

DERECHO, REALIDAD SOCIAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO

-Un breve enfoque criminológico

Carlos Alberto Pérez Gines^(*)

Fecha de publicación: 01/07/2012

*A mis padres,
hermanos y
a mi querida Virginia.*

SUMARIO: INTRODUCCION. **1.** El declinar del Derecho Penal preventivo. 1.a Hacia un populismo punitivo. 1.b Las consecuencias de la llamada globalización. 1.c La llamada huida hacia el Derecho Penal. **2.** Realidad social y Derecho en la llamada Violencia de Género. 2.a La tradición como norma en la historia. 2.b Breve referencia a la violencia. 2.c Violencia en el ámbito familiar y otros tipos. **3.** Referencias normativas establecidas por la legislación internacional y nacional sobre violencia en el ámbito familiar. 3. a Medidas adoptadas en el ámbito internacional. 3. b Medidas adoptadas en el ámbito nacional. ANALISIS FINAL.

INTRODUCCIÓN

Como algunos doctrinarios perciben, hay una estrecha relación entre Derecho y sociedad, decía Rosseau: *“las leyes no son sino las condiciones de la asociación civil, y el pueblo, sometido a las leyes, debe ser su autor;*

^(*) Nacido en Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; es Secretario Judicial de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en Madrid; ha inscrito la lectura de su Tesis "La Mediación Penal" en la Universidad Rey Juan Carlos; es autor de artículos publicados como "Sobre la violencia de género"; "La Conciliación ante el Secretario Judicial: un nuevo reto"; "La Mediación Penal en el ámbito de la violencia de género"; "Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares"; "La Orden de Protección".

carlos.alberto.perez@madrid.org, pergincp@yahoo.es

sólo corresponde a los que se asocian regular las condiciones de la sociedad”; así como entre individuo y sociedad, siguiendo a Rosseau este afirma que *“los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservarse que constituir, por agregación, una suma de fuerzas que pueda exceder a la resistencia, ponerla en marcha con miras a un único objetivo, y hacerla actuar de común acuerdo”*, partiendo por tanto de estas premisas, no es posible pensar en la existencia de una sociedad de hombres en la que los conflictos de intereses y de derechos no se hagan presentes, por tanto la teoría de la sociedad nos explica las relaciones humanas como relaciones contradictorias, antagónicas y en constante conflicto.

Esto es consecuencia lógica dado que las normas que reglamentan la vida en sociedad son susceptibles de ser violadas, de esta forma podemos ver como cada Estado, según sus necesidades, ha enfrentado el problema de desestructuración normativa mediante la ley y recurriendo a la pena como medio de control de esas conductas irresponsables y donde la justifican como un fin para la protección de la sociedad. Establecen que toda amenaza en contra de ellos o toda violación de las normas que los protegen deben ser entendidas como un daño que debe ser prevenido mediante la imposición de una pena, cuya ejecución es considerada no solo como el restablecimiento del deber de obediencia sino, además, como reacción defensiva del cuerpo social contra quienes violan sus reglas.

Por tanto cabe establecer que las relaciones sociales han sido establecidas bajo términos de dominación a las que el Derecho presta eficacia con los medios que le son propios. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente repetidas veces denunciado y donde vemos que el Derecho Penal ha entrado en un círculo vicioso, en el que un pretendido y discutible aumento de la delincuencia corre parejo con un demandado aumento de la dureza en la represión punitiva que pareciera que se intenta volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había liberado totalmente en aras de un derecho humanista y donde se apela a la teoría del miedo con el fin de lograr encauzar el comportamiento de los individuos, afirmaba Hobbes que *“de todas las pasiones, la que menos inclina a los hombres a quebrantar las leyes es el miedo”*.

Se dice que una sociedad esta en crisis cuando se incumplen por parte del individuo las expectativas esperada por esta para la convivencia pacifica, resulta evidente en consecuencia que la realidad social que hoy nos invade es difusa, convulsa y de un tiempo a esta parte hay una especie de alarma ante hechos sociales violentos en muchos ámbitos como los actos de violencia contra las mujeres, contra los menores, contra los ancianos a lo

que contribuye la crisis de efectividad de la tutela jurisdiccional que deriva esencialmente de los retrasos cada vez más prolongados en el tiempo del proceso frente a una cada vez más creciente necesidad de soluciones y, además porque nada de lo que haga el Estado será suficiente para determinados grupos populistas y feministas (recordemos que una de las tesis que maneja este colectivo es: *“como partido feminista nos proponemos la abolición de la familia como institución legal, única y obligatoria, para cubrir las necesidades materiales y afectivas del hombre. El modo de producción doméstico debe desaparecer para ser sustituido por servicios estatales. Y las relaciones afectivas del ser humano deben pertenecer a su intimidad y libre elección, y no ser impuestas coercitivamente por una institución sobre la que se basan todos los mecanismos de explotación de la mujer”*), que hacen caldo de cultivo para sus principios represivos hasta el punto que encontramos reclamaciones a ultranza de la vuelta de la “cadena perpetua”, hasta se ha llegado a mencionar el restablecimiento de la pena de muerte, lo que nos muestra que si el merito de los hombres se mide por su fidelidad a los valores que se proclaman, nuestra época es la más despreciable de todas.

El cambio social que se ha acelerado en las modernas sociedades industrializadas como consecuencia de la innovación, el desarrollo económico y la multiplicación de la información, estaría transformando la forma en la que los actores sociales llegan a percibir la sociedad y por ende su propio destino. La prioridad de los valores materialistas esta produciendo que las instituciones presten atención a temas políticos coincidentes con las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales y producen por tanto un impacto significativo sobre el comportamiento electoral que preocupa a los partidos políticos.

Hoy resulta más que manifiesto una llamada “huida hacia el Derecho Penal” donde se olvida la característica especial de éste, entendida como que, solo ha de actuar sobre las relaciones de convivencia usando de su poder coactivo en última instancia. Y donde también podemos observar que las constantes modificaciones llevadas a cabo en materia penal y procesal están conduciendo a provocar una mayor indefensión muchas de las veces por ese intento de protección “in extremis” y en aras a una supuesta protección inmediata de la víctima (en el caso de la violencia doméstica) estamos creando quizás un nuevo tipo jurídico de víctima justamente a raíz de la intervención punitiva. También resulta apreciable que la víctima, que es elemento clave en la consecución de los fines del proceso ya que resulta ser la persona dañada por el hecho delictivo, queda relegada, apartada, pasa a un segundo plano, es utilizada por los medios de comunicación con claros fines económicos, y lo único claro que resulta de esto es que la víctima ya

no es el fin sino el medio para que de esta forma el poder punitivo del Estado se muestre cual más represivo ante la sociedad.

De este modo podemos observar un cierto desequilibrio que muestra el Estado entre el uso mínimo del Derecho Penal como última ratio, como garantía de la convivencia pacífica ateniéndose a los parámetros establecidos por principios, derechos y garantías como fundamento de sus ordenamientos jurídicos y el uso máximo; incluso se diría un abuso del mismo más allá de lo permitido entre los principios y derechos hasta el colmo de llegar a ignorar o propugnar su derogación directamente en aras a luchar *dizque* contra la criminalidad de todo tipo y en pro de la defensa social.

Por otro lado se hace evidente el fracaso de un nuevo modelo económico llamado “Globalización” que entre algunas de las características propias de este tipo de comercio, podemos destacar que es en el que se implementan medidas políticas-económicas para beneficiar a intereses particulares y no al interés general, y que constituyen un terreno abonado para la germinación de la corrupción pues de esta forma socava la estructura social, el principio de la mayoría y las bases mismas de la democracia, y como resultado de todo esto ha venido a producir el fracaso y posterior caída de esta llamada “globalización económica”. Ha quedado demostrado que la globalización deshumaniza y mortifica tanto a los dominantes como a los dominados, pero es la clase explotada la que es alienada al extremo de una inhumanidad servil ante la riqueza.

La violencia siempre ha existido y hoy no estamos descubriendo nada nuevo en lo relativo a este tema, Hay una cierta egolatría y neurosis de la identidad individual, que está igualmente en el origen de la mayoría de las violencias ejercidas en el ámbito privado y familiar sobre las partes más débiles: los niños, las mujeres, las personas mayores, de esta forma, la violencia para muchos ha sido entendida como una característica de las interacciones humanas dentro de una sociedad, pero lo realmente dañino es la intervención, en primer lugar, de la maquinaria establecida por los medios de comunicación que en su forma de vender la información la magnifican o dramatizan, y de esta forma causa alarma y una incertidumbre en la sociedad. La violencia doméstica siempre ha actuado amparada por viejos principios culturales, por costumbres sociales y por normas religiosas que tradicionalmente han promulgado la sumisión casi absoluta de la mujer al hombre, por ende el valor otorgado a la privacidad de este problema es algo aprendido durante largo tiempo por las sociedades y transmitido a lo largo de los siglos, y aún presente en todas las sociedades.

De esta forma, la violencia por tanto no puede ser considerada de forma aislada, ésta tendrá lugar en un contexto social con un significado y función

sociales, y así la violencia es tradicional, el patriota, el humanitario, el nacionalista, el agricultor, los trabajadores, todos de alguna forma han empleado la violencia para el logro de sus objetivos en un pasado relativamente reciente.

En la historia encontramos muestras patentes de uso de la violencia como coacción pero aceptada socialmente en el momento en el que la observamos, se dice por ejemplo que el primer soberano emperador de China Qin Shi Huangdi, quizás el más déspota que haya existido, mando enterrar vivos a muchos sabios confucianos para que en el imperio del devenir no hubiere otra sabiduría que la que a él a su vez impartía a sus funcionarios. Cuanto de violencia se podría haber ejercido en la construcción de la Gran Muralla China, en las pirámides egipcias y en la azteca, en la construcción de la Cruz de los Caídos.

Tan grande ha sido nuestro compromiso con la violencia tanto positiva como negativa a través del largo curso de nuestra historia, que la violencia se ha convertido verdaderamente en parte de nuestra estructura de valores no reconocida. Todos los hombres tienen un origen común, pero la violencia producida entre grupos que se reconocen diferentes no conoce el fin. La coacción como medio del Estado no es un medio normal ni único, sino específico. El Estado es la comunidad humana que en un territorio determinado monopoliza con éxito la violencia legítima. La dominación es considerada legítima porque es aceptada por la costumbre y la tradición: obediencia que es influida por el miedo al castigo, a la violencia del Estado.

Finalmente ruego a los lectores que perdonen quizás algunas lagunas en la que pudiera incurrir en este trabajo, esta es una pequeña aportación que realizo con la mayor de las voluntades e ilusión, tratando de reunir algunos aspectos del comportamiento humano y para llamar la atención de alguna manera sobre si el castigo cruel y algunas veces despiadado ha logrado establecer una sociedad segura, por tanto, planteamos que el Derecho ha de ser concebido como instrumento que garantice la paz, donde se refuerce el respeto a la dignidad humana de cada uno de los miembros del grupo, y que sirva de hilo conductor que facilite el desarrollo de los Derechos Fundamentales individuales y colectivos.

Por tanto, ante actos poco claros sería deseable actuar de manera preventiva y provisional sin los condicionantes de la intervención penal que está demostrando ineficacia en la detección de posibles amenazas, resulta evidente que el hombre es producto de la sociedad, por lo tanto no solo recibe influencias de ésta, sino que también puede ayudar a modificarla. Comprobado está que la educación y la formación hasta el periodo de convivencia van favoreciendo la interiorización de determinados valores y principios sobre los que luego basaremos en parte nuestras conductas, por

lo que tratar de limitarlas con leyes duras, un fenómeno tal y como es la conducta humana, en el que se nos ha enseñado y se ha aprendido la desigualdad entre hombre y mujer como algo normal en nuestras sociedades, es algo complejo.

El enfoque aplicado y que podemos apreciar en lo que a violencia de género se refiere lo único que está logrando es dejar en total evidencia la ineficacia del Derecho Penal, la percepción en la sociedad de que no sirve para nada, que no protege, y esto puede ser resultado de una utilización de forma excesiva del Derecho Penal y en donde se puede lograr apreciar que no en todos los casos puede pronunciarse. Sería deseable que la legislación se acerque más a la realidad de la agresión; los medios de comunicación deben contribuir a formar y no a deformar la percepción de la realidad de estos hechos. Pero también sería conveniente investigar más acerca de las causas de la violencia producida en el ámbito familiar, hay que ir a la raíz del problema, caso contrario, las soluciones serían muy precarias. Por lo tanto, no solo es lícito sino también es deseable instar e investigar la adopción de medidas alternativas, todo esto siempre dentro del respeto de lo que constituyen los derechos fundamentales de cada persona y de forma respetuosa también con el principio de seguridad.

1.- El declinar del Derecho Penal preventivo

*“Cuanto más interdictos y prohibiciones hay,
más el pueblo se empobrece
cuanto más se multiplican las leyes y las ordenanzas
más pululan los ladrones y los bandidos”*

Lao Tse

Coincidiendo con el sentir de muchos doctrinarios resulta evidente apreciar desde hace ya buen tiempo un declinar de las ideas humanistas que “la Ilustración” tuvo a bien alumbrar; éste, en todos sus secretos rincones, en su admirable efervescencia de investigaciones e inquietudes es de todos modos, un renacimiento de las ambiciones, del espíritu humano, de la confianza en sus progresos y en su capacidad para hacer reinar la justicia y la felicidad a través de mejores instituciones; de esta forma, la mayor expresión de los ideales del liberalismo constituyó la afirmación del principio de la dignidad humana, asegurando su libertad e igualdad; hoy la orientación reinsertadora de las penas (según el espíritu promulgado en nuestra Carta Magna) y un talante humanista de las mismas, se ve amenazada en pro de una pretendida “seguridad ciudadana” que violenta

ciertas libertades civiles bajo la denominada “*tolerancia cero contra la delincuencia*”, y asimismo, las doctrinas justificadoras del castigo no precisan si todo tipo de castigos son admisibles. Se va generalizando de esta forma un fenómeno que pervierte la esencia misma del derecho y tiende a extralimitarse y busca su expansión en ámbitos privativos de los ciudadanos; en base a esta justificación se están cambiando concepciones jurídicas y sociales muy serias y arraigadas bajo el grito de tolerancia cero contra la delincuencia de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas, procurando de esta forma no la reeducación sino la desaparición visual del individuo.

Hemos de recordar que en épocas anteriores en el antiguo sistema el cuerpo de los condenados pasaba a ser cosa del rey sobre el cual el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder; en materia de Derecho Penal imperaban leyes penales rígidas con penas que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales; era difícil distinguir entre justicia y capricho individual, a menudo no existían procedimientos definidos, y en los que sólo después de producirse el encarcelamiento los reos descubrían de que crímenes se les acusaba, donde las prisiones eran utilizadas como un medio para la eliminación de aquellos que eran considerados indeseables por sus vecinos o enemigos.

A lo largo de todo el Siglo XVIII, en el interior y en el exterior del aparato judicial, en la práctica penal cotidiana así como en la crítica de las instituciones, se advierte la formación de una nueva estrategia para el ejercicio del poder de castigar. Se trata de hacer que el poder de juzgar no siguiera dependiendo de los privilegios múltiples, discontinuos, contradictorios a veces, de la soberanía, sino de los efectos continuamente distribuidos en la fuerza pública. Y la “reforma” propiamente dicha, tal como se formula en las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, con sus objetivos primeros: hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad: no castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social.

La razón de que la ley deba tratar ahora “humanamente” a aquel que se halla “fuera de la naturaleza” (mientras que la justicia de antaño trataba de manera inhumana al “fuera de la ley”), no está en una humanidad profunda que el delincuente escondiera dentro de sí, sino en la regulación necesaria de los efectos del poder. En cuestión de pena el mínimo está ordenado por la humanidad y aconsejado por la política. Las penas, los castigos que se imponen a aquel que trasgrede esas líneas maestras establecidas por el

Estado han recaído históricamente sobre aquellos bienes que más preciados aparecen para el hombre, así la vida, la integridad física, la libertad, el status económico, etc., con la evolución de la civilización se han ido humanizando las penas, circunscribiéndose estas, cada vez más, en un ataque a la libertad y al status económico de la persona de forma que queden proscritos esos otros tipos de castigo.

Igualmente se ha ido humanizando el contenido de la pena y haciendo que su ejecución sea cada vez menos infamante y que la restitución del bien de la persona sea únicamente aquel o aquellos a que concretamente ha sido condenado. Hobbes afirmaba que “un crimen es un pecado consistente en la comisión (por acto o palabra) de aquello prohibido por la ley, o la omisión de lo mandado por ella. Con lo cual todo crimen es un pecado, pero no todo pecado es un crimen”. De esta forma puede observarse en Hobbes que aun admitiendo el juicio moral sobre las acciones humanas, diferenciaba claramente su esfera de aplicación frente a los hechos punibles por la ley. Podemos por tanto observar como los pioneros de la reforma penal estaban, en consecuencia, fundamentalmente preocupados por limitar el poder sancionador del Estado (tanto en los medios empleados como en la extensión de su uso) creando normas determinadas e imponiendo un rígido control sobre las autoridades.

Se atribuye, por tanto, a dicho movimiento intelectual el establecimiento de una nueva concepción del progreso basado en la razón, que se manifiesta dentro del Derecho en un clima de sensibilidad moral con respecto de la dignidad y del valor humano y, donde posteriormente se podría destacar el reconocimiento del delincuente también como persona y ciudadano, la necesidad de un trato más humanizado e incluso rehabilitador del mismo (reconocido en el art. 25 de la Carta Magna) a través de un sistema punitivo respetuoso con los Derechos Fundamentales; Si entendemos la resocialización con un contenido mínimo de desocialización, el propio sistema legal de penas debe favorecer que la ejecución no sea radicalmente contraria a tal objetivo, por ejemplo, estableciendo sustitutivos de las penas cortas y limitando la duración de las penas largas.

Por ello aunque los sustitutivos penales supongan la renuncia a la ejecución de la pena de prisión, la orientación preventiva especial –si se quiere, a la reinserción social-, se encuentra presente como finalidad prioritaria en dichas previsiones informando su interpretación y aplicación y resultando de vital importancia para el análisis de dicha regulación. Por ello lo importante no es afirmar o negar la prevención general o especial, sino establecer: *qué y cómo se previene y como y hasta donde se reeduca*. no se trata de hacer un ebanista o un literato sino de hacer un hombre que a veces desaparece cuando se convierte en penado. Consecuentemente se trata de

dar un nuevo enfoque a los métodos punitivos, al respecto Beccaria afirmaba *“los hurtos que no tienen unida violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser empobrecido de lo propio. Pero como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres a quien el derecho de propiedad (terrible y acaso no necesario) ha dejado solo la desnuda existencia, y tal vez las penas pecuniarias aumentarían el número de los ricos conforme creciese el de los necesitados, quitando el pan a una familia inocente para darlo a una malvada, la pena más oportuna será aquella única suerte de esclavitud que se puede llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo para resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado contra el pacto social”*.

Prima la idea, por tanto, de que hay que tener métodos y lógica especial en la pedagogía del presidio, algo así como enseñar gimnasia a un hombre que no tiene los movimientos libres, la utilización real de la reeducación, entendida como educar de nuevo, o lo que es lo mismo educar lo que se educó con hábitos equivocados es la pretensión ideológica del art. 25.2 de nuestra Carta Magna; se trata de adecuar la gravedad de las penas a la gravedad del delito y al nivel de responsabilidad del que lo cometa, y de la prohibición de aplicar penas desproporcionadas, inhumanas o crueles (como la pena de muerte); y todo esto en estos momentos criticados por voces populistas que reclaman la vuelta al viejo Derecho Penal autoritario que es el único capaz de garantizar la seguridad cognitiva de nuestro sistema social, político, jurídico y económico.

El estudio de la sociedad nos devuelve hoy la imagen de un campo desestructurado y no la de un objeto iluminado por el saber, la sociedad es compleja por el aspecto caótico que nos ofrece, por la sensación de inseguridad que produce, por la incertidumbre entre lo que puede o no hacerse, por tanto, como advierten las teorías del riesgo, hemos de acostumbrarnos a vivir en un mundo mas cercano al caos que al orden. El cambio social y político acaecido de un tiempo a esta parte ha generado una situación genuinamente anomica de desmoronamiento súbito y radical de los valores y reglas tradicionales vigentes. Las teorías de la anomia (teoría sobre la carencia de normas) de Mertón, explican satisfactoriamente el sentido de desorientación, de inseguridad y de abatimiento que experimenta el ciudadano cuando contempla el brusco y repentino desmoronamiento del marco de valores tradicionales y sus consecuencias, y donde el delito lejos de ser un indicador de necesidades o privaciones, pasa a ser un problema de culturas o personalidades antisociales, se trata de todas formas de individuos malvados que deben ser disuadidos por medio de un castigo.

a.- Hacia un populismo punitivo

***“Nos proporcionamos enfermedades mas considerable
que remedios puede suministrarnos las medicinas..”***

Rosseau

Tras los graves sucesos acaecidos el 11-S se ha abierto una nueva etapa en política criminal, y que ha redoblado la llamada “batalla por la seguridad ciudadana” en la que se predica que en aras a conseguir mayor seguridad en el grupo se tiende a constreñir las libertades de los ciudadanos y consecuentemente la convivencia comporta cierta renuncia a la libertad plena, dado a que la responsabilidad hacia los miembros del grupo al que pertenecemos hace imposible un ejercicio de nuestro actuar en plena libertad, de esta forma se condiciona la libertad del individuo y, de esta manera se justifican reformas siempre más severas del sistema penal, muchas de las veces detrás de la apelación a los valores más elevados y universales es fácil que se oculte la más despiadada lucha política, el más material de los intereses que va conduciendo hacia un llamado “*populismo punitivo*” en el que una vaga idea de seguridad va camino a sacrificar el sentido de intervención mínima del Derecho Penal exigido en aras a una convivencia pacífica, para transformarlo en un concepto de lucha, de guerra, donde algunas clases de infractores han dejado de contemplarse como ciudadanos-delincuentes para ser considerados como enemigos que viven al margen de él o quieren destruirlo, proponiendo entre otras cosas que la política criminal debe demostrar la eficacia del sistema de justicia con el aumento de la intervención penal y, esto no hay que más que observarlo en las constantes modificaciones llevadas a cabo en materia penal y procesal, lo que está conduciendo a provocar una mayor indefensión muchas de las veces por ese intento de protección “in extremis”, la historia precisamente nos muestra que los grandes proyectos en materia jurídica dan lugar a las mayores discriminaciones haciendo aparecer a los oprimidos como enemigos.

No basta, por tanto, que todos hablen de Derechos Fundamentales para estar de acuerdo, también las teorías que se refieren a los Derechos Humanos como cualquier otra teoría de la justicia no se sustrae a la pluralidad de los puntos de vista y de las creencias, y no están libres de la acusación o la sospecha de enmascarar meros intereses, a veces, y de forma terrible, puramente económicos, y por tanto resulta más que una fórmula de la justicia una máxima del poder; por poner un ejemplo que es actual, en la orden de protección podemos observar que en esta medida cautelar adoptada es posible que se dé una lesión del Derecho Fundamental a la intimidad como lo han hecho ver algunos tratadistas y donde se dice que la preservación de la paz constituye la preocupación esencial del Derecho

Penal y que por tanto, en ese entendimiento el presupuesto de la reacción penal no es tanto por el hecho cometido, que puede ser de escasa relevancia, sino por la persona del autor: “*el hombre maltratador*”, y así en estos casos de violencia doméstica en los que hay dificultad en hallar pruebas (que para la persecución de los mismos se pueden dar y esto debido a la rapidez de la reacción) y, en los que además no es posible tener en cuenta que haya habido actuaciones judiciales o policiales anteriores o que haya testigos que puedan corroborar o acreditar malos tratos, el procedimiento es dirigido a detener a un “hombre violento”, es lo que algunos doctrinarios han venido denominando *Derecho Penal de autor*, ronda este tipo de hechos en los que todo el desvalor del hecho se reduce en la figura del “*hombre maltratador*” más que a tratar de tener en cuenta otra circunstancia.

Es decir, resulta evidente que estamos ante actos que responden más a un trasfondo sociológico y como resultado de presiones populistas por parte de grupos feministas que a toda costa piden un aumento de las condenas y más condenas, a lo que contribuye “*la crisis de efectividad de la tutela jurisdiccional*” que deriva esencialmente de los retrasos cada vez más prolongados en el tiempo del proceso frente a una cada vez más creciente necesidad de soluciones y, además porque nada de lo que haga el Estado será suficiente para estos grupos hasta el punto que encontramos reclamaciones a ultranza de la vuelta de la “cadena perpetua”, hasta se ha llegado a mencionar el restablecimiento de la pena de muerte. Y así muchos juristas entienden que el Derecho Penal no es históricamente otra cosa que “una serie de recursos que aplica una clase prepotente y dominadora bien avenida con un estado de cosas establecido a su conveniencia para aplastar mediante dichos recursos a quien se pudiere oponer, no es pues lo que las leyes penales defiendan, sino los intereses de un grupo dominante que es el que fija los delitos y sus correspondientes penas.

Así la función de la pena es un colmo de tiranía, haciendo aún más repugnante en que su juridicidad, con una parodia abominable, proclama principios igualmente abominables - defensa de la sociedad, conservación del orden, tutela del Derecho – cuando en realidad solo parece amparar intereses de grupos que ostentan un relativo protagonismo, entendiendo en estos grupos la capacidad que poseen individuos o grupos de afectar, según su voluntad, la conducta de otros y este, el poder, dimana de un fenómeno tan cambiante y vago como es la opinión pública; y donde también la propia represión propuesta resulta una especie de reconocimiento de las propias frustraciones de quienes lo proponen y una muestra de su imposibilidad de poder organizar la vida social en un plano de igualdad y de respeto mutuo.

Cuando se efectúan políticas criminales desconectadas de la situación social de fondo parecería entonces que el interés al utilizar la represión sería mantener un cierto *status quo* más que intentar cambiarlo, es como cuando en el terreno penal se crean delitos sobre bienes jurídicos difusos o se pueblan los códigos de figuras de peligro abstracto. Afirmaba D. Sueiro: “el derecho de castigar entendido hasta la eliminación física de los semejantes, aparte de presentarse históricamente como un derecho oportunista de clan, de clase, de dominio en todos los ámbitos: religioso, político, económico, social y moral en general, me parece un expediente impropio de la condición racional del hombre, y lo veo como reconocimiento claro de las propias frustraciones de quienes lo practican, y de su imposibilidad de organizar la vida social en plano de igualdad y de respeto mutuo, posibilidad en las que yo, sin embargo, creo. Poner ese derecho en manos de unos hombres, para que dispongan de la vida de los otros hombres, haciendo gala de la dureza de sus leyes o de la bondad de sus corazones, ejecutando o indultando, me parece monstruoso y es inaceptable para mí”.

Expone Tomas Moro en el libro “Utopía”: *“La pena de muerte como castigo del hurto es excesiva y contraria al interés público, es demasiado cruel para castigar el hurto y no es suficiente para evitarlo. El simple robo no es delito tan grande, que deba ser castigado con la muerte, y ninguna pena será suficientemente dura para impedir que roben los que no tienen otro medio de morir de hambre”*. En esto obráis (y os imita en ello buena parte del mundo) como los malos maestros, que prefieren azotar a sus discípulos en vez de instruirles”. Estas pseudos soluciones representan un simple progreso escrito, pero vacío de contenido, hueco de respuestas a los problemas sociales y que dan lugar a no pocas conductas trasgresoras.

No se piensa en el grave daño que se puede ocasionar a determinados colectivos por poner algún ejemplo en el caso de que el posible autor sea un inmigrante que tenga en su haber una condena por estos supuestos “malos tratos” y, que tenga que renovar su permiso de residencia y trabajo, esta condena constituirá un antecedente que será tenido en cuenta para la renovación por la Delegación de Gobierno y de acuerdo a lo previsto en la normativa de extranjería; establece el art. 53.1.i) que podrá ser denegada una solicitud de residencia y trabajo *“cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable”* y establece el art. 54.9 entre algunas de las causas de denegación de las solicitudes de renovación, además *“...”Se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que*

hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”, consiguientemente que le sea denegado su permiso existe el posterior riesgo de incoación de un expediente de expulsión y que lo conducirá a vivir al margen de la legalidad; o en la estigmatización de un vecino involucrado en este tipo de hechos como “autor” que tendrá que buscar un sitio en otro barrio o en otro municipio en el que no le conozcan y en donde no pueda ser señalado por algo que no ha cometido.

De esta forma resulta evidente que no pueden ocultarse los riesgos que implican el nuevo paradigma de control propiciando excesos en tan delicada labor porque a menudo se eluden las garantías fundamentales del Derecho, actuando muy por debajo del umbral garantista de éste. Las teorías del control consideran al delito como un problema de control inadecuado, tienen una consideración más pesimista de la condición humana, suponen que los individuos actúan atraídos por conductas egoístas, antisociales y delictivas a menos que se les inhiban dichos comportamientos mediante políticas criminales restrictivas y de refuerzo de la disciplina. El cambio operado en los últimos años no ha producido la perfección esperada en las relaciones sociales, a ello hay que añadir que la mejora en las condiciones de vida se ha acompañado con frecuencia de un alto sentimiento de inseguridad en las clases medias que son las que mayormente se inquietan ante actos violentos y debido a que en una sociedad que ha conseguido tan altas cotas de seguridad y bienestar, al menos en determinadas áreas, le repugna la concreción del hecho violento, y justo por ello resulta más intolerable y engendra una profunda preocupación colectiva;

En la actualidad, por tanto, se observa la singular paradoja de que precisamente quienes reivindican la máxima autonomía en lo que afecta a su conducta personal, son los que exigen de la sociedad una seguridad mayor con olvido de que el precio a pagar por el aumento de seguridad suele ser un notable menoscabo de las libertades individuales. Consecuentemente las expectativas de un cambio radical económico en alza así como la configuración de una sociedad osada y rebelde en la que todo es posible, en la que se debilitan los deberes, y en la que los poderes públicos no fueron suficientemente previsores, gestará a corto o largo plazo, sin duda, una eclosión de violencia.

El Derecho, establecido como instrumento de regulación social, está inmerso en una serie de valores, que debe proteger y promover en razón de que es la misma sociedad la que los ha adoptado por estimar que son válidos, consecuentes y necesarios para el logro de la paz y el bien común,

de esta forma el Derecho es concebido como instrumento que garantice la paz, donde se respete la dignidad humana de cada uno de los miembros del grupo, y que sirva de hilo conductor que facilite el desarrollo de los derechos fundamentales individuales y colectivos. Consecuente con lo expresado, si bien es cierto que el Derecho Penal cumple su función protectora del orden social imponiendo determinadas sanciones, esta forma de cumplir dicha función nada tiene que ver con la supuesta naturaleza sancionatoria que determinado sector populista punitivo le quiere asignar. Según ha establecido el TC *“la ley penal no puede dispensar su protección a bienes jurídicos proscritos en nuestra Carta Magna o socialmente irrelevantes. Protección que, además, ha de ser necesaria y proporcionada, pues, dada la gravedad de las respuestas penales, solo deben operar frente a conductas y para la tutela de bienes jurídicos de importancia; de modo que no se produzca un sacrificio innecesario o excesivo de los derechos, cuyo origen pueda estar en una innecesaria reacción penal o por ser excesiva la cuantía o la extensión de la pena en relación con la entidad del delito”*.

Como así también ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *“solo puede considerarse como ley la norma que se formula con precisión suficiente para que el ciudadano pueda ajustar a ella su conducta”*. De esta forma no se puede prohibir cualquier conducta sino que la intervención punitiva del Estado ha de concretarse a la que pueda resultar imprescindible a la tutela de la coexistencia externa de los derechos individuales de lo cual resulta difícil el acomodo de algunos preceptos penales que dan lugar a la aplicación de un régimen punitivo excepcional como es el caso de la materia que tratamos. El problema a dilucidar, por tanto, no es en realidad si todos los intereses que se dicen proteger no constituyan un valor, ni que las conductas a describir sean inocuas, el verdadero *quid* de la cuestión es que para evitarlas se reclama que se recurra a la intervención penal mediante la sanción, y, por tanto, lo que hay que preguntarse es si la tutela por la vía del Derecho Penal de esos intereses se encuentra racionalmente justificada. Efectivamente, en este entendimiento del Derecho Penal el postulado de la reacción penal será no tanto por el hecho cometido (que puede ser de escasa gravedad) sino la muestra de autoridad por parte del Estado que puede hacerse en la persona autor.

En el establecimiento de la reiterada tolerancia cero contra la delincuencia seamos conscientes de que la *“víctima”* como tal apenas es tenida en cuenta porque simple y llanamente se sustituye por la idea de que víctimas son todos o podemos serlo todos y, por lo tanto, la intervención punitiva se hace por el bien general y no se trata de la lesión de un bien jurídico particular. Como afirma H. Spencer *“por ejemplo, después de patentizar*

que en numerosas tribus salvajes la función judicial del jefe o no existe o es puramente nominal, y que, por regla general, en las primeras épocas de la civilización europea, el individuo debía defenderse a sí mismo y reparar las injusticias de que fuera objeto, como mejor pudiese; después de observar que en la Edad Media, se abolió el derecho de la guerra privada entre los súbditos, no porque el jefe supremo creyese de su deber someter las diferencias a un arbitraje, sino porque las contiendas privadas disminuían el efectivo de su ejército en las guerras públicas; después de manifestar que más adelante la administración de justicia conservaba todavía su carácter primitivo en los combates judiciales que se libraba en presencia del rey o de su representante en calidad de árbitro, (combates mantenidos hasta 1819 bajo la forma de duelos), podríamos hacer ver que aún subsisten el combate judicial bajo otra forma, siendo campeones los abogados y las armas el dinero. En los pleitos civiles, el Estado no se preocupa mucho más que antes de que se haga justicia a la parte lesionada; su representante atiende tan solo en la práctica a que se observen las reglas del combate, y en el resultado de éste influye menos la equidad de la causa que lo repleto de la bolsa, o la habilidad del letrado; además el poder se interesa tan poco en estos casos por el triunfo de la justicia, que si después de un combate legal sostenido en presencia de sus delegados, se reforme la sentencia dictada a consecuencia de la apelación interpuesta por uno de los litigantes el vencido debe pagar los errores del representante actual o de su predecesor; y, con frecuencia el individuo lastimado, que solicitaba una protección o restitución, muere pecuniariamente cuando el pleito se termina. Aquí y en otras partes, multitud de tentativas de diferentes géneros, hechas por reyes y hombres de Estado, no han sido seguidas del bien prometidas produciendo, por el contrario, inesperados males. Durante sucesivos siglos, nuevas medidas, semejantes a las antiguas, y otras nuevas fundadas en igual principio, han defraudado siempre engañosas esperanzas y originado verdaderas catástrofes. De este modo podemos observar el desequilibrio que muestra el Estado entre el uso mínimo del Derecho Penal como última ratio, como garantía de la convivencia pacífica ateniéndose a los parámetros establecidos por principios, derechos y garantías como fundamento de sus ordenamientos jurídicos y el uso máximo; incluso se diría un abuso del mismo más allá de lo permitido entre los principios y derechos hasta el colmo de llegar a ignorar o propugnar la derogación directamente en aras a luchar *dizque* contra la criminalidad de todo tipo y en pro de la defensa social.

Si bien es cierto que la sociedad de hoy es un escenario cada vez más complejo, convulso, que reclama antes de nada eficacia en la lucha contra todo lo que atente a la convivencia pacífica, el cambio económico producido por ejemplo en España y otras naciones ha hecho que florezcan

una vida sin descanso, la necesidad de pluriempleo, el trabajo vertiginoso, la configuración, en suma, de una sociedad fuertemente neurótica, por la insatisfacción que el consumismo en si mismo comporta, y por consiguiente, delincencialmente violenta, donde por parte del delincuente se piensa que con un gran golpe se puede conseguir mejorar de fortuna lo que no se presenta subjetivamente como una operación ni mucho menos difícil; pero nada justifica ni justificará los atentados a los Derechos Fundamentales y ataques a las instituciones de garantía establecidas para su protección. Por tanto, ante actos poco claros sería deseable actuar de manera preventiva y provisional sin los condicionantes de la intervención penal que está demostrando ineficacia en la detección de posibles amenazas.

De este modo mantenemos la idea de que la injerencia estatal no puede prohibir cualquier conducta y solo debería ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según la ley general de libertad que se ve sacrificada por la batalla en pro de la denominada “seguridad ciudadana” término que se utiliza para justificar reformas siempre más severas de las políticas criminales, lo que da lugar a una especie de abuso del Derecho Penal. Resulta, por tanto, evidente que toda la historia de la humanidad es una lucha por afirmar concepciones distintas de la justicia y claro verdadera para quienes consideran que lo justo es solo lo que guarda correspondencia con su propia visión de la vida en sociedad, considerando determinada e injusta lo que vaya en contra de esa.

Por otro lado la publicidad del proceso penal responde no solo a la idea de control popular sobre el modo de administrar la justicia sino, y más profundamente, a su valor educativo, que ha degenerado desgraciadamente en un tiempo de desorden. La intervención de la prensa que precede y sigue el proceso con indiscretas imprudencias y no raras veces impudencias, contra las que nadie osa reaccionar, ha destruido toda posibilidad de recogimiento para aquellos a los cuales incumbe el tremendo deber de acusar, de defender y de juzgar. Es evidente que el sistema de justicia penal ha recibido numerosas demandas e impulsos de la opinión pública y de políticos en la oposición que cuestionan la eficacia en la confrontación con los nuevos peligros y, así las campañas para limpiar las calles y para combatir la violencia machista son factores que pueden explicar en parte el incremento exorbitante de la población penitenciaria y de los presos preventivos, es decir, que ha dado lugar a unos cambios dramáticos que se han producido en un intento de dar respuesta social al delito y a las fuerzas sociales, culturales y políticas que han contribuido a ello.

Como afirmaba C. Roxin los medios de comunicación juegan un papel en el proceso penal, por un lado indispensable, pero, por otro lado, peligroso, la publicidad y con ello la sociedad, como titular del poder estatal, resulta fundamental en cuanto debe poder controlar la rectitud procesal y material de las decisiones judiciales. Pero cuando rebasa el papel de informador y pasa a emitir opiniones sesgadas, sacando conclusiones apresuradas y se convierten en medios influyentes y que pueden provocar la culpabilización de un inocente o por que no, la absolución de uno culpable, puede resultar muy peligroso. La coexistencia de la utilidad y de la potencial nocividad de los medios de comunicación en el proceso penal impone a todo ordenamiento jurídico moderno la tarea de asegurar las consecuencias beneficiosas de los medios de comunicación en ese ámbito y de impedir, en la medida de lo posible, el riesgo de la aparición de las consecuencias perjudiciales que le acompañan. Se debe impedir, en consecuencia que el juzgador, mediante la creación de un ambiente determinado o a través de la discusión anticipada en los medios de comunicación, se vea afectado en su imparcialidad y pueda dictar una sentencia injusta.

La preocupante masificación existente en las prisiones fruto del aumento de la actividad policial y del número de condenas ha conducido a un alarmante aumento de la población penitenciaria, como escribe Garland, la prisión es usada hoy en día como una especie de gran reserva, una zona de cuarentena en la que se segrega a individuos supuestamente peligrosos en nombre de una pretendida seguridad pública. Con el debilitamiento de los intentos rehabilitadores (que tenían como instrumento los trabajos sociales a favor de la comunidad), de esta forma se ve a la prisión como algo que dura más, y es rápido el pretendido alejamiento que se puede hacer con el enemigo, de esta manera la prisión funciona como una especie de exilio forzado a una persona que la sociedad rechaza y con el fin de acallar las protestas de ciertos grupos populistas. Respecto de la pena privativa de libertad escribía Von Henting en su obra “los límites del tratamiento penal”. *“hace años que indique que nuestras esperanzas han quedado defraudadas. Desde hace ciento cincuenta años la crisis de esta nueva pena está ahí. A pesar de algunos experimentos, que nunca se han prolongado lo suficiente para conseguir resultados seguros. No se ha ido más allá de la custodia mecánica, nunca se han aplicado suficientes esfuerzos humanos, ni bastante dinero para aplicar terapias más serias..dicho en otras palabras, nos hemos conformado con el aislamiento del mundo exterior”*; pero lo realmente alarmante es que parte de esta población carcelaria está compuesta por pequeños delincuentes o agresores no habituales que proceden de sectores bajos de la sociedad, además hay que destacar los constantes conflictos que se producen en el interior de las prisiones aparte de los riesgos y enfermedades a los que están expuestos, y teniendo en

cuenta que éstos saldrán en libertad más adelante hace que cada día aumente la demanda de una búsqueda urgente de alternativas a la prisión.

La prisión es, sin lugar a dudas, una de las instituciones sociales en las que la violencia se manifiesta de modo aparente, tanto en forma de frustración individual o de agresividad del individuo respecto al exterior como en forma de frustración del grupo respecto del individuo o a otros grupos. El penado que vive la depresión de la cárcel lejos de su familia, de su mujer, de sus hijos, con la angustia que le produce la supervivencia de esos seres queridos, es el hombre que puede llegar al suicidio, a la anorexia, a la pérdida de cualquier espíritu de iniciativa, de cualquier valor o pudor. La prisión mata al hombre todas las cualidades que le hacen más propio para la vida en sociedad, conviértele en un ser que, fatalmente, deberá volver a la cárcel; alguna vez se dijo que: *“el principio de toda prisión es falso, puesto que la privación de libertad lo es. Mientras privéis al hombre de libertad, no lograréis hacerle mejor. Solo cosechareis la reincidencia”*. Nunca se habla de las prisiones, se grita, en las protestas contra la administración, contra los gobiernos, se piden leyes más duras que reconduzcan las anteriores, pero no de lo que la prisión representa. Cuando se conocen las estafas increíbles que se cometen en el mundo por parte de los grandes movimientos financieros, cuando se sabe de qué modo interno el engaño va unido a todo ese gran mundo de la industria; cuando uno ve que ni aún los medicamentos escapan de la corrupción, cuando se sabe que las riquezas, por todos los medios posibles, forma la esencia misma de esta sociedad actual, y cuando contemplamos toda esa cantidad de transacciones dudosas, que se intentan colocar entre las honradas, cuando contemplamos anonadados, impotentes todo esto, más de uno seguro que pensará que las prisiones son para los pobres y tontos.

Inútil han resultado los esfuerzos realizados por los distintos movimientos de reforma penal que, a lo largo del tiempo, han tratado de concienciar sobre la necesaria búsqueda de alternativas a la imposición de la pena de prisión; opciones político-criminales mediante las cuales se posibilite que determinados delitos y/o delincuentes no sean castigados, con la prisión. Se denota, por tanto, un cambio en la fundamentación y organización de las políticas de control que se tipifica con la tan mencionada frase *populista punitiva* de “tolerancia cero” con la pequeña delincuencia, donde existe un mayor declive del ideal rehabilitador, y por consiguiente va acompañada del endurecimiento de las penas y centra su punición en ciertos sectores desfavorecidos de la sociedad, en minorías étnicas e inmigrantes. Se prioriza entre otras cosas a la prisión en lugar de cualquier otro tipo de medidas preventivas o disuasorias.

El modelo garantista actual pone en evidencia que solo contempla los intereses del Estado y de la persona del acusado, apartando a la víctima, a pesar de que la infracción penal es una conducta que ocasiona un daño real difícilmente valorable o potencial a intereses básicos de la víctima, y por ende afectando a la convivencia de la comunidad, de esta forma el delito en ciertos momentos y lugares no es nada en sí mismo, sino en relación con la persona que lo comete. No pertenecer a la clase de ciudadano de primera categoría es sencillamente y por sí mismo un delito, y no poseer bienes o riquezas lo es también. En consecuencia, la pobreza resulta una circunstancia agravante en nuestros días. Por ende se achaca a la pobreza moral y no a las condiciones sociales las que provocan que las personas delincan. Se permite por parte de la sociedad un cambio en el ejercicio de su libertad en aras a obtener cierta seguridad y permitir injerencias estatales (e incluso municipales) frente a sectores incómodos de la población, mediante el resurgimiento de las sanciones retributivas y draconianas, en una justicia expresiva de la ira y de los sentimientos vengativos de una opinión pública molesta, en la reinención de la prisión con funciones exclusivamente incapacitadoras o en la exposición pública de la víctima y su dolor como argumento para legitimar un discurso patibulario. Se observa, por tanto, una extraña fascinación por un Derecho Penal punitivo que invade al conjunto de la sociedad o de una apelación directa a la función simbólica del Derecho Penal que en nada favorece una estrategia destinada a subvertir el fenómeno de violencia tan presente en nuestros días.

Durante todo el transcurso de la historia de las sociedades se ha visto que no por establecer cada vez más penas incruentas, podemos ver en algunos países que aún mantienen la pena de muerte, se ha logrado librar a la sociedad y persuadir al criminal de cometer hechos considerados violentos, y también resulta evidente que cada vez se establecen penas en base al clamor popular que ocasiona los ecos de la comisión de un hecho delictivo pero este hecho dependiendo de la magnitud de alarma que cause, será tomada en cuenta por los medios, pero como veremos por ejemplo en el caso de violencia doméstica con resultado de muerte parece que incentiva a la comisión de estos actos violentos, entonces como consecuencia cabría reflexionar si un aumento de la pena sin más cumple con el objetivo de combatir la comisión de la figura que lo creó, es evidente que no. Afirma Bjerre *“el temor al castigo no ha desempeñado un papel importante para ninguno de los asesinos”*. También Middendorff, afirma *“que si al gobernar confía uno en las leyes e impone el orden mediante castigos, el pueblo se hará solamente más precavido en su modo de actuar, pero no le remorderá la conciencia de hacer cosas injustas, pero si, en cambio, al gobernar confía uno en el sentimiento moral del pueblo, y asegura el orden*

educado en los buenos usos y costumbres, entonces al pueblo le remorderá la conciencia de hacer cosas injustas y competirán unos con otros en hacer lo bueno”.

Hemos de tener en cuenta que los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, previstas en nuestra Carta Magna, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (Derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a no declarar contra sí mismos etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho, si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo.

Con la tan reclamada por voces populistas vuelta a las penas draconianas se busca una vuelta a las penas degradantes donde ya no se expone el cuerpo del delincuente en una picota para escarnio público pero se le busca exponer a través de los medios de prensa y televisión, se dice que con una finalidad educativa ejemplarizante y lo que resulta contrario al principio de intervención mínima; en el que el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos conminando sus delitos con el abuso del Derecho Penal más allá de lo que permite su carácter de *ultima ratio*, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

Quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el enemigo, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que pueda colarse sin darnos cuenta un Derecho Penal de cuño autoritario, un Derecho Penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras, se aprecia por tanto, una ley penal usada como herramienta de control social y producto de la clase dominante y en la medida en que el legislador, alejado de la realidad social, crea el tipo penal producto de reclamos populistas y determina cual será el grupo al que irán dirigidas dichas medidas. Que ello sea algo más que una moda dependerá de la evolución de la economía y de la sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que hoy dominan el mundo, pero a la vez del nivel de resistencia intelectual que puedan oponer los criminólogos y penalistas

comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho.

La violencia siempre ha estado presente en el devenir diario de la sociedad y hoy no estamos descubriendo nada nuevo en lo relativo a este tema, se dice algunas veces que la nuestra es una época muy violenta, pero acaso en épocas anteriores no existía la violencia; la violencia para muchos es entendida como una característica de las interacciones humanas dentro de una sociedad, pero lo realmente dañino es la intervención, en primer lugar, de la maquinaria establecida por los medios de comunicación que en su forma de vender la información la magnifican o dramatizan, y de esta forma causa alarma y una incertidumbre en la sociedad; y en segundo lugar, provoca el sentimiento de estar en una sociedad amenazada por el delito y la violencia, y causa una presión desmedida muchas de las veces, y esto se ve acrecentado por las campañas populistas punitivas de determinados grupos políticos que se aúnan a este sentimiento y hacen caldo de cultivo con el fin de obtener rédito político y votos.

De esta forma el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, la pretensión punitiva de Estado se aleja de entenderlo como un problema social y comunitario para reprimirlo con normas cada vez más duras, con lo que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado juntamente con las fuerzas que controlen o monopolicen su poder, lo que da lugar al establecimiento de estatutos privilegiados de naturaleza procesal para determinados grupos o personas que a través de la presión ejercida por éstos se permite la creación de procesos especiales, lo que algunos llaman “carrera de privilegios” difícil de entender por el común de las personas que no se explican este tratamiento dispar. El Derecho es entonces simplemente aquello que en cada momento conviene al Estado y que más puede llegar a favorecer a determinados grupos, siendo al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos y que reorientan ese miedo, hacia el delito y al terrorismo que se convierte así en una legitimación alternativa al alcance de los gobiernos o de determinados grupos para lograr sumisión, obediencia y consenso.

Pero, además podemos encontrarnos con otra de las causas que podemos achacar a la crisis de las políticas criminales y que podemos atribuir la primero a la complejidad de las normas procesales y segundo, a la confusión que existe debido a su constante y apresurada modificación que se establece en aras a la modernización de éstas a impulsos de los “gritos de la sociedad” que ante cualquier suceso o hecho de carácter delictivo, que los medios de comunicación se encargan de moldear a sus intereses creando alarma en la sociedad, se exija o en el intento de encontrar

remedios inmediatos; citeamos como ejemplo el mal tratado tema de la “*violencia de género*”, y así podemos observar unas reformas parciales, inestables, y esto es debido a que van a contramarcha con lo que la realidad vaya demandando. En palabras de David G., se ha producido un cambio en la cultura del delito tal y como se había pensado en la modernidad. Se está configurando un sistema penal autoritario para los ciudadanos en el que se hace prevalecer la prisión en lugar de cualquier otro tipo de medidas preventivas o disuasorias, utilizada a modo de “*inhabilitador*” centrada en la criminalización de sectores pobres de la población, barrios conflictivos, minorías étnicas e inmigración a quienes se les achaca que debido a su pobreza moral y no a las condiciones sociales es por lo que delinquen y que no reconoce que son producto de la marginación a la que está conduciendo la globalización, dentro y fuera de nuestras fronteras.

Ya alguien opinaba “que resulta una paradoja lamentable que las mismas cualidades que han llevado al hombre a alcanzar un éxito extraordinario sean aquellas con mayores probabilidades para destruirlo”, de ahí es que podamos observar ese miedo, que va convirtiéndose en paranoia en muchos, de perder lo que hayan podido conseguir, por medio de la inseguridad que diversos grupos y medios tratan de realzar y que produce una demanda de medidas represivas cada vez mayores. Pero podríamos anteponer a esta afirmación lo dicho por Rosseau: “la mayor parte de nuestros males son nuestra propia obra y los habríamos evitado casi todos, conservando la forma de vivir sencilla, uniforme y solitaria que nos fue prescrita por la naturaleza”. Pregunto: ¿Se puede constituir este tipo de personas en un grupo legitimado para ejercer presión a las fuerzas políticas?, ¿Qué legitima la fuerza de estos grupos?, ¿Acaso no es legítimo entonces poder desobedecer estas normas impuestas por grupos que pretenden estigmatizar a cierta parte de la sociedad?. Según Grocio, es difícil decir si el género humano pertenece a una centena de hombres, o si, por el contrario esta centena de hombres pertenece al género humano. Nos encontramos así a la especie humana dividida en rebaños de ganado cada uno con un jefe que lo protege para devorarlo.

b.- Las consecuencias de la llamada “globalización”

***El Estado social no es ventajoso para los hombres
sino en tanto que todos poseen algo
y ninguno tiene nada con exceso”***

Pero, en estos momentos actuales no deja de ser evidente también la prueba del fracaso social de un modelo económico neoliberal propugnado por las políticas económicas de derechas que en el caso español, y en aras a “fomentar el empleo” mediante la creación de una brutal “*especulación*

inmobiliaria” no escatimó esfuerzos en la búsqueda de mano de obra barata, lo que dio pie al aumento de la población inmigrante por un lado, al abandono por parte de los jóvenes de sus estudios para lanzarse al mercado laboral en esos momentos boyante, y que con la grave crisis económica ha venido a la larga a transformar en problema penal lo que no es más que un problema social que nunca se va a resolver con slogans tan desafortunados como los de “tolerancia cero con la delincuencia” o “hay que barrer las calles de basura”, alegadas hasta la saciedad por el gobierno de Aznar. La rapidez del crecimiento económico producido por la especulación inmobiliaria ha dado lugar al denominado “mito del crecimiento económico rápido” donde era proclamado tanto por los empresarios “especuladores” como por el partido de derechas en el gobierno como de “pleno desarrollo económico” y que hoy muchos están paseándose por los tribunales acusados justamente de cierta “corrupción urbanística”; por tanto, un progreso ficticio cuanto que se partía de un nivel de desarrollo relativamente bajo; los empresarios se jactaban de dicho crecimiento económico, comparándolo con años anteriores, años de lentitud al que hoy se ha vuelto y que ha dado lugar a una trágica realidad. La tendencia mostrada era la de asignar un lugar demasiado importante a tal desarrollo económico “el del ladrillo” en el conjunto de la vida social cuando en realidad a lo que había de dar lugar era a una creciente preocupación si se hubiera pensado de forma adecuada y honestamente puesto que un país no podía basar su desarrollo en la industria del ladrillo y menos por medio de una agresiva especulación que hoy deja hogares destruidos, una larga cola de parados, jóvenes hipotecados, los que puedan mantenerse en esa condición, para toda la vida, y lo que a acrecentado la acentuación de la desigualdad en la distribución de la renta entre las diversas clases sociales por cuanto también ha dado al aumento de la renta de ciertas clases más favorecidas creando unos nuevos ricos, lo cual representa el elemento más negativo de este mito expuesto.

Es decir, habría que tener en cuenta que el fracaso de la globalización, caracterizado por la absorción de los mercados locales por las economías de mercado mundial donde cobran por tanto mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales, que ha establecido la aberrante sociedad de consumo - es la seducción de un consumismo que ha arruinado económica y moralmente a la mayoría-, ha ocasionado un daño quizás irreparable en las sociedades, dado que se trata de un modelo económico que se beneficia de irregularidades y debilidades subsistentes en un determinado país y que entre otras cosas desafía las leyes de los países en su forma de regular el funcionamiento de empresas y el comportamiento económico de los individuos, como consecuencia es que está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado

policial, penal y penitenciario. Y la tan “*cacareada*” idea de tipo populista de *tolerancia cero con la delincuencia* no es más que la expresión de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia producto precisamente de esta denominada globalización de la economía que ha traído consigo una desigualdad extrema en todo el mundo, no hay más que ver los índices de pobreza extrema de los países subdesarrollados en donde solo existen los que tienen el poder y los que no tienen nada. E incluso se puede notar en los países que presumen de tener un mayor nivel económico, un aumento de una población subproletaria con gran número de desempleados y con escasa cualificación laboral, podríamos afirmar en este punto respecto al aumento desmedido del paro por parte de esta mano de obra barata que “*como el único oficio que conocen es el de labrador, no pueden ser utilizados donde no se haya sembrado*” y la inmigración ilegal etc., lo que está abocando en un cierto tipo de delincuencia de supervivencia, mendigar o ponerse a robar es algo que aceptan fácilmente muchos espíritus débiles y desesperados.

La “*maldita*” globalización de la economía, (y digo “*maldita*” puesto que se ha convertido en una maldición para una gran parte de la sociedad, por mucho que se trate de definirla como el progreso), y no hago sino eco de un informe efectuado por Naciones Unidas, donde se manifiesta lo dicho de que la globalización ha beneficiado a unos pocos y ha marginado a una gran mayoría de desfavorecidos; dice el analista chileno M. Hazbún, que la globalización representa una especie de cataclismo universal; las empresas transnacionales junto a ciertos gobiernos neoliberales solo han ocasionado miseria, hambre, marginalidad, porque permite y promueve ciertos valores de mercado inequitativos, injustos y depredadores y de esta forma genera la brutal inequidad en la distribución de la riqueza; de esta forma este tipo de economía se ha visto acelerada entre otros factores por políticas económicas neoliberales que han servido de palanca para su expansión a nivel mundial, y a la vez favorecidas también por prácticas corruptas como la especulación inmobiliaria en el caso de España.

Y en donde vanas han resultado las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales como Naciones Unidas y la Unión Europea entre otros, y a pesar de existir un consenso, aunque no unánime, de la necesidad urgente de establecer una serie de normas de uso común y de la necesidad de una definición de un marco teórico, actividades y procedimientos que contribuyan a una mejor caracterización, difusión de la información y de la experiencias de lucha contra la corrupción, y formas adecuadas y uniformes para hacer frente a las prácticas corruptas, ya que todo ello contribuiría a una prevención, detección y represión de esas prácticas indeseables más eficaces, y que ha fomentado el nuevo fenómeno que se ha denominado “*nueva colonización europea*” hacia los países

subdesarrollados, en los que las empresas de cierta envergadura están más interesadas en implementar políticas para sus negocios en el extranjero de lo que están respecto de su actividad en su propio país. De esta forma, la conquista de mercados que operan más allá de las fronteras se ha convertido en una actividad febril que se ve favorecida, hasta lo indecible, por la corrupción de los gobiernos de los países subdesarrollados que permiten que se explote a sus nacionales, y en el que se puede apreciar efectos de una naturaleza fundamentalmente económica, de policía y social y hasta aquella que puede incluso afectar directamente a Derechos Humanos básicos.

Por tanto, y dada la rapidez con la que se ha desarrollado este proceso, que ha logrado la disolución progresiva de las fronteras comerciales, políticas y económicas, no ha permitido uniformizar los procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales para mejorar la competitividad y seguridad jurídica, así como reforzar los derechos fundamentales de la ciudadanía; y además es de hacer notar que la creciente fuerza que ha ido adquiriendo este tipo de mercado va en detrimento de los mecanismos de intervención. A veces se objetan medidas contra la corrupción haciendo referencia únicamente a cuestiones económicas; otros hacen hincapié en aspectos políticos y morales y no pocos invocan motivos prudenciales o de pura conveniencia.

Y así hay versiones para todos los gustos, por ejemplo una versión indica que si las estructuras propias de un determinado régimen político son afectas a la corrupción, poco se puede hacer en muchas ocasiones pero aún cuando esa posibilidad exista tampoco se debería intervenir si se quiere respetar el principio de soberanía nacional. Pero, ¿Por qué se critica a un gobierno cuando en uso precisamente de esa soberanía nacional intenta regular el comportamiento de esas empresas extranjeras?. Hemos visto casos recientes como el de Argentina (recordemos el llamado “corralito” en la época del presidente Kirchner”), el caso de Bolivia de Evo Morales, o el caso de nuestro amigo Hugo Chávez de Venezuela, convertido en el enemigo *numero 1* para la extrema derecha.

Las características propias de este tipo de comercio en el que se implementan medidas políticas-económicas para beneficiar a intereses particulares y no al interés general constituyen un terreno abonado para la germinación de la corrupción, pues de esta forma socava la estructura social, el principio de la mayoría y las bases mismas de la democracia, y es como resultado lo que ha venido a producir el fracaso y posterior caída de la globalización económica. La inestabilidad del sistema financiero en su conjunto, producto de una desregulación de los mercados, y el fomento de los paraísos fiscales han supuesto graves costes para los países que no han

efectuado ningún control a este tipo de “nueva economía”, en donde determinados grupos se han enriquecido espectacularmente y otros se han empobrecido extremadamente. Hay desde luego opiniones que sostienen que la corrupción en el comercio internacional tiene consecuencias positivas en la modernización de un país (podemos ver la creación de carreteras y como a continuación algunas de ellas son de peaje gestionadas por la misma empresa que las construyó); la excesiva desregulación de los mercados financieros ha podido traer ciertas ventajas pero los efectos negativos lo han superado notablemente, también hay quienes opinan que se está conduciendo a situaciones de injusticias.

A su vez el llamado proceso de globalización de la economía (también se menciona como un factor que propicia ciertas prácticas corruptas en el comercio internacional dado que a través de procedimientos ilegítimos se originan monopolios que impiden que la oferta y la demanda se diversifiquen, posibilitando la alteración de los precios a su antojo), permite el control de la disponibilidad de existencias en algunos casos necesaria para la satisfacción de necesidades básicas (en el año 2009 se anuncia y dramatiza la llegada de un virus mortal “la gripe A”; los laboratorios se pusieron a la elaboración de una vacuna para combatirla; la cosa no pasó de un simple susto, pero los laboratorios lograron pingüe ganancias; posteriormente la UE ha acallado una supuesta denuncia contra la OMS de que tal brote de dicha gripe era una mentira y que se hizo con el fin de favorecer a ciertos laboratorios farmacéuticos).

Todas estas consecuencias se ven magnificadas cuando las condiciones socio-económicas del país reflejan una penuria generalizada, cuando apreciamos que la sociedad está dividida en dos grupos, un primer grupo de los que poseen inmensas fortunas y otro segundo compuesto por los que no tienen nada. Los sufrimientos en términos personales para aquellos que cuentan con pocos recursos se incrementan, surge el descontento, la ansiedad por salir de la miseria, prevalece la idea de que todo vale, aumenta la delincuencia, el contrabando, la prostitución, muchos se lanzan a la búsqueda de nuevos horizontes incluso a riesgo de su propia vida, favoreciendo de esta manera la inmigración ilegal, existe por ende un aumento de una población subproletaria, con gran número de desempleados, y esto es también debido a su escasa cualificación laboral; téngase en cuenta que muchos estudiantes abandonaron sus estudios para dedicarse al trabajo en la construcción, y por otro lado el aumento de la inmigración con una tasa de paro que también es preocupante dado que muchos fueron traídos como mano de obra barata para la construcción y aparte de colocar un ladrillo no creo que ni tan siquiera sepan leer ni escribir, y la emigración ilegal etc. producto justamente del llamado “*boom del ladrillo*” y que algunos especialistas han llegado a decir que este

denominado *boom económico* propiciado por el ladrillo terminó siendo “*un gigante con pies de barro*”, que a nadie preocupó las posibles consecuencias a las que podría conducir y que hoy a lo que está abocando es a un cierto tipo de delincuencia de supervivencia dado el aumento de la desigualdad y de las privaciones para ciertos grupos, y que está provocando a su vez recortes a los derechos de ciudadanía.

Precisamente producto de estos cambios en la política social y económica basada en la combinación de un neoliberalismo de libre mercado y conservadurismo social ha dado nacimiento a nuevas relaciones grupales y, consecuentemente, a actitudes sociales que han resultado en sus formas más extremas con respecto a los problemas del delito. Marx al respecto afirmaba *que toda historia de la sociedad humana hasta hoy es la historia de la lucha de clases*. En las épocas que han precedido a la nuestra, vemos casi en todas partes que la sociedad muestra toda una organización compleja de clases diferentes, y vemos una jerarquía de categorías sociales múltiples. Son en la antigua Roma, los patricios, los caballeros, la plebe, los esclavos; en la Edad Media los señores, los vasallos, los maestros-artesanos, los obreros, los siervos.

Estos antagonismos subsisten en la sociedad burguesa moderna que no ha hecho más que sustituir las clases de antaño por nuevas clases, nuevas posibilidades de opresión y nuevas formas de lucha. Se dice que un momento decisivo de toda sociedad se plasma cuando ha de transmitirse a una nueva generación el acopio de tradiciones acumuladas por los grupos que la conforman a lo largo del tiempo, por eso las relaciones intergeneracionales son un momento clave de la reproducción social; las relaciones grupales integran diversos tipos de modos de clasificación, por un lado las relaciones entre personas de diferentes generaciones, entre las que tiene lugar un proceso de transmisión de experiencias, formas de hacer y pensar características; otro grupo puede nacer fruto de relaciones entre pares dentro de cada generación, en las que la edad es un mecanismo facilitador y limitador, otro donde la clase se muestra como un grupo social caracterizado por cierto tipo de rentas, por cierta comunidad de intereses, por la realización de cierta función o la posesión de cierta posición, sin que se pueda precisar con rigor en cuantas clases se divide la sociedad ni cuales son los rasgos distintivos de una clase. De este modo la transmisión se convierte en un momento de socialización mediante la que se reproducen determinadas costumbres.

Por otra parte, cada una de estas categorías no tiene necesariamente conciencia de sí misma como de una unidad, las élites cambian de personas y de carácter, los beneficiarios de los privilegios se renuevan aunque sigue habiendo siempre una minoría dueña de los puestos claves de la sociedad,

puede, por tanto, tratarse de un obrero o de un ingeniero igualmente asalariados, de lo cual no resulta que sean miembros de un grupo de clase alta pero que por su poder adquisitivo adquirido sienten una solidaridad frente a los propietarios de los medios de producción, de esta forma existe una confusión en estas personas de rentas provenientes de una dependencia económica pero que rompen fronteras de grupos distintos y coinciden en una cierta solidad psicológica y social. De esta forma los nuevos movimientos sociales han contribuido de forma original a reedificar socialmente el ámbito de lo que se puede entender como conflictos de clases, transformándolo, precisamente, en un ámbito reivindicativo y tratan a continuación de crear una identidad colectiva determinando la norma en que ese grupo social establece unas fronteras a su entre y frente al resto de los grupos sociales, identidad por tanto que no tiene que ver con la construcción de una sociedad justa, sino solamente, se pretende el restablecimiento de un equilibrio particular entre dos grupos: ellos y los menos favorecidos.

Estas clases de “nuevos ricos” recién formados sienten una creciente ansiedad con respecto a cuestiones sociales tales como el colapso de las instituciones sociales, el debilitamiento de la familia, el declive de los valores tradicionales, así como, el aumento del delito, y el deseo de mantener a distancia la inseguridad, de esta forma cobra fuerza la hostilidad mostrada hacia el gobierno al que se le reprocha las políticas blandas contra el delito y se le hace culpable de la quiebra del principio de ley y orden, culpan a los pobres de victimizar a la sociedad “decente” a través de los delitos callejeros. La mayoría de estas personas por el hecho de vivir en una sociedad que adquiere bienes reputación y posibilidades cuya pérdida no desea afrontar es la que genera la mayor demanda en seguridad. Exaltación que, por otro lado, demanda saber sobre los riesgos a los que está expuesta por el sistema de justicia penal y que aumenta su impaciencia cuando este sistema no controla a los denominados peligrosos a su alcance, y de esta forma intenta procurar un retorno a la disciplina moral, a los valores tradicionales, a un mayor control pero orientado principalmente a los menos favorecidos, a las minorías marginadas y criminalizando a la inmigración.

c.- La llamada huida hacia el Derecho Penal

***Las leyes son siempre útiles para los que poseen algo,
y perjudiciales para los que no tienen nada.***

Hoy por hoy hemos de ser conscientes de que se está configurando una huída hacia el sistema penal autoritario para los ciudadanos en el que la prisión se está utilizando como contenedor para de esta forma intentar inhabilitar los residuos humanos que son producto de la globalización,

dentro y fuera de nuestras fronteras; resulta, por tanto, evidente observar un declive del ideal rehabilitador que alumbró en su momento la luz de “la Ilustración”, a favor del resurgimiento de las sanciones retributivas y draconianas, en una justicia expresiva, expresiva de la ira y de los sentimientos vengativos de una opinión alarmada por los medios, en la reinención de la prisión con funciones exclusivamente incapacitadoras o en la exposición pública de la víctima y de su dolor para legitimar un discurso patibulario, dado a que el sistema de justicia penal recibe numerosas demandas e impulsos por parte de la opinión pública y de los grupos políticos con afán electoralistas y populistas, sobre la eficacia de la confrontación, provocando procesos de deslegitimación que se han saldado en cambios en el uso de la prisión provisional, entre otras medidas represivas y propiciado en cuanto a la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, demostrado estadísticamente, si bien se podría argumentar por la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad que pone en peligro bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, asegurando su proporcionalidad.

Pero debemos observar que no todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal, por tanto, conforme al principio de intervención mínima, el Derecho Penal concederá, pues, su protección, cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras puestas en marcha. Ahora bien y, como cuestión importante a tener en cuenta, esa cualidad de merecedor de protección que debe tener un bien vendrá atribuida por el valor que le otorguen los sujetos de determinada cultura valoración que siempre estará condicionada históricamente y que podría dar lugar al desvalor del concepto de bien jurídico cuando se considera merecedor de protección intereses minoritarios o de grupo que no tienen valor para los restantes miembros de la comunidad. De esta forma la absoluta autonomía del Derecho Penal en sus efectos no quiere decir que estos puedan ser empleados de cualquier modo en su calidad y cantidad para proteger bienes jurídicos, tales nociones deben ser examinadas a la luz de las normas del Derecho Penal para adaptarlas a sus necesidades y fines, puesto que lo peligroso en caso contrario es que se concede al poder punitivo del Estado la facultad de establecer una especie de normas penales en blanco y la facultad de determinar el alcance de la prohibición penal.

Sin embargo, con el recurso a la sanción penal se corre el riesgo de la anteriormente mencionada “*huida al Derecho Penal*”, plasmada aquí en el adelantamiento de la barrera punitiva que significa el castigo como delito del maltrato ocasional, de dudosa eficacia. En este punto, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también se resentiría pues no aparece una justificación de la desigualdad por razón de sexo, por este motivo, ha afirmado el TC, que en el tema de la igualdad es exigible valorar “tanto la

razón de la diferencia como la cuantificación de la misma; habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma en sí y relacionarla con la finalidad perseguida; en caso contrario solo cabrá apreciarla con un contenido mínimo, y será reprochable en casos en los que quepa apreciar un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable”.

Producto de estas desigualdades y como muchos doctrinarios llegan a la conclusión efectivamente que las campañas de “*tolerancia cero*” (el origen de este término parece estar acuñado en el gobierno de Ronald Reagan, hacia la década de los 80, para subrayar la actitud de intolerancia total dentro de su política antidrogas), contra la delincuencia y contra los maltratos con el fin de limpiar las calles y para combatir la violencia machista, son factores que pueden explicar el incremento exorbitante, tantas veces denunciado, de la población penitenciaria y de los presos preventivos. El proceso lejos de responder a la estructura social y a sus necesidades busca la prevención general positiva, que persigue la integración de los individuos al sistema social, mediante el desarrollo de una fuerte convicción que tiende a reforzar e integrar la conciencia colectiva, funcionando el Derecho Penal y la pena como un aleccionador social que reafirma los valores sociales generales evitándose así la comisión de nuevos ilícitos penales. De lo que resulta que el choque entre lo que “debe ser” y “lo que es” parece más brutal en nuestra época. A la prevención general positiva se le critica su carencia de verificabilidad empírica por utilizar elementos imposibles de constatar y señalándose además un acercamiento a las posiciones retribucionistas que consideran que solo mediante la pena se puede afianzar al Derecho. Jakobs, entiende que el Derecho Penal no es sino un sistema de comunicaciones, y que la pena misma no es sino una comunicación que resulta cualificada en atención a un servicio funcional determinado. El Derecho por tanto, para Jakobs, se estructura como un sistema de comunicaciones que atienden a la función de protección de expectativas normativas de conducta, es la que caracteriza su carácter propio y necesario dichas expectativas, que son reconocidas y amparadas en el interior del sistema jurídico, no son más que aquellas que han de ser mantenidas incólumes ante la decepción que pueden sufrir eventualmente a manos de una realidad que a menudo les es refractaria.

Es evidente que para el Derecho el entorno es siempre jurídicamente relevante o irrelevante de acuerdo a las necesidades que ocasionalmente planteen las comunicaciones del sistema jurídico, este derecho protege por tanto expectativas de conducta dentro de una dimensión temporal y plantea una eventual respuesta institucional en el supuesto de su infracción, es decir, garantiza expectativas que se espera que se puedan cumplir, pero el Derecho nunca podrá garantizar la conducta conforme a tales expectativas,

no puede por tanto, el Derecho asumir el rol de garante de lo que esperamos del contenido de las proyecciones normativas.

En su más reciente formulación, parte de la consideración del Derecho penal como medio de control social, donde la finalidad de la pena sería la autoconfirmación normativa. *La pena actuaría estigmatizando al delincuente e integrando a los ciudadanos fieles al derecho en la vigencia de la norma*, como fuente de legitimación, lo que contraviene con lo que el proceso representa en estos momentos en el que más que un espacio de averiguación de la verdad con respeto a los derechos individuales acerca de un hecho pasado, tal y como lo describen, se caracteriza así por una dimensión bélica al transformarse en un mecanismo de lucha contra ciertos fenómenos criminales tales como en este caso la llamada violencia machista. Leamos a continuación, en relación a este último párrafo la STC 59/2008 sobre Cuestión de Constitucionalidad: *“Según el órgano promotor, no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, en la línea señalada por el Tribunal Constitucional (STC 229/1992), el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por un hombre. Aún más incomprensible resulta esa hipótesis si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer como persona capaz de regir sus propios destinos en igualdad de condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección.*

Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de “reparación o compensación” colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como “representante o heredero del grupo opresor”, lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquéllos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia”.

De esta forma la criminología invocada por la estrategia del Estado esencializa una diferencia en la consideración de hombre-delincuente, articulándola de la mano de casos alarmistas, sensacionalistas,

consecuentemente se realiza una especie de marketing delincencial donde se comercia con imágenes las más dramáticas, arquetipos y ansiedades, lejos quedan los análisis científicos-criminológicos. Al intentar hacerse eco de estas preocupaciones públicas y de los cuasi análisis sobre determinados hechos violentos efectuados por los medios de comunicación, intentan los poderes públicos hacer un discurso político proclamando ser adecuado a la realidad y al sentido común las modificaciones en política criminal, haciéndolo de forma más explícita si se trata de delincuentes pertenecientes a grupos culturales y raciales distintos. La consecuencia a percibir es que en los años recientes hemos visto un patrón extremadamente volátil y ambivalente de desarrollo de las políticas públicas que se ha hecho crecientemente febril, dada la velocidad con que una iniciativa política sucede a la otra , lo que da como resultado una serie de políticas criminales que parecen estar en conflicto unas con otras.

Hacen hincapié en los riesgos que son percibidos ante este tipo de sujetos, las ansiedades que generan en la sociedad, la sensación de desamparo que producen, todo esto, refuerza la necesidad sentida de imposición del orden y la importancia de una respuesta firme contra la delincuencia por parte del órgano estatal. Pero este tipo de respuesta es firme contra la delincuencia de bajo monto, de bagatela, como lo han calificado ciertos tratadistas, aquí se penaliza la miseria, la pobreza, porque está política de control no alcanza a los grandes causantes de las miserias humanas, como son los especuladores inmobiliarios, los políticos corruptos, los conocidos delincuentes de cuello blanco o las organizaciones delictivas.

2.- Realidad social y Derecho, en la llamada violencia de género

La Ley Orgánica integral contra la Violencia de Género establece como uno de los objetivos fundamentales de protección una herramienta denominada “Orden de Protección”. La concesión de esta orden de protección ha de valorar su necesidad y oportunidad dado que la concesión incide directamente en un derecho fundamental, cual es el de libertad del sujeto obligado a cumplirla. Se dice que la orden de protección debe actuar como un mecanismo disuasorio y en casos de una eventual situación de riesgo para la víctima. La misma exposición de motivos de la ley 27/2003 reguladora de la orden de protección expone la necesidad de una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica, por lo que se hace más que necesario e importante que sepamos distinguir que una vez dictada la orden de protección por el tribunal respectivo no ha terminado la

tutela efectiva hacia la víctima, al contrario, es cuando debe empezar la labor tutelar porque a partir del dictado de la orden de alejamiento la víctima adquiere una especial vulnerabilidad, dado que será objeto de la posible ira de su agresor y, muchas de las veces de sus familiares. Este control no puede seguirlo el Tribunal, y además como han manifestado en reiteradas ocasiones miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado en el sentido de que no tienen efectivos suficientes para acompañar a todas las víctimas que obtienen una orden de protección, y aunado a las deficiencias que se han encontrado en las pulseras “de localización” colocadas a los agresores, (hace poco murió una mujer víctima de su agresor, el cual tenía colocada una pulsera que falló en su funcionamiento).

A modo de un concepto de orden de protección diríamos que “*son las medidas cautelares ha adoptar respecto a una persona sea ésta mujer, menor o anciano, víctima de malos tratos, con el fin de obtener una tutela sensible ante estos hechos por parte de la justicia y demás administraciones involucradas*”. Es decir, podemos observar que la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela de las víctimas de estos delitos y faltas, y entre los que se encuentra, entre otras, “*la medida de alejamiento*” entre el agresor y su víctima, y especialmente de lo que vamos a tratar es de la orden de alejamiento entre la mujer supuestamente víctima de la violencia doméstica y su presunto agresor.

Para el Observatorio del CGPJ se entiende que la Orden de Protección es una resolución judicial que en los casos en los que existen indicios fundados de la comisión de delitos o faltas de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, ordena su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesarias por remisión de la Orden de Protección a los puntos de coordinación de las Comunidades Autónomas.

Pero con una salvedad importantísima que queremos aclarar de que también esta orden se dicta contra la mujer y tiene como víctima al hombre, que por la vinculación normal de que el agresivo siempre es él no se le presta la atención debida, y de esto muy poco se habla y se trata a veces de ocultar la violencia que sufre a manos de su mujer porque este tipo de violencia no importa por ser mínima, pero la realidad es que hay muchos hombres que sufren la violencia de mujeres agresivas, y que a veces les chantajea con los hijos si los tienen o ya una vez separados son *acosados* por las mismas.

En los Juzgados también podemos observar que acuden hombres a pedir que se dicte medida de alejamiento judicial a sus parejas con el fin de que

les dejen en paz, siendo estas muchas veces las que se resisten, esto produce que la policía se sienta confundida muchas de las veces en su intervención y opte siempre o casi siempre por encausar al hombre quien es la verdadera víctima del acoso.

La orden de protección lo que pretende a través de la adopción de la medida de alejamiento es impedir al penado que se pueda acercarse a ellos en cualquier lugar en que se encuentren, así como a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso respecto de los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancias que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena, es decir, entre otros de sus fines lo que pretende es que la víctima y sus familiares recuperen la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias posteriores del agresor. Hay que ser conscientes de que la orden de protección de medida de alejamiento es un instrumento de un enorme interés respecto de aquellos delitos en los que la proximidad física entre sujeto activo y víctima u ofendido por el delito puedan generar especiales riesgos tanto para la vida, seguridad o libertad.

Pero, es evidente que algo está fallando en esta cuestión de la Orden de Protección o mejor dicho en la medida de alejamiento acordada a favor de la víctima de un caso de violencia, tema que vamos a tratar desde la óptica de la práctica diaria porque hemos observado que a veces en los Juzgados se presentan a firmar las parejas tomadas de la mano a pesar de la existencia de una orden de protección, y no se dan cuenta o no toman conciencia de que están quebrantando la mencionada orden; numerosas ocasiones la “víctima” acompañante se encara con los funcionarios por el malestar que les ocasiona la presentación de su pareja ante el Juzgado respectivo a cumplir con la obligación de firmar cada equis días, hay quienes vienen a argumentar ante el Secretario Judicial de que esta medida es injusta y quieren o suplican que se retire la prohibición de alejamiento de su pareja alegando de que él (el autor) es bueno y que solo se le pasó la mano. Veamos el Auto del Juzgado de Instrucción de 17.02.2005, *“..desestimatorio de la solicitud de medidas cautelares acordadas interesadas por D^a C. en comparecencia efectuada ante dicho juzgado en fecha XX de XXX de XXX ”*Y esta cuestión debe ser aún más traumática cuando hay hijos menores de por medio, y hasta que se adopte alguna medida de índole civil, ¿qué pasa con ellos?, además surge una pregunta al respecto de las medidas civiles: ¿es acaso causa de una separación o divorcio o rompimiento de la relación conyugal con hijos de por medio el haberse propinado una bofetada o haber vertido una palabra ofensiva?.

La cuestión importante e ilógica entonces es: ¿qué se debe hacer ante este incumplimiento provocado a veces por la víctima?, ¿castigar también al beneficiado con esta medida cautelar?, ¿serán concientes realmente de que con esa actitud están induciendo al delito de quebrantamiento de condena por parte del autor?, porque en numerosos casos es la propia víctima, reitero, la que provoca este quebrantamiento, o a veces con su “perdón” al agresor trata de olvidar el acto que les llevo ante los juzgados. Ambos no llegan a entender que la prohibición de acercamiento es tanto para el autor como para la víctima. Y a los hijos como se les explica que existe una orden para que su padre no se les acerque, también esta situación provoca reacciones contrarias por parte de los hijos contra la madre y, muchas de las veces esto contribuye a enfrentamientos que culminan en agresiones de estos hacia su madre.

En lo referente a la primera cuestión habremos de decir que si bien es cierto que hay una total impunidad en este acto es debido a que no se puede condenar el intento de reconciliación entre las parejas y, porque el Derecho Penal no puede entrar más allá de lo expresado normativamente y, en lo que constituye el libre albedrío de las relaciones humanas. Y, además lo que demuestra es la pobreza y debilidad de las resoluciones judiciales en esta materia debido a una falta de educación en la mayoría de los casos de lo que esas medidas constituyen, porque el intento de restaurar la vida en común adoptado por ambas partes no constituye una lesión ni una puesta en peligro del contenido de la resolución judicial, al contrario, esto supone un aspecto laudable y digno de ser tenido en cuenta. A este respecto veamos la STS Sala 2ª de lo Penal. Sentencia 1156/2005, de 26 de septiembre (...) Mención aparte requiere el delito de quebrantamiento de medida. “El recurrente fue condenado por haber quebrantado la medida de alejamiento dada por el Juez el día 31 de Julio de 2001 y que le fue oportunamente notificada al recurrente.

“Al respecto se afirma en el propio hecho probado que “...sin que se haya esclarecido si Yy, y el acusado reanudaron el mes de Agosto su relación sentimental, en la madrugada del día 10 de Septiembre....”.

“En idéntico sentido se hace constar en el F.J. III A) Motivación sobre los hechos, en la página 8 de la sentencia “...Es más de lo manifestado por ella al deponer como testigo el juicio (folio 7 del acta) se infiere que después de la denuncia, el acusado y ella habían reanudado su convivencia, no concordando las fechas en las que supuestamente dejaron su relación con lo relatado por Yy, sobre el bar que explotaron juntos, durante dos meses, desde Junio de 2001....”.

“...Es decir, la secuencia de los hechos sería: a) ruptura de la relación y auto de alejamiento dado el 31 de Julio de 2001; b) reanudación de la vida

en común con explotación de un bar, ya como hecho cierto o, al menos probable durante el mes de Agosto y c) nueva secuencia de ruptura de la convivencia con las amenazas efectuadas por el recurrente a su ex-compañera con amenazas de muerte colocándole un cuchillo en el cuello, hecho ocurrido el 10 de Septiembre y asalto a la vivienda de ella el 6 de Octubre de 2001”.

“...No cabe duda de la naturaleza de pena --pena privativa de derechos-- que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 del Código Penal, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la L.O. 14/99, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el art. 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no pueda quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. En concreto, la medida que se le impuso al recurrente el 31 de Julio tuvo esa naturaleza y la impuesta en el fallo de la sentencia sometida al presente control casacional tiene naturaleza de pena”.

“...No obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación”.

“...En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende --y esto es lo característico-- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima --en cuya protección se acuerda-- de mantener su vigencia siempre y en todo momento”.

“...¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?”

“...Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a "vivir juntos", como recuerda las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras”.

“...Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la

persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida”.

“En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener --en su caso-- otra medida de alejamiento...”

“...Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante....”

“...Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia....”

“...Una aplicación de lo expuesto al caso de autos lleva a la conclusión de que en el presente caso se ha objetivado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la ex- compañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del art. 468 del Código Penal...”

“...Procede estimar esta parte del motivo y absolver al recurrente del delito de quebrantamiento, lo que se acordará en la segunda sentencia. Y concluye Procede la admisión parcial del motivo...”

Pero, esta circunstancia choca frontalmente con el hecho de haberse dictado una medida cautelar preventiva y que debería poder ser controlada para

garantizar que con esta llamémosla “nueva oportunidad” que se quiere dar la pareja no se ponga en riesgo otra vez la vida de alguno de ellos, como en la práctica hemos podido apreciar. AAP de Tarragona de 6.10.2006 “..Sin embargo, debe reconocerse que la cuestión introducida por la recurrente no es baladí y nos conduce inevitablemente a tratar la naturaleza de la reconciliación que se produce con posterioridad a las denuncias presentadas. Así la reconciliación puede derivar, en algunos casos, del hecho de que el denunciante no halla en el Derecho Penal la respuesta adecuada a la situación que se le plantea y contempla la reconciliación como una huída hacia adelante, nos referimos a los supuestos en los que el denunciado se halla afecto a la dependencia de sustancias estupefacientes o al alcohol o padece alguna enfermedad mental y, con la denuncia se pretenda que ésta se someta a un tratamiento terapéutico y, en otras, la reconciliación, nace de la dependencia emocional o económica que la víctima tiene hacia el denunciado”.

Es decir, como ya apuntamos en este argumento surgido ya una vez dictada la orden judicial, el intento de la reconciliación, si bien es cierto que debe ser tutelada, se podrían tratar de diseñar mecanismos adecuados que pudieran cumplir la función de controlar estas situaciones; porque mecanismos extrajudiciales entre los que podríamos mencionar la mediación pueden proporcionar los instrumentos eficaces para enseñar, educar, todo esto desde el control extrajudicial de lo que representa la Orden de Protección, y dar el tratamiento adecuado para confirmar la voluntariedad de la decisión de la víctima y su pareja lejos de la incomodidad o indiscreción de los Juzgados máxime cuando hay que ser conscientes que no por ser especializados los Juzgados de Violencia contra la mujer ni los Juzgados de Instrucción ni tan siquiera los Juzgados de familia están acondicionados o adaptados como para tratar con sensibilidad este problema, aunado a esto el que los funcionarios (para los que su presencia en los Juzgados solo constituye un día a día de trabajo) no tienen la preparación adecuada en esta materia.

La víctima es elemento clave en la consecución de los fines del proceso ya que por medio de ella se pone en marcha al aparato judicial, pero este papel que sabe debe cumplir le es negado una vez identificado la persona del autor quien será el eje central del proceso penal y si bien es cierto que hoy por hoy parece existir un interés social en proteger a las víctimas de todo tipo de violencias, y si observamos el estado actual del sistema penal donde se advierte la existencia de una verdadera transición en el tratamiento de la víctima, dado que desde hace bastante tiempo su situación está siendo redescubierta y en especial a la víctima de la violencia doméstica; esta apariencia *a priori* observada aún no es bastante adecuada dado que la solución propuesta se extralimita en algunos puntos y es deficitaria en

otros. Por tanto, la persona dañada por el hecho delictivo queda relegada, apartada, pasa a un segundo plano, es utilizada por los medios de comunicación con claros fines económicos pero lo cierto es que la víctima ya no es el fin sino el medio para que de esta forma el poder punitivo del Estado se muestre cual más represivo ante la sociedad.

Por eso planteamos que ésta es una cuestión importante y que a través de mecanismos adoptados por la propia sociedad alejados de la actuación judicial es quizás en donde se pueden encontrar las medidas de solución a esta reiterada muchas veces “lacra social” que persigue a la sociedad. Deberíamos, por tanto, preguntarnos si la respuesta dada a todas las actuaciones realizadas en estos casos es la adecuada porque creemos que no es el sentir de un gran sector de la población, la inmediata adopción de medidas en este tipo de actos no permite apreciar el verdadero alcance de ellas. Aunado a esto resulta que las medidas represivas adoptadas por la actual política criminal en este aspecto quedan desvirtuadas en la práctica y, por lo tanto, lo que se debe hacer es una labor de profilaxis para evitar que se sigan produciendo; se han dado muchos casos en los que las víctimas a pesar de gozar de una Orden de Protección (entendida como el alejamiento de su agresor) han sido asesinadas, ¿este acercamiento fue violento o consentido?, es una pregunta que estoy seguro que la justicia no podrá responder porque la víctima no nos lo podrá contar. “*Con respecto al pretendido consentimiento para reanudar la convivencia por parte de la víctima, ni consta en los hechos probados, ni puede deducirse inequívocamente del conjunto del desarrollo de los acontecimientos*” STS 69/2006 de 20 de enero.

a.- La tradición como norma en la historia

***Así, en el hombre, el alma domina al cuerpo,
la mente al apetito, que le presta obediencia.
así, el macho, que es más fuerte, domina a la hembra,
como la más débil, y esta obedece..”***

J. Altusio

Como hemos podido leer líneas arriba fruto de los distintos procesos evolutivos motivados por el desarrollo económico e industrial nacen, surgen y evolucionan los procesos sociales históricos, y a cada época corresponden especiales instituciones (orales o escritas) jurídicas y políticas, normatividad que puede estar o no cerca de la naturaleza del hombre y que puede o no reflejar en mayor o menor medida las necesidades humanas, así entendido el tema, en sus continuos vaivenes más

primarios, el hombre instauró medidas que respondieran a la necesidad de encausar la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses contra terceros o contra miembros del grupo, ya por amenazas, ya por hechos consumados. Pero bajo todos los fenómenos de la sociedad existe una gran base: La Costumbre, roca fundamental de los modos de pensamiento y acción consagrados por el tiempo, la cual proporciona cierta estabilidad y orden durante todas las ausencias, cambios e interrupciones de la ley. La costumbre da al grupo la misma estabilidad que la herencia y el instinto dan a la especie, y el hábito al individuo, el cometer una posible violación de la costumbre es provocar una hostilidad casi universal, pues la costumbre surge del pueblo.

Y de esta forma tradicionalmente la violencia en el ámbito familiar muchas veces era y en algunas sociedades sigue siendo considerada un problema estrictamente privado, lo que actuaba de freno e impedía el intervenir ante situaciones íntimas de la pareja, y se entendía que debía ser resuelto en ese ámbito, lejos de la intervención judicial; *“El acceso a la casa el día 29 de octubre se produjo con la aquiescencia de la mujer, a cuyo argumento no se acoge el recurrente, porque es consciente de que el consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuricidad del hecho. Primero, porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por “presiones de la familia”, según rezan los hechos probados”*, STS10/2007 de 19 de enero; la violencia familiar suele estar escondida celosamente de la luz pública, rodeada por una coraza protectora de tabú y de silencio.

La razón es que en la mayoría de las culturas el hogar de siempre ha constituido la esfera más privada y oculta de la existencia humana. Esta violencia está amparada por viejos principios culturales, por costumbres sociales y por normas religiosas que tradicionalmente han promulgado la sumisión casi absoluta de la mujer al hombre, por ende el valor otorgado a la privacidad de este problema es algo aprendido durante largo tiempo por las sociedades y transmitido a lo largo de los siglos, y aún se encuentra presente en todas las sociedades, y aunque a diversos sectores no les guste o no quieran reconocerlo, es una evidencia y, consta como resultado de numerosos estudios. Rastreando antecedentes históricos sobre este tema podemos encontrarnos con muchas perlas, por ejemplo, en las primeras sociedades tribales la esposa vive con su marido, le debe llorar su muerte y aunque a menudo lo hace real y sinceramente, sigue siendo solo una extraña de acuerdo con las reglas del parentesco matrilineal, y también tenía un deber hacia los miembros sobrevivientes del clan de su esposo, que era el de manifestar, exhibir su dolor de modo aparatoso, guardar un largo período de luto y llevar la quijada o mandíbula de su esposo durante varios años después de su muerte.

Entre los primitivos germanos el adulterio de la mujer se castigaba de modo ejemplar siguiendo todo un rito comunitario, en este caso el marido se convertía en arbitro absoluto de la vida de la infiel, inmediatamente se le corta los cabellos, después se la desnuda y la arrastra de este modo fuera de la casa, mostrándola de esta forma a todos los parientes; a continuación forman un cortejo que pasa de pueblo en pueblo en dirección al río del suplicio, azotándola y descargando escobazos sobre la culpable, según el relato posiblemente se finalizaba el suplicio con el ahogamiento de la culpable; en época de Tiberio estaba prohibido estrangular jóvenes vírgenes, condenadas las muchachas aun jovencitas y vírgenes primero eran violadas y luego ejecutadas.

En el libro “de las mujeres” *An Nisa* en el verso 34 de *El Corán*, podemos leer “los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Alá ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gasta, las mujeres virtuosas son devotas cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Alá manda que cuiden. ¡ amonestada aquellas de quienes temáis que se rebelen, dejadlas solas en el lecho, pegadles! Si os obedecen, no os metáis más con ellas. Alá es excelso, grande.

También podemos leer en *el Código de Hammurabi* Ley 110 “si una sacerdotisa que no viva en el claustro, ha abierto una taberna de vino de dátiles con sésamo, o ha entrado para beber vino de dátiles en la casa de vino de dátiles con sésamo, a esta mujer liberal se la quemará”; Ley 132 si uno ha dirigido su dedo contra la mujer de otro hombre, y si ella no ha sido sorprendida con el otro hombre, a causa de su marido (para apaciguarlo), ella se arrojará al dios río”; Ley 133b: “si esta mujer no guardó su bien y entró en casa de otro, esta mujer es culpable y se la arrojará al agua”; Ley 143: “si no ha sido (la mujer) correcta y vigilante y hay error en su conducta, si disipa el patrimonio, si ha descuidado la atención de su marido, esta mujer será arrojada al agua”.

O, en el antiguo Código de Manú que “a una mujer infiel se le condene a ser devorada por perros, en un lugar frecuentado, esto con el fin de que sirva de escarmiento”; en el Libro IX 2. “día y noche las mujeres deben estar mantenidas por sus protectores en estado de dependencia”; 3. “Una mujer está bajo la guarda de su padre durante su infancia; bajo la guarda de su marido durante su juventud; bajo la guarda de sus hijos, durante su vejez; no debe nunca conducirse a su capricho”.

Tomamos este párrafo de la definición de suplicio del Diccionario Filosófico de Voltaire: “...Cerca de una gran ciudad aparece un recién nacido muerto. Existe la sospecha que la madre sea una mujer joven. La encierran en el calabozo y la interrogan. Responde que ella no ha podido dar a luz al niño porque todavía está embarazada. Las parteras la visitan.

Estas imbéciles afirman que no está embarazada y que la retención de inmundicia inflama su vientre. La amenazan con la tortura. El miedo conturba su espíritu. Confiesa que ha matado a su presunto hijo. Es condenada a muerte y tiene el hijo mientras le leen la sentencia. Los jueces aprenden que no hay que dictar penas de muerte con ligereza". También podemos leer en la obra "...” Del Marqués de Sade: En cuanto a Frauval, tenía ideas filosóficas acerca de las mujeres, como acerca de todas las cosas de la vida y considera esta exquisita persona con absoluta frialdad. “la mujer que nos pertenece -solía decir -, es una especie de individuo a quien la costumbre ha subordinado a nosotros: debe ser gentil y sumisa....muy recatada, no es que me lleguen los prejuicios de la deshonra que una mujer puede traernos cuando imita nuestra licencia, pero a uno no le agrada la idea de ver que alguien contemple la remoción de nuestros derechos; todo el resto es inmaterial y no agrega nada a la felicidad”. Tocqueville y otros autores señalaban que en la sociedad medieval muchas personas dependientes eran protegidas en alguna medida contra los rigores de la vida, por la costumbre y por la benevolencia paternalista, aunque tuvieran que pagar como precio a cambio de ello su sumisión personal.

Durante la Edad Media el paso del sistema feudal a las monarquías nacionales, a la formación de los Estado-nación, fue traumático y estuvo rodeado de guerras y revoluciones, la mayoría de éstas estaban encaminadas a protestar contra las injusticias sociales y económicas. La riqueza estaba condensada en manos concretas y escasas, la iglesia se alió con las oligarquías y no dejó de vivir en la opulencia y el despilfarro, la peste diezmaba a la población y el imperio islámico ganaba terreno. Y así para algunos autores el significado práctico de la monarquía consistía en desplazar la responsabilidad de la crisis de la sociedad medieval tardía desde la iglesia y el Estado hacia demonios imaginarios con forma humana. Y así gana adeptos la manipulación de la información incriminatoria contra los desenfrenos producidos por el demonio, en forma de mujer, al que hacen culpable, en vez de mirar a la corrupción del clero y a la rapacidad de la nobleza a los que el pueblo ignorante les hace elementos indispensables y grandes protectores de la humanidad frente a un enemigo difícil de detectar. Manipulaciones que hoy en día siguen haciendo las clases privilegiadas y poderosas de la sociedad contra todo aquello que enturbie su corruptela.

Si bien antes ya se habían producido algunas persecuciones, como hemos comprobado, es a partir del siglo XV, comenzando desde la Europa central, cuando la persecución masiva de brujas se convierte en una obsesión de la iglesia y de los tribunales. Más de medio millón de personas fueron ejecutadas en Europa entre los S. XV y XVII acusadas de brujería. Muchas de ellas por el delito de haber reconocido su capacidad de volar por los

aires; otras por copular con un diablo masculino dotado de un pene frío como el hielo (incubo), o con un diablo en forma de mujer (súcubo); por haber asistido a las juntas sabáticas o aquelarres; por adorar al diablo, hacer un pacto con él o besar su trasero; o por cuestiones más mundanas como provocar inundaciones, tormentas o granizadas, matar la vaca del vecino, malograr cosechas, robar niños o, directamente, comérselos.

Se pone en duda si lo que contaban los condenados acerca de las brujas o de la brujería era cierto o producto de las torturas a las que eran sometidos o que entre los adoradores de este culto se ponían de acuerdo para afirmar siempre lo mismo amén de que los inquisidores habían creado toda una serie de afirmaciones imaginarias, inventadas las más de las veces, que los torturados aceptaban como ciertas y es que no les quedaba más remedio a los pobres malogrados dado el secretismo del proceso inquisitorial e indefensión de los acusados. De todas formas buena parte de las acusaciones que recibían en cuanto a que en sus aquelarres se hubieren dedicado a condenar el lujo de la iglesia o a pedir la abolición de la propiedad privada y el fin de las diferencias de rango y autoridad no ha quedado demostrado ni existen testimonios que puedan justificar las ejecuciones o persecuciones de las víctimas.

Paracelso afirmaba: “de un enemigo que nos amenaza con armas y artillería podemos defendernos, huir de él y ocultarnos de su vista. Contra las brujas en cambio, no sirven escudos, ni armas, ni puertas, ni cierres; ellas lo atraviesan todo y todo les está abierto. Las brujas son las criaturas más dañinas y los enemigos más encarnizados que tenemos sobre la tierra, y por eso no es injustificado condenarlas a la hoguera.

Las grandes persecuciones de brujas empiezan a fraguarse en Europa tras la invención de la imprenta. Durante la Edad Media no se produjeron descarnizados procesos por brujería. Es en el siglo XV y con mayor profusión en el SXVI, después de la reforma y del descubrimiento de América en los países católicos, y más tarde en aquellos que se convirtieron al protestantismo en donde podemos encontrar las grandes persecuciones, es decir, que éstas se producen en épocas de grandes descubrimientos, y en donde los magos que terminaban en la hoguera eran aquellos que se oponían a los intereses eclesiásticos. Pero las mujeres, las brujas, las que nunca tuvieron las consideraciones de magas, fueron tratadas con mucha dureza. El estereotipo montado por la iglesia contra las brujas más tarde es utilizado también contra los grupos heréticos como cátaros o valdenses, también contra los templarios. La situación económica, la peste, las plagas que sacudían la época como el escorbuto, el hambre y la cercanía de la muerte llevaban a los hombres a refugiarse en cualquier idea que les prometiera felicidad y aceptaban el miedo y la opresión como parte del

proceso para conseguirla: la brujería la ofrecía de inmediato, aunque solo fuese a ratos, y sin tanto sufrimiento.

Por otro lado y siempre respecto a la mujer vemos el papel con el que ha sido tratada a través de la historia y por parte de la iglesia, y así la mujer es identificada como un ente demoníaco, considerada inferior al hombre, obsérvese que en la cultura islámica una mujer vale la mitad del valor de un hombre. Se podría decir que la misoginia en el ámbito religioso alcanzó un gran auge y, aún creo que podría decirse que hoy tiene un fuerte arraigo. La caza de las brujas se utilizó para combatir desde las altas esferas a los grupos o las personas que, no precisamente por dedicarse a hacer pactos con el diablo, ponían de alguna forma en peligro la estabilidad política o eclesiástica de determinadas zonas o regiones, la Iglesia y el Estado montaron una cruel y despiadada campaña contra los enemigos fantasmas del pueblo.

Leemos en el *Malleus Malificarum* (el martillo de los brujos) considerado por algunos como “*el libro infame de la inquisición*”: La retórica contra lo femenino dio comienzo con los padres latinos y una primera muestra lo encontramos en el escrito de Tertuliano de Cartago (155-245) *De Cultum Feminarum*, Libro 1 Cap. 1. “Cada mujer debería estar caminando como Eva, acongojada y arrepentida, de manera que por cada vestimenta de penitencia, ella pueda expiar más completamente lo que ella obtuvo de Eva, el estigma, quiero decir, del primer pecado, y aborrecimiento (atado a ella como la causa) de la perdición humana. ‘Con dolor darás a luz a tus hijos, necesitaras de tu marido y él te dominará.’ ¿No saben que cada una de ustedes es una Eva? La sentencia de Dios en el sexo de ustedes vive en estos tiempos: la culpa debe existir también por necesidad. ¡Ustedes son la puerta del infierno! ¡Ustedes son las que rompieron el sello de aquel árbol [prohibido]! ¡Ustedes son las primeras desertoras de la ley divina! ¡Ustedes son las que le persuadieron [a Adán], pues el demonio no tenía el valor suficiente para atacarlo! ¡Ustedes destruyeron tan fácilmente a la imagen de Dios, al hombre! Por causa de lo que ustedes merecían –esto es, la muerte– aún el hijo de dios tuvo que morir!”. Es evidente la repulsa que muestra el escrito hacia la mujer, también San Jerónimo (347-419 d.C.) culpable la mujer de la caída en desgracia solo podrá atenuar su culpa pariendo hijos o absteniéndose del sexo y permaneciendo vírgenes. Y da una serie de pautas a continuación: a través de la abstención sexual, una mujer puede convertirse en “hombre”; el castigo de la mujer, por el pecado de Eva, puede ser deshecho al tener hijos, las mujeres santas casadas son santas porque viven como vírgenes, hasta concluir que una vida de virginidad puede superar la sentencia sufrida por Eva. También en San Ambrosio podemos encontrar alegorías prejuiciosas tales como que “Las mujeres deben cubrirse sus cabezas, porque ellas no son la imagen de Dios. Ellas

deben hacer esto como signo de sumisión a la autoridad y porque el pecado entró al mundo a través de ellas. Sus cabezas deben estar cubiertas en la iglesia, para honrar al obispo. De igual manera, ellas no tienen autoridad de hablar porque el obispo es la personificación de Cristo. Ellas deben hacer esto ante el obispo como ante Cristo, el juez, dado que el obispo es la representación del Señor. Por el pecado original, ellas deben mostrarse sumisas”. Y luego termina diciendo: “¿Cómo puede alguien insistir en que una mujer es imagen de Dios, cuando ella está obviamente sujeta bajo el dominio del hombre y no tiene ningún tipo de autoridad?. Por cuanto ella no puede enseñar ni ser testigo en una corte, ni ejercer ciudadanía ni ser juez, entonces, ciertamente, no puede ejercer dominio (Corintios 14:34)”. A que parece mentira que mucho de lo que estamos leyendo en estas citas de esa época, lo vemos en la práctica social diaria, la clase conservadora que hace apología *dizque* en defensa de la familia continuamente por las calles acaso ¿seguirá esta teoría al pie de la letra?, se oponen a una Ley de Aborto libre, acaso entonces no pensará que la mujer esta solo creada u obligada para la procreación, tengo mis dudas al respecto.

Lamenta la iglesia en estos términos la presencia de la mujer: “Y yo hallé a la mujer más amarga que la muerte, la cual es peor que una trampa, y su corazón es una red; y sus manos, lazos. El que agrada a Dios le escapará, más el pecador será preso en ella. Más amarga que la muerte, es decir que el demonio: *Apocalipsis 6:8* “tenía por nombre Muerte”. Porque aunque fue el demonio quien tentó a Eva, Eva sedujo a Adán. Y como el pecado de Eva no habría llevado muerte a nuestra alma y nuestro cuerpo a menos que pasara después a Adán, tentado por Eva, y no por el diablo, entonces ella es más amarga que la muerte. Más amarga que la muerte también, porque la muerte es natural y destruye únicamente el cuerpo, pero el pecado que nació de la mujer destruye el alma y la priva de la gracia, y entrega el cuerpo al castigo por el pecado. Y mas amarga que la muerte puesto que la muerte corporal es un enemigo terrible y manifiesto, pero la mujer es un enemigo quejumbroso y disimulado. Y el hecho de que sea más peligrosa que una trampa no refiere a las trampas de los cazadores, sino a las de los demonios. Pues los hombres son atrapados no solo por sus apetitos carnales, cuando las ven y las oyen; San Bernardo dice: “Su rostro es un viento que quema, y su voz, el silbido de las sierpes”. *Proverbios 30*: “Tres cosas hay que nunca se hartan; aún la cuarta nunca dice basta: la matriz estéril. Por lo cual para satisfacer sus vicios se unen hasta con los demonios”. De acuerdo con esta lectura me surge una pregunta: ¿Cuál es el tipo de familia que defiende la Iglesia y que ahora tanto demanda en sus protestas callejeras? ¿Acaso la única donde la mujer sea un objeto sumiso y abierta solo a la procreación?, demostrado está que la iglesia pide y

fomenta el tipo de estructura social que más convenga a su sistema de valores y a sus propios intereses mundanos.

Miles de mujeres inocentes fueron quemadas en la hoguera, no podemos certificarlo pero existen ciertos números a tener en cuenta; por ejemplo dentro del año 1513, en 3 meses fueron procesadas en Génova cinco mil mujeres, en Trier (región de Renania-Palatinado en Alemania) unas siete mil y en Bamberg, unas mil quinientas; posteriormente en Salem la más famosa cuna de brujas fueron quemadas 400, 000 previo degollamiento, también podemos hallar víctimas en Navarra y La Rioja hacía el Siglo XVI. “Los anales de la brujería, explica R. H. Robbins, son terribles y brutales: la degradación ahogó la honradez, se enmascararon las pasiones más bajas tras la protección de la religión, y el intelecto del hombre se trastornó de tal modo que perdonó bestialidades que ni los yahoos de Swift hubieran cometido sin sonrojarse. Nunca hubo tantas personas tan equivocadas ni que mantuvieran su error durante tanto tiempo. La brujería destruyó los principios del honor y la justicia abriendo de par en par las puertas del salón de la vergüenza”. En lo absurdo a veces de algunas penas impuestas a las presuntas brujas, podemos leer el acta final del proceso contra brujas de la ciudad de Rotemburg, Hessen en 1668, “*se considera justo absolver a la acusada de la pena ordinaria de brujería, pero imponerle, sin embargo, a causa del exceso cometido, a ella como pena y a los demás sirva de ejemplo, la condena de trabajos por un año ad opus publicum y así nosotros, de este modo que queda dicho absolvemos y condenamos a la misma, respectivamente en este juicio*”. Se practicó la hoguera con frecuencia a veces después de la decapitación, en Inglaterra por ejemplo se practicaba la ordalía del agua, que consistía en ser desprendida por una soga, si no se hundía la acusada en el agua significaba que no quería ser recibida por el liquido purificador y debía morir.

Por otro lado resulta innegable que vivimos en una sociedad multicultural, la multiculturalidad es un hecho que se manifiesta con la presencia en nuestra sociedad de grupos de personas con diferentes códigos culturales como consecuencia de diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales y que no dejan atrás sus creencias, sus tradiciones, sus religiones; es evidente, por tanto, que la problemática en torno a la sociedad multicultural es enormemente compleja; que provoca problemas culturales y sociales muy graves, que provoca un importante desarraigo en buena parte de la población inmigrante y una desestructuración social, se les obliga de esta forma a perder una cultura auténtica, rica y compleja, obteniendo a cambio una cultura superficial y mucho más pobre. Por tanto, esta afirmación, de que existen, razones históricas y culturales que explican los malos tratos que sufren no solo las mujeres sino también los menores y

los ancianos van siendo asumidos actualmente por la normativa internacional.

Por tanto, las causas, tratándose de los comportamientos violentos contra las mujeres inmigrantes más profundas culturalmente hablando las podemos encontrar aparte de en la dependencia económica, también en el reparto de papeles y funciones dentro de la propia familia, que según en que tipo de cultura observemos que la mujer sigue teniendo una consideración subordinada, y se les educa para que atiendan y vivan bajo el total sometimiento del hombre, y en donde la negación del ejercicio de la violencia por parte de la víctima constituye parte inherente de un conjunto de defensas psíquicas automáticas que los seres humanos interponemos ante lo traumático; por ejemplo en las culturas suramericanas que forman el colectivo quizás que más denuncia la práctica en sus países de origen es de que ante un caso de maltrato doméstico se recurre a las comisarias para que el policía de turno acuda en su auxilio y reprenda a su agresor “marido” y allí queda la cosa, es decir, el policía arregla las denuncias extrajudicialmente, y solo si el marido reincide en los maltratos es cuando se produce una primera detención e ingreso en los calabozos policiales a la espera de que le sirva de escarmiento, si reincidiera o la magnitud de las lesiones fueran graves sería cuando se le pondría o quedaría a disposición judicial.

Lo que aquí se escucha muchas veces en las vistas de los juicios rápidos y en los juzgados de violencia contra la mujer, es que solo querían que le llamaran la atención o dicen que no quieren continuar con el procedimiento, ni que se les dicte ninguna orden de protección. Por este motivo en los Juzgados hay víctimas de este tipo de violencia que tras haber presentado la denuncia se niegan a declarar en el acto de juicio, otras muchas no llegan siquiera a comparecer, ya que por erróneos motivos centrados en el perdón hacia el agresor no desean que el Juez le dicte una sentencia condenatoria y así también quieren evitar que la imposición de una pena pueda dar lugar a una intromisión y posterior grave deterioro en la vida familiar. El fundamento inmediato a no declarar tiene su origen en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes de un mismo círculo familiar siendo inexigible la declaración en el caso de parientes próximos; el perdón así concedido al agresor por parte de la víctima si bien es cierto es una cuestión problemática; valga también decir que en la construcción y mantenimiento de la violencia participa a menudo una operación esencial que es la de mantener los tradicionales patrones culturales de dominación aprendidos, y donde el silencio de las víctimas muchas de las veces ha contribuido al desconocimiento de la magnitud del problema, y por ende, puestas ambas conjuntamente “negación y silencio”

refuerzan el poder del agresor, y logran inhibir la respuesta defensiva de la víctima y de la comunidad entera.

Pero también hemos de ser conscientes que más allá de una pretendida igualdad legal existen barreras de entrada dentro de circunstancias culturales, económicas y sociales que dificultan que determinados casos lleguen a los tribunales. Referimos respecto a lo mencionado la SAP sección 27 núm. 69/2007 de 29 de enero: “Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que absuelve a Xx, del delito de maltrato familiar objeto de acusación alegando que el juez a quo no ha valorado la declaración de la perjudicada en instrucción solicitada por el Ministerio Fiscal, al entender que en dicha declaración no se observaron las prescripciones legales, al no haber informado a la víctima de su derecho a no declarar, del artículo 416.1 de la LECrim (LEG 1882, 16)” .

“Al respecto debemos señalar que el art. 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) establece que "la Ley regulará los supuestos en que por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Disponiendo el artículo 416.1 que están dispensados de la obligación de declarar: 1).- los parientes del procesado en línea directa ascendentes y descendentes, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del art. 261. *“La razón de ser de dicho precepto es que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado, a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conoce que pudiera incriminarle”*. Partiendo de dicha regulación, y como ya hemos tenido ocasión de señalar en otras sentencias de esta Sala (SAP 91/2006 de 20 de febrero [Prov. 2006, 199740], 71/06 de 13 de febrero [Prov. 2006, 199781]), aún cuando el texto legal no lo recoja expresamente, entendemos que ha de equipararse, a dichos efectos, la relación análoga al matrimonio, por los siguientes motivos:

a).- El propio Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) equipara los efectos de las uniones sentimentales estables con las del matrimonio en distintos supuestos, como en el art. 23 del CP en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco, el art. 173 del CP relativo a la violencia familiar y especialmente el art. 454, que respecto al encubrimiento de parientes, establece "que están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad...". Precepto este último claramente indicativo de la equiparación, por cuanto resultaría ilógico que por una parte la Ley prevea dicha excusa absoluta y por otra se

impusiera a quien estuviera ligado por análoga relación a la matrimonial al acusado en la situación de efectuar declaraciones que pudieran incriminar a su pareja.

b).- Por el hecho de que el propio Tribunal Supremo en otros supuestos en los que el Código Penal no recoge expresamente la equiparación anterior, la ha establecido, como es el de la excusa absolutoria respecto a los delitos patrimoniales previstos en el art. 268 del CP acordando en el Pleno no Jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 (Prov. 2005, 75764) que "a los efectos del art. 268 del CP las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial".

c).- Por estimar que la denegación de dicha equiparación sería efectuar una interpretación contraria a la realidad de la sociedad actual, que en ningún caso ampararía las reglas generales de la interpretación de las normas jurídicas, conforme al art. 2 del CC (LEG 1889, 27), creando situaciones discriminatorias, en las que a supuestos de facto prácticamente iguales en su fundamentación se les aplicaría una normativa diferente".

“En el presente caso, entiende el Ministerio Fiscal que la relación que mantienen víctima y acusado no es análoga a la del matrimonio habida cuenta que no se ha acreditado que esa relación similar a la conyugal sea permanente o con vocación de permanencia o sea que tenga una cierta duración temporal y al no ser así entiende que la dispensa del artículo 416.1 no le alcanza por lo que solicita se deje sin efecto la sentencia apelada y se devuelva para que se valore la declaración de la víctima”.

“El recurso no puede ser estimado, pues del análisis de las actuaciones se desprende que víctima y acusado mantenían una relación de pareja desde hacía un año, habiendo nacido de dicha relación su hija de siete meses de edad, viviendo ambos en el mismo domicilio, así tratándose de una relación de pareja análoga a la del matrimonio, como bien se expone en la sentencia impugnada, la víctima debía haber sido advertida por el Tribunal de la dispensa legal de su obligación de declarar, sin que conste que la víctima fuera informada en tal sentido, motivo por el cual no se puede tener en cuenta (artículo 730 de la LECrim [LEG 1882, 16]) la declaración efectuada por ella en el Juzgado de Instrucción”.

También por su importancia la Sentencia APM (Sección 26ª). Auto núm. 198/2008 de 6 febrero: donde podemos leer en su Fundamento de Derecho.....”Primero.- Por la defensa de Xx, se interpone recurso de apelación contra el auto mencionado, por entender que no concurren los presupuestos para adopción de la medida cautelar otorgada, y, en concreto que las lesiones que sufre la denunciante son compatibles con un supuesto de auto lesión habida cuenta el historial de anorexia y los distintos intentos autolíticos que se describen en el recurso”.

“La adecuada resolución de la cuestión controvertida debe partir de la base de que la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica se estructura en dos artículos, dos disposiciones adicionales y una final, de modo que en el artículo primero se da una nueva redacción al art. 13 de la LECri., incluyendo dentro de las primeras diligencias a practicar en el proceso penal las incluidas en el también nuevo art. 544 ter - que se introduce en el artículo segundo-“.

“Poco después, por LO. 11/2003, de 29 de septiembre , de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, se modifica el art. 153 del Código Penal , de modo que su contenido se lleva al art. 173.2, ubicado dentro del Título VII del Libro II , relativo a los delitos contra la integridad moral, destinando el actual art. 153 para tipificar como delito el menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el Código Penal, o los golpes o maltrato de obra sin causar lesión, o las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando tales acciones se refieran a los sujetos pasivos a que se refiere el también nuevo art. 173.2, es decir, convierte en delito algunas faltas del art. 620 CP y todas las del art. 617.3 CP de 1995. Finalmente, la reforma de la LECri. en materia de prisión preventiva reforma el art. 544 ter, apartado primero, para referir el ámbito de aplicación a las personas mencionadas en el art. 173.2 CP. Ello significa que la llamada orden de protección restringe su ámbito de actuación en relación con la medida cautelar contemplada en el art. 544 ter, LECri., pues la misma tan sólo se aplica a un subgrupo de los delitos: los relativos a la violencia doméstica o familiar, y a las faltas de violencia doméstica”.

“Toda esta normativa no responde sino a la voluntad del legislador de castigar el llamado maltrato familiar, en cuanto, como dijo la STS de 24 de junio de 2000 atenta a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad - art. 1º C -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho, no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de tratos inhumanos o degradantes- art. 15 - y en el derecho a la seguridad- art. 17 -, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia - art. 39 –“.

“Desde esta perspectiva esta Sala debe revisar los presupuestos utilizados por el Juez a quo a la hora de otorgar la medida que se recurre, y que son, en primer lugar, lógicamente, la necesidad de que exista una imputación judicial por delito o falta de violencia doméstica o familiar, lo que viene a representar el llamado *fumus boni iuris*, por existir indicios fundados de la comisión de tal hecho; y, en segundo lugar, la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las

medidas objeto de la orden, tal y como exige el propio art. 544 bis, como corolario de la necesaria protección integral a las víctimas de esta tipología delictual”.

“De un lado existen indicios fundados de la comisión del hecho denunciado, y para ello nos basaremos en la declaración de la víctima, que reúne los requisitos señalados jurisprudencialmente para otorgarle eficacia enervatoria del principio de presunción de inocencia, cuales son: 1º ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado/víctima que pudieron conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente; 2º verosimilitud: el testimonio que no es propiamente tal, en cuanto que la víctima puede mostrarse parte en la causa ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo fundamental es la constatación de real existencia de un hecho; 3º persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones”.

“Pues bien, en el caso que nos ocupa la denunciante ha mantenido un relato reiterativo y coherente respecto de las diferentes situaciones en que ha sido golpeada por el denunciado, dándose la circunstancia de que cuando es golpeada no acude a ningún centro médico, sin motivo alguno para ello, no obstante lo cual, el médico forense informa sobre las lesiones que presenta la denunciante, lesiones que son absolutamente compatibles con la forma que se dice se han causado y con un tiempo de evolución también coincidente con respecto de la narración de la denunciante”.

“Así nos encontramos con que el testimonio de la denunciante se ve objetivado en el parte de lesiones”.

“Suscita el recurrente la posibilidad de que la propia denunciante se haya autolesionado y para ello se refiere a la anorexia nerviosa que sufre y a los intentos autolíticos. Ciertamente las lesiones que presenta la denunciante no parecen las propias de quien se intenta quitar la vida, sino más bien de quien pudiera haber sido golpeada y, en todo caso, las enfermedades que refleja el recurrente no son incompatibles con una situación de maltrato”.

“Ciertamente en el caso de autos se dan los presupuestos requeridos por el precepto, pues junto con las lesiones determinadas en el informe forense, nos encontramos ante una situación objetiva de riesgo, derivadas de la situación precedente, sino de la eventualidad de que acciones como la expresada se reiteren en un futuro, a la vista de que no se denuncia una acción única, sino diversas a lo largo de dos años”.

“Por último, la medida adoptada comporta una mínima restricción de derechos habida cuenta que no existe convivencia”.

A esto también habrá que aunar otros factores psicosociales que pueden acrecentar el brote de comportamientos violentos como el alcoholismo, las frustraciones, el encontrarse en paro, adicciones o drogadicciones, etc., conductas todas estas que han sido toleradas por mucho tiempo basadas en la propia tradición cultural y, aún hoy en muchas sociedades se siguen manteniendo, hace poco hemos podido contemplar en los telediarios, cómo se ejecutaba en un país árabe, a una mujer y a su amante juzgados ambos por adulterio, a tiros y en medio de la calle. Se extiende este tipo de comportamientos violentos a las relaciones sociales en las que ocupa un lugar preponderante la figura de la mujer considerada como un objeto sexual, pero a la que también, y seamos serios en este aspecto, contribuyen los medios a través de la proyección una y otra vez de un prototipo de mujer que roza la perfección, y donde la propia mujer es la que se prepara para estas situaciones, sino, veamos cómo han aumentado las demandas en las clínicas de estética para que las chicas consigan de forma artificial un cuerpo perfecto, o cuando hay una llamada selección o “casting” por parte de algún programa de televisión la mayoría son jovencitas con afán de fama y sin importarles lo que tendrán que ofrecer con tal de conseguirla, o aquellas mujeres que acuden a los programas de “cotilleo” a contar, entendamos, “vender” sus realidades más íntimas a cambio de cierta cantidad de dinero, es decir, son muchos los factores que contribuyen a esta violencia y, entre ellos destaca el impacto provocado por los medios de comunicación, las guerras y la difusión de valores culturales que aceptan o promueven la solución violenta de conflictos.

Es decir, si históricamente y hurgando en el pasado no se puede decir que la mujer haya sido persona considerada mucho mejor ha pesar de que las sociedades precedentes eran poco civilizadas, en la actualidad pasa más de lo mismo y algunos tratadistas intentan ver nuevas formas de agresión y, esto a pesar de que las sociedades de hoy se presumen de ser las más avanzadas, por tanto, atribuir la causa de la violencia contra la mujer en las relaciones familiares a la situación de subordinación o discriminación de la misma es pretender realizar un análisis demasiado simplificado como si la situación de la mujer en la sociedad fuese causa suficiente para explicar dicha violencia.

Hemos de tener en cuenta que históricamente y en cada cultura cada mujer pertenece a un determinado grupo social con una posición distinta en la estructura social, y que existen diferencias básicas en la conducta de los géneros masculinos y femeninos que trascienden cualquier hábito cultural, tal vez esto pueda explicar porque precisamente las tradiciones han

asignado diferentes roles a los sexos. Aparte de la situación de subordinación de la mujer que se alega como principal causa que influye en su victimización también habría que añadir otros factores de vulnerabilidad que podrían desplazar esta primera apreciación y que casi nunca funciona aislada, pero es o se trata de una vulnerabilidad que viene de ancestro y que hace a la mujer presa fácil del maltrato y de su silencio.

Podemos apreciarlo claramente entre la mayoría de víctimas en las sociedades pobres que son agredidas sexualmente y que producto del miedo y de su situación personal callan estas violaciones en aras a lo que prima en ellas la búsqueda de lo necesario para su subsistencia, porque para una mujer pobre, marginada y que ha sido víctima de una agresión sexual representa todo un mundo el denunciar, el verse expuesta ante la sociedad, ante su grupo social, ante sus conocidos y lo más importante quizás para ella que conllevaría a la pérdida del respeto por parte de sus familiares y llegando a veces a ser considerada por ellos como una “apestada” y lo que es más grave es que podría perder su trabajo.

En el caso de las mujeres casadas denunciarles ocasionaría ser repudiadas por sus maridos y por su familia bajo la acusación de que han sido ellas las que se lo han buscado; aparte de la enorme desconfianza, dada su condición social, en la policía, en los jueces y por ende en el derecho. Cuántas veces hemos visto u oído que mujeres con bajos medios económicos y con hijos son abandonadas por sus maridos y se ven abocadas, y a veces si tienen suerte con la ayuda de sus familiares, a sacar adelante a sus hijos, y digo si tienen esa suerte dado que los familiares condenan a estas mujeres y las culpan, y muchas de las veces la obligan a aceptar que tienen la culpa de que el hombre se haya marchado y deben someterse a ellos y buscar reconciliarse.

Y a este tipo de “agresiones contra las mujeres” por parte de adultos se suman las cometidas por parte de menores que se están convirtiendo en una pesadilla incomprensibles para muchos, porque siempre se ha visto o se ha dicho que a los jóvenes hay que dejarlos vivir, que se desarrollen, que si se lían a golpes esto es algo normal porque forma parte de su paso a la adultez, por eso no se han preocupado demasiado por estos hechos cometidos por menores, ni tampoco por si fumaban y que hoy se dice lo hacen a edades cada vez más tempranas, así como que beben también a edades más tempranas de lo habitual, o a drogarse, etc.; y hoy también se aprecia que se ha pasado de arreglar sus diferencias a golpes a resolverlas con armas y a la formación de bandas que se retan a muerte por el dominio de los barrios. Especialmente fecundas para el cultivo de la delincuencia son las subculturas abrumadas por la pobreza, el desempleo, la discriminación, el alcoholismo, el fácil acceso a las armas, un sistema

escolar ineficaz y una política penal deshumanizada y revanchista que ignora las medidas más básicas de rehabilitación.

A raíz de estas agresiones cometidas por menores, leamos la explicación muy bien lograda por parte de Samira BELLIL en su libro autobiográfico “*l’enfer des tournantes*”: por desgracia, un fenómeno que se da con cierta frecuencia en las barriadas consiste en las llamadas “*tournantes*” o violaciones colectivas que grupos de muchachos, muchas veces menores (se ha detectado que cada vez son más jóvenes, lo cual dificulta su castigo penal) infligen a las chicas de su barrio que no observan una conducta “irreprochable”, es decir, que no llevan velo, que visten minifalda, o simplemente que no tienen un hermano o un padre que las defiendan de posibles agresiones. Normalmente, estas empiezan cuando una de ellas se echa novio, porque a partir de entonces se les considera “disponible”, es decir “puta”, y por lo tanto a disposición de todos. Las violaciones no son valoradas como agresiones, sino como fiestas (de ahí la palabra *tournante* que muchos creen que sirve para eufemizar el drama). Lo peor viene después: la mayoría de chicas no se atreven a denunciar a sus agresores, por miedo a futuras venganzas que pueden llegar incluso al asesinato, y las pocas que lo hacen suelen estar obligadas a mudarse de barrio, porque los vecinos apoyan a los agresores e insultan y acosan a los denunciantes y a sus familias, a Samira le costó más de diez años superar las dos violaciones colectivas que tuvo que soportar cuando era adolescente.

La decisión de la víctima de poner el delito en conocimiento de las autoridades viene determinada por la conjunción de una serie de factores diversos y cuya confluencia en el proceso de evaluación cognitiva de la misma provocará esa decisión personal. El abandono social de las víctimas a su suerte tras el hecho delictivo, su posible etiquetamiento, una falta absoluta de apoyo psicológico, la posterior intervención a tener en el proceso, las presiones a las que se verá sometida, esa necesidad de hacerle revivir el delito, los riesgos que lleva implícito su participación en el mismo, producen efectos dolorosos en ella. Por eso resultan criticables ciertas campañas como la de “Mujer denuncia” que no tienen en consideración el alto riesgo que representa para la mujer el denunciar y que tratan de anteponer el interés en la denuncia al objetivo de conseguir una protección eficaz mediante un adecuado uso de los servicios sociales.

La víctima hace un análisis sobre la utilidad que le puede deparar las diferentes opciones que se le presentan tras haber sufrido una agresión, así como pesan muchos los sentimientos de indefensión e inseguridad. La decisión de denunciar, por tanto, depende del valor dado a la utilidad que pueda obtener y donde influye en mucho las perspectivas sociales y la situación psicológica a la que se verán sometidas, por tanto “la pérdida de

confianza en el sistema penal” alimenta la animadversión hacia las instancias judiciales. Por eso no se denuncia y es una evidencia porque entre otras razones destacan el miedo a las represalias por parte del autor, la reconocida insensibilidad que suelen mostrar policía, fiscales o jueces, la vergüenza a exponerse al escrutinio público, el temor al estigma social que las marca para siempre, el dilema de adonde ir. La víctima violada por un familiar o conocido suele sentirse confundida y hasta culpable y por lo tanto no denuncia teme que no se le crea, y ser rechazada y excluida del grupo social al que pertenece y del que también, desde luego, forma parte el agresor. Por tanto la frialdad, la suspicacia y el cinismo de la sociedad hacia estos hechos han contribuido a que muchas víctimas agredidas no denuncien.

Esta situación de violencia ha estado presente y así seguirá en las distintas sociedades del mundo, donde la agresión a la mujer ha sido vista como un hecho aislado y de esta forma se ha logrado la perpetuación de una desigualdad social que deriva hacia la sumisión de la mujer y así se favorece la aparición y el uso de la violencia que ha sido aceptada con normalidad y consecuente con la autoridad del hombre, y porque es una forma de actuar aprendida a través de la transmisión intergeneracional de las normas y valores imperantes en las sociedades. Cualquier investigación al respecto nos mostrará que la agresión a la mujer ha estado presente desde el inicio de la sociedad patriarcal como forma de sumisión de la mujer que ha sido justificada, ocultada y considerada dentro de la normalidad de una sociedad. Dicha agresión no era considerada como un ataque a la mujer, sino que lo era contra las costumbres o el honor y se pensaba más en las repercusiones que el hecho podía tener sobre su familia más que sobre ella.

Con demasiada frecuencia tendemos a pensar que los eventos contemporáneos solo tienen causas contemporáneas, cuando en realidad los problemas no resueltos en el pasado serán obstáculos y conflictos en el futuro debido a que estamos atrapados en procesos de cambio histórico de larga duración e influenciados por efectos que persisten de eventos olvidados, y así las injusticias del futuro como consecuencia de las injusticias del pasado tienen como efecto colateral que el Derecho deja de cumplir sus funciones disuasorias, puesto que permite que la impunidad y la consiguiente injusticia que conlleva logren su institucionalización. Y así ciertas conductas impositivas que en un principio parecen ser totalmente inocuas pero que por ese modelo de relaciones basado en un desequilibrio de fuerzas a favor del hombre, son considerados como territorio conquistado al que nunca se renunciara.

Un número considerable de mujeres dependiendo que cultura analicemos pensará, que es normal que sus maridos las maltraten en alguna medida. Por tanto creemos que, si bien han cambiado muchas leyes y comportamientos, aún queda mucho por cambiar en las actitudes de muchos hombres pero también, y esto debería ser importante, en el de muchas mujeres. La praxis no se transforma aún cuando las teorías estén totalmente renovadas, lo que viene a demostrar que no es suficiente una renovación de ideas para que lo hagan las personas. Hay mujeres que ocultan las agresiones producto de no haberse librado, ni material ni intelectualmente, del peso ancestral de la dominación masculina y aceptan sin más ser la parte más débil. Falta por tanto, mucho para llegar a una igualdad satisfactoria, falta mucho para que surja un tipo de hombre nuevo y de la misma forma una mujer renovada que no vean en el género una diferencia inferior.

Durante mucho tiempo esta situación totalmente anormal ha aparecido como normal y por ende no suponía alteración alguna en un contexto caracterizado por una especie de incoherencia social. Todo lo que pudiera venir a atentar contra ese orden establecido era apartado, marginado y ocultado de las formas más diversas bajo una apariencia de normalidad, de este modo, el orden establecido no se veía afectado y permanecía en el tiempo. Pero justamente esta cierta normalidad aceptada no permite que se vean estos casos como problemas. A diario se producen multitud de conductas en el ámbito doméstico que generan una auténtica situación de microviolencia que va actuando sobre la mujer para de esta forma disminuir su resistencia y conseguir su aceptación. De esta manera vemos como la violencia continua parapetada dentro de los muros del hogar y atada por los lazos de la relación. Se verá la violencia ejercida en el hogar como “pequeños focos de conflicto”, o como lo normal dentro del matrimonio, o que el hombre ha hecho uso de su potestad correctora.

En esta organización sociocultural los mandatos culturales han otorgado una serie de derechos y privilegios al hombre, dentro y fuera de una relación, que han legitimado históricamente su poder y, por ende, la dominación del más débil. Por ejemplificar esta situación vemos que la sociedad no acepta que el hombre sea quien se quede en el hogar realizando tareas domésticas, de esta forma podemos apreciar que el hombre nace predeterminado para mandar y desarrollar un trabajo fuera de casa mientras que la mujer es educada para obedecer y quedarse en casa; estas normas culturales establecidas por la sociedad son tomadas como patrones de conducta aprendidos y transmitidos de generación en generación e inclusive hoy en día una parte de la sociedad entre los que incluimos a padres de familia y educadores reclaman una educación diferenciada para niños y para las niñas.

De esta manera nos encontramos con que el agresor cree actuar de forma legítima puesto que le está permitido corregir ciertas actitudes ante el mal comportamiento de la mujer y lo hace para mantener el orden familiar. El maltrato corporal es la afrenta más vejatoria que puede ocurrirle a una persona, la agresión es la muestra más evidente del menosprecio que sufre la persona maltratada, consecuencia del maltrato son la obstrucción de la confianza en uno mismo, la imposibilidad del autorrespeto y la pérdida de autoestima, y poco a poco, de esta forma la mujer termina pensando que, efectivamente, han sido actos suyos los que la han llevado a la precipitación del castigo del marido. Y así trata esta de buscar explicaciones a la violencia tratándola de forma normal y busca racionalizarla adaptándola en un conjunto de valores, normas, roles y posiciones socioculturales que terminan conduciéndola a la autoinculpación como consecuencia de un error en su conducta.

El maltrato familiar, para el juzgador es la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes que atenta a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos. Por ello considera que la violencia ejercida en este ámbito, el de la familia, es distinto a los concretos actos de violencia que podamos apreciar en otros distintos ámbitos, y es que la familia es, en ocasiones, un campo de batalla, en el cual se lucha con todas las armas disponibles para doblegar a un amado-odiado cónyuge-rival. Es un escenario en el que chocan emociones y depresiones, miedos y complejos, protestas vibrantes y silenciosas peticiones de ayuda.

b.- Breve referencia sobre la violencia

*“Quien conoce a otros es inteligente
quien se conoce es iluminado
quien vence a otros es fuerte
quien se vence a si mismo tiene la fuerza del alma
quien se agita, perderá el control de si mismo”.*

Lao Tse

“Soy un primate masculino. Pertenezco al género *homo sapiens*. Una de mis características especiales es que soy capaz de engendrar mayor violencia y destrucción que cualquier otro tipo de criatura viviente y

responsabilizarme por ello. No soy el único responsable de la muerte y destrucción provocada por la violencia que veo a mí alrededor, sino que necesito de ayudantes. Sin el resto de ustedes sólo podría alcanzar un grado mínimo de horror, pero juntos, usted, yo y unos pocos compañeros más, podemos causar, y lo hacemos, verdaderos estragos. Somos destructores, destructores magníficos, repugnantes, poderosos y sin remedio”.

No pretendo hacer un estudio profundo sobre la violencia en general, dejo esa tarea para los muchos especialistas sociólogos, expertos en psicología, en psiquiatría, y a muchos criminólogos especialistas en la materia, pero humildemente quisiera hacer alguna aportación explicativa sobre este tema, porque algo tiene en el trasfondo de lo que la violencia y su represión, constituye el fondo de los temas que tratamos y de este modo el binomio hombre-violencia se afirma desde los orígenes de la humanidad. La historia de la humanidad es la historia de la violencia del hombre, sus páginas están llenas más que de actos de altruismo, que los hubo, o de mansedumbre, de batallas ganadas o perdidas, de destrucción, de exterminio. Pero hay que aclarar que cada época ha tenido sus propias manifestaciones violentas, como el circo romano, los linchamientos públicos, la picota, las lapidaciones, entre otras, la violencia hoy es más sutil si cabe expresarlo de esa manera.

El hombre a dispuesto históricamente de dos vías distintas para saciar sus necesidades fundamentales, está, diríamos, programado para satisfacerlas a través de una agresividad legítima y que continúa implicando amor, ternura e intercambios cordiales. Pero cuando ese instinto de agresión no consigue expresarse en la exaltación de la vida se desnaturaliza hasta tal punto que adopta la causa de las pasiones negativas, y así la avidez, los celos, la ambición, la envidia confinan muy pronto con cierto tipo de violencia. La agresividad a pesar de que en nuestra sociedad ha llegado a adquirir un carácter preeminentemente negativo, al que la sociedad comúnmente denomina violencia, se debe interpretar como un impulso primario necesario de afirmación individual, sin agresividad la supervivencia sería imposible en todo el mundo animal. La agresividad se moviliza cada vez que al individuo se le presenta un obstáculo a sus pulsiones, sus deseos y a sus necesidades, por tanto cuando la agresividad se contiene dentro de unos ciertos límites, llega a ser útil; el mundo financiero. El mundo empresarial necesita de gente agresiva, los términos “es un tiburón de las finanzas” entendiéndolo que representa el tiburón en las aguas, “es un lince para las ventas” ilustran sinónimos de hombres, empresarios agresivos, triunfadores, por consiguiente el hombre blando, es un perdedor. Es decir, la agresividad se representa y se caracteriza en el marco de una interacción

entre el individuo y la sociedad en la que se desarrolla. Lo que puede dar lugar a una connotación particularmente hostil y por ende convertirse en agresión y violencia, a través de ello la persona tratará de conseguir, por las buenas o por las malas, lo que para él será causa de satisfacción, de esta forma podemos observar como un instinto básico y necesario como la agresividad se convierte en violento ante un hecho frustrante.

Existen además muchas posiciones contrapuestas en cuanto a las causas que dan origen a los actos violentos, algunos opinan que la agresión está relacionada con el instinto, lo sostienen afirmando que es un impulso espontáneo, innato que se va acumulando lentamente y termina por explotar; y otros opinan que la agresión puede estar siempre provocada por el medio, y donde además consideran que la agresión requiere de cierto estímulo (el estrés, la frustración, la ira, el odio, el desencanto social) que la hace emerger en su forma más repentina y violenta. La frustración constituye un factor importante para la irritación y tal vez para un comportamiento violento, pero es importante apuntar que existen situaciones frustrantes que no producen o revierten en agresión alguna, así como que no todas las personas que actúan de forma agresiva o violenta presentan algún grado de frustración, asimismo un impulso frustrado puede conducir a una agresión dirigida no necesariamente hacia el frustrador, cuando el frustrador es impersonal o difícil de localizar pareciera que resulta útil a la mente el personalizado de modo de poder crear un blanco para una agresión de represalia; por tanto se debe conceder a la frustración una ubicación importante en una posible explicación de las causas de la violencia, pero a su vez no se debe considerarla como un único factor involucrado en ésta, alguien que se siente esencialmente furioso con su situación frustrante puede en lugar de realizar un acto violento tender a emprender otras actividades. Pero también puede mostrar una cierta “*depresión*”, cuando nos sentimos deprimidos, nos consideramos inferiores e inútiles, y un modo de hacer frente a estas ideas inaceptables es proyectando sus “*causas*” hacia alguien más o hacia algo más. Los sentimientos que acompañan a una persona depresiva son de incapacidad, de inferioridad, de desdicha, de pesimismo y puede convencer a muchos de que ya no vale la pena vivir. A veces una persona puede llegar a pensar en el suicidio y también tratar de liberar a otros de sus desdichas y así un hombre desesperado, sintiéndose inútil y culpable, puede llegar a matar a su familia y luego acabar con su vida.

También juegan papel importante la ira que junto a la agresión están tan entrelazadas que a veces puede llegar a confundirnos, como en el caso de que un hombre irritado inhiba toda su conducta agresiva o que pueda ser desplazada hacia cierto tipo de víctima propiciatoria y además porque no se puede considerar que todo acto violento esté asociado con la ira. Podemos

considerar al odio como un sentimiento persistente que puede llegar a abarcar a todo un grupo o a determinada clase de persona.

El hombre posee un componente de codicia y de hostilidad en su naturaleza y si su desarrollo psicológico es incompleto puede enfrentar estos sentimientos inaceptables atribuyéndoselos a otros sujetos, cualquier persona que se pueda encontrar en una situación de frustración puede mostrar levemente rastros de cierta paranoia. Por ejemplo vivimos en una sociedad totalmente competitiva y donde nos vemos sometidos diariamente, y donde entre otras cosas logra la apreciación de que veamos que nuestro vecino no sea sino un enemigo potencial, que poco a poco provoca la hostilidad y el resentimiento, una actitud sistemáticamente recelosa y un acrecentamiento de la represión que puede agravar la propensión de la gente a la violencia. Podemos de esta forma obtener una prueba con este comportamiento de que el sistema de desigualdades impuesto por la estratificación social nunca ha sido aceptada por los hombres como totalmente bueno, y el fatalismo que se encuentra a menudo en ciertas zonas sociales no puede ahogar a perpetuidad la rebelión de los menos favorecidos y de esta forma ven algunos sociólogos que los actos violentos muchas veces encuentra una posible explicación en muchos casos en términos estratificacionales, como un tipo de conducta que intenta burlar las barreras clasistas que se interponen a la movilidad ascendente de muchos individuos.

Por tanto, hemos de afirmar que la violencia no depende solo del individuo sino también del medio en que éste se encuentre, respecto del individuo variará en función del temperamento y grado de frustración externa y tensión que padezca, y dependiendo del grado severo de éstos entenderá que la única respuesta razonable y normal será el ataque; pero también seguimos entendiendo que la violencia no puede ser considerada como un único ente, puesto que como estamos viendo existen diversos tipos de violencia, como más adelante incluimos y, resulta aun más evidente, que no existe detrás de un brote violento una única causa, afirma Montagu que *“la agresividad es provocada por tensiones de la vida social, por los numerosos valores contradictorios y falsos que, en un mundo superpoblado, altamente competitivo y amenazador, le hacer llevar una vida llena de esfuerzos a veces frustrantes”*.

Según diversos estudios se establece que los hombres violentos son considerados como poseedores de una fisiología y psicología diferentes a sus demás congéneres no violentos, pero quizás y con todos los respetos que se merecen los estudios en este aspecto, no se tiene presente las tensiones y presiones ambientales a las que todos nosotros estamos

constantemente y diariamente sometidos; a este respecto hemos hecho ya algunas apreciaciones sobre como las frustraciones actúan a menudo como un hilo conductor hacia determinado brote violento o agresivo, antes de un ataque violento se produce el acto frustrante o de enojo y a veces aparecen signos inequívocos de paranoia, por eso es posible que el hombre que aparenta no ser violento en la mayoría de sus actividades se transforme en la calle en persona peligrosa, de igual modo una persona puede demostrar ser como una persona dócil y a la vez haber tenido un acceso violento bajo provocación; cuántas veces hemos escuchado en las declaraciones de los testigos de un acto violento, como las que originan las muertes por violencia sobre la mujer, que el victimario era ¡un chico correcto!, ¡que era muy bueno!, ¡que no se metía con nadie!, ¡que no se explican que es lo que ha pasado porque parece que estaban bien avenidos!, etc.; hace unos días hemos leído en la prensa que una madre mata a su hijo porque le impedía mantener una relación adecuada con su nueva pareja.

Asimismo, otros estudios consideran como otra de las causas de los brotes violentos a un exceso de población, el hacinamiento es considerado la última pesadilla responsable de algunos males, incluida la desesperación de no poder salir de ese “*pozo sin fondo*” que para muchos representa la miseria de las barriadas, es triste ver como algunos padres se esfuerzan para poder sacar a sus hijos de ese ambiente, y terminan rindiéndose ante la infructuosa búsqueda de una mejora en su calidad de vida, éstos suponen que si sus hijos están rodeados de violencia, miseria y brutalidad terminarán comportándose de la misma forma, la idea de progreso es connatural al ser humano, forma parte de uno de los juicios de valor más importante que el hombre formula sobre su propia condición.

Pero la misma tiene sus propias vicisitudes y el hombre tiene que vérselas con los diversos problemas que plantea, entre otra puede ser las miserias de su propia condición y en la que tendrá además mucho que ver el ambiente, la estructura de la sociedad, los medios de producción económica y los instrumentos del conocimiento; la sociedad es cambiante en estos momentos, existe por tanto una mayor posibilidad de movimiento social, se cree hoy por tanto en la igualdad de oportunidades, pero el mantenimiento de explotación y dominación que se alimentan de esta ilusión genera nuevas frustraciones al no poder alcanzarla; ya Durkheim sugirió que el tipo de crimen común en una sociedad es un reflejo del tipo de conciencia promedio en esa sociedad, en consecuencia, a veces es más fácil y más pertinente hablar de una sociedad violenta y no de individuos violentos; y también Wacquant establece que la aprehensión de una cultura tiene lugar mediante la participación en procesos externos e internos a la persona que crean sistemas de estructuras establemente inscritas en las cosas y los cuerpos.

En cualquier sociedad, por tanto, es de esperar la formación de ciertas “infraestructuras” donde las tradiciones y habilidades criminales están completamente difundidas; éstos ven a otros grupos de personas con mayores posesiones y propiedades, mayor estabilidad, entonces se vuelven resentidos y agresivos contra esos grupos, podemos observar también en ciertos grupos una incapacidad para asimilar los fracasos producto de un déficit de relaciones emocionales más presente en personas que hayan cohabitado en ambientes violentos; muchas veces la realización de un delito violento con simultáneo acompañamiento de complejas interacciones se puede interpretar en sentido amplio como una situación de stress, así en el decurso subsiguiente de la acción delictiva pueden incidir eficazmente factores tensionales tales como la percepción de una creciente pérdida de control sobre la situación y sobre la víctima, así como la creciente sensación de impotencia y desamparo. En una situación así la víctima se encuentra gravemente amenazada porque sirve al autor como instrumento para contraponer y desviar la sobreestimulación por medio de la violencia; Wolfgang postulaba que la violencia está en gran parte limitada a un grupo donde es una de las normas aceptadas y donde se les enseña que la manera de alcanzar el éxito o riqueza es luchando por ellos, no del modo no-violento, sutil que implica, sino con los puños, armas y violencia real.

Para estas personas vale la pena lograr las metas que impone la sociedad pero son inalcanzables para muchos por vías aceptables ya sea porque los fines son ilusorios (no todos pueden ser ricos) o debido a problemas personales (pobreza, miseria, etc.) entonces hay una competición para lograr alcanzar una posición, obtener propiedades, es decir, obtener una meta, pero no todos lo harán siguiendo los medios adecuados y aceptados por la sociedad. De esta manera, algunos modos o medios de logro del progreso son aceptables para la sociedad, pero otros no lo son; pero hemos de hacer notar que como algunos sociólogos admiten, también es posible observar que la violencia *observada* muchas de las veces puede actuar como inhibidor en muchos adolescentes, y los libera de cualquier sentimiento agresivo, también la alienación y a las aspiraciones desbaratadas muchas veces producto de la pobreza, y que pueden también estar relacionadas con la mencionada frustración.

Tal como expone A. Madrid, el sufrimiento sería un camino de aprendizaje y perfección, al tiempo que una fuente de conocimiento para quien supiera entenderlo...según esto la vivencia del dolor desvelaría la auténtica esencia de la condición humana, revelaría el destino de la persona, impondría la realidad sobre la apariencia, enseñaría a las personas cosas que de otra forma no pueden aprender. Recordemos la película “*Lo que el viento se llevó*”, donde la protagonista después de todas las vicisitudes a las que se tuvo que enfrentar inmortalizó la frase “*..A Dios pongo por testigo que*

jamás volveré a pasar hambre..” de esta forma, llevada a este extremo esta comprensión quedaría ligada a una especie de saber”. Pero también añade que sin embargo que esto se produzca no es garantía de que la persona que sufre o que observa el sufrimiento ajeno vaya a adquirir mayor conocimiento, ni siquiera mayor conciencia acerca de la fragilidad humana y la maldad en el mundo, el conocimiento que se obtiene mediante el sufrimiento puede ser un conocimiento destructivo, puede alterar e incluso anular la potencialidad moral y afectiva de la persona, de esta forma podemos apreciar que el sufrimiento puede llegar a inutilizarnos, o convertirnos en enemigos de la sociedad. Debido a que la realidad humana indica que, pese a ser igualmente vulnerables, las personas nos vemos desigualmente dañadas. Esta desigual vulneración a la que las personas nos vemos sometidas responde a múltiples factores, económicos-productivos, comerciales, sanitarios, bélicos, religiosos y culturales; y también responden en muchas ocasiones a factores políticos y jurídicos que lejos de limitar y aliviar la vulnerabilidad de las personas actúan como instrumentos de vulneración.

Entre otras consideraciones también hemos de tener en cuenta que ciertos comportamientos del hombre están orientados hacia la saciedad de sus necesidades primarias, alimentarias y sexuales, se halla muchas de las veces sometido a imperativos socioculturales, familiares y religiosos, en su búsqueda legítima para satisfacer su impulso sexual, el ser humano, claro está, puede tropezar con el rechazo de la pareja, pero también puede refugiarse en una abstinencia voluntaria, desde que ha interiorizado los tabúes transmitidos por la ley familiar, la ordenanza sociocultural o la prohibición religiosa. Estos conflictos producidos por estos dos impulsos dan lugar en primer lugar a la angustia y posteriormente a la frustración que a su vez puede llegar a la agresión. Hemos de señalar asimismo que la agresión directa puede ser considerada una de las maneras más eficaces de disipar la angustia y superar una situación frustrante para algunos, debido a que para el común de los mortales no siempre se posee la aptitud de sublimizar su agresividad y su líbido.

La variedad de las situaciones exteriores e interiores que desencadenan la agresividad del hombre explica la multiplicidad de sus modalidades de expresión. Por ejemplarizar lo que manifestamos y lo que algunos estudiosos han dado en llamar humanización de los animales en la que se toma a un miembro de otras especies y se le dota de cualidades humanas proyectándole todo tipo de atributo cariñoso que probablemente ellos mismos necesitan o deseen, de esta forma se puede degradar psicológicamente a otra persona a una especie que normalmente mataríamos o miraríamos con indiferencia, veamos como en las manifestaciones violentas de ciertos grupos radicales se grita de “cerdos” a

los policías o a las consideraciones de “zorra” en los insultos a mujeres víctimas de violencia doméstica, inclusive en algunas declaraciones ante los tribunales por parte del agresor, se hace muchas veces mención de que su mujer era una “golfa” y una “zorra” y por eso la agredió. De la misma forma, el hombre ha diversificado hasta el infinito las modalidades de sus juegos agresivos y eróticos, ha desarrollado su agresividad lúdica en sus preludios y sus fantasmas eróticos, de todas formas, la agresividad no está movilizadada solamente para saciar sus necesidades fundamentales de hambre, de sed y de sexo, también reacciona frente a cualquier cosa que pueda poner en peligro sus valores morales como las tradiciones, sus antepasados, su religión, necesarios para mantener un cierto equilibrio emocional, es decir, solo el hombre es capaz de anticipar amenazas imaginarias o reales, pasando así de la posición de defensor a la de agresor. De esta forma los seres humanos vivimos por amor y destruimos por amor, dados que estas distintas muestras emotivas en el ser humano están llenas de contradicciones, ambas van acompañadas de fuertes reacciones y cambios físicos similares.

Al igual que el amor pasional, el rencor y la aversión profunda hacia otras personas provocan arrebatos y obsesiones. Al odiar nos sentimos muchas veces vulnerables, nos arriesgamos a ser objeto de revancha, a ser heridos o humillados, demonizamos al enemigo. Una de estas muestras emotivas la encontramos en los celos, las personas celosas muestran una fuerte tendencia a exteriorizar y racionalizar las causas de sus conflictos o a proyectar sus dificultades y problemas culpando a otros o a fuerzas externas. Detrás de las dudas que el amante suspicaz siente sobre la lealtad de la persona amada, a menudo se esconde su propia inclinación hacia las aventuras de carácter sexual, convirtiéndose los celos en una mera proyección de los propios deseos libidinosos del amante celoso sobre el objeto amado. El celoso está obsesionado por la infidelidad de su pareja, la somete a una permanente inquisición y se vale del detalle más venal, de las circunstancias más anodinas para alimentar su obsesión; tiene de esta forma accesos de rabia, a veces homicidas, que alternan con periodos depresivos, signos de sufrimiento y de remordimiento; podemos observar muchos de estos efectos en los casos de violencia contra las mujeres con resultado de muerte en los que el victimario se suicida, o se le encuentra la policía bajo un completo estado de shock, y que posteriormente se encuentra arrepentido de los hechos.

Esta grave y angustiante enfermedad, que representan los celos, combina amargamente los sentimientos de posesión y de suspicacia, y afecta tanto a quienes la sufren como a sus receptores o víctimas. Los celos es una reacción que puede surgir en cualquier momento de una relación amorosa, están cargados de intriga y generan casi tanto poder imaginativo, el celoso

se persuade de que su deseo extrae su fuerza de las cualidades del objeto que codicia, sin imaginar que se alimenta mucho más de la fascinación que ejerce sobre él su imaginario rival. Ya Platón observaba: “el amante no se resignará a hallar en su amigo un superior o un igual. Se esforzará sin cesar hasta rebajarlo por debajo de él...empleará todos los medios para que su amigo permanezca en una completa ignorancia y no tenga ojos más que para su amante”. Los celos desde luego no son otra cosa que una reacción de odio y de hostilidad respecto de la pérdida o de la amenaza de pérdida del objeto amado, siente el celoso amargura, le atormenta la idea de que hay otro mejor que él, que no vale nada, siente la rabia de no estar ahí, al lado de ella para saber quién es ese que la posee de mejor manera que él, cuanto más dependientes nos sentimos de ese amor más alentamos la amenaza de su falta.

c.- Violencia en el ámbito familiar y otros tipos

Se dice que la mujer sufre determinadas agresiones por el hecho de ser mujer, pero y alguien sabe del alcance de la violencia producida a los niños que resultan maltratados física y psicológicamente, o contra los hombres, o la violencia ejercida contra los ancianos, tomando como referencia el art. 173.2 modificado por la LO 11/2003 que contiene: “el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge 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 del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar. Así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados..”; se trata por tanto de señalar que el bien jurídico digno de protección debe ser no solo la integridad o salud física sino la protección de la dignidad humana a todos los integrantes en un contexto familiar; y de esta forma podemos encontrarnos con que también el maltrato a los niños constituye un grave problema social con raíces culturales y psicológicas históricas.

Unas veces el niño ha sido víctima de creencias en dioses que exigían el sacrificio de sus vidas, se dice que en Cartago había una estatua de Cronos, en metal, este se encontraba en posición encorvada con las manos extendidas, mediante una horna que se encontraba situada bajo ellas las ponían al rojo vivo, luego sobre aquellas manos colocaban a los niños quienes entre convulsiones rodaban hacia el cráter del fuego; otras veces lo han sido los derechos ilimitados que algunas culturas han otorgado a los

padres, tenemos históricamente el caso del pater familia establecido en el imperio romano, donde el padre tenía derecho sobre la vida de sus hijos; Aristóteles exponía que el hijo y el esclavo son propiedad de los padres en consecuencia nada de lo que se haga con lo que les es propio puede ser injusto; las leyes de Justiniano permitían la venta de los hijos en caso de necesidad; en China se consideraba hacer un bien designado con el nombre de piedad filial, el privar de la vida a un niño nacido con alguna malformación; de esta lectura parece evidente que el niño nunca parece haber sido persona dotada de plenos derechos.

Que este tipo de maltrato puede llegar a producirse en familias de cualquier nivel económico o social también es una realidad; el maltrato afecta a lo más profundo de los seres, debilita la identidad influyendo en el sentimiento de confianza en si mismo, causando por tanto trastornos en el posterior desarrollo de la personalidad, el derecho que tienen los hijos a ser respetados y formados integralmente en el hogar es muchas de las veces olvidado o conculcado; los adultos no son conscientes de que una separación o divorcio produce graves secuelas psicológicas en los niños; la violencia ejercida por los padres puede producir un sentimiento contradictorio de afecto, rechazo y dependencia emocional en los niños; en ellos el efecto de la violencia suele resultar devastador, un niño maltratado casi nunca cuestionara de esta forma la violencia e incluso puede considerarlo como el único modo de expresar los afectos; ni que decir tiene que además del maltrato físico, también se produce el daño del maltrato psicológico, y el abandono en que suelen incurrir muchos padres, la explotación que puede ser laboral, sexual, (de esto tenemos actualmente multitud de casos de pederastia cometido por sacerdotes); y de esta forma, un niño maltratado va acumulando entre otras, trastornos de ansiedad, puede convertirse en un niño depresivo y mostrar un aumento considerable de una conducta agresiva, muestran un bajo rendimiento escolar, y dificultades de concentración; sabemos por muchos estudios realizados en este aspecto que la influencia de los padres en el hogar, unida a las condiciones económicas y sociales, influyen extremadamente en el rendimiento psicosocial y afectivo del menor y solo un menor con esta base bien formada y sólida tendrá un máximo de habilidad y motivación para afrontar su educación y posterior desarrollo.

Consecuentemente es digno de rechazo la situación de unos padres, a punto de divorciarse, discutiendo por las cosas que se pueden quedar o el dinero que “se van a repartir”, sin tener en cuenta los graves daños emocionales que les están produciendo a los niños en el caso de que los tengan, y que no valoran las consecuencias *a posteriori* que tendrán.

Por eso la idea de que existe una bifurcación bien marcada entre conducta innata y la conducta adquirida resulta totalmente inservible, lo que se necesita es una comprensión del grado en que el entorno y la crianza son responsables de cualquier tipo de conductas que se observe. Los niños son formados, de manera predominante, por el ambiente en que crecen y por el modo en que son educados. Todos entienden que el niño tiene en torno a sí un mundo sonoro: el de las palabras, el de las cadencias dialectales, el de los modos de decir adoptados por los adultos, a través de quienes aprenden a hablar de una determinada manera. Pero el niño está influido también por un mundo silencioso: el de sus propios pensamientos, de las emociones, de las turbaciones de los adultos, que él intuye y absorbe, formando así su inteligencia y, a veces, adquiriendo peligrosos complejos que pueden a la larga manifestarse. La educación influye, pues, notablemente sobre el desarrollo intelectual, sobre todo en los primeros años de su vida. No basta con proteger, alimentar, vestir a los hijos y procurar que madure psicológicamente por sí mismos. Hay que enseñar a los niños a aprender, los niños deben adquirir la voluntad, el deseo y la alegría de aprender. La enseñanza ha de ser siempre gradual, dando un paso a la vez, para evitar de esta forma, que el niño pierda la alegría de aprender cuando se enfrente a un problema demasiado difícil de resolver.

El ser humano nace con un enorme potencial, como es el de poder hablar, leer, escribir que debe ser desarrollado mediante el aprendizaje. Las experiencias ambientales del hombre determinan si ha de aprender alguna o todas las características y el lenguaje particular con que ha de comunicarse; el lenguaje representa uno de los mayores y máximos logros del hombre, mediante este desarrollo se hace al hombre menos violento dado que mediante éste puede comunicar sus exigencias con mayor facilidad y porque dentro de éste, puede desarrollar también un sistema para vencer o ser vencido, para dominar o ser dominado, en consecuencia también a través del habla se puede desarrollar un lenguaje agresivo capaz de llegar a producir sumisión o daño psicológico. Por tanto, el hombre aunque en ocasiones pueda parecer indiferente a las vidas individuales, posee una necesidad imperiosa de preservar el grupo. De esta forma el hombre puede ser lo suficientemente inteligente y poderoso como para no solo reflexionar y realizar una introspección sino también como para tomar un curso de acción independiente de estímulos.

Ha sido explicado hasta la saciedad y poco comprendido en la realidad que la familia y el medio social en el desarrollo de un niño en los primeros años, la frustración y el éxito en su etapa preadolescente ante experiencias y circunstancias violentas pueden influir en un desarrollo de una posterior conducta agresiva; complementando lo expuesto líneas arriba, la frustración constituye un factor importante para la irritación y tal vez para

un comportamiento violento, por ejemplo, ante constantes promesas incumplidas a un niño podrán crearle frustración, ira y rebeldía en ese niño, porque también la ira es un sentimiento efímero que acompaña casi siempre a la frustración e incluso va degenerando en violencia y ésta poco a poco se puede ir desplazando hacia cierto tipo de víctima. El maltrato infantil para ser considerado como tal es la violencia reiterada, que considero, es la que atribuye a este tipo de violencia la condición de “*maltrato*”, y no es que un acto ocasional, según sea la intensidad con que se realice, no pueda ser considerado violento pero a veces según algunos estudios especializados al respecto, un “cachete” dado a tiempo puede evitar a la larga comportamientos conflictivos por parte del menor.

Es evidente por tanto, que en el desarrollo humano es considerado fundamental la crianza y la educación proporcionada por parte de los adultos y esto es debido a que en nuestra complicada estructura social se requiere de mecanismos de unión muy poderosos, diversos estudios muestran grandes niveles de riesgo de delincuencia en menores que pertenecen a familias desestructuradas o deshechas por una separación o un divorcio, además muestran una conducta agresiva, y que unas veces es dirigida hacia el padre por haberlos abandonado y otras veces se traslada hacia la madre a quien consideran que es la culpable de que el padre se halla marchado. De esta forma muchos tratadistas especialistas en la materia han sugerido que nacemos con un temperamento básico que tiene una importante influencia en el modo en que aprendemos ciertas habilidades sociales y donde influyen poderosamente todos los actos externos de los que podamos ser actores y que marcará la manera en que finalmente se revelará nuestra personalidad; por este motivo y a raíz de esta afirmación todos coinciden en reafirmar la importancia del aprendizaje a medida que avanzamos de la infancia hacia la adultez. Si el proceso de aprendizaje resultara insatisfactorio o se le deforma de alguna manera es muy posible que terminemos como adultos que no poseen ninguna de las habilidades sociales que necesitamos.

Por otro lado también podemos observar la violencia contra los hombres, porque también existen hombres maltratados, y también esto viene desde muy antiguo por mucho que ciertos colectivos feministas lo intenten o negar u ocultar, por ejemplo en el sacro imperio romano, a pesar de lo que podemos o tenemos la costumbre de leer, también se veía con frecuencia no solo que el marido repudiara a su mujer sino también que la mujer repudiara a su marido; (cuentan las crónicas el caso de una suegra quien hace un legado a su nuera bajo la condición de que el legado se suprimirá si la mujer despide a su marido, una vez muerta la suegra y logrado el legado la dama se apresuró a repudiar al marido); pero al que este tipo de violencia los medios acallan justificándolos muchas veces porque son mínimos o

dejan la duda de que a lo mejor hay antecedentes violentos por parte de este y que justifican la actitud de la mujer.

En el caso de la violencia contra los ancianos, que en los últimos años se ha denunciado un notable aumento, se dice también que la sociedad minimiza la importancia de este tipo de violencia refiriendo los casos a determinadas circunstancias, o también a niveles socioculturales bajos, una educación deficiente, la marginalidad, pero estoy seguro que también se producen este tipo de agresiones en hogares con un nivel educativo alto, en un ambiente sociocultural elevado y en barrios de lujo, no sabemos lo que nos podrían contar las señoras de esos barrios de lujo acerca del maltrato si llegaran a quitarse la venda que le han colocado su grupo o clase.

Cuántos niños, hoy adultos, pertenecientes a estos hogares de nivel alto nos podrían contar de los maltratos producidos por sus padres. Pero como pertenecen estos tipos de hechos a un mundo de *poder*, el mismo es ocultado y lo tratan de aceptar como normal, de esta manera lo alejan de la vida pública con el fin de mantener ese *status* de poder y por tanto evitando críticas, y de esta forma favorecen la perpetuación y transmisión de estas agresiones. En consecuencia opino que la violencia doméstica no conoce clases sociales, porque puede afectar a todas las clases sociales, a todas las edades y a todos los grupos humanos, cualquier hombre así como también cualquier mujer pueden ser tanto, maltratadores como también convertirse en víctimas; y que la mayor probabilidad de ser víctima está en los grupos denominados pobres, puede ser cierto, pero aunque les pese a muchos el aceptarlo, esto es debido al poco poder que tienen en ocultarlo y en defenderse, y acuden a la denuncia para poder liberarse y obtener cierta ayuda y protección que por su cuenta no podrían obtener, lo contrario que hacen las clases altas y sobre todo al que recurren las mujeres de alto nivel, quienes no denuncian y tratan de arreglar sus diferencias de forma silenciosa, y que no altere su *status* alcanzado o es que acaso las parejas de clase alta son una especie *sui generis* y no tienen problemas, y me atrevería a ir más lejos y a decir que hasta incluso tendrán problemas más graves que los de las restantes clases de más bajo nivel.

También hemos de tener en cuenta, los maltratos hacia las personas mayores, hay multitud de informes por parte del Ministerio Fiscal sobre el incremento del maltrato a personas mayores por parte de sus hijos; tal vez este tipo de violencia haya sido el último de los fenómenos violentos en ser tenido en cuenta. Es un hecho público y contrastado que los ancianos sufren abandono, desprecio y maltrato. Y no solo en las instituciones que les acogen, hay casos ejemplificadores de esto en los centros de mayores donde se ven ancianos abandonados y que evidencian haber sufrido maltratos físicos, así como maltrato por parte de sus propias familias de las

que forman parte; hace poco ha sido noticia la detención de una persona paseándose con la cabeza de una mujer, era un hijo que al parecer tenía trastornos mentales paseando la cabeza de su madre.

Esta cuestión, aun considerada al parecer un tema tabú, no ha sido tomada demasiado en serio por la sociedad, ya que, en España así como en muchos países de la orbita europea, va en aumento el colectivo de personas mayores, los que cada vez requieren de más actividad e independencia, de más recursos y que gozan una vida más larga que sus antepasados, es por eso que hemos de ser conscientes que las personas mayores también constituyen una población susceptible de recibir malos tratos o de vivir situaciones de abandono. El maltrato en personas mayores se observa en cualquier clase o grupo social o racial, independientemente del sexo, nivel educativo o social y del estado de desarrollo del país. Ni las instituciones públicas y privadas, ni las familias, pueden quedar al margen primero de un reconocimiento de que este problema existe y de la búsqueda de soluciones para mejorar las condiciones y la calidad de vida de este colectivo, máxime que pronto ellos serán parte de este tipo de personas mayores.

También podemos observar otro tipo de violencia, considero y considerada de extrema gravedad, que ha sido incluida en la modificación del Código Penal Español de 23 de junio de 2010, la llamada violencia psicológica de *acoso laboral* o también denominada como acoso moral, hostigamiento laboral o “*Mobbing*”, contempla el Código Penal art. 173 apartado primero, párrafo tercero: “*Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante supongan grave acoso contra la víctima.*”; y cuya definición efectuada en el ámbito de las normas Europeas la define como “un comportamiento negativo entre compañeros, o entre superiores o inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataque sistemático durante un tiempo prolongado, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o efecto de hacerle un vacío”, aunque este tipo de violencia pueda parecer una acción ejercida por un superior hacia un subordinado, ésta también puede ocurrir en cualquier dirección y muchas de las veces es empleado por el personal a cargo del acosado, personal que es utilizado por el superior para sus más retorcidas intenciones; una violencia cuya magnitud de gravedad muchas veces es ignorada por cuanto está parapetada en la necesaria obligación de trabajar, pero que ocasiona los más altos índices de bajas según de qué colectivo hablemos, este tipo de violencia la considero de carácter altamente grave, mediante el cual se pretende hostigar, intimidar, o perturbar hasta el abandono el trabajo de la víctima, ejercida generalmente contra las personas más débil de carácter,

pero no por ello menos trabajadora, al contrario creo que una persona acosada laboralmente trabaja más porque en ello encuentra su refugio, una vía de escape para ignorar este tipo de maltrato; el acosado debe estar en un sitio lo más incomodo posible, invisible del público, aislado de los compañeros y haciendo tareas inútiles, meramente testimoniales o lo más rutinarias y repetitivas posible, para que el sentimiento de fracaso, de inutilidad, se vaya apoderando del acosado.

Leamos referente a este tema la STS de la Secc. 6.^a S 23 Jul. 2001, es un caso producido en una Administración Publica, pero cuantos casos de estos se producen en las empresas privadas: *“En relación al caso de autos se ha de afirmar que se está ante un verdadero paradigma de cómo no debe actuar un poder público en un Estado de derecho. Así, provoca no poca perplejidad que no se explique, por ejemplo, por qué era necesario --no ya legítimo-- mantener al funcionario durante la jornada de trabajo en un sótano sin ventilación ni luz natural, sin darle ocupación de ningún tipo; porqué cuando el funcionario solicita la baja por enfermedad, con apoyo en un certificado médico que acredita que procede la baja laboral, se le contesta con un oficio en que el Presidente de la Corporación local rechaza la petición con el escalofriante argumento de que su actual situación en el trabajo pasa por la inactividad absoluta; por qué a cada certificado médico que presenta se le contesta exigiéndole otro expedido por especialista diferente, siendo así que cada certificado corrobora al anterior; porque se expedienta al funcionario --encargado de la depuradora-- por unos hechos cuya producción había anunciado en varias ocasiones como inevitables dado el mal estado de los filtros. Tales actuaciones constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante, carentes de toda justificación. Y por ello, que el Tribunal de justicia de Extremadura, actuando a través de su Sala de lo Contencioso-Administrativo haya reconocido el derecho del funcionario a ser indemnizado por una Administración que le ha dado el trato descrito es perfectamente lógico y, por supuesto, jurídico”*.

Esta persona así considerada “acosada” por tanto se ve sometida a una especie de amenaza silenciosa donde se sufre una especie de espera interminable, porque se vive al albor del maltratador o maltratadores, porque se espera, pero no se sabe, en qué momento se les insultarán, ofenderán, se vive con un miedo creciente que cada día se va haciendo mayor y que muchas veces impide ir a trabajar por propia voluntad, se vive esta situación en una constante tensión, miedo y con una también creciente sensación de desamparo, donde muchas de las veces sus propios compañeros de trabajo no quieren saber nada de él, al contrario se crea un estado de opinión de que "es un personaje conflictivo", que "no se

comunica" o "no participa", que "no se integra", etc. Es más, muchas de las veces, esta marginación es potenciada por los llamados “*coincidentes laborales*” deseosos de obtener beneficios o prebendas a expensas de los derechos usurpados al acosado y que serían incapaces de conseguir por los cauces ordinarios, y para esto aprovechan para hacer todo tipo de humillaciones, realizar un tipo de violencia psicológica a través de actos negativos en el trabajo, producir miedo o terror del afectado hacia su lugar de trabajo, faltar el respeto al acosado, crear rumores malignos y comentarios vejatorios, falsedades y calumnias: todos quieren hacer "méritos" ante el acosador, al que no temen, antes al contrario, creen tenerlo a su merced y que es quien reparte favores y consiente las conductas más miserables. Y lo que considero lo más ilógico de todo esto, es que cuando una persona sometida a este tratamiento de violencia psicológica o “*mobbing*” acude al médico, es remitido a tratamiento psiquiátrico porque se le considera enfermo y además es sometido a tratamiento con *antidepresivos* pero yo pregunto: ¿acaso los enfermos no son los demás?, ¿porque tienen que *drogar a la persona acosada*?, ¿no sería mejor tratar psicológicamente o drogar a los acosadores?

3.- Referencias normativas establecidas por la legislación internacional y nacional

sobre violencia en el ámbito familiar.

El aumento de la violencia en el ámbito familiar esta dando lugar a una evolución normativa paralela en la que los poderes públicos estatales junto a instancias internacionales han ido intensificando y especializando la protección dada a la victima principalmente así como a los miembros de la familia frente a actos de violencia física o psíquica que pudiera producirse entre sus miembros, y así podemos encontrar:

a) Medidas adoptadas en el ámbito internacional

En la Resolución (77)27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, “sobre indemnización a las víctimas del delito”. Que estima que por razones de equidad y de solidaridad social, es necesario preocuparse por la situación de las personas que sean víctimas de infracciones penales, en particular de la situación de aquellas que hayan sufrido lesiones físicas y que considera que es importante en interés de las victimas formular principios rectores con vistas a armonizar los Derechos nacionales en este ámbito.

La Recomendación R(85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa “sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal”, de 28 de junio de 1985, que recomienda a los Estados Miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985; insta la utilización, cuando proceda, de mecanismos oficiosos para la solución de los litigios, incluyendo la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación, y la reparación a favor de las víctimas. Aparte de establecer primeramente una consideración de “víctima”, aclara que también lo será independientemente de la relación familiar que los vincule; aconseja por tanto el trato que ha de ser dado a las víctimas recordando el derecho al acceso de la justicia y a una pronta reparación del daño. Es decir tratarle de evitar una posible victimización secundaria o terciaria como han dado en llamar algunos tratadistas al maltrato sufrido por las víctimas en las actuaciones policiales posteriores al hecho y luego en los Juzgados y dentro del proceso recordándole una y otra vez lo vivido; insta por tanto a los Estados a aplicar políticas sociales, sanitarias, incluida la salud mental, educativas y económicas, y políticas dirigidas a la prevención del delito; promover los esfuerzos de la comunidad y la participación de la población en la prevención del delito; recomienda a los Estados miembros el establecimiento y reforzamiento de los mecanismos judiciales y administrativos que permitan obtener una reparación mediante procedimientos oficiales y oficiosos, adecuándolos a las necesidades de la víctima y sobre todo manteniendo en todo momento informada a la víctima en todo lo que le atañe y utilizando, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluida la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

La recomendación R(87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, “sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización”, de 17 de septiembre de 1987, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o en el local, de mediación entre el infractor y la víctima y evaluar los resultados, observando en particular hasta que punto sirven a los intereses de la víctima.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, de 1990, destacan la importancia de fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal y la necesidad de fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia las víctimas y hacia el conjunto de la sociedad.

La Recomendación R(92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas

en la comunidad y que considera que las sanciones y medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

El plan de Acción de Viena, considerando de que cada día son más las personas (ciudadanos comunitarios y de terceros países que residen en la unión) que viajan, viven o estudian en otro Estado miembro, por lo que están expuestos a actos delictivos perpetrados en su país distinto al suyo propio, por tanto si un ciudadano europeo es víctima de la delincuencia en un Estado miembro distinto al de su residencia, su derecho de acceso a la justicia debe estar protegido, y así en su punto 19, dispone que “las normas de procedimiento deberían responder, en general, a las mismas garantías y garantizar así que la gente no reciba un trato distinto en función de la jurisdicción que trate el caso”. Por tanto las víctimas deben tener la posibilidad de recibir la ayuda adecuada para seguir el desarrollo de su caso, de ser tratados con consideración y de proteger su intimidad y considera que: “...Por último, en algunos casos el desarrollo de sistemas de mediación podría permitir tramitar las denuncias de forma más rápida y satisfactoria”.

La resolución 1999/26 de 28 de julio del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho Penal insta a los Estados, las organizaciones internacionales y demás entidades a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia reparadora.

La comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: normas y medidas, de 14 de julio de 1999, afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal.

La Recomendación R (99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de septiembre; relativa a la mediación en materia penal y que a la vez establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar este tema. Y es importante por cuanto aporta un concepto de mediación que va a perdurar en el tiempo: “*entendemos la Mediación como un proceso mediante el cual víctima e infractor adultos, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial*”.

El Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999; que entre otros temas y como medida de facilitar el acceso a la justicia recomienda a

los Estados miembros a que instauren procedimientos extrajudiciales alternativos, recomienda también tratar de adoptar normas mínimas de protección a las víctimas de delitos y la creación de programas nacionales para financiar medidas tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección a las víctimas.

La Resolución RA5-0126/2000 llamada de “*las víctimas de delitos en la Unión Europea*” de 15 de junio; que refiere la comunicación de la Comisión sobre las víctimas de delitos en la que declara la importancia del desarrollo de los Derechos de las víctimas.

La Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas sobre los principios básicos acerca de la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la justicia reparadora.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2000, sobre la comunicación de la comisión sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: que declara la importancia del desarrollo de los derechos de las víctimas.

La Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia RES/55/59 de 4 de Diciembre de 2000; mostrando la preocupación por el impacto que en la sociedad adquieren los ecos de los delitos y convencidos de la necesidad de contar con programas adecuados de prevención y readaptación pero teniendo en cuenta factores sociales y sobre todo los económicos como parte fundamental de una estrategia eficaz de control del delito, pero recalcando que la existencia de un sistema de justicia penal equitativo, responsable, ético y eficiente es factor importante para hacer efectivo estos programas vienen por tanto a formular recomendaciones a los países miembros para que elaboren políticas orientadas a la acción y basadas en las necesidades especiales de la mujer, ya sea en calidad de profesional de la justicia penal o de víctima, reclusa o delincuente; asimismo hace hincapié en que toda medida eficaz de prevención del delito requiere la participación como asociados y protagonistas, de los gobiernos, las instituciones nacionales, regionales internacionales, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y los diversos sectores de la sociedad civil incluidos los medios de información y el sector privado; reconocen asimismo que las amplias estrategias de prevención del delito deben abordar las causas profundas y los factores de riesgo relacionados con la delincuencia y la victimización mediante la adopción de políticas sociales, económicas, educacionales y judiciales; contempla además planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas que incluyan mecanismos de mediación y justicia retributiva dentro del

respeto a los derechos a las necesidades e intereses de las víctimas, delincuentes y demás partes interesadas.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder contempla la posibilidad de establecer y reforzar, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Y como establece también la Declaración de Viena de que toda medida eficaz de prevención del delito y justicia penal requiere la participación como asociados y protagonistas, de los gobiernos, las instituciones nacionales, regionales interregionales e internacionales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y los diversos sectores de la sociedad civil, incluidos los medios de información y el sector privado con el fin de elaborar políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas.

Tanto la Declaración de Viena como el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, proponen el desarrollo de un diálogo abierto con la sociedad civil sobre los objetivos y principios a este respecto: justicia, seguridad, libertad, con el fin de fortalecer la aceptación y el apoyo por parte de los ciudadanos, deben elaborarse normas mínimas de protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de estas víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales. Además de crearse programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección. Requiere además que deben elaborarse y determinarse prioridades comunes en materia de prevención del delito a tomar en cuenta a la hora de preparar nueva legislación, y que son las autoridades tanto nacionales como las Comunidades Autónomas en el caso de España quienes deben establecer programas en materia de prevención del delito.

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001; relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; que establece que se debe abordar la cuestión del apoyo a las víctimas mediante un estudio comparativo de los sistemas de compensación para las víctimas y evaluar la viabilidad de una actuación a escala de la Unión Europea.

En dicha Decisión Marco, por tanto, se propone que deben crearse programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales de asistencia y protección de las víctimas y que las

decisiones que se adopten no deben limitarse a atender los intereses de las víctimas dentro del marco legal del procedimiento penal en sentido estricto, deben englobar medidas de asistencia a las mismas antes o después del proceso penal, recomienda la importancia de la intervención de servicios especializados y organizaciones de apoyo a las víctimas antes, durante y después del proceso penal, introduce asimismo la utilización de puntos de contacto sean estos en el sector de las organizaciones de apoyo a las víctimas y, donde con respecto a estas organizaciones dice que pueden ser complementarias de la actividad del Estado. Y una referencia importante a la mediación donde se plantea que debe ser impulsada por el Estado, con el ánimo de búsqueda, antes o durante el proceso, de una solución que pacifique la relación entre la víctima y el autor de la infracción. Y así en su art. 10 establece que los Estados Miembros procurarán impulsar la Mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida; los Estados Miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales; en el art. 13 establece que la víctima pueda recibir en este trámite asistencia de servicios especializados para que sea informada y acompañada en caso necesario, fundamentalmente para que se pueda alcanzar los objetivos adecuados para erradicar y alejar daños futuros; en el art. 15 que los Estados Miembros propiciarán la creación gradual en el marco de las actividades en general, y especialmente en los lugares en los que pueda incoarse el proceso penal, de las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimización secundaria o evitar que la víctima se vea sometida a tensiones innecesarias. Para ello velarán en particular porque se dé una acogida correcta a las víctimas en un primer momento y porque se creen en dichos lugares condiciones adecuadas a la situación de la víctima.

b.- Medidas abordadas en el ámbito nacional

Fruto precisamente de las recomendaciones de los organismos internacionales lo vemos en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004 en la que se establecen medidas de protección integral, cuya finalidad es prevenir, sancionar, erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. La noción de violencia de género asumida por la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad, las amenazas, las coacciones a la privación arbitraria de libertad que se pueden ocasionar tanto al hombre como a la mujer; establece medidas de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización, sensibilización e intervención en el ámbito de la educación, y esto entendiendo que la educación es posiblemente el campo profesional más rico en estudios y experiencias

exitosas que se pueden transferir al desarrollo de mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

Así podemos apreciar en la redacción de La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, viene a establecer en su Art. 62 en cuanto a la orden de protección que “recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el art. 544 ter LECrim. 1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el Art. 173.2 del Código Penal en la que se de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo. Ambas complementado por la Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; que establece en su exposición de motivos que la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas.

Se pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador.

El Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo que regula el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, que expone en su exposición de motivos “la efectividad de las medidas cautelares que se integran en la nueva orden de protección resulta facilitada a través de la existencia de un único registro central, en el que conste la referencia de todas aquellas penas y medidas de seguridad acordadas en sentencia, así como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en

procedimientos penales en tramitación frente a un mismo inculpado por este tipo de infracciones, ya hayan sido dictadas para la protección física de la víctima contra agresiones o para regular la situación jurídica familiar o paterno-filial que relaciona a la víctima con el presunto agresor.

Con esta finalidad, este Real Decreto regula la organización y contenido del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como los procedimientos de inscripción, cancelación y consulta. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que el tratamiento de datos se sistematiza a través de una inicial diferenciación de las medidas de protección, según hayan sido éstas acordadas de forma cautelar en un procedimiento penal en tramitación o en sentencia firme, dado que su régimen jurídico es distinto en uno y otro caso.

Respecto de las primeras, la anotación de una medida cautelar o de una orden de protección requiere el tratamiento de la información del correspondiente procedimiento penal de referencia, ya que de su pendencia deriva, en definitiva, la propia subsistencia de la medida acordada”, que a su vez se encuentra modificado por el Real Decreto 660/2007 de 25 de mayo donde leemos que “la evolución del fenómeno de la violencia doméstica y de género aconsejan profundizar en esta protección a las víctimas, en primer lugar adoptando las medidas necesarias para evitar este tipo de actuaciones y en segundo lugar impidiendo que el maltratador pueda obtener un beneficio directo o indirecto de su actuación.

La L.O. 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; que entre otras cosas viene a decir en la exposición de motivos que son medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración de los extranjeros que residen en nuestro país, además resulta evidente que la realidad social ha puesto de manifiesto que el principal problema a los que tiene que acometer el ordenamiento jurídico es el problema de la delincuencia, en su agravante de reincidencia; conscientes de que el fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente multidisciplinar y que es necesario abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima.

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, establece que el principio de proporcionalidad reclama que las normas legales restrictivas de derechos fundamentales -y, en lo que ahora importa, la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia- deban tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que esta institución comporta sea

proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar. La proporcionalidad -que constituye un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental o libertad pública- exige adecuación de la prisión provisional a determinados fines. Por tanto, la prisión provisional, está excluida si el máximo de la pena prevista para el hecho imputado no supera los dos años de prisión, salvo en aquellos casos excepcionales que prevé la Ley.

Además se establece con precisión cuáles son los fines legítimos que justifican la prisión provisional. Ésta ha de conjurar en cada caso concreto uno de estos riesgos: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; que el imputado oculte, altere o destruya pruebas; o que el imputado cometa nuevos hechos delictivos. En este último caso, el principio de proporcionalidad impone que la prisión provisional no pueda acordarse por riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo. Por exigencia de la presunción de inocencia, esta medida debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto. La Ley contribuye a objetivar este requisito, incrementando así las garantías procesales del imputado.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Que entre otras medidas amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento. Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Y, por último, se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos.

Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente. Se introducen importantes medidas tendentes a favorecer la rehabilitación de aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de drogas, alcohol o sustancias psicotrópicas. Para ello, se permite obtener el beneficio de la suspensión cuando las penas impuestas sean hasta de cinco años, y no sólo hasta tres como ocurría hasta

el momento. Además, con objeto de que la medida sea eficaz, se mejora el régimen de los requisitos que ha de cumplir el condenado, del tratamiento a que ha de someterse y de su supervisión periódica. De forma coordinada se prevé que, cuando esté próximo el vencimiento de la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial o de deshabitación, se comunique al ministerio fiscal para que inste, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil.

El Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2006 en su catálogo de medidas urgentes prevé la creación de las unidades de protección a las víctimas en las delegaciones y subdelegaciones de Gobierno, que se constituyen como un elemento importante en esta protección, al tiempo que el intercambio de información y la coordinación entre el Registro de protección a las víctimas de violencia doméstica, la Seguridad Social y el Ministerio de Economía y Hacienda pueden evitar efectos indeseables en la generación de pensiones u otros beneficios sociales y todo ello en el marco de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y que en su conjunto se intentan constituir en los instrumentos principales de protección a las víctimas de la violencia de género y que hallan su cobertura legal en el Art. 9.2 de la CE, en cuanto a que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; y la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En el Art. 53.1 CE de que los derechos y libertades constitucionales vinculan a los poderes públicos y el art. 96 de la CE en el sentido de que los convenios internacionales forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente en España.

Mediante la lectura en su conjunto de los antecedentes normativos que nos antecede podríamos establecer que se trata de consolidar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas, y dotar de un estatuto que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Medidas orientadas a la protección jurídica de la persona agredida, así como también de su familia si correspondiere, y a que se activen inmediatamente los instrumentos de protección social. Y prevé además que estos mecanismos no podrán canalizar una protección real a la víctima si éstos no son activados con la máxima celeridad e individualización. Tengamos en cuenta que las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los Tribunales no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas “las seguridades” que estas personas han perdido como consecuencia del delito.

4.- ANALISIS FINAL

“Previene el mal antes que sea.

Pon orden antes de que estalle el desorden”

Considero por tanto que la violencia en general es algo que así como se ha aprendido se puede cambiar con medidas educativas en los centros, con el diálogo, el saber explicar, y dar las respuestas adecuadas a preguntas que puedan surgir, y que no pueden ser contestadas por un juez. El progreso moral dependerá en mucho del mejoramiento de las leyes pero en particular de la enseñanza y de toda la educación. La sociedad debe reconocer y asumir y no solo avergonzarse que este sea un problema que ella misma genera. La educación y la formación hasta el periodo de convivencia van favoreciendo la interiorización de determinados valores y principios sobre los que luego basaremos en parte nuestras conductas, tratar de limitarlas con leyes duras, un fenómeno tal y como es la conducta humana, en el que se nos ha enseñado y se ha aprendido la desigualdad entre hombre y mujer como algo normal en nuestras sociedades, es algo complejo. Como señalaba Rosseau: *“esforcémonos en extraer del mal mismo el remedio que ha de curarlo. Corrijamos por medio de nuevas asociaciones, si se puede, el defecto de la asociación general”*.

El Estado establece un orden social determinado y quiere que sus principales manifestaciones sean en el sentido de mantener a ultranza este orden establecido usando por ello si fuera preciso, el máximo exponente de coacción que posee, cual es la amenaza penal, por ello establece tipos delictivos conminando con una pena la realización de determinadas conductas que desea erradicar del comportamiento social. De esta forma la gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos mas elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas, el carácter de *“ultima ratio”* que el carácter de la norma penal tiene, imponen necesariamente la búsqueda de ciertos mecanismos alternativos de control del poder punitivo estatal y que confiere su aplicación dentro de los limites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejerzan el poder punitivo de forma que pueda hacerlo con mejores cotas de racionalidad y garantías para los involucrados ponderando siempre el elevado *“coste social* que su intervención representa. Los procesos de racionalización que prueban esta afirmación han sido los esfuerzos llevados a cabo desde la Ilustración para humanizar las sanciones, en un doble sentido, eliminando las penas atroces y desproporcionadas y reformando los sistemas de cumplimiento y ejecución de la prisión provisional.

Se plantea por tanto la redefinición del *ius puniendi*, de su rol y cometidos que desempeña en la sociedad, de los principios que rigen la intervención

penal en los conflictos sociales, de su relación con otros instrumentos del control social y, desde luego, una revisión con carácter criminológico de la efectividad del mismo. Se trata, de esta forma, de intentar lograr que el Derecho Penal se retire de pequeños conflictos cuasi domésticos, cotidianos. Que se reserve la maquinaria seria y pesada del Estado para supuestos de especial gravedad, en este caso, los criterios de la efectividad máxima y del mínimo coste social hacen recomendable el uso de instrumentos no penales o en todo caso de alternativas y sustitutivos que no impliquen privación de libertad, de otra manera estaremos en una pendiente peligrosa de deterioro de la credibilidad del sistema.

Seamos conscientes de que la intervención judicial puede resultar perjudicial y muchas de las veces lo que hace es agudizar el problema, el autor también piensa que hay una mayor sensibilidad hacia la víctima que hacia él, lo que conlleva a acrecentar en el agresor un ánimo de venganza; *“2º.- Una vez en el domicilio familiar con gestos de tirar cosas al suelo, expresiones como "estos meses de cárcel me los vas a pagar" y empleo de fuerza física, cogiéndola del cuello logró tener en dos ocasiones relaciones sexuales con su esposa en contra de su voluntad, si bien se vio obligada a ello por el temor que le inspiraba y por la violencia que sobre ella ejercía”* STS 10/2007 de 19 de enero. También se ha llegado a afirmar de que las medidas penales no han demostrado ser lo suficientemente disuasorias y, en algunos casos, han llegado a ser contraproducentes las medidas adoptadas con el fin de detener el maltrato, y en esto podríamos decir que contribuye muchas de las veces al desconocimiento o la ignorancia por parte de los actores principales del hecho, además hay que tener en cuenta que en el aspecto psicológico y social quienes se involucran en este tipo de violencia, ya sea la víctima o el autor, padecen un daño moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos cuantitativos y también pecuniarios, por lo que se hace manifiesto la necesidad de afrontarlo desde una perspectiva multidisciplinar que sí se podría cumplir acudiendo a la Mediación Penal, a través de la actuación conjunta y ordenada de profesionales ajenos al aspecto jurídico, aparte de la adopción de medidas en el ámbito de “la educación” aunadas a programas de acción social.

Hoy por hoy se hace urgente y más que necesario tratar de arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos y profilácticos que atajen el problema dado ya con la orden de protección, como de medidas que mitiguen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Debemos entender que la finalidad del sistema penal es en definitiva tratar de articular una sociedad pacífica, y que la pena debe, según los principios constitucionales, tratar de lograr la revalorización de las situaciones interpersonales de los interesados y posteriores al delito, debemos ser conscientes que la intervención penal contra cualquier

fenómeno delictivo, por grave o alarmante que éste sea, no puede ni debe condicionar el sistema de Derechos Fundamentales antes bien ha de ser respetuoso con ellos para de esta forma lograr la confianza de la ciudadanía en el sistema de política criminal, de esta forma se requiere, por tanto, una ley penal clara y precisa y no establecer ambigüedades en sus formulaciones o en su aplicabilidad procesal.

El enfoque que podemos apreciar en lo que a violencia de género se refiere es que lo único que está logrando es dejar en total evidencia la ineficacia del Derecho Penal. La percepción de la sociedad es la de que no sirve para nada, que no protege, porque se utiliza de forma excesiva al Derecho Penal, y se constata que no en todos los casos puede pronunciarse.

Los operadores jurídicos, quienes trabajamos en ámbito de la justicia hemos estado expuestos, y seguimos estándolo, a un periodo de continúa incertidumbre y desestructuración debido a la constante modificación de la legislación, de la reforma organizativa y a un patrón volátil e inconstante de desarrollo de política criminal en este aspecto, con toda la ansiedad y los esfuerzos mal coordinados que acompañan todo cambio institucional y debido también a los programas e ideas seleccionadas que se articulan con las estructuras dominantes del campo y las culturas específicas que sustentan y que consiguientemente son los programas que mejor encajan con las instituciones más poderosas asignando culpas de un modo que resulta popular, y de esta manera se fortalece el poder de grupos con autoridad y recursos. Pero siempre escucharemos que el Estado no hace ni hará todo lo suficiente para evitar estos hechos.

Y esto además es producido por la rapidez con la que se realiza la intervención policial, muchas de la veces, no permite deducir la verosimilitud de la imputación y el riesgo potencial que para la víctima podría existir y la ventaja que podría representar para la actora la adopción de una medida como sería la orden de protección, todos los casos son considerados graves y muchos no lo son, es evidente por otro lado que cuanto más parece que hace el Estado en esta materia más dificultad para gestionarlo parece evidenciarse, tanto de forma individual como en el conjunto de la sociedad. Todos los hechos son presentados como violentos ya que proceden de una denuncia se dice que formulada por la presunta víctima, pero, he llegado a escuchar manifestaciones por parte de la víctima (mujer) quien afirma que el atestado fue elaborado por la policía y que ella no ha firmado ninguna denuncia.

En los casos de una eventual situación de riesgo para la mujer (y que a mi entender es aquí donde difícilmente se pueden señalar patrones inequívocos de certeza para valorar la situación efectiva de riesgo), necesitada de una medida como es la orden de protección podría parecer excesiva la

intromisión del sistema penal para resolver un problema social, habría casos en que sería necesario adoptar esta medida pero estoy seguro que no todos ellos pasan por esta situación, es mas, en algunos casos se podrá ocasionar la ruptura de vinculo familiar, que será la única solución al problema pero no en todos los casos, reitero, tendrá porque darse. La sobreevaluación de la víctima no solucionaría el problema, como no lo logró la tradicional y obsoleta visión criminológica anclada en el tendencioso análisis del hombre delincuente; esta posible hipervaloración victimal solo trasladaría el “polo de atracción” del delincuente al sujeto pasivo del hecho criminoso.

El problema de los malos tratos en el ámbito familiar hemos de enfocarlo como un problema de agresividad mal controlada, y que ha sido y sigue siendo amparado por la sociedad desde las más irracionales de las razones y protegiendo posturas indefendibles y que han actuado como fundamento a su práctica; por esta razón la mayoría de hombres (donde también se puede incluir a mujeres o jóvenes) considerados violentos, de la misma forma como muchas de las veces ocurre con los alcohólicos o ludópatas a quienes les cuesta reconocer que padecen una enfermedad como el alcoholismo o la ludopatía, jamás reconocerán por si mismos el problema de agresividad incontrolada que padecen y por si mismos carecen de la mínima motivación para aceptar una terapia voluntaria. Carl Jung, afirma que los hombres hacen muchas cosas cuyo significado les es desconocido aunque se trate de hombres de cultura más desarrollada, lo cual no es óbice para que se comporten de un modo peculiar e impredecible, y que no tienen ni idea muchas veces de lo que dicen o hacen. De repente, se sienten arrastrados por malos humores inexplicables que ni ellos mismos pueden justificar. Tales reacciones e impulsos se basan en un sistema instintivo y preformado y siempre dispuesto, que es característico del ser humano, incluso es concebible que los primitivos orígenes de la capacidad del hombre para reflexionar procedan de las dolorosas consecuencias de violentos entorchamientos emotivos (traumas), y nos comenta a modo de ejemplo: *“un bosquimano que, en un momento de ira o cólera y decepción al no conseguir pescar algún pez, estrangula a su muy amado hijo único y luego se siente presa de inmenso arrepentimiento cuando coge en brazos el cuerpo inerte”* es decir, ante un cambio tan repentino, se puede demostrar con frecuencia que un arquetipo ha estado operando por largo tiempo en el inconsciente, preparando hábilmente las circunstancias que conducirían a la crisis.

Por tanto, no se puede calcular la probabilidad de actuación futura del ser humano porque de una parte ésta se mueve según juicios de valor, si la acción humana se determina según juicios de peligrosidad, ponemos en peligro la constitución ciudadana, y así toda teoría contemporánea asume y

parte de la evidencia de que en la génesis o etiología del comportamiento criminal interactúan necesariamente variables sociológicas individuales y factores o procesos ambientales y sociales; y por tanto muchas veces hay que tratar de entender que las causas que explican la violencia en la familia (entendiendo dentro de ésta a la mujer, a los hijos y a los padres), son aquellas que pueden tener origen en el estrés, conflictos de poder, también pueden estos ser entendidos por el agresor como ejemplarizantes con el fin de influir en el control del comportamiento de alguien, para castigar o vengar una injusticia o para proteger su imagen y la que puede también llegar a ser provocada por la mujer o por los hijos.

A esto hay que agregar como ya hemos expuesto líneas arriba que la violencia ejercida por el hombre está en la mayoría de los casos formada y legitimada por un contexto social y cultural más amplio de dominación patriarcal y, que en algunas sociedades ha encontrado y mantenido un asidero legal, por lo tanto la violencia florece allí donde reina el desequilibrio entre aspiraciones y oportunidades o existen marcadas desigualdades económicas y se desarrollan en un medio social impregnado también por valores culturales que glorifican las soluciones agresivas de los conflictos entre las personas. Resulta evidente y contrastable que muchos de los actuales males psicosociales que hoy afligen a muchos jóvenes es la desmoralización ante el futuro, en una sociedad competitiva y sin buenas posibilidades de empleo a pesar de su formación.

Por tanto, las instituciones en general y en este caso la judicial en particular, pareciera que todavía no son conscientes o son reacias a reconocer que si bien el efecto de la violencia sobre la salud física y psicológica de las víctimas es grave, es más perjudicial lo que se está consiguiendo con estas medidas. Podemos observar que la mayoría de las iniciativas en materia de política criminal ejecutadas por el Estado van al vaivén de cada suceso destacable por los medios, es decir, son desencadenadas producto de eventos particulares consecuentemente suelen ser apasionadas e improvisadas, pensadas muchas veces más en el rédito político que en la necesidad social, más preocupados por la percepción popular del momento que en un estudio profundo en manos de expertos en el tema o en la capacidad comprobada de las instituciones, y que logran que existan serias incompatibilidades entre estos hechos y que cada una de las iniciativas sean erosionadas por las realidades subyacentes y que a la larga trae como consecuencia que el público finalmente se escandalice muchas veces de estas decisiones.

Solo con un diagnóstico lo más ajustado posible sobre las causas de la violencia se podrá articular medidas adecuadas que se dirijan a los orígenes de este tipo de agresiones. Las medidas encaminadas a la protección de la

mujer maltratada tienen poco o nulo efecto intimidatorio sobre el agresor, se presume, por tanto, que volverá a agredirla en cuanto tenga la mínima oportunidad de acercarse a su víctima. También hemos apreciado que en ocasiones cuando ha roto el vínculo anterior e inicia una nueva relación con persona distinta vuelve a agredirle y así el sujeto activo se erige, por razón de su pertenencia al grupo identificado como opresor, en agresor cualificado, con independencia de que el sujeto, en concreto, realice o no la conducta “opresora” o discriminatoria, sin exigir que esa conducta concreta cometida por él, con nombre y apellidos y no por “un hombre”, se revele discriminatoria.

Se aplica solo la norma sobre el hecho y se cree que con dictar una Orden de Protección (entiéndase medida de alejamiento) basta y sobra para combatir este mal, craso error, tan falsa es esta afirmación como la de que sólo en las relaciones de afectividad conyugal o análoga, la violencia tiene motivación de género, como la de que, en todas esas relaciones cualquier conducta violenta, por más que sea dirigida del hombre a la mujer, lo tiene y la realidad muestra lo equivocado de esta norma vacía en cuanto a otros factores a adoptar aparte de la condena por lo que se hace necesario que para su adopción así como para su mantenimiento se recomiende el auxilio de informes psicosociales, y que para contribuir a la efectividad de las normas en esta materia se hace imprescindible que la víctima de violencia de género sea informada, tanto por parte de las instituciones jurídico penales como por las entidades de protección social, lo que podría llevarse a cabo a través de la “Mediación Penal”.

Difícil será para quién quiera oponer lo que resulta conocida por todos de que con los recursos que son gastados en actividades de policía, enjuiciamiento rápido y la creación de más juzgados, además de el encarcelamiento, no se ha conseguido reducir la delincuencia y que al contrario produce grandes inconvenientes como la marginación social del penado y las más de las veces también de su familia; y donde también se estudia la construcción de más cárceles y la promulgación de nuevas leyes que ha sido prodiga en el tema que tratamos como podemos constatar líneas arriba, pero que no parecen haber reducido las tasas de criminalidad, ni aliviado la ansiedad de la población con respecto a la victimización.

Es importante que reflexionemos sobre este tema, porque de lo contrario este fenómeno desgraciadamente dado con frecuencia, el de las retractaciones de la víctima, lejos de verse aminorado se mantendrá en el tiempo y provocará que aumente en el agresor esa sensación de total impunidad.

La legislación debe acercarse más a la realidad de la agresión, y la prevención resulta el mínimo exigible de intervención punitiva; los medios

de comunicación deben contribuir a formar y no a deformar la percepción de la realidad de estos hechos. En la actualidad parece que los medios de comunicación marcan la tónica del Estado en estas cuestiones, destacándose más los casos de agresiones violentas desde su perspectiva de crónica negra que desde las posibilidades sociales y jurídicas de que disponen las víctimas para prevenir, impedir, mitigar o resarcirse de los efectos de la violencia padecida. Pero sería conveniente investigar más acerca de las causas de la violencia contra la mujer, hay que ir a la raíz del problema, caso contrario, las soluciones serían muy precarias.

Hay que tratar de poner coto a las maquinaciones de los grupos de poder e impedir que ejerzan esa especie de monopolio, así por la codicia irracional de unos pocos lo que parecía causa de la fortuna de un país será su ruina, si no remediamos semejantes males, no elogiareis la justicia que bien sabe reprimir el robo, puesto que solo es apariencia y no es ni útil ni equitativo. Dejamos que den a los niños una educación detestable, y como resultado sus costumbres se corrompen ya desde sus años más tiernos, ¿precisa, pues, que los castigemos al llegar a la virilidad por crímenes que su infancia hacia ya previsible?, ¿qué otra cosa hacemos de ellos sino ladrones, que después castigamos?.

Por lo tanto no solo es lícito sino también es deseable instar e investigar la adopción de medidas alternativas todo esto siempre dentro del respeto de lo que constituyen, los Derechos Fundamentales de cada persona y respetuosa también con el principio de seguridad. Se han producido cambios importantes en la sociedad que han modificado el papel de la mujer, las relaciones de pareja, las formas de crianza de los hijos, la estructura y estabilidad de la familia y el modo de abordar el espacio vital más allá del momento de alcanzar la jubilación, que es necesario un periodo de investigación y reflexión de cómo abordar sus problemas.

Y como afirma de Declaración de Viena es necesario contar con programas adecuados de prevención y readaptación como parte fundamental de una estrategia eficaz de control del delito y de que esos programas deben tomar en cuenta los factores sociales y económicos que pueden hacer a las personas vulnerables y propensas a incurrir en conductas delictivas. Es decir, reiterare hasta la saciedad que es deseable que esta adopción sea abordada desde aspectos educacionales porque solo la educación se muestra como el más seguro de los medios de prevenir los delitos desde aspectos sociológicos, económicos así como procesales, desde esta perspectiva analizó Durkheim el papel de la educación como medio de hacer seres sociales, y el de la conciencia pública como vigilancia sobre la conducta de los ciudadanos, lo contrario, es decir, lo adoptado solo desde una consideración judicializada de esta materia que tratamos, la de la

Orden de Protección, solo produce insatisfacción no sólo en la víctima como principal protagonista sino también en el autor, así como, también en la colectividad en general.

Por proponer medidas alternativas a la pena de prisión pero que pueden contrastar con lo previsto en el art. 44 de la Ley Orgánica integral de Violencia de Género, me reitero y planteo la mediación, se dice que la mediación permite aproximar la comunidad al sistema de justicia penal al asegurar la participación de personas a las que directamente concierne la infracción. La resolución RA5-0126/2000 llamada de las víctimas de delitos en la Unión Europea de 15 de junio, confirma la necesidad de adoptar medidas en el ámbito de la prevención, ayuda a las víctimas, pide también la adopción de medidas para mejorar la situación de las mismas incluidas las víctimas del terrorismo y subraya que las víctimas sufren doblemente en primer lugar como víctimas del delito, y en segundo lugar como víctimas de un sistema debido a la inexistencia de una protección adecuada, es decir, la llamada “victimización secundaria”. Plantea unas medidas en el ámbito sanitario, psicológico y social por cauces gubernamentales, voluntarios, locales o particulares y también que se adopten medidas que faciliten la reintegración social de los autores de delitos, en particular los menores, con objeto de evitar que reincidan en la actividad delictiva provocando mayores daños a la sociedad. Y también en la Declaración de Viena se anunciaba el establecimiento cuando proceda de planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas donde se incluyan mecanismos de mediación y justicia restitutiva, y se fija un plazo a fin de que los Estados revisen sus prácticas en este sentido, amplíen sus servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre sus derechos y consideren la posibilidad de crear fondos de apoyo a las víctimas.

En consecuencia, creemos que La Mediación Penal puede constituir el mecanismo idóneo para que a través de ésta se explique que es lo que les conduce hasta este procedimiento, lograr que se comuniquen entre partes enfrentadas, tratar de conciliarlas, y a partir de ahí ver las posibilidades que se tienen en el conflicto producido a fin de que puedan llegar a un acuerdo entre ellas; son por tanto autor-víctima los protagonistas principales, son los que hablarán y conseguirán llegar a analizar las consecuencias del hecho, y de qué forma se puede reparar el daño ocasionado. Pero, también hay que dejar claro que en ningún caso la expansión de la mediación debe suponer una privatización en la solución de conflictos, ya que la exclusividad del poder punitivo estatal debe estar asegurada con todas las garantías constitucionales.

Trascribimos un fragmento de una carta de Sigmund Freud fechada en 1935 quien escribe: “la gran pregunta que nunca ha sido respondida y que yo todavía no he sido capaz de contestar, a pesar de mis treinta años de investigación sobre el alma femenina, es ¿Qué es lo que realmente quiere la mujer? A este respecto, el Dr. Rojas Marcos, responde: lo que quieren las mujeres es lo mismo que lo que quieren los hombres: la oportunidad de realizarse, un nivel de autonomía razonable, vivir sin miedo excesivo, libertad sin dañar a los demás, y la capacidad de buscar la felicidad. Sin embargo, ninguno de estos deseos se podrá satisfacer mientras vivamos en una cultura impregnada por la desigualdad entre los sexos y la violencia contra la mujer, niños o ancianos. Para poder evolucionar saludablemente, la humanidad necesita tanto hombres como mujeres fuertes, sabias y generosas.

Es un hecho básico de la vida social humana que para que los individuos se comporten de forma normal tienen que desarrollarse sintiendo que tienen un lugar en el orden social establecido, es decir, que tienen una identidad socialmente coherente, por tanto, nos encontramos inmersos en una vorágine de consumismo, sueños muchas de las veces frustrados donde de un tiempo a esta parte las diferencias de nivel económico se han convertido en un abismo insalvable para muchos jóvenes que quieren acceder a determinados puestos o a determinados estudios y no pueden lograrlo por falta de recursos o porque en determinados puestos de trabajo exigen un determinado perfil y nivel; hay frustración por no poder acceder a un vivienda digna puesto que los precios de las mismas se han disparado a un nivel inalcanzable para muchos producto de la especulación inmobiliaria, personas de mediana edad que saben que el mercado laboral les ha cerrado las puertas (en esta sociedad no existen las personas de una edad entre 35 y 45 años); por consiguiente una persona que vive inmerso en estos avatares diarios, que cada día se levanta con el ánimo de mejorar su vida y se tiene que acostar con la frustración de un día perdido, va generando cada día mas resentimiento en su interior y contra la sociedad que no le permite tener una oportunidad, entonces esto va convirtiéndose en caldo de cultivo para la agresividad, esta situación va minando sus fuerzas, lo va debilitando mentalmente, lo hunde en una especie de pozo de la frustración y lo transforma en un potencial “agresor”, insociable, puesto que les cuesta creer que exista alguna posibilidad de cambiar su vida.

El aumento de la inseguridad comunitaria debe ser abordado, en buena medida, como problema social de insatisfacción desde distintos ámbitos: el del ciudadano que ve en riesgo sus bienes jurídicos y el de quien llega al límite de la desesperación, entre otras cosas, por la frustración de no alcanzar una vida digna. Ya Beccaria proclamó “prohibir una multitud de acciones indiferentes no significa prevenir más delitos que ellas no pueden

originar, sino crear otros nuevos. Habría que privar al hombre del uso de sus sentidos; por un motivo que impulsa a los hombres a cometer un verdadero delito, existen otros mil que le empujan a cometer aquellas acciones indiferentes que las malas leyes llaman delito. Y si la probabilidad de los delitos es proporcional al número de los motivos, ampliar la esfera de los delitos equivale a aumentar la probabilidad de cometerlos. La mayor parte de las leyes no son más que privilegios, o sea, un tributo de todos a la comodidad de unos pocos”. *CP*.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., La mediación penal, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1999.

ALTAVILLA ENRICO, Proceso a la Familia. Plaza y Janes SA. 1971

CAMP, E.V., Aprender mediación, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.

CARNELUTTI, FRANCESCO, Las miserias del proceso penal, Temis 2005

CID MOLINÉ, JOSÉ, ¿Pena justa o pena útil? Ministerio de Justicia, Madrid, 1994

CORRAL, JOSE LUIS, Historia de la pena de muerte, Aguilar 2005

CORSI, JORGE y PEYRÚ GRACIELA MARIA, Violencias sociales, Ariel, 2003

FERREIRO BAAMONDE, XULIO La víctima en el proceso penal, La Ley, 2005

FOUCAULT, MICHEL, Vigilar y Castigar, Siglo XXI Ed., 1990

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, Criminología, Tirant lo blanch 2005

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, Introducción al derecho penal, Ed. Universitaria Ramon Areces, 2005

GARLAND, DAVID, La cultura del control, Gedisa Ed. 2005.

GINER, SALVADOR Sociología Ed. Peninsula, Barcelona 1973.

GONZÁLEZ MAS, RAFAEL. Violencia Humana. reeditores 2006

HELENA, C. y SHOSHANA F., Tú ganas, yo gano. Todos podemos ganar. Cómo resolver conflictos, Gaia, Madrid, 2003.

KROPOTKIN, PEDRO. Las Prisiones. “difunde la idea”2001

LARRAURI, ELENA Criminología crítica y Violencia de Género, Trotta, Madrid 2007

- LEYTON ELLIOTT Cazadores de Humanos, Alba Editorial s.l.u., 2005
- LORENTE ACOSTA, MIGUEL, Mi marido me pega lo normal, Ares y Mares, 2001
- MALEM SEÑA, JORGE F., Globalización, comercio internacional y corrupción, Gedisa Ed. 2000
- MARTINI, C.M., y ZAGREBELSKY, La exigencia de justicia, Trotta, Madrid, 2006.
- MUÑOZ CONDE F. Introducción al Derecho Penal, Bosch 1975.
- MUÑOZ CONDE, Derecho y control social, Temis.
- PLATON. Las Leyes. Ed. Porrúa 1998
- PÉREZ FERNÁNDEZ, FRANCISCO Imbéciles Morales. Colección universitas 2005.
- REDORTA, J., Cómo analizar los conflictos, Paidós Ibérica, Barcelona, 2004.
- RÍOS, J., PASCUAL, E., y BIBIANO, A., La Mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario, Colex, Madrid, 2005.
- RÍOS, J., PASCUAL, E., y BIBIANO, A., La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano, Colex, Madrid, 2006.
- RÍOS, J., y SEGOVIA, J.L., Las penas y su aplicación, Colex, Madrid, 2006, 2ed.
- RIVERA MARIA-MILAGROS El fraude de la Igualdad, Planeta, Barcelona 1997
- ROJAS MARCOS, LUIS, Las semillas de la violencia, Espasa Bolsillo, 1998
- RUSCHE GEORGE y KIRCHHEIMER OTTO, Pena y estructura social, Temis 2004
- SAN MARTÍN, B. La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos, Dpto. Justicia del Gobierno vasco, Vitoria, 1997.
- SÁNCHEZ ALVÁREZ, P. "La mediación: una alternativa al Derecho Penal", en Corintios XIII, num. 97-98 (2001) pp. 325-330
- SÁNCHEZ ALVÁREZ, P., "Mediación penal y penitenciaria Estudios de Derecho Judicial 84 (2005) pp. 143-156.
- SANCHEZ CONCHEIRO, M.T., Para acabar con la prisión: la mediación en el derecho penal, justicia de proximidad, Icaria, Barcelona, 2006.

- SANMARTIN, JOSE. Violencia contra niños. Ariel 1999
- SEGOVIA, J.L., El Código Penal y todas sus reformas al alcance de todos, Popular, Madrid, 2005, 8 ed., pp.181-194.
- SEGOVIA, J. L., Justicia y exclusión social. Perspectiva desde las víctimas.
- SEGOVIA, J.L. Pistas éticas para humanizar el sistema penal, SLAIKEYU, C.A., Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos 1996
- SIX, J-F., Los mediadores, Sal Terrae, Santander, 2005.
- SUEIRO, DANIEL, La Pena de Muerte, Alianza Ed. Madrid 1974
- URY, W.L., Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.
- VAL, T. M. Del, Mediación en materia penal, Editorial Ad hoc. Buenos Aires, 2006.
- VARONA, G., La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998.
- VINYAMATA, E., Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación, Ariel, Barcelona, 2002