

La mediación penal en el ámbito de la violencia de género « o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento»

Carlos Alberto PÉREZ GINÉS

Secretario Judicial

Diario La Ley, N° 7397, Sección Doctrina, 7 May. 2010, Año XXXI, Ref. D-155, Editorial LA LEY
LA LEY 2289/2010

Urge el desarrollo de nuevos instrumentos que permitan encontrar una salida a los conflictos que se generan en las relaciones interpersonales. La sola judicialización de las medidas de protección a casos de violencia no basta para combatirla. La Mediación Penal, recomendada a los Estados Miembros por la Unión Europea, como una forma de encontrar un instrumento de complemento y solución de los conflictos se refuerza ante la falta de resultados en la aplicación de las medidas que es producto de una total ausencia de coordinación entre los diversos sectores intervinientes, justicia, servicios sociales y educacionales.

Normativa comentada

I. REFERENCIAS NORMATIVAS

La normativa respecto al tema que vamos a desarrollar ha sido muy pródiga no solo en estos momentos en los que se ha tomado más en serio la grave problemática de la violencia de género, sino también en el siglo XX pasado, y esto tanto por parte de los órganos internacionales como por los órganos nacionales como pasamos a exponer:

Y así tenemos un primer bloque compuesto por la normativa a nivel internacional: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; 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; la Recomendación núm. R(85)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación; la Recomendación núm. 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 qué punto sirven a los intereses de la víctima; la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas de 1995 que reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales; la Declaración de 1999 como año europeo de lucha contra la violencia de género; el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999; la Resolución RA5-0126/2000 llamada de «las víctimas de delitos en la Unión Europea» de 15 de junio; la

Recomendación R (99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de septiembre; la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia RES/55/59 de 4 de Diciembre de 2000; la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001.

Un segundo bloque de normas nacionales, y entre otras destacamos el primer plan contra la violencia doméstica de 30 de abril de 1998; la LO 2/1998 de 15 de junio (LA LEY 2299/1998); la LO 14/1999 de 9 de junio; el plan integral contra la violencia doméstica del año 2001; la Ley Integral 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección contra la violencia de género, que establece que no es éste un problema que afecte al ámbito privado, que los poderes públicos no pueden ser ajenos a este tipo de violencia, que esta ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia, y que se enfoque este tipo, el de la violencia de género, de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación; que en cuanto a la orden de protección establece 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) (LECrIm (LA LEY 1/1882)). 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 Código Penal (CP) en la que se dé una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo, complementado por la L 27/2003, de 31 de julio (LA LEY 1305/2003), reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica»; la LO 11/2003, de 29 de septiembre (LA LEY 1490/2003), de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y RD 355/2004, de 5 de marzo (LA LEY 505/2004), que regula el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, modificado por el RD 660/2007, de 25 de mayo (LA LEY 5956/2007); y que en su conjunto se intentan constituir como los instrumentos principales de protección a las víctimas de la violencia de género y que hallan su cobertura legal principalmente en el art. 15 (LA LEY 2500/1978) Constitución Española (CE) estableciendo el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; en el art. 9.2 (LA LEY 2500/1978)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 CE en el sentido de que los convenios internacionales forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente en España.

II. ANÁLISIS

Mediante la lectura en su conjunto de los antecedentes normativos que nos antecede podríamos establecer que teniendo en cuenta la normativa internacional, las normas nacionales tratan 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.

Creo que muchos coincidiremos en la clara idea de que los casos de la mal llamada «violencia contra la mujer» son un problema que no solo involucra a toda la sociedad, sino que también involucra a los poderes públicos, pero también es de observar que, a pesar de la importancia que ha tomado en la actualidad, es un grave problema que está siendo mal enfocado, y se está buscando en el campo jurídico penal soluciones erróneas, y a las pruebas me remito: en el año 2004 murieron 69 mujeres; en el año 2005 murieron 52 mujeres; en el año 2006 fueron 62; en el año 2007, fueron 74; en el año 2008 fueron 75; y en lo que va transcurrido de junio del 2009 van 21 mujeres asesinadas, sin contar los casos de hombres víctimas muertos a manos de su mujer; a todas estas muertes hay que añadir también muchos casos de maltratos ejercidos sobre menores y sobre personas de la tercera edad.

En el campo de la Política Criminal, entendida ésta como los mecanismos de reacción por parte del Estado para actuar contra los actos que atenten contra las normas establecidas y alteren la convivencia pacífica de la colectividad, el CP de 1995 (LA LEY 3996/1995) ha sido muchas veces modificado para ser adaptado a este tema de la violencia de género, y así en sus arts. 37, 39, 40, 46, 48, 49, 57, 83, 84, 88, 153, 173, 468, 617 y 620 por la LO 2/1998; por la LO 14/1999; por la LO 11/2003, de 29 de septiembre (LA LEY 1490/2003) y por LO 15/2003, de 25 de noviembre; posteriormente a esto hay que añadir también la LO 1/2004, de 28 de diciembre (LA LEY 1692/2004), de medidas de protección contra la violencia de género; L 27/2003, de 31 de julio (LA LEY 1305/2003), reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica; RD 355/2004, de 5 de mayo, que regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica; así como también el nuevo art. 544 ter introducido en la LECrim (LA LEY 1/1882)., por la L 27/2003, de 31 de julio (LA LEY 1305/2003), que contempla en su apartado 10 la inscripción de la orden de protección en el Registro Central para la protección de la víctimas de la violencia doméstica, y pregunto, ¿se han visto disminuidos estos actos con tanta modificación y creación de nuevas leyes? ¿Creen Uds. que con apartar al autor de la víctima mediante las incumplidas muchas veces órdenes de alejamiento, o encerrarlo momentáneamente apartándolo de la sociedad vamos a apaciguar o resolver los problemas que le llevaron a esta situación? ¿A alguien se le ha ocurrido preguntar cuáles son los factores que han producido esta reacción que hace necesaria una intervención extrema como es la judicial?. Con el encierro del presunto autor logramos aumentar el ánimo de venganza no solo contra la víctima, sino también contra la sociedad porque no se le ha dado la oportunidad de ser escuchado.

La violencia de género en general y la doméstica en particular es la manifestación más brutal de la «desigualdad existente» no solo en nuestra sociedad sino también es un grave problema a nivel internacional, y la violencia contra las mujeres habiendo sido abordada en ámbitos internacionales fue definida como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desigual entre el hombre y la mujer. De nuestro ordenamiento podríamos deducir que se entiende como violencia la que se ejerce por cualquier medio o procedimiento que cause a otro un menoscabo psíquico o lesiones, y agravada cuando medie una relación de afectividad, ya porque haya sido su mujer o conviviente o aun sin convivencia, y también que sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. La violencia es, desde luego, un problema social pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto sociocultural, político o económico puede ser condenada, cuestión importante a ser tenida en cuenta para encontrar posibles soluciones, y además hay que precisar que hoy por hoy no creo que haya muchas opiniones en contrario en cuanto a que este problema está totalmente mediatizado y politizado.

Tratando de elaborar un concepto de orden de protección diríamos que «son las medidas cautelares a 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». El observatorio del CGPJ establece que la orden de protección es una resolución judicial, que en los casos en los que exista

indicios fundados de la comisión de delitos o faltas de violencia doméstica o 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. 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. Pero con una salvedad importantísima que queremos aclarar, y es la 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 el hombre no se le presta la atención debida, y de esto muy poco se habla y se trata a veces de ocultar la violencia sufrida por el hombre 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 chantajean con los hijos si los tienen, o ya una vez separados son acosados por las mismas. En los juzgados vemos que llegan hombres a pedir que se dicte el alejamiento judicial a sus parejas con el fin de que los dejen en paz, a lo que las mujeres muchas veces se resisten y ante estos casos la policía se siente confundida muchas de las veces en su intervención, y opta siempre o casi siempre por encausar al hombre, quien es la víctima del acoso. La orden de protección, 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, es decir, hay que ser conscientes de que la orden de protección o 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 pueden generar especiales riesgos tanto para la vida, seguridad o libertad.

La prohibición impuesta al agresor de que se acerque a su víctima, aparte de que, entre otras cosas, incide en sus derechos fundamentales, la gravedad de su imposición colisiona a veces con la vida real y genera dificultades muy graves, por ejemplo: un hombre acusado y con un hijo de una anterior relación, es alejado de su pareja actual con la que convivía por sospecha de violencia contra ésta, en este caso al ordenarse el alejamiento del hombre esta mujer deberá quedarse con el hijastro, hacia el que ella no muestra ningún sentimiento; otro caso, un hombre es detenido por los gritos de una mujer que alertan a los vecinos quienes llaman a la policía por la creencia de que se estaba produciendo un hecho de violencia, puesto a disposición judicial y en su declaración sale a relucir la verdad, la mujer extranjera profería los gritos debido a que a través de una llamada telefónica le comunicaban que su padre había muerto, y el marido lo único que trataba era de calmarla. Todo esto está registrado en los Juzgados de Violencia adonde podemos acudir, si nos lo permiten, para ver casos y casos, algunos de lo más absurdos de «violencia» que ingresa en estos juzgados; hace pocos días los medios de comunicación se han hecho eco de una denuncia de un hombre que ha tenido que soportar 11 meses en prisión por las denuncias falsas de su mujer que incluso se autolesionaba infiriéndose cortes con una navaja tipo *cutter*. Otras veces escuchamos a mujeres que han llegado al Juzgado a decir que solo querían asustarlo para que escarmentara, otras que no quieren declarar ante el juez porque quieren retirar la denuncia, y la tantas veces incumplida orden de alejamiento, porque he llegado a observar que al venir a firmar ante el juzgado muchas veces el autor viene acompañado de su pareja.

Pero, ¿qué falla en esta cuestión de la Orden de Protección?, 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, no se dan cuenta o no toman conciencia de que están quebrantando la mencionada orden; muchas de las veces 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, o quienes vienen a suplicar ante el Secretario Judicial de que se retire la prohibición de alejamiento de su pareja, alegando que esta medida es injusta y que él (el autor) es bueno, y que solo se le fue la mano. Y esta cuestión debe ser aún más traumática cuando hay hijos menores de por medio, hasta que se adopte alguna medida de índole civil, ¿qué pasa con ellos? La cuestión 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 muchas de las veces es la propia víctima, reitero, la que provoca este quebrantamiento, o a veces con su «perdón» al agresor, tratan de olvidar el acto que los llevó ante los juzgados, de lo que no se enteran los Juzgados, y ambos no llegan a entender que la prohibición de acercamiento es tanto para el autor como para la víctima. Y a los hijos cómo se les explica que existe esa orden de que su padre no se puede acercar a ellos.

En lo referente a la primera cuestión habremos de decir que si bien es cierto que hay una total impunidad en este acto, esto 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 muchas de las veces 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. Pero la orden está dada y ésta debería poder ser controlada para garantizar que de 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.

Es decir, esta nueva cuestión que ha surgido ya una vez dictada la orden judicial, el intento de la reconciliación, debe ser tutelada, y es a través de la mediación penal como se podría tratar de afrontar. La mediación es considerada como la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de conflictos, la mediación puede proporcionar los instrumentos eficaces para enseñar, educar, todo esto desde el control extrajudicial de lo que representa la Orden de Protección, y dar el tratamiento adecuado para confirmar la voluntariedad de la decisión de la víctima y su pareja lejos de la incomodidad o indiscreción de los Juzgados, máxime cuando hay que ser conscientes que no por ser especializados los Juzgados de Violencia contra la mujer ni los Juzgados de Instrucción, ni tan siquiera los Juzgados de Familia están acondicionados o adaptados como para tratar con sensibilidad este problema, aunado a esto el hecho de que para los funcionarios su presencia en los Juzgados solo constituye un día a día de trabajo y que no tienen la preparación adecuada en esta materia.

Es evidente que hoy por hoy existe un interés social en proteger a las víctimas de todo tipo de violencias, y si observamos el estado actual del sistema penal advertimos la existencia de una verdadera transición en el tratamiento de la víctima, dado que desde hace bastante tiempo su situación está siendo redescubierta, ya no es un ente invisible, y una especial incidencia en la víctima de la violencia doméstica, lo que provoca un rechazo colectivo y una evidente alarma social y es a través de mecanismos adoptados por la propia sociedad, alejados de la actuación judicial, en donde se pueden encontrar las medidas de solución a esta reiterada muchas veces «lacría social» que persigue a la sociedad. 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 que las víctimas 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.

Y esto es así porque la violencia en el ámbito familiar muchas veces ha sido y es 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 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, y aunque a diversos sectores no les guste o no quieran reconocer, pero es una evidencia y consta como resultado de numerosos estudios. Rastreado 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, también tenía un deber hacia los miembros sobrevivientes del clan de su esposo, que era el de manifestar y 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; en la época arcaica de Roma, y como cuestión considerada puramente de índole familiar y donde se precisaba la presencia de los parientes, el esposo tenía derecho a matar *sine iudicio* a la esposa sorprendida en adulterio, sin embargo, la mujer no podía hacer nada contra el esposo adúltero; entre los antiguos germanos cuando éstos no hacían la guerra se dedicaban al ocio total, dedicándose solo a dormir y comer, y delegando todas las tareas tanto del hogar, el cuidado de los hijos y el trabajo en el campo en la mujer, y en los casos de adulterio por parte de la mujer la venganza se deja en manos del hombre quien tras cortarle los cabellos al rape y desnudarla en manos de los parientes, la expulsa de casa y la persigue azotándola por toda la aldea, y se dice que culminaba el castigo ahogándola en el río más próximo; también podemos leer 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; otra historia nos dice: «Cerca de una gran ciudad aparece un recién nacido muerto. Existe la sospecha de 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». (Párrafo de la definición de suplicio del *Diccionario Filosófico de Voltaire*). 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 han sido ya asumidos por la normativa internacional.

Y las causas 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 qué tipo de cultura la observemos la mujer sigue teniendo una consideración subordinada, y donde se educa a la mujer para que atienda y viva bajo el total sometimiento del hombre. La modificación efectuada mediante la LO 14/1999 (LA LEY 2471/1999) justamente elimina la obsoleta referencia que contenía la antigua redacción del art. 104 LECrim (LA LEY 1/1882). respecto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos; y 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; es decir, 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.

A esto también habrá que aunar otros factores culturales que pueden acrecentar el brote de comportamientos violentos como el alcoholismo, las frustraciones, el encontrarse en paro, adicciones o drogadicciones, etc., conductas todas éstas que han sido toleradas por mucho tiempo basadas en la propia tradición cultural y, aún hoy en muchas sociedades se siguen manteniendo, y lo vemos en países del África y en los países de religión musulmana. Hace poco hemos podido contemplar en los telediarios cómo se ejecutaba a una mujer y a su amante juzgados ambos por adulterio, a tiros y en medio de la calle. Extendida a las relaciones sociales en las que ocupa un lugar preponderante la figura de la mujer considerada como un objeto sexual, pero 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, si no 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 con la llamada «telebasura» que se extiende a lo ancho y largo de la geografía europea, y programas con un formato donde proliferan los engaños, agresiones y que algunas veces llegan a producir verdaderas tragedias entre los protagonistas, y también difunden valores culturales que aceptan o promueven la solución violenta de conflictos.

Pero esto 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. La intervención judicial 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; y también se ha llegado a afirmar 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 el 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 manifiesta la necesidad de afrontarlo desde una perspectiva multidisciplinar que sí se podría cumplir acudiendo a la Mediación Penal, a través de la actuación conjunta y ordenada de profesionales ajenos al aspecto jurídico, de la adopción de medidas en el ámbito de «la educación» aunadas a programas de acción social.

La misma Exposición de Motivos L 27/2003 (LA LEY 1305/2003) 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, opino que es cuando debe empezar la labor tutelar porque a partir del dictado de la orden 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.

Por eso se hace necesario y urgente 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. Entendemos 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. Es por lo que como muchos doctrinarios podemos y debemos entender que éste es un problema que no se puede atajar acudiendo únicamente a medidas represivas, y en donde por un lado la prevención a través de la educación debe jugar un papel primordial, porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las leyes fomentan el desorden, y por otro lado con la aplicación de la Mediación como herramienta fundamental, que es algo que está siendo reclamado con «urgencia» por diversos estamentos sociales y judiciales, es por donde se podría tratar de atajar este grave problema no solo de violencia doméstica, y en donde no haya casos de muerte, sino también de violencia en general. Y es que con un tratamiento desjudicializado se devolvería el principal protagonismo a la víctima, y se lograría una real y efectiva protección a ésta, dado que haría difícil una posterior agresión, ya que el mencionado tratamiento serviría de freno y control del autor y también de la víctima, buscándose un efectivo equilibrio entre ambos, un equilibrio emocional que no siempre es bienvenido en los ámbitos judiciales que muchas de las veces llega hasta molestar al escuchar y observar estas emociones, porque es imprescindible hacer notar que el delito no solo produce en la víctima daños de índole económico sino que conlleva otros daños colaterales muchas veces más importantes y graves, como son las perturbaciones psicológicas o emocionales, miedos, angustias, etc., un daño que pocas veces es percibido e interpretado por los intervinientes en un proceso, y que hacen que la víctima lo sea aún más y su perplejidad sea muchas veces patente.

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.

El Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, propone 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. En la Recomendación R (99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de septiembre: 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».

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 RA 5-0126/2000 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 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 reformativa, 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 los derechos de las mismas, y consideren la posibilidad de crear fondos de apoyo a las víctimas.

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, 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 éstos 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 la referencia importante a la Mediación Penal 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 por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculcado 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 por que se dé una acogida correcta a las víctimas en un primer momento y por que

se creen en dichos lugares condiciones adecuadas a la situación de la víctima. Porque hay que añadir al respecto de esto que la víctima en los casos en que realmente se haya producido el hecho tiene, aparte de recordar los maltratos que le han traído hasta los juzgados, que atravesar por una llamada «victimización secundaria», porque tendrá que soportar el maltrato psicológico que se ha producido primero ante la policía en los fríos pasillos de la comisaría, y posteriormente en los Juzgados con unos funcionarios que no tienen la preparación adecuada para recibir estos casos tan delicados en ocasiones, y que para ellos (los funcionarios) es un día a día más de su trabajo.

Fruto de las recomendaciones de los organismos internacionales lo vemos en la redacción de la L 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, es decir, trata de abordar todas las manifestaciones posibles de violencia que se puedan producir y dar una respuesta punitiva; posteriormente se establecen 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.

Dentro de los aspectos preventivos, educativos y sociales que pretende abarcar la presente L 1/2004 se establecen medidas de sensibilización e intervención de la comunidad en general a través del principio de subsidiaridad de las administraciones públicas, tratando en su conjunto de hallar el objetivo prioritario de la presente ley, el de erradicar la violencia, mediante la conquista de la igualdad, el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas, y es aquí donde creemos que es donde la mediación penal puede constituir el mecanismo idóneo para que a través de ésta, se explique a los actores qué es lo que les trae 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.

También, a través de la Mediación Penal se puede llegar a rebajar las tensiones producidas y prevenir la reiteración de hechos violentos similares, porque está demostrado que al volver a verse o convivir, y muchas veces con la privación momentánea de esta convivencia, se produce una serie de enfrentamientos que no son fácilmente percibidos por los agentes judiciales ni por las propias Fuerzas de Seguridad del Estado, pero que a través de este proceso de mediación y con la participación de un tercero ajeno al conflicto, esto puede llegarse a evitar, y como afirma CHRISTIE: «se trataría de buscar soluciones que obliguen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, buscar arreglos en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la compensación en vez de represalias y que, en términos pasados de moda, animen a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, el mal». Y también hay que apuntar que a través de la mediación penal se podría contribuir a establecer el grado de culpabilidad del autor de los hechos y que, además, puede actuar como una forma de garantizar la presunción de inocencia, y esto puede ser debido a que utilizando la mediación penal podríamos lograr cierta prontitud en la asunción de responsabilidades por parte de los protagonistas, lo que será más difícil de asociar (hecho y castigo) cuanto mayor sea el tiempo de resolución de estos actos. Por tanto, y

parafraseando a BECCARIA, creemos que no se puede llamar precisamente justa (lo que puede entenderse como necesaria) la pena que castiga un delito mientras no se haya utilizado en las circunstancias concretas, como la del tema que nos ocupa, el mejor medio posible para prevenirlo, y es que la mediación es un espacio abierto que contribuye a la búsqueda constante de alternativas al castigo.

III. CONCLUSIONES

Las instituciones en general y en este caso la judicial en particular, pareciera que todavía no son conscientes o son reacias a reconocer el efecto de la violencia sobre la salud física y psicológica de las víctimas, 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, 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, lo que ya está contemplada en la normativa a que hemos hecho referencia líneas arriba, 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 quien quiera oponer lo que resulta conocida por todos, de que los recursos que son gastados en actividades de policía, enjuiciamiento rápido y para la que se propone la creación de más juzgados, además del encarcelamiento, aunque demostrado está que, con la privación de libertad históricamente no se ha conseguido reducir la delincuencia y 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 ya ha sido pródiga 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 decir, que podemos constatar que con el endurecimiento de las penas no se ha logrado contener la alta tasa de criminalidad, ni se ha logrado reafirmar algún sentimiento de mayor seguridad por parte del ciudadano, solo se ha conseguido el resquebrajamiento de los pilares de la confianza ciudadana en la justicia, y pasado al olvido la búsqueda de posibles alternativas a la aplicación. Esto además de que se ha producido una extrema politización de la política penal, la impaciencia de la sociedad ante el delito ha aumentado como también la disposición de los políticos a aumentar la penalización como prueba de la predisposición a combatirlo. La dilatada duración de los procesos ya se nota no solo en la jurisdicción penal, sino también en las demás jurisdicciones, y esto teniendo en cuenta la especial incidencia en derechos personales de máxima protección y repercusión en la justicia penal, y en ésta de violencia de género exige o debe exigir una atención constante. Por ello resulta preocupante lo que por parte de muchos sectores especializados ya han dado en denominar: «crisis del sistema de la justicia penal» que, indudablemente, obedece a diversas causas, y que afectan también negativamente en la persona del infractor que observa cómo la actual política criminal se muestra contraria al efecto resocializador y preventivo de las penas, y por lo tanto no contribuye a conseguir que el castigado, en muchas ocasiones, entienda la razón de una pena impuesta por unos hechos lejanos y ajenos a su realidad actual. 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.

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 constituyan los derechos fundamentales de cada persona, y respetuosa también con el principio de seguridad, los problemas sociales no pueden resolverse únicamente con la

intervención penal sino también con la implicación de todos los sectores del ordenamiento jurídico y social para trabajar en la erradicación de cualquier atisbo de violencia. Y como recomienda la 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 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, la respuesta de las instituciones involucradas en este tema ha de ser serena y ajustada, compatible con el respeto de las libertades públicas y eficaz para preservar la convivencia pacífica de los ciudadanos, así como también es deseable y considero la más importante, 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, de la educación en valores que de un tiempo a esta parte se está abandonando, desde aspectos sociológicos, económicos así como procesales, lo contrario, es decir lo adoptado solo desde una consideración judicializada de esta materia que tratamos, la de la violencia de género y la de la Orden de Protección solo produce insatisfacción, no sólo en la víctima como principal protagonista, sino también en el autor así como en la colectividad en general.

Ante los grandes desafíos que nos plantea la actual situación de violencia en general y la violencia de género en particular, y esto quizás debido a que cada día se acude más y más al Derecho Penal tratando de encontrar la solución a los males sociales, y debido a que se otorga al fenómeno de la violencia un alcance pluridisciplinar, se hace necesario abordarlo con medidas preventivas, asistenciales y de intervención social no solo en cuanto a la persona de la víctima sino también del autor y demás familiares, y en desarrollo de los instrumentos que como hemos visto ya han sido abordados a nivel internacional. Las constantes modificaciones o creación de nueva normativa en esta materia son imprescindibles quizás, pero como se recomienda, si no van acompañadas de medidas que expliquen de qué se trata y cuál es el alcance de las mismas, no cumplirán el fin para el que son elaboradas, y además asuman una acción integral y coordinada desjudicializadas que pueda intervenir en el ámbito familiar y social tanto del autor de los hechos como de sus familiares. Es el momento de que los legisladores y tratadistas en materia penal miren hacia la mediación penal como una medida alternativa de solución de estos conflictos. Y recordemos que el nivel de desarrollo e igualdad de un país solo se demostrará por la capacidad de resolver los conflictos sociales con la mínima intervención de instrumentos coactivos.