

ESTRATEGIAS ACTUARIALES EN EL CONTROL PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

(Artículo publicado en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.737 a 760. ISBN 978-84-9876-136-8)

Patricia Faraldo Cabana
Profesora titular de Derecho penal
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN¹

El objeto de este trabajo es analizar críticamente uno de los aspectos más significativos de la actual política criminal en materia de violencia de género, la introducción de estrategias actuariales basadas en la presunción *iuris et de iure* de peligrosidad del condenado, como se pone de manifiesto tanto a través del sometimiento forzoso a tratamiento cuando se le concede la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o la sustitución de las penas privativas de libertad, como de la imposición obligatoria de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima u otras personas como penas accesorias en los delitos contra las personas en sentido amplio² y en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico cometidos, entre otros, contra quien sea o haya sido el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, y como reglas de conducta en caso de suspensión de la ejecución de la pena de prisión o de sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a condenados por violencia de género, en especial tras los cambios introducidos por las Leyes Orgánicas (en adelante LO) 14/1999, de 9 de junio, de reforma del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, en el Código penal.

Se trata de un tema que aconseja, en primer lugar, una aproximación desde una perspectiva que desborda el Ordenamiento jurídico español para engarzarse con la exposición y crítica de las formas postmodernas del control penal, esto es, con lo que se ha llamado la nueva penología (“*new penology*”) de la postmodernidad penal³.

¹ La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la ayuda para estancias en centros extranjeros y excepcionalmente españoles, de profesores de universidad e investigadores españoles, dentro del programa nacional de ayudas para la movilidad de profesores de universidad e investigadores españoles y extranjeros, para realizar una estancia de nueve meses en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado de Friburgo, Alemania, y de un mes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Módena-Reggio Emilia, Italia, así como a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre “Globalización económica y nuevos riesgos” (SEJ2004-07418/JURI) por el Ministerio de Educación y Ciencia.

² Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y el honor (art. 57.1 CP).

³ En la terminología empleada originalmente por FEELEY, M./ SIMON, J., “The New Penology”, *Criminology* Vol. 30, N.º.4, 1992, pp. 449 ss.

Y es que la compulsión al empleo de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima u otras personas y del tratamiento del agresor se enmarca en el contexto de la búsqueda de nuevas (y no tan nuevas) sanciones y medidas alternativas a la pena privativa de libertad. En el Derecho penal se trata de sanciones intermedias (*intermediate sanctions*) restrictivas de la libertad⁴, con las que se pretendió en su día aliviar la congestión de las prisiones desviando a los penados poco peligrosos a formas alternativas de cumplimiento de la condena a pena privativa de libertad. Ahora bien, impuestas en una sentencia penal no están funcionando como una alternativa a la prisión, sino como una suerte de custodia de seguridad en algunas ocasiones, y como un mecanismo de endurecimiento de las condiciones de ejecución de las alternativas a la prisión que permite un mayor control sobre la conducta del condenado, en otras⁵.

De hecho, en ocasiones no se duda en reconocer expresamente como un éxito que supongan un aumento de la gravedad de las sanciones impuestas a determinados delincuentes⁶.

El alto número de incumplimientos, muchas veces puramente técnicos, y las consiguientes revocaciones y sanciones a que dan lugar han supuesto una ampliación de las redes de control penal ("*net widening*") y un aumento del número de encarcelamientos, mostrando lo infundado de las tesis que afirmaban que estas sanciones intermedias permitirían aliviar la superpoblación carcelaria y disminuir los costes económicos derivados del mantenimiento del sistema de prisiones.

Este aspecto resulta de particular interés a la hora de abordar específicamente el régimen especial para la violencia de género, ya que las últimas reformas en materia de penas privativas de derechos y alternativas a la privación de libertad se han producido en España al hilo de la lucha contra los malos tratos en el ámbito familiar, y más recientemente contra la violencia de

⁴ Sobre el contexto en el que se usan durante los años setenta, vinculado con el auge de la rehabilitación, y el cambio que experimenta su orientación en la década de los ochenta, centrándose más en endurecer las condiciones de ejecución de las alternativas a la prisión para delincuentes considerados peligrosos, pero que no merecen la prisión, que en evitar la prisión en casos de escasa peligrosidad, vid. PALUMBO, D. J./ CLIFFORD, M./ SNYDER-JOY, Z. K., "From Net Widening to Intermediate Sanctions: The Transformation of Alternatives to Incarceration From Benevolence to Malevolence", en BYRNE, J. M./ LURIGIO, A. J./ PETERSILIA, J. (Ed.), *Smart Sentencing. The Emergence of Intermediate Sanctions*, Sage, Newbury Park, 1992, pp. 229 ss.

⁵ FEELEY, M./ SIMON, J., "The New Penology", cit., p. 456, resaltan el hecho de que estas alternativas, que durante mucho tiempo fueron consideradas un medio para facilitar la rehabilitación del delincuente en la comunidad, pasan a ser consideradas como una "forma económicamente eficiente de gestionar y sancionar una población crónicamente problemática".

⁶ Vid. CARLSON, N., "Mandatory Penalties, Victim Cooperation, and the Judicial Processing of Domestic Abuse Assault Cases", *Crime & Delinquency* Vol. 41, N°.1, 1995, p. 146.

género⁷. Precisamente en este ámbito de la delincuencia se aprecian tendencias de política criminal que apuntan a una transformación paulatina, pero no por ello menos decidida, hacia una nueva penología que, bajo la cobertura de la tutela de la víctima, *leit motiv* de buena parte de las reformas emprendidas, presume *iuris et de iure* la peligrosidad de determinadas categorías de delincuentes que trata con criterios propios de la gestión actuarial de riesgos, cuya extensión desde el sistema penal de excepción que regula la violencia doméstica y de género a otros ámbitos de la delincuencia ya se apunta en los últimos proyectos de reforma.

Estas estrategias suponen la superación del enfoque rehabilitador hacia estrictas formas de impartición de justicia que parten de una administración regularizada del peligro criminal⁸.

El empleo de herramientas estadísticas basadas en técnicas actuariales para determinar la peligrosidad de un sujeto, en particular en relación con la puesta en libertad provisional, la determinación de las penas en la sentencia, la concesión de alternativas a la privación de libertad o la clasificación de los presos a efectos de la concesión del tercer grado o de la libertad condicional, responde originalmente a la necesidad de limitar la discrecionalidad judicial con un instrumento que no permite tomar decisiones discriminatorias por razón de raza, sexo, etc. Sin embargo, en la doctrina se reconoce que la estandarización de la respuesta penal puede dar lugar a desigualdades intolerables⁹.

Y aunque ya he apuntado que esta evolución se caracteriza por ser una muestra más de la consolidación de lo que se ha llamado la “nueva” penología de la postmodernidad tardía, lo cierto es que asistimos a una sorprendente recuperación de modelos penológicos arcaizantes que se creían abandonados¹⁰. En efecto, estas “nuevas” sanciones, medidas de seguridad y reglas de

⁷ La expresión “violencia de género” es un barbarismo, pero permite poner el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre. Sobre la propiedad de su empleo y el profundo cambio que supone en la forma de abordar la violencia contra la mujer en la pareja vid. FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género”, *Revista Penal* núm.17, enero 2006, *pássim*.

⁸ Cfr. BRAITHWAITE, J., “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, *British Journal of Criminology* Vol. 40, 2000, pp. 224 ss.

⁹ Cfr. GOLDKAMP, J., “Prediction in criminal justice policy development”, en GOTTFREDSON, D. G./ TONRY, M. (Eds.), *Prediction and classification: criminal justice decision making*, University of Chicago Press, Chicago, 1987, pp. 103 ss.

¹⁰ Cfr. BLOMBERG, T. G./ LUCKEN, K., *American Penology: A History of Control (New Lines in Criminology)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000, pp. 226-229. Lo destaca también GARLAND, D., “Penal Modernism and Post-modernism”, en BLOMBERG, T./ COHEN, S. (Eds.), *Punishment and Social Control*, 2nd. ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2003, p. 65, en relación con la utilización de estrategias actuariales en la gestión penal de grupos de riesgo, destacada como un elemento de la postmodernidad penal, y los movimientos eugenésicos de principios del siglo XX, que comparten la preocupación por el riesgo diferencial de determinadas categorías de sujetos. Indica que podría parecer prematuro trasladar a España el intenso debate anglosajón al respecto, en vista de que el sistema de garantías normativas español “presenta un suelo suficientemente firme, poco receptivo –de partida- a un inverosímil reflote de modelos penológicos o sancionatorios arcaizantes en un Estado Social y de Derecho”, pero que “podríamos pagar caro la osadía de *minusvalorar la enorme influencia que dicho modelo acaba teniendo en todo el mundo, y en particular en Europa, como consecuencia de la universalización de los patrones culturales del “American*

conducta tienen profundas raíces en nuestro Derecho histórico, pues el destierro y el extrañamiento son viejos conocidos de los sistemas penales continentales. Pero los delitos a los que se aplican han cambiado, aunque se mantiene, si bien con distinta orientación, el objetivo que persiguen.

Se ha pasado de su empleo en los delitos políticos, relacionados con la seguridad del Estado, a su aplicación a los delitos contra las personas, y en particular a aquellos en los que existe una relación de vecindad o parentesco entre víctima y autor. Por otro lado, se mantiene el objetivo de la inocuización, pero en la actualidad se entiende como una inocuización que se extiende más allá del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

El sesgo inocuizador que contamina a las prohibiciones de aproximación y comunicación y a la imposición del tratamiento forzoso en el marco de las alternativas a la privación de libertad constituye el discurso político-criminal más distintivo y preocupante que se desprende de su estudio, en particular cuando se comprueba que se enmarca en una corriente más amplia que se extiende a todas las medidas penales de la postmodernidad¹¹.

II. LA ESTANDARIZACIÓN DE LA RESPUESTA PENAL A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

A la hora de establecer medidas penales para el control de la violencia de género no pueden ignorarse los rasgos básicos que permiten deslindar la singularidad de la violencia que padece la mujer a manos de su pareja, y muy en particular la clase de relación entre el agresor y la víctima: relación sentimental o de convivencia, actual o de pasado reciente, con o sin hijos, de intimidad afectiva y/ o sexual entre dos personas adultas, con su propia dinámica de interacción en modo alguno asimilable a otras relaciones familiares¹².

Piénsese que en la relación de pareja se proyectan de forma singular las representaciones sobre la propia identidad y las expectativas donde los roles de género, culturalmente transmitidos y aprendidos, juegan un papel decisivo. Las expectativas de acatamiento y sumisión de la mujer en esa relación se encuentran en la base de la violencia empleada por el varón como instrumento para reclamar el efectivo sometimiento. A la vez, el repliegue de la mujer ante el hostigamiento, que se explica como mecanismo de defensa dirigido a protegerse de las experiencias vividas que resultan insoportables o difíciles de sobrellevar, y los intentos de salvar la relación, frecuentemente para evitar los traumas de una ruptura para los hijos comunes o para no tener que hacer frente al reproche social o familiar por ser causante de la ruptura, no son ajenos a su socialización en el modelo de género, pero tampoco a una lógica ponderación de costes y de valoración de afectos que no puede tacharse de irracional¹³. El proceso de ruptura requiere un tiempo de maduración y de asunción de las

way of life”, HERRERA MORENO, M., *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la postmodernidad penal*, Grijley, Lima, 2002, pp. 24-25, citando a SILVA (cursivas en el original).

¹¹ Cfr. PRATT, J., “The Return of the Wheelbarrow Man: Or, the Arrival of Postmodern Penalty?”, *British Journal of Criminology* Vol.40, N°.1, 2000, p. 140.

¹² Sigo a ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y otros (eds.), *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 205-206.

¹³ Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm.12, 2ª época, julio 2003, pp. 299 ss; de la misma autora, “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, *Cuadernos penales José María Lidón* núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 159 ss. También ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica””, cit., p. 206. Sobre la importancia de la relación sentimental para la mujer y su influencia en las elecciones que hace en

consecuencias, lo que explica en muchas ocasiones el titubeo o la tardanza en la adopción de ciertas decisiones, o en denunciar los hechos cuando la situación resulta ya explosiva¹⁴, titubeo o tardanza que en ocasiones se ha entendido como morbosa o lindante con el masoquismo.

De ello derivan ciertas características del maltrato a la mujer en la pareja que deben tenerse en cuenta en el diseño de las pautas político-criminales de actuación¹⁵. Evidentemente se trata de peculiaridades asociadas a las vicisitudes de la relación de pareja, ámbito que es difícilmente compatible con la imposición por ley de una ruptura no deseada, lo cual genera un problema de imposible resolución desde parámetros estrictamente punitivos. De ahí la necesidad de una intervención más meditada que la que han operado las LO 15/2003 y 1/2004.

No toda intervención estatal que pretende favorecer a la mujer acaba redundando en una mejora de su bienestar, como podremos comprobar a continuación, pues, en efecto, la imposición obligatoria del alejamiento del agresor como pena accesoria y/ o regla de conducta durante la suspensión o la sustitución de penas privativas de libertad impuestas a condenados por violencia de género puede repercutir negativamente en la propia víctima, en particular cuando sólo desea el fin de la violencia y no la ruptura de su relación sentimental con el agresor.

La actual regulación de las prohibiciones de aproximación y comunicación y del tratamiento en el marco de las alternativas a la privación de libertad en el sistema penal español permite constatar la pérdida de importancia de principios como el de culpabilidad por el hecho, sustituidos por la pretensión de identificar, clasificar y gestionar grupos de delincuentes según su peligrosidad, buscando la mayor eficiencia en la vigilancia, el confinamiento y el control. Vivimos una época en la que el establecimiento de mecanismos de racionalización de los recursos, también de los dedicados a la seguridad pública, y la incorporación de ideas de eficiencia y ahorro propician la adopción de estrategias actuariales en la gestión del delito¹⁶. La implantación de estas estrategias, nacidas en el sector de los seguros, “trasluce una toma de conciencia por parte del poder público, en una *sociedad del riesgo*, de la imposibilidad de conjurar el riesgo, o incluso de reducirlo significativamente (es decir, de la necesidad de convivir con altas tasas de –determinada- criminalidad), de modo que se ponen en marcha mecanismos preordenados a su gestión eficiente y, en su caso, a su redistribución”¹⁷. Ello ha supuesto dar entrada en la discusión político-criminal a nuevas

caso de violencia de género, vid., con extensa revisión de la literatura feminista, BAKER, K. K., “Dialectics and Domestic Abuse”, *The Yale Law Journal* Vol. 110, 2001, pp. 1475 ss.

¹⁴ Cfr. HAIMOVICH, P., “El concepto de malos tratos. Ideología y representaciones sociales”, en MAQUIEIRA, V./ SÁNCHEZ, C. (compiladores), *Violencia y Sociedad Patriarcal*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1990, p. 103, quien señala que no todas las mujeres maltratadas se dirigen al sistema penal en busca de protección, porque la denuncia se ve como una ruptura definitiva, y puede suponer no sólo el cuestionamiento del mundo íntimo de la mujer, sino también el castigo de una persona con la que aún tiene vínculos afectivos que todavía se tiene la esperanza de recuperar.

¹⁵ Apuntadas por ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica””, cit., pp. 206-207. Destaca la necesidad de tener en cuenta la relación íntima entre las partes implicadas en la violencia de género MILLS, L. G., “Killing her softly: Intimate abuse and the violence of state interventions”, *Harvard Law Review* Vol. 113, N° 2, 1999, p. 569.

¹⁶ Los primeros en describir la utilización de la gestión actuarial en el sistema penal como nota característica de una nueva penología fueron FEELEY, M. M./ SIMON, J., “The New Penology”, cit., pp. 449-474; de los mismos autores, “Actuarial Justice”, cit., pp. 173-201.

¹⁷ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch,

propuestas centradas en hacer recaer sobre el delincuente peligroso el peso de la prevención del delito, sometiéndolo a medidas inoquizadoras de duración indeterminada o de larga duración.

Ahora bien, la prevención se entiende menos como la evitación de conductas prohibidas que como la reducción de la probabilidad y gravedad de la infracción¹⁸.

Las teorizaciones, y las prácticas, de la prevención situacional se muestran en el presente como la versión paradigmática de esas lógicas de intervención ambiental orientadas a la reducción de las oportunidades de delinquir.

En el debate actual sobre el sistema penal se observa la penetración de una concepción criminológica neoclásica que es compartida por las lógicas de la prevención situacional, las teorías criminológicas de la vida cotidiana, de la oportunidad, de la opción racional y de las actividades rutinarias o, en fin, por el pensamiento actuarial, que se evidencia en la existencia de unas “criminologías de la identidad”, pero también de unas “criminologías de la alienación”. Las primeras se construyen sobre la imagen del infractor como predador peligroso, que actúa maximizando sus beneficios. Pese a ello, en este tipo de análisis no interesa en absoluto el criminal, que se toma como mero dato de partida, y menos aún su reinserción o rehabilitación futura. Lo que es objeto de atención es el análisis del proceso de victimización (las características y tipo de vida de la potencial víctima, la existencia de bienes apetecibles para el agresor, la existencia o no de barreras de protección o la posibilidad de que mediante las políticas criminales –intimidatorias e inoquizadoras- se logren reducir los riesgos de victimización). Junto a esta orientación, y de forma no subordinada a ella, conviven las denominadas “criminologías de la alienación” o “del otro”, en las que, si bien de una forma diferente a la tradicional orientación etiológica¹⁹, se considera que el infractor es un ser distinto, lastrado por déficits hereditarios, psicológicos, educativos, que debe ser alejado, contenido o eliminado; en el mejor de los casos, se considera que ese infractor caracterizado por la alteridad es un sujeto frente al cual hay que defenderse. Junto a ello, se difunde una imagen del criminal que refuerza sus elementos de peligrosidad y abyección. En la sociedad actual las estrategias político-criminales basadas en una y otra perspectiva se superponen, dando lugar a una postmodernidad penal transida de ambivalencias²⁰.

El ejemplo que ofrece el tratamiento de la violencia de género es sumamente instructivo. La imposibilidad de atajar el problema a corto plazo y el altísimo índice de reiteración delictiva, así como la enorme variedad en la gravedad de las conductas constitutivas de maltrato, ha llevado a una trascendental mutación en la forma de aproximarse al fenómeno: se ha pasado de pretender el castigo del agresor individual de acuerdo con su culpabilidad y el

Valencia, 2004, p. 43. Al respecto, cfr. FEELEY, M. M./ SIMON, J., “Actuarial Justice”, cit., pp. 174-175; MILLER, L. L., “Looking for Postmodernism in all the Wrong Places: Implementing a New Penology?”, *British Journal of Criminology* Vol. 41, N°.1, 2001, p. 170; ROSE, N., “Government and Control”, *British Journal of Criminology* Vol. 40, N°.2, 2000, p. 331.

¹⁸ Cfr. FEELEY, M. M./ SIMON, J., “Actuarial Justice”, cit., p. 178.

¹⁹ Pues no se pretende la eliminación de las causas que llevan al sujeto a convertirse en delincuente sino simplemente hacer el delito menos atractivo para el delincuente potencial. Cfr. MEDINA ARIZA, J. J., “El control social del delito a través de la prevención situacional”, en STANGELAND, P. (Dir.), *La Criminología aplicada*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 283-284.

²⁰ Así, GARLAND, D., “Penal Modernism”, cit., pp. 60 ss; ROSE, N., “Government and Control”, cit., p. 322. Como destacan FEELEY, M./ SIMON, J., “Actuarial Justice”, cit., p. 194, pese a la fachada del lenguaje de los derechos, existe un discurso más poderoso en el que el conflicto es descrito como un conflicto de grupos.... El “delito” es la pertenencia, pertenencia al grupo “enemigo”, y no una conducta individualizada”. La relación con el Derecho penal de enemigos, del que tanto se habla hoy en día, es inmediata.

grado de injusto del hecho cometido a castigarle de acuerdo con la peligrosidad que el hecho cometido revela de cara a su comportamiento futuro; de imponer medidas cautelares atentas al peligro que para la prueba puede representar el presunto delincuente y penas y/ o medidas de seguridad diseñadas en clave de rehabilitación y reinserción social²¹, a imponer medidas cautelares y sanciones que pretenden el control de un grupo de riesgo, los hombres violentos con sus parejas o ex parejas, frente al cual predomina el convencimiento de que quienes lo integran son sujetos irrecuperables y muy peligrosos²², no tanto porque no puedan ser sometidos a tratamiento sino por su condición ingobernable como portadores de un riesgo no reducible por las vías ordinarias de gestión, convirtiéndose en consecuencia en destinatarios de medidas que únicamente pretenden la inocuización, que no es más que la neutralización convertida en función básica del sistema de control²³.

No se pretende tanto la disuasión, objetivo del análisis económico del Derecho aplicado al sistema penal, que considera al delincuente un sujeto racional que puede ser motivado por el aumento del coste del delito, cuanto la pura inocuización, propia de la gestión actuarial de riesgos, que considera al delincuente un sujeto inerte desde el punto de vista de su influencia en el proceso de toma de decisiones, cuya conducta no puede ser influenciada, por lo que lo único que se puede hacer es identificarlo e incapacitarlo como miembro de un grupo de alto riesgo²⁴.

Puede sorprender esta afirmación en un momento en que los sistemas penales europeos, incluido el español, están apostando fuertemente a favor de los programas de tratamiento para maltratadores, sea como alternativa a la pena de prisión, sea como regla de conducta impuesta conjuntamente con una pena no privativa de libertad o como condición de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, pero no existe contradicción alguna. En efecto, en el tránsito del sistema penal del Estado providencia, fordista, al sistema penal del actual modelo de Estado, postfordista²⁵, “quizá lo que resulta más sorprendente es que el aparato correccionalista asociado con el welfarismo penal está, en su mayor parte, aún en pie... Los individuos siguen siendo evaluados y clasificados; se siguen identificando los factores de riesgo y las perspectivas de tratamiento; el poder de castigar sigue estando recubierto por un envoltorio psicosocial de diagnóstico y cura. Si vivimos en una era “post-rehabilitación”, como se supone convencionalmente, no es porque las estructuras para evaluar y rehabilitar a los individuos hayan sido desmanteladas y eliminadas”²⁶, antes bien, en ciertos sectores de la delincuencia, como ocurre en la violencia de género, esas estructuras se potencian, pero con una orientación de la que antes carecían²⁷. Y es que el tratamiento tradicional ahora desempeña nuevas funciones, y en

²¹ En la pobre medida en que se puede decir que el sistema de penas y medidas de seguridad se orienta a dicho objetivo de prevención especial.

²² Sobre los nuevos ciber-pronósticos de peligrosidad criminal, al servicio de un modo formulario y cuasi-automático de aplicación de la ley penal, vid. FEELEY, M./ SIMON, J., “Actuarial Justice”, cit., pp. 173 ss; PRATT, J., “The Return of the Wheelbarrow Man”, cit., p. 136.

²³ Sobre la reducción de los aspectos sociales, individualizadores y humanistas de la ejecución de la pena de prisión y de sus alternativas, sustituidos por cometidos de estricta supervisión electrónica, vid. HERRERA MORENO, M., *Publicidad y control penal*, cit., pp. 30-31.

²⁴ FEELEY, M. M./ SIMON, J., “Actuarial Justice”, cit., p. 189.

²⁵ Magistralmente descrito por BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “Itinerarios”, cit., pp. 24 ss.

²⁶ GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 279; del mismo autor, “Penal Modernism”, cit., pp. 63-64.

²⁷ Destaca este fenómeno HERRERA MORENO, M., *Publicidad y control penal*, cit., pp. 40 ss.

particular se enmarca en lo que se ha llamado un “*custodial continuum*”²⁸, esto es, en un mecanismo que permite ejercer un control continuo sobre el individuo sin necesidad de encerrarlo en prisión y que en realidad no pretende una verdadera rehabilitación, en la que nadie cree, sino que sólo finge tenerla como objetivo.

Precisamente es la extensión del tratamiento uno de los elementos que permiten afirmar que “el control del delito se está volviendo una responsabilidad no sólo de los especialistas de la justicia penal, sino de toda una serie de actores sociales y económicos”²⁹. El desarrollo de este nuevo sector, centrado en la preocupación por la prevención y la gestión del riesgo, está ligado a los cambios que están experimentando otros sectores más tradicionales del sistema penal, como sucede con la orientación de la policía a labores preventivas, o con el incremento del control del cumplimiento de las alternativas a la pena de prisión, que da como resultado un correlativo aumento de las revocaciones y, por lo tanto, de las consiguientes transformaciones en privación de libertad cuando el delito originario no necesitaba ni merecía tal reacción.

Ahora bien, la generalización de la respuesta penal olvida que bajo la etiqueta de “maltratador” se esconden tipologías muy diversas de sujetos, y que la violencia en el ámbito familiar y de género abarca un amplio conjunto de conductas de muy distinta frecuencia, intensidad y gravedad cuyas causas siguen siendo discutidas, con lo que lo único que se consigue es estereotipar a un grupo de delincuentes³⁰.

Se empieza identificando a los sujetos más violentos, se les califica de “maltratadores” y se analiza retrospectivamente la escalada de la violencia como un fenómeno que se considera inevitable, hasta llegar a un punto insoportable que incluye en ocasiones la muerte de la víctima. De esta forma se refuerza la presunción general de que toda la violencia de género presenta la misma evolución y que todos los maltratadores son igualmente peligrosos. El resultado es que se legisla para los casos más graves, olvidando que existen importantes diferencias de gravedad y de periodicidad de los incidentes, además de una gran variedad de explicaciones sobre el origen de la conducta violenta y sobre las formas de enfrentarla³¹.

La implementación de tratamientos obligatorios para condenados por delitos relacionados con la violencia de género sirve para que el legislador muestre su implicación en los problemas que preocupan a la sociedad, pero es dudoso que se consigan efectos apreciables en lo que se refiere al control del delito³².

²⁸ Cfr FEELEY, M./ SIMON, J., “The New Penology”, cit., p. 460.

²⁹ GARLAND, D., *La cultura del control*, cit., p. 280.

³⁰ Sobre la desaparición de la consideración individual del sujeto en favor de su comprensión como miembro de una subpoblación e intersección de varios indicadores categoriales en la justicia actuarial vid. FEELEY, M. M./ SIMON, J., “Actuarial Justice”, cit., p. 178. Destaca la desigualdad que se crea a través de la igualdad forzada de los desiguales ALLEN, F. A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, Yale University Press, Newhaven, 1981, pp. 74-75, en particular cuando responde a la alarma social creada por la extensión epidémica de ciertos delitos.

³¹ Sobre esta cuestión vid. CORVO, K./ JOHNSON, P. J., “Vilification of the “batterer”: How blame shapes domestic violence policy and interventions”, *Aggression and Violent Behavior* 8, 2003, pp. 259 ss, quienes destacan que la creencia general en que la violencia aumentará con el tiempo responde a las observaciones de los trabajadores sociales de las casas de acogida, que atienden los casos más graves. Se olvida la enorme variedad en la fenomenología del maltrato.

³² En lo que concierne a la imposición de la obligación de participar en los programas de tratamiento, la mayoría de la doctrina se decanta por una postura realista que parte de que muchos agresores no reconocen la existencia del problema y no tienen una motivación

Por su parte, la imposición obligatoria de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima es muestra también de esta estandarización de la respuesta penal a las conductas violentas en el hogar o contra la mujer. El hecho de que se impida al juez o tribunal valorar la adecuación de la prohibición al caso que se está examinando, que una vez impuesta no se permita levantar la pena cuando se aprecie que el condenado no supone un peligro merecedor y necesitado de esa reacción, que no se requiera la petición de la víctima y ni siquiera se consulte o se valore su opinión, son, en fin, indicios de la introducción de estrategias actuariales en el control penal de este tipo de violencia.

En todo este desarrollo se parte de la consideración del delincuente como un animal al que hay que retener o cuyos dientes y garras hay que limar para que no haga daño.

Llama la atención que las actuales formas de gestión de la peligrosidad criminal no oculten que ven a los delincuentes como animales peligrosos que hay que retener e inocuizar³³.

Pero es que además la generalización de la respuesta penal también estereotipa a la víctima, presentando a la mujer maltratada como una persona pasiva, incapaz de tomar la decisión de poner fin a la relación destructiva en la que está inmersa, olvidando que las mujeres que reciben la etiqueta de “maltratadas” no son en absoluto un grupo uniforme en sus características psicológicas, culturales, económicas, sociales, etc., como tampoco en lo que se refiere a las estrategias que emplean para escapar de la violencia³⁴, pues hay otras formas de eludir la violencia que no suponen acudir al sistema legal ni separarse. Todo ello lleva a que

intrínseca para cambiar su conducta, por lo que no parece en absoluto inadecuado darles una motivación extrínseca, como puede ser la concesión de la suspensión acompañada como regla de conducta del sometimiento a un programa específico. Así, BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Violencia intrafamiliar: la mujer maltratada”, en RECHEA ALBEROLA, C. (Dir.), *La criminología aplicada II*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-1998, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 291-292; o MADINA, J., “Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar”, en ECHEBURÚA, E., y otros, *Personalidades violentas*, Pirámide, Madrid, 1998, p. 158, quien advierte que “la mayoría de los hombres violentos jamás reconocerán su problema y consecuentemente carecen de la mínima motivación para aceptar una terapia psicológica de forma voluntaria”, motivo por el cual “el tratamiento a maltratadores se inscribe dentro de lo que se ha venido en llamar terapias coactivas”. A favor de que el tratamiento sea un sustitutivo de la pena privativa de libertad que sólo se imponga si se asume voluntariamente GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 43-44. Por su parte, ECHEBURÚA, E./ FERNÁNDEZ-MONTALVO, J., “Hombres maltratadores”, en ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ CORRAL, P. de, *Manual de violencia familiar*, Siglo XXI, Madrid, 1999, p. 87, señalan que “las tasas de éxito de los pacientes derivados del juzgado o sometidos obligatoriamente a tratamiento son muy bajas”, pues “en estos casos el maltratador no tiene una motivación genuina para que se produzca un cambio sustancial en su comportamiento”

³³ Cfr. MILLER, L. L., “Looking for Postmodernism”, cit., pp. 170 ss.

³⁴ Muy críticas acerca de este desarrollo COKER, D., “Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A Critical Review”, *Buffalo Criminal Law Review* Vol. 4, N°.2, 2001, p. 826 ss; O’CONNOR, C., “Domestic Violence No-Contact Orders and the Autonomy Rights of Victims”, *Boston College Law Review* Vol. 40, N°.4, 1999, pp. 958 ss; RANDALL, M., “Domestic Violence and the Construction of “Ideal Victims”: Assaulted Women’s “Image Problems” in Law”, *Saint Louis University Public Law Review* Vol. XXIII, N°.1, 2004, pp. 145 ss.

se adopte una actitud condescendiente, al mismo tiempo protectora y paternalista, pues el Ordenamiento jurídico sabe mejor que la propia víctima qué es lo que le conviene en orden a garantizar su seguridad, cuando en realidad es incapaz de protegerla.

Hay que prescindir de la idea de que existe una categoría de mujeres maltratadas, esto es, de mujeres con ciertas características que las hacen víctimas propicias de la violencia masculina.

Ante la uniformidad de la respuesta penal al maltrato hay que señalar que antes de empezar a hablar de prohibir toda relación o de compeler al tratamiento es necesario conocer la multiplicidad de factores explicativos de la conducta violenta en la pareja y en la familia y la fenomenología de la violencia, y reconocer que no es posible responder con una sola estrategia a la conducta delictiva. Sólo de esta forma se recuperará el enfoque centrado en el delincuente individual, abandonando el abordaje de ciertos delitos como un problema de grupos de riesgo y enfocando la respuesta penal más incisiva sobre los delincuentes más peligrosos, una vez determinada su peligrosidad de acuerdo con sus antecedentes penales y policiales y la gravedad de las infracciones anteriormente cometidas³⁵.

La tutela de la víctima y de otras personas no es más que una excusa en esta extensión de las restricciones de derechos. Prueba de ello es que se prescinde sistemáticamente de consultar y valorar su opinión al respecto, lo que en el caso de la violencia de género da lugar a “un sistema legal desequilibrado que propicia de modo creciente dinámicas de alejamiento y prescinde de las que facilitan la aproximación y la conciliación en la gestión de conflictos”³⁶.

En efecto, las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima impuesta o mantenida contra la voluntad de ésta en caso de violencia de género supone desoír la voz de la mujer que pretende el cese de la violencia a la par que mantener o reanudar la relación sentimental con su pareja³⁷. Ciertamente es que no faltan casos en que la voluntad de la mujer está condicionada por el miedo a la reacción del agresor o, en general, por la situación de falta de libertad en la que vive, que influye en su comportamiento³⁸. Pero también hay supuestos en que la mujer valora más su

³⁵ Como propone BERK, R. A., “What the Scientific Evidence Shows. On the Average, We Can Do No Better Than Arrest”, en GELLES, R. J./ LOSEKE, D. R. (Eds.), *Current Controversies on Family Violence*, Sage, Newbury Park, 1993, p. 333.

³⁶ SANZ MULAS en SANZ MULAS, N./ GONZÁLEZ BUSTOS, M. A./ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 159. Como apunta LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, cit., p. 161, “el sistema penal no está abierto para mujeres que a pesar de ser víctimas de malos tratos no desean separarse (aún) de sus parejas”; de la misma autora, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, cit., pp. 274-276, donde denuncia la incomprensión general para con la mujer que denuncia y luego no quiere separarse. En la literatura anglosajona vid. por todos GOODMARK, L., “Law Is The Answer? Do We Know That for Sure? Questioning the Efficacy of Legal Interventions for Battered Women”, *Saint Louis University Public Law Review* Vol. XXIII, N.º 1, 2004, p. 19.

³⁷ Lo que supone una visión androcéntrica del problema que no atiende al interés de la mujer. Cfr. FERRARO, K. J./ POPE, L., “Irreconcilable Differences. Battered Women, Police, and the Law”, en HILTON, N. Z. (Ed.), *Legal responses to wife assault: Current trends and evaluation*, Sage, Newbury Park, 1993, pp. 100-101, que destacan cómo ese divorcio entre lo que la policía, el ministerio fiscal y los tribunales esperan de la mujer y la reacción de ésta lleva a una incomprensión mutua que termina por beneficiar a los autores del maltrato.

³⁸ Tan es así que ya hace años se adaptó el concepto de indefensión aprendida para explicar la incapacidad psicológica de la mujer a la hora de abandonar al agresor. Cfr. WALKER, L.,

relación que el peligro que corre, y no debemos limitarnos a descalificar esa opción como irracional o carente de sentido³⁹ y olvidarla. “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”⁴⁰. Este objetivo no se consigue imponiendo por ley la separación.

La despreocupación por los intereses reales de la víctima puede llevar a que ésta decida no denunciar cuando sabe que una vez presentada la denuncia pierde todo control sobre lo que suceda, incluyendo el desarrollo futuro de su relación sentimental⁴¹, lo que supone una significativa pérdida de efectividad de las “*no drop policies*” al faltar precisamente el primer eslabón de la cadena.

Por lo demás, curiosamente, respecto de los menores, que constituyen el segundo colectivo más numeroso de víctimas de la violencia familiar, se va imponiendo en la jurisprudencia la tesis de que deben ser oídos en todo caso, aunque su opinión no sea vinculante. Ha marcado el punto de inflexión la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 9 dispone que “1. el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera

The Battered Woman, Harper Colophon Books, New York, 1979, pp. 45-47.

³⁹ “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”. LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, cit., p. 300. En este sentido, vid. también BAKER, K. K., “Dialectics and Domestic Abuse”, cit., p. 1477; FERRARO, K. J./ POPE, L., “Irreconcilable Differences”, cit., pp. 105 ss; HAN, E. L., “Mandatory Arrest”, cit., pp. 167-168; O’CONNOR, C., “Domestic Violence No-Contact Orders”, cit., pp. 962 ss; RANDALL, M., “Domestic Violence”, cit., pp. 142-143. Antes bien, estas políticas suponen un maltrato emocional que perjudica la evolución clínica de la mujer maltratada. Cfr. MILLS, L. G., “Killing her softly”, cit., pp. 553-554. Destacan cómo la decisión de la víctima de continuar la relación con el agresor es racional en el contexto violento en que tiene que tomar decisiones, en particular teniendo en cuenta que muchas mujeres desarrollan dependencia emocional del agresor, mientras que el coste del proceso no se ve compensado por los resultados que de él se obtienen, en vista de que la separación tampoco garantiza la seguridad de la mujer, HOYLE, C./ SANDERS, A., “Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment?”, *British Journal of Criminology* Vol. 40, N°.1, 2000, pp. 19 ss. Vid. también, ampliamente, FERRARO, K. J., “The rationalization process: How battered women stay”, *Victimology* Vol. 8, N°.3-4, 1983, pp. 203-212.

⁴⁰ LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, cit., p. 300. Cualquier otra posición supone una imposición a la mujer que acaba por “desapoderarla”, perjudicando el libre desarrollo de su personalidad. Cfr. FERRARO, K. J./ POPE, L., “Irreconcilable Differences”, cit., pp. 102-103.

⁴¹ Se trata de una crítica generalizada en la doctrina. Vid. sin embargo ROBBINS, K., “No-Drop Prosecution of Domestic Violence: Just Good Policy, or Equal Protection Mandate?”, *Stanford Law Review* Vol. 52, N°.1, 1999, pp. 220-221, que afirma que en los estados donde se han implementado estas políticas no ha habido una disminución, sino antes bien un aumento de las denuncias, si bien reconoce que ello puede deberse a que llamar a la policía es un acto instintivo de supervivencia, más que una decisión calculada. A mi juicio, además de eso hay que apuntar que el aumento de las denuncias puede deberse a las campañas a favor de la intolerancia frente a los malos tratos que suelen acompañar la adopción de las “*no drop policies*”.

personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”.

III. CONCLUSIONES

Al inicio señalé que hasta ahora se ha fracasado a la hora de entender y atender la propia ambivalencia que manifiesta la mujer a la hora de recurrir a la Administración de Justicia. Frente a la anulación de su voluntad a través de la imposición obligatoria del alejamiento del agresor, que supone un tratamiento especial, necesario en este ámbito precisamente por la relación que une al autor y a la víctima, pero que parte de una imagen irracional de la mujer maltratada, hay que realizar un nuevo esfuerzo de comprensión que vaya más allá de la tutela que se ofrecería a una persona incapaz, y que sin dejar de ser un tratamiento especial⁴² permita reinterpretar esas medidas de protección de forma compatible con el respeto a su intimidad y autonomía personal, derecho al que pertenece la libertad de crear, mantener y poner fin a una relación sentimental⁴³. En la medida en que el sistema penal sólo atiende a una lógica, la del castigo, y desatiende cualquier otra demanda de la mujer, no debe extrañar que ésta entienda que ese sistema no la va a apoyar en lo que ella pretende conseguir⁴⁴, que es el cese de la violencia, no necesariamente una separación forzosa. No toda intervención estatal que pretende favorecer a la mujer acaba redundando en una mejora de su bienestar, como nos demuestra un análisis incluso superficial de pertinencia de género.

⁴² Destacan que las “*no drop policies*” no se basan en un tratamiento igualitario, sino especial, en consideración a las peculiaridades de la relación de pareja, FRIEDMAN, L. N./ SHULMAN, M., “Domestic Violence. The Criminal Justice Response”, en LURIGIO, A. J., y otros (eds.), *Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs*, Sage, Newbury Park, 1990, p. 98. Sobre su necesidad de un tratamiento en este ámbito de la delincuencia, vid. FARALDO CABANA, P., “Razones”, cit., *pássim*.

⁴³ Vid. entre otros BAKER, K. K., “Dialectics and Domestic Abuse”, cit., p. 1490, donde destaca que aunque el maltrato es un problema político, un problema público, también lo es privado, lo que debe tenerse en cuenta en el momento de legislar; GAVISON, R., “Feminism and the Public/ Private Distinction”, *Stanford Law Review* Vol. 45, Issue 1, 1992, pp. 37-38, quien apunta que la intimidad debe proteger la asociación consensual, siempre que el consentimiento y la libertad no sean ilusorios; KARST, K. L., “The freedom of intimate association”, *Yale Law Journal* Vol. 89, 1980, pp. 629 ss, quien argumenta que esa libertad es un componente necesario del derecho a la intimidad; O’CONNOR, C., “Domestic Violence No-Contact Orders”, cit., *pássim*, que considera que la imposición de las prohibiciones que nos ocupan contra la voluntad de la víctima lesiona derechos constitucionales.

⁴⁴ Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, cit., pp. 302-303. Apunta que lamentablemente el único servicio estatal que ofrece protección frente a la violencia las 24 horas del día es la policía, lo que condiciona toda la respuesta legal, SNIDER, L., “Towards Safer Societies. Punishment, Masculinities and Violence Against Women”, *The British Journal of Criminology* Vol. 38, N° .1, p. 10.

Se trata de un reconocimiento generalizado entre quienes dentro del movimiento feminista han estudiado la respuesta penal a la violencia de género⁴⁵, compartido incluso por los partidarios de las “no drop policies”⁴⁶, que ha llevado a algunos autores a aconsejar evitar el “canto de sirena” del Derecho en la lucha por la consecución de ciertos intereses de la mujer⁴⁷.

En particular, reconociendo desde un enfoque pragmático que las “no drop policies” tienen su razón de ser y sin duda resultan necesarias en el momento de iniciación del procedimiento penal y durante su desarrollo, al menos en los países en los que la consideración de que la violencia de género es un problema público de extraordinaria importancia no está todavía muy extendida, también hay que ser conscientes de que la imposición de una separación forzada refuerza la idea de que la mujer maltratada es incapaz de tomar una decisión racional, y crea el peligro de que de alguna forma acabe siendo sancionada o excluida por reanudar su relación sentimental con el agresor, lo que puede producir un efecto de alienación que aleje a la mujer del sistema penal, haciéndola menos proclive a acudir a él para resolver su situación⁴⁸.

No se olvide que además de la posible imputación a la mujer de un delito de quebrantamiento de condena, como inductora o cooperadora necesaria, hay otras consecuencias negativas para la mujer que mantiene su relación o la convivencia con el agresor: desde la exclusión de ciertos recursos sociales que sí están a disposición de las mujeres maltratadas que se comprometen a abandonar la relación con el agresor⁴⁹, hasta la posibilidad de ser privada de la custodia de sus hijos, por ej. cuando los malos tratos a la madre se producen en su presencia, y los servicios sociales consideran que ante la incapacidad de la mujer para ponerles fin lo mejor para los menores es ser separados del ambiente familiar⁵⁰, o incluso ser condenada por malos tratos en comisión por omisión cuando los niños también son maltratados sin que ella haya puesto todos los medios necesarios para impedirlo, señaladamente sin que haya abandonado el hogar o denunciado al agresor, sin que los tribunales tengan en cuenta la situación de violencia en la que vive y el estado de sometimiento y temor en el que se encuentra⁵¹.

⁴⁵ Cfr. COKER, D., “Crime Control”, cit., p. 826; EDWARDS, S., “Violence against women: feminism and the law”, en GELSTHORPE, L./ MORRIS, A. (ed.), *Feminist perspectives in criminology*, Open University Press, Philadelphia, 1990, pp. 146 ss; O’CONNOR, C., “Domestic Violence No-Contact Orders”, cit., p. 961.

⁴⁶ Cfr. HANNA, C., “No right to choose: mandated victim participation in domestic violence prosecutions”, *Harvard Law Review* Vol. 109, June 1996, N°.8, p. 1871.

⁴⁷ Cfr. SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, Routledge, London, 1989, p. 160.

⁴⁸ MILLS, L. G., “Killing her softly”, cit., p. 556, destaca el efecto de alienación. Sobre la contribución de las estructuras legales que reconocen y apoyan la capacidad de autodeterminación de la mujer a su seguridad y a su resistencia ante la violencia masculina vid. LEWIS, R., “Making Justice Work”, *British Journal of Criminology* Vol. 44, N°.2, 2004, p. 220.

⁴⁹ Por ej., normalmente en las casas de acogida se exige un compromiso en este sentido.

⁵⁰ Sobre lo que esto significa para la mujer maltratada vid. GOODMARK, L., “Law Is The Answer?”, cit., pp. 25 ss; MURPHY, J. C., “Legal Images of Motherhood: Conflicting Definitions from Welfare “Reform”, Family, and Criminal Law”, *Cornell Law Review* Vol. 83, N°.3, 1998, pp. 745-752. Normalmente los servicios sociales encargados de la protección de menores no han protegido la relación entre éstos y la madre maltratada, como pone de manifiesto COKER, D., “Crime Control”, cit., pp. 833-837.

⁵¹ Describe las presunciones y los mitos sobre la maternidad que subyacen a esta atribución de responsabilidad penal PUALANI ENOS, V., “Prosecuting Battered Mothers: State Laws’ Failure to Protect Battered Women and Abused Children”, *Harvard Women’s Law Journal* Vol. 19, 1996, p. 240.

Conviene, pues, que en la decisión sobre la imposición de las prohibiciones de acercamiento y comunicación con la víctima o terceros se tenga en cuenta la voluntad de la persona que se pretende proteger⁵², aunque su opinión no sea vinculante⁵³, lo que supone abogar por que se contemple como requisito procesal la audiencia de la víctima y de las personas que se pretenden proteger, que se dote a las alternativas a la prisión de un régimen común y flexible de revocación que permita valorar todas las circunstancias del caso a la hora de establecer la reacción penal adecuada al supuesto concreto, y que dé opciones al cambio de unas prohibiciones por otras durante la ejecución⁵⁴.

En cualquier caso, el objetivo final del sistema penal en relación con la víctima del maltrato no debe ser decidir una separación suplantando la voluntad de la mujer, sino mejorar su seguridad ayudándola a tomar la decisión más adecuada, para lo cual han de tenerse en cuenta los factores que pueden limitar su libertad de decisión en este proceso⁵⁵.

Como apunta MEDINA⁵⁶, “existe cierta paradoja en combatir el control al que están sometidas estas mujeres por parte de sus maridos por medio del sometimiento y control de estas mujeres al

⁵² De hecho, parece una tendencia general en el Derecho comparado el que la víctima pueda participar en la resolución que se adopte sobre su caso. Cfr. FORD, D. A./ REICHARD, R./ GOLDSMITH, S./ REGOLI, M. J., “Future Directions for Criminal Justice Policy on Domestic Violence”, en BUZAWA, E. S./ BUZAWA, C. G. (Eds.), *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, Sage, Thousand Oaks, 1996, pp. 253-254.

⁵³ No hay que dar incentivos al agresor para que intimide a la mujer.

⁵⁴ En la línea apuntada por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa*, cit., pp. 48 ss.

⁵⁵ Cfr. HOYLE, C./ SANDERS, A., “Police Response”, cit., p. 19.

⁵⁶ MEDINA ARIZA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 422-423. Fuera de España, entre otros, BUZAWA, E. S./ BUZAWA, C. G., *Domestic Violence The Criminal Justice Response*, Sage, Thousand Oaks, 3. ed. 2002, pp. 199 ss; FORD, D. A., “Coercing Victim Participation”, cit., p. 672; HAN, E. L., “Mandatory Arrest”, cit., p. 166; GOODMARK, L., “Law Is The Answer?”, cit., pp. 30 ss; MILLS, L. G., “Killing her softly”, cit., pp. 586 ss, donde describe los efectos de la violencia estatal ejercida sobre la mujer como consecuencia de las políticas de persecución forzosa; MORRIS, A./ GELSTHORPE, L., “Re-visioning Men’s Violence Against Female Partners”, *The Howard Journal* Vol. 39, N°.4, 2000, pp. 414 y 419-420; O’CONNOR, C., “Domestic Violence No-Contact Orders”, cit., pp. 944 y 961.

discurso superior del sistema de justicia penal”. Un sistema así no puede pretender ni exigir la colaboración de la víctima⁵⁷.

Las políticas penales basadas en ignorar la voluntad de la víctima de la violencia de género han garantizado a los movimientos feministas un cierto control sobre la respuesta estatal a la conducta violenta, al incrementar las posibilidades de que se sancione al agresor, pero a cambio de limitar el control ejercido por parte de la mujer individual. Además, estas políticas operan de modo que aumentan el control estatal sobre las mujeres, en particular las marginales, sea por razón de estatus socio-económico, nacionalidad, raza, etc. Por todo ello, el reto consiste en desarrollar estrategias que sigan garantizando una respuesta estatal contundente frente a la violencia pero sin suponer un incremento del control estatal de las mujeres⁵⁸. Éste es el dilema creado al convertir la violencia de género en una responsabilidad pública en el marco de un sistema social que en buena medida sigue siendo paternalista, racista y clasista⁵⁹.

Por último, el tratamiento del maltratador sólo tiene sentido si supone un aumento de la seguridad de la víctima actual o un menor riesgo de victimización de las futuras parejas del maltratador, lo que sólo tendrá lugar si realmente favorece la rehabilitación y reinserción social del penado. La imposición coactiva del tratamiento en las alternativas a la pena privativa de libertad para todos los condenados por delitos relacionados con la violencia de género, precisamente en un momento histórico en que se ha extendido el desencanto en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora sobre el delincuente, fruto tanto del abandono de la ideología que en su día la inspiró cuanto de los cambios que está experimentando el Estado social en la actualidad, “no se compadece bien con el respeto a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocidos a toda persona en el art. 10 de la Constitución”⁶⁰, precisamente los derechos que han llevado a que el tratamiento se configure como una actividad voluntaria en el ámbito penitenciario.

⁵⁷ Cfr. HAN, E. L., “Mandatory Arrest”, cit., pp. 168, 186; HOYLE, C., *Negotiating Domestic Violence: Police, Criminal Justice and Victims*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 222. Hace veinte años ya se reconocía que el sistema penal no contemplaba medidas para abordar la violencia de género que no incluyeran la separación, olvidando el problema que plantean las parejas en fase de transición o que deciden mantener la relación. Cfr. HORTON, A. L./ SIMONIDIS, K. M./ SIMONIDIS, L. L., “Legal Remedies for Spousal Abuse: Victim Characteristics, Expectations, and Satisfaction”, *Journal of Family Violence* Vol. 2, Nº.3, 1987, p. 275. Resulta lamentable que todavía sea así, en particular porque esta situación puede poner en peligro la recuperación psicológica de la mujer maltratada, ya que refuerza la idea que le ha transmitido el maltratador de que es incompetente e incapaz de controlar su propia vida. Cfr. FISCHER, K./ ROSE, M., “When “Enough is Enough”: Battered Women’s Decision Making Around Court Orders of Protection”, *Crime & Delinquency* Vol. 41, 1995, pp. 414-415; HAN, E. L., “Mandatory Arrest”, cit., p. 166; MILLS, L. G., “Killing her softly”, cit., p. 554.

⁵⁸ Pone de relieve O’CONNOR, C., “Domestic Violence No-Contact Orders”, cit., p. 949, cómo la creciente atención a la violencia familiar y de género por parte de las instancias del control social formal ha ido acompañada por el progresivo alejamiento de la víctima del proceso de toma de decisiones. En el mismo sentido, vid. HANNA, C., “No Right to Choose”, cit., p. 1862.

⁵⁹ Como apunta COKER, D., “Crime Control”, cit., pp. 806-807.

⁶⁰ ROIG TORRES, M., “La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género”, *RdPP* núm.15, 2006-1, p. 130.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, F. A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, Yale University Press, Newhaven, 1981.
- BAKER, K. K., "Dialectics and Domestic Abuse", *The Yale Law Journal* Vol. 110, 2001, p. 1459.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., "Violencia intrafamiliar: la mujer maltratada", en RECHEA ALBEROLA, C. (Dir.), *La criminología aplicada II*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-1998, CGPJ, Madrid, 1999, p. 273.
- BERK, R. A., "What the Scientific Evidence Shows. On the Average, We Can Do No Better Than Arrest", en GELLES, R. J./ LOSEKE, D. R. (Eds.), *Current Controversies on Family Violence*, Sage, Newbury Park, 1993, p. 323.
- BLOMBERG, T. G./ LUCKEN, K., *American Penology: A History of Control (New Lines in Criminology)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000.
- BRAITHWITE, J., "The New Regulatory State and the Transformation of Criminology", *British Journal of Criminology* Vol. 40, 2000, p. 222.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 15.
- BUZAWA, E. S./ BUZAWA, C. G., *Domestic Violence The Criminal Justice Response*, Sage, Thousand Oaks, 3. ed. 2002.
- CARLSON, N., "Mandatory Penalties, Victim Cooperation, and the Judicial Processing of Domestic Abuse Assault Cases", *Crime & Delinquency* Vol. 41, N°.1, 1995, p. 132.
- COKER, D., "Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A Critical Review", *Buffalo Criminal Law Review* Vol. 4, N°.2, 2001, p. 801.
- CORVO, K./ JOHNSON, P. J., "Vilification of the "batterer": How blame shapes domestic violence policy and interventions", *Aggression and Violent Behavior* 8, 2003, p. 259.
- ECHEBURÚA, E./ FERNÁNDEZ-MONTALVO, J., "Hombres maltratadores", en ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ CORRAL, P. de, *Manual de violencia familiar*, Siglo XXI, Madrid, 1999, p. 73.
- EDWARDS, S., "Violence against women: feminism and the law", en GELSTHORPE, L./ MORRIS, A. (ed.), *Feminist perspectives in criminology*, Open University Press, Philadelphia, 1990, p. 145.
- FARALDO CABANA, P., "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género", *Revista Penal* núm.17, enero 2006, p. 72.
- FEELEY, M. M./ SIMON, J., "The new penology", *Criminology* Vol. 30, N°.4, 1992, p. 449.
- "Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law", en NELKEN, D. (Ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994, p. 173.
- "The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications", en MELOSSI, D. (Ed.), *The sociology of punishment*, Ashgate, Dartmouth, 1998, p. 457.
- FERRARO, K. J., "The rationalization process: How battered women stay", *Victimology* Vol. 8, N°.3-4, 1983, p. 203.
- FERRARO, K. J./ POPE, L., "Irreconcilable Differences. Battered Women, Police, and the Law", en HILTON, N. Z. (Ed.), *Legal responses to wife assault: Current trends and evaluation*, Sage, Newbury Park, 1993, pp. 96-123.
- FISCHER, K./ ROSE, M., "When "Enough is Enough": Battered Women's Decision Making Around Court Orders of Protection", *Crime & Delinquency* Vol. 41, 1995, p. 414.
- FORD, D. A., "Coercing Victim Participation in Domestic Violence Prosecutions", *Journal of Interpersonal Violence* Vol. 18, N°.6, June 2003, p. 669.

- FORD, D. A./ REICHARD, R./ GOLDSMITH, S./ REGOLI, M. J., "Future Directions for Criminal Justice Policy on Domestic Violence", en BUZAWA, E. S./ BUZAWA, C. G. (Eds.), *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, Sage, Thousand Oaks, 1996, p. 243.
- FRIEDMAN, L. N./ SHULMAN, M., "Domestic Violence. The Criminal Justice Response", en LURIGIO, A. J., y otros (eds.), *Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs*, Sage, Newbury Park, 1990, p. 87.
- GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- "Penal Modernism and Post-modernism", en BLOMBERG, T./ COHEN, S. (Eds.), *Punishment and Social Control*, 2nd. ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2003, p. 45.
- GAVISON, R., "Feminism and the Public/ Private Distinction", *Stanford Law Review*, Vol. 45, Issue 1, 1992, p. 37.
- GOLDKAMP, J., "Prediction in criminal justice policy development", en GOTTFREDSON, D. G./ TONRY, M. (Eds.), *Prediction and classification: criminal justice decision making*, University of Chicago Press, Chicago, 1987, p. 103.
- GOODMARK, L., "Law is the Answer? Do We Know That for Sure? Questioning the Efficacy of Legal Interventions for Battered Women", *Saint Louis University Public Law Review* Vol. XXIII, N°.1, 2004, p. 7.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- HAIMOVICH, P., "El concepto de malos tratos. Ideología y representaciones sociales", en MAQUIEIRA, V./ SÁNCHEZ, C. (compiladores), *Violencia y Sociedad Patriarcal*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1990.
- HAN, E. L., "Mandatory Arrest and No-Drop Policies: Victim Empowerment in Domestic Violence Cases", *Boston College Third World Law Journal* Vol. 23, N°.1, p. 159.
- HANNA, C., "No right to choose: mandated victim participation in domestic violence prosecutions", *Harvard Law Review* Vol. 109, June 1996, N°.8, p. 1849.
- HERRERA MORENO, M., *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inoquizadoras en la postmodernidad penal*, Grijley, Lima, 2002.
- HORTON, A. L./ SIMONIDIS, K. M./ SIMONIDIS, L. L., "Legal Remedies for Spousal Abuse: Victim Characteristics, Expectations, and Satisfaction", *Journal of Family Violence* Vol. 2, N°.3, 1987, p. 265.
- HOYLE, C., *Negotiating Domestic Violence: Police, Criminal Justice and Victims*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- HOYLE, C./ SANDERS, A., "Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment?", *British Journal of Criminology* Vol. 40, N°.1, 2000, p. 14.
- KARST, K. L., "The freedom of intimate association", *Yale Law Journal* Vol. 89, 1980, p. 624.
- LARRAURI PIJOÁN, E., "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm.12, 2^a época, julio 2003, p. 271.
- "¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?", *Cuadernos penales José María Lidón* núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 157.
- LEWIS, R., "Making justice work", *British Journal of Criminology* Vol. 44, N°.2, 2004, p. 204.
- MADINA, J., "Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar", en ECHEBURÚA, E., y otros, *Personalidades violentas*, Pirámide, Madrid, 1998, p. 153.
- MEDINA ARIZA, J. J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", en STANGELAND, P. (Dir.), *La Criminología aplicada*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 271.

- *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MILLER, L. L., "Looking for Postmodernism in all the Wrong Places: Implementing a New Penology?", *British Journal of Criminology* Vol. 41, N°.1, 2001, p. 168.
- MILLS, L. G., "Killing her softly: Intimate abuse and the violence of state interventions", *Harvard Law Review* Vol. 113, N° 2, 1999, p. 550.
- MORRIS, A./ GELSTHORPE, L., "Re-visioning Men's Violence Against Female Partners", *The Howard Journal* Vol. 39, N°.4, 2000, p. 412.
- MURPHY, J. C., "Legal Images of Motherhood: Conflicting Definitions from Welfare "Reform", Family, and Criminal Law", *Cornell Law Review* Vol. 83, N°.3, 1998, pp. 688-766.
- O'CONNOR, C., "Domestic Violence No-Contact Orders and the Autonomy Rights of Victims", *Boston College Law Review* Vol. 40, N°.4, 1999, p. 937.
- PALUMBO, D. J./ CLIFFORD, M./ SNYDER-JOY, Z. K., "From Net Widening to Intermediate Sanctions: The Transformation of Alternatives to Incarceration From Benevolence to Malevolence", en BYRNE, J. M./ LURIGIO, A. J./ PETERSILIA, J. (Ed.), *Smart Sentencing. The Emergence of Intermediate Sanctions*, Sage, Newbury Park, 1992, p. 229.
- PRATT, J., "The Return of the Wheelbarrow Man: Or, the Arrival of Postmodern Penalty?", *British Journal of Criminology* Vol.40, N°.1, 2000, p. 127.
- PUALANI ENOS, V., "Prosecuting Battered Mothers: State Laws' Failure to Protect Battered Women and Abused Children", *Harvard Women's Law Journal* Vol. 19, 1996, p. 229.
- RANDALL, M., "Domestic Violence and the Construction of "Ideal Victims": Assaulted Women's "Image Problems" in Law", *Saint Louis University Public Law Review* Vol. XXIII, N°.1, 2004, p. 107.
- ROBBINS, K., "No-Drop Prosecution of Domestic Violence: Just Good Policy, or Equal Protection Mandate?", *Stanford Law Review* Vol. 52, N°.1, 1999, p. 205.
- ROIG TORRES, M., "La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género", *RdPP* núm.15, 2006-1, p. 113.
- ROSE, N., "Government and Control", *British Journal of Criminology* Vol. 40, N°.2, 2000, p. 321.
- SANZ MULAS, N./ GONZÁLEZ BUSTOS, M. A./ MARTÍNEZ GALLEGU, E. M. (coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.
- SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, Routledge, London, 1989.
- SNIDER, L., "Towards Safer Societies. Punishment, Masculinities and Violence Against Women", *The British Journal of Criminology* Vol. 38, N°.1, pp. 1-39.
- WALKER, L., *The Battered Woman*, Harper Colophon Books, New York, 1979.