fenómeno en Cuba, combinación de la cual emergen propuestas concretas de *lex ferenda* a desarrollar en el último epígrafe de este trabajo.

Trabajar sobre las bases de implementar en el sustrato legal cubano una estrategia para afianzar la igualdad de género a través de la normativización de la mediación familiar; permitirá desterrar estereotipos predeterminados y roles asignados, especialmente cuando esta institución se ha convertido en herramienta de la sociedad en su batalla contra la deshumanización de las relaciones personales y en eficaz medio para lograr eliminar procesos litigiosos desde soluciones más flexibles, fruto de la voluntad de las partes.

Tal propuesta propicia la continuidad de los avances sociales en la isla, esencialmente mediante el enfrentamiento a las conductas discriminatorias hacia la mujer; evidenciadas en conflictos de naturaleza familiar; poniendo a su vez al descubierto la oportunidad que ofrece este modo alternativo de solución de conflictos, reconocido por promover una cultura de paz, el arte de la comunicación, el entendimiento y el sentido común. Todo ello permite consecuentemente demostrar el crecimiento ético de las personas y los operadores del Derecho y su capacidad para desarrollar el diálogo y con ello una verdadera justicia.

II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y DESIGUALDAD.

I. La familia como punto de partida.

La familia es un núcleo vital para el desarrollo social, que requiere la mirada reiterada y atenta del Estado. Congruente con ello es la reflexión de Medina Pabón cuando alega que la sentencia popular “la familia es la base de la sociedad” obedece al reconocimiento que han hecho todas las culturas de la necesidad de contar con estas células sociales estables, con identidad propia, (...). El simple hecho de que la familia eduque al sujeto para la supervivencia, la solidaridad y la convivencia, aprendiendo a respetar la autoridad, a raciocinar y dialogar; a aceptar las limitaciones a su libertad, a manejar su propio espacio y reconocer el de los demás, con la insuperable ventaja de que esa educación es impartida por individuos que lo hacen con el mayor afecto y afán de protección, justifica cualquier esfuerzo del poder político para defender la estabilidad de la familia. Siendo una verdad de a puño que la desintegración de la familia es concomitante con la decadencia y destrucción de las culturas, (...) y que el motor real de la economía son las necesidades y los esfuerzos de la familia, es prudente reclamar del Estado una actitud seria de protección a la familia³.

3 MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho civil, Derecho de Familia*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2008, p 30.

En la familia radican un entramado complejo de relaciones humanas que requieren para su propia existencia debates e intercambios que discurren en torno al desenvolvimiento de sus miembros. Se aprecia de modo natural, la necesaria retroalimentación entre los integrantes del núcleo familiar y a su vez un orden jerárquico en la toma de decisiones.

Este último elemento se expresa fundamentalmente debido a los roles tradicionales asignados a mujeres y hombres dentro del ámbito familiar. Históricamente las féminas han tenido una postura dependiente a los designios del jefe de familia, siendo encasilladas en estereotipos que les impiden tener iguales oportunidades y potestades en la sociedad y la familia.

Estas situaciones de desigualdad de género pueden en ocasiones resultar indiferentes para la mujer, puesto que su cotidianidad lo hace parecer completamente normal. Sin embargo, ello suele revertirse en problemática familiar; en tanto la interacción doméstica bajo el ejercicio de estos roles prediseñados debuta en daño físico o psíquico a la mujer, desencadenando un supuesto de violencia de género en el seno familiar.

2. Cuestiones cardinales.

En materia de violencia de género existen fuertes tensiones en lo que a conceptualización se refiere. En adelante se presentarán los ejes temáticos de la polémica, pretendiendo esclarecer las principales confusiones y sentando líneas de razonamiento sobre el fenómeno que conducen a entender la problemática que se favorecerá con la mediación familiar:

A) Violencia de género y violencia contra la mujer. Asociaciones terminológicas.

El empleo del término violencia de género únicamente asociado a la mujer ha sido blanco de ataque dada la distinción etimológica entre sexo y género. Pese a ello, se ha consolidado el empleo de la expresión violencia de género y violencia contra la mujer en el mismo sentido.

Armendáriz León y Mirat Hernández definen la violencia de género como cualquier acto de violencia sufrido por una mujer por su pertenencia al género femenino.⁴

Añadiendo elementos, pero bajo la misma esencia, y usando el término mujer; la Resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU

4 ARMENDÁRIZ LEÓN, C. y MIRAT HERNÁNDEZ, P.: "La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia* (Directores M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1169-1170.

en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; identifica la violencia contra la misma como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.⁵

A claras luces ambos términos, violencia de género y violencia contra la mujer, son coincidentes en que la acción se realiza contra las féminas, lo cual lleva a razonar que, aunque los términos en cuestión no sean sinónimos, el hecho de que la mujer haya sido el blanco histórico de este tipo de discriminación, impactó el medio etimológico, social y académico desembocó en su empleo de modo indistinto.

B) Violencia doméstica, violencia familiar y violencia de pareja. Distinciones necesarias.

La familia suele ser uno de los contextos que mayor expone la violencia de género, presentándose también una asociación de este término con el de violencia doméstica, pese a que pueden ser susceptibles de una individualidad terminológica.

La violencia doméstica alude a las agresiones dentro de la familia, pudiéndose entender como acto violento practicado entre los miembros de un núcleo familiar. Sin embargo, por ser el género femenino el más vulnerable a ello, existen tendencias que asumen que la violencia doméstica es la manifestación familiar de la violencia de género, asociándose inevitablemente.

Paíno Rodríguez comenta que el Foro Mundial contra la Violencia hacia la Mujer llega a incluir la violencia doméstica dentro de la violencia de género, al recoger que la violencia doméstica es una forma particularmente insidiosa de la violencia de género. En el lugar donde las mujeres y niñas deberían sentirse más seguras, la familia, es donde a menudo sufren el terror; del abuso físico, psicológico, sexual y económico. Por lo tanto, apunta, está considerando que la única violencia doméstica existente es la violencia de género, al incluirla como un sub-tipo de la misma⁶.

Al respecto Maqueda Abreu apunta que, en efecto, no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y, la otra, a la familia como sujeto de referencia. Nada empece a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la

5 Cfr., Artículo I de la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

6 PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J.: *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: especial consideración a las dificultades aplicativas*, Tesis en opción al título de doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2014, pp. 85-86.

violencia de género. También lo es la pareja y sin embargo, no agota las posibilidades de realización de esta clase de violencia⁷.

De los elementos que se aportan queda claro que la violencia de género puede manifestarse dentro de la familia, sin embargo, no se cree puedan usarse como expresiones coincidentes, en tanto, si bien son las mujeres las más afectadas, puede además ejercerse sobre otros sujetos que no tienen que ser necesariamente féminas y que aun siéndolo sean expuestos a acciones de esta naturaleza por razón de la edad u otros factores.

Por ello, es pertinente aclarar que la violencia doméstica puede darse por razones de género, pero su concepción se funda en el hecho de compartir o mantener una convivencia, saliendo del marco estrecho de los vínculos consanguíneos o de afinidad, hacia miembros resultantes de la familia ensamblada, menores o incapaces bajo el régimen de tutela, curatela, acogida, guarda de hecho o cualquier otra institución de asistencia.

De este razonamiento se desgaja la necesidad de esclarecer otros entes conceptuales, por su asociación ocasional con la violencia familiar. Los términos violencia doméstica y violencia familiar suelen emplearse como sinónimos, aunque no lo son en sentido estricto, puesto que no todos los miembros de una familia residen en el mismo hogar, ni todas las personas que residen en la misma casa son siempre familiares⁸.

De esta explicación deviene la principal distinción de esta categoría con la nombrada violencia familiar pues, mientras la primera asocia las acciones a personas que comparten comunidad de vida con independencia de vínculos de parentesco, la segunda hace radicar en ellos su esencia; sin embargo, en ocasiones los textos emplean los términos indistintamente sin reparar en esta distinción técnica. De ahí que, en resumen, ambas confluyan en una acción u omisión devenida de interacciones de convivencia o familia según sea el caso, llevada a cabo por una o varias personas, generando daño físico, psicológico o sexual a otros de sus integrantes, comprometiendo su integridad y/o a la estabilidad del núcleo familiar.

Una última precisión terminológica en la materia conduce a tratar la violencia entre los miembros de la pareja. Al respecto Moral y López se refieren a la violencia de pareja como un ejercicio de poder, en el cual, a través de acciones u omisiones, se daña o controla contra su voluntad a aquella persona con la que se tiene un vínculo íntimo, ya sea de noviazgo (relación amorosa mantenida entre dos personas con o

7 MAQUEDA ABREU, M. L.: *La violencia de género: concepto y ámbito*, Ponencia presentada en el Congreso internacional de Derecho de Familia realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F, entre los días 22-24 de noviembre el año 2005, disponible en www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-189s.pdf. Consultado el 21 de diciembre del 2016.

8 SANMARTÍN ESPLUGUES, J.: *3rd International Report, Partner violence against women Statistics and Legislation*, Instituto Centro Reina Sofía, Valencian International University, 2010, p. 26.

sin intención de casarse y sin convivir), matrimonio (relación de convivencia y mutuo apoyo entre dos personas legalmente instituida y que suele implicar un vínculo amoroso) o cohabitación (relación amorosa entre dos personas que conviven con o sin intención de casarse y que puede tener un reconocimiento legal distinto al matrimonio)⁹.

López y Pueyo refieren coincidentemente que la violencia contra la pareja es cualquier intento, amenaza o violencia real perpetrada por un hombre o una mujer contra alguien con quien se tiene, o ha tenido, una relación sentimental íntima¹⁰

Todo ello propicia a apuntar que esta nueva categoría nombrada violencia de pareja, es una derivación del concepto de violencia doméstica que individualiza los sujetos que la protagonizan. Sin embargo, la violencia de pareja tampoco resume el objeto de investigación pues la conducta violenta que se ejercita sobre la mujer en el escenario familiar; no se circunscribe únicamente a los lazos afectivo-sexuales entre hombre y mujer:

Por tanto, recorrida esta amplia gama de definiciones es válido precisar que el estudio a desarrollar se enfoca en la violencia que puntualmente se ejercita sobre la mujer en la familia, entendida como toda acción u omisión que, devenida de tales interacciones tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico hacia la mujer; así como las amenazas de tales actos.

En lo que se refiere a la concepción de familia las autoras se identifican con el criterio de Patricia Arés, cuando enuncia que la familia es la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común, que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia por dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.¹¹

III. MEDIACIÓN Y FAMILIA.

I. La mediación como una ADR desde la perspectiva española.

La sustitución de la autotutela por la heterotutela y la consiguiente eliminación de la primera como medio general de solución de controversias¹², constituyó en

9 LÓPEZ ROSALES, F.: "Violencia en la pareja. Un análisis desde una perspectiva ecológica", *Revista Ciencia Ergo Sum*, vol. 20, núm. 1, marzo-junio, 2013, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México, p. 6.

10 PUEYO, A., LÓPEZ, S. y ÁLVAREZ, E.: "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la Sharia", *Revista Papeles del Psicólogo*, 2008, vol. 29, pp. 107-122.

11 ARES MUZIO, P.: *Psicología de la familia, Una aproximación a su estudio*, Facultad de Psicología, Universidad de La Habana, p. 16. Disponible en: <https://asoepsi.files.wordpress.com/2011/02/libro-de-familia.doc>. Consultado en fecha 6 de diciembre del año 2016.

12 El artículo 455 del Código Penal español establece que "El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de

su momento un signo distintivo de civilización. Supuso el reconocimiento de la autoridad del tercero para resolver el conflicto entre las partes y por tanto su colocación en un plano de superioridad. Asimismo, implicó la objetivación legal de los parámetros para determinar la injusticia sufrida y su resarcimiento. Al uso de la fuerza se recurre en última instancia y de modo progresivamente institucional. Con todo ello las relaciones sociales se hicieron más igualitarias. Sin embargo, las controversias lejos de disminuir, aumentaron. Ya no era indispensable tener un determinado nivel de riquezas, influencias o fuerza para conseguir justicia como lo era antaño. El propio sistema instaurado permitía un fácil acceso a la justicia. Así, cuando la función preventiva del contrato o de la ley resultaban insuficientes, o cuando las soluciones contractuales o legales eran contrarias al valor Derecho, se interrumpían las relaciones sociales y era indispensable la remoción del obstáculo para que el ordenamiento jurídico, que entonces ya era una realidad, pudiera proseguir su curso¹³.

Así, con la heterotutela sigue persistiendo la necesidad de solucionar los conflictos públicos y privados, sólo que, con ella, la función en la que se condensa esa labor está encomendada a personas concretas y previamente determinadas: jueces y magistrados, investidos de la potestad jurisdiccional, también llamada poder judicial.

Según la clásica doctrina de Montesquieu¹⁴ existen en cada Estado junto al poder judicial otros dos poderes: el poder legislativo y el poder ejecutivo.

La concepción clásica del poder judicial es en extremo restrictiva comparándola con las otras dos. Por un lado, en cuanto a su ámbito de ejercicio, se circunscribe a castigar los delitos y juzgar las diferencias entre particulares, por otro lado, los jueces sólo son considerados como el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, como seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de las leyes.

La noción de poder judicial ha ido cambiando desde aquellos momentos históricos y en la actualidad se concibe como íntimamente ligada al derecho de acción del ciudadano. Derecho fundamental que la Constitución española identifica con el "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" (art. 24.1 CE) y que comúnmente denominamos derecho a la tutela judicial efectiva.

seis a doce meses. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos".

13 SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Jurisdicción", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, p. 20.

14 MONTESQUIEU, CH. L. DE S.: *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Sarpe (traducción de BLÁZQUEZ, M. y VEGA, P.), Madrid, 1984, pp. 168-178.

Pues bien, está surgiendo con fuerza una concepción más amplia que considera que los ciudadanos no son titulares sólo del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de un más amplio derecho de acceso a la justicia. Este derecho de acceso a la justicia incluiría, por descontado, a la tutela judicial y junto a ella, a los métodos alternativos de resolución de controversias.

La participación en la Administración de Justicia, que a los ciudadanos españoles corresponde, no se agota en el ejercicio de la acción popular; mediante la participación en el Jurado y en los tribunales consuetudinarios y tradicionales. A todo ello se refiere el art. 125 CE, pero su enumeración no puede considerarse exhaustiva. Más allá del marco constitucional y su referencia a modelos heterocompositivos, se pueden también considerar otros modelos autocompositivos y alternativos. De este modo el ciudadano tendrá la oportunidad de ser el actor principal dentro del sistema de la Administración de Justicia. Su contribución dinámica en la búsqueda de medios más plásticos y accesibles para resolver las controversias con otros ciudadanos, le garantizará una implicación personal en la solución de sus propios conflictos. Todo ese conjunto de métodos, algunos heterocompositivos, como el arbitraje, y otros autocompositivos, como la conciliación y la mediación, reciben el nombre genérico de ADR como modos alternativos de resolver las disputas (*Alternative Dispute Resolution*¹⁵).

Como indican Callejo Rodríguez y Matud Juristo¹⁶ refiriéndose a estos métodos "(...) no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos. Una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se adapte a sus intereses".

A través de la utilización de estos métodos alternativos de gestión de las controversias el trabajo de los tribunales no se vería sobredimensionado, como lo está en la actualidad y podría reservarse su actuación para cuestiones más medulares.

15 En la actualidad las siglas ADR responden mejor a la expresión *Adequated Dispute Resolution*, con lo que queda patente el cambio de enfoque al que se hacía referencia *supra* al hablar de un derecho amplio de acceso a la justicia a favor de los ciudadanos. Al cambio en la denominación se refiere BARONA VILAR, S.: "La mediación: Mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en AA.VV.: *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación*. (coord. por ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.), Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

16 CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M.: "La mediación en asuntos civiles", en AA.VV.: *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (Dir. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, y M. DE PRADA RODRÍGUEZ, y coord. J.M. CARABANTE MUÑTADA), Editorial Netbiblo S.L., La Coruña, 2010, p. 120.

La Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha venido a dar un especial impulso a este procedimiento de resolución de conflictos. Específicamente en el ámbito de la mediación familiar; hay todo un elenco de cuestiones que se resolverían más rápida y eficazmente en el entorno de los procedimientos de mediación.

2. Criterios en relación a la mediación familiar en casos de violencia de género.

Las bondades del procedimiento de mediación se han diseminado a varias ramas del ordenamiento jurídico, moldeando su esencia a los principios, instituciones, y categorías de la disciplina jurídica donde actuará. Así, el ámbito familiar constituye un espacio de acierto para tal modo alternativo de resolución de conflictos, con lo cual las sensibles y determinantes relaciones familiares encuentran solución mediante el consenso de sus miembros.

Surgido un conflicto entre los miembros de la familia, es a estos a quienes precisamente compete responsabilizarse de ello, de manera directa, abierta y franca. Mas, no habiendo capacidad o intención de asumirlo de tal manera, queda la vía de la intervención de un tercero, intervención que se podrá dar en razón de su autoridad o en virtud de la facultad que los involucrados le arroguen¹⁷. De ahí que, la mediación familiar responda a los elementos vistos de la mediación en sentido general, aplicándose a conflictos suscitados en interacciones sociales de tipo familiar:

En materia conceptual se comparte el criterio que enuncia que la mediación familiar es un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un procedimiento 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.¹⁸

Tal criterio tiene el mérito de enlazar la institución a un amplio concepto de familia, con lo cual se reconoce e integra su carácter renovador; siendo congruente con un diseño de mediación familiar que atienda las cuestiones de violencia de género que se manifiesten en las relaciones de esta nueva expresión histórica de familia.

17 MONTROYA SÁNCHEZ, M. Á. y PUERTA LOPERA, I.: "La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación", *Revista Opinión Jurídica*, julio-diciembre de 2012, vol. 11, p. 104.

18 GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 274.

El conflicto es inevitable en la vida cotidiana, los problemas que los sujetos enfrentan son el resultado de la alta complejidad de la interdependencia humana. Cuando estas aparecen y no pueden ser solucionadas entre las partes que la integran, se recomienda la mediación como una vía efectiva para lograrlo analizando en lo adelante, su concepción en casos de violencia de género, lo que exige nuevos atributos de la figura y sus participantes.

Los conflictos de naturaleza familiar tradicionalmente se han sustentado en roles y estereotipos de género por lo que es común que la mediación familiar deba enfrentarse a esta característica. Aun cuando la mediación familiar está dando muy buenos resultados, existen posiciones doctrinales arraigadas que sentencian que los casos de violencia de género no son idóneos para desarrollar procesos de mediación. Tal negativa invita al análisis de los principales criterios negativos y positivos del empleo de esta institución en tales circunstancias.

Los argumentos más sostenidos entre los detractores son:

- a) La transgresión de la naturaleza afectiva de las relaciones familiares.
- b) La desigualdad de las partes para hacer frente a la mediación.
- c) La inseguridad acerca de la imparcialidad del mediador:
- d) La posibilidad de que la mediación ofrezca verdaderas garantías para el cese de la violencia.

En cuanto al primer punto los opositores aluden que la naturaleza propia de las relaciones afectivas que deben llevarse a cabo en el seno de una familia, convocan a que los supuestos de violencia de género en ella acontecidos no remitan a un conflicto a solucionar sino ante un ilícito penal que procesar. Con ello esclarecen su postura relativa a negar la posibilidad de un escenario de armonía y comunicación como lo es la mediación, cuando se han violado principios naturales de respeto a los vínculos familiares. En estos casos apoyan la vía judicial para pronunciamientos de cualquier naturaleza entre ellos.

El segundo argumento se sostiene en el razonamiento de que las partes no se encuentran en igualdad de posiciones para encarar la mediación, puesto que la mujer en atención a los eventos de violencia se encuentra disminuida para dialogar, exponer y defender sus puntos en un intercambio de esta naturaleza, agregando que pudiera ser peligroso en tanto, el temor latente en la víctima pudiera desembocar en un acuerdo que no sea fruto del verdadero sentir de la mujer.

Ello se resume al decir que la razón más frecuentemente esgrimida en contra de la mediación y conciliación en casos de violencia familiar se centra en cuestionar el diferencial poder entre víctima y victimario. Se critica en principio el hecho de que la conciliación asuma que las partes en conflicto tengan igual poder, iguales recursos para negociar e igual capacidad de negociación¹⁹.

El tercer criterio cuestiona la posibilidad de que el mediador pueda mantener la neutralidad en el tratamiento del tema, en tanto la violencia tiende a generar rechazo natural, logrando con ello entorpecer la neutralidad en la asistencia que debe por igual mantener desde su postura, pues es complejo separar nuestros juicios durante la actividad profesional.

Sin embargo frente a estos juicios surgiría el interrogante de dudar entonces igualmente de la posibilidad de que el juez, ante procesos familiares donde existan antecedentes de violencia, pueda viciar su fallo atendiendo a su propio criterio moral respecto a estas conductas, por lo cual se cree que es un criterio que juzga a la ligera la profesionalidad de los mediadores al frente del proceso, a la vez que hace razonar sobre la profunda responsabilidad de capacitar sólidamente a las personas que asumen este perfil ocupacional.

Otro argumento que aportan los detractores es que el mediador no puede brindar garantías suficientes para soslayar la continuación de la violencia. En este caso se debe decir que un diseño adecuado de la mediación y una política criminal que juzgue adecuadamente las conductas violentas coloca en entredicho este argumento. Cesada la convivencia, o acabada la unión marital y procesado el evento violento penalmente en caso de requerirlo, existen oportunidades de lograr acuerdo en extremos civiles pendientes, erradicando las posibilidades de que persista la violencia.

Los seguidores de su implementación por su parte se afilian a los siguientes argumentos:

- a) La mediación ofrece un escenario más favorable al desarrollo de las relaciones familiares persistentes.
- b) Ofrece mayores beneficios para los menores.
- c) La solución fruto de la mediación será más fructífera para las partes.

¹⁹ HARR, B. J.,: *Mediation for Battered Women: same song, second verse - little bit louder, little bit worse*, Ponencia presentada en la Conferencia sobre Mujer y Mediación. New York University School of Law, Enero 21-22, 1984, p. 10.

En relación al primer argumento aludido se debe sostener la factibilidad de auxiliarse de la mediación familiar ante casos de violencia. Solventar idénticas cuestiones en sede judicial agrega a las relaciones en cuestión la típica dosis de tensión y enfrentamiento de todo proceso, perjudicando aún más la relación familiar y especialmente el vínculo con descendientes en caso de tenerlos. Por tanto, en atención a sus principios, es defendible la mediación como instrumento factible en el restablecimiento de relaciones deterioradas por el uso de la violencia, en aquellos casos donde las partes se mantienen vinculadas en virtud de las instituciones de familia.

En relación a los menores involucrados en este tipo de sucesos, es posible afirmar que serán los mayores beneficiados por la mediación, si los sucesos de violencia de género acontecieran entre sus progenitores. Mantenerse en medio de sus padres durante el largo período que toma un proceso judicial y quedarse luego en medio de las hostilidades que pudieran persistir entre ellos por los hechos sucedidos, o por un fallo judicial desfavorable, puede atentar directamente contra su buen desenvolvimiento educativo y social, impactando nocivamente el desarrollo de su personalidad. Por ello, se reconoce en la mediación un ambiente menos hostil y más beneficioso al menor que en caso de fructificar expandirá sus beneficios a las relaciones futuras entre sus padres y con respecto a él propiamente.

Finalmente, y en defensa de este procedimiento, debe alegarse que, sin dudas, el resultado de la mediación será siempre provechoso para sus protagonistas, pues será fruto de sus pretensiones, construidas a lo largo del procedimiento en atención a sus intereses y en enfrentamiento a la concepción de ganador y perdedor. Debe además señalarse el saldo positivo que deja a las féminas en relación al fortalecimiento de su autodeterminación y autodecisión, cuestiones usualmente quebrantadas en casos de violencia de género.

3. Análisis del ordenamiento jurídico español: fronteras y nexos con el Derecho Penal.

La penalización de las diferentes conductas relativas a la violencia de género es una tendencia de los últimos años, lo cual se corresponde a la atención de los Estados y la comunidad internacional hacia la erradicación de tales acciones, en aras de reivindicar a la mujer y colocarla en posición de igualdad en todo espacio social.

Teniendo en cuenta las perspectivas contradictorias de acudir a la mediación en estos casos, es sugerente examinar la posición legislativa seguida por España dado nuestros fuertes lazos históricos, tras los pasos de encontrar alternativas para el diseño de la mediación familiar en Cuba con un enfoque de género.

El análisis bajo estas directrices implica la consulta de cuatro normas que básicamente se encuentran implicadas en el tema: la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Código Penal.

La reforma de la nación hispana en la materia se inicia por conducto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El texto se pronuncia con respecto al enfrentamiento de la violencia de género, apreciándola como la más extrema manifestación de la desigualdad de género y por tanto un problema de interés público. Invoca el llamado de los cuerpos internacionales a combatirla, los antecedentes de su enfrentamiento en la nación y su estado actual frente a este fenómeno.

La norma provee una profunda reforma tanto en el orden legal como educativo, con un contundente trasfondo multidisciplinario. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Se rediseñan intensamente normas procesales, creando nuevas instancias, normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos. Resulta meritorio mencionar la previsión de la norma en cuanto a los menores, partiendo de su reconocimiento como afectados más potenciales y sensibles en el entorno familiar.

El artículo 1 de la precitada legislación refiere que su objeto es actuar contra la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres, reconociendo su conexión con la desigualdad, discriminación y relaciones de poder. Sin embargo, limita su aplicación a aquellos supuestos en que el hombre que haya incurrido en esta conducta sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia²⁰.

Por tanto, de la lectura del precepto surge una fuerte interrogante resumida en el comentario de Vargas Delgado cuando reflexiona que, aunque se trata de una ley de género, no protege a la mujer frente a cualquier agresión, sino sólo respecto de aquellas que se den en el contexto de una relación de pareja, por entender que es en ésta en donde se encuentra la situación de dominación que pretende atajarse²¹.

20 Cfr., Artículo 1, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

21 VARGAS DELGADO, M.: *El tratamiento penal de la violencia de género*, Tesis de grado de Derecho de la Universidad de La Laguna, 2014, p. 18.

Ello lleva a cuestionar el dejar fuera del campo de protección a las mujeres víctimas de agresiones igualmente machistas devenidas de interacciones familiares con otros sujetos o en otros espacios sociales.

Por tanto, en la LO 1/2004, la protección se relaciona estrechamente con la analizada violencia de pareja²², especialmente enfocada sobre la mujer, dejando fuera otros supuestos que también claman la intervención estatal. Con ello, es oportuno señalar a la ley la posibilidad de contemplar otras variantes en tanto se proclama como norma de protección integral a la violencia de género.

En materia de mediación asociada a eventos de violencia de este tipo, el contenido de la norma declara la negativa de aceptar la mediación en todo orden en tanto fundamenta es un modo de revictimización para la mujer. No obstante, ello no es del todo pacíficamente aceptado, razonándose que esta exclusión incurre en el error de no diferenciar los distintos supuestos de maltrato que se producen en la realidad. Si bien es verdad que habrá supuestos en los que la mujer no esté en condiciones de intervenir en una mediación, habrá otros en que sí, y la decisión legislativa de prohibirla en todo caso no parece muy acertada²³.

Con el razonamiento arriba indicado se intenta reflexionar sobre la bondad de romper la negativa categórica de la mediación, que no solo alcanza el escenario penal, sino que se extiende con el mismo ímpetu a la materia civil. Así, la Ley Orgánica 1/2004, motivó con su artículo 44, la reforma del artículo 87 ter de Ley Orgánica del Poder Judicial que, desarrolla las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y dispone en el apartado quinto, para todos los supuestos de competencia descritos, vedada la mediación²⁴.

Es claro que analizar la mediación en el ordenamiento español despierta dos sendas teóricas: una hacia la mediación penal y otra hacia la civil. Ambas disciplinas en este caso quedan fusionadas en una misma jurisdicción en casos de violencia de género y se tratan bajo una idéntica mirada en materia de mediación.

Según expresa Rondón Pereyra el legislador español quiso llevar toda violencia en el ámbito de la pareja al marco del proceso penal, arrastrando así a toda la familia, sin considerar la gradualidad ni origen de la violencia y que no todos los conflictos civiles tienen que llegar a ser penales si se da una respuesta adecuada en la jurisdicción civil²⁵.

22 *Vis supra*, epígrafe II. 2. B.

23 OLAIZOLA NOGALES, I.: "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, 2010, vol. XXX, p. 275.

24 *Cfr.*, artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004 en relación con el artículo 87 ter de Ley Orgánica del Poder Judicial.

25 RONDÓN PEREYRA, U.W.: *Mediación y Violencia de género*, Tesis doctoral, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, 2015.

El artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial crea los juzgados de violencia sobre la mujer y establece su competencia en el orden punitivo, enumerando los ilícitos penales que conocerá en caso de tipificarse contra féminas bajo las circunstancias del artículo 1 de la Ley 1/2004. Se relata como figuras relacionadas el homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

Se advierte además que la competencia alcanza a los delitos de igual naturaleza que se cometan contra otros sujetos vulnerables relacionados con la mujer como son los descendientes, propios o de la fémina, los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente 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. Con ello se expande la protección hacia otros miembros de la familia, siempre y cuando coincida el enfoque discriminatorio en el ámbito genérico.

En el orden de reformas del Código Penal puede aportarse que se caracterizaron por dos cosas: por un lado, se elevaron determinadas conductas, caracterizadas como faltas, a delitos; y, por otro, se elevó la pena cuando la víctima fuera mujer o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor²⁶.

En el orden civil se permite jurisdicción de este tribunal en cuanto a las instituciones familiares bajo determinados requisitos, con lo cual se conectan los sujetos del delito de violencia de género en el orden penal a una misma jurisdicción para definir cuestiones civiles latentes.

El apartado 5 cuando consigna que en todos estos casos está vedada la mediación suscita la duda de si es solo en el orden penal o también en la materia civil. A tal interrogante se une la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues no desecha expresamente la posibilidad de actuar ante estos casos, quedando abierta la interpretación de si se podrá o no mediar en los asuntos civiles que se dan entre los vinculados a los ilícitos penales de esta naturaleza.

Tal enigma se ilustra tras analizar el apartado 5, del cual deriva el comentario que razona que no estaría claro si afecta a los órdenes penal y civil o solo este último, que es el que precede inmediatamente al controvertido precepto²⁷.

26 OLAIZOLA NOGALES, I.: "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria, cit. p. 293.

27 CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 204.

Ante tal duda se considera que el hecho de que se encuentre en un apartado independiente y no expuesto como acápite de los procesos civiles y penales que conoce la nueva instancia, al tiempo que redacta “en todos estos casos”, rotundamente deja claro la imposibilidad de entender posible promover mediación en casos de violencia de género tanto en el orden penal como familiar:

Por tanto, el hecho de que los asuntos civiles queden en manos del precitado tribunal impide que las partes voluntariamente acudan a la mediación familiar, haciendo imposible emplear el procedimiento previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, salvo en los casos de sobreseimiento del asunto o que por voluntad de los involucrados no acudan al proceso penal resolviendo sus asuntos directamente con la mediación. Ello es poco probable en actos de violencia considerable.

La Ley 5/2012 define la mediación en su primer precepto como un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador; lo que responde en esencia a los elementos teóricos abordados anteriormente. El artículo 2 expone su ámbito de aplicación dirigido a los asuntos mercantiles y civiles, quedando excluida taxativamente la mediación penal²⁸.

Sin embargo, parece cuestionable, atendiendo a la amplia gama de supuestos que pueden darse dentro de la violencia de género y la necesaria voluntariedad para su inicio, que el asunto concluya taxativamente con la imposibilidad de aplicar la justicia restaurativa²⁹ a la mediación familiar:

Es sin duda la precariedad, física y emocional que pudiera tener la mujer; y la gravedad de ciertos comportamientos derivados de la violencia, lo que fundamenta las posturas extremas en contra de la mediación. Sin embargo, la rotundidad de los términos legales, comienza a crear inquietudes en sectores judiciales, doctrinales y políticos, planteando la opción de acoger, bajo firmes y determinados condicionamientos, la posibilidad de mediación profesional en los supuestos de violencia de género.

Parece más adecuado tener en cuenta las circunstancias de cada caso concretamente y en especial, los referidos a la existencia de la víctima, naturaleza

28 Cfr., Artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

29 Debe ser entendida como un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro. En ROSENBERG, M.: *Crime and Justice, a review of research*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

y circunstancias de los hechos, a la significación de la conducta y la consideración subjetiva de las partes³⁰.

Descrito el panorama normativo español se puede resumir en cuanto al tema de la mediación familiar en casos de violencia de género, que se entiende existe imposibilidad absoluta de su implementación. A pesar de esta conclusión y siguiendo un espíritu más renovador con mirada de reforma legislativa, sería prudente pensar que la prohibición en materia penal debiera ser matizada en un futuro y debería examinarse cada caso concretamente para ver si reúne los requisitos para poder someterse a mediación.

En cuanto a la mediación familiar en casos de violencia de género es posible pudieran esbozarse excepciones y requerimientos, sin embargo como directriz general se coincide con el criterio que apunta: "(...) Con referencia a la mediación que puede darse sobre el objeto civil, no cabe la menor duda que puede realizarse sin problema alguno para llegar a un acuerdo que satisfaga a las dos partes y beneficie la relación posterior en caso de tener que continuar"³¹.

IV. CUBA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Cuba ha obtenido excelentes resultados en los análisis que hace la Organización de las Naciones Unidas con respecto a la evaluación del cumplimiento de los Objetivos del Milenio,³² siendo reconocido el tercero de ellos dedicado a promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer como una de sus fortalezas.

En este punto en especial, los datos de la Organización Nacional Estadística (ONE) revelan que las mujeres tienen una amplia participación social, siendo un componente importante en todo ámbito. Ello se evidencia en el análisis de su preparación profesional, su incorporación al trabajo, su participación en la esfera de dirección y su presencia en los órganos de poder a nivel local y nacional.

La especial atención nacional a la igualdad de género antecede incluso al movimiento mundial al respecto, puesto que la Constitución de 1976 en sus artículos del 41 al 44 consagra la igualdad entre todos los miembros de la sociedad al margen de diferencia de raza, sexo o filiación religiosa. El precepto 44, en especial, centra su

30 GONZÁLEZ CANO, M.I.: "Introducción. La justicia restaurativa en el orden penal", en AA.VV.: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 40.

31 CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley Orgánica 1/2004*, cit., p. 365.

32 La Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del año 2000 aprobó la Declaración del Milenio. En ella se identificaron objetivos que apuntan a la lucha contra la pobreza y el hambre, la reversión del deterioro ambiental, el mejoramiento de la educación y la salud, la promoción de la igualdad entre los sexos y la cooperación internacional. De esa forma quedaron estructurados los 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM).

atención en el tema de género, dedicando su contenido a resaltar puntualmente la igualdad de derechos entre hombre y mujer en los principales espacios sociales³³.

Aun cuando el Código de Familia antecede a la Constitución se une a la inspiración de la Carta Magna en cuanto a su posicionamiento frente a las mujeres, en tanto fue una de las líneas políticas a seguir desde el primero de enero de 1959. Ello se consagra en el preámbulo cuando taxativamente se sanciona que la igualdad de los ciudadanos es un principio que debe plasmarse plena y expresamente en los preceptos de la legislación familiar, la cual sigue la línea de sustituir las arraigadas normas tradicionales de sometimiento a la mujer, sustituyéndola por otras que concuerden plenamente con el principio de equidad. Ejemplo de ello es la igualdad de los padres en cuanto a las potestades-deberes sobre los hijos, la participación conjunta de los cónyuges en las tareas domésticas, normalmente reservadas a las mujeres, la igualdad de ejercicio de la profesión y acceso al estudio y la igualdad de los hijos al margen del matrimonio.

En este camino transitado para lograr una verdadera transformación cultural de los valores y de las identidades, ha sido determinante la labor realizada por la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), que, desde su surgimiento en 1960, se ha convertido en una organización especializada en el tema de la mujer y un referente obligado para el gobierno en el diseño de las políticas, programas y leyes orientadas hacia la mujer o que inciden sobre ella. (...) Sin embargo, a pesar de las trascendentales transformaciones ocurridas en las relaciones de género y en la condición y posición de las mujeres cubanas de hoy, no se puede desconocer que aún persisten desigualdades en nuestra sociedad. Atenuarlas o eliminarlas constituye uno de los retos que aún tiene que asumir la sociedad en relación con la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres³⁴.

La esencia de este análisis no se centra en cuestionar el cumplimiento de este objetivo, sino en propiciar su fortalecimiento desde un importante escenario: la familia. En ella se manifiesta la desigualdad de género y especialmente la violencia como suprema expresión de la misma.

Los conflictos familiares sometidos a la sede judicial pueden encontrar controversias de género y deben pronunciarse incluso en cuanto a las cuestiones civiles pendientes tras sucesos de violencia de género extrema en las relaciones familiares, generalmente asociadas al proceso penal. Sin embargo, debería valorarse

33 Cfr., artículos del 41 al 44 de la Constitución de la República de Cuba de 1976.

34 ÁLVAREZ SUÁREZ, M.: "Relación de género en Cuba: Las construcciones socio-culturales de lo femenino y lo masculino. Perspectivas de cambio. Resumen de investigación", en AA. VV.: *La discriminación de género en el derecho y sus expresiones en la legislación y la práctica jurídica*, (coord. por Y. GONZÁLEZ FERRER), Unión de Juristas de Cuba, 2012, p. 100.

cómo lidiar con estas cuestiones en sede de mediación familiar; teniendo en cuenta que las polémicas de género nunca son ajenas a las relaciones familiares.

Delineando el momento por el que transita Cuba actualmente, conviene empezar reconociendo que, desde el punto de vista familiar, no existe ninguna norma jurídica que autorice la mediación en este ámbito; aun así, en las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia se realiza lo que pudiera considerarse como el antecedente más directo de la mediación familiar en Cuba.

De ahí que se concuerde con el criterio que expone que en este sentido se necesita de perfección, para llegar a ser similar a la mediación que se realiza en otros países, siendo la institucionalización jurídica la vía que garantizará que este método alternativo de resolución de conflictos alcance toda su plenitud³⁵.

Actualmente lo más cercano a la mediación con respaldo legal es lo regulado en la Instrucción 216 del Tribunal Supremo Popular aprobada en sesión ordinaria celebrada el 17 de mayo de 2012. Su articulado encuentra puntos de contacto con la mediación en tanto propicia la comunicación de la familia mediante la actividad conciliatoria, intentando alcanzar pactos que reconstruyan las interacciones familiares.

Resalta la posibilidad de intervención de un equipo multidisciplinario con el fin de obtener elementos que tributen a una mejor decisión del conflicto y la presencia del menor como sujeto capaz de aportar elementos a la decisión. Aun cuando ello ha sido acogido favorablemente por la sociedad arrojando resultados muy positivos, no deja de ser un proceso judicial que dista de la mediación.

Por tanto, es necesario una ley propiamente de mediación que responda por demás a una perspectiva de género. Uno de los asuntos a tener en cuenta es si se admitirá la figura ante expresiones de violencia de género, teniendo en consideración que algunos ordenamientos en casos como estos la admiten.

Se cree que la diversidad en la magnitud y tipo de violencia no debe cerrar la puerta a la mediación familiar en estos casos. Incluso se opina que puede existir tras la sentencia de un ilícito penal relativo a este tipo de agresión. La clave del asunto es primeramente el respeto pleno al principio de voluntariedad, lo cual debe contrastarse con la asesoría adecuada de los operadores del Derecho en los casos donde sea factible.

Teniendo en cuenta la polémica del asunto se debe evaluar la tipología de la violencia, la situación actual de la familia, la presencia de menores involucrados y el beneficio real que puede ofrecer ante la necesaria determinación de asuntos legales

35 RODRÍGUEZ MARTÍN, L. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A.: "El papel de los centros de mediación en la resolución de conflictos familiares. Su viabilidad en Cuba", *Revista Derecho y cambio social*, 2015, núm. 40, año XII, p. 16.

en el orden familiar. En el caso en que las partes hayan sido anteriormente partícipes de un proceso penal, la sugerencia parece aún más desatinada pero no imposible, puesto que otro proceso de carácter contencioso pudiera ser más perjudicial a los menores.

Es importante esclarecer que en Cuba no existe una Ley de violencia de género y solo las posturas más extremas de violencia hacia la mujer se tipifican como ilícitos penales, con lo cual es posible que la mediación familiar se tope con casos de violencia psicológica y económica, encubierta en normales polémicas familiares, sin que exista ninguna conexión o antecedente en el orden penal.

Pese a esta realidad, nada obsta que en lo sucesivo la labor legislativa enfoque su acción hacia la reglamentación de una norma relativa a la violencia de género, cuestión que, a consideración de las autoras es también una necesidad, pues quedan sin reproche penal nocivas conductas que agreden a la mujer en diferentes ámbitos.

En el caso de Cuba muchas de las formas que adquiere la violencia contra la mujer no se practican, por ejemplo: la mutilación genital femenina, el tráfico de mujeres, el infanticidio femenino y el acceso diferencial a los alimentos, ya que algunas son propias de otras culturas, y otras han sido eliminadas o atenuadas en virtud de las transformaciones ocurridas en la situación social de las féminas luego del año 1959. "Las principales formas en que se expresa la violencia en el país, de acuerdo a la información que ofrecen las estadísticas y los estudios disponibles son: la violencia intrafamiliar contra la mujer y las niñas, en todas sus gamas, con predominio de la violencia psicológica y de la emocional",³⁶ incluyendo dolorosamente la prostitución, uno de los males sociales más universales, aun presente pese al enfrentamiento penal al proxenetismo y la labor social de educación, rehabilitación y reinserción.

Por tanto, mientras no exista ley de violencia de género la mediación familiar solo se podría enlazar con el Derecho Penal en ilícitos asociados a la lesión de la integridad corporal o sexual de las mujeres y niñas en la familia.

El Código Penal de la isla caribeña, a propuesta de la Federación de Mujeres cubanas, en el año 1999 modificó su articulado mediante la Ley 87 del propio año. Su sentido fue abordar la violencia intrafamiliar incorporando como agravante el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Esta agravante sólo se tendrá en cuenta en los delitos contra la vida y la integridad corporal, y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud. Sin embargo, se cuestiona que la redacción del artículo no es

36 ALMAGUER RONDÓN, M.: *La violencia de género y sus manifestaciones en Cuba*, Disponible en: http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/pn/PN46/P_AlmaguerRondon.pdf. Consultado: 20 de diciembre del año 2016, p. 2.

la protección con un enfoque de género, pues se dirige a cualquier miembro de la familia siendo el matrimonio y el parentesco los términos de referencia.

Aun cuando el Código Penal y la Ley de Procedimiento Penal se reformaron recientemente por conducto del Decreto Ley 310 del año 2013, no tuvo este aspecto tratamiento alguno manteniendo la política criminal ausencia de un prisma de género³⁷.

En estos casos antes de proceder a proponer la mediación familiar, aun cuando exista voluntariedad, es recomendable realizar una evaluación de la mujer en el orden psicológico a los fines de definir su estado psíquico y el de otros afectados para enfrentar el procedimiento y en caso de no ser favorable sugerir alguna terapia antes de iniciar la mediación o tenerlo en cuenta para llevarla a cabo con el asesoramiento de un profesional de este tipo.

En cuanto a la violencia psicológica y económica es poco probable que el mediador tenga conocimiento de su existencia antes de iniciar las sesiones, por lo cual al detectarlo deberá tratar el asunto atento a la naturaleza del fenómeno. En el caso de que advierta algún tipo de violencia constitutiva de delito, la ley debería contemplar la obligación, con la correspondiente responsabilidad en caso de no hacerlo, de cesar la mediación y romper la confidencialidad del procedimiento, denunciando el suceso a las autoridades competentes³⁸.

En el primer caso al no ser punible estas manifestaciones corresponde al mediador la gran responsabilidad de conducir por el mejor camino posible a las partes, necesitando en todos estos casos la colaboración de un equipo multidisciplinario que le auxilie en otras áreas del conocimiento de necesaria remisión. Se sugiere que esté compuesto por psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, entre otros, según sea el caso.

Con ello, se propicia otro punto de tensión, dirigido a definir la titulación y capacitación del mediador en Cuba. En principio el graduado de Derecho puede ser mediador; no obstante, precisa además una necesaria capacitación que le propicie actuar en polémicas más allá del estricto conocimiento de la ley, teniéndose muy en cuenta estas cuestiones de género en el desarrollo de este tipo de perfil profesional. Se defina o no que sea el jurista el especialista que actúe como mediador; no estará

37 Cfr., Ley 62 de 1987 en relación con la Ley 87 de 1999 y el Decreto – Ley 310 de 2013, disponibles en <http://www.gacetaoficial.cu>

38 El art. 9.2 de la Ley 5/2012 de mediación española, establece que la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

ausente en el procedimiento lo que convoca una reflexión de los involucrados en su formación y capacitación.

En el plano educativo el Ministerio de Educación Superior y la Comisión Nacional de Carreras deben en conjunto proyectar el plan de estudios hacia la explotación de este perfil, ausente hasta el momento en los protocolos educativos, pues no solo quien aspire a ser mediador debe tener estas competencias, sino cualquier aspirante al gremio jurídico.

Las reflexiones anteriores dejan fuertes motivaciones de retomar el estudio de la mediación con una mirada de género haciendo posible, bajo las líneas de este proceso, la restitución de la igualdad de género y el apoyo al desenvolvimiento favorable de las relaciones familiares que perduran luego de estos acontecimientos.

V. REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

La ausencia histórica en Cuba de una normativa en materia de mediación es motivación para concretas propuestas de estas autoras con una visión de *lege ferenda*, añadiendo a las cuestiones genéricas de esta institución una visión de género.

Por ello se entiende que la futura regulación de la mediación familiar en Cuba debería contemplar los siguientes aspectos:

- 1) El total respeto al principio de voluntariedad en todas las etapas del proceso
- 2) La admisión ponderada del procedimiento de mediación familiar en casos donde ha existido violencia de género cumpliéndose determinadas precauciones
- 3) La solicitud de una evaluación de los sujetos que pudieran estar más afectados con la violencia de género antes de iniciar el proceso, a los fines de decidir su estabilidad emocional para enfrentar el mismo. En los casos que la tipología de violencia no sea punible y sea advertida por el mediador igualmente debe proceder de este modo
- 4) En todos los casos de esta naturaleza se debe auxiliar al mediador de un equipo multidisciplinario que le asesore y el propio mediador ha de poseer un perfil claramente especializado en esta clase de conflictos.

La desigualdad de género sigue siendo un estigma que azota a la sociedad captando la atención de la comunidad internacional. Dentro de los diferentes espacios donde se manifiesta, es la familia como comunidad de vida uno de los escenarios más frecuentes para el desarrollo de las diferentes tipologías de violencia.

Los métodos alternativos de conflicto ganan espacio en el mundo jurídico contemporáneo, siendo también la familia una de las instituciones más beneficiadas.

Permitir la mediación familiar en casos de violencia de género es una cuestión que genera fuertes controversias. La legislación española de género se inclina por tratar estas cuestiones en tribunales especializados excluyendo la mediación.

Cuba es un ordenamiento prácticamente virgen en temas de mediación pues no se reconoce ninguna norma que especialmente la contemple. Por ello es recomendable que se tracen líneas para una futura implementación de la figura con un enfoque de género, dejando abierta la puerta para que las partes definan lo que es más conveniente a su familia, teniendo en cuenta sus diferentes expresiones. Solo le resta al Derecho convertir esto en una oportunidad que sea garantía para la familia y una herramienta más de lucha contra la desigualdad, que es el verdadero reto del Derecho y de sus operadores.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGUER RONDÓN, M.: *La violencia de género y sus manifestaciones en Cuba*, Disponible: http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/pn/PN46/P_AlmaguerRondon.pdf.

ARES MUZIO, P.: *Psicología de la familia, Una aproximación a su estudio*, Facultad de Psicología, Universidad de La Habana. Disponible en <https://asoepsi.files.wordpress.com/2011/02/libro-de-familia.doc>.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. y MIRAT HERNÁNDEZ, P.: "La tutela de la familia en la Parte especial del Derecho penal (Libros II y III del Código Penal de 1995)", en *Tratado de Derecho de la Familia Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia*, Dir: MARIANO YZQUIERDO TOLSADA y MATILDE CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

BARONA VILAR, S. (Dir): *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BARONA VILAR, S.: "La mediación: Mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en AA.VV.: *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación*. (coord. por J. F. ETXEBERRÍA GURIDI) Thomson Reuters-Aranzadi, España, 2012.

BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: Tras La Aprobación De La Ley 5/2012, De 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BEJARANO JIMÉNEZ, MARÍA J.: *Sensibilización en Igualdad de Oportunidades y Prevención de la Violencia de Género*, La Rana Verde, Plasencia, 2015.

BRACAMONTES RAMÍREZ, P.E., et al: *Regulación Legal de la Violencia de Género: Análisis Comparado de la Legislación Española y mexicana*, Valencia: Universitat de València, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2014.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M.: "La mediación en asuntos civiles", en AA.VV.: *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Directores) y CARABANTE MUNTADA, J.M.), Ed. Netbiblo, La Coruña, 2010.

CARRASCO FUENTES, F. M.: *Las ventajas de la aplicación de la mediación en los conflictos de violencia intrafamiliar*, Tesis en opción al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, 2004.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: (Dir.) *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

DUPLÁ MARÍN, M. T.: *Mediación Familiar: Aspectos Teóricos, Jurídicos y Psicosociales*, Dykinson, Madrid, 2013.

ESCUADERO HERRERA, C. y MONTERROSO CASADO, E. (Coordinadoras): *Mediación civil y Mercantil*, Centro de Estudios Financieros, 2015.

EXPÓSITO, F.: *Revista Mente y Cerebro*, Mayo/Junio, No 48, 2011.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA A. y DE HOYOS SANCHO, M.: *La Mediación En Procesos Por Violencia De Género*, 1ª ed., Cizur Menor Navarra, Aranzadi, 2015.

FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A. M.: *El Impacto de la Mediación en los casos de violencia de género: Un Enfoque Actual Práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: *Violencia de Género e Igualdad: (Aspectos Jurídicos y Sociológicos)*, Editorial Universitas, Madrid, 2014.

FIGUERUELO, Á.: *Violencia De Género e Igualdad: Una Cuestión De Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2013.

GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Ed. Reus, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ-CAPITEL, C. (Coordinadora): *Mediación x 7*, Editorial Atelier, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ FERRER, Y. (Coordinadora): *La discriminación de género en el derecho y sus expresiones en la legislación y la práctica jurídica*, Unión de Juristas de Cuba, 2012.

HARR, B. J.: *Mediation for Battered Women: same song, second verse - little bit louder, little bit worse*, Ponencia presentada en la Conferencia sobre Mujer y Mediación, New York University School of Law, Enero 21-22, 1984.

LASHERAS LERRERO, P.: *Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005*, REDUR 5, diciembre 2007.

LAURENZO COPELLO, P.: *La Violencia de Género en la Ley: reflexiones sobre Veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

LÓPEZ ROSALES, F., *Violencia en la pareja. Un análisis desde una perspectiva ecológica*, Ciencia Ergo Sum, volumen 20, núm. 1, marzo-junio, 2013, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México.

MAQUEDA ABREU, M. L.: *La violencia de género: concepto y ámbito*, Ponencia presentada en el Congreso internacional de Derecho de Familia realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F, entre los días 22-24 de noviembre el año 2005.

MARTÍNEZ CORREA, I.: *Justicia restaurativa y mediación penal: una herramienta eficaz en la lucha contra la violencia de género*, Tesis en opción a Master en Derecho y Violencia de Género, Universidad de Valencia, 2014.

MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho civil, Derecho de Familia*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2008.

MERINO ORTIZ, C., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y MÉNDEZ VALDIVIA, M.: *La Mediación Familiar en situaciones asimétricas: Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, Madrid, 2013.

MONTESQUIEU, CH. L. DE S.: *Del Espíritu de las Leyes*, Ed. Sarpe (traducción de BLÁZQUEZ, M. y VEGA, P.), Madrid, 1984.

MONTOYA SÁNCHEZ, M. Á., PUERTA LOPERA, I.: "La mediación familiar: El encuentro de las partes como apertura a la transformación", *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 11, julio-diciembre de 2012.

MUNUERA GÓMEZ, M.P.: *Nuevos retos en mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

OLAIZOLA NOGALES, I.: "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XXX, 2010.

OROZCO PARDO, G.: *Tratado de Mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J.: *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: especial consideración a las dificultades aplicativas*, Tesis en opción al título de doctor en Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2014.

PUEYO, A., LÓPEZ, S. Y ÁLVAREZ, E.: "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la Sharia", en *Papeles del Psicólogo*, vol. 29, 2008.

RODRÍGUEZ MARTÍN, L. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A.: "El papel de los centros de mediación en la resolución de conflictos familiares. Su viabilidad en Cuba", *Revista Derecho y cambio social*, 2015.

ROSENBERG, M.: *Crime and Justice, a review of research*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

RONDÓN PEREYRA N., WARDETRUDIS U.: *Mediación y Violencia de género*, Tesis doctoral, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, 2015.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C.: *La mediación Familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Editorial Aranzadi, 2008.

SANMARTÍN ESPLUGUES, J.: *3rd International Report, Partner violence against women Statistics and Legislation*, Instituto Centro Reina Sofía, Valencian International University, 2010.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Jurisdicción", en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. Y MÉNDEZ TRUJILLO, I. M.: "La mediación familiar; una necesidad impostergable para la resolución de conflictos familiares en Cuba", *Revista Chilena De Derecho y Ciencia Política*, enero-abril 2013.

VARGAS DELGADO, M.: *El tratamiento penal de la violencia de género*, Tesis de grado de Derecho de la Universidad de La Laguna, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Violencia de Género en la Pareja y Daño Moral: Estudio Doctrinal y Jurisprudencial*, Comares, Granada, 2014.