

Protección penal frente a la violencia de género. Análisis de la eficacia de la “Orden de alejamiento”

(Criminal Court protection facing gender violence.
Analysis of the efficacy of the restraining order)

ORTUBAY FUENTES, Miren
Univ. del País Vasco (UPV/EHU). Dpto. de Derecho Público
(EUTS). Los Apraiz 2. 01006 Vitoria-Gasteiz
miren.ortubay@ehu.es

Entre las medidas penales frente a la violencia contra las mujeres, se analizan las características de la llamada “Orden de Alejamiento”, especialmente, sus peculiaridades en los casos de violencia sexista, con el fin de valorar su aplicación práctica y, en la medida de lo posible, su eficacia como instrumento de protección y de emancipación de las mujeres.

Palabras Clave: Violencia de género. Sistema penal. Derechos de las mujeres. Penas privativas de derechos. Eficacia del sistema penal.

Emakumeen aurkako indarkeriari aurre egiteko dauden zigor neurri artean, urruntzeko agindua landuko dugu hemen. Batez ere, sexu indarkeriaren kasuetan dituen ezaugarriak ikusiko ditugu. Gure helburua agindu horren aplikazio praktikoa baloratzea da, baita, ahal dugun neurrian, emakumeak babesteko eta burujabetzeko tresna gisa duen eraginkortasuna ere.

Giltza-Hitzak: Genero indarkeria. Zigor sistema. Emakumeen eskubideak. Zigor eskubidegabetzaileak. Zigor sistemaren eraginkortasuna.

Parmi les mesures pénales adoptées dans le cas de violence contre les femmes, nous analysons les caractéristiques de la « mesure d'éloignement », et notamment ses particularités en cas de violence sexiste, afin d'évaluer son application pratique et, dans la mesure du possible, son efficacité en tant qu'instrument de protection et d'émancipation des femmes.

Mots Clés: Violence sexiste. Système pénal. Droits des femmes. Mesures privatives de droits. Efficacité du système pénal.

1. LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA CONTRA ELLAS EN EL CÓDIGO PENAL

Los estudios jurídicos feministas han puesto de manifiesto que el Derecho no es neutro, sino que tiene género. Ello significa, por un lado, que, como producto social, las leyes están atravesadas por la desigualdad existente entre mujeres y hombres y reflejan claramente la estructura de la sociedad, jerarquizada en función del género de las personas (Bodelón, 2008). Por otro lado, al funcionar como instrumento de control sexuado, refuerza y reproduce los estereotipos de género.

1.1. La imagen de las mujeres en la ley penal

La falta de neutralidad del Derecho respecto al género es perceptible en todas las leyes, pero resulta especialmente evidente en el Código penal (CP). Al describir las conductas prohibidas y el castigo que merecen, el colectivo social hace toda una declaración de principios sobre lo que considera valioso -digno de protección- y lo que estima intolerable y, por ello, punible. En el fondo, la ley penal refleja el imaginario colectivo, los deseos y los miedos y, cómo no, el modelo de masculinidad y de feminidad.

Es muy significativa en este sentido la imagen de las mujeres del CP franquista, mantenido en buena medida hasta 1975. Tratada como una permanente menor de edad, sin posibilidad de administrar sus bienes, ni siquiera disponía de su cuerpo: Se veía obligada a la maternidad, pues estaba prohibido el uso de anticonceptivos y el aborto, salvo "*honoris causa*", esto es, el aborto o infanticidio realizado para ocultar "la deshonra de la mujer" o, más bien, de la familia, porque en la conducta sexual de aquélla se depositaba la honra de ésta. De ahí que el titular de dicha honra, el "cabeza de familia" ejerciese un control absoluto sobre la sexualidad de "sus" mujeres, aplicando normas muy estrictas acerca de lo que se entendía como comportamiento honesto o deshonesto. La total falta de libertad sexual se reflejaba en figuras como el "raptó de doncella", cuyo castigo se eliminaba si el secuestrador se casaba con la mujer, independientemente de la voluntad de ella. Tampoco estaba penada la violación dentro del matrimonio y había conductas -el adulterio, por ejemplo- que sólo se consideraban delitos cuando las realizaba una mujer.

Pero donde más claramente se demostraba que no era dueña de su vida ni de su cuerpo era en la permisividad hacia el uxoricidio: apenas se castigaba al marido que mataba a la mujer descubierta en flagrante adulterio. Tampoco estaban penadas, ya que se consideraban justificadas, las lesiones que el marido producía a su mujer en el ejercicio de su derecho a "corregir a la esposa", cuando era díscola o indisciplinada, mediante el uso de la fuerza física.

En definitiva, si bien el CP castigaba los comportamientos de las mujeres que se consideraban como "delitos públicos", el Estado delegaba en el hombre el control sobre la vida cotidiana de ella: Estaba obligada a obedecerle y, si no lo hacía, él podía sancionarle.

1.2. Tutela penal frente a la violencia contra las mujeres

Como el modelo descrito está tan profundamente arraigado en nuestra cultura, llegar a hacer visible la grave vulneración de los derechos humanos de las mujeres que la violencia sexista conlleva está suponiendo un largo y difícil proceso de cambio. El

feminismo ha conseguido que dicha violencia se perciba como un problema social y político, enraizado en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, y ha impulsado cambios legales espectaculares, que, en ciertos casos, han ido por delante de la mentalidad social. Junto a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo y el mandato a todos los poderes públicos de promover la igualdad efectiva, contenidos en la Constitución, los cambios más llamativos han tenido lugar en las leyes penales.

De reconocer el derecho del “cabeza de familia” a castigar, incluso utilizando la fuerza, a las personas sometidas a su tutela (incluida la esposa), se pasa a penar algunos casos de violencia física claramente “excesivos”. En 1989, se crea el delito de violencia habitual en el seno de la familia, lo que supone un cambio radical en el discurso público. El problema es que, como ya venía ocurriendo con las figuras genéricas de lesiones, el nuevo precepto apenas se aplica a las agresiones machistas. La ley presentaba importantes defectos técnicos, como el “olvido” de la violencia psíquica o el concepto de habitualidad, que, en buena medida, se solucionaron en la reforma de 1999. Sin embargo, el principal obstáculo residía en la mentalidad de los operadores jurídicos que debían poner en práctica la ley. Como gran parte de la sociedad, seguían entendiendo que la violencia en el seno de la pareja era una cuestión familiar y privada, que debía resolverse en casa y no en el juzgado. A mediados de los 90, análisis empíricos evidenciaron que más del 90% de las denuncias eran calificadas como faltas - infracciones menores-; además, sólo el 30% de las denuncias llegaban a juicio y, de éstos, pocos acababan con condenas y casi todas muy leves (Themis, 1999; Calvo, 2003).

Ante el fracaso de la norma penal, en vez de investigar las causas y tratar de combatir la desigualdad estructural para reforzar la situación de las mujeres, el legislador sigue recurriendo casi exclusivamente al instrumento sancionador, iniciando un progresivo incremento de las penas clásicas (sobre todo, de prisión), que se ha mantenido en todas las reformas legales y que ha llegado a establecer algunas penas que chocan con el principio de proporcionalidad. Esta orientación resulta especialmente visible en la reforma de 2003. Con independencia de otras modificaciones que trataré más adelante, no puedo dejar de mencionar en este rapidísimo repaso el cambio más significativo en la tutela penal frente a la violencia sexista introducido por la Ley Orgánica (LO) 11/2003: la conversión en delito de todas las conductas hasta entonces consideradas como faltas -de lesiones leves, maltrato de obra, amenazas leves con arma...- cuando se llevasen a cabo contra alguna de las personas del “ámbito de convivencia familiar” (art. 153 CP) (Asua, 2004; Maqueda, 2006).

1.3. Hacia una protección integral frente a la violencia sexista

A pesar de la preponderancia casi absoluta que el legislador había otorgado al instrumento penal, se realizó un primer y tímido intento de poner el acento en la protección de las mujeres con la ley reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica (L 27/2003). Esta norma, junto a medidas cautelares de naturaleza penal (como la orden de alejamiento) incorporaba la posibilidad de que el Juzgado de Guardia adoptase medidas civiles (atribución de la custodia de la prole, del domicilio familiar, etc.).

Sin embargo, ha sido la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG), de 28 de diciembre de 2004, la que, como su propio nombre indica, ha tratado de romper definitivamente con la orientación esencialmente punitiva, buscando una respuesta más global y diversificada.

Son muchos los aspectos positivos de esta norma: Por primera vez se describe la violencia sexista como la manifestación más brutal de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; es decir, como un problema estructural.

Además del planteamiento mismo de la ley -quiere dar respuesta integral a un problema complejo-, constituye un avance importante que se reconozcan los derechos de las mujeres que han sufrido violencia. Frente a la idea “asistencialista”, se establece la responsabilidad de los poderes públicos en la tutela de la vida, la libertad y la dignidad de la mitad de la población, garantizándose los derechos de información, asistencia social integral (incluyendo apoyo psicológico), asistencia jurídica, ayudas económicas, etc.

También es la primera ley que reconoce la importancia de la prevención y de la sensibilización social, a todos los niveles, y articula medidas en el ámbito educativo, de los medios de comunicación, etc., si bien hay que poner de relieve que esta materia es la que menos se ha desarrollado.

Junto a los avances reseñados, la LIVG también presenta algunos problemas. Uno de los más destacados radica en la propia delimitación de su ámbito, al reducir el concepto de violencia de género a la que se ejerce sobre las mujeres por parte de los hombres que sean o hayan sido sus parejas (Añón y Mestre, 2005:35; Laurenzo, 2008:333).

Pero, en esta sede, me interesa poner de relieve el excesivo protagonismo -¡una vez más!- de la vía penal. El acceso a la mayoría de las medidas de tutela frente a la violencia viene condicionado por la obtención de la Orden de protección, lo que requiere una denuncia penal.

Evidentemente, el recurso al sistema penal es imprescindible, no sólo para castigar las conductas violentas ya ejercidas, sino para poder adoptar, frente a situaciones de riesgo, determinadas medidas cautelares que implican privaciones de derechos del posible agresor. Sin embargo, ceder a la vía penal todo el protagonismo en la intervención frente a la violencia sexista supone consecuencias desconocidas -a veces, inimaginables- e, incluso, perjudiciales para la mujer que ha sufrido la violencia. Por eso, salvo en casos de riesgo inminente, la afectada tiene que “prepararse” cuidadosamente para la denuncia, buscando apoyos y medios de autoprotección, ya que no siempre el agresor va a ser inmediatamente encerrado o la mujer va a acudir a un centro de acogida. En todo caso, hay que entender que la denuncia no representa un objetivo en sí misma, sino una herramienta más al alcance de las mujeres afectadas por la violencia, por lo que en la decisión de presentarla y de cuándo hacerlo el protagonismo les corresponde a ellas (Larrauri, 2003; Ortubay, 2004:240).

Además de este “abocamiento” hacia la vía penal, hay que aludir a otro aspecto muy discutible de las medidas penales de la LIVG: Se trata de la modificación introducida en el art. 153.1 CP, según el cual se castigan más los actos de maltrato ocasional contra la mujer, cuando se ejerzan por quien sea o haya sido su pareja.

Lamentablemente, este precepto ha centrado buena parte del debate público sobre la LIVG: Se ha dicho que constituía una discriminación, porque castiga más al hombre que a la mujer por los mismos hechos, lo que se rebatía afirmando que es una “acción positiva” a favor de las mujeres... Arduos debates cerrados -¿en falso?- por el Tribunal Constitucional que, en sentencia 59/2008, de 14 may., ha establecido la constitucionalidad de la norma¹. Ello no elimina otras críticas a un precepto que, con la pretensión de satisfacer una vieja reivindicación feminista de dar un trato específico a la violencia contra las mujeres, diferenciándola de la violencia “doméstica”, se ha equivocado en dos sentidos: Por un lado, ha construido esa especificidad volviendo a agravar unas penas ya excesivamente rigurosas. Por otro, ha vaciado de sentido la reforma al incluir entre los sujetos pasivos a las personas “especialmente vulnerables”, con las que, sutilmente, identifica a las mujeres.

2. ANÁLISIS DE LA “ORDEN DE ALEJAMIENTO”

Una de las modificaciones más discutibles que la lucha contra la violencia sexista ha introducido en el CP tiene que ver con la conocida como “Orden de Alejamiento”. Se suele denominar así a lo que técnicamente es una pena restrictiva de libertad que consiste en la prohibición de acudir a ciertos lugares, de aproximarse a ciertas personas o de comunicar con ellas por cualquier medio². La particularidad introducida en 2003 radica en que, cuando se trate de un delito cometido en el seno de la “convivencia familiar”, resulta obligatoria la aplicación de la “prohibición de aproximarse”, además de las penas correspondientes al delito, y ello, incluso contra la voluntad de la víctima. A diferencia de esta obligatoriedad, en el resto de los supuestos la sanción puede imponerse o no, debiendo atender el juzgador para tomar su decisión a “la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente”.

En la actualidad, es una medida totalmente identificada con la lucha contra la violencia de género y parece que ese fue su origen y su ámbito de aplicación, pero no es así. Veamos brevemente la evolución de esta figura:

1. Comparto absolutamente las reflexiones de Larrauri (2009) sobre el contenido del art. 153.1 (dudas sobre que el sujeto activo no pueda ser mujer, negación de que sean “los mismos hechos”, etc.). También coincido en que hubiera sido preferible que el TC dictase una sentencia interpretativa que eliminara posibles lecturas inconstitucionales del precepto.

2. En su actual redacción (dada por la LO 15/2003, de 25 nov) el art. 48 del CP establece:

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.
2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, 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.
3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.
4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”

2.1. Primera regulación del “Alejamiento” en el CP

El CP de 1995 incluye entre las penas no privativas de libertad la “privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”, que “impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos”. Se trata de una sanción novedosa, aunque presenta notables similitudes con algunas respuestas penales del Código de 1973³.

Como había ocurrido con tales figuras precedentes, desde el primer momento se discutió sobre la naturaleza jurídica de esta consecuencia del delito. Por un lado, al regular su aplicación (art. 57 CP), el texto legal la define como pena accesoria que puede imponerse en determinados delitos, en su mayoría contra bienes personales. Pero lo cierto es que la figura no reúne los rasgos característicos de dichas penas accesorias⁴. Por otra parte, puesto que el CP la asocia a la comisión de determinadas infracciones y, en concreto a la “gravedad de los hechos”, parece una pena autónoma de imposición facultativa que se sumaría, en su caso, a las correspondientes al delito cometido; pero como el precepto ordena también atender al “peligro que el delincuente represente”, buena parte de la doctrina considera que se trata en realidad de una medida de seguridad (ver, *infra*, 2.3).

De hecho, y para complicar más la cuestión, restricciones de la libertad de movimiento de contenido casi idéntico a la “pena” mencionada se incluían en el nuevo CP entre las medidas de seguridad (art. 96.3.1ª CP), entre las obligaciones de conducta que pueden establecerse en los supuestos de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 83 y 88 CP), así como durante la libertad condicional (art. 90 CP). En aquel momento, la prohibición de acudir a ciertos lugares todavía no se contemplaba expresamente como medida cautelar -es decir, como medida preventiva vigente durante la tramitación judicial-, lo que ocurrió en 2003.

Como veremos más adelante, el debate sobre la naturaleza de la prohibición de acudir a determinados lugares, lejos de apaciguarse, se ha visto avivado por las sucesivas modificaciones que ha sufrido la redacción de ésta “obligación de alejamiento”.

2.2. Diez años de reformas

La primera reforma importante del CP de 1995 trató de responder a las críticas de que venía siendo objeto la tutela penal frente a la violencia sexista. Así, la LO 14/1999, en “materia de protección a las víctimas de malos tratos”, además de notables mejoras técnicas en la redacción del delito de violencia habitual en el seno de la familia, modificó la pena que nos ocupa: A la prohibición de residir en determinados lugares o de acudir a ellos, se añadió la de “aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con

3. En concreto, con la pena de destierro (art. 88 CP-73) y con la prohibición de volver al lugar de comisión del delito o de residencia de la víctima (art. 67 CP-73), medida ésta de dudosa naturaleza, cuya erradicación propugnaba la doctrina (Pozuelo, 1998: 67). Sobre todo este tema de las prohibiciones de acercamiento, ver la completa monografía de Faraldo (2008).

4. Lo distintivo de tales penas es que acompañan a otra -pena principal- y tienen su misma duración. En el art. 57, esta atípica pena accesoria se asocia a determinados delitos y tiene una duración independiente (hasta 5 años, en el CP-95).

ellos”. Con la misma finalidad de incrementar la eficacia de la protección frente a la violencia, se estableció la posibilidad de aplicar las prohibiciones señaladas, con una duración de hasta 6 meses, en las condenas por faltas (infracciones penales leves, que, en aquellos momentos absorbían casi toda la persecución penal de la violencia contra las mujeres).

En el año 2003 se sucedieron una serie de reformas penales. Caracterizadas por cierta improvisación, incoherencias -cuando no claras contradicciones-, y una común orientación hacia el incremento punitivo, varias de esas leyes de reforma incidieron en el ámbito de la violencia sexista y, concretamente, en la regulación de la pena que nos ocupa: Por una parte, se incluye en la “prohibición de aproximarse” la suspensión del régimen de visitas que pudiera corresponder al agresor, así como la posibilidad del control telemático en el cumplimiento de la medida (Asua, 2004 y Lorenzo, 2004).

Por otra parte, se introducen numerosas modificaciones en la aplicación de la citada prohibición como pena “accesoria” del art. 57 CP: De modo general, se amplía la duración de estas restricciones de la libertad, que, para delitos graves, pasa de un límite de 5 al de 10 años de duración máxima.

Se articula, además, una ampliación cualificada para los casos en los que la pena de “alejamiento” acompaña a la pena de prisión. Habían surgido problemas cuando la prohibición de acercarse se cumplía al mismo tiempo que la privación de libertad y, al terminar ésta, ya no regía el “alejamiento”; pero también al cumplirse de forma sucesiva, ya que la prohibición de aproximarse no estaría en vigor en casos de permisos de salida o régimen abierto. El legislador opta por la vía más contundente: la pena accesoria debe superar la duración de la pena de prisión (entre 1 y 10 años, en los delitos graves, y entre 1 y 5 en delitos menos graves), de modo que el “alejamiento” opere durante y después de la privación de libertad.

Sin embargo, a los efectos que nos interesan, la reforma más decisiva es la obligatoriedad en la imposición del “alejamiento” en los supuestos de delitos cometidos en el ámbito familiar⁵. Más adelante abordaremos diversas cuestiones problemáti-

5. Recordemos que, en su 1ª redacción, el art. 57 sólo tenía un párrafo, que la LO 15/03 deja del siguiente modo:

1. Los jueces o tribunales, en los 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, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.”

Asimismo, la citada LO 15/03 introduce dos nuevos párrafos:

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos 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,

cas que derivan de esta regulación, pero para terminar esta breve mención de las reformas producidas por la LO 15/2003 no podemos olvidar una que ha generado notables complicaciones en el funcionamiento del sistema penal frente a la violencia sexista: Me refiero a la modificación del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP). Hasta ese momento, la pena de ese delito sólo era pena privativa de libertad cuando la pena o medida quebrantada era de esa misma naturaleza. A partir de la reforma -completada en este punto por la LIVG⁶-, el incumplimiento de la “orden de alejamiento” -que, recordamos, ha devenido obligatoria en todos los casos de violencia intrafamiliar- se castiga siempre con la pena de prisión de seis meses a un año. Volveremos sobre este tema.

Además de modificar las respuestas penales, las leyes de reforma de 2003 aportaron novedades importantes en materia de medidas cautelares. Se incorporaron entre las “primeras diligencias” las destinadas a proteger a las personas perjudicadas por el delito (art. 13 LECr), y se incluyó entre los fines de la prisión preventiva el de “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima”, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas del círculo familiar. En estos casos, no se aplica el límite mínimo de gravedad del delito requerido como norma general (art. 503 LECr). Además, “cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima”, cabrá la imposición cautelar de alguna de las prohibiciones de residir, aproximarse o comunicar con aquélla (art. 544.bis LECr). Por su parte, el art. 544.ter LECr regula la “Orden de Protección para las víctimas de violencia doméstica” (Ley 27/2003). Como expondré, creo que la creación de las mencionadas medidas cautelares ha tenido influencia en la interpretación de la finalidad de las penas de “alejamiento”.

2.3. Naturaleza jurídica y finalidad de las prohibiciones de aproximarse a la víctima

Como he avanzado, no es fácil determinar la naturaleza penal de una figura que, con contenido muy similar, se establece en el CP como pena accesoria -y, excepcionalmente, principal (arts. 557.2 y 558 CP)-, como medida de seguridad y como “obligación de conducta” en supuestos de suspensión, sustitución y cumplimiento en libertad condicional de la pena privativa de libertad.

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 se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.”

6. La citada LO 15/03 estableció que cuando se quebrantasen las prohibiciones del art. 57.2 “se podrá imponer la pena de prisión de 3 meses a 1 año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días”. Un año después, la LIVG elimina el arbitrio judicial y establece “en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.”

A efectos penales, resulta especialmente decisivo establecer si se trata de una pena o de una medida de seguridad. Entre otros efectos, ello determinará que la duración de la privación de derechos sea fija, como corresponde a las penas, o flexible, en atención a la evolución del individuo sujeto a la medida de seguridad⁷.

Es sabido que el art. 57 CP denomina penas a las prohibiciones de acercamiento. No podemos revisar aquí la jurisprudencia existente en torno a ese precepto; mencionaré sólo la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 369/04, de 11 mar., que afirma con rotundidad que es una “verdadera medida de seguridad”, lo que lleva a la conclusión de que, una vez extinguida la pena de prisión, la medida de alejamiento sólo se mantendrá si concurren circunstancias que lo justifiquen; y para determinarlo, “se deberá solicitar el parecer de las víctimas” (Mota, 2005).

Como veremos al hablar del quebrantamiento de las “órdenes de alejamiento”, hay alguna sentencia (STS 1156/05, 26 sep.) que contiene razonamientos muy similares, en el sentido de que, al estar dirigida a la protección de la víctima, la prohibición de aproximarse debe decaer cuando dicha tutela sea innecesaria. Frente a esta interpretación, resoluciones posteriores afirman unánime y rotundamente que se trata de una pena y, por tanto, de duración determinada e indisponible para las partes, que han de cumplirla incluso cuando se haya impuesto contra la voluntad de la víctima (ver, *infra*, 3.3) No obstante, la STS 172/09, 24 feb., partiendo de que la ley en vigor ha establecido el alejamiento como una pena, plantea que sería preferible convertirla en una medida de seguridad, opinión que comparto.

La cuestión es compleja, pero para adentrarnos en el aspecto que nos interesa -eficacia de la prohibición de aproximarse frente a la violencia sexista- resulta más adecuado dar cuenta del debate que -también- se ha producido sobre la finalidad de esta figura. En los primeros comentarios del CP se detecta la influencia de la legislación anterior, porque, si bien afirman que se trata de proteger los intereses de la víctima, señalan también que esta pena pretende evitar el encuentro de la víctima con el autor, para que no surja un nuevo enfrentamiento (Pozuelo, 1998: 71). Parece que se está pensando más en la posible reacción de venganza procedente de las personas afectadas por el delito -es decir, en evitar una posible “espiral de violencia”- y no se plantea tanto la posibilidad de una reiteración en el ataque⁸.

Me interesa resaltar esta idea, porque -como ya he expuesto- en 1995 todavía se percibía la violencia sexista como una patología individual que generaba ataques aislados, puntuales -aunque a veces reiterados- de algunos hombres especialmente agresivos. Si bien se había incorporado al CP el delito de “violencia habitual” en el seno de la familia, lo cierto es que apenas se aplicaba, entre otras razones, porque

7. En una aproximación no técnica, diremos que, mientras la pena es una respuesta al delito cometido y tiene una duración determinada -y proporcional a la gravedad del hecho injusto-, la medida de seguridad se imponen a personas que, habiendo llevado a cabo la conducta prohibida, carecen de imputabilidad -o la tienen disminuida- y, además, presentan riesgo de volver a delinquir. Es decir, la medida de seguridad trata de conjurar la peligrosidad del sujeto, proporcionándole un tratamiento adecuado, por este motivo, su duración es flexible: se mantendrá mientras subsista dicha peligrosidad del sujeto.

8. Por ejemplo, Mapelli (2005: 218), tras afirmar, en general, que se trata de evitar el “peligro de reincidencia”, así como la vulneración de la dignidad de la víctima, al distinguir entre la prohibición de acudir a ciertos sitios y la de aproximarse, fija el fundamento de aquélla en la “necesidad de protección del propio condenado” (223). En sentido similar, la citada STS 11-3-04.

la opinión mayoritaria se resistía a aceptar la existencia de “relaciones violentas”, es decir, del uso de la violencia por parte de algunos hombres como un instrumento de dominación hacia “su” mujer, lo que implica aplicación constante, sistemática y mantenida en el tiempo de la coacción, física o psicológica. A pesar de la importante labor de denuncia y concienciación de los grupos feministas, no había calado la idea de que el riesgo de sufrir violencia persistía -si no se agravaba- después de que la mujer afectada denunciase e, incluso, tras la ruptura de la convivencia. Lo que hoy nos parece evidente no lo era en absoluto hace sólo 15 años...

Volviendo al debate doctrinal sobre la finalidad de la prohibición de acudir al lugar del delito o de residencia de la víctima, desde el primer momento, jurisprudencia y doctrina mayoritarias han coincidido en que, cualquiera que sea su denominación, esta respuesta penal mira hacia el futuro: trata de evitar el peligro que el delincuente representa para la persona ofendida, tanto en el sentido de la repercusión psicológica que para ésta podría tener el reencuentro, como por la posibilidad de una reiteración del ataque (Faraldo, 2008). Se trataría en definitiva, de una medida diseñada para proteger los intereses de las personas perjudicadas por el delito. Pero resulta igualmente claro que no nos encontramos ante una figura pensada en origen para prevenir la violencia de género. De hecho, la prohibición de volver al lugar del delito se aplicó escasamente en los primeros años de vigencia del CP, hasta que la evolución legal la vinculó estrechamente con la lucha contra la violencia sexista, lo que, por otro lado, ha reforzado en la doctrina y la jurisprudencia la lectura según la cual el fundamento de la pena radica en el peligro que el autor pueda representar para la víctima.

Conviene recordar en este punto que, hasta el año 2003, la restricción de movimientos que analizamos no estaba específicamente prevista como medida cautelar durante la sustanciación del proceso⁹. Se incluyó a raíz de la mencionada reforma, que por primera vez recogía entre los fines de las medidas cautelares el de proteger a la víctima (ver, *supra*, 2.2). Pienso que se trata de una decisión acertada, seguramente más eficaz que los incrementos de las penas, y que permite intervenir desde el primer momento para conjurar el riesgo de reiteración de las agresiones e, incluso, de agravamiento de éstas como reacción frente a la denuncia.

En todo caso, no caben dudas respecto al sentido de la medida cautelar, ni a la adecuación de ésta a la finalidad de evitar nuevos ataques a la víctima (muy previsibles en una conducta delictiva que, en muchos casos, se ha convertido en una forma de relación de pareja). El problema radica, a mi entender, en que la fundamentación de la medida cautelar se ha extendido, de modo mimético y poco meditado, a la pena de “alejamiento”. En efecto, en un Derecho penal que asigna expresamente una orientación preventiva a las penas privativas de libertad, no parece justificado que haya que añadir nuevas privaciones de derechos para reforzar ese objetivo de evitar la recaída. Al castigar un determinado delito con la pena de prisión, ya se está

9. Esto significa que la única medida que cabía adoptar antes de la sentencia era la prisión preventiva, que se aplicaba escasamente en casos de violencia contra las mujeres (ver, *supra*, 1.2), si bien hubo decisiones judiciales pioneras que imponían una “orden de alejamiento” *avant la lettre*, utilizando las condiciones de la concesión de la libertad provisional. En aquella época, se alzaban algunas voces feministas -críticas con la excesiva intervención penal- solicitando la implantación de esta medida como alternativa a la prisión preventiva, e incluso a la pena de prisión... pero no “además de la cárcel”.

provocando el alejamiento entre víctima y victimario. Cuestión diferente es si, por diversos mecanismos (suspensión, sustitución o cumplimiento en libertad condicional), la privación de libertad no es efectiva; en ese caso, adquiere todo su sentido el incremento de condiciones -las obligaciones de conducta- para conjurar el peligro de nuevas agresiones. Frente a este planteamiento de alternatividad, cuando el art. 57 CP suma dos tipos de penas -la del delito y las de "alejamiento"- con el objetivo expreso de reforzar la función preventiva, parece que lo que en realidad persigue es incrementar la "aflictividad", la penosidad del castigo, abandonando la idea de proporcionalidad (Larrauri, 2005b). Subyace en el fondo la renuncia al objetivo de rehabilitación de estos penados, limitando el contenido de la prevención especial que se alega a la mera inocuización (Faraldo, 2008:233).

Creo que esta orientación resulta especialmente perceptible en los casos de violencia intrafamiliar, en los que la ley, al imponer de forma obligatoria la prohibición de acercamiento, impide entrar a valorar el "peligro que el delincuente represente", así como la gravedad de los hechos o la voluntad de la mujer afectada. Analicemos, pues, tan cuestionable figura.

3. APLICACIÓN DEL ALEJAMIENTO EN LOS DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Puede llamar la atención el título del presente apartado: si, como he anunciado, trataré de analizar la eficacia de la prohibición de aproximación en la tutela frente a la violencia sexista, ¿por qué ampliar tanto el enfoque? De los datos cuantitativos sobre la aplicación del art. 57.2 CP se deduce que dicha medida se utiliza de modo muy mayoritario en supuestos de violencia ejercida por hombres contra las mujeres que son o han sido su pareja, es decir, en las conductas definidas por la LIVG como violencia de género. De hecho, parecería -y esa es la percepción extendida en la opinión pública- que se trata de una medida prevista específicamente para tales situaciones. Pero no es así.

Los delitos que conllevan la imposición de la pena accesoria de "alejamiento" no se reducen a los casos de violencia; y ni siquiera a infracciones que conllevan ataques a las personas en sentido amplio: la prohibición de aproximarse se vincula incluso a delitos contra bienes jurídicos colectivos, como son algunos de tipo socioeconómico. Recordemos que, según el texto legal, la posibilidad de la citada medida abarca "los 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, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico".

Pero si es difícil encontrar el sentido de este amplio elenco de delitos -que provoca la pérdida de la coherencia interna de la disposición (Mapelli, 2005:200), más complicado resulta determinar el fundamento de la prohibición cuando se conjuga el listado de los delitos que la conllevan con los sujetos contemplados en el párrafo 2º del art. 57, a saber:

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos 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 se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48.

Teniendo en cuenta que, cuando los delitos mencionados se cometan contra cualquiera de esos sujetos resulta obligatoria la imposición del “alejamiento”, queda patente el desvarío del legislador y la pérdida absoluta de conexión con la razón de ser de la medida. Cabe imaginar cientos de supuestos descabellados -aunque verosímiles¹⁰, en los que la imposición obligatoria del “alejamiento” no sólo carecería de cualquier fundamento sino que vulneraría principios básicos del Derecho penal como el de proporcionalidad o el de *non bis in idem*.

Parece evidente que la finalidad perseguida por el legislador -prevención de la violencia intrafamiliar o contra personas vulnerables sometidas a custodia- se ha visto absolutamente desbordada por la letra de la ley. Pero, al mismo tiempo, llama la atención que, si el objetivo básico de esta pena era la prevención de nuevos ataques contra la indemnidad y la seguridad en el ámbito familiar, no se hayan incluido ciertos delitos contra las relaciones familiares, como la sustracción de menores, por ejemplo, en el que la prohibición de aproximación tendría mucho más sentido que en delitos contra el honor o contra el orden socioeconómico, por mencionar algunos de los que -incomprensiblemente- implican esa pena cuando se cometen entre convivientes.

Pudiera pensarse que las reflexiones anteriores se basan en meras “hipótesis de laboratorio”, y en buena medida puede que sea así, puesto que, en la realidad, muchos de los ilícitos que se cometen en el ámbito de las relaciones familiares nunca llegan al conocimiento del sistema penal (como sucedía hasta hace muy poco tiempo con la violencia contra las mujeres). Pero incluso restringiendo el análisis al ámbito para el que, en principio, tendría sentido la imposición del “alejamiento”, se llega a la conclusión de que la obligatoriedad de su aplicación provoca más problemas de los que soluciona.

3.1. Cuando el “alejamiento” agrava el perjuicio causado por el delito

Desde el feminismo se ha venido reivindicando la necesidad de contemplar la violencia sexista como un problema estructural, derivado de la profunda desigualdad social

10. Por ejemplo: El hurto de un objeto del hombre que convive con una mujer realizado por el hijo de ésta, conllevaría -de ser delito- la prohibición de aproximarse a la residencia del perjudicado, que en la hipótesis es la del propio autor del hecho y de la madre de éste... Un delito contra la intimidad de una persona incapacitada que se halla sometida a custodia en un centro residencial cometido por una trabajadora de dicho centro, conllevaría la prohibición de aproximarse a éste y, por tanto, la pérdida del puesto de trabajo... Faraldo (2008:58) menciona que, ante la evidente innecesariedad de la previsión respecto a muchos de los delitos citados, la doctrina está haciendo un esfuerzo de interpretación restrictiva (por ej., la pena sólo sería aplicable cuando haya violencia, etc.). Creo que es un intento loable, pero esa lectura se desvincula del texto legal.

entre mujeres y hombres, que no podía diluirse en el marco de la violencia intrafamiliar (aunque, en el fondo, el origen de ésta se encuentre también en la concepción patriarcal de la familia). Si bien este tratamiento diferenciado era uno de los fines expresamente perseguidos por la LIVG, pienso que no se ha conseguido, no sólo por la definición de violencia de género (ver, *supra*, 1.3) sino, principalmente, porque la mayoría de los tipos penales siguen manteniendo a todo el colectivo familiar entre los sujetos pasivos y, sobre todo, porque incluso los preceptos que pretenden dar un tratamiento específico a las agresiones a la mujer, no se atreven a defender hasta el fin dicha especificidad y acaban incluyendo también a la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (ej.: arts. 148, 153 CP).

Tal configuración de los tipos penales, además de desvirtuar el fenómeno que, supuestamente, se quiere combatir, está provocando en la práctica consecuencias no previstas, en las que, directa o indirectamente, sale perjudicada la persona a la que se pretendía proteger. Pensemos un tipo de supuestos relativamente frecuentes: la madre -a menudo, mayor, y con frecuencia, sola- que convive con un hijo con problemas psicológicos o con trastorno de la personalidad que se comporta agresivamente con ella. Después de intentar la contención por otros medios -a menudo de difícil acceso- como internamientos en centros psiquiátricos o sometimiento a tratamiento obligatorio, un día en que la situación se vuelve especialmente peligrosa, llama a la policía, lo que, con independencia de su intención al hacerlo, implica el inicio de un procedimiento penal que, si termina en condena, conllevará la prohibición de que el hijo se aproxime a la madre y, por supuesto, de que conviva con ella... En un caso real que me fue relatado en un Juzgado de Ejecución, el joven “agresor”, además de problemas psicológicos, tenía una incapacidad laboral y percibía una prestación no contributiva, que, evidentemente, no le permitía subsistir de manera autónoma. Es cierto que la convivencia con su madre suponía un riesgo para ésta, pero parece claro que para ella es un castigo obligarle a “echarlo de casa”...

Junto a este tipo de supuestos, relativamente frecuentes, en los que se plantean conflictos derivados de la “protección contra la voluntad de las víctimas” (ver, *infra*, 3.2), está surgiendo otra problemática, en la que las mujeres aparecen como autoras de la violencia contra personas que dependen de ellas: son los supuestos del “cachete” al hijo o el maltrato a la persona anciana a la que la mujer atiende. Sin entrar en otras consideraciones (lo injusto que resulta que “naturalmente” las responsabilidades del cuidado de las personas dependientes recaigan sobre las mujeres; que demasiado a menudo estas tengan que “conciliar” esas labores con otras ocupaciones...) y sin restar ni un ápice de importancia al uso de violencia, parece claro que la aplicación “en todo caso” de la prohibición de acercamiento en estos supuestos implica un perjuicio añadido a la persona dependiente, cuando no directamente la imposibilidad de cumplir la medida, cuyo indulto deberá ser solicitado. En definitiva, parece cumplirse la amenaza advertida desde posturas feministas críticas con la “solución penal” a la violencia sexista, según la cual una criminalización exagerada en esta materia podía tener un efecto rebote, que incrementase el castigo de las mujeres (Larrauri, 2003; Maqueda, 2007).

3.2. La imposición del “alejamiento” contra la voluntad de la mujer

Los problemas mencionados, siendo importantes, no son los más graves ni, sobre todo, los más frecuentes. Éstos surgen de la imposición obligatoria de la medida de “alejamiento” en todos los supuestos de violencia de género, con independencia de sus características y, lo que tiene mayores repercusiones, totalmente al margen de la voluntad de la mujer que ha sufrido la violencia.

Últimamente los medios de comunicación están transmitiendo a la opinión pública un problema que desde hace años preocupa a los operadores jurídicos: hay muchas mujeres que se rebelan frente a la imposición de la prohibición de acercamiento (Maqueda, 2007:29). En unos casos se niegan a ratificar su declaración cuando se enteran que la condena va a conllevar indefectiblemente el “alejamiento”, en otros solicitan expresamente al juez que no la imponga, o piden su suspensión, o directamente la incumplen... Y, para explicar este fenómeno, no basta con hacer recaer la responsabilidad sobre las propias mujeres, tachándolas de incongruentes, contradictorias o irracionales¹¹.

La cuestión es que, frente a la regla general (art. 57.1 CP), en los casos de violencia contra las mujeres el juzgador no puede atender ni “a la gravedad de los hechos” ni al “peligro que el delincuente represente” y se ve obligado a imponer en todo caso la prohibición de acercamiento. Y recordemos que, entre esos casos, se incluyen, desde 2003, los hechos que antes eran constitutivos de faltas por su escasa relevancia objetiva.

Existen, por supuesto, serios argumentos que, frente a los problemas expresados, fundamentan esta medida tan drástica. Se pueden agrupar en torno a dos ejes: a) La experiencia y las altas cifras de muertes de mujeres a manos de sus parejas demuestran un peligro objetivo, que las mujeres no valoran adecuadamente. Por distintos motivos (psicológicos, culturales, etc.), ellas desprecian el riesgo, no perciben la realidad de su situación, por lo que su decisión está viciada... b) Si se deja en manos de la mujer la decisión de solicitar o no el “alejamiento”, ello se convierte en un arma de chantaje para el agresor, como pasaba en su día con la figura del perdón del ofendido. Supondría un retroceso en la consideración de las agresiones sexistas como “delitos públicos”...

Se trata sin duda de razones de peso, que parten de la experiencia de la lucha frente a la violencia contra las mujeres y de la frustración y la impotencia que supone el comprobar la persistencia de esta lacra y de la ineficacia de la respuesta punitiva.

11. El problema es más profundo: a menudo, las mujeres no reciben la información adecuada sobre todas las consecuencias que conlleva el iniciar la vía penal... Ni se les da la oportunidad de expresar sus intereses y sus necesidades, ni realmente el sistema penal cuenta con cauces adecuados para atender a esas demandas (Larrauri, 2005). Por otra parte, las razones de las mujeres pueden ser tan diversas como supuestos haya: en unos casos pueden tener la convicción de que el hombre ha cambiado (“ha hecho una terapia voluntariamente”), en otros cabe que se trate de un acto aislado y no de una situación de “subordinación”; pueden considerarse capaces de solucionar el conflicto de otro modo; les parece injusto el castigo añadido que el “alejamiento” supone (pérdida del domicilio, de la comunicación con los hijos...). Y muchas veces es un castigo para ellas, no sólo en el sentido de que no pueden convivir con quien quieren, sino en cuestiones más “cotidianas”. En los foros de internet, pueden ser mencionados todos los supuestos imaginables: desde que él es la única persona con la que ella puede contar para recoger los niños del colegio, hasta cuestiones de documentación en temas de extranjería, etc.

Razones atendibles, pero que no eliminan la cuestión de fondo: Con la pretensión de proteger a las mujeres y de defender sus intereses, se les está restringiendo la libertad; se les priva de derechos fundamentales cuando no han cometido ningún ilícito; se les trata como personas incapaces de decidir lo que les conviene y, en definitiva, se les victimiza de nuevo.

La constatación de estas consecuencias negativas para las mujeres han motivado la formulación de una serie de cuestiones de inconstitucionalidad respecto al art. 57.2 CP, que se hallan pendientes de resolución ante el TC (Benítez, 2007: 177). Entre los fundamentos alegados, se menciona la arbitrariedad de la modificación legal, que sólo parece responder a abstractas razones de prevención general, o la falta de proporcionalidad de la pena; pero, los mayoritarios aluden al carácter aflictivo que la medida de “alejamiento” rechazada por la víctima tiene para ella: Se trata de una carga, de una restricción de derechos no justificada por la comisión de un hecho delictivo y, en esa medida, de una sanción que vulnera el principio de legalidad penal, el de personalidad de las penas y los derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, se trata de una medida que lejos de empoderar a la mujer, supone privarle de la capacidad de decidir sobre su propia vida.

El tema no es baladí. Pero, además de las razones jurídicas, surgen motivos de índole práctico para cuestionar la obligatoriedad del “alejamiento”: Por un lado, si parece difícil que la pena pueda cumplirse sin la colaboración de la afectada, su participación activa resulta imprescindible para el control de los incumplimientos; y en una situación de “ilegalidad generalizada”, en la que sólo el azar hace que se descubran algunos quebrantamientos, su castigo es percibido como una injusticia.

Por otro lado, la acumulación de “órdenes de alejamiento” está provocando una situación próxima al colapso de los juzgados de ejecución. Su personal tiene que soportar las iras de mujeres que ni entienden ni aceptan el “divorcio forzoso”; a menudo tienen que dar autorizaciones expresas para que el penado pueda acudir al notario para vender el piso común, o al bautizo del nieto... Pero quizás lo más grave es que se desperdician recursos valiosísimos que deberían centrarse en los casos en los que hay un riesgo real. Evidentemente no es fácil delimitar estos casos, pero además de establecer los medios técnicos para una adecuada valoración del riesgo, no parece sensato despreciar la opinión y la experiencia de la mujer afectada, que ha sobrevivido a la convivencia con su agresor.

En síntesis, aunque haya razones para mantener como norma general la orden de “alejamiento” - como pena y como medida cautelar, sobre todo, en los casos de violencia habitual o mantenida en el tiempo-, ello no debe conducir al extremo de que su imposición sea preceptiva en todos los casos. Escuchar la opinión de la mujer afectada, aunque ésta no sea vinculante, es el único modo de que la tutela penal contribuya a incrementar su autonomía y no a debilitarla. Creo que esto es lo que está ocurriendo en muchos casos; es más, por la vía del delito de quebrantamiento se ha empezado a sancionar a las mujeres que rechazan las medidas de “protección” que les han sido impuestas contra su voluntad.

3.3. Quebrantamiento de la medida de “alejamiento”

La cuestión es compleja; o la realidad muy obstinada: Si hay muchas mujeres que han muerto a manos de hombres sobre los que pesaba una orden de alejamiento en vigor solicitada por ellas -lo que cuestiona la eficacia real de esta medida-, también son muchas las que han salvado la vida por esa medida. En el otro lado, hay mujeres que han consentido en el acercamiento que su pareja tenía prohibido y ello les ha costado la vida; pero en muchos otros supuestos las parejas han sido capaces de restablecer las bases de su relación y mantener contactos -e, incluso, convivir- de modo satisfactorio, infringiendo para ello la orden de alejamiento impuesta contra su voluntad... Seguramente el error radica en dar un tratamiento homogéneo a realidades muy diferentes; y el reto consiste en discernir esas diferencias.

Pero volviendo a la situación actual, no puede ignorarse que la restricción de derechos que para la mujer supone ser protegida “a la fuerza” llega al paroxismo cuando se le castiga a ella por el incumplimiento de restricción.

Ya hemos avanzado que las reformas legislativas en materia de tutela frente a la violencia sexista incidieron en el delito de quebrantamiento de condena, diferenciando el incumplimiento de las prohibiciones que nos ocupan del resto de penas y medidas privativas de derechos. Así, mientras que el quebrantamiento de éstas se sanciona con una multa, la vulneración de la “orden de alejamiento” -impuesta como pena o como medida cautelar- conlleva, “en todo caso, la pena de prisión de seis meses a un año”.

No podemos analizar aquí los elementos del tipo de quebrantamiento de condena. Mencionaré sólo la problemática que surge cuando es la propia mujer “beneficiaria” de la medida la que provoca o consiente en el acercamiento del penado, bien porque le llama o le pide que vuelva, bien porque acepta su proximidad cuando él toma la iniciativa. Las decisiones judiciales relativas a la apreciación del delito se orientan en tres sentidos (Montaner, 2007):

- 1) Atipicidad del acercamiento consentido por la víctima de la violencia: Camino abierto por la STS 1156/05, de 26 sep., ya citada, y seguida por numerosas sentencias de Audiencias Provinciales. Aunque asume que la vigencia de la medida cautelar de alejamiento no puede quedar al arbitrio de la persona a la que protege, considera que, al ser dicha protección su única finalidad, la decisión de la mujer de reanudar la convivencia hace que desaparezca la justificación de la medida y provoca su decaimiento.
- 2) Responsabilidad exclusiva del obligado por la prohibición: La argumentación expuesta ha sido rotundamente rechazada por resoluciones posteriores del TS, así como por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 25-11-08, que insisten en la indisponibilidad de las penas y, en consecuencia, en la irrelevancia del consentimiento de la víctima. He mencionado alguna sentencia que, a pesar de seguir esta doctrina, cuestiona el acierto de la decisión del legislador (STS 172/09, 24 feb.). En sentido similar, el Voto particular que acompaña a la STS 39/2009, de 21 ene., propone distinguir los casos en los que el “alejamiento” es medida cautelar y pena: en los primeros cabría la “renuncia” a la protección, que se pone a instancia de parte -aunque no exclusivamente

de la víctima-, mientras que, una vez impuesta la pena, la vigencia de ésta se sustrae a la voluntad de los afectados¹².

Pienso que la rotundidad de la postura del TS puede venir motivada, al menos, en parte, por el tipo de casos que llegan a ese tribunal: Se trata en general de supuestos en los que, efectivamente, ha habido una agresión subsiguiente a la reanudación del contacto, hecho que ratifica *a posteriori* la existencia del peligro y el error de la mujer (o su irracionalidad). Ello refuerza la convicción de que las medidas preventivas deben pensar en la generalidad, aunque para ello tenga que vulnerarse la voluntad individual de muchas ciudadanas... Aparte de otras consideraciones sobre las posibles consecuencias de este razonamiento, parece que no se puede ignorar otra faceta de la realidad: en muchos casos que no llegan a los tribunales, tenía razón ella y no se han reiterado las agresiones.

- 3) Responsabilidad del obligado y la mujer beneficiaria de la prohibición: No son muchas las sentencias en las que se llega a aplicar la doctrina, bastante extendida¹³, de que el delito de quebrantamiento (art. 468.2 CP) permite la condena de la mujer protegida por la orden de “alejamiento”, cuando es ella la que provoca el incumplimiento, o contribuye a que éste sea posible, es decir, a título de inductora o de cooperadora necesaria, respectivamente. La única STS que conozco que condena a los dos afectados por la prohibición trata de un caso de agresión mutua -que no equiparable- a raíz de la cual se habían impuesto a ambos sendas órdenes de alejamiento (STS 654/2008, de 8 jun.), pero empieza a haber condenas en instancias inferiores. La doctrina que avala esta lectura de la ley, reconoce que, en los casos concretos cabrá la aplicación de distintos motivos de reducción o exclusión del castigo (error de tipo o error de prohibición, causas de inimputabilidad -como la alteración psíquica de la mujer que vuelve con su agresor (!)-, o de no exigibilidad de otra conducta) (Montaner, 2007:20). Aunque son más difíciles de articular, creo que son preferibles los argumentos que hablan de la ausencia de antijuricidad material o de la falta de merecimiento o necesidad de pena. En todo caso, la buena voluntad o la habilidad del intérprete no puede solucionar los desaciertos del legislador, que, a mi entender, exigen una modificación de la ley, tanto en el sentido de eliminar la preceptividad de la pena privativa de libertad en el quebrantamiento de estas prohibiciones, como de excluir la participación en el delito de la beneficiaria de la protección.

Por otra parte, tampoco aquí parece descabellado pensar que, si no son más frecuentes las resoluciones en las que se condena también a la mujer, se debe a que en la mayoría de los quebrantamientos consentidos que llegan al conocimiento de los tribunales ha habido una nueva agresión, de modo que ella ha sufrido ya lo que se

12. En sentido similar, Queralt (2005:172). Quiero llamar la atención sobre la paradoja que conlleva esta propuesta: cuando no hay otros instrumentos preventivos distintos del alejamiento, éste se puede alzar; cuando se supone que la pena debe realizar su efecto de prevención especial, el *plus* de protección ofrecido por el alejamiento resulta irrenunciable...

13. Son muchos los fiscales que la mantienen, aunque no la apliquen; por su parte, Montaner (2007) afirma que el texto legal admite esa lectura y cita la SAP de Barcelona de 21-2-07 que condena tanto al obligado como a la “beneficiaria” de la prohibición de acercamiento.

denomina “pena natural”. Esta afirmación puede resultar demasiado contundente, pero creo que, estamos llegando a una situación en la que, de modo latente, se da forma de reproche penal a las frustraciones, críticas y desconfianzas suscitadas por las mujeres que denuncian sufrir violencias pero que no aceptan o cuestionan las respuestas de un instrumento -el penal- que, lejos de responder a sus expectativas, restringe su libertad de decidir (Larrauri, 2007).

4. CONCLUSIONES

Las anteriores páginas contienen reflexiones, constataciones y preocupaciones que pretenden provocar preguntas, antes que ofrecer respuestas. No resulta fácil, por tanto extraer conclusiones, pero trataré de sintetizar algunas ideas que permitan continuar el debate:

Si se asume que la violencia sexista tiene su origen en la desigualdad estructural de nuestra sociedad, hay que convenir en que su erradicación sólo puede lograrse avanzando hacia la igualdad efectiva de todas las personas o, lo que es lo mismo, fomentando el empoderamiento de las mujeres.

El recurso al sistema penal para combatir la violencia de género resulta imprescindible, pero no cabe renunciar en ese camino al principio básico del “Derecho penal mínimo”, que en este ámbito se plasma, entre otras cosas, en la necesidad de diferenciar las distintas manifestaciones de dicha violencia de género, para adoptar respuestas distintas y específicas, y siempre respetuosas con la idea de proporcionalidad y de subsidiariedad de la intervención penal.

La lógica interna del sistema penal resulta bastante inaccesible para la población en general. Frente a lo que se percibe como el principal problema de la atención policial y judicial a las mujeres que han sufrido violencia, que radica en que éstas se retracten de la denuncia o no colaboren con la acusación, sólo se puede incrementar la capacidad de “escucha” del sistema -entender lo que las mujeres quieren- y, sobre todo, la explicación exhaustiva y previa a la interposición de la denuncia de todas las consecuencias que conlleva la intervención penal.

Condicionar el reconocimiento de los derechos de las mujeres que han sufrido violencia a la obtención de una “orden de protección” en vía penal es un error que está teniendo consecuencias nefastas. Obligar a las mujeres a denunciar, a declarar, a cumplir el alejamiento impuesto contra su voluntad, no sólo resta eficacia al sistema, sino que vuelve a tratarles como personas incapaces de decidir y de gestionar su vida. Y eso, lejos de reforzar su posición, les resta poder, además de fomentar peligrosos prejuicios contra ellas.

Por otra parte, el tratamiento que la ley penal vigente otorga a la violencia de género está dando lugar al efecto paradójico de castigar a las mujeres, y no sólo de forma metafórica. Junto a las condenas penales a madres que “abofetean” a sus descendientes, empiezan a llegar los castigos por inducción al quebrantamiento o por denuncia falsa...

En cuanto a las propuestas concretas, creo que resulta urgente modificar la regulación de las “prohibiciones de acercamiento”, eliminando la preceptividad de su imposición y atendiendo, como en el resto de los casos, a las circunstancias de

los hechos y del delincuente. Hay que reconocer que, si el motivo del “alejamiento” es evitar que la agresión se repita, su propio sentido reclama que se articule como una medida de seguridad, sólo aplicable tras la constatación del peligro. Y en esa valoración del riesgo, es imprescindible escuchar a la víctima, aunque su opinión no sea determinante. Esta reforma provocaría por sí sola un cambio en la aplicación del delito de quebrantamiento, que, en cualquier caso, también convendría modificar.

En definitiva, hay que admitir las limitaciones del sistema penal e insistir en que ésta nunca puede ser la única -ni la principal- reacción de los poderes públicos ante la violencia de género. Esta constituye un fenómeno complejo, profundamente arraigado en nuestra cultura, que requiere medidas a largo plazo, entre las que revisten especial importancia las relativas a educación, sensibilización, formación de profesionales, etc.¹⁴

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANÓN, M. José; MESTRE, Ruth (2005). “Violencia sobre las mujeres: Discriminación, subordinación y Derecho”. En BOIX y MARTÍNEZ (coord.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004)*, Madrid: lustel; pp. 31-63
- ASUA, Adela (2004). “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la reforma de la LO 11/2003”. En *Cuadernos penales J.M. Lidón*, nº 1; Bilbao: U. Deusto; pp. 218-247.
- BENÍTEZ, Ignacio Fco. (2007). “Quebrantamiento de la pena de alejamiento y prohibición de acercamiento o comunicación en delitos relacionados con la violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima”. En FERNÁNDEZ PANTOJA y CRUZ (coord.), *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*. Madrid: pp. 169-194.
- BODELÓN, Encarna (2008). “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico”. En LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO (coord.), *Género, violencia y Derecho*, Valencia: Tirant lo blanch; pp. 275-299.
- CALVO, Manuel (2003). *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, Madrid: CGPJ.
- FARALDO, Patricia (2008). *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch.
- LARRAURI, Elena (2003), “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 12. Madrid; pp. 271-307.
- LARRAURI, Elena (2005). “Se debe proteger a la mujer contra su voluntad”. En *Cuadernos penales J.M. Lidón*, nº 2; Bilbao: U. Deusto; pp. 157-181.
- LARRAURI, Elena (2005b). “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. En BACIGALUPO y CANCIO (coords): *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier.
- LARRAURI, Elena (2007). *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Madrid: Trotta.
- LARRAURI, Elena (2009). “Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2008”. En *Indret*, nº 1- 2009.
- LAURENZO, Patricia (2004). “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”. En *Serta. In Memoriam Alessandri Baratta*. Salamanca; pp. 827-844.

14. Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación I+D DER2009-08167, y fue redactado en Octubre de 2009.

- LAURENZO, Patricia (2008). “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”. En LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO (coord.), *Género, violencia y Derecho*, Valencia: Tirant lo blanch; pp. 329- 361.
- MAQUEDA, M. Luisa (2006), “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8 (02); <http://criminnet.ugr.es/recpc>.
- MAQUEDA, M. Luisa (2007), “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”. En *InDret*, nº 4-07, www.indret.com.
- MAPELLI, Borja (2005), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Madrid: Thomson/ Civitas
- MONTANER, Raquel (2007), “El delito de quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica”. En *InDret*, nº 4-2007, www.indret.com.
- MOTA, José Félix (2005). “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima”. En *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho judicial IV-05*, Madrid: CGPJ, pp. 43-75
- POZUELO, Laura (1998). *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Madrid: Colex.
- QUERALT, Joan (2005), “La respuesta penal de la LO 1/2004 a la violencia de género”. En *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género. Cuadernos de Derecho judicial, XXII-05*, Madrid: CGPJ, pp. 142-180.
- THEMIS, Asociación de Mujeres Juristas. (1999). *Respuesta penal a la violencia familiar. Estudio sobre el tratamiento judicial de los procedimientos seguidos por malos tratos a las mujeres en el ámbito doméstico en la comunidad de Madrid*. Madrid: Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid.