



INTRODUCCIÓN.-

¿Deberían los Tribunales dejar sin efecto la orden de alejamiento impuesta a un agresor si lo solicita la mujer a la que ha maltratado?

¿Qué es prioritario, la voluntad de la víctima, su derecho a una vida privada y familiar, o su seguridad?

Desde que en Diciembre de 2004 se aprobara la Ley Integral contra la violencia de género, las denuncias de mujeres sometidas a malos tratos no han dejado de incrementarse año tras año.

En ello se ha querido ver una voluntad decidida de las mujeres por salir de este tipo de situaciones y, por ello, un logro de la Ley Integral en su faceta de concienciación y sensibilización.

No obstante, el número de víctimas mortales, la reiteración de los malos tratos a pesar de las denuncias, y los quebrantamientos de la orden de alejamiento, ponen a debate cuestiones como la dispensa de la víctima a declarar, o el valor que se le ha de dar al consentimiento de quien a su favor se dicta la medida de alejamiento o de prohibición de comunicación.

La víctima de la violencia de género es diferente a otras víctimas, por la relación de afectividad que le une al agresor.

Cuando se denuncia a aquél con quien se tiene hijos, con quien se ha compartido la vida,..... la mujer a veces lo justifica e incluso se siente culpable. Se encuentra sometida a tensiones emocionales, con vinculaciones afectivas, económicas y de todo tipo con su agresor.

¿Cómo protegerla sin que ello suponga la privación de un derecho o un atentado contra su libertad?

No todas las parejas que se ven inmersas en un proceso judicial por un acto de violencia de género terminan separándose. Incluso algunas, al cabo de un tiempo, reanudan la convivencia.

El problema surge cuando en el momento de la reconciliación está vigente una medida cautelar de alejamiento o la pena de prohibición de acercarse a la víctima, lo que entra en íntima contradicción con la convivencia de la pareja.

Hay casos de malos tratos leves, en los que no hay reincidencia y en los que parece que no tiene sentido impedir a la mujer volver con su pareja si ese es su deseo.

Sometemos a debate estas cuestiones, que todos los días se plantean ante Juzgados y Tribunales, haciendo una breve reflexión de los problemas que se vienen suscitando en la aplicación de las normas reguladoras de las penas y medidas de protección a la víctima, las distintas soluciones que se han adoptado, y la posibilidad de una reforma legislativa.

EL ARTÍCULO 57.2 DEL CODIGO PENAL. EL PLANTEAMIENTO DE SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD.-

Frente al carácter potestativo que la pena accesoria de alejamiento revestía en la redacción originaria del art. 57.2 CP (Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio), la actualmente vigente establece de manera taxativa la obligatoriedad de su imposición.

La aplicación combinada de los arts. 57.2 y 48.2 CP determina que siempre que se cometa un delito “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, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”(art. 57.1 CP) “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, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados” (art. 57.2 CP), el Juez o Tribunal viene obligado a acordar “en todo caso” la pena accesoria del art. 48.2 CP, consistente en “la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal”.

Esta medida “impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

Sea cual sea la gravedad del delito cometido los Jueces y Tribunales han perdido la facultad que contemplaba la legislación anterior de imponer la pena si el caso lo requería.

La medida es acertada, y no plantea problema alguno en su aplicación, en todos aquellos casos en que el acto de violencia de género pone fin a la relación de pareja.

Sin embargo, existen casos en los que a pesar de haberse producido un acto de violencia, posteriormente, incluso antes de que se dicte la sentencia, los miembros de la pareja vuelven a convivir.

Es aquí donde se produce el conflicto entre la voluntad de la víctima, que quiere reanudar su relación con el agresor, y el cumplimiento de la pena impuesta a éste; entre la respuesta social a la violencia de género, que quiere proteger a la mujer de una posible reiteración de la agresión, y la libertad de la víctima de reanudar su relación familiar al margen de la tutela de los poderes del Estado.

No es una cuestión fácil de resolver. ¿Debemos proteger a la víctima en contra de su voluntad?. Si no es así, y es la víctima la que decide el mantenimiento o no de la prohibición de acercamiento de su agresor. Si vuelve a ser agredida o fallece a manos de éste: ¿quién sería responsable?, ¿ella? o ¿los poderes públicos?.

¿Debemos reformar el artículo 57 2. del Código Penal, y dejar que sean los Jueces los que, en atención a las circunstancias y a la voluntad de la víctima, decidan imponer o no la prohibición de acercamiento?,

O debemos mantener la obligatoriedad de la imposición de la pena de alejamiento en las sentencias condenatorias por delitos de violencia de género, permitiendo a los Jueces que puedan dejar en suspenso la medida cuando la víctima lo solicite y no existe riesgo para la misma.

Algunos Juzgados y Audiencias Provinciales han presentado cuestiones de inconstitucionalidad por este artículo del Código Penal.

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar, planteó la cuestión de inconstitucionalidad 640-2005 en relación con los artículos 57 y 48.2 del Código penal, redactados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que fue inadmitida por cuestiones formales.

Están pendientes de resolver por el Tribunal Constitucional la número 3899/2007 planteada por la Sección 4ª de la A.P. de Valladolid y la número 5256/2007 de la Sección 2ª de la A.P. de Las Palmas.

La duda que planteaba el Juzgado de Arenys de Mar se circunscribe a aquellos supuestos en los que la víctima ha manifestado expresamente y con plenitud de garantías procesales su deseo de que no se imponga la pena accesoria que nos ocupa pues le anima la voluntad de mantener o conservar una relación sentimental o de otro tipo, con o sin convivencia, lo que se le va a ver impedido con la imposición automática e inmediata de la medida de alejamiento contemplada en los preceptos punitivos citados.

Considera que no ofrece duda alguna la legitimidad y constitucionalidad de la aplicación de la medida que nos ocupa en aquellos supuestos en que la víctima se postula favorablemente a la misma o bien no se opone a su imposición, pues en ellos nunca se puede afirmar que su libertad personal se vea coartada o limitada en modo alguno, toda vez que su voluntad resulta ser conforme a la medida legalmente prevista, y el órgano jurisdiccional la aplicará en correcta consonancia, en cumplimiento de aquellos preceptos del Código Penal.

También excluye de la duda de constitucionalidad los supuestos en los que el delito cometido tenga la consideración de grave o menos grave, pero haya afectado a bienes jurídicos especialmente relevantes de la víctima, o a otros, pero a través de un ataque de especial gravedad, bien por el procedimiento empleado, bien por el resultado producido. En este tipo de casos la tutela de los bienes jurídicos protegidos, de los que es titular la propia víctima, ha de prevalecer incluso sobre su voluntad, aunque esté libre y claramente expresada.

Consecuentemente, la duda de constitucionalidad se ciñe a casos, en los que

el ilícito cometido por el cónyuge, pariente o cualquier otra de las personas enumeradas en el primero de los mencionados preceptos, no reviste especial gravedad o significación. En este caso el Juzgador afirma “que, tras la prueba practicada en la vista oral celebrada, se encontraron pruebas suficientes para estimarlo autor de una agresión física que produjo a su pareja lesiones de escasa entidad, consistentes en equimosis de 3 por 1,5 cm en la región malar izquierda, dolor en esa región y erosión en fase de costra de 2 por 0,7 cm en cuello, de las que tardaría en curar previsiblemente siete días, sin restarle secuela alguna. Es decir, un caso en el que los hechos, de no mediar relación sentimental, debieran incardinarse en el art. 617.1 CP, es decir, revestirían la condición de falta y que por mor de esa relación sentimental se transforman en delito, y en el que la propia víctima ha manifestado expresamente en el curso de la vista oral su voluntad de que no se impusiera la medida de alejamiento”.

Seguidamente se afirma que la pena accesoria contemplada en el art. 48.2 CP sanciona al autor de los hechos, pero también a la víctima, pues a la misma se le restringe su derecho fundamental a la libertad personal, entendida ésta ahora como la facultad para adoptar libremente decisiones que afecten a sus relaciones personales. Concretamente se le impide mantener una relación, sentimental o de otro tipo, con o sin convivencia, con el autor de la infracción. Hasta el punto de que, de ser la víctima quien inicie o propicie un nuevo acercamiento físico, puede llegarse al extremo de considerarla autora de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, sea a título de cooperadora necesaria o de inductora (arts. 27 y 28 CP).

Con ello se quiere decir que la duda de constitucionalidad no lo es en referencia al autor del ilícito, pues el mismo ha cometido una infracción, legalmente prevista, con todas las garantías del principio de legalidad penal, y resulta, ab initio, merecedor de la sanción, sino que se plantea con relación a la víctima de la misma, pues sin haber verificado infracción legal alguna, ve coartada o limitada su libertad personal en el sentido antes expuesto.

Según dicho Juzgado, “se afecta así al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) y al valor superior libertad, proclamado en el art. 1.1 CE (al respecto, se mencionan las SSTC 19/1988, de 16 de febrero, y 132/1989, de 18 de julio). Y también al art. 10.1 CE, que consagra el derecho del individuo al libre desarrollo de su personalidad, lo que significa que “corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital”. C

Considera el órgano judicial que con la imposición automática y obligatoria de la pena accesoria de alejamiento contra la voluntad de la propia víctima de la infracción (siempre en el restringido grupo de supuestos a que el órgano promotor se refiere), ésta ve enteramente restringida y limitada su libertad personal, su libertad de decisión en cuanto a sus relaciones personales y particulares, sin haber cometido infracción previa de tipo alguno. Esto es, a la víctima se le impone una sanción puesto que se recorta su ámbito de decisión personal en contra de su expresa voluntad y sin haber incurrido en ninguna infracción legal.

Con la redacción dada a estos preceptos por la Ley Orgánica 15/2003, el Estado se erige en guardián o garante de la víctima, pero lo es contra su propia y expresa voluntad. Para el Juez promotor de la cuestión, esta decisión no respeta el derecho fundamental a la libertad personal ni la libertad como valor superior del ordenamiento.

Como simple obiter dictum, también se apunta por el órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, que la afección a las relaciones paternofiliales, pues la comisión de un delito contra el cónyuge o persona asimilada

por el art. 57.2 CP no tiene por qué afectar prima facie al libre desenvolvimiento de esas relaciones paternofiliales.

EL ARTÍCULO 468 DEL CÓDIGO PENAL Y EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.-

A) EL TIPO PENAL.-

“Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos” (Art. 468 1. C.P).

Señalar que el quebrantamiento requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1. Un elemento objeto del tipo del injusto, que supone el incumplimiento de la pena impuesta y que viene entendido como el acto material y real de aproximarse o comunicarse con la víctima en los casos en los que existe una prohibición. 2. Un elemento normativo, esto es, la decisión judicial firme previa adoptada por el Juez competente. 3. Un elemento subjetivo, que viene constituido por la conciencia y voluntad de quebrantar, ya que el dolo del delito, no exige el propósito de eludir definitivamente el cumplimiento de la pena, sino tan sólo la voluntad de no cumplir la condena en el modo en que debía serlo por mandato judicial.

El bien jurídico del tipo penal objeto de la condena no es otro que la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales, matiz de singular importancia puesto que, aunque es evidente que al mismo tiempo se están tutelando los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida quebrantada, no puede desconocerse que lo que tutela el indicado tipo penal son las funciones atribuidas constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, dando una respuesta penal a las infracciones que lesionen o quebrantan el contenido de las resoluciones judiciales que puedan dictarse en las diversas etapas del ejercicio de dicha función.

El quebrantamiento de condena o medida de seguridad cautelar tipificado en el artículo 468 del Código Penal es un delito que se da con frecuencia junto con la comisión de los tipos delictivos de violencia doméstica o de género.

Durante la tramitación del procedimiento, e incluso una vez dictada la sentencia, es frecuente que se produzcan acercamientos entre el agresor y su víctima, que dan lugar a la incoación de otro procedimiento penal por quebrantamiento de la medida o pena y otras conductas delictivas tipificadas en los artículos 153 ó 173 del Código Penal.

Los casos en los que la víctima no consiente el acercamiento no plantean problema alguno, pero sí aquellos en los que la violación de la prohibición de acercarse a la víctima se ha producido habiendo consentido ésta estar de nuevo con su agresor e incluso tras reanudar la convivencia.

B) EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA Y SU VALORACION A EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.-

El debate que se ha suscitado es el del valor que hay que dar al consentimiento de la persona a favor de la que se ha dictado la medida de alejamiento o de prohibición de comunicación, esto es, el valor del consentimiento de la víctima que

sufrió la agresión que dio lugar al procedimiento penal, teniendo en cuenta que las relaciones de pareja son complejas y están sometidas a cambios emocionales a veces difíciles de entender para los que son ajenos a la relación.

El problema que suscita esta situación fáctica -víctima que consiente o incluso incita a ese quebrantamiento- es si el consentimiento de la persona objeto de protección por la orden de alejamiento, puede autorizar al imputado, obligado a su respeto, para que habitual o puntualmente la vulnere, y todo ello con alguna relevancia en el correspondiente tipo penal, que tiene que ver, primordialmente, con la protección a las víctimas de los delitos previstos en el art. 57 del Código Penal (al que se refiere el art. 533, bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero también con el respeto debido a las resoluciones judiciales y en especial con las garantías en la ejecución no ya de las penas, sino también de medidas cautelares tan necesarias y precisas.

Existen muchos interrogantes tanto si se tratan de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende -y esto es lo característico- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima -en cuya protección se acuerda- de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

¿Qué ocurre si la víctima permite la aproximación o reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente, que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?:

1.- Se puede optar por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida. En este caso, si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal. Ello supondría una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos», como recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.

2.- Un planteamiento que dejara la vigencia o anulación de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

3.- Otra postura sería, -compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada-, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia puede acreditar la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento.

Debemos ser muy prudentes a la hora de valorar el consentimiento de la víctima en los supuestos de reconciliaciones, por cuanto hay veces que la reanudación de la convivencia no es voluntaria, sino que viene impuesta por las circunstancias.

En numerosas ocasiones es la falta de medios económicos de la víctima la que le lleva a reanudar la convivencia, sobre todo cuando hay hijos menores de edad de la pareja.

En otros casos algunas víctimas reanudan la convivencia por presiones ejercidas por el propio agresor, o por el entorno familiar de la misma.

No obstante no podemos negar que a veces hay una verdadera voluntad de la víctima de reconciliarse con su pareja, y de reanudar la relación.

En todo caso, si hay que dar valor al consentimiento de la víctima a los efectos de determinar la existencia o no del tipo penal de quebrantamiento de condena, estaríamos siempre hablando del consentimiento libre y voluntariamente prestado, sin que pueda ser tenido en cuenta el que esté viciado por error, intimidación, violencia o dolo, a que se refiere el artículo 1.214 del Código Civil.

Las opiniones no son unánimes en cuanto al valor que hay que dar al consentimiento de la víctima:

Hay quien concede valor al consentimiento otorgado por la víctima que sufrió la agresión.

Algunos no dan valor alguno al consentimiento de la víctima.

Para otros el consentimiento de la víctima debe tenerse en cuenta en el quebrantamiento de la medida cautelar pero no cuando la medida de seguridad viene impuesta en una sentencia.

En el caso de la medida cautelar, no parece que exista obstáculo legal para que la víctima pueda solicitar del Juzgado la supresión de la orden de alejamiento, ya que al tratarse de una medida preventiva, si se modifican las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la misma, se puede revocar antes de que se dicte la sentencia.

Cuando se trata de una medida de prohibición de acercamiento impuesta en la sentencia como pena accesoria del artículo 48 del Código Penal, tiene la misma consideración de pena que la privativa de libertad, por lo que no parece legalmente posible que se puede permitir a la víctima que decida sobre el cumplimiento de la misma.

Las Audiencias Provinciales no han tenido criterio unánime respecto de una postura u otra. El propio Tribunal Supremo ha variado de criterio en los últimos años.

Entre las sentencias que dan valor al consentimiento de la víctima, cabe destacar la 1156/2005, dictada por la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo, dictada en el recurso 781/2004, de la que fue Ponente D. Joaquín Giménez García.

En la citada resolución, relativa al delito de quebrantamiento de medida de alejamiento, se absuelve al recurrente del mismo, por haber consentido la víctima en la aproximación.

Se expresa en la citada resolución que no cabe duda de la naturaleza de pena privativa de derechos que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el artículo 39 del Código Penal, pena que tuvo tal carácter a partir de la Ley Orgánica 14/1999, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el artículo 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar.

No obstante, -se indica en la sentencia- las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende –y esto es lo característico- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima –en cuya protección se acuerda- de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

Respecto de la reanudación voluntaria de la convivencia entre la víctima con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancia de aquella, la Sala mantiene el siguiente criterio:

“Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente la convivencia posterior a la medida, cabría considerarla coautora por cooperación necesaria al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes para el delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos, como recuerdan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.

Por otra parte es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de que se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso- otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y, por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante”.

Este mismo criterio lo recoge la Audiencia Provincial de Las Palmas en la sentencia de 24 de agosto de 2006.

La Audiencia Provincial de Girona, en la sentencia 373/2007, de 8 de agosto de 2007, dictada en el recurso 518/2007, de la que fue ponente D^a. María del Carmen Capevila Salvat, también está entre las que dan valor al consentimiento de la víctima, sin embargo discrepa con la anterior citada del T.S., al no distinguir éste Alto Tribunal entre el quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento y el quebrantamiento de la pena de prohibición de acercamiento.

Sostiene que la medida cautelar de alejamiento, dictada al amparo de una orden de protección a la víctima de un delito, generalmente en supuestos de violencia de género, como toda medida provisoria, requiere de la apreciación del llamado “periculum in mora”, que en el campo del derecho penal está referido a la necesidad

de la medida para la protección de la víctima por cernirse sobre ella un riesgo serio derivado de la cercanía física con el delincuente; así se expresan los artículos 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al utilizar expresiones tales como “...cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima...” o “...resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima...”.

Coincide con el Tribunal Supremo en que la especial naturaleza de las medidas cautelares supone que no han de mantenerse por siempre desde el momento en que son adoptadas, sino que, desaparecidas las circunstancias que se tomaron en consideración para dictarlas, la medida también ha de desaparecer o, cuando menos adaptarse a los nuevos acontecimientos.

Por ello, la voluntad de la víctima resulta parcialmente trascendente, pues uno de los elementos esenciales, no el único, para conocer si es precisa o no la medida cautelar será su propia opinión sobre su necesidad, pues si la misma víctima entiende que el peligro o riesgo no existe no podemos dejar de tener en consideración dicha reflexión importante para su apreciación.

Se expresa en la sentencia que: *“la realidad que implica la renuncia tácita a la protección que le proporciona la orden de alejamiento, permitiendo el acercamiento del imputado o propiciando ella misma dicho acercamiento, en la mayoría de las ocasiones y salvo situaciones calificables de patológicas, debe tener un necesario reflejo en la realidad procesal”*.

Sin embargo, y respecto de la pena de alejamiento, indica que *“la voluntad de la víctima carece de relevancia para moldear la pena a la medida de sus necesidades, pues es la voluntad del Estado la que señala, sin que esta voluntad pueda mediatizarse por la opinión del perjudicado”*.

La sentencia que analizamos distingue además dos tipos de situaciones:

- Aquellas en las que el acercamiento se produce por la exclusiva voluntad del condenado, consintiendo posteriormente el perjudicado. En este caso al ser el penado el que se acerca o el que se comunica, -incluso con el beneplácito de la víctima-, esta conducta no puede quedar amparada por ninguna excusa, pudiendo hablar del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, con referencia a la pena de alejamiento o no acercamiento, pues es la exclusiva voluntad del penado la que produce la vulneración de una pena cuya efectividad final queda supeditada a su propio autocontrol.

- Y aquellas otras en que el acercamiento se produce por la acción positiva de la víctima sin que sea seguida por el voluntario alejamiento del condenado. Será en este segundo caso cuando podemos afirmar que no existe un quebrantamiento de condena enmarcable en el artículo 468 del Código Penal, pues lo que se exige del condenado es que no se acerque a ciertas personas, no que no permita su acercamiento cuando éstas libremente lo propician. En efecto, el artículo 48. 2 y 3 cuando se refiere a la prohibición de aproximación o comunicación, la describe con la expresión de “...le impide al penado acercarse...” o “...impide al penado comunicarse...”.

En la sentencia 10/2007 el Tribunal Supremo cambia de criterio, disponiendo que el mantenimiento de la medida protectora dictada en sentencia no es un derecho dispositivo de la víctima, por lo que no es válido el consentimiento para que la conducta no sea punible. Ahora ya no considera que el bien jurídico protegido sea la seguridad de la víctima, sino el principio de autoridad que llevan aparejadas las sentencias, por lo que no puede dejarse al arbitrio de las víctimas el cumplimiento o no de la sanción impuesta.

El tema de la relevancia que pueda tener el consentimiento de la víctima para la exclusión del delito tipificado en el artículo 468, ha sido resuelto por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo en reunión celebrada el 25 de noviembre de 2008, en el que por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del citado delito; y ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé.

Este criterio es el que viene recogido en las últimas sentencias del Tribunal Supremo en relación a la materia, como la 39/2009, de fecha 29 de enero, dictada en el recurso 1592/2007, y la más reciente 654/2009, de 8 de junio dictada en el recurso 11003/2008. En ambas se considera la existencia de delito el quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento, no excluyendo el tipo la circunstancia de que la convivencia se haya reanudado de mutuo acuerdo.

A pesar de ello, en la primera de las sentencias, hay un voto particular de los Magistrados D. Enrique Bacigalupo Zapater y D. José Manuel Maza Martín, al respecto de la posible relevancia del consentimiento de la esposa del acusado para la tipicidad de la conducta del mismo respecto de la alternativa típica del quebrantamiento de una medida cautelar del artículo 468 del Código Penal.

En este voto particular vuelve a distinguirse entre el quebrantamiento de una condena y el de medida cautelar de protección, que según el criterio mayoritario se considera como una problemática unitaria.

Para los citados Magistrados la irrelevancia del consentimiento respecto de las penas privativas de derechos previstas en el artículo 48 del Código Penal es clara. Si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a una acción lesiva de un bien jurídico, tal función no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, en la medida en la que no se trata de un interés individual.

Sin embargo consideran que es distinto el problema que presenta la renuncia de hecho, por parte de la esposa, de la posición jurídica que le acuerdan las medidas cautelares adoptadas, a su solicitud, para su protección.

Son conscientes de que la continuidad de los malos tratos puede tener y tiene graves efectos degradantes sobre la personalidad de la mujer que es víctima de ellos. Tampoco niegan que, comprobados estos extremos, el consentimiento de la víctima puede resultar irrelevante, dado que difícilmente podría cumplir en esos casos con las exigencias de su validez por el que sujeto pasivo carecería de la capacidad de juicio que el consentimiento requiere.

Lo que en el voto particular se pone en duda es el carácter general de la solución adoptada como interpretación del artículo 468 del Código Penal, es decir, la irrelevancia absoluta del consentimiento independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido.

Al respecto determinan que: *“El fundamento de la relevancia del consentimiento, por el contrario, debe ser considerado desde la perspectiva constitucional del derecho a la autodeterminación y, más concretamente, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10 CE. En este sentido se ha entendido en la doctrina que, en aquellos supuestos en los que está implicado el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente a la autodeterminación, no existe un derecho a lesionar bienes ajenos, pero si un derecho*

a permitir, bajo las condiciones que acuerdan dar validez al consentimiento, que otro lesione los propios o a ponerse en peligro de que lo haga”.

Consideran que aunque la tesis sostenida por la mayoría no niega a la esposa el derecho a la autodeterminación de forma directa, en la medida en la que no le reconoce relevancia respecto de la conducta del marido, lo hace indirectamente, pues limita más allá de lo constitucionalmente admisible el derecho de aquella a reanudar la vida matrimonial, mediante la amenaza de una pena de prisión para el marido.

Plantean que la solicitud de levantamiento de la medida cautelar no puede ser denegada a la víctima, toda vez que ello implicaría, en primer lugar una limitación del derecho constitucional acordado en el artículo 32 de la Constitución no derivada de ninguna ley, y, en segundo lugar, implicaría una reducción de la mujer a un objeto de protección penal, incompatible con la dignidad de la persona (art. 10. 1 CE): *“El derecho vigente no establece ninguna limitación para contraer matrimonio y, obviamente, tampoco para intentar reanudarlo después de una interrupción de la convivencia. Una limitación de esta especie, por lo demás no puede ser deducida de la vigencia de una orden cautelar de alejamiento. Una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, de la misma manera que no es posible impedirle contraer matrimonio por considerar que su decisión es irrazonable. La mujer que pide una medida de protección no pierde el derecho al libre desarrollo de su personalidad”.*

SOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ANTE LA SITUACION CREADA POR LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES QUE HAN VUELTO A CONVIVIR TRAS EL DICTADO DE LA SENTENCIA PENAL, DONDE SE IMPONE COMO PENA LA PROHIBICION DE ACERCAMIENTO Y COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA.

Hay una sentencia que, a mi juicio, recoge la solución mayoritaria de los Tribunales ante esta situación, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª de 21 de febrero de 2007. En ella se indica: *“el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud del indulto parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que éste acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja”.*

Teniendo en cuenta que el cumplimiento de la pena no puede quedar al arbitrio de la víctima y que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del delito de quebrantamiento de condena, ya que el perdón por la misma carece de irrelevancia a dichos efectos, es la suspensión de la medida seguridad, y en su caso el indulto, la solución jurídica que la mayoría de los Tribunales están adoptando en los supuestos de reconciliación de la pareja y la reanudación de la convivencia.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.-

PRIMERA.- Cualquier decisión o medida que se adopte para garantizar la protección de la víctima de malos tratos, no puede ser ajena a los derechos

fundamentales que le garantiza la Constitución, al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE), al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), y a elegir libremente y en situación de igualdad a la persona con quien quiere compartir su vida (art. 32 CE).

No debemos convertir a la víctima en un mero objeto de protección.

SEGUNDA.- En el caso de la medida cautelar, si se modifican las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la misma y se acredita que ha desaparecido la situación de peligro por la que se acordó, no parece que exista obstáculo legal para que la víctima que en su día solicitó la protección pueda solicitar del Juzgado la supresión de la orden de alejamiento, ya que al tratarse de una medida preventiva, se puede revocar antes de que se dicte la sentencia, proponiéndose una reforma legislativa a tal efecto.

TERCERA.- Cuando se trata de una medida de prohibición de acercamiento impuesta en la sentencia como pena accesoria del artículo 48 del Código Penal, tiene la misma consideración de pena que la privativa de libertad, por lo que no parece legalmente posible que se puede permitir a la víctima que decida sobre el cumplimiento de la misma.

No obstante, en los supuestos de reconciliación de la víctima con el agresor y reanudación de la convivencia, una vez solicitada por éste la suspensión de la medida de prohibición de acercamiento, los Jueces y Tribunales deberían oír a la víctima antes de conceder o denegar los beneficios de la suspensión, proponiéndose una reforma legislativa a tal efecto.

CUARTA.- Tanto en los casos en los que la víctima solicite del Juzgado la supresión de la medida cautelar como en los supuestos de suspensión de la pena de prohibición de acercamiento, debería solicitarse informe al Equipo Psico-Social del Juzgado o Tribunal que haya de pronunciarse sobre la revocación de la medida o la suspensión de la pena, en cuanto a la realidad de la reconciliación, las circunstancias en que se ha producido la reanudación de la convivencia y sobre la desaparición de la situación de peligro para la víctima que llevaron a la adopción de la medida o a la imposición de la pena, proponiéndose una reforma legislativa a tal efecto.

QUINTA.- Debería garantizarse que la víctima tenga asistencia de Letrado con carácter obligatorio desde el momento mismo de la formulación de la denuncia y en la solicitud de la orden de protección, proponiéndose una reforma legislativa al efecto.

Es fundamental que la víctima conozca sus derechos, los medios que tiene para protegerse de su agresor, los efectos de la denuncia, de la medida cautelar o de la pena de alejamiento y las consecuencias que pueden dar lugar a su incumplimiento.