

¿POR QUÉ RETIRAN LAS MUJERES MALTRATADAS LAS DENUNCIAS?

ELENA LARRAURI¹

*A Guillem,
quien después de dos felices años
me ha dejado finalmente escribir
un artículo.*

I. Introducción

El objetivo de este artículo es intentar explicar las razones por las cuales las mujeres maltratadas denuncian y posteriormente en numerosas ocasiones intentan retirar la denuncia². Los motivos por los que en mi opinión el tema es relevante son esencialmente tres.

¹ Agradezco profundamente el apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt que me permitió una estada en la Universidad Alexander von Humboldt de Berlín durante los meses de julio y agosto (2002). También agradezco la ayuda del profesor Felix Herzog. Adicionalmente este artículo no hubiera podido escribirse sin la información prestada por los magistrados Carlos González y Roser Aixandri, la fiscal Silvia Armero, Cinta Vizcarro del Servicio de Atención a la Víctima, el abogado José Vázquez y los funcionarios de policía del Servicio de Atención a la Mujer de Barcelona. Por múltiples conversaciones gracias a Josep Cid y especialmente a Manuel Cachón, artífice de muchas de las ideas procesales que se recogen en este texto. Finalmente, por una corrección atenta gracias a Daniel Varona. Este artículo se inscribe en el Proyecto de investigación Protección de la Víctima y Rehabilitación de los delincuentes en libertad (BJU2001-2075).

² De acuerdo a la investigación coordinada por CALVO (2002: 8) en el ámbito de la Comunidad Autónoma Aragonesa, ello sucede aproximadamente en el 70% de los juicios de faltas. En cambio es importante destacar que en la investigación de ámbi-

En primer lugar, porque la imagen de la mujer que denuncia y luego retira la denuncia es presentada frecuentemente como irracional, una mujer que no sabe lo que quiere, o que quiere algo incomprensible, y por tanto no se la puede ayudar. Además, esta imagen de «irracionalidad» puede conllevar la criminalización de la mujer, como muestra el ejemplo de las denominadas «*no drop policies*»³ vigentes en algunos estados norteamericanos. En la explicación de los motivos por los cuales la mujer retira la denuncia intentaré mostrar que su comportamiento es una respuesta comprensible y racional a la forma cómo el sistema penal está actualmente estructurado.

En segundo lugar, el análisis de las razones que llevan a la mujer a retirar la denuncia quizá permita descubrir aspectos poco examinados del sistema procesal penal. En efecto, la escasa atención al proceso penal en este tema, contrasta con la multitud de estudios referidos a los aspectos dogmáticos del delito de violencia doméstica. Creo que ello obedece a la tradicional separación entre derecho sustantivo y procesal existente en España, que comporta que el análisis del delito de violencia doméstica no conlleve generalmente el estudio de su aplicación procesal. Sin embargo, como frecuentemente se admite, gran parte del problema estriba en lo que sucede desde la primera denuncia hasta el día en que recae sentencia condenatoria.

Como intentaré defender a lo largo de este artículo no es coherente que se reclame a la mujer que denuncie y confíe en el sistema penal, si luego el proceso penal no atiende a sus necesidades. En ocasiones todo el sistema parece estar más interesado en servir su propia lógica interna que en servir a las víctimas, a las cuales se las presenta como alguien que hace perder el tiempo y distrae a la institución de realizar su «auténtico» cometido.

Esta discrepancia entre lo que quieren las víctimas y lo que puede ofrecerles el sistema penal es en parte responsable de la frustración que experimentan los profesionales que trabajan en este ámbito y constituye finalmente el tercer motivo para dedicar atención a este tema.

to estatal coordinada por CALVO (2001: 266) se muestra como este número desciende a un 20% en el caso de juicio de delitos. Este dato es importante pues permite combatir el estereotipo de que «la mayoría de mujeres» acuden a retirar la denuncia.

En Catalunya el informe realizado por la Fiscalía de Violencia Doméstica referido a 2001 muestra como de las 335 diligencias de investigación incoadas sólo en 72 casos la víctima manifestó su intención de no continuar con el proceso. Esta cifra representa también aproximadamente un 20%, pero no permite distinguir entre juicios de delito o falta.

³ Véase nota 34.

En efecto, me gustaría contribuir a sobrellevar la frustración que en muchas ocasiones se produce entre los profesionales del sistema penal, policías, fiscales, jueces y abogados, quienes sienten que sus esfuerzos no son plenamente correspondidos por las actuaciones, aparentemente incomprensibles, de las mujeres cuando éstas acuden a retirar la denuncia o se niegan a declarar y continuar con el proceso.

Ayudar a sobrellevar la frustración de los profesionales que trabajan en esta realidad es un objetivo loable en sí mismo, pero además creo que también afecta a la imagen de irracionalidad que se proyecta sobre la mujer. En la medida que algunas personas no entienden por qué la mujer decide, después de todo el trabajo realizado, retirar la denuncia, tienden a repetir esta historia como algo incomprensible, denigrando con ello a la mujer. Con este proceder desconocen que el proceso penal no es un objetivo en sí mismo y que la mujer lo usa como un medio más para conseguir cambiar su situación. En ocasiones su situación cambia con la sola amenaza del proceso y ello ya constituye de por sí una mejora, y no hay pues que sentirse frustrados.

No pretendo afirmar que la situación de la mujer que interrumpe el proceso penal mejore necesariamente de forma definitiva, pero sí quiero enfatizar que es la mujer quien debe convencerse de qué vía es la más adecuada para cambiar definitivamente su situación. Antes de llegar a esta convicción es lógico que ensaye diversas alternativas y estrategias (amenazar con denunciar, amenazar con separarse, irse unos días a casa de su madre o amigas, acudir a terapia conjunta, acudir pidiendo ayuda a organismos formales como los servicios sociales del barrio, visitar un servicio de víctimas, acudir al médico, denunciar, volverlo a intentar, etc.).

En este proceso de cambio⁴, el sistema penal y sus profesionales deben ayudarla en su objetivo de desarrollar una vida segura, no descalificándola por sus titubeos, pues romper una relación o convivencia requiere mucho esfuerzo personal, por los vínculos pasados y por las incertidumbres del futuro, y puede no conseguirse en la primera ocasión, por más que el abogado, el policía o el fiscal hayan dedicado mucha energía al caso.

En consecuencia, los objetivos de este estudio son tres: defender que la mujer no actúa de forma irracional cuando desiste de seguir

⁴ Sea lo que sea este proceso no creo que pueda describirse como «luna de miel». Expresión esta extendida para explicar por qué la mujer no se va y aguanta la situación de malos tratos.

adelante con el proceso penal; mostrar que el proceso penal no atiende a las necesidades de la mujer que denuncia, ni las respuestas del derecho penal respetan sus intereses, y por ello finalmente contribuyen a alienarla del sistema penal; contribuir, por último, a que los profesionales reflexionen acerca de que el proceso no es en sí un objetivo, sino uno de los medios que la mujer usa para intentar cambiar su situación.

II. «Mujer denuncia»: o los límites del sistema penal⁵

Empezar afirmando que el problema de la violencia doméstica no se soluciona mediante el recurso al sistema penal es una aseveración que en ocasiones exaspera a ciertos grupos de mujeres feministas las cuales observan como el resto de problema sociales sí parecen solucionarse mediante el recurso al derecho penal, en la medida en que su criminalización no es tan cuestionada.

Por ello, a mi juicio debe afirmarse que: a) en la medida en que se considera que la criminalización de un comportamiento indica su gravedad social y b) la violencia doméstica refleja un grave daño social, entonces c) es legítima la pretensión de los grupos de mujeres feministas de recurrir al derecho penal.

Habiendo expresado esta opinión quisiera recordar los múltiples riesgos, y la lista que expongo es probablemente incompleta, que comporta la intervención penal para las mujeres.

En primer lugar, una vez el derecho penal entra en el ámbito de un problema es muy difícil evitar que éste colonice toda la comprensión del mismo, con consecuencias, en ocasiones, nefastas para las mujeres. Así, por ejemplo, lo que debiera ser visto como un medio, «la denuncia», aparece visto como un objetivo en sí mismo.

Ello puede observarse precisamente en las conocidas campañas dirigidas a la mujer en las que se pone el énfasis en que ella denuncie o

⁵ Mientras elaboraba este artículo tuve el privilegio de ser invitada a Costa Rica, por el Magistrado José Manuel Arroyo y el Colegio de Abogados, donde se discutía el «Proyecto de ley de penalización de la violencia contra las mujeres y derechos humanos». Esta propuesta de ley, que divide a los sectores jurídicos de la sociedad costarricense, presenta como características fundamentales en mi opinión: a) apostar de forma decidida por la criminalización y en concreto el uso de penas severas de prisión como mejor forma de proteger a las mujeres y b) reconocer como víctimas de los delitos en ella previstos sólo a las mujeres y no a los hombres. Las reflexiones que a continuación se exponen son fruto de este debate.

«hable». Estas campañas, por un lado, responsabilizan implícitamente a la mujer de su situación, puesto que sitúan el acento en lo que ella debe hacer, se dirigen a ella, y con ello contribuyen a alimentar la imagen que la cesación de la violencia depende de sus esfuerzos (Mullender, 1996: 367). Por otro lado, al insistir en que la mujer denuncie, acuda al sistema penal, como si ello fuera la solución a los malos tratos que ella está sufriendo, acentúan como único camino lo que sólo es una estrategia de la mujer en su intento de librarse de los malos tratos. Como afirman Hoyle-Sanders (2000: 15).

La violencia doméstica es distinta de otros delitos. Frente a los beneficios instrumentales moderados del proceso penal están los perjuicios que muchas veces suceden, una mayor violencia como castigo por parte del acusado y los costes económicos para toda la familia que conllevan las sanciones económicas. (...) A pesar de que la policía y la fiscalía, así como algunos grupos de mujeres, aceptan que el proceso penal tiene un valor limitado, éste no obstante se persigue como fin en sí mismo. Así el «apoyo» de la policía a la víctima se dirige a sostener su denuncia penal, no a protegerla de una posterior violencia.

Esta insistencia en la denuncia como «objetivo» comporta finalmente que, en este tema, como sucede en la violencia sexual, quien no denuncia o tarda en hacerlo aparece como implícitamente tolerando una situación.

En segundo lugar, enfatizar la necesidad de que la mujer denuncie y apueste de forma decidida por la intervención penal puede conllevar una defraudación de las expectativas que se le han creado (por ejemplo, porque el sistema penal absuelve en ocasiones incomprensiblemente o no consigue protegerla adecuadamente). Esta defraudación de expectativas también tiene efectos simbólicos y reales, pues la desesperación aumenta al ver como esta vía tampoco funciona y esta experiencia tiende a comunicarse a otras mujeres que actúan en consecuencia.

En tercer lugar, el sistema penal puede favorecer la creación de estereotipos que la perjudican. Por ejemplo, se repite el mito de lo irracionales que son las mujeres que pretenden desistir del proceso penal, en aras de una reconciliación o en un intento de minimizar la violencia; se alude a la maldad de las mujeres que denuncian penalmente sólo para conseguir ventajas en la separación; o, contrariamente, se señala el absurdo proceder de las mujeres que denuncian y luego no quieren separarse!. Como puede verse, es difícil librarse de alguna etiqueta negativa, puesto que el sistema penal sólo reconoce una actua-

ción como convencional y etiqueta al resto como desviadas o incomprensibles.

Por último, el recurso al sistema penal puede comportar que se las criminalice, como sucede en Estados Unidos, cuando se niegan a seguir colaborando con el proceso penal y se las arreste para conseguir que preste declaración contra su pareja. O como sucede en otras legislaciones, aun cuando por ahora sin llegar al arresto, cuando se las amenaza para conseguir que presten testimonio o se las amenaza si cambian su declaración. De este modo, la institución que debía protegernos acaba tornándose en la misma institución que nos amenaza.

Así las cosas, cuando en ocasiones se reclama una mayor intervención del sistema penal, como si de ello se derivasen sólo ventajas para las mujeres, debe recordarse los riesgos que toda criminalización comporta. Y sin embargo se presenta a las mujeres que advierten acerca de los riesgos de recurrir al sistema penal como si éstas no estuvieran tan comprometidas en su afán de proteger a las mujeres. Entiendo que ello es erróneo, pues una mayor criminalización, no comporta una mayor protección y en consecuencia la discusión debiera ser acerca de *la mejor forma de conseguir la protección de las mujeres* frente a comportamientos violentos.

Finalmente, también en ocasiones en que se emprenden reformas penales para proteger a las mujeres, parece que esta protección fuera simplemente alcanzable con la redacción de más tipos penales o endureciendo las penas de los ya existentes. Y, sin embargo, la intervención del sistema penal, conlleva algo más que crear un nuevo tipo penal. En mi opinión reclamar la intervención del sistema penal implica cuando menos dos cuestiones: a) articular un proceso penal que pueda atender a las necesidades (de protección, económicas, y de participación) que surjan en el proceso; b) establecer un derecho penal que de respuestas a las diversas demandas de las víctimas.

Si sólo se crean nuevos delitos, o si se pretende hacer creer que una mera elevación de penas mejorará la situación de las mujeres, se están creando expectativas que luego se defraudan. Por consiguiente, si se quiere que las mujeres acudan y confíen en el sistema penal y si se pretende que éste responda adecuadamente a sus necesidades e intereses, es necesario discutir cómo debe ser esta intervención. A este objetivo se dedican las siguientes reflexiones.

III. Posibles razones por las que una mujer retira la denuncia

III.1. *La falta de apoyo económico*

En primer lugar debe empezarse por constatar lo obvio, esto es, que el sistema penal puede hacer poco comparado con otros tipos de intervención social. Esto es, si presumimos que una mujer que tenga independencia económica, recursos para encontrar un trabajo, acceso a una vivienda, y posibilidad de mantener sus hijos, está en mejor disposición para frenar cualquier tipo de agresión que reciba de su pareja, entonces parece evidente que un Estado auténticamente preocupado por la vida e integridad de las mujeres debería destinar más recursos a conseguir que *todas* las mujeres estén en igualdad de condiciones. Combatir la posición de inferioridad en la que está la mujer, por diferentes sueldos, distinta distribución de cargas familiares, por impago de pensiones alimenticias en casos de separación, etc... es combatir la posibilidad de que toda mujer se encuentre en situación de tener que soportar una situación de malos tratos.

Ahora bien, desde el momento en que se insiste en que la mujer «denuncie» se trata de plantearnos en concreto si el sistema penal puede contribuir a solucionar lo que se cree que es el principal motivo para soportar las situaciones de malos tratos: la dependencia económica.

A este respecto sorprende la escasa atención que se ha prestado a la propuesta realizada en el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 60-61), relativa a modificar la Ley 35/1995 de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que permitiría a la mujer maltratada cobrar una indemnización por parte del Estado. Vale la pena reproducir las reformas reclamadas por la Fiscalía General del Estado, que el Gobierno aún no ha atendido.

La primera hace referencia a la necesidad de admitir la compatibilidad de esta indemnización con las sumas cobradas por otros seguros. Por ejemplo, no es lógico que la mujer maltratada que perciba alguna ayuda por la Seguridad Social no cobre además la indemnización como víctima del delito, puesto que el fundamento de una ayuda es en tanto que trabajadora, el de la otra en tanto que víctima. La segunda propuesta hace referencia a que las víctimas de violencia doméstica puedan cobrar los gastos terapéuticos al igual que está previsto para las víctimas de delitos contra la libertad sexual en el art. 6.4 de la citada ley.

En mi opinión, la principal modificación que debiera exigirse es precisamente reformar el grado de afección a la salud que se exige para poder cobrar esta indemnización. Pretender que sólo puede cobrar la mujer cuyo daño hubiera conllevado una situación de incapacidad temporal de seis meses es muy restrictivo y es sólo uno de los criterios que se pueden acoger. ¿Por qué no se toma en consideración, por ejemplo, los años que ha estado sometida a la violencia en vez del daño final sufrido?

El derecho parece operar siempre en base a criterios masculinos de determinación, como es graduar el daño en función del tiempo que hubiera incapacitado para desarrollar un trabajo exterior, que luego pretende aplicar de forma «igualitaria» a la mujer, con resultados insatisfactorios⁶.

En la medida en que se consiguiese esta reforma creo que vendrían otras mejoras secundarias, pero necesarias, como son la agilización de los trámites para su concesión y su simplificación⁷. En cualquier caso, si esta ayuda se concediese a las víctimas que denuncian ello constituiría un acicate para que la mujer no se aparte del sistema penal (en la medida en que se prevé un derecho de repetición por parte del Estado cuando se produzca un sobreseimiento por no haber motivos suficientes para acusar a determinada persona, art. 9 e) de la citada ley que remite al art. 637.3 y 641.2 de la LECr).

Una segunda medida que puede contribuir a que la mujer maltratada mejore su situación económica es la posibilidad de que la mujer maltratada que denuncie cobre la Renta Activa de Inserción Mínima (posibilidad ésta que se ha regulado por primera vez en el «Decreto») ⁸. Esta medida introducida por el Gobierno recientemente aún no se ha llevado a la práctica y en mi opinión es de temer que tenga esca-

⁶ Véase LARRAURI (1995: 155); por ello creo que es urgente que las compañeras feministas de derecho laboral desarrollen otros criterios más adecuados para la mujer que permitan apreciar la gravedad del daño sufrido.

⁷ Está prevista la posibilidad de conceder ayudas provisionales antes de la sentencia en el art. 10 de la Ley 35/1995, pero desconozco cuánto tardan éstas a su vez en concederse. La concesión de ayudas definitivas puede demorarse un año, lo cual es producto de una exigencia excesiva de documentos, que ya están en poder de la Administración, y de una reticencia de los órganos del Ministerio de Economía y Hacienda a responder con mayor celeridad con el argumento de que ellos no son «servicios sociales». Como veremos al hablar de la policía y del sistema penal, numerosos de sus representantes también alegan que ellos «no están para servir los antojos de las víctimas». Parece que todo el sistema tiene fines más elevados que servir a las víctimas.

⁸ Véase texto en BOE n.º 298, del viernes 13 de diciembre de 2002.

sa aplicación. Esta difícil aplicación se debe a que en general estas reformas se acometen por su gran impacto mediático, pero luego son reguladas con una asombrosa vaguedad o con un increíble desconocimiento del tema. Así, por ejemplo, la Disposición adicional primera donde se regula el Programa de Renta Activa de Inserción prevé en su apartado número 2 que puedan ser beneficiarias de este programa las personas que tengan

(...) acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia doméstica por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia y estar inscrito como demandante de empleo (...)

Si se exige que para demostrar su condición de víctima de violencia doméstica recaiga sentencia condenatoria, esta medida poco va a ayudar a la mujer en su proceso de sobrevivencia después de la interposición de la denuncia. Adicionalmente tampoco se entiende la exigencia de estar inscrita como demandante de empleo, pues la cuestión no es si la mujer *había* demandado empleo anteriormente, cuando quizá no tenía necesidad, sino si lo requiere ahora, precisamente después de denunciar. Por ello, a pesar de que la línea emprendida es positiva, lamento que estas nuevas disposiciones surjan con una regulación que no facilita su aplicación.

Otra posibilidad es la también prevista, aparecida en *El País* (de 5 de noviembre de 2002), de conceder bonificaciones a las empresas que contraten a mujeres maltratadas y también, la no prevista, de destinar viviendas de protección social a las mujeres que deben huir de sus parejas.

Todas estas propuestas de apoyo económico a las mujeres maltratadas que deciden confiar en el sistema penal son, en mi opinión, mucho más eficaces para conseguir que la mujer colabore con éste. En la medida en que éstas no se han realizado, la intervención del sistema penal no contribuye a garantizar una situación independiente de la mujer y no debería extrañar tanto, ni ser considerado en absoluto síntoma de la irracionalidad de la mujer, el que ella desconfíe de las posibilidades de mejorar su situación recurriendo al sistema penal y que por consiguiente acuda a éste en casos de urgencia y se retracte luego cuando pondere las dificultades.

III.2. *El temor a represalias*

Una segunda cuestión a considerar, repetida por diversas investigaciones empíricas, es la situación de mayor riesgo que se produce para la mujer maltratada cuando ésta acude al sistema penal (Ptaceck, 1999: 79; Hoyle-Sanders, 2000: 24,31; Schneider, 2000: 77; Medina, 2002: 569).

La explicación que acostumbra a ofrecerse en este caso es que la pareja, que ejerce el dominio, no tolera que la mujer rete este dominio, aspecto que ella realiza cuando acude a una instancia externa. En estos casos el marido acostumbra a amenazar a la mujer para conseguir que ella retire la denuncia:

Entre otros objetivos de su violencia, estos hombres buscan venganza contra las mujeres por haber tenido que presentarse ante la ley. Es como si la privacidad de la casa debiera proteger los privilegios de los hombres, que incluyen el derecho de abusar de la mujer, y cualquier ruptura de este paraguas protector es una traición que merece ser castigada (Ptaceck, 1999: 84-85).

El problema de proteger a la mujer que ha decidido acudir al sistema penal es precisamente el que se ha intentado remediar con las denominadas ordenes de protección o alejamiento, introducidas por Ley Orgánica 14/1999 de 9 de Junio de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Estas medidas previstas en el art. 544 bis de la LECr consisten en que el juez de guardia puede dictar desde el momento en que recibe la denuncia alguna de las siguientes medidas cautelares: a) prohibición de residir en determinado lugar; b) prohibición de acudir a determinados lugares, y c) prohibición de aproximarse o comunicarse a la víctima.

Es fácil descalificar la orden de alejamiento señalando que es «sólo un trozo de papel», pero, como muestra la investigación realizada por Ptacek (1999: 169-172) en Estados Unidos, la mayoría de las mujeres se sienten satisfechas de haber conseguido una orden de protección⁹ y consideran que son eficaces. Esta eficacia la estiman desde dos perspectivas que podemos denominar simbólica y real. Simbólica, porque

⁹ En Estados Unidos ello puede conseguirse mediante un procedimiento autónomo. Véase en general PTACEK (1999).

permite confirmar a la mujer que ella tiene razón y que el sistema penal está de su lado. Instrumental, porque el agresor sabe que en caso de acercarse a la mujer ello será considerado un delito que permitirá su arresto inmediato por parte de la policía.

Respecto de estas órdenes de alejamiento me ocuparé exclusivamente de algunas cuestiones actuales¹⁰.

En primer lugar, se ha destacado rápidamente la imposibilidad de que estas órdenes de alejamiento previstas en el art. 544 bis de la LECr sean adoptadas en los juicios de faltas. Esta ausencia de provisión legal mina la eficacia de la orden de protección si consideramos la cantidad de casos de malos tratos que son enjuiciados por un juicio de faltas¹¹. Es cierto que en la práctica se dictan en ocasiones órdenes de alejamiento para las faltas, pero debido a que esta práctica se realiza al margen de lo que dispone la ley, sería conveniente proceder a reformar ésta.

Ello ha llevado a diversas propuestas sobre las cuales creo que es necesario una mayor reflexión. La primera proviene de la Fiscalía General del Estado (1999: 55) que sugiere que esta medida cautelar sea aplicable a las faltas, desde el momento en que el Juez de Instrucción recoge la denuncia hasta el momento en que se produce el juicio. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial (2001) aconseja acudir al art. 13 LECr para poder adoptar medidas cautelares para las faltas¹². Finalmente, los Fiscales encargados de los servicios de violencia familiar (2001), proponen tramitar todos los casos de violencia doméstica por el procedimiento de delito que permite la aplicación del art. 544 bis de la LECr¹³.

A mi juicio la tercera propuesta es la más adecuada. Como se irá viendo a lo largo del artículo creo que la tramitación de los malos tratos por el procedimiento de faltas es altamente perjudicial, por numerosos motivos, para las mujeres maltratadas. Retengamos por ahora que su tramitación por el procedimiento de delito permite que el juez

¹⁰ Un análisis jurídico más extenso puede leerse en DELGADO (2001: 142-160), un análisis criminológico en MEDINA (2002: 491-497).

¹¹ La investigación coordinada por CALVO (2001) expone por ejemplo que en la provincia de Vizcaya, donde se analizaron todas las sentencias, un 88,4% de los casos de violencia doméstica fueron tramitados por el juicio de faltas y sólo un 11,6% siguió un proceso por delito.

¹² No deja de ser curioso la posibilidad sugerida por el C.G.P.J. de acudir al art. 13 de la LECr o al art. 158 del Código civil, que en principio permitiría la adopción de medidas cautelares más gravosas para las faltas que para el delito.

¹³ Esta posibilidad también es admitida por el C.G.P.J. (2001).

de instrucción adopte las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis de la LECr.

Un segundo aspecto sobre el que debería reflexionarse es qué hacer precisamente en el supuesto de quebrantamiento. Algunas opiniones (Delgado, 2001: 158; Fiscalía de Barcelona, 2001) parecen reclamar la posibilidad de que la ley prevea expresamente la posibilidad de imponer prisión provisional en el supuesto de que el agresor quebrante la medida cautelar. El problema, no obstante, es el siguiente¹⁴: pretender que se imponga la medida de prisión provisional a quien quebranta una orden de alejamiento vulnera el principio de proporcionalidad, pues la máxima pena que se puede imponer por el delito cometido (art. 468 del Código penal) es una pena de multa.

En consecuencia, creo que la novedad de las órdenes de alejamiento exigen una mayor reflexión e investigación destinadas a conocer el grado de su efectiva aplicación por los Tribunales, cómo se controla su ejecución, y finalmente cuál es la mejor reacción frente a los supuestos de quebrantamiento. Así por ejemplo, la investigación desarrollada en Estados Unidos por Ptacek (1999: 164) muestra que la insatisfacción mayor de las mujeres respecto la orden de alejamiento se produce cuando la policía se niega a arrestar al hombre que la está quebrantando. Por ello, quizá sería más beneficioso incrementar los medios de control de cumplimiento que la severidad de la respuesta frente al quebrantamiento.

Un tercer aspecto, que debería discutirse es la propuesta de la Fiscalía General que sugiere curiosamente que las órdenes de alejamiento se sujeten

al principio de petición de parte acusadora y a la necesaria y previa convocatoria de audiencia en los términos del art. 504 bis 2 (1999: 57)¹⁵.

En mi opinión esta propuesta debiera ser rechazada por las siguientes razones: la lógica de tal propuesta parece ser la de respetar en este trámite el principio acusatorio, entendido éste en sentido amplio, como viene haciendo la jurisprudencia. Sin embargo, ello impone la carga

¹⁴ Comunicación personal del magistrado Carlos González.

¹⁵ Señalo curiosamente porque en todo este tema de malos tratos a la mujer se oscila, a mi juicio, entre desconsiderar totalmente su opinión (por ejemplo, cuando acude a retirar la denuncia) y sugerir paralelamente que las medidas cautelares deben ser «a petición de parte».

para la mujer que deberá constituirse en parte. Como es evidente, la mujer puede no querer constituirse en parte para no tener que hacer frente a los gastos de un abogado, requisito imprescindible si la mujer quiere ser parte del proceso.

Además, comporta una excesiva formalización, alejada de las tendencias victimológicas que reclaman una mayor participación de la víctima en el proceso, de la posición de la mujer que acude al juez a declarar y quiere verse protegida sin más dilaciones¹⁶.

Por último, creo que puede contribuir a incrementar la eficacia de las órdenes de alejamiento el hecho de que estas sean comunicadas *personalmente*, como apunta el Consejo General del Poder Judicial (2001), pues aumenta las posibilidades de que el agresor se sienta intimidado y comprenda exactamente lo que le puede suceder en caso de quebrantarla¹⁷.

Como he comentado, no debería permitirse que un escepticismo generalizado respecto de su utilidad conlleve su inaplicación. A falta de una investigación empírica completa las opiniones que existen sobre su uso son tentativas. En opinión de Themis (2001) los jueces tienden a no proveer las medidas cautelares solicitadas.

El dato está constatado en más del 50% de las Diligencias Previas en las que abogadas de Themis defienden a la víctima ejerciendo la acusación particular. Los jueces no resuelven en un sentido u otro, simplemente ignoran la petición.¹⁸

¹⁶ Se me puede argüir que estas medidas pueden ser pedidas por el Ministerio Fiscal, el cual es parte en el proceso, pero ello implicaría que el Ministerio Fiscal estuviera presente en el momento en el que la mujer presta declaración ante el Juez, situación que no parece ser la que existe actualmente. No obstante, la participación del Fiscal puede variar, pues el art. 797 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, que regula el procedimiento de juicios rápidos, y que afectará al delito de violencia doméstica, prevé la *participación activa del Ministerio Fiscal*.

¹⁷ De la misma forma, en esta primera comparecencia del agresor, fundamental para la posterior seguridad de la víctima, el juez puede proceder a preguntar por la existencia de armas y dictar las diversas medidas cautelares adicionales que estime necesarias para la protección de la víctima.

¹⁸ La investigación coordinada por CALVO (2002) referida a la Comunidad Autónoma Aragonesa es más matizada. De acuerdo a ella en un 3% de los juicios de faltas se aplicaron medidas de alejamiento. Hay que recordar que en este caso no está prevista de forma concreta en la ley esta posibilidad. En los Juzgados de lo Penal durante el año 2000 por el contrario se impusieron un 30%. En opinión de este investigador el año 2000 es un periodo muy cercano a la aprobación de la ley, pues la reforma se aprueba en Junio de 1999, ello puede implicar que se dupliquen estos porcentajes en los próximos años.

En consecuencia, la actitud ambivalente de la mujer frente al sistema penal, de denunciar y retirar la denuncia, no es irracional, sino fiel reflejo de los límites de éste para garantizarle protección.

Sus retractaciones indican en ocasiones las intensas negociaciones que se ve obligada a llevar para garantizar su seguridad. En opinión de Mahoney (1991: 62-63) la pregunta debiera virar de ¿por qué no se fue (la mujer)? a ¿qué hizo el (hombre) cuando ella intentó irse? Y si se escucha, lo que se oye entonces son todos los intentos por los que el marido ha intentado violentamente conseguir que ella no escapara de sus redes.

Un análisis de la jurisprudencia referida por ejemplo a delitos de coacciones (hostigamiento), detenciones ilegales, violencia sexual, y de algunos casos dramáticos de mujeres asesinadas después de la interposición de las denuncias o en trámites de separación, publicados en los periódicos, permiten confirmar que, en efecto, éste es un momento de alto riesgo para la mujer que está siendo maltratada, por lo que es lógico que ella haga todo lo posible, y entre ello está negociar con el agresor, para intentar conjurar el riesgo.

III.3. *La tradicional desconsideración de la víctima*

Una tercera razón para explicar la ambivalencia de la mujer en recurrir al sistema penal es la tradicional desconsideración hacia las víctimas que ha mostrado el sistema penal. Como es conocido, hasta hace poco tiempo se ha valorado unánimemente de forma positiva el hecho de que el sistema haya «neutralizado» a la víctima y haya conseguido que el delito sea una relación entre Estado y delincuente. Desde hace unos años, al impulso de las corrientes victimológicas, se reclama un lugar para la víctima. Este lugar en teoría no es demasiado espacioso y menos aún lo es en la práctica de los Tribunales.

La neutralización de la víctima se plasma en la escasa información que se ofrece a la víctima que no se constituye en parte de un proceso, y en las escasas posibilidades de participación (y disponibilidad) que se prevén para las víctimas. Indudablemente, cómo articular la participación de la víctima en el proceso penal no es una cuestión privativa del tema de la violencia doméstica. Ahora bien, la peculiaridad del tema que nos ocupa es que se acostumbra a reconocer que en estos casos la participación de la víctima, su testimonio, es indispensable para poder dictar una condena. Esta falta de información y atención a la víctima influyen en la comprensión que esta persona tendrá del proceso, en la posterior colaboración que prestará al mismo y tam-

bién en últimas en la sensación de haber sido útil o no el recurso al mismo.

La situación actual puede resumirse del siguiente modo: En el caso de la mujer que presente denuncia por malos tratos, y se siga proceso por *delito*, la participación de la mujer requiere que esta se «constituya en parte». La no constitución en parte puede implicar en los casos más extremos que a la mujer no se le comunique la adopción de la orden de alejamiento, o la suspensión de la misma y que no se le dé traslado de todas las incidencias que suceden en la instrucción (por ejemplo, si se cambia la calificación de delito a falta por la declaración de otro médico, si se piden testimonios por parte del marido, o si se cuestiona la habitualidad). Finalmente, si la mujer no se constituye en parte no se le comunica ni el día del juicio ni la sentencia¹⁹.

En el supuesto de un juicio por *faltas*, se le comunica el día del juicio. Y debido a que en este proceso no se requiere constituirse en parte de manera formal, la notificación de la sentencia, en el supuesto que la mujer no haya asistido al juicio, depende en gran medida de la sensibilidad de los jueces, siéndole comunicada en algunos casos pero quizá no en otros.

Es cierto que bajo la presión de posiciones victimológicas la situación legislativa ha variado, pero estos cambios legislativos aún no son suficientemente conocidos por el sistema de justicia penal. Así es necesario repetir que la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, art. 15.4 dispone textualmente:

(...) Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, *aunque no sea parte en el proceso*». (subrayado añadido).

Y si bien, este artículo sólo obliga a comunicar la sentencia, un juez preocupado por la participación de la víctima, por conseguir que ésta conozca y entienda los pasos que está dando el sistema penal para protegerla, no encontrará dificultad en comunicarle todos los actos procesales. Esta comunicación está amparada por el art. 109 de la LECr. introducido por ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación

¹⁹ El día del juicio se le comunica en la medida que es testigo, no por el hecho de ser víctima. Una víctima que no se constituye en parte no es en la mayoría de los casos informada ni siquiera del día del juicio.

del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su último párrafo dispone:

En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.²⁰

La pregunta es ¿cuántos jueces lo hacen y cuántos siguen pensando que no es necesario informar a la víctima «si no se ha constituido en parte»?²¹

Prosiguiendo en esta línea de atención a la víctima debe destacarse el cambio que introduce la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que entrará en vigor el 24 de abril de 2003. Esta ley impone la obligación de informar del día del juicio y de notificar la sentencia tanto en el juicio de faltas como el de delitos, ya sea en el procedimiento de juicios rápidos o procedimiento abreviado, y en primera o segunda instancia²². Por consiguiente, *el principio general que rige actualmente es el de la comunicación del día del juicio y notificación de la sentencia a todos los perjudicados por el delito, aun cuando no se hayan constituido en parte.*

Llegados a este punto de la evolución legislativa podría considerarse, de acuerdo a una perspectiva victimológica, que ya se han conseguido reconocer los mínimos derechos de comunicación a la víctima, y si ésta quiere seguir las diversas incidencias del proceso o participar en el mismo, lo lógico es que se «constituya en parte». Esto es, podría concluirse afirmando que la mujer puede constituirse en parte y si no lo hace debe afrontar las consecuencias de desinformación y falta de participación.

²⁰ Debería serle comunicado incluso cualquier vicisitud de la ejecución de la condena que puedan afectar su seguridad como por ejemplo concesión de permisos penitenciarios, tercer grado, libertad condicional. Sugerencia realizada también por el Consejo General del Poder Judicial (2001).

²¹ Como puede verse, los derechos de información de la víctima no merman los derechos del agresor, como acostumbra a alegarse frente a quienes defendemos una mayor participación de la víctima en el proceso.

²² Véanse los artículos 785.3, 791.2, 965.2, 976 respecto la información de la fecha del juicio. La notificación de la sentencia está regulada en los artículos 789.4, 792.4, 802, 795.4, 973.2, y 976.3.

Pero la cuestión es que «el ofrecimiento de acciones» que se realiza por el juez de guardia o la policía, es, en primer lugar, escasamente comprensible si no se poseen algunos conocimientos jurídicos y en segundo lugar, para constituirse en parte se requiere de un abogado, abogado que, a no ser que la víctima disponga del beneficio de justicia gratuita, que a su vez deberá tramitar, deberá pagar.

Así como la falta de información y comprensión del proceso comporta que la víctima se vea asaltada por el sentimiento de inutilidad o de haber sido tratada injustamente lo cual le aleja del proceso, en este caso la falta de asesoría jurídica de la mujer comporta que esta no pueda aprovechar todas las potencialidades que le brinda el sistema penal. Desde conseguir que su caso sea considerado como delito al conseguir demostrar la habitualidad por ejemplo, hasta conseguir una adecuada coordinación entre la justicia penal y la justicia civil, o conseguir el cobro de la ayuda que le puede corresponder como víctima del delito.

Esta asesoría jurídica se ha intentado suplir con la creación, por ejemplo en Catalunya, de un turno de oficio de abogados para los delitos de violencia doméstica, al cual la víctima puede recurrir. Sin embargo dos son las cuestiones sobre las que debe reflexionarse: el concepto de asesoría jurídica y la extensión de esta asesoría.

El abogado no se enfrenta a un cliente habitual, el cual puede esperar que lo llame cuando necesita de sus servicios. Más bien debe suministrar apoyo y una asesoría completa de todo lo que puede hacerse para garantizar la seguridad de la mujer. No todos los abogados del turno de oficio tienen la motivación para hacer esta tarea, por lo que quizás acaban realizando una tarea correcta desde la perspectiva del servicio jurídico, pero incompleta desde el punto de vista de la mujer (Ptacek, 1999: 178, citando a Davies *et al.*, 1998). Como observa Mills (1996: 1228), quien acuña el concepto de «servicio jurídico afectivo», el objetivo del servicio jurídico debería ser dar poder («*empower*») a la mujer, para lo cual es muy importante evitar actitudes de recriminación y ofrecer distintas opciones que la mujer pueda ir adoptando (Mills, 1996: 1257-1262).

Debido a que el abogado se siente frustrado cuando considera que la mujer no sigue sus consejos correctos jurídicamente, es por lo que creo que sería conveniente que, además de garantizar una asistencia jurídica gratuita, la policía o el juez de instrucción derivasen a la mujer al Servicio de Atención a la Víctima²³, pues este organismo quizá está

²³ Parece increíble que se cree un servicio y luego no se prevea qué organismos deben derivar a las víctimas al Servicio de Atención a la Víctima. Así, la mayoría de

en mejores condiciones, por su orientación y por disponer de psicólogos y asistentes sociales, de realizar una intervención más amplia de apoyo.

Respecto de la extensión de la asesoría jurídica baste indicar la inexistencia del turno de oficio en numerosas provincias españolas, la falta de abogados suficientes, la escasa remuneración, y especialmente la falta de previsión de asistencia letrada a los juicios de faltas²⁴, normalmente el primer proceso en el cual se ve implicada una mujer víctima de malos tratos. Todos estos factores comportan que la asistencia jurídica gratuita para las mujeres maltratadas sea todavía una reivindicación pendiente.

Adicionalmente, por último, para garantizar la participación de la mujer me atrevería a sugerir la conveniencia de reflexionar sobre la posibilidad de flexibilizar las formas en que se puede participar en el proceso penal, al estilo de algunas propuestas norteamericanas como el *victim impact statement* (Ashworth, 1993).

En definitiva, debido a la desinformación que sufre la mujer y a la dificultad de entender el funcionamiento del proceso penal no es extraño que a la mujer le embarguen sentimientos de que no ha sido tratada de forma apropiada, de forma justa y que recurrir al sistema penal es inútil. Ello sin duda tendrá un impacto en la decisión de la mujer de acudir al sistema penal o de colaborar con el sistema penal. Debido además a la falta de participación y a la rigidez con la que ésta se articula no es extraño que muchas mujeres ante tamañas dificultades, recurrir y costear un abogado o tramitar el beneficio de justicia gratuita, y cantidad de papeles, se sientan llevadas de un sitio a otro, mareadas y finalmente desistan.

III.4. *La desconfianza a las declaraciones de la mujer (el «acoso procesal»)*

Una cuarta reflexión estriba en el trato que se ha dado a los delitos en los que la víctima es una mujer referidos a violencia sexual y actualmente a la violencia doméstica. La especificidad de estos delitos se ha

víctimas que llegan al servicio, lo hacen por propia iniciativa, al haberlo encontrado en la guía QDQ (*La Guía Útil*). Ello ocasiona que muchas víctimas que podrían beneficiarse de este servicio no lo hagan por desconocimiento.

²⁴ También este aspecto puede verse afectado por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, que regula los juicios rápidos, al preverse en su art. 963.2 la posibilidad de que alguna de las partes quiera ser asistida por Abogado de oficio en el juicio de faltas.

pretendido fundar en que en estos casos se enfrenta la declaración de la mujer contra la de otra persona y por ello ha de irse con especial cautela.

Además de esta presunta especificidad (curiosa, puesto que en numerosos delitos, por ejemplo, en los robos, lo habitual será también «la palabra de uno contra la de otro») se le añaden los estereotipos de que en estos casos hay muchas mujeres despechadas que denuncian por venganza, enemistad o bien oscuros intereses. Ello ha comportado que la posibilidad de condenar, como se afirma, «exclusivamente» en base a la declaración de la víctima haya tenido un reconocimiento reticente.

También en los delitos de violencia doméstica encontramos reproducidas las declaraciones de la «dificultad de prueba» de estos episodios. Como es conocido en estos casos acostumbra a afirmarse que debido a la ausencia de pruebas debe condenarse exclusivamente en base al testimonio de la víctima. A continuación se añade que «esto no obstante» este testimonio, aun cuando sea la única prueba, es admisible si cumple con tres condiciones que marca la jurisprudencia del T.S. De acuerdo a la STS de 27 de Febrero de 1995 (cit. por Delgado, 2001: 97-98):

[el testimonio de la víctima] es considerado por pacífica y continuada doctrina de la Sala, apto para enervar la «presunción de inocencia» siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen en el juzgador alguna duda que impida u obstaculice formar su convicción, o dicho de otra manera, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) *ausencia de «incredibilidad» subjetiva, derivada de un móvil espurio*, b) *«verosimilitud» corroborada por circunstancias periféricas y* c) *«persistencia en la incriminación»* (subrayado añadido).

Un análisis de esta sentencia y de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo podría destacar que debido a que en muchos delitos, como he observado, se condena sobre la base exclusivamente del testimonio de la víctima siendo prueba de cargo suficiente, ésta no puede ser la especificidad de los casos de maltratos a mujeres. Más bien lo específico, implícitamente, parece ser que en estos casos el juzgador tiene alguna duda acerca del testimonio de la mujer. No en que sólo haya un testimonio, radica la diferencia, sino en la credibilidad que se otorga a este testimonio.

A ello parece responder la exigencia del primer requisito que debe reunir la declaración de la víctima para ser admisible como prueba de

cargo, la inexistencia de un móvil que permita sospechar que la mueven «oscuros intereses» a denunciar. Así Delgado (2000: 99) expone, reflejando sin duda una creencia generalizada, respecto del primer requisito, como la venganza o el interés en obtener una ventaja procesal en la separación pueden ser motivos que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima²⁵.

Esto no obstante, siempre puede presumirse que exista un móvil «espurio» en una mujer que ha sido víctima de malos tratos continuados. Lo que encontraría increíble es que la mujer objeto de malos tratos continuados no actuara movida por la ira o venganza²⁶. En cualquier caso, debe recordarse que es la defensa del acusado, o el Ministerio Fiscal, quien debe probar la existencia del móvil «espurio» y que el juez no puede presumir la falta de credibilidad de la víctima.

Respecto del segundo requisito, señala Scheppele (1992: 167) que lo habitual es que las mujeres maltratadas, al igual que las víctimas de otros grandes desastres, retrasen su confrontación con los hechos, nieguen, minimicen, no digan todo, cambien la historia, para proteger su intimidad, por ejemplo, no desvelando más de lo que juzgan estrictamente necesario, por lo que también el requisito de la persistencia de la declaración puede ser de difícil cumplimiento²⁷.

La existencia de «distintas narrativas» es frecuente en estos casos debido a que generalmente uno se da una primera versión de los hechos que posteriormente va elaborando en función de una nueva percepción de los mismos. Sin embargo, el sistema penal tiende a creer que las sucesivas reelaboraciones son prueba de la inverosimilitud de la declaración, tiende a primar la primera versión, como si ésta fuera la «no elaborada», olvidando, como señala esta autora, que no hay percepción sin concepción, y que la primera versión más que la auténtica puede ser la que la mujer ofrece cuando aún se está culpando a sí misma, por lo que no puede considerarse más verdadera que la segunda, que pue-

²⁵ En la investigación coordinada por CALVO (2002) sólo un 12% de las víctimas que denunciaron por malos tratos estaban tramitando un proceso de separación. Como es de prever que todas no retirasen la denuncia una vez separadas, ello permite intuir lo reducido del número de mujeres que denuncian por este motivo.

²⁶ Desconozco cuál debe ser la adecuada formulación procesal, pero no creo que sea correcto exigir que no exista un móvil sospechoso, pues como he comentado, la venganza por los continuos malos tratos siempre podría considerarse como un móvil «espurio» que impide creerse a la víctima. Quizá la solución estribe por, al igual que en el requisito del ánimo de defensa de la legítima defensa, entender que el ánimo de venganza no elimina el ánimo de defensa.

²⁷ También DELGADO (2001: 100) observa como este requisito si se aplica rígidamente convertiría la declaración de la víctima en inadmisibles.

de responder a un cambio de percepción producto, por ejemplo, del apoyo jurídico, psicológico o emocional que ha recibido.

Finalmente, por lo que se refiere al último requisito de «verosimilitud» corroborado por circunstancias periféricas, no acabo de entender por qué se insiste en que se condena en base exclusivamente a la declaración de la mujer, cuando en realidad se exige que la declaración de la mujer esté corroborada por «datos objetivos». Con ello se juega con las palabras, pero esto produce un efecto simbólico.

No se condena en base exclusivamente a la declaración de la víctima sino en ausencia de otras pruebas directas, pues evidentemente en numerosas ocasiones además de la declaración de la víctima hay multitud de datos externos, objetivos²⁸. Por ello quizá fuera más correcto en estos supuestos señalar que se condena por prueba de indicios.

Como sugiere Schneider (2000: 106-108), la paradoja resultante es que los requisitos que se exigen para que pueda condenarse en base a una prueba de indicios en los delitos de violencia doméstica son de difícil concurrencia en el caso de las mujeres maltratadas.

La exigencia de estos tres requisitos (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud corroborada por datos objetivos y persistencia en la incriminación), lleva en ocasiones a Sentencias incomprensibles. Así la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3.ª, de 8-4-2000 (249/2000) entiende que no se da el primer requisito:

Que no exista relación previa que haga entrever enemistad y dicha razón permita tachar el testimonio.

Ciertamente, si consideramos que el agresor había sido condenado dos veces y absuelto al menos en otras dos, tiene razón en pensar que existe enemistad. La cuestión es si más allá de esta enemistad, hay motivos para dudar de la declaración de la mujer.

La sentencia entiende que tampoco se da el tercer requisito:

²⁸ Así por ejemplo DELGADO (2001: 103) cita aprobadoramente la Sentencia de la A.P. de Toledo de 9 de marzo de 2001 en el epígrafe «valoración de la declaración de la víctima». En realidad esta Sentencia, como recoge el propio autor, condena por el reconocimiento implícito del imputado, por el testimonio de una hermana que había visto los síntomas del maltrato, por el testimonio de la Guardia Civil, por una sentencia anterior y por la existencia de un parte de lesiones. No creo que pueda afirmarse que se condena exclusivamente en base a la declaración de la víctima.

Que la declaración de la víctima esté avalada por datos objetivos que permitan corroborar la comisión de la infracción.

En opinión del Tribunal:

Tanto el Ministerio Público como A.M.G. [la esposa] consideran prueba de cargo suficiente para basar la condena de J.R.[el agresor] por una falta de malos tratos del art. 617.2.º del CP y por un delito de malos tratos continuados, la declaración de aquella última referente a que el acusado le propinó dos bofetadas el día 25-8-1988. *Lo cierto es que J.R. niega tal agresión y que no existen testigos de ella*» (subrayado añadido).

Y así las cosas el Tribunal acaba absolviendo al agresor²⁹. Si no hay testigos, el Tribunal considera que vale más la palabra de J.R. que la de su esposa.

En resumen, los requisitos que se exigen para que se acepte el testimonio de la mujer maltratada son de difícil concurrencia en una área donde todos los investigadores muestran que lo normal es que la mujer tienda a no exponer todos los episodios y a minimizar lo que le ha sucedido; a ello se une una tradicional desconfianza de los Tribunales en las declaraciones de las mujeres, de las cuales se teme, motivos «espureos», y finalmente se presenta este delito como algo específico en el que se condena «exclusivamente» en base al testimonio de la mujer, ignorando que ni ello es totalmente cierto, pues se exigen datos objetivos que lo corroboren, por lo que se debería afirmar que se condena en base a la prueba de indicios, ni ello es específico de este delito.

Esta actitud de incredulidad es sin duda percibida por la mujer, la cual finalmente duda de su corrección de haber acudido a buscar apoyo en una institución que la trata con tan poca empatía³⁰.

²⁹ Y ello a pesar de que la Sentencia sí considera probado que: «la cogió de la pechera de la camiseta. Que le rompió una cadena», y que el marido admite que el día de las dos bofetadas no dejó entrar a su mujer en casa de su hermana y al cabo de dos días la siguió hasta la casa de su suegra durante menos de una hora. Pero en su opinión «Esta acción no se integra en ningún tipo de maltrato o agresión física para A.M.G.» y en consecuencia no se da la violencia física (que requiere el anterior art. 153 bajo el que se juzgan los hechos). Con todos estos hechos *probados* la sentencia basa su absolución en el hecho de que ¡¡el acusado niega haber propinado dos bofetadas!!

³⁰ Acerca de la importancia de la actitud del juez para que la mujer considere que su problema ha sido tratado de forma justa véase PTACEK (1999: 145-161).

III.5. *El proceso «público»: o la imposibilidad de retirar las denuncias*

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 semipúblicos, 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 (2000a: 61) que es difícil que la policía curse los incidentes si la mujer manifiesta una voluntad de no denunciar³¹. 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 semipúblico.

Si el legislador optara por variar la situación actual y configurar el delito de violencia doméstica como un delito semipúblico, este carácter podría perderse si el legislador también decidiese, al estilo de lo que

³¹ Cuando se habla de la práctica, a falta de investigaciones empíricas, ésta siempre es esquiva. 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.

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.

Así las cosas, debido a la confusión práctica de modelos teóricos distintos, 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 víctima³². 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 observan 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 Estado³³.

³² Éste 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.

³³ Reproducida en el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 75).

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. En ocasiones estas declaraciones vienen inspiradas por el temor de hacer más mal que bien (Armero, 2000a: 62; 2000b: 288, 304), 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; 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 días³⁴.

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 víctima³⁵.

Adicionalmente el hecho de forzar la participación de las víctimas puede servir para aumentar el número de condenas (Corsilles, 1994:

³⁴ 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).

³⁵ 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).

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). Los chantajes o represalias por parte de su pareja, en caso de que estuviera en sus manos la posibilidad de retirar la denuncia, se creen poder evitar si el agresor comprende que la denuncia ya sigue su curso y no está en manos de su mujer el desistir del proceso.

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.

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 doméstica³⁶ 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 so pena de 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 represalias y amenazarle con aplicarle a él el delito de violencia o intimidación para influir sobre un testigo (art. 464)³⁷.

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 aun 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.

³⁶ Y reproducida por el Consejo General del Poder Judicial (2001).

³⁷ Si bien hay que destacar que esta posibilidad también es recogida por los fiscales encargados del servicio de violencia doméstica (2001).

Si el juez ejerce la opción de no atender a las demandas de la mujer e interrumpir 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 residencia³⁸, porque no quiere sufrir el rechazo de la familia, porque se siente socialmente aislada, etc., ¿qué 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 de pruebas, preparación del juicio y presentación y mantenimiento de acusación (Hanna, 1996: 1901-1905; Fiscalía de Barcelona, 2001).

Las múltiples absoluciones detectadas en los juicios de faltas³⁹ obedecen sin duda a la peculiar estructura del proceso de faltas, el cual carece de fase de instrucción y es escasamente preparado⁴⁰ con material probatorio adicional a la declaración de la víctima. Además, el juicio de faltas carece de la posibilidad de sobreseer, por lo que el juez se ve obligado a absolver, lo cual desde luego también produce efectos simbólicos, para la mujer a la cual no se le ha dejado retirar la denuncia.

Por ello, en mi opinión la posibilidad de sobreseer es un argumento adicional para tramitar las denuncias de malos tratos por el proce-

³⁸ Un análisis de la legislación de extranjería bajo una perspectiva feminista puede leerse en MESTRE (2001: 104).

³⁹ CALVO (2001: 265) recoge un 73% de absoluciones en los juicios de falta, frente a un 15,1% de absoluciones en los juicios de delitos. La Fiscalía de Barcelona en el año 2001 de un total de 161 juicios de faltas celebrados recoge 91 sentencias absolutorias, por el contrario de 19 juicios celebrados por delitos se producen 18 sentencias condenatorias.

⁴⁰ Recordemos que la víctima después de su declaración a la policía se limita a recibir una notificación con el día del juicio advirtiéndosele que acuda «acompañada de las pruebas» que considere pertinentes.

dimiento de delito, ya que este además de una adecuada instrucción, permite conceder un tiempo a la víctima, en el cual ella intenta reestructurar su vida, y en últimas, si en este tiempo no lo consigue, el juez puede sobreseer de forma provisional⁴¹ sin tener que acudir a la absolución.

En cualquier caso, 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, y vistas las respuestas contradictorias del sistema penal ello es todavía más injusto.

III.6. *El sistema penal no escucha a las mujeres*

Como estoy argumentando a lo largo de este artículo, 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, es mi hipótesis 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

⁴¹ La Ley 38/2002 referida a la tramitación de juicios rápidos, sólo prevé que, en ausencia de acusación, se proceda al sobreseimiento libre (art. 800.5). Esta restricción que impide que el juez declare el sobreseimiento provisional, tendrá, en mi opinión, consecuencias altamente perjudiciales en el caso de los delitos de violencia doméstica. Por un lado porque implicará una absolución y por otro porque impedirá constituir la habitualidad que requiere el delito del art. 153.

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 período 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 estándar 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.

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 separación⁴², 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)⁴³.

⁴² Esta disyuntiva hace referencia a la «tesis de la conexión» expuesta por WEST (1988) basándose en la conocida obra de Carol GILLIGHAN, a partir de la cual se entiende que las mujeres tienen unos valores distintos y una forma de resolver conflictos distinta.

⁴³ 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

¿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.

Esta respuesta sería a mi juicio más aceptable que las que actualmente ofrece el sistema penal y contribuiría a eliminar la sensación de impunidad que rodea el trato de los agresores de violencia doméstica. Además de las numerosas absoluciones, propias de los juicios de faltas, como he expuesto en el epígrafe anterior, las respuestas que se producen en los juicios por delitos pueden resumirse en opinión de Armero (2000b: 290) en las siguientes: a) en el supuesto de producirse una condena por el delito del art. 153 debido a que los jueces imponen la condena mínima y debido a que estos agresores carecen de antecedentes penales esta condena es suspendida⁴⁴. A esta suspensión de la condena no se le añade ninguna regla de conducta del art. 83, como por ejemplo, la prevista en el apartado 4 de participar en programas culturales o de educación sexual; b) en el supuesto de ser condenado por falta el juez puede optar entre multa o arresto de fines de semana y generalmente impone multa⁴⁵, multa que acaba redundando también en perjuicio de la mujer, ya esté conviviendo con él o separándose.

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, ayudarla a que su agresor cambie⁴⁶.

situación de maltrato para el agresor; d) expandir las opciones de relaciones existentes.

⁴⁴ No creo que ello sea muestra de una benevolencia especial en estos casos sino un proceder general de los jueces. Véase más ampliamente en CID-LARRAURI (2002).

⁴⁵ Tampoco creo que en este caso la benevolencia sea especial sino resultado de un doble factor: la mala fama que tiene la pena de arresto de fin de semana y su complicada ejecución penal que lleva a los jueces a evitar su imposición. Véase más ampliamente en CID-LARRAURI (2002) y VARONA (2003).

⁴⁶ Queda un problema pendiente. La posibilidad de aplicar reglas de conducta, esto es, obligar a participar en un programa de maltratadores sólo es posible cuando la pena suspendida es la pena de prisión (art. 83.1), lo que implica que esta posibilidad no puede actualmente llevarse a término en las faltas. Ello podría constituir un argumento para que la violencia doméstica sea considerada en todo caso como delito o ser un argumento para proceder a reformar el sistema de penas en las faltas,

Esta posibilidad empieza a ser hoy considerada en España. Así el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 52) sugiere condicionar la suspensión de la pena de prisión a la imposición de las reglas de conducta del art. 83, que permiten imponer su participación en programas de tratamiento y también el Consejo General del Poder Judicial (2001), recoge esta posibilidad, si bien como medida cautelar.

No obstante, hay que reseñar también la oposición de algunas asociaciones feministas (Themis, 2001), quienes rechazan la participación del agresor en programas de rehabilitación de maltratadores fundamentalmente por considerar que esto no es suficiente castigo, por el miedo a detraer recursos destinados a las víctimas y por su ineffectividad⁴⁷.

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.

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

como sugiere el informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 52). La discusión de las ventajas de la primera opción será abordada en otro estudio, véase como introducción la sugerencia realizada por el C.G.P.J. (2001) y las recientes propuestas publicadas en *El País* de 6 de diciembre de 2002.

⁴⁷ La cuestión acerca de su efectividad debe ser dejada para otro artículo. Baste adelantar mi opinión de que la descalificación que se produce de todo tipo de intervención es apresurada y desconoce las investigaciones más recientes. Véase a título de ejemplo para España ECHEBURÚA-MONTALVO-DE LA CUESTA (2002), respecto de Inglaterra DOBASH-DOBASH-CAVANAGH-LEWIS (2000) y respecto de Estados Unidos GONDOLF (2002).

la mujer no debiera extrañar que ella finalmente entienda que este sistema no la ayuda en lo que ella pretende conseguir.

III.7. *Hijos*

Finalmente, una de las razones más alegadas para soportar la situación de malos tratos, además de las ya expuestas de dependencia económica y temor a las represalias, son «los hijos»⁴⁸. Conviene detenerse aun cuando sea brevemente en examinar que se esconde bajo esta expresión. En efecto:

Una de las ficciones más recurrentes en el derecho es que las mujeres con hijos son actores individuales. Incluso mucha literatura feminista ha pretendido que las nociones de «yo» y de autonomía son las mismas para todas las mujeres. Pero, de hecho, las madres continuamente toman decisiones sobre la base de un interés múltiple y colectivo (el propio y el de sus hijos, el del marido y el de sus hijos). [...] A pesar de estas responsabilidades y conexiones en las vidas de las mujeres, los jueces y los juristas generalmente asumen que es responsabilidad de la mujer dejar la relación. Cuando las mujeres hablan de su compromiso, historias que incluyen amor y esperanza, el sistema jurídico no encuentra forma de oírlas (Mahoney, 1991:19-20).

En consecuencia, frecuentemente el motivo de «los hijos» oculta una falta de autonomía de la mujer que adopta sus decisiones pensando en el bien de los hijos, en las consideraciones de que, a pesar de los golpes, «es un buen padre», o que los hijos están mejor atendidos materialmente, o en la creencia de que es mejor mantener a todo coste la familia «normal», que aun hoy sigue estando compuesta mayoritariamente por una madre y un padre.

El porqué la mujer tiende a adoptar sus decisiones en función del bien de los demás (pensando en los hijos, en el marido, en sus padres)

⁴⁸ Si he dejado para el final este motivo no es por su falta de importancia. Al contrario, creo que la experiencia de ser madre afecta todas las decisiones que se adoptan. El motivo para tratarlo al final es porque no veo qué puede hacer específicamente el derecho penal en este ámbito. En general se sugiere privar de patria potestad al agresor, sin embargo, esta medida no aborda los problemas y temores que yo he detectado. Muchas mujeres maltratadas no temen que él vea a sus hijos, sino que se los impida ver a ella. Es para evitar cualquier pérdida por lo que ella aguanta lo inaguantable.

es debido probablemente a la socialización recibida⁴⁹. Ahora bien, como afirma Mahoney (1991: 20-21), la mujer tiene derecho a que el sistema jurídico la trate de acuerdo a sus circunstancias y responsabilidades sin ser sancionada por ello, como si se estuviese comportando de forma incomprensible, cuando lo incomprensible es que las presunciones de «persona» en la teoría del derecho tomen como referente sólo el modelo de comportamiento masculino, e ignoren que el ser «madre» invade todas las decisiones que la mujer adopta.

(...) Si los niños no están siendo maltratados, la mujer puede dudar de privarles del padre, aun cuando con esta decisión ella se ponga en peligro. Sin embargo, nuestra sociedad y doctrinas jurídicas incrementan el coste de su decisión al interpretar su intento de cumplir con esta responsabilidad como si ella estuviera «tolerando» la situación (Mahoney, 1991: 20-21).

Es importante destacar que la mujer que soporta esta situación por el bien de sus hijos, no interpreta erróneamente la situación, ya que, como destaca Littleton (1989: 53-55), la separación comporta en efecto un empobrecimiento de la mujer, al ser su sueldo generalmente inferior al del hombre. Así pues los servicios que puede ofrecer a los niños (piso, escuela, vacaciones) son sustancialmente inferiores.

Del mismo modo su interpretación de que es mejor que los niños «tengan padre» quizá sea errónea, pero es una interpretación avalada social y jurídicamente como puede verse en la sanción y falta de protección que recibe cualquier otra forma de organización familiar.

Otra situación que puede encontrarse también bajo el motivo alegado de «los hijos» para no abandonar al agresor, es el temor a perderlos. En efecto, dada la conexión que existe entre madre e hijo, es plausible pensar que el hombre manipula estos sentimientos, pues sabe que puede conseguir determinadas actuaciones de la mujer amenazando con hacer daño o con privarle de los hijos.

No sólo tienen los hombres un acceso mayor a los recursos económicos que pueden suministrar a los hijos, sino que además

⁴⁹ Que ello constituye una característica producto de la socialización creo que está fuera de toda duda, lo que se discute y es motivo de división entre el feminismo cultural y el feminismo radical es si ello es una cualidad a reivindicar como propia o a rechazar por atribuida por los hombres (quienes están interesados en que alguien les cuide). Sobre esta discusión y especialmente las implicaciones que esta distinta socialización conlleva para las teorías del derecho, véase WEST (1988).

saben como manipular el miedo de las mujeres de perderlos. (...) Las mujeres tienen buenas razones para temer que si se van perderán los niños, ya que la custodia, si es controvertida, se concede en un 60% a los padres.⁵⁰ (Littleton, 1989: 54).

En conclusión, la expresión «los hijos» oculta dos situaciones complementarias: el miedo a que estos queden desatendidos y el miedo a perderlos. Para ambos temores el sistema jurídico debe atender a la distinta realidad de las mujeres con hijos, no descalificarlas por intentar cumplir con lo que estiman su obligación de madre, y dar respuestas que disminuyan el coste económico y personal de la separación para la mujer. Sólo así podremos ayudar a que ella se libere de la situación de violencia que se ve obligada a aguantar.

Bibliografía

- ARMERO, S. (2000a): «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* (1.ª reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar). Madrid, Ministerio de Justicia.
- (2000b): «Aproximación a la problemática. Protección de la víctima en el curso del proceso. La necesaria y variada respuesta judicial. Perspectivas de futuro», en *Violencia física y psíquica en el ámbito familiar* (1.ª reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar). Madrid, Ministerio de Justicia.
- ASHWORTH, A. (1993): «Victim Impact Statements and Sentencing», en *Criminal Law Review*, 498.
- CALVO, M. (2001): «Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia. Conclusiones». Consejo General del Poder Judicial.
- (2002): «La violencia intra-familiar ante la Administración de Justicia. Conclusiones». Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza; Instituto Aragonés de la Mujer.

⁵⁰ Esta realidad, en opinión de un profesor de derecho civil consultado, no reflejaría la realidad española. No obstante hay que tener en cuenta la siguiente precisión: en opinión de MAHONEY (1991: 21, nota 82), la custodia se da a los padres si es disputada porque precisamente los jueces tienden a castigar a la mujer que quiere obtenerla en exclusiva. Si se introduce esta precisión entonces sí es plausible que los jueces concedan la custodia al padre, pues tienden a desconfiar que la madre que pide la custodia en exclusiva cumpla el régimen de visitas, por ejemplo. En consecuencia, la pregunta a contestar empíricamente no es a quién le dan la guarda y custodia, sino a quién se la dan cuando ésta es disputada.

- CID, J.-LARRAURI, E. (2002): *Jueces Penales y Penas en España*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2001): «Informe sobre la violencia doméstica», en *Actualidad penal*, n.º 16, 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, pp. 853-881.
- DELGADO, J. (2001): *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*. Madrid, Colex.
- DOBASH, Ruth; DOBASH, Russell; CAVANAGH, K. y LEWIS, R. (2000): *Changing Violent Men*.
- ECHEBURÚA, E.; FERNÁNDEZ MONTALVO, J. y DE LA CUESTA, L. (2001): «Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar», en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 1, pp. 19-31.
- FISCALÍA 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*, n.º 34, 17 al 23 de septiembre; CP 70.
- FISCALÍA 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, n.º 2.
- GONDOLF, E. (2002): *Batterer Intervention Systems*. London, Sage.
- HANNA, C.(1996) «No right to choose: Mandated victim participation in domestic violence prosecutions», en *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 1850-1910.
- HOYLE, C. y SANDERS, A. (2000): «Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment?», en *The British Journal of Criminology*, vol. 40, n.º 1.
- LARRAURI, E. (1995): «Una crítica feminista al derecho penal», en Larrauri-Varona (1995) *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona, E.U.B.
- LITTLETON, C. (1989): «Women's experience and the problem of Transition: Perspectives on Male Battering of Women», en *The University of Chicago Legal Forum*, pp. 23-57
- MAHONEY, M. (1991): «Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation», en *Michigan Law Review*, vol. 90, n.º 1, pp. 2-94.
- MEDINA, J. J. (2002): *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia, Tirant lo Blanch.

- MESTRE, R. (2001): «Inmigración, Exclusión y Género», en Fernández Solacalvo García (coords.), *Inmigración y Derechos*. Mira Editores, Zaragoza.
- MILLS, L. (1996): «On the other side of silence: Affective Lawyering for Intimate Abuse», en *Cornell Law Review*, vol. 81, pp. 1225-1263.
- MULLENDER, A. (1996): *La violencia doméstica*. Barcelona, Paidós, 2000.
- PTACEK, J. (1999): *Battered Women in the Courtroom*. Boston, Northeastern University Press.
- LANE SCHEPPELE, K. (1992): «Just the Facts Ma'am: Sexualized Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth», en *New York Law School Law Review*, vol. 37, pp. 123-173
- SCHNEIDER, E. (2000): *Battered Women and Feminist Lawmaking*. New Haven, Yale University press.
- SOLÉ, J. y LARRAURI, E. (1999): «Violencia doméstica y situación de la víctima. Una aproximación jurídico material y procesal», en *Justicia*, 99, pp. 49-83. Barcelona, Bosch.
- THEMIS y otros (2001): «Comentarios a algunos aspectos jurídicos del borrador del C.G.P.J. sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica». Madrid.
- VARONA, D. (2003): «El arresto de fin de semana: un ejemplo de desplazamiento nocivo entre penas alternativas» (pendiente de publicación).
- WEST, R. (1988): «Jurisprudence and Gender», en *University of Chicago Law Review*, vol. 55, n.º 1, pp. 1-70. Existe traducción al castellano en *Género y Teoría del Derecho*. Ediciones UniAndes, Colombia, 2000.