

LA IRRELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DE LA MUJER EN EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ¿PATERNALISMO JURÍDICO O DERECHO PROCESAL DEL ENEMIGO?

Ortiz Pradillo, Juan Carlos
Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público
Universidad de Castilla-La Mancha
JuanCarlos.Ortiz@uclm.es

RESUMEN

A pesar de que el proceso penal ha pasado de ser un proceso garantista para el acusado a ser un proceso protector de la víctima, con el reconocimiento y promoción de importantes derechos procesales y materiales, las últimas medidas, así como las propuestas de *lege ferenda*, tienden a no considerar la voluntad de la víctima, y el enjuiciamiento de la violencia de género es el mayor exponente. La decidida apuesta del legislador, así como de las Administraciones Públicas competentes, por erradicar la violencia machista, ha dado lugar a una nueva forma de paternalismo jurídico que convierte en irrelevante la voluntad expresada por las víctimas de tales delitos, bajo la premisa de que aquéllas no están en condiciones de decidir libremente. La reciente reforma de la legislación procesal, su interpretación jurisprudencial actual, así como los deseos expresados de una futura nueva reforma, tienen como resultado la “enajenación” o “incapacitación” de la mujer víctima de violencia de género a la hora de reconocerle plenos efectos jurídicos a cual pueda ser su voluntad, lo que no hace sino preservar esa concepción paternalista del Estado como el “buen padre de familia” que vela por el interés de los suyos, o en este caso, como un “buen marido” que es el único que puede discernir lo conveniente para su “pareja” tutelada por él.

PALABRAS CLAVE

Paternalismo jurídico. Violencia de Género. Proceso penal. Voluntad de la víctima.

1. INTRODUCCIÓN

La lucha por erradicar la violencia machista de nuestra Sociedad ha impulsado importantes reformas legislativas en la última década, con el doble objetivo de perseguir y castigar adecuadamente a sus responsables, con las consabidas consecuencias ejemplarizantes para la ciudadanía, a la vez que dotar de la debida protección y asistencia integral a sus víctimas. Pero la decisión de incorporar a la agenda política el problema de la violencia de género, convirtiéndolo en uno de los principales objetivos de la política legislativa criminal de nuestro país, también ha tenido como consecuencias desfavorables la traslación de ciertas ideas paternalistas al ámbito judicial y al tratamiento de la víctima durante la investigación y enjuiciamiento de esta macabra forma de violencia.

De las distintas iniciativas y medidas legislativas puestas en práctica para la protección de las mujeres víctimas de la violencia machista se desprende dicho paternalismo jurídico que perpetúa la consideración de la mujer como “objeto” de tutela judicial, sobre la cual es el Estado quien debe decidir en pos de su bienestar o protección, y no como “sujeto” del proceso con plena capacidad para decidir. Con el presente trabajo, queremos poner de manifiesto el contrasentido que supone, por un lado, reconocer y ampliar los derechos de la víctima en el proceso penal, y por el otro, limitar la capacidad de decisión de la víctima cuando ésta es víctima de la violencia de género, al partir de la premisa legal de que la mujer víctima de este tipo de violencia no está en condiciones de decidir por sí misma y debe ser el Estado quien, en su deber de cuidado de los ciudadanos, decida en su nombre, sin tener en consideración su voluntad, e incluso, a pesar de su voluntad.

En el enjuiciamiento de la violencia de género se han instalado dos ideas altamente peligrosas. De un lado, este tipo de delincuencia no es común, y por lo tanto, la reacción penal frente a la misma no puede ser similar a la reacción penal frente a la delincuencia común. Su autor no es tampoco un delincuente común al que se le deba tratar de forma similar al delincuente común: es el enemigo, y debe ser tratado por la Sociedad de una forma muy diferente a la utilizada con el ciudadano regular que comete un crimen. Y de otro lado, el objetivo esencial es la protección de la víctima “*a pesar de la voluntad de aquélla*”, o sin tener en cuenta la misma. Se refuerza así la consideración de la víctima, no como un *sujeto* principal del proceso penal, frente al cual el Estado debe ser garante de sus derechos, sino como un objeto de protección especial por parte del Estado, y cuya voluntad es expresamente requerida y apoyada para poner en marcha la maquinaria judicial, pero una vez iniciada ésta, omite su participación o limita su capacidad de tomar sus propias decisiones, en pos de su propia seguridad, y con objetivos que van más allá de la protección de la víctima, la reparación del daño, o la retribución a través de la pena.

2. PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA EN LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PROCESO PENAL

La tradicional configuración del sistema penal se estructuraba en torno a la idea de que la respuesta estatal a la comisión de un delito pasaba necesariamente por la persecución y el castigo del culpable. La comisión de un acto punible era considerada una ofensa a la sociedad, y no sólo frente a la víctima o sus allegados, de modo que el Estado debía asumir en exclusiva el monopolio del ejercicio de la acción penal y dotar al sistema judicial de los oportunos medios y normas para la correcta aplicación del “peso de la ley” sobre quienes osaban poner en peligro la convivencia social, con lo que además se evitaba el recurso a la justicia privada por parte de los perjudicados.

Sin embargo, el tratamiento jurídico de la víctima ha sufrido una evolución radical en la que se ha pasado de un olvido material y procesal casi absoluto de la víctima, debido a que el sujeto principal del proceso penal lo constituía el acusado —al cual se le rodeó de toda una serie de garantías y derechos esenciales en las sucesivas reformas legales del derecho penal y procesal penal—, a una nueva etapa marcada por una reconsideración de la política criminal influenciada por la criminología, o para ser más exactos, la victimología, que aboga por reconocer a la víctima un papel principal a la hora de intervenir en el proceso llamado a resolver el conflicto originado con la comisión del ilícito, priorizar el derecho a la tutela judicial de aquélla, con el consiguiente reconocimiento de importantes derechos dentro del proceso penal, e instaurar un nuevo modelo de Justicia reparadora en la que no sólo se persiga una respuesta represiva y una imposición y cumplimiento de una pena, sino también la efectiva reparación del agraviado y la debida asistencia, tanto antes como después del proceso penal.

3. LA TUTELA JUDICIAL DE LA MUJER VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO PARADIGMA DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA

En las últimas décadas, la tutela y protección a las víctimas de delitos ha adquirido una gran relevancia y ha dado pie a una progresiva positivación jurídica de importantes derechos de las víctimas, con especial atención al derecho a la reparación, restitución o indemnización del daño, derecho a la información durante el proceso aunque no sea parte en él, derecho a la libertad, su seguridad y su dignidad, así como el derecho a ser oídas y el derecho de defensa, así como la idea de dotar de una tutela “reforzada” a aquellos grupos específicos de víctimas en una situación de vulnerabilidad (Sanz Hermida, 2009).

La tutela judicial de la violencia de género representa el mayor exponente de esa política legislativa encaminada a la protección de la víctima, y la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, conocida como la *Ley integral contra la violencia de género* (LMPIVG) es el mayor ejemplo de ello. Destacan, por ejemplo, la especialización de órganos para el conocimiento de los asuntos en materia de violencia de género; el reforzamiento de las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, sobre todo, tras la reforma de la orden de protección del art. 544 ter LECrim, así como también la posibilidad de acordar medidas de protección de los datos personales de las víctimas, sus descendientes o cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia; limitaciones a la publicidad de las vistas y de las actuaciones; medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores o del régimen de visitas, incluso aunque no exista aún un procedimiento civil sobre dichos asuntos, así como la suspensión de la tenencia, porte y uso de armas.

De hecho, salta a la vista el interés del legislador español por “europeizar” esa debida protección a las mujeres víctimas de violencia de género, según se deduce del impulso dado por el gobierno español durante su presidencia de la Unión Europea en el año 2010 a diversas acciones, entre las cuales destaca la Iniciativa 2010/C 69/02 (DOUE C 69, de 18 de marzo de 2010) encaminada a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección, que extendiera las órdenes de alejamiento dictadas en un país comunitario al resto de Estados miembros para proteger así a las víctimas que se desplacen dentro del territorio europeo. En este sentido, véase la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea, en la que expresamente se apoyan «las propuestas de la Presidencia española para el lanzamiento de la orden de protección europea de las víctimas y la creación de un número de teléfono de ayuda a las víctimas común para toda la Unión Europea». Aunque dicha orden se prevé con carácter general

para todas las víctimas, la raíz de su propuesta reside en asegurar especialmente la protección de las mujeres que sufren violencia doméstica.

En el plano internacional, tampoco podemos dejar pasar por alto los esfuerzos de las instituciones europeas para erradicar cualquier forma de discriminación sobre la mujer en todos los ámbitos y promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. A las distintas directivas y demás legislación comunitaria en materia de igualdad de trato en el empleo, no discriminación laboral de la mujer y frente al acoso laboral, debemos sumar toda la actividad encaminada a eliminar cualquier forma de violencia contra las mujeres, entre las cuales destacan la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006 sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones, que recomendaba a los Estados miembros que adoptaran una actitud de tolerancia cero con respecto a todas las formas de violencia contra las mujeres, así como las medidas necesarias para asegurar una protección y un apoyo mejores a las víctimas y a las víctimas potenciales; las Resoluciones del Parlamento Europeo de 16 de enero de 2008 y de 24 de marzo de 2009 referidas a la lucha contra la mutilación genital femenina, en las que se pedía a los Estados miembros la regulación de importantes medidas para la investigación y sanción de tales prácticas; la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en la que se pedía a los Estados miembros que emprendieran acciones de prevención, y a la Unión que garantizase el derecho a la ayuda y la asistencia para todas las víctimas de violencia; así como la *Estrategia 2010-2015 para la igualdad entre mujeres y hombres*, que comprende importantes medidas respecto al impulso de la dignidad, la integridad y el fin de la violencia de género.

4. LA IRRELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO SÍMBOLO DE PATERNALISMO JURÍDICO

La contrapartida a este impulso por convertir la violencia contra las mujeres en una cuestión de orden público y de máxima prioridad para las autoridades, no sólo judiciales y policiales, sino también políticas, ha sido que el Estado ha decidido limitar la autonomía de la voluntad y la capacidad de decisión de las mujeres víctimas de este tipo de violencia, a través de determinados preceptos jurídicos impregnados con cierta consideración paternalista en virtud de la cual es el Estado el que se arroga la capacidad de decidir por el bien de la víctima y para evitar, no sólo a ésta sino a la Sociedad en general, determinados daños y perjuicios.

Si entendemos de forma muy resumida el paternalismo jurídico como la intervención coactiva por parte del Estado en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma (Garzón Valdés, 1988), y en virtud de la cual se ejercita un determinado poder con el fin de impedir que ese sujeto lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le supongan un incremento del riesgo de daño, y dicho ejercicio de poder se justifica sobre la base de que tal acción evita daños importantes y es necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses (Alemany, 2005), es fácil concluir como en determinadas medidas adoptadas con respecto al enjuiciamiento de la violencia de género concurren ambos presupuestos.

De una parte, cumplen esa finalidad de promover determinados intereses a favor de la Sociedad: nadie cuestiona que la erradicación, no sólo de la violencia en el seno familiar, sino de la ejercida contra las mujeres como macabra consecuencia de una deplorable idea de dominación masculina, constituye uno de los obstáculos más graves y más perjudiciales para el propósito de lograr una sociedad más justa y equitativa. Tampoco se cuestiona la legitimidad del objetivo a

perseguir: *reducir y erradicar las insoportables cifras de violencia que sufren las mujeres, fruto de las relaciones de poder, de dominio y de discriminación que han ejercido históricamente algunos hombres contra éstas, especialmente en el ámbito de la pareja o ex pareja*, recogido en la Exposición de Motivos de la LMPIVG, y justificada una vez más en el mandato constitucional del art. 9.2 CE. Tal y como se declaró en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la Ley Orgánica 1/2004 “ha representado, sin duda alguna, un hito en la lucha por la erradicación de la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer en el ámbito doméstico y de las relaciones de afectividad”

De otra parte, arrojan como resultado la consideración de que la mujer a la cual se dirigen tales medidas no está en condiciones de decidir por sí misma qué es mejor para sus intereses. Se encuentra alienada, y por lo tanto, es el Estado el único *capaz* de resolver acerca de lo que debe permitirse y cómo deben ser protegidas estas mujeres. Su alienación, el desequilibrio de poder entre víctima y agresor, o las especiales circunstancias que rodean la relación entre ambos (hijos comunes, convivencia, posible afecto o cariño aún existente, etc.) son argumentos utilizados para impedir que ésta decida, por ejemplo, si le gustaría llegar a un acuerdo respecto de las relaciones personales y patrimoniales que se derivan de la disolución de su vínculo matrimonial, o incluso si desearía una reconciliación con aquél; si desea que una administración pública, más allá de poner a su disposición una asistencia social integral, ejerza también la acción penal para la condena del acusado; o si desea no declarar en contra de quien, hasta hace poco, era su pareja sentimental.

Por ello, se aprecia como el mismo argumento esgrimido para justificar la adopción de determinadas medidas legislativas especiales frente a este tipo de violencia, llega a volverse en contra de las destinatarias de aquéllas. Se defiende la necesidad de tales medidas especiales porque la violencia contra las mujeres “es algo sustancialmente diferente a la violencia ejercida en el ámbito familiar, porque de sus características se deriva un desvalor añadido que va más allá del daño causado: tales acciones anulan a la mujer como persona, su voluntad, su iniciativa, y consagran el dominio del varón sobre la mujer, también, en la relación familiar y afectiva (Fuentes Soriano, 2005)”, y constatan que “dicha violencia degrada los valores en los que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menoscaba derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación por razón de sexo”, según se recoge en la Circular 4/2005, del Fiscal General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la LMPIVG.

Pero el Estado, al negar la capacidad a la víctima de decidir por sí misma, también menoscaba su derecho a la libertad, anula su autonomía de la voluntad o su iniciativa, no la considera como sujeto con pleno ejercicio de sus derechos y, por qué no, refuerza ese rol patriarcal de determinar, a favor de otro, qué es lo que mejor le conviene o qué no debe hacer. Con esta posición, el Estado se contradice en su voluntad de considerar a la víctima como uno de los sujetos principales del proceso penal, pues a la vez que legisla a favor de reconocerle a aquélla múltiples derechos en el plano procesal, también limita su capacidad de decisión. Veamos qué medidas desprenden esa consideración paternalista hacia la mujer como un sujeto de capacidad limitada.

4.1. IRRELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA FRENTE A LA ORDEN DE ALEJAMIENTO

El primer ejemplo de irrelevancia jurídica de la voluntad expresada por la mujer víctima de violencia de género lo encontramos en el consentimiento a la hora de reanudar la convivencia con quien tiene dictada en su contra una medida de alejamiento o de prohibición de comunicación, pues a efectos legales, la voluntad manifestada por la víctima deja de tener consideración a la hora de determinar si hay o no condena por quebrantamiento de dicha medida.

El punto de partida arranca con la STS de 26 de septiembre de 2005, en la que el Tribunal Supremo reconoció que la vigencia o la anulación de la medida no podía quedar al arbitrio de la persona protegida, ya que supondría una “absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona (el agresor), que podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida”, pero resulta que también entendía que, si es la víctima la que decide reanudar voluntariamente la convivencia, se considera innecesaria la protección, y ello “supone el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida quedaría condicionado a la voluntad de aquella sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pudiera solicitarse del juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante”.

Por el contrario, en sus sentencias de 19 de enero y de 28 de septiembre de 2007, el Tribunal Supremo considera irrelevante el consentimiento de la víctima, esté o no viciado por presiones familiares, debido a la indisponibilidad de la pena de alejamiento, ya sea como pena accesoria, ya como medida cautelar. Y después de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 haya declarado que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP en caso de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento, las últimas sentencias apuntan en este sentido, y entre ellas destaca la STS de 13 de julio de 2009, que considera irrelevante la voluntad de la víctima por cuatro razones: a) porque el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes; b) porque el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho perseguible de oficio; c) porque el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor; y d) porque la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

Para evitar interpretaciones contradictorias respecto de la posible responsabilidad penal de la víctima-favorecedora de la orden de alejamiento, por consentir el quebrantamiento de dicha orden, el *Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la L.O. 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, de 11 de enero de 2011, ha propuesto la reforma del art. 468 CP en virtud de la cual el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará responsabilidad penal para el mismo, pero no

exonerará ni atenuará la pena del quebrantador, y ello al considerar que “el consentimiento de la persona respecto de la que se ha establecido la pena o medida debe ser estimado irrelevante a la hora de eximir o atenuar la pena del quebrantador: en todo caso se verá afectado un bien jurídico (sea el respeto a las resoluciones judiciales, sea la indemnidad de las víctimas) cuyo carácter es irrenunciable e indisponible”.

4.2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ACUSACIÓN POPULAR EN ASUNTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO AL MARGEN DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA

El origen de dicha admisibilidad reside en la ampliación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional del término «ciudadanos» al que alude el art. 125 CE, en relación con el art. 19 LOPJ y los arts. 101 y 270 LECrim, que ha pasado de entenderse referido únicamente a las personas físicas, a ser aplicado también a las personas jurídicas, y en particular, a las personas jurídico-públicas. A pesar de que en su STC 129/2001, el Tribunal Constitucional declaró que la acción popular no asiste a las personas jurídicas públicas, pues no es un imperativo de la tutela judicial efectiva, por lo que no resulta inconstitucional su inexistencia en determinados ámbitos procesales, como por ejemplo, en la jurisdicción militar o en procesos de menores, posteriormente reconoció que el término “ciudadanos” del art. 125 CE sí se incluyen las personas jurídico-públicas (SSTC 175/2001, 311/2006, 8/2008 y 18/2008).

Esta doctrina ha permitido que varias Comunidades Autónomas hayan aprobado diversas normas en las que, en materia de violencia de género, prevén la personación de las Administraciones Autonómicas como acusación popular para aquellos procesos que se lleven a cabo en dicho ámbito penal. Y hasta la fecha, ningún recurso de inconstitucionalidad se ha planteado contra dicha normativa autonómica que podría estar usurpando la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal establecido en el art. 149.1.6º CE (Gómez Amigo, 2008).

En nuestra opinión, resulta un contrasentido que se admita que una Administración autonómica o una Corporación local puedan perseguir a través del ejercicio de la acción penal popular intereses públicos distintos a los que persigue el Ministerio Público. Fuera de los casos en los que las Administraciones públicas actúen como acusadores particulares, no tiene sentido que tengan cabida en el proceso como acusadores públicos, ya que los intereses que defenderían en estos casos serían los mismos que persigue el Ministerio Fiscal. Otra cosa sería reconocer a un organismo público la facultad de concurrir, junto con el Ministerio Fiscal, para la tutela de los intereses difusos o colectivos cuando no haya un perjudicado concreto por el ilícito penal, tal y como se advirtió en el *caso Atutxa*, según el cual “en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico”. Si el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (art. 124 CE), ¿Qué interés persigue la Administración Regional en un delito de violencia de género que no es defendido por el Ministerio Fiscal?, ¿acaso la publicidad ante la ciudadanía de su actitud combativa hacia este tipo de comportamientos?

Resulta muy positivo que las distintas Administraciones Públicas se vuelquen en la lucha por la erradicación de la violencia de género a través de múltiples iniciativas y medidas, como puedan ser aquellas dirigidas a dotar de una asistencia integral a la víctima (asistencia y asesoramiento jurídico, asistencia sanitaria, atención psicológica especializada, medidas sociales y económicas, etc), así como también a través de políticas de prevención y erradicación de la violencia machista, pero consideramos que su personación en el proceso penal como acusadores populares no tiene como objetivo central la ayuda a la víctima, y sí otros móviles de carácter político, como pueda ser la publicidad mediática de esos esfuerzos por erradicar y combatir este tipo de delincuencia.

En apoyo de esta idea, vemos como la decisión de personarse o no en el proceso como parte acusadora, a parte de depender de un órgano de carácter político, no tiene en consideración la voluntad de la víctima. Al contrario, se resta importancia o se desdibuja el papel de la misma en el proceso penal, pues deja de ser el sujeto principal al cual el proceso debe servir de instrumento para conseguir la reparación y la condena por el daño soportado, para pasar a ser un convidado de piedra. Además, el reconocimiento de permitir ejercitar la acción penal como acusación popular implica la admisión de que ésta persigue un interés distinto o que no tiene por qué coincidir con los intereses de la acusación particular (la víctima, o los ofendidos y perjudicados por el delito). Si no pretende la defensa de la legalidad, procurando la tutela del interés público ante la existencia de hechos aparentemente constitutivos de delito (*ius accusandi*), ¿qué pretende?, ¿acaso no debería tener en cuenta, al menos, la voluntad de la víctima, así como también el hecho de que ésta decida personarse como acusación particular y sostener la pretensión penal de condena del acusado?

Un ejemplo de todo lo expuesto lo encontramos en la ley extremeña 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género, cuyo apartado 6º del art. 82 dice literalmente que «*En los supuestos de delitos más graves cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que causen alarma social, que se dirijan contra alguna víctima extremeña, o en aquellos supuestos en que el interés público así lo requiera, con independencia de la personación de la propia víctima o sus herederos y herederas, la Junta de Extremadura podrá personarse para ejercer la acción popular, a través de sus servicios jurídicos, o por abogados contratados, y especialmente, mediante convenios con los Colegios de Abogados*». El legislador extremeño no condiciona la participación de la administración regional a los deseos de la víctima a la hora de decidir actuar o no en el proceso, pero lo que es aún peor y denota ese trasfondo político en la actuación ante los tribunales es que olvida que la “alarma social” fue erradicada de nuestro ordenamiento jurídico hace ya más de un lustro, y además, condiciona su intervención en el proceso penal a que se trate de delitos cometidos contra víctimas “extremeñas” o cuando el interés público así lo requiera. ¿A qué otro interés público se refiere, distinto del perseguido por el Ministerio Fiscal?

4.3. LA INTERPRETACIÓN ACTUAL Y FUTURA REFORMA DE LA DISPENSA DE DECLARAR DEL ART. 416 LECRIM EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Debido a los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el art. 39 CE y en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del art. 18 CE, la víctima vinculada por lazos familiares con el acusado (incluyendo las parejas de hecho) puede ampararse en la dispensa del art. 416 LECrim para no declarar contra su agresor. Por ello, si la víctima decide no declarar en el juicio oral contra su presunto agresor, el Tribunal Supremo ha advertido en sus Sentencias de 10 de febrero de 2008 y de 27 de enero de 2009, que no puede pedirse entonces la lectura de su

declaración sumarial conforme al art. 730 LECrim, porque tal precepto no puede ser interpretado de forma extensiva, y no se trata además de una declaración sumarial irreproducible por una causa ajena a la voluntad de la parte, sino que es precisamente consecuencia del ejercicio por parte del testigo de su derecho reconocido por Ley a no declarar.

No obstante, en alguna ocasión se ha manifestado que la finalidad de dicha dispensa “no es el de proteger al imputado dentro del proceso, como viene a invocar la defensa, sino la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales y familiares del testigo, en la consideración de que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen que pudiera incriminarle, o verse en la situación de poder mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio (...), lo que no puede interpretarse, como una especie de *derecho de disposición* sobre el proceso penal del que el testigo pariente ha sido víctima, pues no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho Penal”. Así se declaró en la SAP de Madrid, secc. 27ª, de 31 de marzo de 2009, a pesar de que en las SSTS de 11 de abril de 1996 y 17 de diciembre de 1997 se había afirmado que “el precepto contenido en el artículo 416-1º de la LECrim está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo (...)”.

De ahí que se haya planteado la posibilidad de acotar o suprimir dicha dispensa para los supuestos de violencia de género. De una parte, La Fiscalía General del Estado advertía expresamente en su Memoria del año 2008 que el 44% de las retiradas de acusación se habían debido precisamente a que la víctima de violencia de género se acogió en el plenario a la dispensa de declarar, y planteaba la posibilidad *de una reforma legislativa que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él*, lo cual vuelve a reiterar en su Memoria del año 2010, interesando la reforma legal de dicho art. 416 LECrim en el sentido de rechazar que la víctima de violencia de género pueda ampararse en dicho precepto para no declarar en el juicio oral, sobre todo en aquellos casos en los que haya sido la propia víctima la que haya puesto en marcha la maquinaria judicial mediante la presentación de la oportuna denuncia.

El Tribunal Supremo ya recogió el guante en su Sentencia de 23 de marzo de 2009, en la cual advertía que «también hemos dicho que en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia advierte claramente su voluntad espontánea de declarar (STS 326/2006, 8 de marzo). Dicho en palabras de la STS 625/2007, 12 de julio, (...) cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto».

Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha seguido una interpretación similar, aunque basada en otros fundamentos. En su STC 94/2010, de 15 de noviembre, otorgó el amparo a

quien, en su día víctima de un delito de violencia de género, recurrió al máximo interprete constitucional porque la Audiencia Provincial no valoró como prueba su declaración en el juicio oral porque no se le advirtió previa y expresamente de su derecho a no declarar en contra del acusado. Para el Tribunal Constitucional, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical de la recurrente en amparo incurre en un formalismo rituario y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, y si bien no entra a analizar el alcance del art. 416 LECrim, por ser una cuestión de legalidad ordinaria, sí que es verdad que sus argumentos pueden marcar una futura interpretación jurisprudencial por los tribunales ordinarios, pues advierte que de la actitud procesal [de la víctima], “quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificatorias y punitivas (...) difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas”.

Y la doctrina también ha defendido la modificación legal de dicho art. 416 LECrim. Por una parte, se ha planteado como solución la posibilidad de entender que la presentación de una denuncia por parte del testigo-víctima, una vez fuese informado debidamente de su derecho a no declarar, como prescribe el art. 416, se considerase como una renuncia al ejercicio de la dispensa si se ha puesto en marcha el mecanismo de la Administración de Justicia, máxime si se trata, en la mayoría de los casos, de delitos públicos. En tal caso, se entiende que dicho testigo-víctima conserva intacto su derecho a decidir si declara o no contra el acusado, pero una vez decida dar el paso, debería continuarse la tramitación del procedimiento judicial vedando en esos casos la posibilidad abierta en el art. 707 LECrim (Alcalá Pérez-Flores, 2009). También se ha defendido que “la protección de la intimidad, como finalidad secundaria del art. 416 LECrim, debe ceder en favor de la averiguación de la verdad material en el caso de delitos tan importantes como los de violencia de género, donde los intereses de protección de la víctima y de su integridad llevan a considerar prevalente esta última finalidad” (Hurtado Yelo, 2010). Y, de nuevo en el informe de expertos del CGPJ de 11 de enero de 2011, se ha llegado a proponer la reforma legislativa en virtud de la cual la dispensa del art. 416 LECRIM no sería aplicable a los testigos que sean víctimas y/o perjudicados por el delito que se persiga (como sucede en los supuestos de violencia de género), así como también sería posible introducir en el juicio oral, mediante su lectura, la declaración sumarial de la víctima o perjudicado de un delito que, en dicho juicio oral, decide acogerse en ese momento a la dispensa de prestar declaración.

4.4. LA PROHIBICIÓN DE MEDIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO:

Por último, el mayor ejemplo de paternalismo jurídico en el enjuiciamiento de la violencia de género, que considera que la mujer-víctima no está en situación de decidir por sí misma, lo encontramos en la prohibición de mediación penal en los supuestos de violencia de género, y como quiera que la prohibición de mediación se refiere a cualquiera de los asuntos que sean competencia de los JVM (art. 44.5 de la L.O. 1/2004), ello afecta tanto en los procesos penales, como a aquellos civiles cuya competencia se residencie en los JVM por existir algún episodio de violencia de género.

El fundamento de la mediación aplicada al Derecho Penal se deriva de la corriente que propugna una Justicia *restaurativa* como alternativa frente al modelo tradicional de Justicia Penal *retributiva*, en la que debe considerarse a la víctima una parte importante en el desarrollo del proceso penal, de cara a conseguir una eficaz reparación del daño, a la vez que se lograría la reinserción del delincuente, a partir de su responsabilización por la comisión de la infracción. A raíz de ahí, y de importantes iniciativas por parte de la ONU y de la Unión Europea, diversos Estados han implantado el recurso a la mediación para determinados delitos, si bien en el caso de España, la mediación en el Derecho Penal de adultos no ha sido aún regulada en una norma de ámbito general, sino que se aplica en virtud de la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 CP, y a través de diversas iniciativas, proyectos o protocolos aplicados por los distintos órganos jurisdiccionales del orden penal, e impulsados desde el CGPJ.

Es cierto que la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal insta a los Estados a impulsar “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que media una persona competente”, pero también lo es que el art. 10.1 de la citada Decisión Marco advierte que “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales *para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*”, y resulta claro que el legislador español no es partidario de promover la mediación penal en los supuestos de violencia de género. Ahora bien, el argumento central sobre el que se sustenta dicha prohibición (que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes o un equilibrio de poder entre las mismas, que éstas no están en condiciones de decidir por las especiales circunstancias que rodean su relación con el presunto agresor, etc.) no resulta ser un argumento trascendental, en nuestra opinión, para prohibir expresamente la mediación penal en los supuestos de violencia de género.

Tal y como ha resaltado la ONU, es preciso tener en consideración ciertos factores que pueden influir en la existencia de desigualdad entre las partes a la hora de estimar conveniente o no la posibilidad de permitir la mediación (la edad, la madurez, la capacidad intelectual de las partes, los factores raciales, étnicos o culturales, o los graves desequilibrios de poder), pero el factor de género no se considera *per se* una causa de desigualdad, y por ello, un impedimento para la mediación penal, como sí hace la legislación española (Guardiola Lago, 2009). Dicha desigualdad entre víctima y agresor está presente en todos los ilícitos penales, también en los cometidos por adolescentes y aún así se permite el recurso a la mediación en la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, y además, resulta contradictorio con la idea de que la mediación y otras prácticas restaurativas poseen el efecto positivo para las víctimas de reducir el estrés post-traumático derivado del delito, lo cual implica necesariamente que se deba aceptar la posible presencia del mismo en el proceso restaurativo, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo.

Esto no significa que seamos partidarios de impulsar la mediación en este ámbito, a tenor de la especial situación en la que se encuentran las víctimas de este tipo de violencia. Simplemente, no compartimos que se regule legalmente una prohibición indiscriminada de mediación penal sólo para los casos de violencia de género, basada en la premisa de la desigualdad, y por lo tanto, la necesaria “sobreprotección” de la mujer-víctima, con independencia de lo que ésta pueda opinar. Además, la ley no distingue entre delitos graves, menos graves, o incluso faltas, y no impide que se acuda a la mediación en supuestos íntimamente relacionados con la violencia de género, como son la violencia doméstica o el impago de pensiones, o la violencia intrafamiliar entre allegados que no constituya violencia de género. Y no hay por qué desterrar los mecanismos de justicia restaurativa cuando se dan manifestaciones leves o iniciales de malos tratos familiares, pues no todo acto de violencia de género conlleva la separación de la pareja, y

no hay por qué obstaculizar la reconciliación de ésta —algo que el Código Civil actualmente permite—, sobre todo cuando, además, se puede llegar a condicionar la suspensión de la ejecución de la pena por un delito de violencia de género a la participación del penado en programas educativos conforme al art. 83 CP, o sustituir la pena privativa de libertad, siempre que no exceda del límite establecido en el art. 88 CP, por trabajos en beneficio de la comunidad junto con el sometimiento a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico. Además, no debemos olvidar que la LMPIVG prohíbe expresamente la mediación, pero nada impide que resulten aplicables, si lo permiten las medidas cautelares o protectoras adoptadas, aquellas instituciones jurídicas propias o afines a un sistema de justicia penal reparadora o restaurativa cuya base no es otra que la mediación entre la víctima y el agresor, como la conformidad de los arts. 787 y 801 LECRIM, o la atenuante genérica de reparación del art. 21.5 CP (Serrano Masip, 2007), si bien sobre esto último hay que advertir que el Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, anteriormente indicado, propone excluir la aplicación de la atenuante de confesión del art. 21.4 CP, o matizar los criterios que permitan su aplicación, así como la exclusión de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP, en los supuestos de violencia de género.

Por otro lado, la prohibición de mediación penal sólo para los supuestos de violencia de género también supone restarle capacidad de decisión a la víctima. Resulta así que, por un lado, la idea de una Justicia Restaurativa se basa en implementar el rol activo de la víctima durante el proceso, y por otro lado, se apuesta por negarle la posibilidad de tomar determinadas decisiones que le atañen de manera muy directa. Por decirlo de alguna manera, se establece como premisa que la víctima, por la naturaleza del delito sufrido, se encuentra “psicológicamente inhabilitada” y dicha inhabilitación la incapacita jurídicamente para tomar parte en el proceso de mediación. Sin embargo, la víctima de un delito de violencia de género no tiene por qué encontrarse necesariamente sumida en un “síndrome de la mujer maltratada”, y en el supuesto de que se produzca, no es perdurable a lo largo del tiempo, pudiéndose superar a través del paso del tiempo y de una asistencia adecuada (Guardiola Lago, 2009). Tal y como indica Vall Rius, la aplicabilidad y el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las personas y de las circunstancias concretas de cada caso, que del tipo e incluso la gravedad del delito en abstracto (Vall Rius, 2006). De ahí que cada vez sean más quienes reclaman una revisión de la política legislativa criminal que prohíbe la mediación penal en los asuntos referidos a violencia de género (Jiménez Muñoz, 2008; Castillejo Manzanares, 2010).

Es más, se da la paradoja de que algunas Comunidades Autónomas han optado por regular los servicios de mediación familiar en su normativa de desarrollo de protección frente a la violencia contra las mujeres, algo que nos parece erróneo (Marín López, 2008). En el caso de Castilla-La Mancha, por citar un ejemplo concreto, se da la paradoja de que, con anterioridad a la Ley del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar del año 2005, se aprobó la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas (ley aún en vigor, pues no ha sido derogada expresamente), en cuyo art. 10 se establece que *La Administración regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto*. No obstante, en la posterior regulación del citado Servicio social especializado y de los Puntos de Encuentro Familiar de dicha región prohíbe expresamente la mediación en los supuestos de violencia de género.

5. CONCLUSIONES

La lucha por la igualdad efectiva entre los hombres y las mujeres requiere caminar con paso firme ante las dificultades que su puesta en práctica puede ocasionar, y la violencia de género constituye uno de los mayores peligros para tal fin y una herida sangrante frente a la cual las distintas autoridades han reaccionado de diversa manera, pero con ese mismo objetivo erradicador. Ahora bien, no podemos caer en planteamientos maximalistas del tipo “todo o nada”, “o a favor o en contra”, “conmigo o contra mí”, o considerar que cualquier medio es idóneo para conseguir ese fin propuesto.

Al igual que la violencia contra la mujer es una atroz consecuencia de esas *relaciones de poder, de dominio y de discriminación que han ejercido históricamente algunos hombres contra éstas, especialmente en el ámbito de la pareja o ex pareja*, (EE.MM. L.O. 1/2004), la premisa por parte del legislador de despojar a la víctima de importantes derechos, en pos de su propia seguridad, o a favor de intereses públicos que exceden de los que pudiera percibir aquella como propios, también ayuda a mantener esa configuración patriarcal de la Sociedad que resta valor al reconocimiento de la mujer como sujeto libre y capaz de tomar sus propias decisiones.

La posibilidad de que desde instancias políticas se decida actuar en un proceso penal por violencia de género al margen de la voluntad expresada por la víctima, o con pretensiones dispares a las expresadas por aquella; la prohibición de que la víctima pueda decidir si desea o no someterse a mediación penal, manifestada de forma libre y consentida; o el rechazo a que pueda ejercer su derecho a no declarar contra el acusado, son claros ejemplos de una configuración paternalista hacia la mujer, a la vez que denotan la utilización del proceso penal para el enjuiciamiento de la violencia de género como nuevo campo de batalla, o de experimentación, de cara a la consagración de un derecho procesal del enemigo. Se considera que el acusado de violencia de género debe ser tratado por la Sociedad y por el Ordenamiento jurídico de forma diferente de la forma utilizada con el ciudadano regular. Dicho acusado es considerado un nuevo “enemigo” frente al cual cabe aplicar normas procesales y penales excepcionales (aumento de la respuesta penal, etc). Y todo ello nos lleva a cuestionarnos cuáles serán las próximas medidas a adoptar que, bajo la finalidad de acabar con este tipo de violencia en la Sociedad, tendrán como resultado, bien una merma de las garantías procesales del acusado, bien una limitación a los derechos reconocidos a la víctima del delito, o bien un aumento de la respuesta penal que convierta al Derecho Penal en un derecho de *prima ratio*, y al Proceso penal en un óptimo y afilado bisturí para tales fines.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R., “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial”, ponencia del *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, celebrado en Madrid, 21 y 23 de octubre de 2009. www.poderjudicial.es. Consultado el 5 de enero de 2011.

ALEMANY, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Cuadernos Doxa de Filosofía del Derecho*, 2005, nº28, pp. 265-303.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “El nuevo proceso penal. La mediación”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 23, 2010, pp. 69-91.

FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, núm. 6362, de 18 de noviembre de 2005.

GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Cuadernos Doxa de Filosofía del Derecho*, 1988, nº5, pp. 155-173.

GÓMEZ AMIGO, L., “El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 765, 2008.

GUARDIOLA LAGO, M. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de Justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 2009, núm. 12. www.iustel.com. Consultado el 27 de diciembre de 2010.

HURTADO YELO, “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?”, *La Ley Penal*, nº 76, 2010.

JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, pp. 25-36.

MARÍN LÓPEZ, J. J. y Otros, *Legislación sobre Mediación Familiar*, 2ª edic., Madrid, Tecnos, 2008.

SANZ HERMIDA, A., *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, ed. Iustel, Madrid, 2009.

SERRANO MASIP, M., “Efectos negativos de la proliferación de normas reguladoras de medidas cautelares y de protección aplicables a la violencia de género”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº1, año 2007.

VALL RIUS, A., “El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española”, *La Ley*, nº 6528, de 18 de julio de 2006.