

¿SE DEBE PROTEGER A LA MUJER CONTRA SU VOLUNTAD?

Elena Larrauri

Artículo inscrito en el Proyecto de Investigación Protección de la
Víctima y Rehabilitación de los Delincuentes en Libertad

(BJU2001-2075)

<http://www.cienciaspenales.net>

¿SE DEBE PROTEGER A LA MUJER CONTRA SU VOLUNTAD?¹

Bilbao, 8 de Abril, 2005.

Elena Larrauri

INTRODUCCIÓN

El título de este estudio hace referencia a la pregunta acerca de si debe atenderse a la voluntad de la mujer incluso en los aspectos relativos a su protección o si se concibe por el contrario que la protección de la mujer conlleva anular su opinión, sus deseos, y en definitiva su autonomía.

Exploraré como, a mi juicio, esta protección sin atender a la autonomía de la mujer se produce en algunos ámbitos: 1.- La presentación y retirada de una denuncia; 2.- La detención del agresor 3.- La petición de una orden de protección; 4.- La pena que solicita la mujer; 5.- Las penas accesorias; 6.- El quebrantamiento de condena; 7.- La petición de vis a vis.

Los motivos por los cuales parece existir un consenso en que no debe atenderse a la voluntad de la mujer son a mi juicio fundamentalmente los siguientes.

En primer lugar, la concepción del carácter público del derecho penal y su indisponibilidad para la víctima. Es cierto, como se afirma repetidamente, que la víctima 'ha entrado' en el derecho penal, pero se le sigue negando algunas cuestiones relevantes como puede ser, por ejemplo, recabar su opinión sobre el tipo de pena². En general el argumento más escuchado afirma que admitir ello redundaría en perjuicio del delincuente pues se presume que la víctima es punitiva; sin embargo otras opiniones también niegan su participación aun cuando el juicio de la víctima pudiera ser más benévolo que el impuesto por el legislador o el propio juez. En definitiva entiendo que es correcto afirmar que la toma de posición no puede depender de si presumimos que la víctima sea más o menos punitiva.

¹ Este artículo se inscribe en el Proyecto de investigación Protección de la Víctima y Rehabilitación de los delincuentes en libertad (BJU2001-2075). Doy las gracias en especial a Josep Ferrer (profesor derecho civil, UPF) y Manuel Cachón (profesor derecho procesal, UAB) por su ayuda en la comprensión de determinados apartados. También agradezco la ayuda de Ester Blay, Josep Cid y Cristina González.

² Podría argüirse que ello sí está previsto pero requiere que se constituya en acusación particular. Debido a la dificultad en términos económicos y de tiempo para constituirse en acusación particular, pienso que un sistema orientado a la participación de la víctima podría articular formulas más flexibles a través de las cuales oír su voz.

La pregunta central que debe discutirse es si la víctima debe tener una voz privilegiada en el proceso penal. Como se pregunta un autor, contrario a la participación de la víctima en el proceso penal,

La cuestión clave es si la víctima tiene un interés legítimo en el castigo más allá de la reparación o compensación (...). Sería erróneo suponer que no tiene ningún interés legítimo en la disposición del infractor en su caso, pero el interés de la víctima no es seguramente mayor que el suyo o el mío. (...) Sólo porque una persona realiza un delito contra mí, ello no privilegia mi voz por encima de la del Tribunal (actuando en nombre del 'interés público') cuando determina la pena. (Ashworth, 2002:585)

Sería excesivamente prolijo detenernos en un análisis detallado de esta posición. Creo que es suficiente con señalar que los partidarios de esta afirmación tienden a negar que deba reconocerse a la víctima el derecho de iniciar, influir o finalizar el proceso. En general ello refleja una concepción 'clásica' que puede resumirse en las siguientes proposiciones: hay una distinción clara entre ilícito y delito, el primero afecta a intereses particulares, el segundo afecta a intereses públicos; ello conlleva que en tanto el primero puede ser disponible por las partes no así el segundo; siendo una ulterior consecuencia que el ilícito comporta como respuesta una reparación (al daño realizado) y el delito requiere un castigo (al mal causado)³.

Por el contrario, para los que simpatizan con un modelo de justicia restauradora⁴ las diferencias del delito respecto de otros ilícitos no es tan tajante y en consecuencia, a pesar de mantenerse aspectos del actual sistema penal público, se tiende a admitir una participación mayor de la víctima en cuestiones como, por ejemplo, la determinación de la pena. Sin perjuicio de las múltiples discusiones que rodean el modelo de justicia restauradora⁵ sí conviene advertir que este modelo alternativo de justicia restauradora no reconoce como única voz a la víctima, puesto que se prevé la intervención en el mismo nivel del mediador, en ocasiones de un abogado y aun en ocasiones de una aprobación judicial, por consiguiente no se somete a los dictados de la víctima, pero sí la escucha.

³ Para los autores retribucionistas (y en general la doctrina penalista) hay una diferencia fundamental entre un daño y un delito. En tanto el primero puede ser reparado, el segundo requiere ser censurado. Esta censura es lo que aporta el castigo. Véase para una fundamentación actual del retribucionismo von Hirsch (1993: 34-38). Otros autores más favorables a la justicia restauradora entienden que ésta también puede aportar el elemento de censura (Daly, 2002: 69-74).

⁴ Indudablemente uno puede ser partidario de reconocer mayor disponibilidad a la víctima y no ser partidario de un modelo de justicia restauradora.

⁵ La diferente concepción penal y restauradora del delito y del sistema penal está expuesta en Larrauri (2004a)

En cualquier caso, las nuevas tendencias victimológicas y de justicia restauradora están sometiendo a un vaivén los principios sobre los cuales se asienta el sistema penal. En efecto, así como hoy es difícil soslayar la finalidad explícita de 'protección de la víctima' cuando se habla de las finalidades de la pena o de la prisión preventiva por ejemplo, mención impensable hace algunos años, creo que un nuevo viraje será aceptar que la víctima tiene no sólo necesidades de protección sino de participación. Y aceptar que escuchar sus deseos redundaría en una mayor democratización del sistema penal y finalmente en una mayor legitimidad de este⁶.

Un segundo motivo por el cual se es tan reacio a reconocer la voluntad de las mujeres es en mi opinión debido a la imagen pública de mujer maltratada existente en nuestro país en el que se enfatizan los casos de agresiones más graves (Medina, 2002:70). Enfrentados a la imagen de una mujer con grave riesgo para su vida parece que se impone la lógica de la protección 'aun contra su voluntad'. Así resulta imposible reconocer su autonomía puesto que, como afirma el tópico, se impone otorgar protección para 'evitar que me la maten' (obsérvese como la mujer ha pasado a ser subrepticamente propiedad del juez).

Además del énfasis en los casos de mayor gravedad coexiste también una incompreensión del comportamiento de la mujer, lo cual proyecta una determinada imagen pública de irracionalidad de la mujer maltratada, que se torna eventualmente en rechazo. La dificultad de contestar la pregunta ¿por qué no se va?; ¿por qué vuelve con él?, genera probablemente la sensación de que se ha puesto en marcha inútilmente el sistema penal que ahora la mujer pretende interrumpir. Quizás surja algún sentimiento de reproche o venganza contra la mujer, del estilo de 'señora, habérselo pensado antes, esto ya no depende de usted'.

Es difícil reproducir aquí toda la explicación de cómo es posible interpretar alternativamente el comportamiento de la mujer, y de cómo es posible afirmar que está siendo racional. En cualquier caso quizás haría falta realizar más pedagogía dirigida a explicar el comportamiento de la mujer que está siendo maltratada. Mientras esta comprensión no se alcance, la imagen pública de la mujer maltratada, como una víctima violencia física grave y muestra de irracionalidad del comportamiento, permite que a la mujer maltratada se la pueda proteger independientemente y por encima de lo que ella diga, ignorando con ello que

(...) la respuesta a los malos tratos tiene que partir del principio básico del reconocimiento de la condición de sujeto activo de estas mujeres (Medina, 2002:75).

⁶ La importancia de la justicia procedimental puede verse en Tyler (1990) y Paternoster (1997) acerca de la importancia de los procesos para la legitimidad y una de las variables en base a la cual se establece legitimidad es la participación.

En tercer lugar, la reticencia a admitir la voluntad de la mujer puede provenir del conflicto de intereses creado entre el sistema penal y las mujeres que denuncian. Así se afirma repetidamente que 'es necesario que todas las mujeres denuncien'. Con ello se convierte al sistema penal en el primer recurso de todos los casos de malos tratos, independientemente de su gravedad, e indistintamente de sus necesidades. La llamada uniforme para que todas las mujeres acudan al sistema penal conlleva una presión para éste que ni está preparado ni puede prestar este tipo de asistencia.

Pero esta llamada para que todas las mujeres acudan al sistema penal conlleva crear un conflicto, pues se las culpabiliza cuando van al sistema penal 'por cualquier cosa; y se las culpabiliza cuando se intentan echar atrás. Con ello se ignora que estas mujeres atienden la llamada de los poderes públicos que, en vez de orientarlas a los servicios de asistencia a la víctima o a las asociaciones de mujeres maltratadas, para que elaboren un programa de actuación y protección individualizado, las dirige al sistema penal de modo uniforme, como requisito para acceder a recursos necesarios para su protección y especialmente sin informar de lo que este sistema conlleva.

Ello conlleva finalmente en mi opinión enfrentar a las mujeres con el sistema judicial. Las mujeres porque en algunos casos carecen de información del contrato que están implícitamente firmando cuando acuden a la policía o al juez; y el sistema judicial porque las ve como irracionales en vez de agentes racionales respondiendo a una determinada política seguida desde las instancias oficiales que han insistido en que las mujeres 'pierdan el miedo y denuncien'.

Cuando se conoce que a pesar de todas las campañas publicitarias sólo el 24,5% de muertes por violencia doméstica han presentado denuncia con anterioridad⁷ puede seguirse insistiendo en que todas las mujeres denuncien como requisito previo para acceder a la protección y recursos materiales. Pero sería también razonable dirigir las campañas de prevención de la violencia al grupo de mujeres que sabemos que son reacias a dirigirse al sistema penal. Este grupo de mujeres también deben ser dotadas de los mecanismos que el Estado dispone para protegerlas, pues para muchas mujeres la mejor protección no es la denuncia sino quizás el alejamiento y para ello necesitan medidas como vivienda o trabajo. Insistir en que para acceder a esta protección debe pasarse inexorablemente por el sistema penal ⁸ es confundir los objetivos, que no es el de conseguir mayores números de denuncia, sino mayores cotas de protección.

⁷ Informe sobre muertes violentas en el ámbito de violencia doméstica en el año 2003. Puede consultarse en <http://www.redabogacia.org/cgae/vdomestica/observatorio.htm>

⁸ Obsérvese como para acceder a los derechos laborales previstos en la Ley de Protección Integral contra la violencia de género se requiere la denuncia penal (art.23)

Como ya mencionaba en su brillante estudio de campo Perla Haimovich (1990:97-98), no todas las mujeres van al sistema penal, porque la denuncia es vista como una ruptura definitiva, porque la denuncia supone publicidad y cuestionamiento también del mundo íntimo de la mujer, porque la denuncia supone castigo de una persona con la que aun tenemos vínculos afectivos, de la que aun confiamos en recuperar, porque añade dramatismo, porque etiqueta como delictivo lo que le está sucediendo a ella, y por todo ello abogaba por la creación de 'instancias intermedias' (Haimovich,1990:103).

En definitiva, alentar las campañas de protección como si fueran campañas de fomento de denuncias, conlleva una gran presión al sistema judicial el cual se ve obligado a tratar con casos de muy diversa gravedad. Para todas las mujeres que son conducidas al sistema penal el funcionamiento de este puede no adecuarse a sus expectativas o necesidades frente a lo cual reaccionan retirándose. El sistema judicial además de desbordado no está preparado para funcionar como una oficina de asistencia y reacciona con la lógica de imponer castigos y absolver al margen de lo que diga o necesite la víctima.

Finalmente el sistema penal opera solo con una lógica: la mujer maltratada debe separarse y querer el castigo del agresor. Todo el resto de versiones son vistas como una nueva muestra de irracionalidad. El sistema penal no está abierto para mujeres que a pesar de ser víctimas de malos tratos no desean separarse (aun) de sus parejas; el sistema penal no está abierto para las mujeres que perdonan; el sistema judicial no está pensado para proteger a la mujer que no quiere denunciar. Como he dicho el sistema penal sólo puede acoger a las mujeres que optan por una vía la separación del agresor y su castigo. Cualquier otra posibilidad es vista como una muestra de irracionalidad frente a la cual debe actuarse, normalmente en el sentido de no respetar la voluntad de la mujer.

En resumen, la desconsideración de la víctima, la imagen de irracionalidad de la mujer maltratada, la llamada de que las mujeres acudan al sistema penal y la presión a la que ello somete al sistema judicial junto al carácter autoritario del sistema penal ha ocasionado a mi juicio una descalificación global de las mujeres. Frente a ello sugiero que debería discutirse la posibilidad de considerar la voluntad de la mujer y la necesidad de que su protección no se realice a costa de su autonomía.

A continuación recordaré brevemente los casos más emblemáticos en los que la opinión de la mujer se ve desconsiderada e introduciré, en aquellos casos que tenga conocimiento, las discusiones provenientes del mundo anglosajón.

1.- El deber de denunciar y la imposibilidad de retirar las denuncias⁹

Hasta donde tengo conocimiento no se ha producido en España una discusión explícita respecto de cuál sistema es más ventajoso para la mujer maltratada, si el sistema de delito público o el sistema que requiere denuncia.

Las diferencias teóricas entre ambos sistemas son las siguientes: en tanto se trata de un delito público no se requiere la voluntad de la víctima para iniciar el proceso, el cual puede ser iniciado por el atestado que remita el policía, por el parte de lesiones que se reciba del Hospital, o por cualquier otro medio previsto en la LECr., asumiendo el Ministerio Fiscal el papel de acusación. Por el contrario, en los delitos privados, se requiere la denuncia de la víctima para iniciar el proceso, se le concede por lo general la posibilidad de retirar la denuncia en cualquier momento anterior al juicio oral, y se reconoce la posibilidad de declarar extinguido el proceso mediante la figura del perdón.

No obstante estas diferencias entre ambos modelos teóricos, en la práctica ambos modelos tienden a contagiarse. Así, a pesar de tratarse de un delito público, afirma Armero (2000:61) que es difícil que la policía curse los incidentes si la mujer manifiesta una voluntad de no denunciar.¹⁰ Además, aun cuando se trata de un delito público en los que no se permite la retirada de denuncia, es cierto también que desde distintos sectores institucionales se sugiere la posibilidad de sobreseer provisionalmente (aspecto éste posible en los procesos por delito) si se anticipa que no se va a poder condenar en el juicio oral por falta de testimonio de la víctima, en los casos en que éste es pieza indispensable. Por consiguiente, a pesar de que en teoría es un delito público, depende de quién o cómo ejerza la discrecionalidad, se le dota de rasgos de delito privado.

Si el legislador optara por variar la situación actual y configurar el delito de violencia doméstica como un delito privado, este carácter podría atemperarse si el legislador también decidiese, al estilo de lo que sucede por ejemplo en los delitos de agresiones sexuales, que la denuncia puede ser presentada por la víctima o el Ministerio Fiscal, que una vez presentada la denuncia esta no puede retirarse, y finalmente privase a la víctima de cualquier posibilidad de extinguir el proceso. En definitiva entre un sistema de delito público o privado existe indudablemente la posibilidad de dar mayor autonomía a la víctima sin necesidad de configurar un modelo puro sino modificando aquellos rasgos que se estimen más convenientes.

⁹ Este epígrafe coincide esencialmente con una publicación anterior de Larrauri (2003:293-299)

¹⁰ Cuando se habla de la práctica, a falta de investigaciones empíricas, ésta siempre es esquivada. En mi entrevista con el servicio de policía encargado de malos tratos a mujeres éstos manifestaron que cursaban el atestado aun cuando hubiera oposición de la víctima, pues en su opinión ellos no están para seguir los "antojos" de las víctimas. Si bien es cierto que también manifestaron que en ocasiones, "según lo ven", si la mujer afirma que ya se han reconciliado entonces sí se queda sólo en una diligencia de información. Por lo que puede verse reina la discrecionalidad más discrecional.

Las reflexiones que siguen debieran servir para discutir lo que en mi opinión es relevante materialmente, esto es, el grado de disponibilidad sobre el proceso que debe tener la víctima. Dicho de otra manera, hasta qué punto debe respetarse la autonomía de la mujer, o si es lícito en nuestro afán por protegerla acabar negándole esta autonomía. Es mi opinión que, a falta de cualquier reforma legal, las reflexiones que aquí se exponen pueden verse más o menos favorecidas mediante un uso adecuado de la institución del sobreseimiento provisional.

En general, la tendencia legislativa, ha sido la de transformar los delitos que afectan principalmente a mujeres en delitos públicos, eliminando o limitando la posibilidad de disponer por parte de la víctima¹¹. En concreto respecto de los malos tratos sin bien el delito es de carácter público, la L.O.14/1999 ha reformado el art.104 de la LECr, eliminando la exigencia de denuncia respecto de la falta de malos tratos, y confirmando el carácter público que tienen las faltas de malos tratos en el código penal. También la misma reforma modificó el párrafo final del art.620 del código penal, referido a las faltas de amenazas, coacción, o vejación, y eximió de denuncia si la persona afectada es familiar, lo que implica que la mujer no requiere denunciar para perseguir a su agresor.

Si se leen los comentarios a estas reformas legislativas, así como también los textos de diversas instituciones, como el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999:45) y el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial (2001), puede observarse en general un consenso implícito acerca de que éste es en efecto el mejor sistema, y que además es necesario proseguir con el proceso, a pesar de las 'frecuentes retractaciones de la víctima'. Ilustrativa es la afirmación contenida en la Circular 1/1998 del Fiscal General del Estado¹².

La intervención del Fiscal debe, pues, ser decidida en esta materia, supliendo, incluso, sobrevenidos comportamientos abstencionistas de las víctimas que pudieran presentarse por variadas circunstancias de índole cultural, económica o social, que, aun explicables en el orden humano, **no han de ser atendibles jurídicamente** cuando se trata de la comisión de delitos de indudable naturaleza pública, cuya persecución el legislador ha querido dejar en manos del Ministerio Fiscal (art.105 LECrim) (subrayado añadido).

Sin embargo, a pesar de esta contundencia, también existen algunas declaraciones de cautela acerca de si en efecto es posible intervenir sin o incluso en contra de la voluntad de la mujer.

¹¹ Este es el caso claramente de los delitos sexuales, donde si bien se requiere denuncia, también se admite la querrela del Ministerio Fiscal y además se confirma la eliminación del perdón (art.191 del código penal). O también del art.227 del código penal referido al impago de pensiones donde se requiere denuncia, pero no se prevé que el perdón tenga efectos.

¹² Reproducida en el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999:75)

En ocasiones estas declaraciones vienen inspiradas por el temor de hacer más mal que bien (Armero, 2000:62), en otras vienen inspiradas por una preocupación de que de este modo se desconsidere la autonomía de la mujer y se actúe como un sabelotodo (Solé- Larrauri,1999:81-82; Ribot ,2001:8, nota 57; Medina, 2002:533-534).

También en Estados Unidos se han discutido las ventajas de adoptar las denominadas '*no drop policies*', las cuales impiden que la mujer retire los cargos una vez ha presentado la denuncia. La discusión ha sido intensa porque al amparo de estas "*no drop policies*" se ha llegado a arrestar a la mujer para conseguir que declarase e incluso a encarcelarla un par de días¹³.

Los argumentos a favor de esta política son resumidamente los siguientes: el carácter público del delito refleja que ello es un problema de toda la sociedad, y por consiguiente contiene un mensaje simbólico importante (Corsilles,1994:879).

Un aspecto colateral de este efecto simbólico puede ser que el policía arreste en más ocasiones al tratarse de un delito público (Hanna,1996:1891-1893) o presente atestado en todas las ocasiones, independientemente de lo que manifieste la víctima¹⁴.

Adicionalmente el hecho de forzar la participación de las víctimas puede servir para aumentar el número de condenas (Corsilles,1994:875) y en consecuencia aumentar la posibilidad de que el agresor no reincida ni respecto de esta mujer en concreto ni respecto de otras (Hanna,1996:1895).

Finalmente, las '*no drop policies*' retiran la presión de continuar o no el proceso de manos de la víctima (Corsilles,1994; Hanna,1996). De este modo si el agresor comprende que la denuncia ya sigue su curso y no está en manos de su mujer el desistir del proceso se cree poder evitar los chantajes o represalias que procederían de su pareja en caso de que estuviera en sus manos la posibilidad de retirar la denuncia.

Los argumentos contrarios a esta posición quizá no son tan conocidos y por ello vale la pena detenerse brevemente en ellos. En opinión de Ford (1991:317) el poder, la capacidad de influir en otros, depende de los recursos que uno tiene y asimismo de su capacidad de usarlos. Cuando se adoptan este tipo de políticas ello implica desproveer a las víctimas de un mecanismo que ellas pueden usar.

¹³ Las denominadas '*no drop policies*' abarcan diversas políticas jurisdiccionales. Algunas son denominadas '*duras*' porque permiten el arresto de la mujer, otras son denominadas '*blandas*' porque se ordena que la víctima que no quiere cooperar asista a grupos de apoyo. Respecto de las diversas políticas en los distintos Estados puede verse Corsilles (1994:858-863) y Hanna (1996:1862-1864).

¹⁴ Existen otras autoras que a pesar de estar por un modelo que permita siempre el arresto (*pro arrest*) son contrarias a un modelo (*pro charge*) que permita siempre el procesamiento. Véase Hoyle-Sanders (2000:33).

Además, añade Ford (1991:326-331), las víctimas acuden al sistema penal no siempre en demanda de castigo, sino en múltiples ocasiones por una variedad de razones instrumentales, pues el recurso al sistema penal es un elemento más de las múltiples estrategias que usa la víctima para negociar con el agresor y conseguir determinadas mejoras en su situación.

Reconocer esto puede ayudar a explicar y quizá disminuir los problemas que surgen entre las víctimas y los suministradores de un servicio. Por ejemplo las frustraciones que los agentes del sistema penal experimentan al trabajar con mujeres maltratadas normalmente surgen de un sentimiento de ser usados o de haber perdido el tiempo intentando ayudar a víctimas que finalmente rechazan la ayuda. Estos sentimientos surgen de una definición rígida de 'ayuda' expresada en términos del rol del que suministra el servicio más que de las necesidades de la víctima. Las mujeres maltratadas son consideradas irracionales por buscar un ayuda que luego rechazan (Ford,1991:331).

En definitiva, los argumentos a favor de permitir que la víctima retire la denuncia ponen énfasis en el mayor respeto a la autonomía de la mujer: atender a su creencia de cual es la mejor forma de protegerse; permitir que ella reconsidere su situación futura (dificultades económicas, su relación emocional, la custodia de los hijos); y admitir su ambivalencia respecto el sistema penal, del cual no necesariamente se siente más cerca que del mundo en el que vive.

Sea cual sea la opción que se adopte en este difícil tema, creo que hay diversas cuestiones que deberían ser enfatizadas. La primera sobre la cual creo que es posible alcanzar un consenso, es que la decisión de la mujer de no acudir posteriormente a declarar no puede verse criminalizada. En este sentido advierte Medina (2002:534) acerca de la incorrección de la recomendación de acudir al art.420 LECr realizada por los fiscales encargados del servicio de violencia doméstica¹⁵ que permite imponer una multa a la testigo que no acuda la primera vez y ser procesada penalmente en caso de persistir en su actitud .

Creo que también debe descartarse la advertencia que se realiza a la mujer de que tiene la obligación de ir a declarar pues en caso contrario podría incurrir en el delito del art.463 (obstrucción a la justicia), o la amenaza que se dirige a la mujer que cambia su declaración en el acto del juicio oral, acerca de la posibilidad de incurrir en los delitos del art.456 (acusación y denuncia falsa) o 458 (falso testimonio). Por el contrario, en pocas ocasiones he oído que **se cite al marido** de la mujer que pretende retirar la denuncia para averiguar si ello es debido a

¹⁵ Y reproducida por el Consejo General del Poder Judicial (2001).

represalias y amenazarle con aplicarle a él el delito de violencia o intimidación para influir sobre un testigo (art. 464)¹⁶.

En mi opinión estas amenazas a la mujer que se resiste a continuar con el proceso penal no sólo desconocen la autonomía de la mujer, sino que también reflejan una profunda incomprensión de la situación de las mujeres maltratadas, de sus dudas, negociaciones, temores y necesidades. Además, como advierte Ford (1991), reflejan la actitud de que el sistema tiene fines más elevados que cumplir que no el de estar al servicio de lo que quieren las víctimas.

Afirmar que no se debe criminalizar a la mujer que pretende retirar la denuncia indudablemente no cierra la discusión, ni lo pretende. Queda abierta aún la reflexión acerca de si debemos aceptar la opinión de las mujeres o no. Evidentemente el tema es complejo. En ocasiones la condena que se produce, en base a la declaración inicial de la mujer ante el juez de instrucción, y en contra de la opinión de la mujer expresada en el juicio oral, puede servir para protegerla del agresor. Pero también hay que reconocer que en ocasiones esta condena sólo servirá para complicarle más la vida. A salvo de ulteriores reflexiones entiendo que es precisamente el juez, en base a un juicio individualizado, quien, ponderando la situación concreta y sin criminalizar a la mujer, debe poder optar por continuar el proceso con una condena previsible o por atender las demandas de la mujer e interrumpirlo.

Si el juez ejerce la opción de no atender a las demandas de la mujer y continuar el proceso, ello no debería conllevar una absolución por falta de pruebas. Pues, en efecto, existe en mi opinión la paradoja de no permitir que la mujer retire la denuncia y luego absolver al agresor por 'falta de pruebas'. En efecto, la mujer que acude a retirar la denuncia por los motivos que sean, porque tiene miedo, porque tiene hijos y teme perderlos, porque no se las puede arreglar sola, porque cree las explicaciones del agresor y decide darle una oportunidad, porque tiene miedo a quedarse sin el permiso de residencia, porque no quiere sufrir el rechazo de la familia, porque se siente socialmente aislada, etc...¿que hace en estos casos el sistema judicial penal?

Nuestro sistema da la siguiente respuesta contradictoria. Por un lado no admite que la mujer retire la denuncia, pues esto, se dice, supondría privatizar el conflicto y podría conllevar represalias mayores para la mujer. Pero, por otro lado, se procede a la absolución por falta de pruebas. Absolución de la cual además se culpabiliza a la mujer, pues se la presenta como la responsable, con su negativa a testificar, de esta absolución. Esta culpabilización minimiza el papel que otras instituciones (como la policía y fiscalía) pueden y deben realizar en la recogida

¹⁶ Si bien hay que destacar que esta posibilidad también es recogida por los fiscales encargados del servicio de violencia doméstica (2001).

de pruebas, preparación del juicio y presentación y mantenimiento de acusación (Hanna,1996:1901-1905; Fiscalía de Barcelona, 2001).

En vez de presentar a la mujer que usa el sistema penal como a un actor que está activamente buscando soluciones, se presenta a la mujer que usa el sistema penal (que denuncia y luego pretende retirar su denuncia o no declarar contra su agresor) como a una persona que 'no sabe lo que quiere' y con ello se contribuye a alimentar el mito de la irracionalidad de la mujer, lo cual vistas las respuestas contradictorias del sistema penal ello es todavía más injusto.

El desconocimiento de la voluntad de la mujer conduce además en mi opinión a que se produzca una discrecionalidad absoluta respecto de que hacer o cómo actuar cuando la mujer pretende retirar la denuncia. Así en el Informe de la actividad de los Órganos Judiciales sobre Violencia Doméstica (Primer semestre de 2004) del Consejo General del Poder Judicial observamos que se recogen un 12% de renunciadas¹⁷. Debido a que no hemos discutido como mejor actuar en estos casos previsiblemente algunos fiscales aceptan la retirada de la denuncia y archivan (forzando quizás incluso los términos de la ley en que ello es posible); otros sobresean el proceso de forma definitiva o provisional (quizás también forzando los términos de la ley en que ello es posible), otros continúan con el proceso y absuelven por falta de pruebas y finalmente otros continúan con el proceso y condenan.

Por último, el desconocimiento de la voluntad de la mujer, así como el énfasis en la denuncia por encima de la protección, es visible también, a mi juicio, cuando se impone el deber de denunciar de los organismos asistenciales que tuvieran conocimiento de este delito (art.544 ter, apartado 2, segundo párrafo), lo cual puede suceder probablemente incluso en contra de la voluntad de la propia mujer.

Parece evidente que imponer esta obligación a las trabajadoras sociales a las cuales puede acudir la mujer, precisamente en busca de una ayuda distinta que la denuncia penal, implica coartar cualquier otro medio de ayuda alternativo al sistema penal; si además las trabajadoras sociales cumplieran estrictamente este deber dejarían de ser la persona de confianza que la mujer necesita. En definitiva, de nuevo, en mi opinión, se observan las dos constantes, privilegio de la vía penal, desconocimiento de la autonomía de la mujer.

2.- La detención del agresor.

¹⁷ Evidentemente como oficialmente no se acepta la renuncia este 12% no nos indica el número total de mujeres que lo intentan, sino previsiblemente el número de personas que lo consiguen.

Tampoco en este supuesto parece que se atienda excesivamente la voluntad de la mujer. En este apartado coexiste la opinión de que toda detención es, por ser una respuesta más severa, más preventiva y por ello debe favorecerse, con la opinión contraria matizada de que la detención del agresor puede representar un mayor riesgo de victimización para la mujer.

La segunda opinión encuentra su apoyo en las investigaciones criminológicas que se realizaron en Estados Unidos y que son conocidas por 'experimento de Minneapolis' (Larrauri,1997b:156; Bottoms,2001:104-106; Medina, 2002:72; Dobash-Dobash,2005:152-154). En Minneapolis un investigador realizó una investigación para mostrar si una respuesta policial que consistiese en la detención producía una menor reincidencia. En este experimento algunos agresores al ser avisados la policía eran detenidos y otros eran citados a juicio. La conclusión de este estudio fue que los agresores que eran arrestados tenían un índice menor de reincidencia. Ello condujo a que numerosos Estados dictaran leyes obligando a la detención del agresor cuando la mujer llamase a la policía.

Posteriormente se produjeron una serie de estudios que matizaron esta investigación inicial en el siguiente sentido: los agresores casados y con empleo tienen una menor tasa de reincidencia después de haber sido detenidos por la policía. Por el contrario, los agresores no casados, sin empleo, o sin vínculos comunitarios, exhiben mayores tasas de reincidencia que el grupo de agresores no detenidos¹⁸. Con ello evidentemente se puso de manifiesto que la detención no disminuye siempre el riesgo sino que en ocasiones incrementa el riesgo de futuras agresiones para la mujer.

Ello concuerda con otros estudios que muestra que la mejor predicción de futuras violencias es la opinión de la mujer (Gondolf,2002:175-176; Hirschel-Hutchinson, 2003:331). Esto es, las mujeres que se inclinan por arrestar a sus parejas son las que en efecto tienen un mayor riesgo de ser maltratadas de nuevo, y las que por el contrario no quieren que este sea detenido es porque tienen menos posibilidades de ser victimizadas de nuevo. Parecería entonces lógico, dada la limitación de recursos, que la policía atendiera a esta opinión.

En España debido a la ausencia de una discusión al respecto, debido a la falta de una previsión legislativa específica y producto de la reforma de la LO 11/2003 que ha elevado todas estas conductas a la categoría de delito, la policía dispone de la posibilidad de detener siempre.

Evidentemente la falta de regulación de los efectos de la voluntad de la mujer no implica que en la práctica la policía no atienda a ella¹⁹. Pero como sucede en el apartado

¹⁸ Ello coincide con otras investigaciones criminológicas que muestran como los mecanismos que sirven para desistir del delito funcionan de forma distinta en individuos distintos (Bottoms, 2001:106).

¹⁹ Así por ejemplo El País (17 de Febrero de 2005) informaba que en el año 2004 de 2.769 denuncias se había procedido a realizar 1.560 detenciones. Esto es, se detiene al 56,33% de los denunciados. En el año 2004 se

anterior la ausencia de una regulación específica implica que no sabemos cuando se respeta la voluntad de la mujer y cuando no. Y cuando lo hace ello puede conllevar también en este caso una interpretación manifiestamente contraria a los términos expuestos en la ley, que sólo autoriza a no proceder por la denuncia en los casos en que sea manifiestamente falsa o no revistiera los caracteres de delito (art.269 LECr).

Finalmente entiendo que, ya sea en el proceso de cursar la denuncia como en el de delimitar los casos en que procede la detención, sería deseable que se produjera una discusión orientada a establecer de que forma puede incluirse un criterio que permita atender la voz de la mujer. No defiendo que este sea el único elemento que deba tomarse en consideración, pero sí veo conveniente que se establezca como un criterio más la necesidad de atender al juicio de la mujer, que es precisamente quien está en mejores condiciones para predecir razonablemente aquello que más le conviene para su seguridad.

No proceder de este modo no sólo conlleva prácticas desiguales, como veremos en la orden de protección, en atención al diferente criterio de los distintos jueces, sino que finalmente acaba produciendo un conflicto entre un sistema judicial obligado a actuar con una lógica y unas mujeres que quieren ir en otra dirección y que se sienten constreñidas, descalificadas y en ocasiones amenazadas por el sistema al cual han sido enviadas para que las proteja..

3.- La petición de una orden de protección o la petición de retirada de las ordenes de protección

Desde una perspectiva atenta a la autonomía de la mujer sorprende que la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, pueda ser solicitada por un tercero ('personas de su entorno familiar más inmediato'), además de por el juez de oficio o Ministerio Fiscal (art.544 ter, apartado 2). Con ello se sigue

(...) la tendencia a desapoderar a la víctima, en su propio interés, de la decisión relativa a la interferencia estatal en el ámbito familiar (Ribot, 2001:5).

En consecuencia se pregunta Ribot (2001:5)

(...) creo que merece la pena repensar si en una ley civil cabe suplantar así la voluntad de una persona plenamente capaz y que por supuesto puede, una vez

incrementó la detención en un 179% respecto de 2003. En vista del espectacular incremento y de los recursos que ello implica sería interesante que se estudiara la efectividad de esta medida.

dictada la orden, permitir la entrada en su casa del agresor en cualquier momento.

20

También es sorprendente que en ningún sitio se prevé expresamente la retirada de consentimiento. Lo cual conlleva al desconcierto de numerosos jueces que no saben como proceder al respecto, pues unos entienden que la orden de protección sí es disponible, en tanto que la denuncia no; pero otros entienden que la orden de protección tampoco es disponible por la víctima.²¹

La imposibilidad interpretada por algunos jueces de que la víctima retire la orden de protección conlleva la situación denunciada por algunos jueces quienes afirman que 'la víctima usa esta orden para amenazar al marido con ella'. Esta situación quizás sea cierta, pero debe considerarse lo siguiente.

En primer lugar es lamentable que la 'llave esté en manos de la mujer' pues ello es indicativo de la poca vigilancia que hay, lo cual en los casos graves es un drama absoluto para la mujer atemorizada. Es cierto que no hay sistema capaz de controlar las 21.000 ordenes de protección que se han dictado en 2004, pero ello de nuevo es muestra de lo equivocado de una política que dirige a todas las mujeres maltratadas en primera instancia al sistema penal como medio de obtención no sólo de protección sino de recursos fundamentales (económicos, de vivienda) asignados a las mujeres maltratadas.

En segundo lugar si se atendiera a la voluntad de la mujer quizás podría articularse un sistema que considerase que ha decaído el fundamento que la llevo a pedir o adoptar la orden de protección, más que asumir que esta se ha quebrantado con el consentimiento de la víctima y acabar penalizándola a ella. Esta segunda posibilidad es particularmente necesaria puesto que no se prevé un plazo para las medidas cautelares penales, ni la necesidad de que la víctima pida expresamente una prórroga.

Por último, en la misma línea debe advertirse que se ha vinculado la existencia de las ordenes de protección a un sistema penal, el más indisponible, como hemos visto al principio, en vez de preverse la concesión de una orden de protección por un juez civil y en un procedimiento autónomo (Ribot,2001:3).

²⁰ Puesto que evidentemente la orden de protección contrariamente a lo que parece en ocasiones pensarse no impone obligaciones a la víctima.

²¹ Investigación realizada por Cristina González, becaria de investigación de la UAB.

4.- La pena que solicita la mujer²²

Si se insiste en que las mujeres deben acudir al sistema penal y se las sanciona cuando no lo hacen, pues se las presenta como contribuyendo a perpetuar su situación, lo lógico es que el sistema penal responda a las necesidades y pretensiones de las mujeres. Por el contrario, mi hipótesis es que la mujer que acude al sistema penal no sólo no encuentra resolución a sus problemas materiales, sino que además tropieza con un sistema penal encerrado en su propia lógica que apenas atiende a sus necesidades o pretensiones. En ocasiones, como hemos visto en el epígrafe anterior, el sistema penal se torna en una institución que finalmente acaba amenazándola a ella, y en otras ocasiones la descalifica por querer lo que quiere.

En efecto, además de los motivos que conducen a la mujer a retirar la denuncia, otra de las cuestiones que parece, si cabe aún más incomprensible, es que muchas mujeres que acuden al sistema penal y consiguen una condena, no quieren separarse. Así, se mencionan con asombro los casos de víctimas que acuden a los Tribunales con declaraciones del estilo: 'quiero que deje de beber', 'quiero seguir juntos pero que no me pegue', los supuestos de víctimas que se reconcilian o incluso los ejemplos de mujeres que acuden a un vis a vis con su compañero condenado. Todos estos ejemplos, de los que huelga decir se desconocen cifras y porcentajes, son presentados nuevamente como síntoma del comportamiento irracional de la mujer y en el mejor de los casos exculpados por ser un síntoma de enfermedad o 'baja autoestima' de la mujer que ha estado sometida a episodios de malos tratos durante un periodo de tiempo prolongado.

Para combatir esta imagen de irracional quisiera introducir dos reflexiones. Por un lado, desde hace tiempo mujeres juristas feministas advierten sobre lo improcedente de descalificar a las mujeres que adoptan la opción de seguir con la pareja. Presentarlas a ellas como irracionales sin hacer un examen de conciencia de lo que toleramos en nuestra vida cotidiana es probablemente someterlas a ellas a un standard de conducta más elevado del que rige para nosotros mismas (Schneider,1992, cit. por Mills,1996: 1259, nota 153; Littleton,1989:47; Mahoney,1991:15-16; Mills,1996:1258-1259). No hace falta estar enferma para hacer un análisis de coste-beneficios y adoptar una opción, o no hace falta estar enferma, en una sociedad en la que impera la vida en pareja heterosexual, para no querer quedarse sola y arrastrar el estigma de fracaso.

²² Este epígrafe se corresponde esencialmente con Larrauri (2003:299-303)

La segunda reflexión es la reticencia que se produce para ayudar a quien no quiere lo que se considera racional, que es separarse del agresor. Como afirma Littleton (1989:29,45-47), el sistema penal se muestra incapaz de escuchar otras versiones distintas de la mujer que quiere separarse. El deseo de primar la relación por encima de todo puede ser fruto de una 'falsa conciencia' de la mujer o producto de un auténtico deseo de la mujer que valora la relación más que la separación²³, pero mientras la mujer descubre qué es, el derecho debiera protegerla (en su integridad física), ayudarla (presentándole distintas opciones) y respetarla (no descalificándola), sea cual sea la decisión que adopte (Littleton,1989:49).

Si las mujeres maltratadas deciden mantener la relación a pesar del riesgo enorme existente, quizás la clave para que el sistema jurídico las represente adecuadamente estriba en tomarse en serio **ambos**, la relación que pretenden mantener y el peligro que afrontan (Littleton,1989:52)²⁴.

¿Puede el sistema penal ayudar a satisfacer las demandas de las mujeres que pretenden ambas cosas, que cese la violencia a la par que seguir manteniendo la convivencia?. En mi opinión sí. Este tipo de respuesta sería posible si los jueces decidieran ejercer la opción de suspender la condena e imponer un tratamiento ambulatorio, posibilidad prevista actualmente en el art.83.4 del código penal.

El problema no consiste en aumentar las penas, puesto que esta respuesta, al margen de la opinión que nos merezca, no satisfará a las víctimas que desean seguir conviviendo con su agresor. La solución estriba, a mi juicio, en usar los mecanismos de que dispone el sistema penal para intentar precisamente realizar lo que la víctima pide, protegerla y ayudarla a que su agresor cambie.

En este sentido es de destacar la ley de protección sí ha condicionado la posibilidad de suspender y sustituir la pena a la realización de un programa de tratamiento (art.33 y 35 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

Respecto de esta posibilidad hay que señalar, en un primer análisis de urgencia, que la obligación de imponer un tratamiento sólo se produce respecto de penas que pueden ser

²³ Esta disyuntiva hace referencia a la 'tesis de la conexión' expuesta por West (1988) basándose en la conocida obra de Carol Gilligan, a partir de la cual se entiende que las mujeres tienen unos valores distintos y una forma de resolver conflictos distinta.

²⁴ Para ello Littleton (1989:53-56) sugiere cuatro medidas: a) cambiar el agresor; b) reducir el coste de la ruptura para las mujeres; c) incrementar el coste de la situación de maltrato para el agresor; d) expandir las opciones de relaciones existentes.

suspendidas o sustituidas, lo que puede conllevar que haya un numeroso grupo de delitos excluidos si la pena es superior a dos años²⁵; por otro lado, paradójicamente podemos encontrarnos con el hecho de que se aplique a casos totalmente inadecuados por su falta de excesiva gravedad (supuestos primarios del art.153).

El buen uso de esta pena además no se ve facilitada por el legislador, quien siguiendo la tónica habitual en los delitos de violencia doméstica, obliga al juez a imponer en todo caso de suspensión o sustitución la pena de asistencia a programas especiales de tratamiento, independientemente de que el hecho o las necesidades de la persona así lo aconsejen.

En cualquier caso, al margen de la previsión legal que denota una cierta confianza en la pena de tratamiento, hay que reseñar dos dificultades adicionales para que esta pena alcance un cierto grado de aplicación. La primera es que la Administración provea de estos programas en todos los lugares y la segunda es superar el clima contrario a esta pena de algunas asociaciones feministas (Themis,2001), quienes rechazan la participación del agresor en programas de rehabilitación de maltratadores fundamentalmente por considerar que no es suficiente castigo, por el miedo a detraer recursos destinados a las víctimas y por su ineficacia²⁶.

Por mi parte sólo insistir que la posibilidad de que el agresor acuda a programas terapéuticos, además de ser legalmente posible, responde mucho mejor a lo que algunas mujeres esperan del sistema penal (Hoyle-Sanders,2000:33) y en esta medida esta respuesta puede contribuir a que la mujer no desista del proceso. Como afirma Hanna (1996:1884):

De acuerdo a mi experiencia la mayoría de las mujeres que deciden acusar están en un punto medio entre las que quieren colaborar a toda costa con la acusación de su agresor y las que no quieren tener nada que ver con la acusación. La mujer maltratada quiere que cese el maltrato, y en esta medida puede colaborar con el Estado, pero quizá no quiere que se castigue al agresor. Frecuentemente se resistirá a contribuir a su condena de prisión o multa. Su miedo y desconfianza al sistema penal pueden ser incluso mayores que los que siente respecto del agresor. Por ello, si pudiera elegir, la mayoría de mujeres preferirían asesoramiento y tratamiento antes que castigo.

²⁵ Idea de Ester Blay. Becaria de investigación de la UAB.

²⁶ Me he ocupado de los argumentos a favor del tratamiento en Larrauri (2004b).

De nuevo, en la medida en que el sistema penal sólo atiende a una lógica la de imponer castigo y descalifica cualquier otra demanda de la mujer no debiera extrañar que ella finalmente entienda que este sistema no la ayuda en lo que ella pretende conseguir.

Por último, dentro del capítulo de la escasa atención que se presta a la voz de la víctima en la determinación del tipo de pena a imponer, hay que añadir la curiosa declaración que realiza la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género en su artículo 44.5. al afirmar “En todos estos casos está vedada la mediación”. Aun cuando esta declaración pueda entenderse referida exclusivamente a los acuerdos en materia civil²⁷ seguramente también se entenderá aplicable el veto a la mediación en asuntos penales.

Frente a esta prohibición de mediación hay que manifestar que si bien son numerosas las voces que opinan que en este ámbito admitir la mediación puede implicar victimizar a la mujer, también hay voces que defienden que incluso en estos casos, cuando la mujer lo admite, puede ser conveniente. En definitiva hay un debate (Strang-Braithwaite,2002) acerca de si esta medida es adecuada en los casos de violencia en la pareja. Por ello parece apresurado que el legislador adopte esta iniciativa y se incline por una opción y que esta opción implique desconocer en algunos casos la opinión de la mujer que quiere recomponer su relación de pareja con ayuda, o la opinión de la mujer que quiere separarse pero estima conveniente la mediación para rebajar la violencia, o evitar una escalada en el conflicto.

5.- Las penas accesorias.

La LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo en el artículo 153 y artículo 173 la posibilidad de que el juez adopte la inhabilitación especial cuando lo estime adecuado al interés del menor.

Esta posibilidad ya estaba contemplada en el artículo 56 del código penal de 1995, pero no de forma directa sino sólo mediante la cláusula genérica de ‘privación de cualquier otro derecho’, siempre que hubiera tenido relación directa con el delito cometido y en condenas no superiores a diez años de prisión.

²⁷ Navarro (2005:8, nota 4) en sentido crítico a la prohibición de mediación.

Como he comentado, la LO 11/2003 prevé de forma expresa la inhabilitación especial en los delitos del art.153 y 173²⁸, pero al dejar la última palabra al juez es posible que este escuche la opinión de la mujer antes de proceder a retirar la patria potestad.

Distinto sin embargo es el supuesto del artículo 57.2, redactado conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el código penal, que obliga al juez a adoptar la pena accesoria de aproximación a la víctima prevista en el artículo 48.2 en el caso que se haya producido un delito contra la pareja. Respecto de la regulación del artículo 48.2 hay dos aspectos a mi juicio destacables.

En primer lugar debe observarse que al imponerse la prohibición de alejamiento al juez, este debe adoptarla independientemente de que la mujer lo considere necesario, útil o deseable. Se puede argüir que las penas no están a disposición de la víctima. Debe recordarse no obstante que estas son penas accesorias, esto es, la pena principal que expresa el reproche social y por ello indisponible ya se ha impuesto; la lógica de estas penas accesorias a mi juicio es que sirven y se imponen para proteger a la víctima. Es en este caso cuando sí parece procedente la reflexión acerca de si la víctima desea o no ser protegida de este modo.

No prever además como supuesto que la víctima puede desear o necesitar acercarse al agresor, o que la víctima puede reconciliarse con el agresor es desconocer la dinámica de las relaciones de pareja. También aquí sucede el mismo problema entrevisto con las ordenes de protección: no anticipar que la mujer puede cambiar de opinión²⁹ y luego acusarla por cambiar de opinión o pretender criminalizarla por cambiar de opinión.

En segundo lugar el artículo 48.2 de la LO 15/2003 prevé también como automático el “suspense, respecto de los hijos, [d]el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

Esta previsión parece obedecer a la convicción de que el agresor puede usar a los hijos para acercarse a la mujer. Pero ¿no sería lógico prever la posibilidad de consultar a la mujer?, ¿no sería más razonable dejar alguna opción al juez por si acaso la mujer no quiere aparecer como culpable de una separación del padre respecto de sus hijos?, ¿no hubiera sido conveniente dejar abierta la posibilidad de que el juez articule un régimen más flexible de visitas en ‘puntos de encuentro’?.

²⁸ Curiosamente sigue sin solucionarse el tema de cuando la pena es superior a diez años, pues entonces la pena accesoria es inhabilitación absoluta, pero el contenido de la inhabilitación absoluta (art.41) no contempla la inhabilitación de la patria potestad. Así en los supuestos de delitos más graves paradójicamente el juez penal no podría privar de la patria potestad. Idea aportada por Josep Ferrer, profesor de derecho civil de la UPF.

²⁹ De hecho no estoy segura que pueda definirse como un ‘cambio de opinión’ pues a la mujer no le preguntan si quiere o no que se le imponga esta pena accesoria y si sabe o no lo que ello implica.

No puedo evitar la sensación de que en todo el tema de la violencia doméstica, hay una visión: 'la mujer maltratada debe querer separarse', 'la mujer maltratada debe querer castigarlo (con prisión, claro)', la mujer que afirma que es un mal marido pero un 'buen padre' sufre de algún trastorno cognitivo, emocional o ambos, pues 'un agresor no puede ser un buen padre'. No niego que esta visión esté basada en numerosos casos, lo que me parece criticable es que niegue otras visiones, otras verdades, en definitiva que use el derecho penal para plasmar una verdad, descalificando el resto de situaciones y verdades alternativas que también responden a distintos casos reales.

6.- El quebrantamiento de condena

La LO 15/2003 alteró la respuesta al quebrantamiento de condena al prever la posibilidad de que en el supuesto que se vulneren alguna de las prohibiciones a las que hace referencia el art.57.2 (penas de alejamiento) el juez penal puede imponer una pena de prisión.

La LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, da un paso más y en su artículo 40 impone como obligatorio que el juez dicte una pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren alguna pena contenida en el artículo 48.

Por un lado esta regulación implica desconocer que no todo quebrantamiento representa una nueva agresión o riesgo para la mujer (Ribot, 2001:6) por lo que la respuesta penal peca de uniforme al no prever los distintos supuestos y reafirmar la idea de que todos, absolutamente todos, son igual de graves.

Por otro lado, al margen de otros aspectos que a mi juicio son criticables ³⁰ quisiera centrarme en esta ocasión en los problemas que conlleva desconsiderar la opinión de la mujer que ha acudido al sistema penal.

No considerar la opinión de la mujer que ha aceptado mantener contactos con su pareja implica una dilapidación de recursos pues el problema es cómo controlar los quebrantamientos no consentidos, no cómo criminalizar los consentidos; no atender la voz de la mujer implica una desconsideración de la autonomía de la mujer; no escuchar los deseos de la mujer conlleva aumentar en algunos casos la tensión y el peligro de ser agredida de nuevo; descalificar la petición de la mujer comporta el riesgo de que termine siendo criminalizada, pues, en efecto, enfadados con la mujer que no sigue la lógica que le marca el sistema penal se oyen voces que reclaman su castigo como coautora o cómplice necesario en el delito de

³⁰ Critique la imposición de una pena de prisión para el quebrantamiento de una pena de alejamiento en Larrauri (2005).

quebrantamiento de condena; y finalmente no considerar la opinión de la mujer conlleva la aparición de tópicos que descalifican en general a todas las mujeres al presentarlas como agentes interesadas o manipuladoras.

Puede ser cierto que, al igual que en la orden de protección, ella 'tiene la llave para encerrar al marido' cuando este quebranta la pena accesoria. Pero la 'llave en manos de la mujer' la pone el sistema penal, y la pone cuando los agentes del sistema penal se niegan a valorar las ventajas de articular un proceso en el que se considere la opinión de la mujer como relevante para articular las medidas destinadas a su protección.

7.- La petición de vis a vis.

Del mismo modo que la pena accesoria del artículo 48.2 implica una separación legal impuesta por el juez –que no está prevista como pena-, esta separación legal puede suceder también por otras vías.

Me refiero por ejemplo a la prohibición de contraer matrimonio y en su defecto de conceder un vis a vis que impuso la juez decana de Alicante a una mujer que tenía a su pareja encarcelada (El País, 17 de Enero, 2005).

A mi juicio es excesivo que se imponga a la mujer una obligación de no casarse, y que se le impida tener relaciones sexuales, amparado todo ello en una pena de alejamiento que no puede contemplar la vulneración de derechos que no están previstos como tales en el contenido de la pena.

En definitiva, como he comentado, el sistema sólo admite una lógica y descalifica cualquier alternativa: así cuando una mujer llama a la policía lo hace para denunciar, no porque por ejemplo en aquel momento tiene miedo, o quiere que calmen al agresor; una vez cursada la denuncia la mujer debe querer separarse del agresor, no puede admitirse que ella, desde el desconocimiento del sistema penal, pretendiera sólo dar un escarmiento a su pareja; una vez cursada la denuncia la mujer debe querer ir hasta el juicio, no puede admitirse que ella enfrentada a numerosas dificultades se lo repiense³¹ y que sería razonable que el sistema penal no reaccionara frente a ello como si fuera la mayor de las incoherencias; una vez cursada la denuncia la mujer debe querer no sólo castigo sino además específicamente la

³¹ La retirada de una denuncia puede obedecer a una multitud de problemas. Es inaudito calificar todo este fenómeno o pretender solucionarlo con la amenaza de un delito de denuncia falsa. Véase por ejemplo El País de 9 de Enero de 2004.

prisión, no puede admitirse que ella incluso en estos supuestos quiera continuar con él y para continuar con él, sin ser maltratada, pida ayuda al sistema penal; y en fin, una vez impuesta la orden de protección ella debe comprometerse a no hablar jamás con él, bajo riesgo de ser penalizada con su agresor.

Legislar considerando sólo una parte de la realidad como si esta fuera toda la realidad, tiene sus riesgos. Por un lado muchas mujeres se sientan alienadas del sistema penal que tiene otros objetivos tan distintos de los que ellas requieren y una forma de funcionar tan impositiva y con tan poca flexibilidad para atender otras demandas.

Por otro lado hay un riesgo más global, más 'simbólico' y es la descalificación que se produce de 'las mujeres', más visible cuanto más avanza la legislación punitiva destinada a protegerlas. Las mujeres son presentadas en primer lugar como culpables del mal uso o de la mala regulación legal, en segundo lugar como irracionales, pues van con peticiones 'contradictorias' y en consecuencia se les acaba negando su autonomía, y finalmente se las amenaza con criminalizarlas por falso testimonio, obstrucción a la justicia, denuncia falsa, quebrantamiento de condena, precisamente por parte del sistema al cual han sido conducidas paradójicamente para obtener protección.

Bibliografía

- ARMERO,S. (2000) "Diligencias de prueba. Retracción de las víctimas. La protección de la víctima en el curso del proceso" en **Violencia física y psíquica en el ámbito familiar** (1ª reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar). Madrid, Ministerio de Justicia.
- ASHWORTH,A. (2002) "Responsibilities, Rights and Restorative Justice" en **The British Journal of Criminology**, Special Issue, vol.42, nº 3.
- BOTTOMS, A. (2001) "Compliance and Community penalties" en Bottoms,A.-Gelsthorpe,L.-Rex,S. **Community Penalties**, Devon,Willan Publishing.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2001) "Informe sobre la violencia doméstica" en **Actualidad penal**, nº16, 16 al 22 de abril; CP 52.
- CORSILLES,A. (1994) "No drop policies in the prosecution of domestic violence cases: Guarantee to Action or Dangerous Solution?" en **Fordham Law Review**. Vol.63. Pags. 853-881.
- DALY,K. (2002) "Restorative Justice: The real story" en **Punishment & Society**.Vol.4, nº 1.
- DOBASH,R.-DOBASH,R. (2005) "Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores" en Cid-Larrauri (cords) **La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?**. Valencia, Tirant lo Blanch.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (2000) "Informe de la Fiscalía General del estado sobre el tratamiento Jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999". Madrid.
- FISCALES ENCARGADOS DE LOS SERVICIOS DE VIOLENCIA FAMILIAR (2001) "Conclusiones aprobadas en la primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar", en **Actualidad penal**, nº 34, 17 al 23 de septiembre; CP 70.
- FISCALIA DE BARCELONA (2001) "Informe del servicio de violencia doméstica".
- FORD,D. (1991) "Prosecution as a victim power resource. A note on empowering women in violent conjugal relationships", en **Law & Society Review**, vol.25, nº 2.
- GONDOLF,E. (2002) **Batterer Intervention Systems**. London, Sage.
- HAIMOVICH, P. (1990) "El concepto de malos tratos. Ideología y representaciones sociales" en **Violencia y Sociedad Patriarcal**. Maquierira,V.-Sanchez,C. (comp.). Madrid, Pablo Iglesias.

HANNA,C.(1996) "No right to choose: Mandated victim participation in domestic violence prosecutions" en **Harvard Law Review**, vol.109. Pags.1850-1910.

HIRSCHEL,D.-HUTCHINSON,I. (2003) "The Voices of Domestic Violence Victims: Predictors of Victim Preference for Arrest and the Relationship Between Preference for Arrest and Revictimization" en **Crime and Delinquency**, vol.49, nº 2.

HOYLE,C.-SANDERS,A. (2000) "Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment?" en **The British Journal of Criminology**. Vol.40, nº 1.

LARRAURI,E. (1997) Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo" en **Anuario de Derecho Penal**, Tomo L. págs. 133-168.

- (2003) "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?" en **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª época, nº 12.

- (2004a) "Tendencias actuales de la justicia restauradora" en Pérez Álvarez, F. (ed) **Serta. In Memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca, Aquilafuente, Ediciones Universidad Salamanca.

- (2004b) "¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?" en **Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo**. Madrid, Marcial Pons.

- (2005) "La reforma del sistema de penas en España". Libro Homenaje a Julio Maier. Buenos Aires, Argentina (en prensa).

LITTLETON,C. (1989) "Women's experience and the problem of Transition: Perspectives on Male Battering of Women", en **The University of Chicago Legal Forum**. Pags.23-57

MAHONEY,M. (1991) "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation" en **Michigan Law Review**, vol.90, nº 1. Pags.2-94.

MEDINA, J.J. (2002) **Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España**. Valencia, Tirant lo Blanch.

MILLS,L. (1996) "On the other side of silence: Affective Lawyering for Intimate Abuse", en **Cornell Law Review**. Vol.81. Pags.1225-1263.

NAVARRO,C. (2005) "Victima i procés". Universidad Autónoma de Barcelona (pendiente de publicación).

PATERNOSTER,R.-BRAME,R.-BACHMAN,R.-SHERMAN,L.W. (1997) "Do Fair Procedures Matter? The Effect of Procedural Justice on Spouse Assault" en **Law and Society Review**, vol 31, nº 1.

RIBOT,J. (2001) "Prevención de malos tratos familiares: ¿Un papel para el derecho civil? en **La Ley**, año xxII, numero 5395, viernes 12 de octubre, 2001.

SOLÉ, J.-LARRAURI,E. (1999) "Violencia doméstica y situación de la víctima. Una aproximación jurídico material y procesal", en **Justicia 99**, pags. 49-83. Barcelona, Bosch.

STRANG,H.-BRAITHWAITE,J. (eds) (2002) **Restorative Justice and Family Violence**. Cambridge University Press, Cambridge.

THEMIS y Otras (2001) "Comentarios a algunos aspectos jurídicos del borrador del C.G.P.J. sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica". Madrid.

TYLER,T.R. (1990) **Why People Obey the Law**. New Haven, Yale University Press.

V. HIRSCH,A. (1993) **Censure and Sanctions**. Oxford, Oxford University Press. Hay traducción al castellano, **Censurar y Castigar**. Madrid, Trotta, 1998, por la que se cita.

WEST,R. (1988) "Jurisprudence and Gender" en *University of Chicago Law Review*. Vol.55,nº 1, pags.1-70. Existe traducción al castellano en **Genero y Teoría del Derecho**. Ediciones UniAndes, Colombia, 2000.