

# LA PENA ACCESORIA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A LA VÍCTIMA: REGULACIÓN Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Natalia PÉREZ RIVAS

Doctora en Derecho

Prof. Interina de Sustitución de Derecho Penal

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. La pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima: regulación legal. 2. Contenido de la prohibición de aproximarse a la víctima. 3. Ámbito subjetivo de aplicación de la prohibición de aproximarse a la víctima. 4. Ámbito objetivo de aplicación de la prohibición de aproximarse a la víctima. 5. Duración de la prohibición de aproximarse a la víctima. 6. Régimen de imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima. 6.1 Régimen de imposición facultativo. 6.2 Régimen de imposición preceptivo. 7. Quebrantamiento de la prohibición de aproximarse a la víctima. 7.1 La relevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximación. 7.2 La relevancia del consentimiento de la víctima en la responsabilidad del obligado por la prohibición. 7.2.1 La ausencia de tipicidad por el consentimiento de la víctima. 7.2.2 La irrelevancia del consentimiento de la víctima. 7.2.2.1 Bien jurídico institucional versus bien jurídico pluriofensivo. 7.3 Teorías intermedias. 7.3.1 Distinción entre quebrantamiento de medida cautelar y de pena accesoria. 7.3.2 El criterio de la iniciativa de la aproximación. 7.3.3 La reanudación (o no) de la convivencia entre las partes. 7.3.4 La incidencia del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del sujeto. 7.3.3.1 La concurrencia de un error de tipo. 7.3.3.2 La concurrencia de un error de prohibición. 7.3.5 La eximente de estado de necesidad. 7.3.6 La atenuante analógica. 7.3.7 Imposición de la pena mínima en atención a la concurrencia del consentimiento. 7.4 El tratamiento jurisprudencial del comportamiento de la víctima que consiente el quebrantamiento. 7.4.1 Soluciones que salvaguardan la impunidad de la víctima. 7.4.1.1 Tesis del consentimiento viciado de la víctima. 7.4.4.2 La incursión de la víctima en un error de tipo o en un error de prohibición. 7.5 Soluciones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*. 7.5.1 Solución de *lege lata*. 7.5.2 Propuestas de *lege ferenda*. 7.5.2.1 La flexibilización del régimen de imposición y de ejecución de la prohibición. 7.5.2.2 El rol de la víctima en la determinación y ejecución de la prohibición. 8. Bibliografía.

**Resumen:** En el presente trabajo se analizará la naturaleza legal, contenido, presupuestos de aplicación, duración, ejecución e incumplimiento de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima. La finalidad es detectar las deficiencias en su regulación y realizar propuestas de mejora de la misma.

**Palabras clave:** pena accesoria; prohibición de aproximarse a la víctima; protección.

**Abstract:** In this paper will analyse the legal nature, content, conditions for application, durability, execution and breach of the ancillary penalty about the prohibition of approaching to the victim. The aim is to identify deficiencies in its regulation and make proposals for improving it.

**Key Words:** Ancillary penalty; prohibition of approaching to the victim; protection.

## 1. *La pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima: regulación legal*

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, regulada en el art. 48.2 CP, se incorporó a nuestro catálogo sancionador en virtud de la LO 11/1999, siendo la LO 14/1999 la que, por su parte, procede a regularla de forma independiente y la dota de contenido propio.

El legislador ha regulado esta prohibición como una pena de carácter accesorio. Para un grupo de opiniones se trata, en concreto, de una pena accesoria impropia<sup>1</sup> o atípica<sup>2</sup>, habida cuenta de

---

<sup>1</sup> Vid. Circular 2/2004 de la FGE, de 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre; CERES MONTES, José Francisco: «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en CASTELLANO RAUSELL, Pedro (dir.): *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, Madrid, p. 325; VIEIRA MORANTE, Francisco J.: «artículo 57 CP», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.): *Comentarios al Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 555; GARCÍA PÉREZ, Fernanda: «La pena de localización permanente y la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima», en ECHÁVARRI GARCÍA, María Auxiliadora: *Las penas y medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, p. 78.

<sup>2</sup> Vid. DE LAMO RUBIO, Jaime: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 214. Sobre los principios rectores de las penas acce-

su accesoriedad en relación a ciertos delitos —y no a determinadas sanciones— de que su duración no viene supedita a la pena principal y, por último, de que su imposición es facultativa —salvo en los supuestos de delitos de violencia familiar y de género—. Otros autores la califican, en cambio, como pena principal adicional a las penas previstas para los delitos comprendidos en el art. 57.1 CP y que presenta la peculiaridad de que se regulan exclusivamente en la parte general del texto penal<sup>3</sup>. La postura mayoritaria configura el alejamiento, en fin, como una medida de seguridad no privativa de libertad, que persigue sus mismos fines de aseguramiento y de prevención especial que éstas<sup>4</sup>, y cuya conceptualización formal como pena accesoria se debía, exclusivamente, a que el legislador sólo había previsto la aplicación de las medidas de seguridad para los estados peligrosos de inimputabilidad o semiimputabilidad.

Su incorporación al catálogo de penas privativas de otros derechos tampoco ha estado exenta de críticas, puesto que, al igual que las penas privativas de libertad, conlleva una restricción de la

---

sorias y sus excepciones *vid.* VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «La regulación de las penas accesorias en el código penal de 1995», en *ADPCP*, vol. LX, 2007, pp. 264-267; la misma en «La reforma del régimen de la accesoriedad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 191-193.

<sup>3</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, p. 711; MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005 (4.<sup>a</sup> ed.), p. 217; VALLDECABRES ORTIZ, Isabel: «Artículos 54-55-56», en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 351.

<sup>4</sup> *Vid.* SANZ MORÁN, Ángel José: «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en MUÑOZ CONDE, Francisco / LORENZO SALGADO, Manuel / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio / NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (dirs.): *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 1011, p. 1021 y p. 1027; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», en *ReCrim*, 2009, pp. 309-310; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «La reforma del régimen de la accesoriedad penal», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 195; FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 228; TAMARIT SUMALLA, Josep María: «Sistema de sanciones y política criminal», en *RECPC*, 2007, p. 40; MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias...*, cit., pp. 301-302. Su naturaleza de medida de seguridad no privativa de libertad ha sido declarada también por las SSTS núm. 1429/2000, de 22 de septiembre, y núm. 369/2004, de 11 de marzo.

libertad deambulatoria (art. 17 CE)<sup>5</sup>. La diferencia entre ellas radicaría, a lo sumo, se insiste, en el distinto grado de restricción de la libertad que conllevan, en el lugar de su cumplimiento y en los fines que las inspiran. Por ello algunos autores han venido abogando por la creación de una nueva categoría de penas, (las penas restrictivas de libertad) en la que se enmarcaría, además de la prohibición de aproximarse, la prohibición de residir<sup>6</sup>.

## 2. *Contenido de la prohibición de aproximarse a la víctima*

Esta prohibición impide al penado acercarse a los sujetos referenciados, en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que frecuentado por ellos. Su contenido es, por tanto, doble, apuntando a un aseguramiento de tipo personal en la primera modalidad, y a otro de carácter locativo<sup>7</sup>, en la segunda<sup>8</sup>.

Entrando ya a precisar el significado de algunos de los términos que la describen, debe hacerse notar que el legislador no requiere que el lugar de residencia de la víctima o de su familia sea el «habitual», comprendiendo también los temporales u ocasionales<sup>9</sup>. A tal efecto, la víctima debe informar al órgano judicial de todos sus cambios de residencia.

Mayores problemas de delimitación plantea la referencia que se contiene en el precepto a «cualquier otro [lugar] frecuentado por ellos». Su concreción no podrá hacerse en la sentencia, salvo que se procediese a la continua actualización de la lista de lugares a lo largo

<sup>5</sup> Cfr. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., p. 49.

<sup>6</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias...*, cit., p. 216.

<sup>7</sup> Este aseguramiento de tipo locativo tendrá lugar con independencia de que los sujetos beneficiarios de la prohibición se encuentren o no en dicho lugares.

<sup>8</sup> Se diferencia así, en la terminología de la FGE, entre zonas de exclusión fijas —prohibición a aproximarse al domicilio, lugar de trabajo y otros frecuentados por la persona protegida— y zonas de exclusión móviles —distancia de aproximación que el obligado no puede franquear cuando la víctima se halle fuera de las áreas de exclusión fijas—. *Vid.* Memoria FGE, Madrid, 2011, pp. 782-783.

<sup>9</sup> *Vid.* CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 493. En sentido contrario, VALLDECABRES ORTIZ, Isabel: «Artículo 48 CP», en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 335.

del periodo de ejecución<sup>10</sup>. Tampoco hay que olvidar que, con la idea de evitar los posibles encuentros entre la víctima y el victimario, se restringe la libertad del condenado hasta un extremo que va mucho más allá de lo que sería necesario para asegurar su protección<sup>11</sup>. A mayor abundamiento, resultará muy difícil, por no decir imposible, controlar cumplimiento de la prohibición en todos sus términos. En atención a todo ello, la doctrina aboga por la supresión de esta segunda modalidad, menos respetuosa con los derechos del condenado y poco eficiente para lograr la protección de las víctimas<sup>12</sup>.

La cuestión de la distancia a la que el condenado no podrá aproximarse a los sujetos protegidos merece, asimismo, algún comentario. El CP no aporta ninguna indicación al respecto, no exigiendo, siquiera, que se fije judicialmente<sup>13</sup>. El Protocolo de actuación de las

---

<sup>10</sup> Y es que como acertadamente apunta CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Bosch, 2005, p. 505, en esa cláusula se engloban no sólo los lugares frecuentados antes de haberse dictado la sentencia, sino también todos aquellos que accedan a categoría durante su periodo de ejecución.

<sup>11</sup> Esta previsión puede llevar a situaciones tan desproporcionadas como la examinada en el AAP de Sevilla (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 28/2005, de 27 de enero de 2004, en que se cuestiona si «el fallo de sentencia cuando dice “comunicación con ella o aproximarse” debe suponer que el condenado no debe acceder ni permanecer en el bar que, parece ser, se encuentra en las cercanías de otro establecimiento al que la apelada accede con cierta regularidad». Al respecto concluye que «el hecho de que el condenado acuda a su Centro de Trabajo (bar) diariamente no puede entenderse como vulneración de la prohibición establecida en sentencia, pues ni comunica ni se aproxima a la víctima como acto voluntario y tendencial de incumplir la sentencia. Incluso, planteando la cuestión como colisión de derechos, es claro, a juicio de este Tribunal, que debe prevalecer el derecho al trabajo y al sustento, que quedaría anulado, en detrimento del derecho a la tranquilidad y libertad deambulatoria de la víctima, que tan solo se podría ver comprometido cuando acudiera libremente a cualquier establecimiento situado a menos de 500 metros del bar donde trabaja el condenado».

<sup>12</sup> Partidarios de esta interpretación restrictiva se muestran, entre otros, FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit. pp. 72-73; la misma en «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género», en PUENTE ALBA, Luz María (dir.) / *Respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal punnitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 185; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP», en *EPC*, vol. XXVI, 2006, p. 340. En opinión de MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias...*, cit., p. 222, esta interpretación tiene la ventaja de que hace más dinámica la ejecución.

<sup>13</sup> En cambio, en el marco de las medidas cautelares, el artículo 64.3 LOVG dispone que «el Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, de 28 de junio de 2005, propone una distancia de 500 metros, por estimarla «un ámbito espacial suficiente para permitir una rápida respuesta policial y evitar incluso la confrontación visual entre la víctima y el imputado». La práctica judicial en este punto es, sin embargo, sumamente variada, descartándose cualquier tipo de automatismo y optándose, siempre, por valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto<sup>14</sup>. Y es que, como se apunta en la SAP de Vizcaya, de 2 de marzo de 2004, «no siempre una mayor distancia supone un mayor control a la hora de cumplirse la medida (así, cualquier persona pueda saber si alguien que tiene prohibido acercársele está a 50 o 100 metros. Pero resulta prácticamente imposible saber cuando está a 500 metros o a un km)»<sup>15</sup>. De cualquier manera téngase en mente que si el control de la prohibición se realiza a través de un dispositivo electrónico, la distancia mínima siempre vendrá determinada por el artefacto elegido.

El grado de protección que esta pena dispensa a las víctimas es más amplio que el que ofrece la privación del derecho a residir en

---

adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal». Pese a esa falta de previsión, la fijación de la concreta distancia viene exigida por el necesario respeto al principio de seguridad jurídica, sin que ello supongo, por otro lado, como se indica en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 887/2009, de 16 de septiembre de 2009, una vulneración del principio de legalidad en la ejecución de las penas (en el sentido de que no pueden ser éstas impuestas bajo otros parámetros o con otras circunstancias que las señaladas en la ley —art. 3.2 CP). Su concreción resultará indispensable cuando su control se realice a través de los medios electrónicos a que alude el artículo 48.4 CP, al demandar su programación la introducción del dato de la distancia a partir del cual el dispositivo emitirá la señal de alerta.

<sup>14</sup> Así, en la SAP de Murcia (Sección 1.ª), núm. 107/2005, de 26 de mayo de 2005, se establece en su FJ 2.º que «[...] si la finalidad de la pena es evitar los sufrimientos de la menor por la presencia del padre y evitar que éste pueda amedrentar con palabras o gestos, no se considera necesario llegar al kilómetro que propone la apelante, pues a mucha menos distancia ya no son posibles dichas actuaciones, sobre todo teniendo en cuenta que los afectados viven una localidad de las dimensiones de Cieza, donde tal requisito de distancia supondría una importantísima restricción de movimiento del condenado». En la SAP de Valencia (Sección 5.ª), de 9 de diciembre de 2004, por su parte, se incrementa la distancia de la pena de alejamiento impuesta en 1.ª instancia de 100 a 500 metros, en consideración a «la escasa dificultad que supondrá para el condenado respetar esta distancia, al ser Valencia su ciudad de residencia, y no una localidad más pequeña, y el efecto de inseguridad e intimidación que puede suponer para la víctima protegida alcanzar «a ver» a su agresor a la escasa distancia de 100 metros».

<sup>15</sup> Cfr. SAP de Vizcaya (Sección 1.ª), núm. 164/2004, de 2 de marzo de 2004.

determinados lugares o acudir a ellos. En esta última, el alejamiento es de tipo locativo, lo que asegura a la víctima que el agresor no va a regresar a determinados lugares. La privación se circunscribe, exclusivamente, a un concreto ámbito geográfico y no a la persona, de tal manera que si la víctima sale de este «espacio de seguridad» y se encuentra con el agresor no habrá quebrantamiento alguno<sup>16</sup>. Conllevando directamente una restricción de la libertad deambulatoria del penado, supone también, indirectamente, una limitación de la víctima en la medida en que ese será el único ámbito espacial en el que pueda sentirse, relativamente, segura<sup>17</sup>.

### ***3. Ámbito subjetivo de aplicación de la prohibición de aproximarse a la víctima***

El ámbito subjetivo de aplicación de la prohibición de aproximación comprende a la víctima, a su familia y a los terceros que determine el órgano judicial<sup>18</sup>. Por lo que respecta al concepto de víctima, se opta en este ámbito por un concepto amplio abarcando, por tanto, al ofendido y al perjudicado. Y es que, como apunta FARALDO CABANA, «es necesario dar una interpretación común al ámbito de los sujetos pasivos en esta pena accesoria aquí y en las medidas cautelares de similar contenido previstas en los arts. 544 bis y ter LECrim, que mencionan únicamente a la “víctima”, pero que deben ponerse en relación con el art. 13 LECrim, que alude a “los ofendidos y perjudicados” por el delito»<sup>19</sup>.

El art. 48 CP no aclara, por otro lado, que grupo de personas debe considerarse incluido en el concepto familia. Tomando como

---

<sup>16</sup> Ello lleva a ACALE SÁNCHEZ, María: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 321 a calificar esta prohibición como «una verdadera ratonera».

<sup>17</sup> Vid. TORRES ROSELL, Nuria: «La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal», en JIMÉNEZ DÍAZ, María José / CASTELLÓ NICÁS, Nuria (coords.): *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 478.

<sup>18</sup> Entre esas terceras personas a las que puede extenderse la protección dispensada podemos pensar, por ejemplo, en los casos de violencia de género, en la nueva pareja de la víctima. En este sentido vid. SAP de Murcia (Sección 3.ª), núm. 56/2008, de 16 de junio, en cuyo FJ 3.º establece que «[...] la medida de alejamiento del condenado Carlos Alberto, que se recoge en la sentencia respecto de Carina, considera el Ministerio Fiscal que la misma limitación debe ampliarse a su pareja sentimental, Hugo [...] el que, además, ha sido ya objeto de ataque verbal por parte del imputado, tal como se acepta en los hechos probados de la sentencia».

<sup>19</sup> Cfr. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., p. 71.

referencia las distintas clases de relaciones familiares listadas en diversos preceptos<sup>20</sup> del texto punitivo, parece que comprendería al cónyuge o persona que esté ligada a la víctima por una análoga relación de afectividad (aun sin convivencia), a los descendientes, a los ascendientes o a los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad de la víctima, así como a los menores o incapaces que convivan con él o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del autor o del cónyuge o conviviente<sup>21</sup>.

#### 4. *Ámbito objetivo de aplicación de la prohibición de aproximarse a la víctima*

Una de las peculiaridades de la pena de prohibición de aproximación, en tanto pena accesoria, radica, como ya apuntamos en un momento anterior, en que su aplicación no es accesoria de la imposición de la pena de prisión, sino de la condena por la comisión de determinados delitos: los englobados en los títulos del libro II del CP referidos en el art. 57.1 CP<sup>22</sup>. En la versión original del

<sup>20</sup> Vid. arts. 23, 57.2, 173.2, 180.1.4.<sup>a</sup>, 183.4.d, 268.1, 425, 443.1 y 454 CP.

<sup>21</sup> En este sentido, vid. FARALDO CABANA, Patricia: «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento» en PUENTE ABA, Luz María (dir.): *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 185. Este es, por otra parte, el criterio utilizado por la doctrina para interpretar el término familia contemplado en el art. 67 CP /1973.

<sup>22</sup> Vid. MAGRO SERVET, Vicente: «Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica», en *Diario La Ley*, n.º 6244, 2005, p. 9, que apunta que «en lugar de hacer mención a la expresión «delitos de», hubiera sido más acertado hacer mención a los delitos incluidos en los títulos siguientes, que es lo que en realidad está describiendo y no los delitos estrictamente». No se trata ésta de una cuestión baladí. Sobre la base de esta confusión entre delitos y títulos el TS intentó solventar, parcialmente, la problemática que se deriva de la imposición preceptiva de la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal cuando los delitos —término utilizado en el propio precepto— mencionados en el art. 57.1 CP se cometan contra alguno de los sujetos mencionados en el art. 173.2 CP. A este respecto, la STS (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 1023/2009, de 22 de octubre de 2009 argumenta que «entre los delitos previstos en el art. 57.1, no se contempla el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado, pues aunque el delito de maltrato en el ámbito familiar se incluya dentro del Título III del Libro II “De las lesiones” y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de “lesiones”, esta aplicación se tendrá que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada —como es el caso— se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro “sin causarle lesión”, constitutiva de delito». Siguiendo esta interpretación jurisprudencial *vid.*, entre otras, la SAP de Guadalajara (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 114/2011,

CP/1995 dichos títulos eran: el I (del homicidio y sus formas), el II (del aborto), el III (de las lesiones), el VI (delitos contra la libertad), el VII (de las torturas y otros delitos contra la integridad moral), el VIII (delitos contra la libertad e indemnidad sexual) y el XIII (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico). A este elenco la LO 11/1999 incorporó la falta contra las personas del art. 617 CP y la LO 14/1999, que viene a añadir el Título X (delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) y las faltas contempladas en el art. 620 CP. La LO 7/2000 dispuso, por su parte, su extensión al delito de apología del terrorismo (art. 578 CP). Ante la supresión del Libro III del CP, dedicado a las faltas, por la LO 1/2015, la referencia contenida a las faltas en el art. 57.3 CP se sustituye ahora por la alusión a los delitos leves, categoría a la que han sido elevadas aquellas faltas que, como se lee en el apartado XXVIII de la Exposición de Motivos de la citada ley, sean «merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos».

Teniendo en cuenta la finalidad de esta pena (la protección de la víctima), su previsión para los delitos relativos al orden socioeconómico resulta, cuando menos, extraña<sup>23</sup>. A falta de explicaciones de otro orden, algunos autores entienden que la razón por la que el legislador ha atribuido un ámbito de aplicación tan extenso es, la de simplemente disimular que fue creada para proteger a las víctimas de violencia familiar y de género<sup>24</sup>. Pese a tan extenso ámbito de aplicación existen ausencias imperdonables, como la de los delitos

---

de 9 de noviembre de 2011. No obstante, pese a lo afirmado por el TS, lo cierto es que el art. 153 CP está ubicado en el Título III «De las lesiones», título que se integra en el ámbito de aplicación del art. 57 CP, sin que éste establezca excepción alguna en cuanto a su aplicación a los delitos contemplados en el mismo.

<sup>23</sup> Por todos, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Penas privativas de derechos», en GRACIA MARTÍN, Luis (dir.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 152. Bien es verdad que en atención a la previsión contemplada en el art. 268 CP, no existirá responsabilidad criminal cuanto se trate de delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico perpetrados entre los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción, así como los afines en primer grado que sí viviesen juntos, siempre que no concurra violencia o intimidación. Conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión de 15 de diciembre de 2000, «no se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP».

<sup>24</sup> Cfr. REIG REIG, José Vicente: *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Su incidencia en el Libro I del Código penal*, Ed. Dijusa, Madrid, 2004, p. 85. Este es precisamente el ámbito al que, en países como Portugal —art. 152 CP— o Luxemburgo —art. 409 CP—, se ha limitado la aplicación de esta pena.

de terrorismo —con excepción de la referencia hecha al art. 578 CP—. Consecuencia de ello la primera sentencia por delito de terrorismo en que se impuso la pena accesoria de alejamiento data del año 2005<sup>25</sup>. Al margen de ello, lo cierto es que buena parte de las dudas y reservas provocadas por su actual campo de actuación podrían haberse disipado si el legislador de 1995 se hubiera percatado de la falta de coordinación entre los catálogos de delitos incluidos en los textos punitivos de 1973 y 1995<sup>26</sup>.

Secundando la propuesta de la Fiscalía General del Estado, abogamos por la inclusión, en el art. 57.1 CP, de una cláusula que les permita a los jueces y tribunales acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, cuando por el bien jurídico lesionado o por las consecuencias y conflictos derivados de la investigación —o de la tramitación del proceso o de su enjuiciamiento— sea recomendable la protección de la víctima<sup>27</sup>.

## 5. *Duración de la prohibición de aproximarse a la víctima*

Su configuración como pena accesoria «impropia» hace notar también sus efectos en la cuestión relativa a su duración. Conforme al art. 33.6 CP, la duración de las penas accesorias se corresponderá con la de la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos del CP. Esta cláusula es la que habilita para que la pena de alejamiento, entre otras, tenga una duración independiente de la duración de la pena principal. A este respecto el art. 57.1 CP establece que la prohibición de aproximarse podrá imponerse por un

---

<sup>25</sup> Vid. SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª), núm. 54/2005, de 26 diciembre de 2005. Ello vino precedido de la petición del entonces Alto Comisionado para las Víctimas del Terrorismo, Gregorio Peces-Barba, dirigida al Fiscal Jefe de la AN, el 19 de diciembre de 2005. En este campo de las ausencias, la Memoria FGE, Madrid, 2004, p. 668 en donde se estima que «cabem otros ámbitos —en el seno de las faltas— que pueden recomendar la pena del artículo 57 CP (pensemos en infracciones contra el patrimonio en pequeñas poblaciones, en el artículo 619 CP, en algunas faltas contra los intereses generales...)» en tanto que en la Memoria FGE, Madrid, 2006, pp. 645-646, aboga también por su extensión a los delitos de incendios forestales.

<sup>26</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, Ramón «Art. 57 CP», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 515.

<sup>27</sup> Cfr. Memoria FGE, Madrid, 2006, pp. 645-646.

tiempo que no exceda de diez años si el delito fuera grave o de cinco si es menos grave<sup>28</sup>. Si el alejamiento se hubiese estado ya cumpliendo como medida cautelar, ha de procederse al abono de ese periodo de tiempo (art. 58.4 CP)<sup>29</sup>.

De acordar el juez o el tribunal su imposición conjunta con la pena de prisión, lo hará por un tiempo superior al de la duración de aquella en los marcos temporales señalados<sup>30</sup>. La finalidad de esta previsión introducida por la LO 15/2003 —inspirada en la reforma operada por la LO 7/2000 en el art. 579.2 CP por LO 7/2000<sup>31</sup>— es evitar que en el caso de que la pena de prisión tenga una duración superior al de la pena de alejamiento, esta pierda toda virtualidad.

Su cumplimiento no será, sin embargo, sólo sucesivo al de la pena de prisión sino también simultáneo a ésta, para evitar que durante los periodos de excarcelación —permisos de salida, tercer

---

<sup>28</sup> Estos límites mínimos y máximos de duración de la pena de alejamiento serán graduados en función de la gravedad de la infracción penal cometida. Así, si la pena de alejamiento se impone por la comisión de un delito grave, su duración comprenderá desde los cinco a los diez años (art. 33.2.g, h, i CP); si se impone por la comisión de un delito menos grave esta será de entre seis meses a cinco años (art. 33.3 f, g, h CP); en tanto que si se impone por la comisión de una falta la duración mínima de la prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima es de un mes y la máxima de seis meses con relación a las tres modalidades de alejamiento (art. 33.4 c, d, e CP). En tanto que la duración mínima de la pena de prohibición de residencia no es especificada, esta será, como apunta BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Las penas privativas...», cit., p. 150, de un día.

<sup>29</sup> Vid. AAP de Madrid (Sección 27.<sup>a</sup>), núm. 452/2009, de 13 julio de 2009, FJ 2.<sup>º</sup> Contraria a esta interpretación se pronuncia FUENTES SORIANO, Olga: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 113-114, al estimar que «el alejamiento impuesto al amparo de la LOVG no es una medida cautelar sino [...] una medida de protección que, por tanto, no es directamente homologable con la pena que pueda imponerse en sentencia. Ni tiene el carácter de pena, ni es instrumental en relación con ella, ni con el buen fin del procedimiento».

<sup>30</sup> Esta duración de la pena más allá de la duración de la condena limitada a los casos de imposición de una pena de prisión es criticada por algunos autores al estimar que también en el resto de supuestos, puede ser necesaria esa duración más extensa. Vid. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., p. 66. Como apunta MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, cit., p. 711 se trata este del «único supuesto en que puede hablarse de cierta accesoria o dependencia de la duración de estas prohibiciones respecto a la duración de las penas señaladas en la Parte Especial a los delitos aquí mencionados [...]».

<sup>31</sup> Conforme al artículo 579.2 CP, a los responsables de los delitos de terrorismo y de delitos cometidos en el seno de organizaciones y grupos terroristas, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

grado del régimen penitenciario o libertad condicional— este pueda violentar de algún modo a la víctima<sup>32</sup>. Esta declaración de intenciones sería del todo punto plausible sino fuera por el desconocimiento que de ella se trasluce en cuanto al arsenal protector que el CP ofrece a la Administración penitenciaria y a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Y es que estas prohibiciones pueden ser impuestas también como condiciones a observar por el penado durante sus salidas de prisión<sup>33</sup>. No es menos cierto, no obstante, que esta previsión permite encajar su ejecución en el sistema progresivo de cumplimiento de la pena.

En cuanto a las penas distintas a la prisión, su cumplimiento y el de la prohibición de aproximación serán también simultáneos, al no haber el legislador establecido excepción alguna a lo dispuesto en el art. 73 CP<sup>34</sup>. Bien es verdad que, al no depender la duración de la pena accesoria, en este caso, de la duración de la pena principal, puede suceder que una vez cumplida esta, todavía permanezca vigente la prohibición como pena accesoria.

En todo caso, si la prohibición de aproximarse ha sido ya impuesta como medida cautelar, el tiempo durante el que se haya cumplido dicha medida ha de descontarse de la duración de la prohibición finalmente establecida como pena privativa de derechos (art. 58.4 CP). Por lo que respecta al momento en que ha de empezar a computarse la duración las prohibiciones, debido nuevamente al silencio del legislador sobre este extremo, lo lógico parece entender que ello ocurrirá desde el momento en que la sentencia condenatoria alcance firmeza.

## **6. Régimen de imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima**

### **6.1 Régimen de imposición facultativo**

El órgano judicial decidirá, discrecionalmente y previa petición de parte, la imposición de la prohibición de aproximación en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Para ponderar la gravedad de los hechos deben consi-

---

<sup>32</sup> Vid. Informe CGPJ, de 27 de enero de 2003, sobre el anteproyecto de CP, p. 24.

<sup>33</sup> Vid. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., p. 78.

<sup>34</sup> Vid. LLORCA ORTEGA, José: *Manual de determinación de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, ed. 6.<sup>a</sup>, p. 274.

derarse aspectos como «el mayor o menor desvalor de la acción u omisión, el resultado lesivo, el grado de culpabilidad del agente o las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran»<sup>35</sup>. Por su parte, según jurisprudencia reiterada, la peligrosidad a valorar no es la subjetiva o personal del acusado, en tanto sujeto de posibles delitos futuros, «sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia»<sup>36</sup>. Su imposición deberá poder ser acordada, asimismo, en los casos en que, si bien no concurre el riesgo de reiteración delictiva, la proximidad del agresor puede conculcar otros derechos de la víctima o de sus familiares (perspectiva victimológica del alejamiento)<sup>37</sup>. Esta interpretación goza del aval del TS, cuya

---

<sup>35</sup> Cfr. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit. p. 60; ACALÉ SÁNCHEZ, María: *La discriminación...*, cit., pp. 318-319; POZUELO PÉREZ, Laura: *Las penas privativas de derechos en el código penal*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pp. 70-71. Por el contrario, autores como GARCÍA ALBERO, Ramón: «Art. 57...», cit., p. 522, interpreta esa referencia a la gravedad de los hechos como referida a la propia calificación del delito, sirviendo como criterios para su valoración la naturaleza y extensión de la pena que lleve aparejada el hecho cometido.

<sup>36</sup> Cfr. STS (Sala de lo Penal), núm. 1429/2000, de 22 de septiembre de 2000. Pese a las diversas interpretaciones de que ha sido objeto este requisito, y que pueden verse en POZUELO PÉREZ, L.: *Las penas privativas...*, cit., pp. 70-71, apunta esta autora que «la interpretación que encuentro más lógica es la que se refiera al peligro que el delincuente represente para el ofendido u ofendidos por el delito, y su familia, con lo que entiendo que se refiere al peligro o riesgo de que esos sujetos pudieran verse afectados de algún modo por el delincuente».

<sup>37</sup> Favorables a esta perspectiva victimológica se muestra, entre otros, OTERO GONZÁLEZ, Pilar: *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 38; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico pena. Del olvido al reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 135; MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias...*, cit., p. 219; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: «art. 57...», cit., p. 738. Esta perspectiva parece ser negada, en un primer momento, por FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., pp. 83-84, en cuya opinión «son rechazables las propuestas que hablan de que no se trata sólo de evitar enfrentamientos que supongan un peligro para las personas, sino también el temor y el desagrado que puede suponer la presencia de quien ha delinquido contra una persona. Por sí sola, esa desazón que puedan sentir la víctima u otras personas no puede dar lugar a una restricción tan importante de la libertad del delincuente como la que supone la imposición de la prohibición de acercamiento». No obstante, a renglón seguido matiza su postura exceptuando aquellos supuestos en que «tratándose de delitos violentos esa proximidad suponga un peligro para la integridad psíquica de la víctima». Para VALEJJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias...», cit., pp. 340-341, sin embargo, «es la neutralización y no la satisfacción de pretensiones subjetivas (tutela de la víctima) o necesidades psicológicas (seguridad) de la víctima lo que se persigue con las prohibiciones del art. 48.2 CP. En todo caso la seguridad o el bienestar psicológicos de la víctima es un efecto real o un reflejo de la pena pero no el criterio legitimador

sentencia de 11 de marzo de 2004 apunta la necesidad de «[...] conjugar la personalidad del delincuente con un pronóstico aproximado e incierto de reinserción [...] con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reparación del delincuente en un pueblo donde el recuerdo del delito podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas indirectas podría verse afectada»<sup>38</sup>. En el derecho comparado ha encontrado acogida en Francia, pudiendo traerse a colación en este punto la Circular de 11 de abril de 2005, del Ministerio de Justicia, relativa a los criterios a seguir para la imposición de la prohibición de relacionarse con la víctima o de aproximarse a su domicilio o lugar de trabajo (art. 712-16-2 CPP), que dispone en su apartado 4.4.2.1 que «estas disposiciones no tiene por único objetivo evitar una eventual reincidencia del condenado, sino que pueden estar plenamente justificadas en la hipótesis donde no exista riesgo alguno de reincidencia. Es el caso de delitos graves contra las personas, como el homicidio o el asesinato, en los que parece preferible evitar que el ofensor en sus salidas de prisión pueda reencontrarse con la víctima»<sup>39</sup>. Es importante destacar que la imposición de estas prohibiciones sólo está justificada, en todo caso, si el peligro procede del condenado, y no de la posible reacción de la víctima o de sus familiares<sup>40</sup>. En caso contrario se vendría a desvirtuar el objetivo inmediato que persiguen (la protección de la víctima), resultando, por otro lado, del todo inefectiva. Ciertamente, nada le impedirá a la víctima, en tanto no sujeto obligado por la prohibición, transgredir el espacio de seguridad (cubierto por la prohibición) con total impunidad. En aquellos casos en que el peligro deriva de la víctima y su entorno,

---

de la intervención penal». De esta opinión, también, LLORCA ORTEGA, José: *Manual de...*, cit., p. 264.

<sup>38</sup> *Vid.*, entre otras, SSTS (Sala de lo Penal) núm. 369/2004, de 11 de marzo de 2004; núm. 935/2005, de 15 de julio de 2005; núm. 803/2011, de 15 julio de 2011.

<sup>39</sup> Establece expresamente en su apartado 4.4.2.1 que «estas disposiciones no tiene por único objetivo evitar una eventual reincidencia del condenado, sino que pueden estar plenamente justificadas en la hipótesis donde no exista riesgo alguno de reincidencia. Es el caso de delitos graves contra las personas, como el homicidio o el asesinato, en los que parece preferible evitar que el ofensor en sus salidas de prisión pueda reencontrarse con la víctima». Favorable a dicha interpretación se muestra PIGNOUX, Nathalie: *La réparation des victimes d'infractions pénales*, Ed. L'Hartman, Paris, 2008, p. 550.

<sup>40</sup> De esta opinión ACALE SÁNCHEZ, María: «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en CERVILLA GARZÓN, María Dolores/FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (coords.): *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, p. 103. Por el contrario, extiende la aplicación de la pena de alejamiento también a estos supuestos SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: «art. 57...», cit., p. 738.

corresponderá al propio victimario así como a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado velar por su seguridad.

Como apunta la Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado, deberán tomarse también en consideración, para su imposición, datos como la situación económica del inculcado, su estado de salud, su situación familiar y su actividad laboral. A este último respecto habrá de atenderse, especialmente, a la posibilidad de continuar con ella, en tanto durante la vigencia de la pena como tras su finalización<sup>41</sup>, en cuanto que elemento clave para que el penado pueda dar satisfacción a la responsabilidad civil a que haya sido condenado.

Por último, y a pesar de la ausencia de apoyo legal para requerirlo, parece que el órgano judicial debe verificar con la víctima y las demás personas a proteger tanto la necesidad de su adopción como la concreta modalidad de alejamiento —residencia, aproximación, comunicación— sin que su opinión vincule a aquél<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Tomando en consideración este aspecto, en la SAP de Granada (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 426/2008, de 7 julio de 2008, FJ 7.º se procede a la sustitución de la pena de prohibición de aproximación impuesta por la prohibición de comunicarse con la víctima «[...] al considerar desproporcionada la medida de alejamiento impuesta, ya que la misma implicaría la pérdida de su empleo, al no poder acudir de forma regular al semillero [...]».

<sup>42</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Penal), núm. 784/1998, de 25 de mayo de 1998 concluye que «los perjudicados por los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento no han realizado petición alguna en ese sentido y son ellos, salvo supuestos excepcionales, los que mejor pueden valorar la procedencia de que al reo se le prohíba volver al lugar en el que ha cometido el delito». La SAP de Murcia (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 9/2006, de 10 de febrero de 2006, dispone, en su FJ 5.º que «[...] respecto de la medida de alejamiento solicitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal en base a los arts. 57 y 48 CP [...] la misma es de carácter potestativo y esta Sala, pese a la gravedad de los hechos, entiende que no debe aplicarse ante la comparecencia de la propia víctima ante la Sección solicitando que su marido saliera de la cárcel cuando antes y que pueda ver a su hija con ella, sin que hubiera solicitado la medida de alejamiento en ningún momento, por lo que los motivos familiares nos llevan a no condenar al acusado a tal medida [...]». La SAP de Sevilla (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 246/2010, de 28 de abril de 2010, comenta, finalmente, que «[...] puesto que el art. 57.3 del Código Penal mantiene el carácter facultativo de estas penas cuando de faltas se trata, no hay razón de peso para no reconocer la autonomía de la determinación de la víctima sobre su propia vida personal y familiar; habiendo expresado en este caso la denunciante su voluntad de que se ponga fin al alejamiento vigente ya como medida cautelar, según la comparecencia posterior a la fecha de la sentencia remitida por el Juzgado de Instrucción». En Nueva Zelanda, por ejemplo, conforme a la sección 123. B.2.b de la Ley de Condena de 2002 (*Sentencing Act 2002*), la orden de protección contra el condenado por un delito de violencia doméstica no será impuesta en aquellos casos en los que la víctima se oponga a su imposición. En Inglaterra y Gales, por su parte, se establece que los agentes de policía deben confirmar la opinión de la víctima y demás personas susceptibles de protección por esa orden (*Protection Order*) para transmitírsela al Fis-

Otra de las dudas que plantea su régimen de imposición es si deben concurrir sus dos requisitos constitutivos (la gravedad del hecho y la peligrosidad del delincuente) o si, por el contrario, es suficiente con que el órgano judicial aprecie uno de ellos. FARALDO CABANA considera que, en la medida en que hacen referencia a realidades distintas, deberían valorarse conjuntamente<sup>43</sup>. Para otro sector doctrinal, al que nos sumamos, será suficiente para su imposición con la concurrencia de cualquiera de los dos, una vez que la LO 14/1999 procedió a sustituir, en la redacción del precepto, la conjunción copulativa que las unía ambos por una disyuntiva<sup>44</sup>. No obstante, como apunta GARCÍA ALBERO, «esta alternatividad no debe suponer pasar totalmente por alto el segundo criterio relativo a la peligrosidad, debiendo ésta apreciarse aunque sea de forma mínima pues, de lo contrario, con el fundamento único en la gravedad de la infracción cabría aplicar la pena aunque resultase totalmente innecesaria para la protección de la víctima»<sup>45</sup>.

Asimismo, en atención a lo establecido en la Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado, deberán tomarse también en consideración, para su imposición, datos como la situación económica del inculcado, su estado de salud, su situación familiar y su actividad laboral. A este último respecto habrá de atenderse, especialmente, a la posibilidad de continuar con ella, en tanto durante la vigencia

---

cal a efectos de que este ponga ese hecho en conocimiento del órgano judicial. Así, en el asunto R v. Picken [2006] EWCA Crim. 2194, resolvió el recurso interpuesto por el condenado por la imposición de una orden de protección con relación a su compañera sentimental revocando la orden acordada. Se concluye en dicha sentencia que de la imposición de dicha orden se derivan efectos para ambas partes, impidiéndoles continuar con su relación pese a ser el deseo de ambos. Dándose esa circunstancia, se afirma en la sentencia, el órgano judicial «no es quien para decidir que ello no debe ser así», recriminándosele a juez que dictó dicha orden que no hubiese suspendido el proceso para verificar este extremo.

<sup>43</sup> Vid. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., p. 85.

<sup>44</sup> Vid. en este sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 935/2005, de 15 de julio de 2005, en que se dispone que «considera el Ministerio Fiscal que la sentencia no impone al procesado la pena prevista en el artículo 57 CP consistente en la prohibición de acercamiento a la víctima por aplicar al texto de este precepto vigente con anterioridad a dicha reforma 14/99 que exigía la concurrencia de dos requisitos, la gravedad del hecho y la peligrosidad del delincuente por considerar que falta este último. Sin embargo, tras la entrada en vigor, el 10.6.99 de la LO. 14/99 basta con que concorra uno solo de esos factores para poder imponer la pena accesoria y en este caso la concurrencia del requisito de gravedad del hecho permite imponer la pena accesoria solicitada por el Ministerio Fiscal, prohibición de acercarse al lugar donde reside la víctima por el tiempo de cinco años».

<sup>45</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, Ramón: «Art. 57...», cit., p. 475.

de la pena como tras su finalización<sup>46</sup>, en cuanto que elemento clave para que el penado pueda dar satisfacción a la responsabilidad civil a que haya sido condenado.

Por último, y a pesar de la ausencia de apoyo legal para requerirlo, parece que el órgano judicial debe verificar con la víctima y las demás personas a proteger tanto la necesidad de su adopción como la concreta modalidad de alejamiento, sin que su opinión vincule a aquel<sup>47</sup>.

## 6.2 Régimen de imposición preceptivo

Es bien sabido que, excepcionando su carácter de pena de imposición facultativa, la LO 15/2003 estableció la adopción —con total independencia de la voluntad de la víctima y de la concurrencia de los parámetros anteriormente descritos—, de la prohibición de aproximación cuando la víctima de los delitos englobados en los Títulos del Libro II del CP y mencionados en el art. 57.1 CP sea alguno de los sujetos mencionado en el art. 173.2 CP (casos de violencia fa-

---

<sup>46</sup> Tomando en consideración este aspecto, en la SAP de Granada (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 426/2008, de 7 julio de 2008 se procede a la sustitución de la pena de prohibición de aproximación impuesta por la prohibición de comunicarse con la víctima «[...] al considerar desproporcionada la medida de alejamiento impuesta, ya que la misma implicaría la pérdida de su empleo, al no poder acudir de forma regular al semillero [...]».

<sup>47</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Penal), núm. 784/1998, de 25 de mayo de 1998 concluye que «los perjudicados por los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento no han realizado petición alguna en ese sentido y son ellos, salvo supuestos excepcionales, los que mejor pueden valorar la procedencia de que al reo se le prohíba volver al lugar en el que ha cometido el delito». La SAP de Murcia (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 9/2006, de 10 de febrero de 2006 dispone, en su FJ 5.º que «[...] respecto de la medida de alejamiento solicitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal en base a los artículos 57 y 48 del Código Penal [...] la misma es de carácter potestativo y esta Sala, pese a la gravedad de los hechos, entiende que no debe aplicarse ante la comparecencia de la propia víctima ante la Sección solicitando que su marido saliera de la cárcel cuando antes y que pueda ver a su hija con ella, sin que hubiera solicitado la medida de alejamiento en ningún momento, por lo que los motivos familiares nos llevan a no condenar al acusado a tal medida [...]». La SAP de Sevilla (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 246/2010, de 28 de abril de 2010 comenta, finalmente, que «[...] puesto que el artículo 57.3 del Código Penal mantiene el carácter facultativo de estas penas cuando de faltas se trata, no hay razón de peso para no reconocer la autonomía de la determinación de la víctima sobre su propia vida personal y familiar; habiendo expresado en este caso la denunciante su voluntad de que se ponga fin al alejamiento vigente ya como medida cautelar, según la comparecencia posterior a la fecha de la sentencia remitida por el Juzgado de Instrucción».

miliar<sup>48</sup> o de género). Se deja sentada, con ello, la presunción *iure et de iure* de que el maltratador volverá a agredir a su víctima si se encuentra próximo a ella<sup>49</sup>. Esta no ha sido la opción de otros legisladores europeos, como el portugués, que deja a la discrecionalidad judicial su aplicación en los supuestos de condena por violencia familiar (art. 152.4 CP).

Las razones que motivaron la modificación de 2003 pueden sistematizarse en dos. En primer lugar, la escasa aplicación de la prohibición por parte de los órganos judiciales, en los primeros años de su implementación<sup>50</sup>, si bien, transcurridos catorce años desde su incorporación al ordenamiento jurídico, y familiarizados aquellos con el régimen de la nueva pena de alejamiento, este argumento carece de fundamento. De mayor relevancia es la opinión de aquellos que inciden en la imagen (irracional) de la mujer como un sujeto incapaz que debe protegerse por encima de todo y cuyo comportamiento viene mediatizado por la situación de agresión que está viviendo<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Interesante resulta, en cuanto al régimen de imposición obligatoria de la prohibición de aproximación a la víctima en los casos de violencia familiar, la SAP de Madrid (Sección 17.<sup>a</sup>), núm. 777/2008, de 21 de julio de 2008. En su FJ 4.º apunta que «cuando el legislador estableció la obligatoriedad de la medida de alejamiento para el agresor en relación con su víctima lo hizo pensando en el supuesto típico de la violencia de género, que no es otro que el que comprende como sujeto del delito al hombre y como víctima del mismo a la mujer».

<sup>49</sup> En opinión de COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, Montserrat/QUERALT JIMÉNEZ, Joan: «La violencia de género: política criminal y ley penal», en VV. AA: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, p. 1227, «este automatismo *ope legis* es contrario al principio de culpabilidad, desproporcionado y supone un trato cruel».

<sup>50</sup> En un estudio realizado por GARCÍA ZAFRA, Inés: «Tratamiento penológico de la violencia familiar en los juzgado de Granada», en *RECPC*, 2003, p. 9 y p. 15, sobre el tratamiento penológico de la violencia familiar en los juzgados de Granada durante los años 2000 y 2001, se concluyó que su aplicación era prácticamente nula. En el año 2000 se habían impuesto, por los juzgados de instrucción, catorce penas de alejamiento, en tanto que 20 en el año 2001 (un 9,33% y un 15,50% de las sentencias condenatorias dictadas, respectivamente); por lo que respecta a los Juzgados de lo Penal la impusieron en un 26% de los casos sentenciados.

<sup>51</sup> *Vid.* MAQUEDA ABREU, María Luisa: «1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en PUENTE ALBA, Luz María (dir.): *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 187. Resulta también en este punto sumamente reveladora la reflexión de LARRAURI PIJOAN, Elena: «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en VV.AA: *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 177 en que concluye que «no puedo evitar la sensación de que en todo el tema de la violencia doméstica, hay una visión: “la mujer maltratada debe querer separarse”, “la mujer maltratada debe querer castigarlo (con

Este segundo argumento ha suscitado numerosas críticas, centradas en la idea de que no todas las víctimas de violencia familiar o de género responden al perfil de mujeres atrapadas en un círculo de violencia que va minando su autoestima y capacidad de respuesta. Tratándose de personas capaces de valorar por sí mismas la situación que está viviendo y de tomar decisiones autónomas, explica LAURENZO COPELLO que «deja de ser razonable que el Estado pretenda imponerles, nada menos que bajo la amenaza de sanción penal, una determinada manera de reaccionar frente a la violencia como la única “correcta” —el alejamiento de sus parejas— despreciando otras alternativas que ellas pueden considerar más adecuadas». En supuestos de maltrato —continúa esta autora— lo que debería hacer el Estado es acompañarlas y apoyarlas en su decisión —aunque esta no pase por abandonar la relación conflictiva—, prestándoles la ayuda que ellas mismas consideren necesaria para no volver a caer en el círculo de la violencia»<sup>52</sup>.

A la vista de todo ello, ya el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón advertía que este régimen de imposición imperativa podía redundar en un aumento de los delitos de quebrantamiento, especialmente cuando, constituyendo la conducta violenta un episodio único o aislado dentro de la convivencia familiar, «víctima y agresor no interrumpen espontáneamente la convivencia, sin que tampoco se acuerde judicialmente la medida cautelar de alejamiento

---

prisión claro)” [...]No niego que esta visión esté basada en numerosos casos, lo que me parece criticable es que niegue otras visiones, otras verdades, en definitiva que use el derecho penal para plasmar una verdad, descalificando el resto de situaciones y verdades alternativas que también responden a distintos casos reales».

<sup>52</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia: «La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres», en MUÑOZ CONDE, Francisco / LORENZO SALGADO, Manuel/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / CORTÉS BECHIARELLI, Emilio / NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (dirs.): *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 625-626; la misma en «Violencia de género, ley penal y discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre violencia contra las mujeres», en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 30-31. Como acertadamente expone la SAP de Toledo (Sección 2.ª), núm. 144/2009, de 23 de octubre de 2009, «el legislador proyecta sobre la mujer que ha sido objeto de maltrato cierto recelo o desconfianza en torno a su capacidad para predecir las consecuencias de una posible reconciliación con su agresor, así como sobre la aptitud de los Juzgados y Tribunales para ponderar la conveniencia y necesidad de imponer este tipo de medidas o de mantenerlas en el tiempo cuando la pareja ha decidido libremente reiniciar o reanudar su relación [...]»

de la víctima por tratarse de hechos que no denotan una conducta objetivamente peligrosa»<sup>53</sup>.

Esta previsión del art. 57.2 CP ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad<sup>54</sup>, en primer lugar por vulneración del principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE), al afectar la imposición del alejamiento también a la libre determinación de la víctima, pese a no haber cometido ningún hecho delictivo. En segundo lugar, se vería afectado el art. 24.1 CE, habida cuenta de que se infringiría su derecho a no padecer indefensión al imponerse, con independencia de su voluntad, una pena que repercute notablemente en ella. Además, se conculcaría el principio de proporcionalidad de las penas, por tres razones sustanciales: a) el art. 57.1 CP ya permite imponer la prohibición de aproximación si se estima conveniente para la protección de la víctima, incluso en contra de su propia voluntad, en atención a la gravedad del hecho y a la peligrosidad del penado; b) los fines preventivo-especiales que se predicán de dicha prohibición esta medida chocan con su aplicación automática sin previa ponderación de las necesidades de protección de la víctima; y, c) se elimina toda posibilidad de que el juez pueda adecuar la pena a las necesidades de protección existentes en cada caso concreto. Finalmente, en las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas también se alude a la infracción de los derechos a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional

<sup>53</sup> Cfr. Memoria FGE, Madrid, 2005, p. 436.

<sup>54</sup> *Vid.* Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, n.º de cuestión 4976/2005; Juzgado de lo Penal n.º 2 de Arenys de Mar, n.º cuestión 640/2005; AP de Valladolid, Sección 4.ª, n.º de cuestión 3916/2005; Juzgado de Instrucción n.º 1 Arenys de Mar, n.º de cuestión 7259/2005; Juzgado de Instrucción n.º 1 Arenys de Mar, n.º de cuestión 7542/2005; AP de Valladolid, (Sección 4.ª), n.º de cuestión 8820/2006; AP de Las Palmas, sección 2.ª, n.º de cuestión 8821/2005; AP de Barcelona, sección 9.ª, n.º de cuestión 594-2006; Juzgado de lo Penal n.º 2 de Alcalá de Henares, n.º de cuestión 3965/2006; Juzgado de lo Penal n.º 2 de Alcalá de Henares, n.º de cuestión 3964/2006; AP de Valladolid, n.º de cuestión 6292/2006; AP de Lleida, sección 1.ª n.º cuestión 6562/2006; AP de Lérida, sección 1.ª, n.º de cuestión 6563-2006; AP de Barcelona, sección 6.ª, n.º de cuestión 7728-2206; Juzgado de lo Penal n.º 1 de Huesca, n.º de cuestión 9201-2006; Juzgado de lo Penal n.º 1 de Huesca, n.º de cuestión 9853-2006; AP de Valladolid, sección 4.ª, n.º de cuestión 3899-2007; AP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2.ª, n.º de cuestión 5256-2007; AP de Las Palmas, sección 2.ª n.º de cuestión 6316/2007; Juzgado de lo Penal n.º 1 Cáceres, n.º de cuestión 7790/2007; AP de Cádiz, sección 3.ª, n.º de cuestión 5163-2008; AP de Valladolid, sección 4.ª, n.º de cuestión 5947-2008; AP de Valladolid, sección 4.ª, n.º de cuestión 7433-2008; Juzgado de lo Penal n.º 1 de Mataró, n.º de cuestión 2155-2009; Juzgado de lo Penal n.º 4 de Valencia, n.º de cuestión 3213-2009; Juzgado de lo Penal n.º 1 de Mataró, n.º de cuestión 9610-2009. Núm. 1 Viernes 1 de enero de 2010.

(art. 19.1 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1, en relación con los arts. 10 y 1.1 CE), derechos que sólo podrían ser «vulnerados» por los poderes públicos si ello resulta estrictamente necesario para la preservación de otros valores superiores. El TC entró en el fondo del asunto sobre la constitucionalidad de lo preceptuado en el art. 57.2 CP en la sentencia núm. 60/2010, de 7 de octubre de 2010, confirmando ésta.

Asimismo, la sala cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha resuelto, recientemente, en su sentencia de 15 de septiembre de 2011, dos cuestiones prejudiciales interpuestas por la Audiencia Provincial de Tarragona (autos de 15 de septiembre de 2009 y de 18 de diciembre de 2009). Su objeto era, entre otros, el de dilucidar la compatibilidad entre la imposición obligatoria de la pena de la alejamiento (art. 57.2 CP) y las previsiones de los arts. 2, 3 y 8 Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. La sentencia concluye que la imposición preceptiva de la pena de prohibición de aproximación no se opone a lo dispuesto en dichos preceptos, aunque las víctimas se pronuncien en contra de su adopción, esgrimiendo tres argumentos: a) el Tribunal apunta, en primer lugar, que el hecho de que se deba garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado —objetivo de las obligaciones enunciadas en el art. 2.1 DM—, no implica que una medida de alejamiento preceptiva «no pueda imponerse en contra de la opinión de la víctima» (considerando 56). Al fin y al cabo, reconoce el Tribunal, esta no es titular de ningún derecho en cuanto a la determinación o graduación de las penas aplicables a los autores de un delito (considerando 60); b) a mayor abundamiento, señala la sentencia, que «el art. 3 de la DM (derecho a ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba) no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima» (considerando 62)<sup>55</sup>; c) el

---

<sup>55</sup> En este sentido apuntaba Juliane Kokott (Abogada General del TJUE), en las conclusiones presentadas el 12 de mayo de 2011, que el art. 3.1 de la DM «obliga a los Estados miembros a otorgar a la víctima, en el supuesto de que esta mantenga una estrecha relación personal con el autor del delito y, por tanto, la medida de alejamiento surta efectos indirectos en la vida privada y familiar de la víctima, la posibilidad de manifestar su opinión acerca de la imposición de una medida de alejamiento. Asimismo, ha de existir la posibilidad de que el órgano jurisdiccional tome en consideración dicho criterio de la víctima a efectos de dictar sentencia. Ahora bien, esto sólo es aplicable dentro del marco de la escala de penas prevista en el Derecho nacional y no significa que la voluntad de la víctima vincule al órgano jurisdiccional». En

tercero de los argumentos se centra en el sentido del art. 8 DM cuya finalidad es la de «proteger de una manera “adecuada” a la víctima y a las personas de su entorno frente al autor de la infracción durante el proceso penal» (considerando 65), pero que no puede interpretarse «en el sentido de que limite a los Estados miembros a la hora de determinar las sanciones penales que establecen en su ordenamiento jurídico interno» (considerando 68).

## 7. *Quebrantamiento de la prohibición de aproximarse a la víctima*

El quebrantamiento de la prohibición de aproximarse conlleva la imposición de una multa de doce a veinticuatro meses (art. 468.1 CP). Este régimen general se ve excepcionado en aquellos casos en los que el alejamiento ha sido impuesto en el marco de un procedimiento por violencia familiar o de género para la tutela de algunas de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP. De ser así, la sanción a imponer será la de prisión de seis meses a un año<sup>56</sup>. Además,

---

nuestra opinión, sin embargo, esta obligación no es respetada en el ordenamiento español. Una cosa es que la víctima tenga que ser escuchada en cuanto a su opinión sobre la imposición de la pena de alejamiento —recordemos, pena impuesta para su protección— y otra que dicha opinión sea vinculante. La previa audiencia de la víctima tiene por objeto facilitar de información adicional al órgano judicial para valorar la concurrencia de los elementos que aconsejan su imposición —gravedad de los hechos y peligrosidad del delincuente—. Lo que se critica por la doctrina y los órganos judiciales es que en estos casos se cercene todo juicio en cuanto a la necesidad de su adopción en atención a los citados criterios y no que se imponga en contra de la voluntad de la víctima. El otorgarle audiencia a esta sólo tiene por objeto, volvemos a repetir, el representar un elemento más a ponderar por el órgano judicial para dictar su resolución. Siendo ello así, no llegamos a comprender la conveniencia de mantener este régimen de imposición obligatorio.

<sup>56</sup> El antecedente remoto de dicho modalidad se halla en la reforma operada sobre el precepto por la LO 15/2003. La redacción original del art. 468 CP castigaba, únicamente, el autoquebrantamiento de «condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia» distinguiendo, a efectos de la pena a imponer, entre el quebrantamiento de quien estaba privado de libertad —pena de prisión de seis meses a un año— y los demás supuestos (pena de localización permanente, trabajos en beneficio a la comunidad, etc.) —pena de multa de doce a veinticuatro meses—. La citada reforma procedió a dividir el precepto en dos apartados, en virtud de la enmienda (núm. 138) presentada por el Grupo Parlamentario Socialista: en el primero de ellos se regulaba el autoquebrantamiento por los sujetos que se hallasen privados de libertad; en el apartado segundo, por su parte, se tipificaban el resto de supuestos en que no concurría tal privación. Se preveía, asimismo, un régimen punitivo distinto, agravado, para los casos de incumplimiento de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima,

en el de que en el marco de ese quebrantamiento se cometa alguno de los delitos regulados en los arts. 153, 171.4 y 5, 172.3 y 173.2 CP —delitos de maltrato ocasional, amenazas, coacciones y maltrato habitual— se producirá una agravación de la pena, que se impondrá en su mitad superior. En la medida en que ello ya conlleva una desvaloración de la conducta, no se puede condenar autónomamente por la comisión de un delito de quebrantamiento, ya que se vulneraría el principio *ne bis in idem*<sup>57</sup>.

La doctrina critica que la consecuencia automática de todo incumplimiento de la pena de alejamiento sea el castigo por la comisión de un delito de quebrantamiento<sup>58</sup>, teniendo en cuenta que no todo incumplimiento es igual de grave y que, incluso, algunos son consentidos por la propia persona protegida. Ello lleva a un sector de opinión a defender que, los casos en que el encuentro ha sido puramente casual o no ha supuesto peligro alguno para la víctima, deberían saldarse, simplemente, con un agravamiento el régimen de ejecución de la penal, por ejemplo la imposición del control electrónico contemplado en el art. 48.4 CP<sup>59</sup>.

---

a aquellos de sus familiares u otras personas que determinase el juez o tribunal. Esa previsión no contemplaba, sin embargo, en todos sus términos, la propuesta contenida en la citada enmienda, en que se abogaba por castigar con pena de prisión —de seis meses a un año— el quebrantamiento de la prohibición de aproximarse a la víctima, a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, impuesta como pena, como medida de seguridad o como medida cautelar. Es por ello que, la LO 1/2004, en la búsqueda de una tutela reforzada de las víctimas de violencia de género, dio una nueva redacción a este precepto. Critica ACALE SÁNCHEZ, María: «Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, n.º 7, 2009, p. 137, la falta de rigor que se desprende de que en una ley que tiene por objeto «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» se lleven a cabo reformas relativas a la violencia doméstica.

<sup>57</sup> Al conllevar esta agravación ya una desvaloración de la conducta del autor, no se puede condenar a éste, autónomamente, por la comisión de un delito de quebrantamiento de condena, vulnerándose, en caso contrario, el principio *ne bis in idem*.

<sup>58</sup> Vid. BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José: «Las violencia habituales en el ámbito familiar: art. 173.2 CP», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 210; FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., p. 83.

<sup>59</sup> Vid. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones...*, cit., pp. 158-159.

### 7.1 *La relevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximación*

Las bondades que se pueden predicar de la pena de prohibición de aproximación (art. 48.2 CP), en tanto instrumento destinado a la protección de la víctima, se han visto distorsionadas por diversos elementos que el legislador ha ido introduciendo en su regulación. Su configuración como pena accesoria —que impide la adaptación, durante su ejecución, a la concreta necesidad de protección de la víctima—, la previsión de la prohibición de aproximación como pena de imposición obligatoria cuando la víctima de los delitos relacionados en el artículo 57.1 CP sea alguno de los sujetos mencionados en el artículo 173.2 CP, es decir, en los casos de violencia doméstica y de género, (art. 57.2 CP) y la total desconsideración hacia la opinión de la víctima, tanto en lo que respecta a su imposición como a su ejecución, llevan a concluir que más que la protección de las propias víctimas, lo que persigue con ella es satisfacer determinados intereses políticos<sup>60</sup>. Consecuencia de esta (mala) regulación es el notable incremento de los casos de quebrantamiento de condena por iniciativa de la persona protegida, o, cuando menos, con su anuencia<sup>61</sup>. Así, en un estudio realizado en Cataluña se concluyó que en un 43% de las sentencias dictadas por quebrantamiento, entre los años 2007 y 2008, concurría el consentimiento de la víctima<sup>62</sup>. Trasladado este estudio al ámbito gallego, el porcentaje de quebrantamientos consentidos ascendía al 53,40%, resultando el obligado condenado en el 83,64% de los casos. Ello ha generado un intenso debate, tanto jurisprudencial como doctrinal, centrado en la relevancia que debe otorgarse al consentimiento de la víctima en relación con la responsabilidad penal del autor y en su posible responsabilidad penal.

<sup>60</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa: «1989-2009: Veinte años de desencuentros...», cit., pp. 6-7; FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 154; ACALE SÁNCHEZ, María: *La discriminación...*, cit., p. 307.

<sup>61</sup> En la Memoria FGE, Madrid, 2011, p. 746, se hace mención a una reducción en el número de quebrantamientos consentidos, si bien su estudio se circunscribe a los casos de reanudación de la convivencia que han finalizado con la muerte de la víctima.

<sup>62</sup> Vid. CALVET BAROT, Gemma / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Avaluació i impact de les respostes al fenomen de la violència de gènere a Catalunya (2007-2008)*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2010, p. 141.

## 7.2 *La relevancia del consentimiento de la víctima en la responsabilidad penal del obligado por el alejamiento*

Tres son las posturas jurisprudenciales sobre el problema: la ausencia de tipicidad por consentimiento de la víctima, la irrelevancia de su consentimiento de la víctima y las denominadas posturas intermedias.

### 7.2.1 La ausencia de tipicidad por el consentimiento de la víctima

La STS de 26 de septiembre de 2005 vino a quebrar la unanimidad existente hasta el momento en la jurisprudencia sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima al quebrantamiento de una medida o pena de alejamiento<sup>63</sup>. En ella se concluye que, el quebrantamiento consentido es impune por faltar unos de los elementos del tipo objetivo del artículo 468 CP, la voluntad de la víctima de ser protegida<sup>64</sup>. Con arreglo a ello, la apreciación del delito viene condicionada, por consiguiente, a su realización en contra de la voluntad de la persona protegida. Junto a ello, el Tribunal insiste en que si se optase por castigar estos supuestos, se iniciaría una cadena de respuestas punitivas que alcanzaría a la propia víctima protegida. Este —la posibilidad de que la víctima también resulte condenada por su conducta— parece ser el motivo último del pronunciamiento absolutorio del Tribunal

<sup>63</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal), núm. 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005.

<sup>64</sup> A este respecto, la STS (Sala de lo Penal), núm. 1156/2005, de 26 de Septiembre de 2005 establece en su FJ 5.º, *in fine*, que «una aplicación de que en el presente caso se ha objetivado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la ex-compañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del artículo 468 del Código Penal». No obstante, el TS llega a esta conclusión contradiciendo sus propios argumentos al sostener en este mismo FJ 5.º que «es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida [...]».

Supremo<sup>65</sup>. La jurisprudencia menor no tardó en acoger esta nueva interpretación que puede verse, por ejemplo, en la SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2005. Su FJ 3.º apunta, entre otros extremos, que «[...] la restauración de las comunicaciones o de la convivencia entre las partes en conflicto por acuerdo libre de ambas no lesiona el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento de condena, ya que, en este especialísimo caso, la pena impuesta se ha respetado mientras cumplió su función preventiva especial, y el mero hecho de la condena ya ha cumplido la finalidad de prevención general positiva y negativa [...]». En la situación conflictiva, que se sitúa en el trasfondo de esta clase de hechos, continúa, ha de prevalecer este interés personal de la víctima al pleno desarrollo de su personalidad «[...] ya que las finalidades perseguidas por la imposición de la pena se han conseguido y, en cambio, la continuación de su ejecución ya no estaría legitimada por la consecución de su finalidad principal aseguradora [...]»<sup>66</sup>. Reafirmando en esta línea de trabajo, la SAP de Soria de 28 de noviembre de 2008, aportó, por su parte, el argumento —puramente pragmático— de que «para evitar la lacra de la violencia es preciso destinar los medios limitados que posee el Estado a proteger a quienes son víctimas reales o potenciales de esa violencia. Pero no destinarlas a proteger a quienes no desean serlo, ni se consideran a sí mismas víctimas de violencia alguna»<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Vid. MARTÍ CRUCHAGA, Vicente: «El quebrantamiento de la medida cautelar y de la pena de alejamiento con el consentimiento del beneficiario de la misma. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 20, 2007, p. 1. En este sentido se pronuncian expresamente, entre otras, la SAP de Valladolid (Sección 4.ª), núm. 222/2007, de 18 de julio de 2007 o la SAP Barcelona (Sección 8.ª), núm. 142/2006, de 14 de febrero de 2006, en cuyo FJ 2.º establece que «[...] la solución más lógica es la que aplica el Tribunal Supremo, para no sancionar ninguna de las dos conductas, siquiera en aplicación de la lógica elemental de no proteger con el reproche penal a quién no desea tal tutela, por tener interés en mantener una relación personal con la persona de quién se protege. Porque brindar tal protección a quién no la desea ya resulta un sinsentido, que solo produce una respuesta punitiva encadenada para todos, sin beneficio para nadie».

<sup>66</sup> Cfr. SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 869/2005, de 19 de septiembre de 2005.

<sup>67</sup> Cfr. SAP de Soria (Sección 1.ª), núm. 51/2008, de 28 de noviembre de 2008. En esta misma línea, la SAP de Barcelona (Sección 8.ª), núm. 142/2006, de 14 de febrero de 2006 apunta que «[...] se plantea por la Juzgadora a quo la deducción de un testimonio para perseguir la conducta de la presunta víctima, como inductora del delito de quebrantamiento de la medida cautelas sancionado. Pero la solución más lógica es la que aplica el Tribunal Supremo, para no sancionar ninguna de las dos conductas, siquiera en aplicación de la lógica elemental de no proteger con el reproche penal a quién no desea tal tutela, por tener interés en mantener una relación personal con la persona de quién se protege. Porque brindar tal protección a quién no la desea ya resulta un sinsentido, que solo produce una respuesta punitiva encadenada para todos, sin beneficio para nadie».

## 7.2.2 La irrelevancia del consentimiento de la víctima

Como acaba de indicarse, la STS de 26 de septiembre de 2005 excepcionó la que venía siendo doctrina mayoritaria del TS y que abogaba por la irrelevancia del consentimiento de la víctima a los efectos de apreciar la comisión de un delito de quebrantamiento<sup>68</sup>. En su sentencia de 16 de mayo de 2003, el Alto Tribunal, por ejemplo, que «[...] la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el artículo 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos [...]»<sup>69</sup>. En esa misma dirección, la STS de 19 de enero de 2007, dispone que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empeñada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal —que tampoco son

---

<sup>68</sup> Así, como indica la SAP de Ávila (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 41/2008, de 25 de abril de 2008 «aquella sentencia es única en tal tesis, fue dictada puntualmente y sus razonamientos venían referidos a una medida de seguridad, no a una pena; a falta de consolidación y por constituir un pronunciamiento aislado no sienta jurisprudencia ex artículo 1.3 del Código Civil, máxime, si, como veremos, ha sido matizada después». Es cierto que es la única STS en que se concluye con una sentencia absolutoria como consecuencia de la concurrencia del consentimiento de la persona protegida. No obstante, similar relevancia absolutoria al consentimiento parece otorgársele por la STS (Sala de lo Penal), núm. 1079/2006, de 3 de noviembre de 2006, al establecer en su FJ 2.º que «se afirma la inexistencia de uno de los delitos de quebrantamiento de la orden de alejamiento por el hecho de que la víctima, posteriormente, accediera a convivir con su hijo. Pero semejante alegación no resulta de recibo, ni aún a la vista del contenido de la Sentencia de esta Sala de 26 de Septiembre de 2005, que se cita en su fundamento, puesto que la aceptación de la convivencia por parte de la víctima es posterior a la consumación de ese delito [...]». Ello parece dar a entender que sí este consentimiento hubiese sido previo sí podría haberse otorgado cierta relevancia. Una interpretación similar es la que hace la SAP de Soria (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 2/2010, de 12 de enero de 2010, en cuyo FJ 2.º sostiene que el criterio de la STS de 26 de septiembre de 2005 es mantenido en la Sentencia de 19 de enero de 2007, ya que al poner ésta de relieve que «cuando el consentimiento de la víctima está viciado o condicionado por presiones de la familia, en ningún caso puede estimarse concedido», da a entender que cuando ese consentimiento no esté viciado si se aplicaría el criterio absolutorio.

<sup>69</sup> Cfr. STS (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 701/2003, de 16 de mayo de 2003.

bienes jurídico disponibles por parte de aquélla— pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto»<sup>70</sup>.

Especialmente significativa resulta la STS, de 13 de julio de 2007 que, en su FJ 7.º, que sintetiza las cuatro razones principales que esgrimen los partidarios de la tesis de la irrelevancia de la voluntad de la víctima, a saber: «a) el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes; b) el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio; c) el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor; y, d) la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas»<sup>71</sup>.

La reunión celebrada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como Sala General, el 25 de noviembre de 2008, sirvió para consolidar definitivamente este criterio, al adoptarse un acuerdo sobre la interpretación del artículo 468.2 CP, en los casos de quebrantamiento consentido de una medida cautelar de alejamiento, que se fundamenta en el principio general de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal<sup>72</sup>. El hecho de que en el acuerdo se haga referencia exclusivamente a las medidas cautelares, lleva a algunos órganos judiciales a entender que, en tanto que el TS no se pronuncie de forma expresa sobre el quebrantamiento de la pena accesoria de alejamiento, la resolución, en estos casos, puede ser absolutoria<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 10/2007 de 19 de enero de 2007.

<sup>71</sup> Cfr. STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009.

<sup>72</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 39/2009, de 29 de enero de 2009, que subraya que las únicas excepciones a dicho principio son las expresamente previstas en la ley penal (en esencia, los delitos privados).

<sup>73</sup> Vid., entre otras, SAP de Santander (Sección 3.ª), núm. 145/2009, de 26 de mayo 2009; SAP de Zaragoza (Sección 3), núm. 366/2009, de 12 de mayo de 2009; SAP de Toledo (Sección 2.ª), núm. 18/2009, de 29 de abril de 2009; SAP de Zamora (Sección 1.ª), núm. 27/2009, de 13 de abril de 2009; SAP de Zamora (Sección 1.ª), núm. 8/2009 de 19 de febrero de 2009; SAP de Zamora (Sección 1.ª), núm. 8/2009, de 19 de febrero de 2009; SAP de Girona (Sección 3.ª), núm. 51/2009 de 19 de enero de 2009.

En la doctrina, este punto de vista cuenta con el respaldo de autores como GUARDIOLA GARCÍA —para el que otorgar relevancia al consentimiento de la víctima para dejar sin efecto la pena de prohibición de aproximación supondría un fraude de ley, una vez que no ha sido tomado en consideración para su imposición—<sup>74</sup> o BENÍTEZ ORTÚZAR, a cuyo juicio la STS de 26 de septiembre de 2005 «introduce por la puerta de atrás, de un modo oscuro e inaceptable, la validez del perdón del ofendido, en un caso en el que la Ley no lo prevé expresamente, rompiendo con el artículo 130.5 CP»<sup>75</sup>.

### 7.2.2.1 Bien jurídico institucional versus bien jurídico pluriofensivo

Uno de los principales elementos diferenciadores entre una y otra tesis se halla en su distinta concepción sobre cuál es el bien jurídico protegido en estos supuestos de quebrantamiento de una prohibición de alejamiento.

Los partidarios de la tesis de la punibilidad lo identifican con el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones<sup>76</sup>. Por el

---

<sup>74</sup> Vid. GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ORTS BERENGUER, Enrique / MAQUEDA ABREU, María Luisa: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 936-937. Reproduce este argumento la SAP de Madrid (Sección 3.ª), núm. 348/2009, de 28 de julio de 2009, en cuyo FJ 1.º establece que «en la regulación actual se prevé el alejamiento por el legislador como una pena de imperativa aplicación en los supuestos de violencia doméstica y de género, con independencia de cual fuere la voluntad de la víctima o de si ésta va a continuar conviviendo con su agresor. De manera que constituiría un fraude de ley otorgar después relevancia a esa voluntad una vez que exista condena firme, dejando sin efecto de hecho una decisión judicial firme que se ha adoptado por imperativo legal incluso en contra de su voluntad».

<sup>75</sup> Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: «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. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad», en FERNÁNDEZ BERMEJO, P./CRUZ BLANCA, María José: *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Ed. Universidad de Jaén, 2007, p. 189.

<sup>76</sup> A favor del bien jurídico tradicional, entre otros, GARCÍA ALBERO, Ramón: «Del quebrantamiento de condena», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 818; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La tutela penal; entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer», en *EPC*, vol. XXIX, 2009, p. 440-441; SANTOS DÍAZ, Luis Javier: «El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 21, 2009, p. 86; SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SE-

contrario, los que abogan por la impunidad de la conducta hablan de un delito pluriofensivo en el que se tutelan dos bienes complementarios: uno de naturaleza institucional —centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia— y otro de carácter personal —ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege<sup>77</sup>. A partir de ello destacan que en estos casos, si bien la conducta del obligado se acomoda a las exigencias de la antijuricidad formal —al darse los tres elementos que definen el tipo del injusto—, no ocurre lo mismo respecto a la antijuricidad material, habida cuenta de que la indemnidad de la víctima no sufre perjuicio alguno. Sobre este punto resulta ilustrativa las SAP de Guipúzcoa de 26 de septiembre de 2006 cuyo FJ 4.º establece expresamente que «[...] la tutela de la indemnidad de la víctima, mediante la implementación y mantenimiento de un marco institucional de protección urdido en torno a la prohibición de una

---

RRANO MAÍLLO, Alfonso: *Derecho Penal (Parte Especial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, (14.ª ed.), p. 906; MESTRE DELGADO, Esteban: «Delitos contra las Administración de Justicia», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.): *Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Colex, Madrid, 2008, 4.ª ed., p. 643; IGLESIAS LÓPEZ, Marta: «Delitos de quebrantamiento de medida cautelar o de condena. Especial mención al consentimiento de la víctima en el quebrantamiento», *Diario La Ley*, n.º 6998, 2008, p. 2; MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada: «Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima», *Diario La Ley*, n.º 6998, 2008, p. 7; ACALÉ SÁNCHEZ, María: *La discriminación...*, cit., p. 276; la misma en «Análisis del código penal en materia de violencia de género...», cit., p. 137; GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Delitos contra la Administración de Justicia», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.): *Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, 2.ª ed., p. 987; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: «Del quebrantamiento de condena», en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1950.

<sup>77</sup> Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: «Quebrantamiento de la pena de alejamiento», cit., p. 186; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP», en *EPC*, vol. XXVI, 2006, p. 345; CID MOLINÉ, Josep: «Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004, p. 229. Esta referencia a la pluriofensividad del delito de quebrantamiento puede observarse, entre otras, en la SAP de Huelva (Sección 2.ª), núm. 74/2009, de 9 de junio de 2009; SAP de Huelva (Sección 1.ª), núm. 44/2009, de 20 de febrero de 2009; SAP de Granada (Sección 1.ª), núm. 33/2009, de 2 de febrero de 2009; SAP de San Sebastián (Sección 1.ª), núm. 368/2008, de 12 de diciembre de 2008; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª), núm. 882/2008, de 5 de diciembre 2008; SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª), núm. 346/2008, de 1 de diciembre de 2008; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª), núm. 810/2008, de 14 de noviembre de 2008; SAP de Lleida (Sección 1.ª), núm. 342/2008, de 6 de octubre de 2008.

interacción personal, no resulta menoscabada si la misma tiene lugar con su anuencia consciente y voluntaria»<sup>78</sup>.

A nuestro modo de ver, esta línea de argumentación no resulta, sin embargo, totalmente convincente, puesto que el acercamiento prohibido vulneraría, en todo caso, uno de los bienes jurídicos protegidos por el tipo (el principio de autoridad de las resoluciones judiciales) y determinaría, en consecuencia, la concurrencia de ambas vertientes de la antijuricidad. También nos parece criticable ese valor absoluto que los defensores de la tesis de la impunidad parecen otorgar al consentimiento de la víctima. Si bien es verdad que servirá, sin duda, como elemento indiciario a la hora de valorar lo innecesario del alejamiento decretado, es al órgano judicial al que corresponde valorar caso por caso la realidad que rodea a su emisión y otorgamiento. Por otro lado, para que el consentimiento surta efectos extintivos de la responsabilidad criminal, debe ser otorgado por el sujeto pasivo del delito, que en este caso sería la Administración del Estado y no la víctima.

### 7.3 Teorías intermedias

En algunas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia se han visto obligadas a posicionamientos intermedios, para evitar o minorar los efectos de la imposición y mantenimiento del alejamiento en contra de la voluntad de las víctimas. Veámoslos a continuación.

#### 7.3.1 Distinción entre quebrantamiento de medida cautelar y de pena

Para un sector doctrinal<sup>79</sup> y jurisprudencial, bien representado por la STS de 28 de septiembre de 2007, la clave del problema estri-

---

<sup>78</sup> Cfr. SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª), núm. 312/2006, de 26 de septiembre de 2006. Representa ésa una interpretación consolidada en dicha audiencia como lo demuestra el hecho de la utilización reiterada de esta argumentación, entre otras, en sus SS de Guipúzcoa (Sección 1.ª) núm. 42/2007, de 15 de febrero de 2007; núm. 42/2007, de 15 de febrero de 2007; núm. 160/2008, de 18 de junio de 2008; núm. 348/2008, de 2 de diciembre de 2008; núm. 160/2008, de 18 de junio de 2008.

<sup>79</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ORTS BERENQUER, Enrique/MAQUEDA ABREU, María Luisa: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2016; JIMÉNEZ DÍAZ, María José: «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en JIMÉNEZ DÍAZ, María

ba en distinguir el incumplimiento de una medida cautelar —cuyo cese podría acordarse a petición de parte y que tiene por objeto una finalidad meramente preventiva— y el quebrantamiento de una pena accesoria de alejamiento «[...] cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima [...]»<sup>80</sup>. Esta distinción, que carece de apoyo legal, se fundamenta tanto en consideraciones preventivo-generales como en el principio de indisponibilidad de las penas<sup>81</sup>. Siguiendo esta línea de razonamiento, la naturaleza de las medidas cautelares supondría que no deben mantenerse «por siempre desde el momento en que son adoptadas», sino que, una vez eliminadas circunstancias tomadas en consideración para dictarlas, también han de desaparecer estas «o, cuando menos, adaptarse a los nuevos acontecimientos»<sup>82</sup>. Por esta razón, si la propia víctima entiende que el peligro o riesgo no existe el quebrantamiento no puede considerarse antijurídico, ni lesivo para bien jurídico alguno, no yendo más allá de «un mero quebrantamiento formal»<sup>83</sup>.

---

José: *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 413; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 359-360; RASILLO LÓPEZ, Pilar: «El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido», *Diario La Ley*, n.º 6998, 2008, p. 4; IGLESIAS LÓPEZ, Marta: «Delitos de quebrantamiento...», cit., p. 3; VILLENA CORTÉS, Borja: «La orden de alejamiento», en RIVAS VALLEJO, María Pilar/BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (dir.): *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 977; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP...», cit., pp. 346-347.

<sup>80</sup> Incurre el TS en una nueva contradicción con su propia doctrina sostenida en la sentencia de 19 de enero de 2007, dictada sólo 6 meses antes, y en cuyo FJ 2.º establecía que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida».

<sup>81</sup> Vid. OLAIZOLA NOGALES, Inés: «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *EPC*, vol. XXX, 2010, p. 309; GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «El quebrantamiento de condena...», cit., p. 936.

<sup>82</sup> SAP de Girona (Sección 4.ª), núm. 699/2008, de 15 de diciembre de 2008.

<sup>83</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP...», cit., pp. 346-347; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La protección cautelar penal...», cit., pp. 359-360; VILLENA CORTÉS, Borja: «La orden de protección...», cit., p. 977. De esta misma opinión RASILLO LÓPEZ, Pilar: «El delito de quebrantamiento de condena...», cit., p. 4, si bien como dice esta autora la aceptación de dejar sin efecto una medida cautelar por el mero consentimiento de la víctima, siempre que este fuese consciente y libre, es una actitud «más voluntarista que legal». Este punto de vista puede verse, también, en el voto particular formulado por Bacigalupo Zapater y Maza Martín a la STS de 29 de enero de 2009. Con arreglo a él «si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, tal función no puede depender de la voluntad de un sujeto pri-

### 7.3.2 El criterio de la iniciativa del acercamiento

El artículo 48.2 CP impone la obligación de no aproximarse, es decir, de no tener una conducta positiva de acercamiento a la persona protegida. Con arreglo a ello, puede defenderse la idea de que en los supuestos en que es aquélla la que se acerca, o inicia el contacto, no existe la conducta típica del artículo 468.2 CP<sup>84</sup>.

En estos términos se pronuncia la SAP de Tarragona, de 2 de marzo de 2009, cuyo FJ 2.º señala que el delito de quebrantamiento «es un delito de resultado que reclama una acción que en términos normativos no puede equipararse a no evitar el acercamiento unilateral de la persona favorecida con la medida [...]». A mayor abundamiento, la SAP de Madrid, de 6 de mayo de 2014, apunta que «la prohibición judicial de aproximación y comunicación con una persona impide al sometido a tal prohibición, según el art. 48 del Código Penal, que se acerque a dicha persona y que establezca comunicación con ella, pero no le obliga a huir en caso de que la

---

vado, en la medida en la que no se trata de un interés individual». En cambio, «la renuncia de hecho, por parte de la esposa, de la posición jurídica que le acuerdan las medidas cautelares adoptadas, a su solicitud, para su protección» debe examinarse a la luz del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 10 CE. En este sentido, subrayan, que «se ha entendido en la doctrina que, en aquellos supuestos en los que está implicado el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente a la autodeterminación, no existe un derecho a lesionar bienes ajenos, pero sí un derecho a permitir, bajo las condiciones que acuerdan validez al consentimiento, que otro lesione los propios o a ponerse en peligro de que lo haga. En este sentido también se pronuncia la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 1065/2010, de 26 de noviembre de 2010, disponiendo en su FJ 2.º que «la idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto»

<sup>84</sup> Vid. GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «El quebrantamiento de condena...», cit., pp. 936-937; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: «Quebrantamiento...», cit., p. 188; ACALE SÁNCHEZ, María: «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en CERVILLA GARZÓN, María Dolores / FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (coords.): *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, p. 111. En contra de esta interpretación se pronuncia FARALDO CABANA, Patricia: «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento», en PUENTE ABA, Luz María (dir.): *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, pp. 197-198, para quien es irrelevante quien «con independencia de quién haya tomado la iniciativa, si no se aleja del lugar o interrumpe la comunicación a mi juicio comete delito de quebrantamiento de condena, sin que pueda excusarse en el comportamiento de la otra persona, a la cual, hay que recordarlo, no se ha impuesto ninguna prohibición».

persona para cuya protección se dictó la prohibición de aproximación y comunicación decidida por su propia iniciativa acercarse y comunicarse en tal acercamiento con el sometido a la prohibición». No cabe imputar, por ello, la comisión de un delito de quebrantamiento —destacan— en los casos en que fue la víctima la que se dirigió al lugar en el que se encontraba el sujeto para contactar y entablar conversación con él<sup>85</sup>.

### 7.3.3 La reanudación (o no) de la convivencia entre las partes

En otras la validez del consentimiento de la víctima viene supeditado al dato de que se haya producido una efectiva reanudación de la convivencia<sup>86</sup>, que convirtiese en «normal» una conducta, de otro modo, desautorizada por una resolución judicial<sup>87</sup>. Curiosamente, este mismo argumento, ha servido también para sostener —en otros casos— la tesis contraria, al considerarse que si existe esa reanudación efectiva —y no meramente puntual u ocasional— es porque el sujeto activo ha desarrollado una actitud positiva hacia el acercamiento y, por lo tanto, al dolo específico de quebrantar la condena<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Cfr. SAP de Tarragona (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 65/2009, de 2 de marzo de 2009. En esta misma línea vid. la SAP de Bilbao (Sección 6.<sup>a</sup>), núm. 942/2008, de 10 de noviembre de 2008; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 495/2008, de 20 de junio de 2008; SAP de Girona (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 318/2008, de 5 de junio de 2008; SAP de Girona (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 132/2008, de 5 de marzo de 2008; SAP de Girona (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 435/2007, de 5 de octubre de 2007; SAP de Girona (Sección 4), núm. 373/2007, de 8 de agosto de 2007. En sentido contrario se pronuncia la En este sentido se pronuncia la SAP de Ciudad Real (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 128/2008, de 4 de diciembre de 2008, en cuyo FJ 3.º nota que «en consecuencia, tanto si fue él acusado quién se acercó a la beneficiaria como sí ocurrió al revés, al permanecer junto a ella, sin verificar ningún acto dirigido a poner fin a aquel contacto, es indudable que concurre el ánimo de vulnerar la orden de alejamiento impuesta sin que el consentimiento de la perjudicada a estos fines tenga relevancia alguna [...]».

<sup>86</sup> En este sentido *vid.* SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 47/2009, de 23 de enero de 2009, en cuyo FJ 2.º establece que «atendiendo a esa evolución doctrinal de la Jurisprudencia del Supremo, hay que concluir que la conducta desplegada por el acusado es constitutiva del delito de quebrantamiento de condena de que se le acusa, porque, incluso, la tesis de la primera de las sentencias dictadas, a que se remitió la defensa para pedir la absolución por este delito, resultaría inaplicable, al partir de una situación de estabilidad en la convivencia de la pareja, por la exigencia de reanudación de la misma para que surtiera efecto enervatorio el consentimiento de la mujer, que no se aprecia en este caso, en que las entrevistas o visitas, tienen carácter esporádico y circunstancial».

<sup>87</sup> *Vid.* SAP de Girona (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 926/2004, de 15 de junio de 2004.

<sup>88</sup> Así, conforme a la SAP de Girona (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 132/2008, de 5 de marzo de 2008, a la hora de punir un determinado acercamiento entre el obligado y la persona protegida es necesario diferenciar dos tipos de situaciones: «diferencia estos

### 7.3.4 La incidencia del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del sujeto

Es bien sabido que la punibilidad del delito de quebrantamiento viene supeditada a la concurrencia de tres elementos: uno normativo —la existencia de una prohibición acordada judicialmente—; uno objetivo —la acción de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada medida cautelar o pena—; y, finalmente, uno subjetivo, consistente en el conocimiento de la vigencia de dicha prohibición y en la conciencia de su vulneración («*decisión contraria al bien jurídico*»). Pues bien, la SAP de Tarragona, de 14 de mayo de 2007, trae a colación la incidencia del consentimiento de la víctima en la formación del dolo del autor<sup>89</sup>. La tesis que propugna, en concreto, es la de que en el quebrantamiento consentido no está presente el elemento subjetivo del delito, pudiendo recurrirse a la figura del error de tipo o de prohibición para excluir o atenuar la responsabilidad penal del sujeto<sup>90</sup>. La SAP de León, de 17 de marzo de 2008, avala esta línea de

---

dos tipos de situaciones: «a) supuestos en los que el acercamiento se lleva a cabo por exclusiva voluntad del condenado, siendo este posteriormente consentido por la protegida; b) Supuestos en los que es acercamiento de produce por la acción positiva de la víctima, sin que sea seguida de un voluntario alejamiento por el condenado. [...] Pues bien, de estos dos supuestos, sólo en el segundo de ellos estima esta corriente jurisprudencia que no estaríamos en presencia de un delito de quebrantamiento, en la medida que lo que tiene prohibido es acercarse, no prohibir que otros voluntariamente se le acerquen. [...] Ahora bien, cuando es el penado el que se acerca o el que se comunica, incluso con el beneplácito de la víctima, esa conducta no puede quedar amparada ya bajo ninguna excusa, pudiendo hablar de delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal con referencia a la pena de alejamiento o de no acercamiento, pues es la exclusiva voluntad del penado la que produce la vulneración de una pena cuya efectividad final queda supeditada a su propio autocontrol. [...] No obstante esta interpretación privilegiada para el segundo de los supuestos, sólo es posible cuando se trata de acercamientos puntuales. En el caso de reanudación de la convivencia se requiere también una actividad positiva por parte del condenado incumpliendo la conducta prohibida».

<sup>89</sup> Vid. SAP de Tarragona (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 180/2007, de 14 de mayo de 2007. Ello supone, como apunta la SAP de A Coruña (sección 1.<sup>a</sup>), núm. 81/2009, de 10 de marzo de 2009, «un cambio hasta lo ahora visto en que se examinaba la tipicidad de la conducta «desde la perspectiva de la irrelevancia del consentimiento de la víctima para la construcción de la figura de referencia, pero no desde la de la formación de la voluntad del sujeto activo».

<sup>90</sup> Como afirma la SAP de Badajoz (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 41/2007, de 12 de junio de 2007, «reconducir el tratamiento de los hechos enjuiciados a la doctrina del error permite mantener incólume el principio de ejecutividad de las resoluciones judiciales firmes que, a la vez que ahuyentar la tentación de pensar que, en casos como el presente, el consentimiento de la víctima pueda traer a colación para neutralizar los efectos de aquel principio cuando no existe una previsión semejante en nuestro ordenamiento jurídico [...]».

trabajo, advirtiendo, no obstante, la necesidad de analizar, caso por caso, la concurrencia de dichos expedientes<sup>91</sup>.

### 7.3.3.1 *La concurrencia de un error de tipo*

Presupuesto para la aparición del error invencible de tipo es, a tenor de la STS, de 20 de enero de 2006, un consentimiento «firme y relevante» por parte de la víctima a la situación de quebrantamiento<sup>92</sup>. De ser vencible, y al no estar tipificado el quebrantamiento imprudente, conllevaría, igualmente, la impunidad del obligado.

### 7.3.3.2 *La concurrencia de un error de prohibición*

El error de prohibición se ha convertido en uno de los principales expedientes a los que acude la jurisprudencia para absolver al obligado, especialmente tras la aprobación del Acuerdo del TS de 25 de Noviembre de 2008, que consagró el criterio de la punibilidad de los quebrantamientos, con carácter absoluto, al margen de la actitud adoptada por la mujer<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Cfr. SAP de León (Sección 1.ª), núm. 49/2008, de 17 de marzo de 2008.

<sup>92</sup> En este sentido, y como apunta la SAP de Córdoba, de 21 de septiembre de 2007, «[...] sí es el caso que aquí un implícito pero palmario consentimiento de la víctima para reanudar la convivencia familiar, difícilmente es imaginable, desde la óptica de un ciudadano medio, que dicho consentimiento no afectase la ejecutividad de la pena de alejamiento impuesta para castigar no a la víctima, sino a quien resulta perdonado por ella, y ello sin perjuicio, de que si dicho perdón se retirase o la víctima revocase su consentimiento, dicha ejecutividad fuese plena y total desde ese mismo instante. Pues bien, respecto de ese periodo intermedio en el que la convivencia se produjo con pleno asentimiento de la víctima, lo razonable, lo que dicta el propio sentido común de las cosas y, en todo caso, el principio *in dubio pro reo*, es considerar que el acusado no tenía conciencia de que cometía el delito de quebrantamiento de condena que se le imputa, pues en su mente anidaba un error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción en cuestión. Error de tipo, que por aplicación del artículo 14-1 del C. P excluye la responsabilidad criminal».

<sup>93</sup> En este sentido se dispone en la SAP de Madrid (Sección 3.ª), núm. 7/2010, de 5 de enero de 2009, que «es por ello, por su gran importancia hermenéutica y la trascendencia social de semejante cuestión, por lo que se hacía necesaria una unificación de criterios al respecto, que llega con la aprobación del presente Acuerdo, adoptado por mayoría de los miembros de la Sala y que consagra el criterio de la punibilidad de estas conductas desobedientes, con carácter absoluto, bien se trate de incumplimiento de pena o de medida de seguridad y cualquiera que fuere la actitud adoptada por la mujer. Quedaría tan sólo abierta la posibilidad, excluyente o minorativa de la responsabilidad criminal, para aquellos supuestos en los que, por la eventual equivocación sufrida en virtud precisamente de la conducta de la víctima, resulte suficientemente acreditada la concurrencia de un error de prohibición, vencible o invencible (*artículo 14 CP*), en el sujeto autor del hecho delictivo».

A este respecto se comenta en la SAP de León, de 6 de noviembre de 2009, como «parece razonable entender que el acuerdo, ante el consentimiento libre y voluntario de la persona tutelada por la prohibición, actuara con pleno convencimiento de la licitud de su conducta» a lo que se suma que, siendo una pena orientada a la protección de la víctima puede «presuponerse condicionado a que los tutelados por la prohibición consientan o no el encuentro personal y la comunicación con el penado consciente y libremente»<sup>94</sup>. A mayor abundamiento se concluye en la SAP de Madrid, de 19 de septiembre de 2005 que «cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos, parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho»<sup>95</sup>. En otras ocasiones, ha sido el silencio del propio órgano judicial ante la petición de la víctima del levantamiento del alejamiento lo que ha llevado a los sujetos a incurrir en un error, por entender (ambos) que la petición había sido atendida<sup>96</sup>. También se ha apreciado, finalmente, cuando las especiales circunstancias del obligado imposibilitan el conocimiento de la real vigencia de la medida<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. SAP de León (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 189/2009, de 6 de noviembre de 2009. En esta misma línea vid. SAP de Mérida (Sección 3.<sup>a</sup>) 192/2009, de 7 de octubre de 2009; SAP de Sevilla (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 553/2009, de 5 de octubre de 2009; SAP de Madrid (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 379/2009, de 13 de abril de 2009; SAP de Córdoba (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 93/2009, de 14 de abril de 2009; SAP de Cádiz (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 313/2008, de 2 de octubre de 2008; SAP de Castellón (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 100/2008, de 20 de febrero de 2008; SAP de Asturias (Sección 8.<sup>a</sup>), núm. 169/2007, de 8 de octubre de 2007; SAP de Algeciras (Sección 7.<sup>a</sup>), núm. 471/2005, de 25 de noviembre de 2005.

<sup>95</sup> Cfr. SAP de Madrid (Sección 17.<sup>a</sup>), núm. 869/2005, de 19 de septiembre de 2005. La sección 27.<sup>a</sup> de la AP de Madrid ha venido resolviendo estos supuestos de concurrencia del consentimiento de la víctima mediante la aplicación del expediente del error de prohibición invencible (artículo 14.3 CP).

<sup>96</sup> A este respecto, vid. SAP de Toledo (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 151/2008, de 2 de diciembre de 2008; SAP de León (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 102/2006, de 16 de marzo de 2006.

<sup>97</sup> Un ejemplo se observa en la SAP de Ourense (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 328/2008, de 3 de octubre de 2008, que concluyó en su FJ 3.<sup>o</sup> que «el actual supuesto se presenta como paradigmático del aludido error de prohibición, por cuanto tal y como resulta del acta levantada, la esposa del acusado afirma ser invidente, padeciendo una minusvalía severa en un 87%, por lo que para actos esenciales de su vida ordinaria, necesita el apoyo y ayuda de su esposo. En tales condiciones, siendo como es la propia esposa la que decide reanudar la convivencia marital, superado el conflicto existente del que a la postre deriva la cuestionada pena de alejamiento que ahora se enjuicia, la conducta del acusado que se ve requerido por su esposa, en estado de importante necesidad, ha de quedar amparada por un invencible error de prohibición, al ser prácticamente inexistentes las posibilidades del infractor de informarse o conocer la real vigencia de la medida de alejamiento, cuando es la propia protegida

Para prevenir la concurrencia de estos supuestos, algunas Fiscalías, como la de Soria, aconsejan que se deje constancia, en la resolución que impone el alejamiento, de la irrelevancia de la voluntad manifestada por la víctima con relación a su cumplimiento<sup>98</sup>. Otras opiniones inciden en la labor de instrucción que deben realizar los operadores jurídicos, informando correctamente a las partes sobre las partes de las posibles consecuencias jurídicas de sus actos<sup>99</sup>.

### 7.3.5 La eximente de estado de necesidad

Ocasionalmente, los órganos judiciales han evitado la condena por delito de quebrantamiento apreciando la existencia de la eximente de estado de necesidad. Es el caso de la SAP de Cádiz, de 26 de septiembre de 2006, relativa a un sujeto «requerido por sus hermanos para que fuese a cuidar a su padre, con la advertencia de que ninguno de ellos iba a hacerlo» y que sabía «que su madre (la destinataria de la protección) no podía hacerlo sola»<sup>100</sup>.

---

por ésta, la que solicita la reanudación de la convivencia, al no hacerse ya precisa tal tutela y si el auxilio de su esposo».

<sup>98</sup> Vid. Memoria FGE, Madrid, 2005, pp. 440-441. Esta previsión puede observarse ya en algunas resoluciones judiciales. Así, a título ejemplificativo, el fallo de la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Córdoba de 10 de diciembre de 2007, que se reproduce en la SAP de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 224/2008, de 14 de abril de 2008, en que expresamente «se advierte al condenado que caso de quebrantar esas prohibiciones cometería un nuevo delito de quebrantamiento de medida cautelar sancionado en el artículo 468.2 del Código Penal con penas de prisión de seis meses a un año. Si esta sentencia gana firmeza: 1.º Se advierte al condenado y a la víctima que la pena de prohibición de acercarse no es disponible por consentimiento de la víctima, es decir, que una vez se inicie el cumplimiento de esa pena de alejamiento, no podrán vivir juntos ni acercarse y ello aunque la víctima lo consintiere, pues ese consentimiento no permite dejar sin efecto la pena y quien contravenga esas prohibiciones comete delito de quebrantamiento de condena que está castigado en el artículo 468 del Código Penal con penas de hasta un año de prisión. [...]». Acogiendo esta propuesta, en el Informe del Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPG, 2011, p. 19, se recomendaba la adición de un nuevo párrafo al artículo 468.2 CP en que se hiciese constar que «el consentimiento expreso o tácito del ofendido no eximirá de responsabilidad criminal a quien quebrantare una pena o medida de alejamiento o prohibición de comunicación, ni atenuará aquélla».

<sup>99</sup> Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José: «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento...», cit., p. 420.

<sup>100</sup> Cfr. SAP de Cádiz (Sección 8.ª), núm. 305/2006, de 26 de septiembre de 2006. Aplican esta atenuante, entre otras, la SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 1276/2009, de 27 de noviembre de 2009; SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 327/2009, de 30 de marzo de 2009; la SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 1121/2008, de 5 de noviembre de 2008; la SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 26/2008, de 14 de enero de 2008.

### 7.3.6 La atenuante analógica

La aplicación de la atenuante analógica contemplada en el artículo 21.6.º CP está presente en un buen número de resoluciones. Eliminada la circunstancia atenuante de provocación por la reforma operada por la LO 8/1983, los órganos judiciales optan por la aplicación de la citada atenuante poniendo en conexión la provocación al incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad<sup>101</sup>.

### 7.3.7 Imposición de la pena mínima en atención a la concurrencia del consentimiento

La última de las fórmulas de las que debemos dejar constancia es la de optar por la imposición de la pena en su extensión mínima en atención a la concurrencia del consentimiento de la persona protegida<sup>102</sup>. Se trata, sin duda, de una de las que cuenta con mayor respaldo en la jurisprudencia<sup>103</sup>.

## 7.4 *El tratamiento jurisprudencial del comportamiento de la víctima que consiente el quebrantamiento*

Abordado el tratamiento que la jurisprudencia del condenado que, con consentimiento de la víctima, transgrede una medida cautelar o una pena de alejamiento, corresponde ahora reflexionar sobre la relevancia penal de la conducta aquella.

---

<sup>101</sup> Cfr. SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 327/2009, de 30 de marzo de 2009. En esta misma línea podemos citar la SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 995/2010, de 20 de septiembre de 2010.; SAP de Madrid (Sección 23.ª), núm. 764/2010, de 15 de junio de 2010; SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 228/2010, de 1 de marzo de 2010; SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 754/2009, de 15 de julio de 2009; SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 327/2009, de 30 de marzo de 2009; SAP de Lugo (Sección 2.ª), núm. 5/2009, de 13 de enero de 2009; SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 1121/2008, de 5 de noviembre de 2008; SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 26/2008, de 14 de enero de 2008.

<sup>102</sup> Expediente similar se utiliza en el caso de Inglaterra y Gales, como se acredita en la Reino Unido, en la Guía definitiva sobre las condenas (*Sentencing Definitive Guideline*) en relación con el quebrantamiento de una orden de protección, recoge entre los factores mitigantes que la víctima haya iniciado el contacto. Así, el punto 4.12 dispone que «i las condiciones de una orden son violadas después del contacto de la víctima, esto debería ser considerado como mitigante. Es importante considerar la historia de la relación y la naturaleza específica del contacto a la hora de determinar su importancia como factor mitigante. 4.13 Sin embargo es importante para el tribunal aclarar que es la responsabilidad del ofensor y no la víctima para asegurar que la orden es cumplida. Cfr. [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_breach\\_of\\_protective\\_order.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_breach_of_protective_order.pdf), p. 6.

<sup>103</sup> *Vid.*, entre otras, SAP de Murcia (Sección 3), núm. 178/2010, de 7 de julio de 2010; SAP de Logroño (Sección 1.ª), núm. 188/2010, de 5 de julio de 2010; SAP

De forma prácticamente unánime, la doctrina conceptúa el delito de quebrantamiento como un delito especial propio<sup>104</sup>. Conforme a esta configuración, sólo podría castigarse como autores a los condenados por sentencia firme al cumplimiento de alguna de las penas privativas de derechos reguladas artículo 48 CP o a los procesados o imputados contra quienes se haya dictado una orden de alejamiento. La discusión se circunscribe, sobre la responsabilidad penal de la víctima que consiente o incita a la transgresión de la medida, por tanto, al ámbito de la cooperación necesaria o de la inducción<sup>105</sup>.

Por la respuesta afirmativa opta un sector verdaderamente minoritario tanto de la doctrina<sup>106</sup> como de la jurisprudencia

---

de Madrid (Sección 27.<sup>a</sup>), núm. 1196/2010, de 19 de julio de 2010; SAP de Ciudad Real (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 59/2010, de 15 de junio de 2010; SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 432/2010, de 10 de junio de 2010; SAP de Valencia (Sección 5), núm. 280/2010, de 4 de mayo de 2010; SAP de Cartagena (Sección 5), núm. 90/2010, de 30 de marzo de 2010; SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 35/2010, de 19 de enero de 2010; SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 35/2010, de 19 de enero de 2010; SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 121/2010, de 19 de enero de 2010; SAP de Jaén (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 8/2010, de 18 de enero de 2010; SAP de Murcia (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 4/2010, de 12 de enero de 2010.

<sup>104</sup> Vid, monográficamente, SUÁREZ LÓPEZ, José María: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el código penal español*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 365.

<sup>105</sup> Comparten esta opinión MESTRE DELGADO, Esteban: «Delitos contra la Administración...», cit., p. 641; GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Delitos contra la Administración...», cit., p. 988; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación...», cit., pp. 2024-2025. La única posición divergente a este respecto es la sostenida por MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica», *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2007, pp. 13-14 para quien la víctima puede llegar a ser castigada en calidad de coautora, sobre la base de la conceptualización del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP como un delito de posición especial.

<sup>106</sup> En este sentido se posicionan, entre otros, BIELSA CORELLA, M.<sup>a</sup> Carmen: «Instrumentalización de la víctima del quebrantamiento de condena», *Diario La Ley*, n.º 7689, 2011, pp. 3-4; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación...», cit., pp. 2024-2025; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: «La mujer víctima de la violencia de género. (Legislación penal y Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (Ed.): *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Ed. Comares, Granada, 2009, p. 72; MAYORDOMO RODRÍGO, Virginia: «Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos», *Eguzkilore*, 2009, p. 267; JIMÉNEZ DÍAZ, María José: «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento...», cit., p. 420; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La protección cautelar penal...», cit., p. 363; PRIETO DEL PINO, Ana María: «La incidencia de la ley integral en el derecho penal sustantivo español», en DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad: *Género y Derecho. Luces y sombras en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Servicio de Publicaciones Centre de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2008, p. 237; ACALÉ SÁNCHEZ, María: «Víctimas de la violencia de género...», cit., p. 111; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: «Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento», en *AFDUDC*, n.º 10, 2006, p. 1228.

cia<sup>107</sup>. Esta última, en concreto, ha llegado a castigar puntualmente a la víctima como inductora o cooperadora necesaria<sup>108</sup>, mientras que en otros casos (asimismo pocos) se ha limitado a admitir esa posibilidad en el plano teórico<sup>109</sup> o a solicitar la deducción de testimonio con vistas a dirimir las posibles responsabilidades penales en que hubiera podido incurrirse<sup>110</sup>. La tesis mayoritaria es, en cambio, la de la impunidad de la intervención de la víctima, trayéndose a colación al respecto dos argumentos principales: a) el de que a la víctima no se le puede castigar por la realización de una actuación que no tiene prohibida; y, b) el de que las formas de participación en el quebrantamiento de condena se limitan a las tipificadas en el artículo 470 CP, de imposible aplicación a los supuestos que estamos

---

<sup>107</sup> Bien es verdad que en la mayoría de las sentencias dictadas sobre supuestos de quebrantamiento consentido no existe pronunciamiento alguno sobre este extremo.

<sup>108</sup> *Vid.*, entre otras, SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 3/2010, de 23 de noviembre de 2009; SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 1271/2010, de 15 de octubre de 2010; SAP de Barcelona, núm. 170/2009, de 4 de febrero de 2009; SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 196/2007, de 21 de febrero de 2007; SAP de Murcia (Sección 3), núm. 178/2010, de 7 de julio de 2010; SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 359/2009, de 7 de mayo de 2009.

<sup>109</sup> Ello puede observarse en la STS (Sala de lo Penal), núm. 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005, en cuyo FJ 5.º «si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 del Código Penal». En este mismo sentido, SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 317/2010, de 8 de marzo de 2010; SAP de Girona (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 39/2010, de 20 de enero de 2010; SAP de Lleida (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 313/2009, de 16 de julio de 2009; SAP de Valladolid (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 252/2009, de 23 de junio de 2009; SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 154/2009, de 27 de febrero de 2009; SAP de Sevilla (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 115/2009, de 24 de febrero de 2009; SAP de Barcelona (Sección 20), núm. 1242/2008, de 17 de noviembre de 2008; SAP de Barcelona (Sección 20), núm. 1240/2008, de 16 de noviembre de 2008; SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 1147/2008, de 28 de octubre de 2008; SAP de Lleida (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 342/2008, de 6 de octubre de 2008; SAP de Madrid (Sección 17.<sup>a</sup>), núm. 871/2007, de 31 de julio de 2007; SAP de Barcelona (Sección 20), núm. 604/2006, de 12 de julio de 2006; SAP de Barcelona (Sección 20), núm. 583/2006, de 5 de julio de 2006; SAP de Barcelona (Sección 20), núm. 381/2006, de 4 de mayo de 2006; SAP de Castellón (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 441/2005, de 22 de diciembre de 2005; SAP de Barcelona (Sección 6.<sup>a</sup>), núm. 646/2005, de 12 de julio de 2005; SAP de Valladolid (Sección 4.<sup>a</sup>), de 18 de mayo de 2005.

<sup>110</sup> *Vid.* SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 359/2009, de 7 de mayo de 2009; SAP de Lugo (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 68/2009, de 3 de abril de 2009; SAP de Vitoria-Gasteiz (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 59/2009, de 27 de febrero de 2009; SAP de Barcelona (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 32/2005, de 1 de diciembre de 2005.

considerando<sup>111</sup>. De ella participan los propios Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer, tal y como acreditan las conclusiones de los seminarios celebrado en Madrid (2005), Oviedo (2006) y Valencia (2007)<sup>112</sup>. Pese a ello, el MF no ha dejado de recurrir algunas resoluciones, solicitando que se condenase a la víctima como inductora<sup>113</sup>.

La inseguridad jurídica que se cierne sobre la víctima en cuanto a las consecuencias penales que se pueden derivar de su acercamiento al agresor, las lleva a no hacer constar tal extremo en su declaración testifical —con el notable perjuicio que de ello se deriva para el condenado en cuanto a la posible aplicación de las fórmulas absolutorias a que hemos hecho referencia—<sup>114</sup>. Es a la luz de este contexto

<sup>111</sup> Vid. entre otros, FUENTES SORIANO, Olga: *Estudio sobre el enjuiciamiento...*, cit., p. 105; VILLENNA CORTÉS, Borja: «La orden de protección...», cit., p. 977; MARTÍ CRUCHAGA, Vicente: «El quebrantamiento de la medida cautelar...», cit., p. 3; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: «Quebrantamiento de la pena de alejamiento...», cit., p. 188; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP...», cit., pp. 350-352; MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: «Quebramiento de medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la mujer beneficiaria de la misma», en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, 2005, pp. 21754; TORRES ROSELL, Nuria: «Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 247; GARCÍA ALBERO, Ramón: «Del quebrantamiento...», cit., p. 2284; FARALDO CABANA, Patricia: «Las penas de los delitos relacionados...», cit., p. 194; el mismo en *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 163. En contra de la posibilidad de castigar a la persona protegida se pronuncian, expresamente, las SAP de Pontevedra (Sección 2.ª), núm. 145/2011, de 10 de mayo de 2011; SAP de Cantabria (Sección 1.ª), núm. 2123/2009, de 30 de marzo de 2009; SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª), núm. 42/2007, de 15 de febrero de 2007; SAP de Málaga (Sección 3.ª), núm. 576/2006, de 19 de septiembre de 2006.

<sup>112</sup> En los citados seminarios se concluye que «cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el Fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del artículo 468 CP, ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en las apartados a y b del artículo 28.2 CP». En opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido...», cit., p. 2025, «aunque absolutamente bien intencionada, esta última afirmación carece de apoyo jurídico y fundamento dogmático».

<sup>113</sup> En este sentido vid. AJVP de Tenerife, de 9 de marzo de 2006; SAP de Barcelona (Sección 20.ª), núm. 612/2007, de 2 de julio de 2007.

<sup>114</sup> Un ejemplo de esta realidad puede verse en la SAP de Madrid (Sección 3.ª), núm. 452/2008, de 7 de octubre de 2008, en cuyo FJ 2.º se recoge, en tanto que argumentación para proceder a la absolución del condenado en 1.ª instancia, que «[...] en el presente caso nos encontramos ante el incumplimiento, no de una pena, sino de una medida cautelar, dándose, además, la circunstancia, de que la misma solo estaba vigente hasta que adquiriera firmeza la sentencia absolutoria dictada en primera instancia en el procedimiento en que tal medida se había dictado. Pero, además, la propia denunciante a favor de la cual se dictó la medida de alejamiento, en la declara-

como cabe interpretar favorablemente la propuesta, del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y violencia de género del CGPJ, de añadir un nuevo párrafo al artículo 468.2 CP del siguiente tenor: «En estos supuestos, el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará su responsabilidad penal»<sup>115</sup>.

#### 7.4.1 Soluciones que salvaguardan la impunidad de la víctima

##### 7.4.1.1 *Tesis del consentimiento viciado de la víctima*

Un primer grupo de soluciones reivindica que se examine, caso por caso, la validez del consentimiento otorgado por la víctima<sup>116</sup>, por entender que, frente los supuestos en que la víctima presta un consentimiento firme, libre y voluntario, existen otros en los que dicho consentimiento se encuentra viciado por distintas razones. En este sentido se pronuncia LAURENZO COPELLO, a cuyo juicio será necesario ponderar siempre la situación de riesgo en que está incurso la víctima y la libertad con que ha expresado su voluntad de que no se imponga la pena de alejamiento. Así, según la citada autora, «al menos en los casos graves de violencia habitual» está demostrado «que la fuerte dependencia emocional del agresor, sus presiones y amenazas o la ausencia de medios de vida propios —por citar sólo algunos factores relevantes— pueden llevar a muchas mujeres a aceptar una reconciliación sin que existan motivos fundados para

---

ción prestada en fase de instrucción (folio 29-30), reconoció abiertamente que había llegado a un acuerdo con el acusado y que éste iba todos los días a su casa para dar de comer a los niños y que, precisamente la mañana del día de autos, había estado en el domicilio para hablar de la pensión de alimento y que ella le comunicó que iba a denunciarle por el impago de la pensión. Bien es cierto que nada se dijo al respecto en el acto del juicio, pero ello fue debido a las indicaciones que en tal sentido efectuó el Juez a quo, entendiéndose que si la testigo admitía que hubo consentimiento por su parte en que el acusado frecuentara su domicilio, cabría la posibilidad de que fuera imputada como inductora. Pues bien, lo cierto es que tal prohibición de interrogar causó una clara indefensión al acusado que no pudo acreditar la atipicidad de su conducta y que, en todo caso, no negada por la testigo la veracidad de su declaración judicial, este Tribunal considera plenamente probado que tal consentimiento existía y por tanto, el quebrantamiento de la medida de alejamiento objeto de enjuiciamiento es atípico, procediendo la libre absolucón del acusado y consiguientemente, la revocación íntegra de la resolución impugnada».

<sup>115</sup> Cfr. informe del Grupo de expertos y expertas sobre violencia doméstica y violencia de género CGPJ, 2011, p. 19.

<sup>116</sup> A ello alude MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada: «Incumplimiento de la orden de alejamiento...», cit., p. 7.

esperar un cambio de actitud del maltratador»<sup>117</sup>. Una corriente jurisprudencial ha recogido esta línea de argumentación, insistiendo en la necesidad de comprobar que no concurren presiones externas sobre la víctima<sup>118</sup> y que tampoco presente algún tipo de alteración psicopatológica<sup>119</sup>.

#### 7.4.4.2 *La incursión de la víctima en un error de tipo o en un error de prohibición*

Un segundo grupo de opiniones recurre al expediente del error. La idea sería la de que la víctima consideraría que su voluntad es suficiente para la extinción del alejamiento, creyendo, de esta forma, que su comportamiento (y el del autor) no son antijurídicos<sup>120</sup>. En apoyo de este punto de vista pueden traerse los frecuentes incumplimientos del régimen de comunicaciones de la sentencia recaída en el proceso penal previsto, entre otros, en los artículos 789.4, 792.4,

<sup>117</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia: «Violencia de género, ley penal y discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre violencia contra las mujeres», en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 33.

<sup>118</sup> Así, en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 10/2007, de 19 de enero de 2007, se dispone en su FJ 2.º que «el acceso a la casa el día 29 de octubre se produjo con la aquiescencia de la mujer, a cuyo argumento no se acoge el recurrente, porque es consciente de que el consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuridicidad del hecho. Primero, porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por «presiones de la familia», según rezan los hechos probados [...]».

<sup>119</sup> La SAP de Barcelona (Sección 20.ª), núm. 170/2009, de 4 de febrero de 2009, por su parte, castiga a título de cooperadora necesaria a la víctima «puesto que aportó una conducta a la acción sin la cual el delito de quebrantamiento no se hubiera producido y sin que conste ningún elemento que nos permitiera concluir que Ana actuó con su voluntad alterada, dado que según el informe médico forense no padece alteración psicopatológica alguna, ni enfermedad alienante, ni trastorno de la personalidad, ni el mal llamado *síndrome de la mujer maltratada*».

<sup>120</sup> Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José: «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento...», cit., p. 420; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: «El quebrantamiento...», cit., pp. 20-21. La SAP de Pontevedra (Sección 2.ª), núm. 145/2011, de 10 de mayo de 2011, establece, por su parte, en su FJ 2.º que «en cualquier caso si se aceptara, lo que se dice como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria, concurriría el error invencible de tipo del *artículo 14.1 CP*. En la medida en que Victoria no era la destinataria de la prohibición por tanto la obligada a su cumplimiento sino la protegida con tal medida, en que no se le ordenó ni requirió para que no permitiera que el obligado se le acercara o para no acercarse ella a él ni fue advertida de consecuencias penales para ella si consentía el acercamiento o lo buscaba ella misma, no podía conocer que con su conducta incurriría en la comisión de delito».

973.2 y 976.3 LECrim, que la llevan a desconocer la propia vigencia de un alejamiento a su favor.

## 7.5 Soluciones de lege lata y propuestas de lege ferenda

### 7.5.1 Solución de lege lata

El legislador ha optado por configurar el alejamiento como una pena privativa de derechos (artículo 39.f, g y h CP), siendo por tanto indisponible hasta su ejecución total. De *lege lata*, en nuestra opinión, la única solución viable es la que aboga por que se informe favorablemente o se promueva de oficio la solicitud de indulto parcial, solicitándose simultáneamente la suspensión de la ejecución de la pena accesoria de alejamiento, en tanto el Gobierno no se pronuncie sobre la concesión o denegación de aquél<sup>121</sup>. Esta propuesta, incluida en la Circular 2/2004 «con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección»<sup>122</sup>, se da de bruces, sin embargo, con una realidad en que ningún indulto ha sido concedido a este respecto<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Vid. SAP de Barcelona (Sección 20.<sup>a</sup>), núm. 252/2007, de 9 marzo de 2007.

<sup>122</sup> Esta solución fue la propuesta por en el Criterio 36 de los «73 criterios adoptados por Magistrados de Audiencias provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género» en el Seminario de Formación organizado por el CGPJ para Magistrados pertenecientes a secciones especializadas en Violencia de Género, en Madrid, del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2005. En este sentido se pronuncian también MAQUEDA ABREU, María Luisa: «1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley pena», cit., pp. 14-15; SANTOS DÍAZ, Luis Javier: «El quebrantamiento...», cit., pp. 104-105; FUENTES SORIANO, Olga: *Estudio sobre el enjuiciamiento...*, cit., pp. 128-129; SENÉS MOTILLA, Carmen: «Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 750, 2008, p. 7; RASILLO LÓPEZ, Pilar: «El delito de quebrantamiento de condena...», cit., p. 5; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La protección cautelar penal...», cit., p. 361; MOLINA GIMENO, Francisco Javier: «Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 741, 2007, p. 6; MOTA BELLO, José Félix: «Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 4, 2005, p. 74.

<sup>123</sup> Señala ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento...», cit., p. 207, es difícil que el juez o tribunal proponga el indulto o informe favorablemente su petición, en la medida que asumiría parte responsabilidad de lo que pudiera sucederle a la víctima cuando conviva con el agresor. Una excepción a esta realidad la representa la SAP de Palencia (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 2/2007, de 17 de diciembre de 2007, en cuyo FJ 4.º se recoge como «los miembros del Tribunal del Jurado, por ocho votos a favor

## 7.5.2 Propuestas de *lege ferenda*

El poco margen de actuación que la actual regulación de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima deja a los órganos judiciales aconseja la elaboración y formulación de propuestas de *lege ferenda* dirigidas por un lado, a flexibilizar su régimen de ejecución en atención a las circunstancias concurrentes en cada momento y, que por otro lado, den entrada a la víctima tanto en la determinación de la modalidad de alejamiento a imponer como en su ejecución<sup>124</sup>.

### 7.5.2.1 *La flexibilización del régimen de imposición y de ejecución de la prohibición*

A lo largo de los últimos años la doctrina ha centrado su atención en la actual redacción el artículo 57.2 CP, demandando de forma prácticamente unánime, la derogación del régimen de imposición preceptiva del alejamiento adoptado por la LO 15/2003. En su lugar, se apuesta por un régimen facultativo, en virtud del cual el órgano judicial determinaría siempre discrecionalmente su imposición, previa petición de parte, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el delincuente<sup>125</sup>.

---

y uno en contra, votaron a favor de la petición de indulto para el acusado, lo que se hace constar a los efectos de los artículos 52 y 61 de la LO 5/1995 y en relación con lo dispuesto en la Ley de 18 de junio de 1870».

<sup>124</sup> Así es requerido, expresamente, en la SAP de Barcelona (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 950/2007, de 22 de noviembre de 2007, en cuyo FJ 2.º se dispone que «[...] sin perjuicio de entender que la opción más ajustada a derecho sería la petición indulto parcial al resultar la pena excesivamente rigurosa aparte de la posibilidad *lege ferenda* de introducir alguna reforma en el sistema penal ante la reiteración de casos similares».

<sup>125</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, el Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que el modifica el Código Penal, p. 54; el Informe del Grupo de expertos y expertas sobre violencia doméstica y violencia de género CGPJ, 2011, p. 10; LAURENZO COPELLO, Patricia: «La violencia de género en la política criminal española...», cit., p. 626; Memoria FGE, Madrid, 2010, pp. 1103-1104; OLAIZOLA NOGALES, Inés: «Violencia de género...», cit., p. 309; PALOMA MONTAÑO, Luis Miguel: «Problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género», en MARCHAR ESCALONA, Nicolás. (dir.): *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, 2010, p. 403; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido...», cit., p. 2030; TAMARIT SUMALLA, Josep María: «La integración jurídica de la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 75; Memoria FGE, Madrid, 2009, p. 1048; FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 220; TORRES ROSELL, Nuria: «Las sanciones penales en la lucha...», cit., p. 248;

Algún autor se muestra, no obstante, reticente a dejar al mero arbitrio judicial la decisión sobre la adopción o no de la imposición de la pena de alejamiento. Lo que fundamenta esas dudas y reservas es el hecho de que, en ocasiones, el órgano judicial tiene que pronunciarse con celeridad, lo que le impide ponderar adecuadamente la totalidad de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto<sup>126</sup>. En este trabajo se comparte esa preocupación y se defiende la creación de Unidades de Valoración Integral que puedan asistir al órgano judicial en la constatación de la existencia o inexistencia de riesgos para la víctima<sup>127</sup>.

La supresión del régimen de imposición preceptiva no serviría, con todo, para dar respuesta al principal problema que suscita el texto del artículo 57 del texto punitivo: la carencia de un mecanismo jurídico de revisión de esta pena durante la fase de ejecución.

Para afrontarlo, un sector de opinión aboga por dotar de eficacia extintiva al perdón de la víctima<sup>128</sup>. Se trata, a nuestro modo de ver, de una solución parcial, en la medida en que, al requerirse que el perdón con anterioridad a que se dicte sentencia, deja fuera los supuestos en que las parte se reconcilien en el marco del proceso de ejecución.

Desde otro sector doctrinal se propugna la articulación de una previsión legal que permita la suspensión de la ejecución de la pena de alejamiento, previa petición de la persona protegida<sup>129</sup>. La idea

---

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La protección cautelar penal...», cit., p. 361; RASILLO LÓPEZ, Pilar: «El delito de quebrantamiento de condena...», cit., p. 7; Memoria FGE, Madrid, 2008, pp. 848-849 y 2007, p. 386 y p. 719; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP...», cit., p. 344; ACALE SÁNCHEZ, María: *La discriminación ...*, cit., p. 315 y p. 334; MOLINA GIMENO, Francisco Javier: «Sugerencias de reforma en materia penal...», cit., p. 6; Memoria FGE, Madrid, 2006, pp. 436-437 y pp. 601-602. Ello mismo se viene reclamando desde el Observatorio de la Violencia de Género, siendo ello propuesto del 16 de octubre de 2007 en el Congreso por Montserrat Comas i D'Argemir como presidenta del mismo.

<sup>126</sup> Vid. Memoria FGE, Madrid, 2010, pp. 1011-1013.

<sup>127</sup> Vid. Memoria FGE, Madrid, 2008, pp. 1011-1012 y 2007, p. 386.

<sup>128</sup> En este sentido ACALE SÁNCHEZ, María: *La discriminación...*, cit, p. 335; SANTOS DÍAZ, Luis Javier: «El quebrantamiento...», cit., p. 105. Esto iría, no obstante, en contra de la tendencia actual de reducción los ámbitos de eficacia extintiva del perdón del ofendido.

<sup>129</sup> A favor de esta posibilidad se manifiestan el Informe del Grupo de expertos y expertas sobre violencia doméstica y violencia de género CGPJ, 2011, p. 10; PALOMA MONTAÑO, Luis María: «Problemas técnicos detectados...», cit., p. 404; Memoria FGE, Madrid, 2009, pp. 1048-1049; TORRES ROSELL, Nuria: «Las sanciones penales en la lucha...», cit., p. 248; FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 83; RASILLO LÓPEZ, Pilar: «El delito de quebrantamiento de condena...», cit.,

sería la de condicionar esa suspensión al cumplimiento de ciertas reglas de conducta, a imagen y semejanza de los previsto en el artículo 83.1 CP, como el seguimiento de un programa de rehabilitación<sup>130</sup>. Esta propuesta sólo sería de aplicación, sin embargo, a aquellos casos en que, entre el momento en que se dictase sentencia y el del inicio de su ejecución, la víctima solicitase la revocación<sup>131</sup>. Quedarían sin respuesta, nuevamente, los supuestos de conciliación una vez iniciada su ejecución.

Más satisfactorias son, en nuestra opinión, aquellas propuestas que inciden en la naturaleza jurídica del alejamiento. Una primera posibilidad sería su configuración como una pena híbrida entre la pena y la medida de seguridad, siguiendo el modelo regulador de la medida de libertad vigilada previsto en el artículo 49 bis del Anteproyecto de CP de 2008<sup>132</sup>.

Ahora bien, la propuesta que defendemos en esta tesis es la de convertir la pena de alejamiento en medida de seguridad. Piénsese

---

p. 7; Memoria FGE, Madrid, 2008, p. 1013; Memoria FGE, Madrid, 2007, pp. 718-719; MOTA BELLO, José Félix: «Las penas de localización permanente...», cit., p. 74. También la jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto señalando en las SSAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2), núm. 810/2008, de 14 de noviembre de 2008, (Cendoj 38038370022008100774) y núm. 882/2008, de 5 de diciembre, FJ 2.º [JUR 2009\116721], en cuyos FJ 3.º y 2.º disponen, respectivamente, que «tal vez la solución del conflicto pudiera venir de la mano de la posibilidad del control judicial del cumplimiento de la pena, con la posibilidad de la suspensión de su ejecución, oída la víctima y cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, pero esta decisión compete al legislador». En sentido contrario se pronuncian VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina / TORRES ROSELL, Nuria/LUQUE REINA, María Eulalia: «Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 16, 2006, pp. 25-26; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, M.ª Ángeles: «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar; afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español», en *RDPC*, n.º 14, 2004, p. 51.

<sup>130</sup> Vid. FUENTES SORIANO, Olga: *Estudio sobre el enjuiciamiento...*, cit., pp. 108-109.

<sup>131</sup> Vid. CID MOLINÉ, Josep: «Penas no privativas de libertad...», cit., pp. 228-229.

<sup>132</sup> En dicho anteproyecto, la libertad vigilada era configuraba como una pena accesoria, pero su régimen de ejecución era el propio de las medidas de seguridad, caracterizado por la flexibilidad. Así, el JVP podía, en atención a la evolución del reo acreditada por lo informes correspondientes, y siempre previa audiencia del MF y del interesado, adoptar alguna de las siguientes medidas: a) modificar la o las obligaciones establecidas en el marco de la pena de libertad vigilada; b) reducir su duración; c) dejarla sin efecto a la vista del pronóstico positivo de reinserción. Sólo meras razones estructurales —no estar previsto, en ese momento, la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables— llevaron al legislador a conceptualarla como pena accesoria. Para un detallado análisis de la libertad vigilada en el Anteproyecto de CP de 2008, vid. SANTANA VEGA, Dulce María: «La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo», en *EPC*, vol. XXIX, 2009, pp. 460-474.

que tras la reforma operada por la LO 5/2010 se ha creado una nueva categoría de estado peligroso, la de los imputables peligrosos, con relación a los que se admite la imposición de una medida de seguridad no privativa de libertad denominada libertad vigilada. Esta categoría se limitó inicialmente, por la LO 5/2010, a los delincuentes sexuales (artículos 178 a 190 CP) y terroristas (artículos 572 a 580 CP), ampliándose, posteriormente, por la LO 1/2015, a los autores de delitos de homicidio y otras formas (arts. 138 a 143 CP), de delitos de lesiones —únicamente cuando la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, es decir, en los casos de violencia de género y violencia doméstica— (arts. 147 a 156 ter CP), del delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP) y de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual (arts. 178 a 194 CP).

Medida esta que, por otro lado, está conformada, entre otras, por las prohibición aquí estudiada —artículo 106.1. letras e) CP—<sup>133</sup>. No se aprecia ya, por tanto, mayor impedimento para articular el alejamiento, en sus tres modalidades (art. 48 CP) —prohibición de residir o acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse y prohibición de comunicarse con la víctima, o a aquellos de sus fa-

---

<sup>133</sup> Conforme a lo señalado en el artículo 106.1 CP, la libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento, por su parte, de alguna o algunas de las siguientes medidas: la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente; la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca; la obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal; la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; la prohibición de residir en determinados lugares; la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; y, por último, la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico. Estas prohibiciones u obligaciones pueden clasificarse, principalmente, en asegurativas y correctoras, en consideración a la intervención específica a través de la cual el órgano judicial pretenda conseguir su objetivo. Entre las primeras se incluirían aquéllas que restringen la libertad ambulatoria (artículo 106.1.a, b, c, d, e, f, g, h) o privan de determinados derechos (artículo 106.1.i), en tanto que en la categoría de las medidas con finalidad correctora se enmarcarían la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares (artículo 106.1.j) y la obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico (artículo 106.1.k).

miliare u otras personas que determine el Juez o Tribunal— como medida de seguridad no privativa de libertad aplicable a sujetos imputables<sup>134</sup>. No obstante, el legislador se ha mostrado, por el momento, reacio a acometer dicha reforma tanto en la LO 5/2010<sup>135</sup> como la LO 1/2015.

Desde diversos sectores doctrinales se aboga por eliminar el alejamiento como medida autónoma, para subsumirla en la medida de libertad vigilada<sup>136</sup>. Esta posibilidad presenta, sin embargo, dos objeciones que deben ser previamente solventadas: por un lado, la ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la medida de libertad vigilada y, por otro lado, la previsión de su imposición en supuestos diferentes al de la pena de prisión.

Como ya señalamos en su momento, y a diferencia de la regulación actual de la medida de libertad vigilada, entendemos que su régimen de cumplimiento, de imponerse conjuntamente con una pena de prisión, debe ser sucesivo y simultáneo a aquélla, a efectos de un mejor encaje de su ejecución en el sistema progresivo de cumplimiento de la pena<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Como se apunta en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 172/2009, de 24 de febrero, «es cuestionable que los intereses públicos y privados afectado estén mejor protegidos con una pena, en principio irreversible en cuanto a su cumplimiento, que a través de una medida de seguridad que podría ajustarse durante la ejecución a las circunstancias reales de las personas afectadas, una vez valoradas, a través de las pertinentes decisiones judiciales».

<sup>135</sup> Ello pese a las diversas enmiendas que fueron formulada durante su tramitación parlamentaria posicionándose en este sentido. *Vid.* enmiendas núms. 11, 296, 297 presentadas por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unidad-Iniciativa per Catalunya-Verds [Congreso de los Diputados, 18 de marzo de 2010 —Serie A. Núm. 52-9], enmienda núm. 86 del Grupo Parlamentario Mixto (Francisco Xesús Jorquera Caselas) [Congreso de los Diputados, 18 de marzo de 2010 —Serie A. Núm. 52-9], enmienda núm. 63 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas [BOCG, Senado, Serie II de 27 de mayo de 2010, núm. 48 (c)] y enmiendas núms. 272 y 273 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés [BOCG, Senado, Serie II de 27 de mayo de 2010, núm. 48 (c)].

<sup>136</sup> Uno de los principales defensores de este posicionamiento es SANZ MORÁN, Ángel José: «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.): *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 142, siguiendo en este punto la Propuesta de modificaciones al Proyecto de reforma del CP de la Plataforma «Otro derecho penal es posible».

<sup>137</sup> La imposición de la medida de libertad vigilada tendrá lugar en la sentencia condenatoria. El juez o tribunal sentenciador se limitará, no obstante, a establecer la medida en abstracto —sin determinar su contenido— y a fijar el límite máximo de su duración en atención a la gravedad del delito cometido. Dos meses antes de

### 7.5.2.2 *El rol de la víctima en la determinación y ejecución de la prohibición*

El segundo punto sobre el que debe pivotar la reforma de la pena de alejamiento es el rol que debe otorgársele a la víctima en la oportunidad de su imposición y en el proceso de ejecución. Los incumplimientos sistemáticos del alejamiento en casos de reconciliación o el creciente recurso al derecho a no declarar<sup>138</sup> acreditan los efectos negativos de un sistema basado en un régimen de imposición obligatorio<sup>139</sup>. Diversos autores han venido exigiendo por ello, con razón, la

---

que finalice el cumplimiento de la pena de prisión, la Administración penitenciaria, a solicitud del JVP, elevará a este un informe técnico sobre la evolución del sujeto, a efectos de valorar si concurre el requisito de peligrosidad. El informe será elaborado, conforme al artículo 23 del RD 840/2011, por la Junta de Tratamiento u órgano autonómico equivalente del centro penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena o al que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. Su imposición en el fallo condenatorio constituye, por tanto, «un presupuesto para permitir un posterior juicio de peligrosidad en el momento en el que se esté terminando de cumplir la pena de prisión». El procedimiento de imposición de la medida, diferido en dos momentos bien diferenciados, ha sido objeto de diversas críticas. Conforme a la opinión de un sector doctrinal, su establecimiento en la sentencia condenatoria supone una presunción *iuris tantum* de peligrosidad futura, esto es, de que esa peligrosidad subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión. Si su cumplimiento se va a diferir en el tiempo hasta el momento de la finalización de la pena de prisión lo más lógico sería, en su opinión, que la decisión de imponerla se adoptase al constatar, efectivamente la peligrosidad del sujeto en ese momento (vid., por todos, REBOLLO VARGAS, Rafael: «Libertad vigilada...», cit., p. 51). En cambio, otros autores sostienen que el hecho de que la libertad vigilada se imponga al dictarse la sentencia condenatoria es el presupuesto de un posterior juicio de peligrosidad, a efectuar, como ya señalamos, en el momento en que se esté terminando de cumplir la pena de prisión. De hecho se insiste, si la libertad vigilada no se impusiese en la sentencia condenatoria, no sería posible su adopción posterior, pues supondría una infracción del principio *ne bis in idem*, al establecerse una nueva sanción por un hecho ya previamente castigado.

<sup>138</sup> Conforme al artículo 416 LECrim «Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261». En un estudio realizado en Galicia sobre la base de 243 expedientes de violencia de género comprendidos entre los años 2008 y 2010, se constató como el 43,66% de las sentencias absolutorias eran debida a que la víctima se acogía a su derecho a no declarar. Vid. REGUEIRA DIÉGUEZ, Antía et al.: Prosecution of violence against women: medico-legal and criminal aspects. Comunicación no publicada. 12th Annual Conference of the European Society of Criminology.

<sup>139</sup> Sumamente ilustrativa a este aspecto es la SAP de Sevilla (Sección 1.ª), núm. 291/2000, de 26 abril de 2000, FJ 1.º] en que se concluye que la pena de alejamiento «al afectar de modo concreto a la libertad de circulación y residencia, garantizada

introducción de un trámite preceptivo de audiencia con anterioridad a su adopción, similar al existente en el procedimiento de imposición de las órdenes de protección<sup>140</sup> o de la medida de libertad vigilada, a efectos de valorar la peligrosidad que el victimario representa para la víctima<sup>141</sup>. Con relación a ésta última, la decisión sobre su no imposición al igual que la relativa a la determinación de las concretas obligaciones y prohibiciones que la integran, habrá de adoptarse, en cualquier caso, previa audiencia del penado y del MF. Las víctimas

como derecho fundamental en el art. 19 CE y además, en este caso, a la intimidad de la vida familiar, garantizada igualmente en la CE, en este caso en el art. 18.1, no puede adoptarse sustituyendo la opinión de las demás personas que van a resultar directamente afectadas por ella, por mucho que, en un afán proteccionista, se pueda haber percibido en ellas un sentimiento de miedo que, en todo caso, han desmentido».

<sup>140</sup> A este respecto se pronuncian expresamente TORRES ROSELL, Nuria: «Las sanciones penales...», cit., p. 248; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento...», cit., p.2030; FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 64 y pp. 220-221, comenta como «la obligatoriedad en la imposición de las prohibiciones corta en seco una línea jurisprudencial que ponderaba cuidadosamente la voluntad expresada por la víctima o persona protegida con el peligro que podría suponer el delincuente para su integridad»; ACALE SÁNCHEZ, María: *La discriminación...*, cit., p. 308; BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Victimología: nueve palabras clave*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 195-196; LARRAURI PIJOAN, Elena: «¿Se debe proteger a la mujer...», cit., pp. 176-177; CID MOLINE, Josep: «Penas no privativas...», cit., p. 227. A este respecto apunta la SAP de Sevilla (Sección 1.ª), núm. 291/2000, de 26 de abril de 2000, FJ 1.º [ARP\2000\1854] que «[...] no puede adoptarse (la prohibición de volver al lugar de comisión del delito) sustituyendo la opinión de las demás personas que van a resultar directamente afectadas por ella, por mucho que, en un afán proteccionista, se pueda haber percibido en ellas un sentimiento de miedo que, en todo caso, han desmentido expresamente, tal como consta en el acta del juicio».

<sup>141</sup> Según jurisprudencia reiterada, la peligrosidad a valorar no es la subjetiva o personal del acusado, en tanto sujeto de posibles delitos futuros, «sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia». Cfr. STS (Sala de lo Penal), núm. 1429/2000, de 22 de septiembre de 2000, FJ 5.º Su imposición deberá poder ser acordada, asimismo, en los casos en que, si bien no concurre el riesgo de reiteración delictiva, la proximidad del agresor puede conculcar otros derechos de la víctima o de sus familiares (perspectiva victimológica del alejamiento). Esta interpretación goza del aval del TS, cuya sentencia de 11 de marzo de 2004 apunta la necesidad de «[...] conjugar la personalidad del delincuente con un pronóstico aproximado e incierto de reinsertión [...] con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reparación del delincuente en un pueblo donde el recuerdo del delito podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas indirectas podría verse afectada». *Id.*, entre otras, SSTS (Sala de lo Penal) núm. 369/2004, de 11 de marzo de 2004; núm. 935/2005, de 15 de julio de 2005; núm. 803/2011, de 15 julio de 2011.

podrán participar en este procedimiento contradictorio, teniendo en cuenta que el artículo 98.3 CP les otorga este derecho, tanto a las que se hayan personado previamente en el proceso penal, como a aquellas que, sin estar personadas, lo hubiesen solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto<sup>142</sup>. Se trata, sin duda, de una previsión de singular importancia, máxime si tenemos en cuenta que algunas de las prohibiciones enumeradas en el artículo 106.1 CP están directamente orientadas a su protección. Ello supone una notable mejora en relación con las previsiones de los Anteproyecto de reforma del CP 2006 y 2008, en que se omitía toda referencia a su figura. Este hecho había sido criticado, por otro lado, por la propia Fiscalía General del Estado al estimar que ello «[...] no parec[ía] cohonestarse con la política legislativa de reforzada atención a los afectados por los hechos criminales (delitos sexuales y de terrorismo) a los que pretende dar respuesta específica la libertad vigilada» y ello máxime, se resaltaba en ese informe, cuando alguna de las medidas que integran la libertad vigilada tiene como sujeto pasivo a la propia víctima<sup>143</sup>.

Esta intervención de la víctima debería preverse, igualmente, durante su ejecución a efectos de poder dar su opinión en cuanto a

---

<sup>142</sup> Una previsión del mismo tenor se contiene en el artículo 95.6 de la Ley, de 17 de mayo de 2006, relativa al estatuto jurídico externo del detenido y a los derechos reconocidos a la víctima en el marco de las modalidades de la ejecución de la pena, existente en Bélgica. Conforme a este precepto, el tribunal de aplicación de las penas antes de decidir sobre si imponer al penado una medida de privación de libertad posterior al cumplimiento de la pena de prisión o una libertad vigilada, este procederá a dar audiencia al condenado y a su abogado, al Ministerio Público y, si el condenado, está en prisión, al director. Asimismo también se dará audiencia a la víctima —que podrá ser representada o asistida por un letrado o simplemente acompañada por el delgado de un organismo público o de una asociación autorizada a este fin— para que se pronuncie sobre las condiciones a imponer, en su interés, al penado en caso de ser decretada una libertad vigilada.

<sup>143</sup> *Vid.* informe del Consejo Fiscal, de 4 de febrero de 2009, sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 39. En este sentido se pronuncia, entre otros, RUBIO LARA, Pedro Ángel: *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 92, en cuya opinión la audiencia a la víctima en el marco de las medidas de seguridad no privativas de libertad sólo tiene sentido en orden a decretar el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, respecto de la nueva medida de libertad vigilada —no así en cuanto al resto de medidas de seguridad no privativa de libertad— «[...] pues en ella se contemplan una serie de prohibiciones y obligaciones de aproximación o comunicación de las víctimas que tienen como finalidad su directa protección, además de que deberán ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad».

las incidencias relativas a su mantenimiento, suspensión o cese<sup>144</sup>, y dar así respuesta a la modificación de las circunstancias que dieron lugar a su imposición puedan experimentar. Y es que, en tanto medida de seguridad, su mantenimiento en el tiempo dependerá exclusivamente de la peligrosidad del sujeto, en los términos anteriormente expuestos. Trayendo a colación, nuevamente, el régimen de la medida de libertad vigilada, a efectos de acreditar la subsistencia de la peligrosidad del sujeto, el JVP está obligado a elevar, al menos anualmente<sup>145</sup>, al juez o tribunal sentenciador, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión. Para formularla, el JVP, conforme al artículo 98.1 CP, deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sujeto. Abierto el procedimiento, el juez o tribunal sentenciador deberá dar audiencia, además de al penado y al MF, tanto a las víctimas previamente personadas en el proceso a la acusación particular así como a aquellas que lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto (artículo 98.3 CP). Recibida la propuesta, el juez o tribunal sentenciador deberá, mediante auto motivado, decidir sobre los siguientes extremos (artículo 106.3 CP): a) mantener la medida; b) modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas; c) reducir la duración de la libertad vigilada; y d) decretar su fin en atención al pronóstico positivo de reinserción<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Vid. FARALDO CABANA, Patricia: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp.220-221; CID MOLINE, Josep: «Penas no privativas...», cit., p. 227.

<sup>145</sup> Se acoge así lo recomendado en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 49, en el sentido de que «fijar el plazo periódico de revisión obligatoria de los informes y, por tanto, de revisión del contenido y duración de la libertad vigilada es una condición constitucionalmente imprescindible para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídicas».

<sup>146</sup> Crítica FEIJOO SÁNCHEZ, el hecho de que no se prevea trámite alguno para aquellos supuestos en que decretada una reducción de la duración de la medida o, incluso, su fin, se observe en el sujeto una evolución negativa o desfavorable. Ello redundaría en perjuicio del propio sujeto sometido a la medida, ya que ante la imposibilidad de reversión de la decisión adoptada, raramente será decretada su reducción o el fin de la misma. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando/GUINARTE CABADA, Gumersindo (eds.): *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas: el estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 81-122. Esta circunstancia debería ser tomada en consideración en caso de modificarse la pena de alejamiento en los términos aquí expuestos.

## 8. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María: «Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, n.º 7, 2009, pp. 37-73.
- *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006.
- «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en CERVILLA GARZÓN, María Dolores/FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (coords.): *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, pp. 93-122.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José: «Las violencia habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 CP», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-216.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: «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. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad», en FERNÁNDEZ BERMEJO, Pilar/CRUZ BLANCA, María José (coords.): *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Ed. Universidad de Jaén, 2007, pp. 169-194.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Victimología: nueve palabras clave*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BIELSA CORELLA, M.<sup>a</sup> Carmen: «Instrumentalización de la víctima del quebrantamiento de condena», *Diario La Ley*, n.º 7689, 2011, pp. 1-7.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», en *ReCrim*, 2009, pp. 290-315.
- «Penas privativas de derechos», en GRACIA MARTÍN, Luis (dir.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, M.<sup>a</sup> Ángeles: «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, pp. 11-58.

- CALVET BAROT, Gemma/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Avaluació i impact de les respostes al fenomen de la violència de gènere a Catalunya (2007-2008)*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2010.
- CERES MONTES, José Francisco: «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en CASTELLANO RAUSELL, Pedro (dir.): *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, Madrid, pp. 283-352.
- CID MOLINÉ, Josep: «Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 12, 2004, pp. 215-234.
- COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, Montserrat/QUERALT JIMÉNEZ, Joan: «La violencia de género: política criminal y ley penal», en VV. AA: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 1185-1228.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Bosch, 2005.
- CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, 2011.
- DE LAMO RUBIO, Jaime: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- FARALDO CABANA, Patricia: «El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto», en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.): *Violencia de género y justicia*, Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2013, pp. 509-548.
- «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento» en PUENTE ABA, L. M.<sup>a</sup> (dir.): *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 153-212.
- *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando/GUINARTE CABADA, Gumersindo (eds.): *Hacia un sistema*

- penal orientado a las víctimas: el estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 81-122.
- FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- GARCÍA ALBERO, R.: «Art. 57 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.
- «Del quebrantamiento de condena», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- GARCÍA PÉREZ, Fernanda: «La pena de localización permanente y la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima», en ECHÁVARRI GARCÍA, María Auxiliadora: *Las penas y medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, pp. 71-117.
- GARCÍA ZAFRA, Inés: «Tratamiento penológico de la violencia familiar en los juzgado de Granada», en *RECPC*, 2003, pp. 1-24.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Delitos contra la Administración de Justicia», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.): *Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ORTS BERENGUER, Enrique/MAQUEDA ABREU, M.<sup>a</sup> Luisa: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 923-944.
- IGLESIAS LÓPEZ, Marta: «Delitos de quebrantamiento de medida cautelar o de condena. Especial mención al consentimiento de la víctima en el quebrantamiento», *Diario La Ley*, n.º 6998, 2008.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José: «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en JIMÉNEZ DÍAZ, María José: *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 395-420.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en VV.AA: *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

- LAURENZO COPELLO, Patricia: «La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres», en MUÑOZ CONDE, Francisco/LORENZO SALGADO, Manuel/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio/NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (dirs.): *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 607-630.
- «Violencia de género, ley penal y discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre violencia contra las mujeres», en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.): *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- LLORCA ORTEGA, José: *Manual de determinación de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, ed. 6.<sup>a</sup>
- MAGRO SERVET, Vicente: «Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica», *Diario La Ley*, n.º 6244, 2005, pp. 1-17.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: «La mujer víctima de la violencia de género. (Legislación penal y Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (Ed.): *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 43-74.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005 (4.<sup>a</sup> ed.).
- MAQUEDA ABREU, María Luisa: «1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en PUENTE ABA, Luz María (dir.): *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 25-35.
- MARTÍ CRUCHAGA, Vicente: «El quebrantamiento de la medida cautelar y de la pena de alejamiento con el consentimiento del beneficiario de la misma. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 20, 2007, pp. 1-10.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 319-369.
- MAYORDOMO RODRÍGO, Virginia: «Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos», *Eguzki-lore*, 2009, pp. 261-268.

- MESTRE DELGADO, Esteban: «Delitos contra las Administración de Justicia», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.): *Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Colex, Madrid, 2008, 4.<sup>a</sup> ed.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.
- MOLINA GIMENO, Francisco Javier: «Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Economis & Jurist*, vol. 16, n.º 119, 2008, pp. 56-64.
- MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada: «Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima», *Diario La Ley*, n.º 6998, 2008, pp. 1-8.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica», en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n.º 4, 2007, pp. 1-26.
- MOTA BELLO, José Félix: «Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 4, 2005, pp. 43-76.
- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: «Quebramiento de medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la mujer beneficiaria de la misma», en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, 2005, pp. 21753-21756.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *EPC*, vol. XXX, 2010, pp. 269-316.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar: *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PALOMA MONTAÑO, Luis Miguel: «Problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género», en MARCHAR ESCALONA, Antonio Nicolás (dir.): *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 383-405.
- PIGNOUX, Nathalie: *La réparation des victimes d'infractions pénales*, Ed. L'Hartman, Paris, 2008.
- POZUELO PÉREZ, Laura: *Las penas privativas de derechos en el código penal*, Ed. Colex, Madrid, 1998.
- PRIETO DEL PINO, Ana María: «La incidencia de la ley integral en el derecho penal sustantivo español», en DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad: *Género y Derecho. Luces y sombras en*

- el ordenamiento jurídico español*, Ed. Servicio de Publicaciones Centre de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2008, pp. 209-240.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La tutela penal; entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer», en *EPC*, vol. XXIX, 2009, pp. 421-446.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: «Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento», en *AFDUDC*, 10, 2006, pp. 1127-1236.
- RASILLO LÓPEZ, Pilar: «El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido», *Diario La Ley*, n.º 6998, 2008, pp. 1-8.
- REIG REIG, José Vicente: *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Su incidencia en el Libro I del Código penal*, Ed. Dijusa, Madrid, 2004.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel: *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- SANTANA VEGA, Dulce María: «La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo», en *EPC*, vol. XXIX, 2009, pp. 447-490.
- SANTOS DÍAZ, Luis Javier: «El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 21, 2009, pp. 81-108.
- SANZ MORÁN, Ángel José: «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.): *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en MUÑOZ CONDE, Francisco / LORENZO SALGADO, Manuel/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio / NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (dirs.): *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 997-1028.
- SENÉS MOTILLA, Carmen: «Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 750, 2008, pp. 1-8.

- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: «Artículo 57 CP», en DEL MORAL GARCÍA, Antonio / SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coords): *Código penal (Comentario y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Derecho Penal (Parte Especial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, (14.<sup>a</sup> ed.).
- SUÁREZ LÓPEZ, José María: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el código penal español*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico pena. Del olvido al reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María: «La integración jurídica de la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 79-86.
- «Sistema de sanciones y política criminal», en *RECPC*, 2007, pp. 1-40.
- TORRES ROSELL, Nuria: «La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal», en JIMÉNEZ DÍAZ, María José/CASTELLÓ NICÁS, Nuria (coords.): *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 471-500.
- «Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género», en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 217-271.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: «La reforma del régimen de la accesoriedad penal», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 187-214.
- «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP», en *EPC*, vol. XXVI, 2006, pp. 321-354.
- VALLDECABRES ORTIZ, Isabel: «Artículo 48 CP», en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIEIRA MORANTE, Francisco J.: «Artículo 57 CP», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.): *Comentarios al Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/TORRES ROSELL, Nuria/LUQUE REINA, María Eulalia: *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007
- VILLENA CORTÉS, Borja: «La orden de alejamiento», en RIVAS VALLEJO, María Pilar/BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (dir.): *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 952-979.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: «Del quebrantamiento de condena», en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ORTS BERENGUER, Enrique/MAQUEDA ABREU, María Luisa: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 2007-2034.