

Consideraciones sobre las órdenes de protección en el derecho penal dominicano.

Por Edward B. Veras Vargas

Dedicado al Lic. Carlos R. Pérez Vargas, inquieto y profundo estudioso del derecho penal.

INTRODUCCIÓN Y PLAN

Ya se han cumplido 4 años desde la publicación y entrada en vigencia de la Ley 24-97, que modificó varios artículos del Código Penal y del Código de Procedimiento Criminal.

Uno de los aportes más valiosos de esa legislación, lo constituye la incorporación a nuestro derecho penal y derecho procesal penal de las llamadas órdenes de protección, cuyos objetivos, definición y esencia fueron tomados, principalmente, de las legislaciones de la República de Chile y del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Todavía hoy, existen abogados que albergan dudas acerca del funcionario competente para dictar las órdenes de protección, su naturaleza jurídica, las consecuencias de su violación y sobre otros aspectos, respecto de los cuales trataremos de arrojar luz en este breve ensayo, apoyándonos de manera principal en el derecho comparado, en deducciones lógicas y en las escasas publicaciones locales que se han referido al tema. Desde ya adelante que estudiaremos nuestra ley comparándola con el artículo 4, literal H, de la Ley chilena No. 19325, sobre violencia intrafamiliar; y con el artículo 310 de la Ley Puertorriqueña No. 54, del 24 de agosto del 1989, que trata sobre la violencia doméstica y la asistencia a la víctima de maltrato.

El orden de este artículo viene predefinido por el siguiente plan: I. Definición y origen de las órdenes de protección; II. Infracciones cuyas víctimas pueden optar por una orden de protección, en aras de evitar su consumación o su repetición; III. Naturaleza jurídica de las órdenes de protección; IV. Alcance de las órdenes de protección; V. Consecuencias jurídicas de la violación de una orden de protección; VI. Conclusión.

I. Definición y origen de las órdenes de protección

Alterando el orden del encabezado, nos permitimos decir que el origen de las órdenes de protección en nuestro país, puede

encontrarse en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, firmada en Belem do Pará, Brasil, el día 9 de junio de 1994. Mediante la firma de dicho tratado internacional, los Estados participantes, y entre ellos la República Dominicana, se comprometieron, según el artículo 3 del convenio, a consagrar en sus legislaciones internas respectivas, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que ampare a la mujer frente a cualquier acto de violencia perpetrado en su contra.

Asumido dicho compromiso, el legislador nacional miró hacia otras latitudes en aras de encontrar un modelo legislativo que se ajustara a la necesidad legislativa precitada.

Resulta incontestable que el legislador, al crear las órdenes de protección, las hizo aplicables no solo para el caso de la violencia contra la mujer, sino también para otras infracciones, como se verá más adelante, y entre esas otras se encuentra la violencia doméstica o intrafamiliar; que también fue incriminada como delito especial, a raíz de la Ley 24-97.

De esta manera, el legislador encontró lo que necesitaba no en una ley extranjera sobre violencia contra la mujer, sino en dos normativas foráneas sobre violencia intrafamiliar, que ya han sido citadas más arriba.

En cuanto a la definición de las órdenes de protección, el artículo 309-6 del Código Penal las presenta como "una disposición previa a la instrucción y juicio, que dicta el tribunal de primera instancia, que contiene una o todas las sanciones siguientes ...". No es mucho pues, lo que puede deducirse de la "definición" que nos brindó la propia ley, por lo que tendremos que definir las órdenes de protección por su finalidad y su contenido. De acuerdo con el criterio anterior, puede decirse que las mismas son medidas provisionales otorgadas por la ley penal en beneficio de los ciudadanos, previo examen del peligro inminente, por el juez que otorga la orden de protección en provecho del ciudadano en situación de peligro. Este criterio es compartido por el Dr. Juan Miguel Castillo Pantaleón, quien se expresó en términos bastantes aproximados en su obra "El juzgado de instrucción": *"Algunos doctrinarios, principalmente italianos, como Piero Calamandrei y Ugo Rocco, han sentado las bases del estudio de la institución y ponderan las utilidades de estas medidas, dirigidas a lograr la protección a la parte afectada sin el riesgo de tardanzas procesales. Estas medidas*

tienden, pues, a evitar un daño o una situación peligrosa antes del remedio jurisdiccional o providencia definitiva”¹.

El autor antes citado, otorga a estas medidas el carácter de garantía cautelar, pues en el mismo contexto de su análisis sobre las órdenes de protección, cita la siguiente afirmación de Alfredo di Lorio: *“La garantía cautelar aparece puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de modo definitivo la observancia del derecho; ella está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”².*

De hecho, el modelo chileno se refiere a este tipo de orden judicial como “medidas cautelares”, mientras que la legislación de Puerto Rico las llama “órdenes de protección”, al igual que en nuestro país. De lo anterior se deduce que las apreciaciones del Dr. Castillo Pantaleón son correctas, en cuanto a la determinación de la esencia de las órdenes de protección, pues hizo un acertado paralelismo con la figura de la “garantía cautelar”.

II. Infracciones en las cuales son aplicables

Del estudio del contenido de la Ley 24-97, se infiere que las órdenes de protección son aplicables a todas las infracciones previstas en los artículos que van desde el 303-1 al 303-3 del Código Penal, y a las secciones segunda y sexta del Título II, Libro III del Código Penal.

Sin embargo, merece ser señalado que, tanto en la Gaceta Oficial en donde fue publicada la Ley 24-97 (No. 9945, publicada el 28 de enero de 1997), como en el ejemplar que fue conocido y aprobado por el Congreso Nacional, al cual tuvimos acceso, parece que fue cometido un error material en cuanto a lo siguiente: Ambos textos se refieren a las infracciones previstas en el Título I, y no en el Título II (secciones segunda y sexta), como es correcto, del Libro III del Código Penal. Es muy fácil darse cuenta que se trata de un error involuntario, ya que en dichas secciones del Título I, Libro III, la Ley 24-97 no introdujo ninguna modificación, al contrario de cómo sucedió con dichas secciones en el Título II del Libro III.

III. Naturaleza jurídica de las órdenes de protección

¹ Castillo Pantaleón, Juan Miguel. “El juzgado de instrucción”. Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). 1ra. Edición. Santo Domingo. 1998. P. 151.

² Ibidem.

Ya hemos dicho que el Dr. Castillo Pantaleón otorga a las mismas la categoría de "garantía cautelar". También estamos conscientes de que no abundamos lo suficiente en nuestro intento por definir las órdenes de protección, por lo que decidimos agregar alguna consideración al respecto en este apartado.

La ley nos insinúa que la orden de protección es una sanción³.

No es conveniente que aceptemos pura y simplemente semejante posición, por muchas razones. Una de ellas, quizás la más contundente, es que las órdenes de protección son dictadas antes de la instrucción de la causa, estadio procesal durante el cual, el procesado se encuentra amparado por la presunción de inocencia, situación que se mantendrá hasta tanto intervenga una sentencia condenatoria que adquiera la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

Como las sanciones no pueden imponerse sino cuando resultan de la celebración de un juicio oral, público y contradictorio, en el cual se ofrezcan al procesado todas las garantías que brinda nuestro sistema legal, es imposible afirmar válidamente que la orden de protección tenga la naturaleza de una sanción y a la vez sea una "disposición previa a la instrucción", pues sin instrucción no hay juicio y sin juicio no puede haber sanción.

Otro argumento que refuerza nuestro criterio, es que no siempre las órdenes de protección son dictadas por el mismo juez que decidirá sobre el fondo, tal como veremos en detalle más adelante.

Además, la decisión que ordena la aplicación de una sanción, que siempre debe ser el resultado de un juicio contencioso, tendrá, por consiguiente, naturaleza jurisdiccional, con todos sus efectos: desapodera al juez, abre la posibilidad de ejercer vías de recurso contra la decisión, etc. Ello se opone al mandato de la ley, que faculta al juez a imponer esta restricción al procesado, antes del juicio mismo; por lo que debemos reconocer que la orden de protección por si misma no desapodera al juez, y que el mismo tendrá siempre la facultad de revisar su propia decisión al respecto.

Pudiera alguien argüir, en contra de mis razonamientos, que las órdenes de protección se erigen de todos modos en sanciones, y que su naturaleza provisional y su interposición con antelación al juicio, en nada dificultan la atribución de tal naturaleza, toda vez que el Ministerio Público y el Juez de Instrucción pueden

³ Art. 309-6 Código Penal. Modificado por la Ley 24-97.

restringir la libertad de la persona, lo que a fin de cuentas se asemeja bastante a la interposición de una sanción. Si bien es necesario admitir que eso es cierto, no es menos cierto que ese tipo de prisión es preventiva y no debe de verse como una sanción, sino tan solo como un medio tendiente a evitar que el acusado evada la justicia.

Entiendo que la naturaleza jurídica de la orden de protección debe buscarse más allá de la palabra "sanción" que errónea e impropriamente utilizó el legislador, y para ello debemos de acudir al elemento teleológico de la norma, donde frecuentemente hallaremos su esencia más íntima.

Está visto que las órdenes de protección tienden a proteger la integridad física y mental de la víctima, así como su patrimonio, antes del juicio del fondo. En tal sentido, consideramos que las órdenes de protección constituyen un singular tipo de medidas graciosas o de administración judicial, en las cuales el funcionario judicial interviene sólo para otorgar protección a la víctima, que continúa en una situación de peligro. En estos casos, la participación del funcionario judicial tiene lugar con anterioridad a su intervención como juzgador o instructor de la prevención. Reconocer esta naturaleza a las órdenes de protección, implica dar por sentado lo siguiente:

A) No adquieren autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, sino junto con la sentencia que las ratifica⁴.

B) Por sí mismas, no desapoderan al juez que las dicta, quien podrá revisar su decisión en todo momento, mientras siga apoderado del fondo del asunto y hasta que se desapodere por una de las vías legales, siendo la más común el rendimiento de una sentencia sobre el fondo, o de un veredicto calificativo, en el caso del Juez de Instrucción. En Chile se ha consagrado expresamente el anterior criterio⁵. Considero que este criterio tendrá aplicación plena en materia correccional, donde un mismo juez dictará la orden y juzgará el fondo. En cambio, para la materia criminal, el Juez de Instrucción quedará desapoderado al rendir su decisión sobre la sumaria. En caso de que se trate de una Providencia Calificativa, sólo el juez del fondo podrá revocar la orden de protección. Creemos que la Cámara de Calificación podría revisar instancias relacionadas con una orden de protección, sólo cuando el Juez de Instrucción se encuentre desapoderado y la Cámara de Calificación se encuentre apoderada de un recurso contra la Providencia

⁴ Art. 309-7 Código Penal. Modificado por la Ley 24-97.

⁵ Art. 4, literal h, Ley 19,325 de la Rep. De Chile, sobre Violencia Intrafamiliar.

Calificativa dictada por el Juez de Instrucción. También es mi parecer que el Juez de Instrucción puede revocar la orden de protección al dictar un auto de no ha lugar.

C) La orden de protección como tal, no es susceptible de ningún recurso, y su otorgamiento puede ser revisado por el mismo funcionario judicial que la dictó, mientras éste se encuentre apoderado del fondo de lo principal. Al rendir una decisión sobre el fondo, como ya hemos dicho, el juez se desapodera, y ya no puede revisar su propia decisión, ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la orden de protección, pues solo la jurisdicción apoderada de un recurso legal válido podrá hacerlo en lo adelante.

Conociendo lo anterior, se impone la siguiente pregunta: ¿Quién se encuentra legalmente facultado para dictar órdenes de protección?

En materia criminal, como ya hemos dicho, serán dictadas provisionalmente por el Juez de Instrucción. El juez apoderado del fondo, al momento de rendir su decisión, deberá pronunciarse sobre la orden de protección, confirmándola o revocándola. No veo ningún obstáculo legal para que el Juez del fondo rinda alguna decisión provisional sobre la orden de protección, en materia criminal, al igual que lo entendemos perfectamente posible en materia correccional. En materia correccional, solo el juez apoderado sobre el fondo podrá dictar una orden de protección.

Cabe preguntarse entonces si el Procurador Fiscal tiene o no facultad para dictar una orden de protección y cual es su rol en estos casos. Entendemos que la Ley ha hecho una enumeración limitativa de cuáles son los funcionarios investidos con la calidad legal para dictar una orden de protección, y entre ellos, como ya hemos visto, no se incluyó al Procurador Fiscal, quien no tendrá calidad para dictarlas, y estará obligado a depositar todo expediente relativo a las infracciones que pueden dar lugar a que se dicten órdenes de protección, en la secretaría del tribunal competente, dentro de las cinco (5) horas de haberse interpuesto la querrela, lo cual me parece utópico, por lo que vaticino la prolongación del incumplimiento de esta normativa.

IV. Alcance de una orden de protección

Las órdenes de protección pueden alcanzar una o varias disposiciones de diferente matiz, y el menú de opciones que nos presenta el artículo 309-6 del Código Penal es sumamente amplio.

La mayoría de las posibilidades de órdenes de protección existentes en nuestra legislación, se apartó de los modelos de Chile y Puerto Rico, creando opciones de órdenes de protección que no existen en dichos países de donde fue incorporada la figura, por lo que carecemos de un marco de referencia para evaluar la pertinencia de las mismas. Se da el caso de que, aquellas cuya aplicación vulneraría normas de rango constitucional, no son de factura extranjera, sino de orgullosa creación vernácula.

Sin más preámbulos, nos limitaremos a decir que una orden de protección puede contener una, varias, o aún todas las disposiciones que se enumeran a continuación:

- **Orden de abstenerse de molestar, intimidar o amenazar a la víctima, o bien de interferir en la guarda o custodia provisional o definitiva acordada en virtud de la ley o de una orden judicial.** No vendría nada mal al texto de la Ley, que el legislador aclarase a la guarda de qué cosa se refiere: si se trata de muebles o inmuebles, o a los hijos menores de edad, como resultaría más lógico pensar. La reforma para aclarar tal situación debería producirse lo antes posible, según mi criterio.
- **Orden de desalojo del agresor de la residencia del cónyuge, conviviente, exconviviente o pareja consensual.** El hecho de que el agresor viva bajo el mismo techo que la víctima ha sido considerado por el legislador como un peligro para la integridad de dicha víctima. Sin embargo, en este caso el legislador se apartó del modelo boricua, en el cual no se prevé el desalojo, sino una protección especial para que la víctima pueda penetrar al hogar y retirar sus enceres. El modelo chileno prevé dos posibilidades: que se brinde protección a la víctima para que retire sus pertenencias del hogar, o que se ordene el reintegro al hogar de la persona que fue obligada a marcharse.
- **Interdicción de acceso a la residencia del cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o pareja consensual.** Esta disposición fue copiada de la Ley chilena antes citada.
- **Interdicción de acercamiento a los lugares frecuentados por el cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o pareja consensual.** La Ley no establece ninguna distancia de referencia para dicho acercamiento, por lo que se impone la pregunta acerca de la legalidad de la orden de protección que disponga una en específico. Pienso que cada juez, según su evaluación particular de

los casos en que le toque rendir una orden de protección, deberá fijar una distancia que considere prudente, y que ello no invalidaría la orden de protección. De todas formas, reconozco que una reforma es conveniente, para establecer que el juez podrá fijar la distancia que considere prudente. En el modelo chileno sólo se prevé la prohibición de acercarse al lugar de trabajo de la víctima, a menos que ambos trabajen en el mismo lugar. Esta postura era más lógica, ya que por una misma orden también se puede resolver el problema de evitar la convivencia entre agresor y agredido.

- **Prohibición a la víctima de trasladar u ocultar los hijos comunes.** Parece mentira que en este caso se haya establecido la posibilidad de dictar una orden de protección en contra de la propia víctima y no del agresor. Valdría la pena averiguar si en este caso se ha cometido o no un error material al redactar la Ley. El modelo chileno se limita a crear la posibilidad de que se establezca por orden de protección, un régimen de cuidado, crianza y educación de los hijos menores.
- **Orden de internamiento de la víctima en hogares de acogida o refugio a cargo de organismos públicos o privados.** Me habría gustado que la Ley aclarara a cargo de quién correrían los gastos de internamiento en un centro privado, o mejor aún, en caso de insolvencia de la víctima, quién sería responsable de los gastos generados por la aplicación de una orden de protección que no contemple esos detalles tan importantes.
- **Orden de suministrar servicios, atención a la salud y orientación para toda la familia a cargo de organismos públicos o privados.** Cabe preguntarse a qué tipo de servicios puede referirse esta orden, pues la fórmula legal se nos presenta carente de delimitación y cargada de ambigüedad. Ratifico además mi cuestionamiento sobre la posibilidad de ordenar atenciones por cuenta de organismos privados. En la legislación puertorriqueña solo se contempla la posibilidad de poner a cargo de las autoridades el deber de ofrecer información a la víctima acerca de sus derechos y de la existencia de organismos de beneficencia, públicos o privados, destinados a ofrecer auxilio a las víctimas de maltrato.
- **Orden de prestar informes de carácter financiero sobre la gestión de los bienes comunes de la empresa, negocio, comercio, o actividad lucrativa común.** Esta disposición parece ser una "mutación" que se produjo durante el proceso de adaptación, y no he visto ningún precedente de la misma en las legislaciones extranjeras que "inspiraron" a los redactores de la norma.

- **Interdicción de enajenar, disponer, ocultar o trasladar bienes propios de la víctima o bienes comunes.** La ley chilena prevé esta posibilidad de realizar actos o contratos respecto de "ciertos bienes".
- **Orden de reponer los bienes destruidos u ocultados.** No he visto precedentes de tal disposición en las leyes extranjeras múltiples veces señaladas. Entiendo que una orden judicial en ese sentido, antes de la celebración del juicio, sería un atropello, y que su inclusión dentro del menú de órdenes de protección previsto por la Ley 24-97 viola flagrante y evidentemente la Constitución de la República.
- **Orden de medidas conservatorias respecto de la posesión de bienes comunes y del ajuar de la casa donde se aloja la familia.** Esta también parece tener el sello "made in Dominican Republic".
- **Orden de indemnizar a la víctima de la violencia, sin perjuicio de las acciones civiles que fueren de lugar, por los gastos legales, tratamiento médico, consejos psiquiátricos y orientación profesional, alojamiento y otros gastos similares.** Estoy seguro de no haber visto nada igual en las referidas legislaciones de Chile y Puerto Rico. Soy de opinión de que, dada la naturaleza de las órdenes de protección, y la finalidad de la orden de protección que ahora abordamos, la inclusión de esta que ahora analizamos, en la Ley 24-97, viola la Constitución de la República, pues este tipo de solución sólo podría resultar de una sentencia sobre el fondo, y nunca de una medida provisional. Otro asunto importante, es que la Ley ordena que las órdenes de protección sean dictadas siempre. Sabiendo lo anterior, y sin perjuicio de nuestro alegato de inconstitucionalidad, cabe preguntarse si semejantes indemnizaciones podrían acordarse aún en ausencia de una formal constitución en parte civil, derogándose el principio dispositivo que rige todo proceso, en cuanto a lo civil. Por mi parte, sólo puedo decir al respecto que, nueva vez, las órdenes de protección nos muestran una línea gris.

V. Consecuencias jurídicas de la violación de una orden de protección

El artículo 309-3 del Código Penal, modificado por la Ley 24-97, consagra como una circunstancia agravante el hecho de que el infractor haya cometido actos de violencia en contra de una víctima que haya sido beneficiada por el otorgamiento de una orden de protección.

Lo anterior nos parece lógico y hasta saludable. Sin embargo, carece de todo sentido el hecho de que existan ordenes de protección mediante las cuales no se ordena ni prohíbe absolutamente nada al agresor, ya que la violación a las mismas no entraña ningún tipo de sanción para quien las desacata, a menos que sea el propio agresor.

Respecto del agresor, que de no sufrir la agravante, incurriría en una pena de uno a cinco años de prisión y una multa de RD\$500 a RD\$5,000; la concurrencia de una cualquiera de las agravantes del artículo 309-3 implica que en vez de sufrir una pena de prisión de 1 a 5 años, sufriría la de reclusión de 5 a 10 años. Las nomenclaturas de estas penas y sus escalas me irritan bastante, pues las considero disociadas de las tradicionales de nuestro sistema penal. Sin embargo, dejaré de lado esa crítica, por el momento.

VI. Conclusión

La inclusión de las órdenes de protección dentro del Código Penal, mediante la modificación introducida por la Ley 24-97, fue una medida legislativa bien intencionada, y con la misma se cumplió con el compromiso asumido por el país, al firmar la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar las Violencia contra la mujer, en Belem do Pará, Brasil, en el año 1994. No obstante, la precisión que debe adornar toda norma de aplicación general, brilla por su ausencia en gran parte del articulado de dicha Ley, algunas disposiciones relativas a las órdenes de protección violan la Constitución de la República y varios errores materiales se colaron ante los expertos ojos de los correctores del Congreso.

Sin embargo, no por ello debemos invalidar la labor de los legisladores que introdujeron el proyecto, ni de un sector importante de la sociedad civil que abrazó ardientemente la causa de la disminución de la violencia contra la mujer y la violencia intrafamiliar. Nada humano es perfecto... este ensayo tampoco lo es, ni pretende serlo.

Entiendo que la Ley 24-97, en lo atinente a las órdenes de protección, amerita una reforma a los artículos en donde señalé la existencia de errores materiales, y más aún en aquellos donde he señalado falta de claridad, posibles dificultades interpretativas y casi seguras contradicciones con nuestra Carta Sustantiva.

Atribuyo los conflictos con la Carta Magna a la golosa actitud de algunos de los responsables de la redacción del valioso

instrumento normativo, que trataron de buscar soluciones drásticas y expeditivas a tan graves problemas que aquejan a millares de familias dominicanas; y que concentrados en tan loables fines, perdieron, sin proponérselo, la perspectiva de la constitucionalidad de la norma.

La superación de estas dificultades se hace imperativa, porque sólo así se garantiza que estaremos en dicha materia, a la altura de los países de los cuales copiamos los modelos adoptados. Lo contrario sería prolongar una situación de fragilidad de la Ley, que impediría su eficaz aplicación en aquellos casos que el ideal de justicia demande su implementación, con severidad ejemplar, para sentar ejemplo a nivel de nuestra sociedad. Tengo la esperanza de que mis señalamientos sean útiles en ese sentido, y de que las modificaciones sugeridas doten la norma de la claridad y coherencia que hasta el momento le han faltado.