

APLICACIÓN DE LA ORDEN DE ALEJAMIENTO

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: orden de alejamiento, quebrantamiento de medida, perdón de la víctima.

ENUNCIADO

Antonio, sobre el que pesa una orden de alejamiento, se persona en el domicilio de Marta, ex compañera sentimental, aprovechando que la misma se encuentra trabajando, franqueándole la puerta la madre de esta, enferma y de avanzada edad, que no se encuentra al tanto de la referida orden de alejamiento. Al volver del trabajo, Marta se encuentra a Antonio en el domicilio hablando con su madre, y ante la insistencia de esta de que se quede a cenar y a pasar unos días (ya que pensaba que únicamente existían ciertos problemas entre ellos), Marta, por no disgustar a su madre, accede.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Es delictiva la conducta de Antonio?

SOLUCIÓN

La **Ley Orgánica 15/2003** llevó a cabo una reforma parcial del Código Penal (CP), que entre otros, afectó al artículo 57 del mismo, y supuso que en el segundo apartado de dicho precepto, y a

diferencia de lo que ocurre con lo establecido en su ordinal primero, en aquellos delitos que tuvieran como eje la violencia de género, los Tribunales se veían avocados a imponer imperativamente a los condenados alguna de las medidas contempladas en el artículo 48.2 del citado cuerpo legal. Con ello, se vino a modificar el régimen existente hasta el momento, ya que la praxis judicial venía entendiendo mayoritariamente que nos hallábamos ante una pena de carácter accesorio, que era facultativa de imponer por los Tribunales, previa petición de parte. Este cambio supuso que en virtud de dicha imposición, la reanudación de la convivencia en aquellos casos en que las parejas se reconciliaban supusiera una espada de Damocles sobre los mismos, ya que la sentencia firme dictada impedía dicha convivencia. Ello dio lugar a abundantes procedimientos judiciales incoados en virtud de la reanudación de la convivencia, y que tuvo distintas respuestas judiciales por los Tribunales de justicia. Se llegó incluso a postular que la propia víctima que facilitaba con su consentimiento el incumplimiento de la medida impuesta podría ser responsable del delito de quebrantamiento de condena, en la condición de cooperadora necesaria.

De cualquier forma, hubo de esperarse hasta la *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005*, para que se abriera una línea interpretativa al respecto. Concluía la citada sentencia que siendo la naturaleza de la medida de prohibición de aproximación de carácter esencialmente protector de la víctima, la reanudación de la convivencia entre la víctima y su anterior conviviente supone que la razón de dicha protección ha desaparecido, por lo que el plazo de duración de la misma establecido por el órgano judicial quedaría supeditado a la voluntad de la víctima.

Esta parece ser pues la interpretación que hay que dar a la norma contenida en el **artículo 57 del CP**, la cual no olvidemos ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad (Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, Juzgado de lo Penal n.º 2 de Areyos de Mar, Secc. n.º 4 de la AP de Valladolid). De todo lo expuesto, parece que la conducta desarrollada por Antonio no constituiría un delito de quebrantamiento de condena tipificado en el **artículo 468.2 del CP**, que dice: «Se impondrá 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», ya que según la sentencia a que nos hemos referido deja a la voluntad de la víctima la duración de la misma. Sin embargo, esta sería una interpretación simplista y ajena a la realidad del bien jurídico que la norma contemplada en el **artículo 57 del CP** trata de proteger, y para evitarla, hay que indagar el núcleo del consentimiento otorgado por la víctima, esto es, si ese consentimiento ha nacido o no viciado. Solo en el caso de que el consentimiento otorgado por la víctima nazca espontáneamente y sin ningún tipo de presión o coacción, podrá estimarse que es válido a los efectos de evitar la existencia del delito contemplado en el **artículo 468 del CP**.

En el caso que nos ocupa, ya la primera acción de Antonio de acudir al domicilio de Marta (aunque en el momento en que llega no se encuentre en el mismo) supone un indudable ánimo de quebrantar la medida de alejamiento impuesta por el Juzgado; pero es más, el **artículo 48 del CP** establece como contenido de la medida la prohibición de «acercarse a su domicilio», por lo que esta primera conducta ya integraría el tipo delictivo. A mayor abundamiento, del breve y escueto enunciado, se desprende que el consentimiento otorgado por Marta, a fin de que Antonio se quede durante unos días en

el domicilio, en modo alguno puede entenderse como nacido libre y espontáneamente, ya que la decisión la adopta con el fin de no disgustar a su madre, que desconoce la existencia de esa orden de alejamiento, por lo avanzado de su edad, así como por su enfermedad. En este caso, en modo alguno el consentimiento de la víctima tendría virtualidad alguna para justificar la conducta de Antonio.

Respecto a una posible alegación de error en Antonio, al creer que la autorización de Marta le amparaba, baste decir, como ya hemos apuntado, que la primera acción de acudir al domicilio de la misma si que esta lo supiera, ya colma el tipo contemplado en el artículo 468.2 del CP. El resto del flujo temporal de hechos tampoco cabría situarlo bajo el paraguas de un error de prohibición, ya que no hay duda de que Antonio conocía la existencia de la orden de alejamiento y que originariamente no contaba con el consentimiento de Marta para reanudar la convivencia, sin que se haya alegado ni conocido causa de justificación alguna que pudiera dar lugar a un error de prohibición de carácter indirecto.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 48, 57 y 468.
- STS de 26 de septiembre de 2005.