

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
261 - 268

REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN DETERMINADOS DELITOS

Virginia MAYORDOMO RODRIGO

*Prof^a. Agregada de Derecho Penal
Secretaria Académica del Instituto Vasco de Criminología*

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
2. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.
3. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.
4. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica
5. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.
6. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.
7. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

III. SU OBLIGATORIEDAD, A DEBATE

IV. CONCLUSIONES

Casi más difícil que escribir las páginas que siguen se me hace el referirme al profesor D. Antonio Beristain en este libro homenaje tratando de plasmar todo el cariño, la admiración, el respeto y el agradecimiento que siento hacia él.

Me proporcionó durante los años que estudié Criminología otra perspectiva del fenómeno delictivo, enseñándome a “ver la otra cara de la luna”. Me dio la oportunidad de comenzar mi andadura profesional en el Instituto que había fundado años atrás. Junto con mi maestro, me ofreció su ayuda en la ardua tarea de elaboración de mi tesis doctoral. Nos ha dado apoyo valiente a mi familia y a mí en todos estos años difíciles. Y lo que es más importante: a costa de su libertad ha dado verdadero testimonio de estar realmente al lado de las víctimas.

Me siento orgullosa de encontrarme entre las personas a las que quiere.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad parece estar fuera de toda duda que, en ocasiones, durante la investigación de un hecho delictivo o tras la condena por el mismo, es necesario imponer un distanciamiento físico, de mayor o menor duración, entre el infractor y la víctima. Para neutralizar la peligrosidad del primero, para preservar la seguridad de la víctima y para evitarle, además, que su simple visión aumente el daño causado, a veces irreparable. No hace falta una gran dosis de imaginación para comprender el sufrimiento de quien es objeto de determinados delitos, y tiene que añadir a su dolor y a su miedo la rabia por cruzarse a menudo con el causante del mal.

Pensadas inicialmente para proteger a las víctimas de la violencia doméstica, con ellas se abrió un amplio campo de aplicación práctica también respecto a otras infracciones, entre ellas las cometidas por organizaciones terroristas. A finales de 2005, el Comisionado para las Víctimas del Terrorismo, Gregorio Peces-Barba, pidió a los jueces la imposición de medidas de alejamiento para evitar la situación “perversa” de que condenados por terrorismo, tras haber cumplido condena, pudieran vivir o trabajar cerca de sus víctimas.

En octubre de 2009, la Fiscal Jefe de Cataluña ha propuesto las órdenes de alejamiento como medidas para atajar la gran cantidad de hurtos que se producen en Barcelona anualmente. Estudia reclamar su aplicación para este tipo de infractores, siendo necesario para ello alguna modificación normativa, pues la actual legislación sólo prevé su imposición para los delitos y, en caso de faltas, únicamente para las cometidas contra las personas, tipificadas en los arts. 617 y 629 CP.

Los delitos por los que se puede imponer órdenes de alejamiento son: 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, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico¹.

Las órdenes de alejamiento pueden constituir penas accesorias que acompañen a la pena principal², medidas de seguridad³, obligaciones en caso de sustitución⁴ o suspensión⁵ en la ejecución de la pena privativa de libertad y medidas cautelares⁶ a imponer cuando se esté llevando a cabo una investigación por determinados delitos.

Este importante instrumento de protección no fue introducido en el ordenamiento penal hasta el año 1995, y ha sido reformado en varias ocasiones. Si el Código Penal ha de tener una vocación de estabilidad y de permanencia, con esta figura tal pretensión no se ha hecho efectiva. El legislador parece haber ido improvi-

1. Artículo 57 CP.

2. Artículos 57 y 48 CP.

3. Artículo 105 CP.

4. Artículo 88 CP.

5. Artículo 83 CP.

6. Artículos 13, 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

sando casi cada año soluciones ante determinadas conductas delictivas que reclamaban su imposición.

También la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores ha sido sensible a la necesidad del distanciamiento en algunos casos y en su reforma del año 2006⁷ incluyó entre las sanciones o medidas aplicables a los menores la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, sus familiares o cualesquiera otras personas que determine el Juez⁸.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

El Código Penal de 1995 introduce por primera vez la medida de alejamiento, circunscrita a la privación del derecho a *residir en determinados lugares o acudir a ellos*⁹, considerándola como pena privativa de derechos¹⁰ y de aplicación facultativa ante la comisión de determinados delitos, en función de la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente representara¹¹.

2. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

Dirigida a redefinir y mejorar la protección de la integridad y la libertad sexual de menores e incapaces, dio nueva redacción al art. 57 del Código Penal –sobre el que volvería la Ley Orgánica 14/1999–, añadiendo la posibilidad de imponer en sentencia como penas accesorias a determinados delitos límites de *aproximación y comunicación* con la víctima o su familia.

Además se incorpora entre las obligaciones en caso de suspensión de la ejecución de la pena¹² y entre las medidas de seguridad no privativas de libertad¹³ la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia.

7. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

8. Artículo 7.1.i).

9. Artículo 48 CP.

10. En el art. 39.f) CP.

11. Artículo 57: “Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años”.

12. Nuevo apartado 1.bis) en el artículo 83.1 CP.

13. Nuevo apartado g) en el el art. 105.1 CP.

3. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio

Esta Ley viene a incidir sobre cuestiones y preceptos que ya habían sido objeto de reforma por la LO 11/1999, cuya vigencia databa de tan sólo 20 días antes¹⁴.

En lo que se refiere a las penas de alejamiento, lo más significativo es que en el art. 57 se contempla la posibilidad de imponer estas prohibiciones, por no más de seis meses, ante la *comisión de una infracción calificada de falta contra las personas* (lesiones y malos tratos, amenazas, coacciones, e injurias o vejaciones injustas). Además se amplía el ámbito de personas con quienes se prohíbe al imputado comunicarse o aproximarse, extendiéndose de la víctima y familiares a *aquellas otras personas que determine el Juez o Tribunal*.

También resulta novedoso el hecho de que, para acordar estas prohibiciones, el órgano jurisdiccional tenga que justificar su decisión *bien* en la gravedad de los hechos, *bien* en el peligro que el delincuente represente, pero no en ambas circunstancias.

En materia cautelar, las principales novedades cristalizan en los arts. 13 y 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El art. 13 permite que, como primeras diligencias para proteger a la víctima o sus allegados se puedan acordar las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis. Y, según este último precepto, cuando se investigue un delito de maltrato habitual el Juez o Tribunal puede imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residir o de acudir a determinados lugares, barrios, municipios u otras entidades locales, o comunidades autónomas, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. El incumplimiento de la medida acordada dará lugar a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal.

4. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

Supuso un paso más, especialmente relevante, en la lucha contra la violencia en el ámbito doméstico. Su articulado configuraba el denominado “estatuto integral de protección de la víctima”, posibilitando la adopción de resoluciones judiciales cautelares por el Juzgado de Instrucción que contemplasen tanto medidas penales como civiles y asistenciales.

La Ley modifica el art. 13 de la LECr, añadiéndose a la redacción anterior la posibilidad de que –como primeras diligencias– el Juez acuerde la aplicación de la orden de protección prevista en el art. 544 ter LECr. A tal fin, se agrega este último precepto que regula la aplicación de esta orden. Es imprescindible que pueda obtenerse de forma rápida, de otro modo no habrá una protección real a la víctima, siempre que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad

14. Modificó los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132, 153, 617 y 620 del CP, y da una nueva redacción al artículo 13 LECr, retocando también los artículos 14, 103, 104, 109, 448, 455, 707 y 713 LECr, junto con la introducción de un nuevo artículo –el 544 bis–. Vid. ARAGÜENA FANEGO, C., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis.”, *Actualidad Penal*, nº 11, 13 al 19 de marzo de 2000, p. 239.

física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153¹⁵ y resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que precise la adopción de alguna de las medidas reguladas en este artículo.

También se contempla la posibilidad de que, en aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones enumeradas en el art. 153 CP, el Juez o Tribunal que conozca de la causa también pueda acordar la orden de protección a la víctima.

5. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre

A pesar de las novedades que introdujo, la Ley 14/1999 no había tenido el efecto pretendido. En la Ley 11/2003 se adivina el deseo de combatir la impunidad de algunas de las primeras manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, y por situar determinadas manifestaciones de violencia en la parte del Código Penal donde se ubican las conductas merecedoras de la mayor repulsa social. De este modo, *las antiguas faltas de lesiones* ejercidas en el ámbito familiar, *pasan a ser consideradas delito* en el nuevo art. 153 del Código Penal, incluyendo en este precepto cualquier menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito, así como golpes o maltrato de obra que no causaran lesión o la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

Esta novedad suscitó un gran debate. Cuestionada por dos Juzgados la constitucionalidad de la nueva tipificación como delito de los hechos que integraban la anterior calificación como falta, el Tribunal Constitucional inadmitió ambas cuestiones, por infundadas, mediante Autos de 7 de junio de 2004 y de 13 de septiembre de 2005¹⁶.

6. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

Se *amplía la duración máxima* de las penas de alejamiento y de no comunicación con la víctima y allegados, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios, permitiéndose incluso su mantenimiento hasta diez años después de cumplida la pena.

Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas.

15. Téngase en cuenta que el 1 de octubre entró en vigor la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Ésta ha modificado –entre otros– los arts. 153 y 173 del Código Penal. Es un problema de simple remisión de una norma procesal (el nuevo art. 544 ter) a una norma penal, con la particularidad de que la norma penal ha sido modificada con posterioridad a la entrada en vigor de la norma procesal.

16. AAVV., *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, 28 de junio de 2007, p. 24.

Se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos¹⁷.

Y lo más destacable a mi juicio: pasados apenas dos meses desde la anterior reforma se hace *obligatoria* en los delitos de violencia doméstica la imposición de la pena accesoria de *prohibición de aproximación* a la víctima, sus familiares o aquellas personas que determine el Juez.

En lo que se refiere a las medidas cautelares, esta ley altera la redacción del último párrafo del art. 544 bis de la LECr. Se establece que si el inculpado incumple la medida que se le ha impuesto, el Juez podrá dictar prisión provisional en los términos del artículo 503, la orden de protección prevista en el artículo 544 ter u otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

También se introduce una pequeña variación en el apartado 1 del art. 544 ter, determinándose que el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un *delito* o *falta* contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

Resulta paradójico que la comisión de una falta no pueda dar lugar a que el juez o tribunal adopte la orden de alejamiento contemplada en el art. 544 bis LECr, y sí en cambio la orden de protección regulada en el art. 544 ter LECr, que tiene un contenido más extenso y que a su vez por esa vía puede motivar el que se imponga la orden de alejamiento.

7. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Antes de la reforma operada por la Ley Integral los requisitos para suspender¹⁸ o sustituir¹⁹ la pena tenían especiales características en relación a todos los miembros del ámbito familiar o doméstico. En concreto, el Juez tenía que acordar, previamente, de forma imperativa y no sólo potestativa, prohibiciones al culpable de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima. Todo ello en un intento de evitar que los beneficios de estas formas alternativas de cumplimiento de la pena se convirtieran en un peligro para las víctimas.

17. Las alternativas de protección a las víctimas que ofrecen las nuevas tecnologías de control vía satélite (brazalete electromagnético, móvil y *homelink*) son cada vez más utilizadas hasta el extremo de generalizarse como un modo de proteger a las víctimas de violencia en el hogar. Vid. al respecto DURÁN FEBRER, M., "Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas", *Encuentros "violencia doméstica"*, Madrid, 2004, p. 161.

18. Artículo 83.1.6ª, II CP.

19. Artículo 88.1.III CP.

La reforma ha sustituido la protección imperativa a un amplio grupo de personas a través de estas prohibiciones por la exclusiva tutela, de forma inexcusable, de la esposa o compañera.

III. SU OBLIGATORIEDAD, A DEBATE

Así las cosas, desde diferentes instituciones y sectores doctrinales se ha planteado la problemática derivada de la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación a las víctimas de violencia doméstica en virtud del art. 57.2 del Código Penal, todo ello en atención a la naturaleza jurídica de esta pena cual es ser una pena accesoria que pretende la consecución de unos fines preventivos especiales, que son la protección efectiva de la víctimas ante situaciones objetivas de riesgo. Por ello, desde algunos sectores (doctrina, judicatura, fiscalía, abogacía...) se propugna romper con el automatismo y el carácter imperativo del precepto haciendo posible la valoración judicial de la existencia objetiva del riesgo para la imposición de tal pena²⁰.

La Presidenta del Observatorio de Violencia sobre la Mujer, Montserrat Comas, planteó el día 16 de octubre de 2007 en el Congreso de los Diputados la conveniencia de eliminar la imposición automática de los órdenes de alejamiento. Explicó que esta medida se aprobó porque en aquel momento había “una absoluta desconfianza hacia los jueces”, que generalmente no eran partidarios de las medidas de alejamiento, pero “hoy no tiene sentido”, porque existen jueces especializados en violencia de género²¹. Defendió la modificación de este aspecto legislativo porque, en su opinión, en muchos casos está perjudicando a las mujeres “que no están en situación real de riesgo” y quieren convivir con su pareja. Según explicó, hay muchas órdenes imposibles de cumplir porque la propia víctima está disconforme, especialmente en el caso de los delitos leves, que antes eran considerados faltas.

El Consejo General del Poder Judicial considera desproporcionada esta medida en casos como las amenazas o agresiones sin resultado de lesión. Con la opinión del Poder Judicial coinciden algunos juristas que, desde la entrada en vigor de la Ley Integral de Violencia de Género, vienen planteando algunos problemas en su aplicación y han reclamado que se habiliten mecanismos para eliminar la pena de alejamiento si fuera conveniente y así lo solicitara la víctima.

Actualmente, estas órdenes se dictan de forma automática si existe condena y se dan situaciones en las que la víctima quiere reanudar o reanuda la convivencia con el agresor. Desde alguna asociación de juristas se ha dicho que las víctimas que reanudan la relación con el agresor “no quebrantan ninguna ley porque la pena de alejamiento la tiene el maltratador”. No es así. El quebrantamiento de condena es un delito para el que lo lleva a cabo y el inducir a una persona o cooperar con ella para incumplir la orden de alejamiento es un comportamiento que también está castigado.

20. AAVV., *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, 28 de junio de 2007, p. 178.

21. Propuso también la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 146, que dispensa a los miembros del matrimonio a declarar en contra de su pareja, pues muchas víctimas se acogen a esta posibilidad y, tras denunciar, luego no declaran ante su agresor.

IV. CONCLUSIONES

- En casos de violencia intra familiar el infractor lo es normalmente por convicción y su reeducación ofrece especiales dificultades, pues pretende insistir en sus acciones. De lo que se desprende la imperiosa necesidad de tomar medidas contra él teniendo en cuenta la alta probabilidad de que trate de reincidir en sus actitudes de “control” sobre su víctima. Resulta imprescindible la imposición de medidas cautelares durante el transcurso del proceso y que las penas, si resulta condenado, no se limiten a las tradicionales privativas de libertad o pecuniarias, sino que incluyan, cuando ello resulte preciso, otras que afecten a derechos como la libertad ambulatoria, de residencia y de comunicación.
- Las medidas cautelares, al ser provisionales, se pueden paralizar. Pero revisar o acortar las penas de alejamiento es más complicado, sobre todo las de larga duración. Pueden plantearse graves problemas si entre el infractor y la víctima subsisten lazos afectivos y la pareja decide reanudar su vida en común. Piénsese también en el distanciamiento obligatorio de padres respecto de los hijos. Entiendo que debe propugnarse su eliminación del Código Penal como medida imperativa.
- Cuando se trata de delitos relacionados con la llamada “violencia de género”, la suspensión de la pena impuesta queda siempre condicionada a la prohibición de aproximarse a la víctima. La suspensión de la pena queda también supeditada a dicha prohibición. De modo que las condiciones para sustituir o suspender son más gravosas si el delito lo lleva a cabo un hombre contra una mujer que si se realiza por y contra cualquier otra persona que forma parte del ámbito doméstico o familiar.
- Sólo el control eficaz de la ejecución de las órdenes de alejamiento y la reacción frente al quebrantamiento de éstas pueden salvaguardar la integridad física de la víctima. Algunos casos dramáticos de mujeres asesinadas después de la interposición de las denuncias o en trámites de separación confirman que estos son los momentos de alto riesgo. No será posible tal control si no se cuenta con el apoyo de medios electrónicos. En octubre de 2009, tres meses después de que entraran en vigor los sistemas de localización GPS para maltratadores, un total de 20 víctimas de violencia de género contaban ya con uno de estos dispositivos que alertan de la proximidad del agresor y registran los quebrantamientos de las órdenes de alejamiento. Según datos de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, es el magistrado encargado del caso quien evalúa si la situación de la víctima es de tal riesgo que se hace necesaria una protección extra para garantizar que el agresor guarde las distancias impuestas²².

22. <http://elpais.co/archivo/buscando.html?query=20>.