

Editorial

¿Castigar al agresor o proteger a la víctima? Una crítica feminista a la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de Julio

La polémica en torno a la dispensa a declarar de la mujer víctima de malos tratos por su pareja es un nuevo episodio de la primacía que, a mi juicio, se concede al objetivo de castigar al agresor frente al de proteger a la víctima. En el artículo 416 de la LECr se prevé que:

Están dispensados de la obligación de declarar: Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial (...).

Después de numerosas discusiones, los Acuerdos del plenario de 2013 y 2018 del TS (citados en el FJ 7) habían afirmado que el derecho a la dispensa sí alcanza a la mujer (y exmujer) aun cuando ella hubiese denunciado y se hubiese constituido en acusación particular, si luego deja de serlo.

En esta nueva sentencia que comentamos, el TS modifica su posición y afirma que, *si la mujer se ha constituido en parte, aun cuando luego cese ya no puede acogerse a la dispensa* [FJ11]. La explicación que ofrece, para justificar este viraje, se basa en los siguientes argumentos: la incompatibilidad de la posición de la mujer que denuncia y el derecho de la dispensa, no puede renacer un derecho al que se ha renunciado, no hay conflicto con los vínculos familiares una vez se decide a denunciar, el deseo de evitar coacciones a la mujer, no puede cambiarse de status procesal a expensas de la voluntad de la persona, y una excepción debe interpretarse restrictivamente.

Los tres votos particulares (a uno de los cuales se adhiere un cuarto magistrado)¹ por su parte objetan, en síntesis: se trata de un cambio de jurisprudencia precipitado y sin que se aporten razones nuevas, afecta a un derecho fundamental derivado del art. 24 de la Constitución y no se puede limitar por la jurisprudencia, puede afectar al art. 8 del TEDH (derecho a la vida privada y familiar), no se entiende por qué el estatuto de la acusación particular no puede ser objeto de variaciones a lo largo del proceso, el derecho de dispensa nace cada vez que el testigo es llamado a declarar, se puede coaccionar también

¹ Formulados por los Magistrados Antonio del Moral García (al que se adhiere Pablo Llarena); Andrés Palomo del Arco; y Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

para que declare en determinada dirección. Como además advierten los votos particulares, el razonamiento para negar el derecho de dispensa a la mujer que se ha constituido en parte, viene también a justificar implícitamente su denegación una vez ella denuncie. En efecto, a pesar de que esta Sentencia solo rechaza el derecho de dispensa a la mujer que se constituyó en ‘acusación particular’, toda la argumentación se refiere a ambas, denuncia y acusación particular. Así se repite que el derecho de dispensa es incompatible con la denuncia, y que no se recupera una vez se han realizado actos concluyentes. Véase por ejemplo [FJ 8]:

En estos casos, la dispensa a la obligación de colaborar con la Justicia, carece de fundamento, y así lo hemos declarado en multitud de resoluciones judiciales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien precisamente declara para denunciar a su agresor.

La sentencia recoge con precisión el origen histórico del derecho a la dispensa, una fórmula para liberar del conflicto familiar al pariente-testigo. Y, sin embargo, en mi opinión, parece no entender, o por lo menos omite explicar, los conflictos a los que se enfrenta la mujer objeto de malos tratos. No hay ninguna reflexión acerca de las razones por las que la víctima varía de criterio. Todo queda como un cambio de parecer de la mujer, que denuncia y luego quiere retirarla o no declarar. Y como el Tribunal no lo entiende, se exaspera y le urge a ‘ser coherente’: si usted denuncia, atégase a las consecuencias.

A mi juicio, esta sentencia forma parte de la tradición de la incompreensión hacia los motivos por los que la mujer decide retirar la denuncia, la impaciencia (producto de la incompreensión) por sus ‘cambios de opinión’, la incongruencia de pensar que la coacción viene del marido y no de los jueces cuando la obligan a declarar, y la inconsciencia de creer que los tribunales podrán protegerla mejor de lo que ella sabe. En lo que sigue voy a intentar justificar de forma breve mi crítica.

El primer problema es la *interpretación de la llamada a la policía como denuncia*. Cuando la mujer tiene un conflicto llama a la policía ya que no hay una agencia social alternativa a la que acudir que no ponga en marcha el proceso penal. Una vez se llama a la policía ello es casi sinónimo de denunciar. A mi juicio, la policía no debería insistir en que denuncie en el mismo instante (y en muchas ocasiones sin abogado). Lo lógico sería que, una vez prestada la primera asistencia, se le informe de lo que representa un proceso penal y con ello permitirle denunciar o no, pues ¡la protección a la mujer debiera ser independiente de la denuncia!

Además de la policía, numerosas campañas insisten en ‘Denuncia’, ya que ‘si la mujer no denuncia no la podemos proteger’. De esta forma, se está alentando a las mujeres a que acudan al sistema judicial. Sin demasiada información, las mujeres se encuentran inmersas en un proceso penal al cual han llegado ‘porque llamaron a la policía’.

El segundo problema es el *alcance de la asistencia jurídica gratuita*. Por un lado, debería quedar muy claro que esta asistencia debe ser previa a la interposición de la denuncia (art. 6.1 LAJG). Por otro, una vez el Juez de Instrucción llama a declarar a la mujer, debería defenderse que este asesoramiento también está retribuido, aun cuando la mujer no se constituya en parte.

Sin embargo, la ley de asistencia jurídica gratuita (art. 2 g) parece requerir la presentación de la denuncia para poder gozar de este derecho, y, además, la práctica judicial requiere usualmente que la víctima se constituya en parte en la comparecencia judicial para que la asistencia pueda

retribuirse. La existencia de estas dos prácticas conlleva una cierta presión y favorece que la víctima se adentre en el proceso judicial, además desconsidera que la víctima necesita asesoramiento jurídico en su declaración, en la explicación del proceso, en cómo finaliza, sin necesidad de querer ‘constituirse en parte’.

El problema, a partir de esta STS comentada, es que, si ha denunciado y aceptado la asistencia del abogado, lo que, como hemos visto, generalmente implica constituirse en parte, no podrá dejar de declarar. Y, en consecuencia, a partir de ahora es deseable que se diferencie claramente entre denuncia y ‘constitución en parte’.

El tercer problema es que *debería permitirse la ‘retirada de denuncias’ ante el Juez de Instrucción, especialmente cuando solo hay la declaración de la víctima*. No hay mecanismos previstos que permitan retirar la ‘llamada/denuncia’, y desde numerosas instancias oficiales, esta posibilidad es anatema, ya que se privilegia que el proceso continúe. Debe insistirse en que no necesariamente se trata de que la mujer ‘haya cambiado de opinión’, sino que ella llamó a la única agencia disponible para que le ayudaran en un episodio conflictivo, y a partir de allí, ya no tuvo posibilidad de manifestar su parecer.

A mi juicio, debería interpretarse que la llamada a la policía no es una denuncia, y exigir la ratificación de la ‘llamada/denuncia’ ante el Juez de Instrucción. De esta forma, especialmente si solo se cuenta con la declaración de la mujer, debería admitirse que el hecho de no prestar declaración ante el mismo implica la no ratificación y por consiguiente el archivo del caso².

Por último, si el caso se eleva al juez penal, la presión para que declare se intensifica, y aun cuando la mujer puede pensar que, si bien no ha podido retirar la denuncia ante el juez instructor, no va a declarar contra el que era (y en ocasiones es) cónyuge, y padre de sus hijos, el proceso penal no le reconoce la autonomía para adoptar esta decisión.

El cuarto problema es que *al juicio penal debería llegarse con más pruebas que la sola declaración de la víctima*. El TS ha sostenido que la sola declaración de la víctima es prueba suficiente, y por ello en los casos en que todo descansa en la declaración de la víctima, si ella no declara, deberá absolverse. Se hace recaer todo el peso del proceso sobre su testimonio y se la presiona para que declare. Como he expuesto, no hay una reflexión sobre el ‘cambio de opinión’, ni acerca de cómo debe ser la instrucción para que la prueba no descansa exclusivamente en el testimonio de la mujer³. La mujer que ha llamado a la policía buscando protección se encuentra ahora amenazada por un delito de desobediencia.

En resumen, de acuerdo con la STS 389/2020 de 10 de Julio la mujer que denuncie y acepte constituirse en parte, y finalmente se niegue a declarar en el juicio oral corre el riesgo de acabar

² En ocasiones incluso cuando en el mismo momento ella ya no quiere denunciar pues la situación se ha calmado, el juez permite que continúe el proceso en base al atestado policial. Hay una repuesta simbólicamente contradictoria: no se le deja retirar la ‘llamada/denuncia’, y se le obliga a seguir con el proceso, pero luego se deberá absolver al agresor (véase Elena LARRAURI, 2003, ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº12).

³ Algún autor considera que el hecho no queda probado si no hay además ‘circunstancias objetivas’ que lo corroboren. Véase José Luis RAMÍREZ ORTIZ, 2019. *Perspectiva de género, prueba y proceso penal. Una reflexión crítica*. Tirant lo Blanch.

siendo procesada penalmente por el delito de desobediencia o falso testimonio. En consecuencia, como indica el Voto Particular del Magistrado Eduardo de Porres Ortiz de Urbina:

Si al ejercicio de la acción penal se anuda el efecto añadido de la renuncia definitiva al derecho constitucional previsto en el artículo 24.2 CE, sería necesaria una información expresa y previa al afectado, a fin de que pueda ponderar la situación y actuar en consecuencia.

Vivir un episodio de violencia por parte de una pareja y ser capaz de gestionarlo y superarlo, separarse o no, el miedo a perder a los hijos, el ser capaz de iniciar una nueva vida, todas son decisiones trascendentales y conllevan lógicos vaivenes. Es comprensible que, en un sistema judicial saturado, los agentes penales experimenten frustración cuando todo el trabajo realizado queda 'en nada' porque la víctima decide retirarse. Los agentes del sistema penal deberían entender que no es un proceso ni fácil ni lineal, que es la mujer quien realmente conoce su situación y que en últimas los intereses del proceso penal no debieran primar por encima de la protección de la víctima.

Elena Larrauri