

SANCIONES ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA: LA PENA DE ALEJAMIENTO

Sanctions aimed at protecting victims: restraining penalty

DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2725>

NATALIA PÉREZ RIVAS
Doctora en Derecho
Universidad de Santiago de Compostela
natalia.perez.rivas@usc.es

Resumen

En el presente trabajo analizaremos la naturaleza legal, contenido, presupuestos de aplicación, duración, ejecución e incumplimiento de la pena de alejamiento en el derecho penal español. Bajo esta denominación se engloban tres penas distintas: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse y prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez. Ello tiene por finalidad detectar posibles deficiencias en su regulación y realizar propuestas para su mejora.

Palabras clave: Pena accesoria. Alejamiento. Protección. Víctima.

Abstract

In this paper we will analyse the legal nature, content, conditions for application, durability, execution and breach of the restraining penalty in the Spanish Criminal Law. There are three different penalties under this name: deprivation of the right to reside in specific places or to visit them, prohibition to approach and prohibition to communicate with the victim, or with her relatives or other persons determined by the Judge or Court of Law. The aim is to identify deficiencies in its regulation and make proposals for improving it.

Key words: Ancillary penalty. Restraining. Protection. Victim.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. LAS MODALIDADES DE LA PENA DE ALEJAMIENTO.- 2.1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.- 2.2. La prohibición de aproximarse.- 2.3. La prohibición de comunicarse.- 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO.- 4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO.- 5. DURACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO.- 6. RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO.- 6.1. Régimen de imposición facultativo.- 6.2. Régimen de imposición preceptivo.- 7.

QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE ALEJAMIENTO.- 8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.- 9. BIBLIOGRAFÍA

SUMMARY

1. INTRODUCTION.- 2. THE MODALITIES OF THE RESTRAINING PENALTY.- 2.1. Deprivation of the right to reside in specific places or to visit them.- 2.2. Prohibition to approach.- 2.3. Prohibition to communicate.- 3. SUBJECTIVE SCOPE OF APPLICATION OF THE RESTRAINING PENALTY.- 4.- OBJECTIVE SCOPE OF APPLICATION OF THE RESTRAINING PENALTY.- 5. TERM OF THE RESTRAINING PENALTY.- 6. RULES OF IMPOSITION.- 6.1. Optional imposition rules.- 6.2. Mandatory imposition rules.- 7. BREACH OF THE RESTRAINING PENALTY.- 8. CONCLUSIONS AND *LEGE FERENDA* PROPOSALS.- 9. BIBLIOGRAPHY

1. INTRODUCCIÓN

La pena de alejamiento se configura como la piedra angular sobre la que el legislador pretende construir el sistema de protección de la víctima en este momento¹. Bajo esa denominación genérica se engloban tres

¹Buena muestra de ello es la multifuncionalidad que se predica de la misma configurándola como primera diligencia del art. 13 LECrim, medida cautelar (art. 544 bis LECrim), pena privativa de derechos de carácter accesorio (art. 48 CP), como regla de conducta en los casos de suspensión (art. 83.1 CP) y sustitución (art. 88.1 CP), como regla a imponer en el marco de la libertad condicional (art. 90.2 CP), como prohibición integrantes de la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106.1 CP). En opinión de M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 304; la misma en "Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador", en M. DE HOYOS SANCHO, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2009, p. 69, de que el legislador "ha depositado toda su confianza en el alejamiento como forma de sancionar al agresor, pero también de garantizar la necesidad de seguridad personal que tiene la víctima del delito". En este mismo sentido se manifiesta P. FARALDO CABANA, "Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género", en F. MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología, en Estudios Penales en Memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 738, quien estima que "la compulsión al empleo de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima u otras personas y del tratamiento del agresor se enmarca en el contexto de la búsqueda de nuevas (y no tan nuevas) sanciones y medidas alternativas a la pena privativa de libertad". Crítica con este hecho se muestra M. CORCOY BIDASOLO, "Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003", en J. C. CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios Penales en Homenaje del profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 236-237, quien estima "pretender que el alejamiento es la solución de todos los problemas y la verdadera alternativa a la prisión, no se corresponde ni con su lesividad ni con su eficacia ni con sus costes". Asimismo opina J. LEAL MEDINA, "La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad", *Diario La Ley*, 2001, p. 1, que "las diferentes versiones y sus múltiples aplicaciones de la que es objeto (...) pueden poner en peligro el régimen general de sanciones, distorsionar el ordenamiento jurídico, generar la confusión y desconfianza en el sistema, poner en riesgo la estructura de la norma penal en cuanto a la claridad y sencillez en sus formulaciones y, en definitiva, quebrantar el principio de la seguridad jurídica". Similar multifuncionalidad sólo se observa en el sistema penal

penas distintas: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 48.1 CP); la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.2 CP); la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez (art. 48.3 CP).

El legislador ha regulado la pena de alejamiento como una pena de carácter accesorio. Para un grupo de opiniones se trata, en concreto, de una pena accesoria impropia² o atípica³, habida cuenta de su accesoriedad en relación a ciertos delitos –y no a determinadas sanciones– de que su duración no viene supeditada 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

francés. La ley nº 2004-204, de 9 de marzo de 2004, sobre la adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad (*Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*), introdujo en el elenco de penas restrictivas de derechos la prohibición de aparecer en ciertos lugares o categorías de lugares determinados por el órgano judicial así como en aquél en que la infracción penal fue cometida (art. 131-6-13º CP) y la prohibición de entrar en contacto con ciertas personas especialmente señaladas por la jurisdicción, principalmente la víctima de la infracción (art. 131.6.14º) pudiendo ser aplicadas como penas sustitutivas de la pena de prisión inferior a un año (art. 131-6 CP), pena sustitutiva de la pena de multa con respecto a aquellos delitos castigados únicamente con pena de multa (art. 131-7 CP). Asimismo, estas prohibiciones se incluyen entre el elenco de obligaciones que pueden imponerse en los supuestos de suspensión condicional de la pena (arts. 132-45-9º y 132-45-13º CP). Como señala N. PIGNOUX, *La réparation des victimes d'infractions pénales*, Ed. L'Hartman, París, 2008, p. 322, el legislador ha erigido las obligaciones del art. 132-45 en referencia común a todas las medidas pudiendo ser impuestas con relación al seguimiento socio-judicial (arts. 131-36-2 CP y 723-30 CPP), de suspensión con obligación de cumplir un trabajo de interés general (art. 132-54 CP), en el marco de la suspensión y el fraccionamiento de la pena (art. 720-1 CPP), en los casos de excarcelación, de semi-libertad, de permisos de salida y de autorizaciones de salida (art. 723-4 CPP), en los casos de sometimiento a vigilancia electrónica (art. 723-10 CPP) y en el marco de la libertad condicional (art. 730 CPP).

²Vid. 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; J. F. CERES MONTES, "Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, p. 325; F. J. VIEIRA MORANTE, "Artículo 57 CP", en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios al Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 555; F. GARCÍA PÉREZ, "La pena de localización permanente y la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, p. 78.

³Vid. J. DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 214. Sobre los principios rectores de las penas accesorias y sus excepciones vid. I. VALEIJE ÁLVAREZ, "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 F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (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.

el art. 57.1 CP y que presenta la peculiaridad de que se regula exclusivamente en la parte general del texto punitivo⁴.

Su incorporación al catálogo de penas privativas de otros derechos tampoco ha estado exenta de críticas, puesto que tanto la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, como la prohibición de aproximación restringen los mismos derechos que las penas privativas de libertad: el derecho fundamental a la libre circulación por el territorio nacional y a la libre fijación de residencia o domicilio (art. 19 CE) y a la libertad deambulatoria (art. 17 CE)⁵. 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 enmarcarían ambas prohibiciones⁶.

2. LAS MODALIDADES DE LA PENA DE ALEJAMIENTO

2.1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos

En su redacción originaria, el art. 57 CP/1995 únicamente contemplaba, como modalidad de alejamiento, la pena de prohibición de acudir al lugar de residencia de la víctima o de su familia, para el caso de que fuesen distintos. La doctrina sitúa su antecedente inmediato, bien en la pena de destierro⁷, bien en el art. 67 CP/1944⁸, bien en ambas figuras⁹.

⁴Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, p. 711; L. ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, p. 228; B. CAFFARENA MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, p. 217; I. VALLDECABRES ORTIZ, "Artículos 54-55-56", en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 351. En el delito de desórdenes públicos en espectáculos públicos -penado en los arts. 557.2 y 558 CP- se prevé, como pena principal facultativa adicional, la prohibición de acudir a eventos o espectáculos de espectáculos de la misma naturaleza.

⁵Cfr. J. BAUCCELLS LLADOS, "Artículo 48", en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 489; F. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 49.

⁶Cfr. B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., p. 216.

⁷En este sentido, vid. J. BAUCCELLS LLADOS, "Artículo 48", cit., p. 489; M. POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 463; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., pp. 31-42; M^a. C. MOLINA BLÁZQUEZ, "El sistema de penas en el Código penal", en M^a. C. MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 51; B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., p. 216; G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005 (6^a ed. revisada y puesta al día en colaboración con María Dolores Fernández Rodríguez), p. 85; J. M^a. DEL TORCO ALONSO FERNÁNDEZ, "El sistema de penas en el nuevo Código penal: observaciones críticas al respecto", en *CPC*, 1996, nº 59, pp. 309-310; J. M. MAZA MARTÍN, "Penas privativas de derechos...", cit., p. 156.

⁸Entre otros, vid. I. VALEIJE ÁLVAREZ, "La regulación de las penas accesorias...", cit., p. 256; la misma en "Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP y delitos de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 CP", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, p. 335; M. ACALE SÁNCHEZ, *La*

La prohibición de residir, por su parte, figuraba en el catálogo de penas privativas de derechos, si bien carecía de un precepto que habilitase su aplicación -ya que el art. 48 CP sólo hacía referencia a la prohibición de acudir-, siendo esta deficiencia subsanada por la LO 15/2003.

Conforme a la actual redacción del art. 48.1 CP -procedente de la LO 5/2010-, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos¹⁰. Se trata de una pena de contenido alternativo¹¹, en

discriminación hacia la mujer..., cit., p. 313; R. GARCÍA ALBERO, "Artículo 57 CP", en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 515; M. Á. BOLDOVA PASAMAR, "Penas privativas de derechos", en L. GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 2006, p. 146. Por su parte, M. ACALE SÁNCHEZ, "Víctimas de la violencia de género...", cit., pp. 100-101, establecía que su verdadero origen se halla en este art. 67 en base a las siguientes razones: a) la coexistencia en el CP de 1944 de ambas penas, lo que necesariamente indica que tenían que tener un sentido distinto; b) la distinta finalidad que se predicaba de la pena de destierro con respecto a la actual pena de alejamiento que no era la protección de la víctima, lo cual no era más que una consecuencia secundaria de su articulación; c) y, finalmente, el diferente elenco de delitos para los que la pena de destierro estaba prevista. Similares son las argumentaciones de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, "Artículo 48 CP", en A. DEL MORAL GARCÍA y I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal (Comentarios y jurisprudencia)*, Tomo I, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 664, quien estima que la pena de destierro tenía como objeto principal el castigo al condenado y no la protección de la víctima, tratándose de una pena denigrante. Si bien la prohibición de acudir se incorporó por primera vez al Código, en cuanto pena, en el año 1944 (art. 67), ya había sido contemplada como medida de seguridad en el CP de 1928 (art. 106).

⁹En este sentido se pronuncian L. POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el código penal*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pp. 66-67; F. SUANZES PÉREZ, "Reflexiones en torno a las nuevas penas privativas de derechos introducidas por las LO 11 y 14/1999, de modificación del Código Penal", en *AFDUC*, 1999, pp. 637-638.

¹⁰Esta modalidad de alejamiento ha sido denominada por J. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 233; J. DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad...*, cit., p. 227 como "pena de interdicción domiciliaria".

¹¹Este contenido alternativo viene confirmado por el dato de que tanto en el elenco de reglas de conducta que se enumera en el art. 83.1 CP -en el que sólo se hace referencia a la prohibición de acudir a determinados lugares- como entre las prohibiciones que integran la medida de seguridad de libertad vigilada, son enumeradas de forma independiente. Aluden a ese contenido alternativo J. BAUCCELLS LLADOS, "Artículo 48", cit., p. 491; M. ACALE SÁNCHEZ, "Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor", en M^a. D. CERVILLA GARZÓN y F. FUENTES RODRÍGUEZ, *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 104. Por el contrario, estima L. POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas...*, cit., p. 74, que más que ante una relación de alternatividad estamos ante una relación de subsidiariedad, si bien de su explicación parece deducirse que la relación de subsidiariedad a la que alude no se refiere al contenido de la pena sino al ámbito geográfico al que debe circunscribirse la prohibición bien de residir bien de acudir: si al lugar de comisión del delito o al lugar de residencia de la víctima. En este caso, el segundo -el lugar de residencia de la víctima- opera subsidiariamente en defecto del primero. Finalmente, B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., p. 222, estima que se trata de una única pena al estimar que los términos residir y acudir son, en este pena, conceptos intercambiables; interpretación de la que discrepamos ya que si bien es

cuya base se sitúan la alarma social y la seguridad de la víctima y su familia, respectivamente¹².

El ámbito geográfico en el que opera viene descrito con el término "lugar" –"lugar de residencia de la víctima o de su familia" y "lugar de comisión del delito"– cuya indeterminación, en opinión de algún autor, supone una clara vulneración del principio de legalidad¹³. Otros autores apuestan por recurrir a un criterio de interpretación teleológico de la norma, que permita determinar su significado en cada caso concreto¹⁴. La relativa indeterminación de que hace gala el legislador es coherente, en cualquier caso, con la finalidad que se predica de estas prohibiciones (la protección de la víctima), que exige que sea el órgano judicial el que, en

verdad que la prohibición de acudir engloba la prohibición de residir, ello no se produce a la inversa. A este respecto apunta E.Mª. SOUTO VÁZQUEZ, "Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 9, 2013, p. 200, cómo "desde un plano de *lege ferenda* podría incluso plantearse la necesidad o no de que exista la prohibición de residir en determinados lugares, tanto porque ya existe la prohibición de acudir a determinados lugares, como porque ya la pena de aproximación del art. 48.2 CP cubriría las necesidades de seguridad de la víctima".

¹²Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 321.

¹³Vid. Mª. C. MOLINA BLÁZQUEZ, "Artículo 48 CP", en M. COBO DEL ROSAL (dir.). *Comentarios al Código penal*, Ed. Edersa, Madrid, 2000, p. 635. En este punto, puede servir como criterio orientador lo dispuesto en el art. 544 bis LECrim. En dicho artículo se prevé que en aquellos casos en que se esté investigando alguno de los delitos comprendido en los Títulos del Libro II del CP referenciado en el art. 57.1 CP, el órgano judicial pueda, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir "en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma". A este posible criterio interpretativo aluden Mª. F. GARCÍA PÉREZ, "La pena de localización permanente y la pena de prohibición...", cit., p. 85; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 68; J. F. MOTA BELLO, "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*, 2005, p. 59; F. J. VIERA MORANTE, "Artículo 57", cit., p. 556; I. SERRANO BUTRAGUEÑO, "Artículo 57", en A. DEL MORAL GARCÍA y I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal (Comentarios y jurisprudencia)*, Tomo I, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 741. Este criterio es por el que opta también la Circular 2/2004 de la FGE, de 25 de noviembre, sobre aplicación de la reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Autores como J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "Las penas privativas de derechos", en *Revista Poder Judicial*, 1999, nº 53, p. 143, abogan, por su parte, de cara a lograr una mayor objetividad en cuanto a su delimitación, se establezca un círculo con un radio fijo de entre 25km a 250km a que hacía alusión la pena de destierro, siendo el centro del mismo, bien el lugar de comisión del delito, bien el lugar de residencia de la víctima o de sus familiares.

¹⁴Cfr. J. BAUCCELLS LLADOS, "Artículo 48", cit., p. 492. En opinión de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, el ámbito geográfico de esta prohibición no debería exceder, sin embargo, del perímetro correspondiente al término municipal. Vid. STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª), núm.1426/2003, de 31 de octubre, FJ 12º [RJ 2003\7994]. No obstante, se pueden observar supuestos en los que esta prohibición se extiende a toda la Comunidad Autónoma (SAP de Islas Baleares (Sección 1ª), núm. 107/1996, de 11 de septiembre de 1997) o provincia (STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª), núm. 270/1996, de 26 de marzo de 1996) y, en otros, en aras a no violentar el principio de proporcionalidad, este ámbito geográfico podrá quedar reducido a determinados barrios del municipio.

la sentencia, atendiendo a los intereses de las personas que se benefician directamente de ellas¹⁵, concrete la obligación u obligaciones a imponerle al condenado "zonas prohibidas, círculo de personas protegidas, duración, posible combinación de varias restricciones, evolución de las restricciones en función de la relación de la víctima con el condenado, etc."¹⁶. Debe hacerse notar, por otra parte, que el legislador no requiere que el lugar de residencia de la víctima o de su familia sea el "habitual"¹⁷, comprendiendo también los temporales u ocasionales¹⁸. A tal efecto, la víctima debe informar al órgano judicial de todos sus cambios de residencia¹⁹.

El grado de protección que esta pena dispensa a las víctimas es más limitado que el que ofrece la prohibición de aproximación. Se trata de un alejamiento de tipo locativo, que les asegura que el agresor no va a regresar a determinados lugares. La prohibición 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 alguno²⁰. 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, segura²¹.

2.2. La prohibición de aproximarse

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.

Esta prohibición impide al penado acercarse a los sujetos referenciados, en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio²², a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que

¹⁵Vid. F. J. VIEIRA MORANTE, "Artículo 57", cit., p. 556. Ciertamente no se puede establecer un criterio definitivo, sino que tendrá que ser la autoridad judicial quien, en función de las circunstancias particulares del caso concreto, determine exactamente el lugar o lugares a los que el penado no puede acudir.

¹⁶Cfr. B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., p. 218.

¹⁷Por el contrario, la antigua pena de destierro (art. 88 CP/1973) sí calificaba esta residencia como la habitual.

¹⁸Vid. E. M^a. SOUTO GARCÍA, "Las prohibiciones de residir...", cit., p. 191; J. BAUCCELLS LLADOS, "Artículo 48", cit., p. 493; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 69. En sentido contrario, I. VALLDECABRES ORTIZ, "Artículo 48", cit., p. 335.

¹⁹Vid. I. VALLDECABRES ORTIZ, "Artículo 48", cit., p. 335.

²⁰Ella lleva a M. ACALE SÁNCHEZ, "Víctimas de la violencia de género...", cit., p. 105; misma autora: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 321, a calificar esta prohibición como "una verdadera ratonera".

²¹Vid. N. TORRES ROSELL, "La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal", en M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ y N. CASTELLÓ NICÁS (coords.), *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 478.

²²Como acertadamente apunta M. ACALE SÁNCHEZ, "Víctimas de la violencia de género...", cit., pp. 104-105, "poco sentido tendría imponer la prohibición de acudir al

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 locativo²³, en la segunda²⁴.

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, tal y como ya señalamos. 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 del periodo de ejecución²⁵. 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 protección²⁶. A mayor abundamiento, resultará muy difícil, por no decir imposible, controlar el 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 víctimas²⁷.

lugar del 'domicilio de la víctima' en virtud de lo establecido en el número 1 del art. 48, si se tiene en consideración que el número 2 del mismo artículo contempla de forma expresa y autónoma esta modalidad de alejamiento".

²³Este aseguramiento de tipo locativo tendrá lugar con independencia de que los sujetos beneficiarios de la prohibición se encuentren o no en dicho lugares.

²⁴Se 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.

²⁵Y es que como acertadamente apunta F. J. VIEIRA MORANTE, "Artículo 57 CP", cit., 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 dicha categoría durante su periodo de ejecución.

²⁶Esta previsión puede llevar a situaciones tan desproporcionadas como la examinada en el AAP de Sevilla (Sección 3ª), 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".

²⁷Partidarios de esta interpretación restrictiva se muestran, entre otros, P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit. pp. 72-73; la misma en "Las penas de los delitos

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 judicialmente²⁸. El Protocolo de actuación de las 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 concreto²⁹. 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 cuándo está a 500 metros o a

relacionados con la violencia de género”, en L. M^a. PUENTE ALBA (dir.): *Respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 185; I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Penas accesorias, prohibiciones...”, cit., p. 340. En opinión de B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., p. 222, esta interpretación tiene la ventaja de que hace más dinámica la ejecución.

²⁸En cambio, en el marco de las medidas cautelares, el art. 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 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 suponga, 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 art. 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.

²⁹Así, 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”.

un km)³⁰. 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.

2.3. La prohibición de comunicarse

La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal fue también incorporada al catálogo de penas del Código Penal por 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. Esta prohibición impide al condenado comunicarse con los sujetos referenciados a través de cualquier medio de comunicación, informático, telemático, escrito, verbal o visual³¹. Fuera de su ámbito de aplicación quedan, como puede verse, los actos de comunicación por persona interpuesta³², sin razón aparente que lo justifique más que un olvido del legislador³³.

Esta prohibición no afecta a la libertad ambulatoria, sino el derecho al libre desarrollo de la personalidad al verse restringida su libertad de relacionarse con los demás³⁴.

Su carácter complementario de la prohibición de aproximación lleva a que, generalmente, se impongan de forma conjunta, a efectos de

³⁰Cfr. SAP de Vizcaya (Sección 1ª), núm. 164/2004, de 2 de marzo de 2004.

³¹La concreción del alcance actual del contenido de la prohibición de comunicación fue formulado por el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió en su enmienda núm. 49 [Congreso de los Diputados, de 23 de febrero de 1999. Serie A. Núm. 150-6].

³²A este respecto se establece en la SAP de Valencia (Sección 1ª), núm. 287/2014, de 11 de julio de 2014 que "[...] la orden cautelar de alejamiento en este caso prohíbe el contacto personal, directo o por medios diversos como el teléfono o las tecnologías nuevas, redes sociales. Es un delito doloso e intencional. [...] el acusado no tuvo contacto directo y personal con su esposa [...] sino que envió un recado indirecto, sin comunicación alguna personal ni por teléfono directo con su mujer, para pedir la visita de su esposa a la cárcel donde estaba y aún permanece y para pedirle dinero, pero esta comunicación no se produce entre el acusado y su mujer sino a través de un 3ª [...] por lo que esta sala entiende que no se llega a producir este delito por la falta de contacto directo entre la persona que tiene a su favor la orden de protección y el acusado. Y existe total falta de dolo en este hecho en la conducta del acusado al buscar intermediarios para enviar una petición a su mujer mientras estaba en prisión y sabiendo que tenía la orden cautelar de no comunicarse actuó el acusado a través de terceros con lo que se demuestra su falta de intencionalidad de quebrantar el auto judicial, por lo que debe ser absuelto de este delito, al no apreciarlo en la conducta desarrollada por el acusado cuando estaba en la prisión [...]". En otras sentencias, por el contrario, si se incluyen entre las formas prohibidas de comunicación, las realizadas por mandatarios o terceros. Vid. AAP de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 36/2011, de 3 febrero de 2011.

³³Este extremo si está contemplado expresamente, por el contrario, en el art. 409 CP de Luxemburgo.

³⁴Vid. L. RODRÍGUEZ MORO, "La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas", en P. FARALDO CABANA y L.Mª. PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 322; M.Á. BOLDOVA PASAMAR, "Penas privativas...", cit., pp. 146-147. Por su parte, P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 40 considera que además del derecho al libre desarrollo de la personas, también se ve restringido el derecho a la intimidad personal y familiar.

garantizar, de una forma más efectiva, la seguridad de la víctima³⁵. Su aplicación de forma individual cabría en aquellos supuestos menos graves, en que no se aprecie una peligrosidad objetiva del sujeto reseñable, y así sea aconsejable por motivos personales y/o laborales³⁶.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO

El ámbito subjetivo de aplicación de la pena de alejamiento comprende a la víctima y a su familia, en la modalidad consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y, además, a los terceros que determine el órgano judicial, tratándose de las prohibiciones de aproximación y comunicación judicial³⁷.

Por lo que respecta al concepto de víctima, se opta en este ámbito por la definición de víctima directa que se contempla en el art. 2.ª de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante LEVD). Conforme a dicho precepto, víctima directa es toda aquella persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

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

³⁵Sumamente expresiva a este respecto es la SAP de Sevilla (Sección 4ª), núm. 280/2009, de 13 de mayo de 2009, al establecer en su FJ 1º que "si bien, por incomprensible omisión del art. 57.2 CP, la imposición en los delitos de violencia de género, familiar o doméstica de la pena adicional de prohibición de comunicación con la víctima es discrecional, y sólo es imperativa la pena de prohibición de aproximarse a aquélla, lo cierto es que una elemental coherencia exige que, impuesta obligadamente la pena de alejamiento, se imponga discrecionalmente junto a ella la de prohibición de comunicación, al amparo del art. 57.1 CP; pues resultaría ridículo que quien no puede aproximarse en persona a su víctima pudiera hostigarla a distancia mediante cualquier medio de comunicación".

³⁶Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, "Víctimas de la violencia de género...", cit., p. 107.

³⁷La ampliación del ámbito subjetivo de estas dos prohibiciones –prohibición de aproximación y prohibición de comunicación– fue realizada por la LO 14/1999. Entre esas terceras personas a las que puede extenderse la protección dispensada por esas dos modalidades de la pena de alejamiento –prohibición de aproximación y comunicación– 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 3ª), núm. 56/2008, de 16 de junio de 2008, en cuyo FJ 3º 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". El anteproyecto de CP de 2012, por su parte, se procede a la supresión de esta referencia en la propuesta de redacción del nuevo art. 83.1.1ª regulador de regla de conducta de prohibición de aproximación. Crítico con ello se muestra el Consejo Fiscal en su Informe, de 8 de enero de 2013, al anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, pp. 50-51, al entender que en ocasiones, como en el supuesto descrito, "personas relacionadas con la víctima mediante vínculos distintos del parentesco pueden estar en situación de riesgo y necesitadas de igual protección".

distintas clases de relaciones familiares listadas en diversos preceptos del texto punitivo³⁸ así como en la LEVD³⁹, parece que comprendería al cónyuge no separado legalmente o de hecho 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 conviviente⁴⁰.

4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO

Una de las peculiaridades de la pena de alejamiento, 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 CP⁴¹. En la versión

³⁸Vid. arts. 23, 57.2, 83.2, 84.2, 173.2, 180.1.4ª, 183.4.d, 188.3.b, 197.7, 226.1, 227.1, 268.1, 425, 443.1 y 454 CP.

³⁹Conforme al art. 2.b LEVD, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos, serán consideradas víctimas indirectas:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”.

⁴⁰En este sentido, vid. P. FARALDO CABANA, “Las penas de los delitos relacionados...”, cit., p. 185. Éste es, por otra parte, el criterio utilizado por la doctrina para interpretar el término familia contemplado en el art. 67 CP /1973.

⁴¹Vid. V. MAGRO SERVET, “Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica”, en *Diario La Ley*, nº 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 es 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 2ª), 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.,

original del 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)⁴². 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”. Se amplía su aplicación, asimismo, a los delitos contra la trata de seres humanos (Título VII Bis).

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, extraña⁴³. 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 género⁴⁴. Pese a tan extenso ámbito de aplicación existen ausencias imperdonables, como la de los delitos 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

entre otras, la SAP de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 114/2011, 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.

⁴²Resultaría más adecuado que la posibilidad que la previsión de la aplicación de la pena de alejamiento al delito de terrorismo estuviese contemplada en el propio art. 57 CP. De esta opinión, E. M^a. SOUTO GARCÍA, “Las prohibiciones de residir...”, cit., p. 180.

⁴³Por todos, M. Á. BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de...”, cit., 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 absoluta del art. 268 CP”.

⁴⁴Cfr. J. V. REIG REIG, *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. La práctica viene mostrando, no obstante, que su aplicación tiene lugar fundamentalmente en el marco de estos tipos delictivos. Éste es precisamente el ámbito al que, por otro lado, se ha limitado la aplicación de esta pena en países como Portugal -art. 152 CP- o Luxemburgo -art. 409 CP-.

alejamiento data del año 2005⁴⁵. 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 1995⁴⁶.

Secundando la propuesta de la FGE, 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 víctima⁴⁷.

5. DURACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO

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. 40.3 CP establece que su duración máxima será de 10 años. Los concretos límites mínimos y máximos de duración 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 h, i, j CP); si se impone por la comisión de un delito menos grave esta será de entre seis meses a cinco años (art. 33.3 g, h, i CP); en tanto que si se impone por la comisión de un delito leve 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 e, f CP). No se especifica, por el contrario, el mínimo de la pena de prohibición de residencia (arts. 33.4 y 40.3 CP), que será, a nuestro entender, siguiendo un criterio sistemático, de un mes igualmente⁴⁸.

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 aquélla en los

⁴⁵Vid. SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª), 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.

⁴⁶Cfr. R. GARCÍA ALBERO, "Art. 57 CP", cit., p. 515.

⁴⁷Cfr. Memoria FGE, Madrid, 2006, pp. 645-646.

⁴⁸De esta opinión, E. M^a. SOUTO GARCÍA, "Las prohibiciones de residir...", cit., pp. 188-189; R. GARCÍA ALBERO, "Artículo 57", cit., p. 477. De otra, M. Á. BOLDOVA PASAMAR, "Las penas privativas...", cit., p. 150, para quien su duración mínima es de un día.

marcos temporales señalados (art. 57.1 CP)⁴⁹. La finalidad de esta previsión introducida por la LO 15/2003 –inspirada en la reforma operada en el art. 579.2 CP por la LO 7/2000⁵⁰– es evitar que en el caso de que la pena de prisión tenga una duración superior a la de la pena de alejamiento, ésta 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 grado del régimen penitenciario o libertad condicional– éste pueda violentar de algún modo a la víctima⁵¹. 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 prisión⁵². 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 CP⁵³. 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 ésta, todavía permanezca vigente la prohibición como pena accesoria.

En todo caso, si la pena de alejamiento 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)⁵⁴.

⁴⁹Esta 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. P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 66. Como apunta S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., p. 711, se trata éste del “único supuesto en que puede hablarse de cierta accesoriadad 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 [...]”.

⁵⁰Conforme al art. 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.

⁵¹Vid. Informe CGPJ, de 27 de enero de 2003, sobre el anteproyecto de CP, p. 24.

⁵²Vid. P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 78.

⁵³Vid. J. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación...*, cit., p. 274.

⁵⁴Vid. AAP de Madrid (Sección 27ª), núm. 452/2009, de 13 julio de 2009, FJ 2º. Contraria a esta interpretación se pronuncia O. FUENTES SORIANO, *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

6. RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO

6.1. Régimen de imposición facultativo

El órgano judicial decidirá, discrecionalmente y previa petición de parte, la imposición de la pena de alejamiento en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Para ponderar la gravedad de los hechos deben considerarse 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 concurren”⁵⁵. 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”⁵⁶. 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)⁵⁷.

pueda imponerse en sentencia. Ni tiene el carácter de pena, ni es instrumental en relación con ella, ni con el buen fin del procedimiento”.

⁵⁵Cfr. P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit. p. 60; M. ACALÉ SÁNCHEZ, *La discriminación...*, cit., pp. 318-319; L. POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas...*, cit., pp. 70-71. Por el contrario, R. GARCÍA ALBERO, “Artículo 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.

⁵⁶Cfr. 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 L. POZUELO PÉREZ, *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”.

⁵⁷Favorables a esta perspectiva victimológica se muestra, entre otros, P. OTERO GONZÁLEZ, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 38; I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas...*, cit., p. 135; B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., p. 219; I. SERRANO BUTRAGUEÑO, “Artículo 57”, cit., p. 738. Esta perspectiva parece ser negada, en un primer momento, por P. FARALDO CABANA, *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 I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Penas accesorias, prohibiciones...”, 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 de la intervención penal”. De esta opinión, también, J. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación...*, cit., p. 264.

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 reinserción [...] con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en un pueblo donde el recuerdo del delito podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas indirectas podría verse afectada”⁵⁸. 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 tienen 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”⁵⁹. 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 familiares⁶⁰. 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 las prohibiciones) con total impunidad. En aquellos casos en que el peligro deriva de la víctima y su entorno, corresponderá al propio victimario así como a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado velar por su seguridad.

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. Para algunos autores, en tanto que ambos elementos hacen referencia a realidades distintas, estos deben valorarse conjuntamente⁶¹. Para otro sector doctrinal, al que nos sumamos, será suficiente para su imposición con la concurrencia de

⁵⁸Vid., 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.

⁵⁹Establece expresamente en su apartado 4.4.2.1 que “estas disposiciones no tienen 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 N. PIGNOUX, *La réparation des victimes...*, cit., p. 550.

⁶⁰De esta opinión, M. ACALE SÁNCHEZ, “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 103. Por el contrario, extiende la aplicación de la pena de alejamiento también a estos supuestos, I. SERRANO BUTRAGUEÑO, “Artículo 57”, cit., p. 738.

⁶¹Vid. E. M^a. SOUTO GARCÍA, “Las prohibiciones de residir...”, cit., p. 186 y p. 190; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 85.

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 disyuntiva⁶². 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”⁶³.

Asimismo, en atención a lo establecido en la Circular 2/2004, de la FGE, deberán tomarse también en consideración, para su imposición, datos como la situación económica del inculpado, su estado de salud, el padecimiento de una discapacidad intelectual o que tenga su origen en un trastorno mental⁶⁴, su situación familiar y su actividad laboral⁶⁵.

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 aquél⁶⁶.

⁶²Vid. en este sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 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 concurra 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”.

⁶³Cfr. R. GARCÍA ALBERO, “Artículo 57”, cit., p. 475.

⁶⁴Esta previsión fue introducida en el art. 48.1 CP por la reforma operada por la LO 1/2015. Se señala a este respecto que “en los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida”.

⁶⁵A este respecto habrá de atenderse, especialmente, a la posibilidad de continuar con ella, tanto durante la vigencia de la pena como tras su finalización, en cuanto que elemento clave para que el penado pueda dar satisfacción a la responsabilidad civil a que haya sido condenado. Así, tomando en consideración este aspecto, la SAP de Granada (Sección 1ª), núm. 426/2008, de 7 julio de 2008, procede a sustituir 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 [...]”.

⁶⁶En 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 2ª), núm. 9/2006, de 10 de febrero de 2006, dispone, en su FJ 5º, que “[...] respecto de la medida de alejamiento solicitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal en base a los arts. 57 y 48 CP [...] la

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 familiar⁶⁷ o de género)⁶⁸. 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 ella⁶⁹. Esta no ha sido la opción de otros legisladores europeos, como el portugués, que deja

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 4ª), 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 Fiscal a efectos de que éste 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 al juez que dictó dicha orden que no hubiese suspendido el proceso para verificar este extremo.

⁶⁷Interesante 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 17ª), núm. 777/2008, de 21 de julio de 2008, en cuyo FJ 4º 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".

⁶⁸Ello es una muestra del pensamiento dicotómico -por el cual "la defensa de la inocencia de la víctima parece exigir la afirmación a ultranza de la maldad del agresor"- y metonímico -reflejado en "la tendencia a ver y a interpretar a las víctimas conforme a un único modelo de victimidad, ignorando la diversidad de sus vivencias, necesidades e intereses"- del legislador. Cfr. J.M. TAMARIT SUMALLA, "Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad", en *Indret*, 1/2013, p. 14.

⁶⁹En opinión de M. COMAS D'ARGEMIR I CENDRA y J. J. QUERALT JIMÉNEZ, "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".

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, su escasa aplicación por parte de los órganos judiciales en los primeros años de su implementación⁷⁰, si bien, transcurridos dieciséis 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 viviendo⁷¹.

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, "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 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"⁷².

⁷⁰En un estudio realizado por I. GARCÍA ZAFRA, "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.

⁷¹Vid. M^a. L. MAQUEDA ABREU, "1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja", en L. M^a. PUENTE ALBA (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 E. LARRAURI PIJOAN, "¿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, 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 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".

⁷²Cfr. P. LAURENZO COPELLO, "La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres", en F. MUÑOZ CONDE, J. M. LORENZO SALGADO, J.C. FERRÉ OLIVÉ, E. CORTÉS BECHIARELLI y M.Á.

A la vista de todo ello, ya el Fiscal del TSJ 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 de la víctima por tratarse de hechos que no denotan una conducta objetivamente peligrosa"⁷³.

Esta previsión del art. 57.2 CP ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad⁷⁴, en primer lugar por vulneración del principio de

NÚÑEZ PAZ (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 P. LAURENZO COPELLO (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 2ª), 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 [...]"

⁷³Cfr. Memoria FGE, Madrid, 2005, p. 436. 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. 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. Sobre esta cuestión vid., entre otros, N. PÉREZ RIVAS, "El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento: (especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia)", en Mª. S. RODRÍGUEZ CALVO y F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 261-310.

⁷⁴Vid. Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, nº de cuestión 4976/2005; Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar, nº cuestión 640/2005; AP de Valladolid, Sección 4ª, nº de cuestión 3916/2005; Juzgado de Instrucción nº 1 Arenys del Mar, nº de cuestión 7259/2005; Juzgado de Instrucción nº 1 Arenys del Mar., nº de cuestión 7542/2005; AP de Valladolid, (Sección 4ª), nº de cuestión 8820/2006; AP de Las Palmas, sección 2ª, nº de cuestión 8821/2005; AP de Barcelona, sección 9ª, nº de cuestión 594-2006; Juzgado de lo Penal nº 2 de Alcalá de Henares, nº de cuestión 3965/2006; Juzgado de lo Penal nº 2 de Alcalá de Henares, nº de cuestión 3964/2006; AP de Valladolid, nº de cuestión 6292/2006; AP de Lleida, sección 1ª. nº cuestión 6562/2006; AP de Lérida, sección 1ª, nº de cuestión 6563-2006; AP de Barcelona, sección 6ª, nº de cuestión 7728-2206; Juzgado de lo Penal nº 1 de Huesca, nº de cuestión 9201-2006; Juzgado de lo Penal nº 1 de Huesca, nº de cuestión 9853-2006; AP de Valladolid, sección 4ª, nº de cuestión 3899-2007; AP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2ª, nº de cuestión 5256-2007; AP de Las Palmas, sección 2ª. nº de cuestión 6316/2007; Juzgado de lo Penal nº 1 Cáceres. nº de cuestión 7790/2007; AP de Cádiz, sección 3ª, nº de cuestión 5163-2008; AP de Valladolid, sección 4ª, nº de cuestión 5947-2008; AP de Valladolid, sección 4ª, nº de cuestión 7433-2008; Juzgado de lo Penal nº 1 de Mataró, nº de cuestión 2155-2009; Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia, nº de cuestión 3213-2009; Juzgado de lo Penal nº 1 de Mataró, nº de cuestión 9610-2009.

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 predicen de dicha prohibición 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 (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, 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 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, ésta 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)⁷⁵; c) el 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).

Pese a estos pronunciamientos, la doctrina ha venido demandando, de forma prácticamente unánime, la derogación de este régimen de imposición preceptiva adoptado por la LO 15/2003. En su lugar, se apuesta por un régimen facultativo, en virtud del cual el órgano judicial determinaría discrecionalmente su imposición, previa petición de parte, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el delincuente⁷⁶.

⁷⁵En 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 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 ésta 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.

⁷⁶En 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; P. LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la política criminal...”, cit., p. 626; Memoria FGE, Madrid, 2010, pp. 1103-1104; I. OLAIZOLA NOGALES, “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 309; L. M. PALOMA MONTAÑO, “Problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en N. MARCHAR ESCALONA (dir.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, 2010, p. 403; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima”, en J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, E. ORTS BERENGUER y M^a.L. CUERDA ARNAU, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2030; J. M^a. TAMARIT SUMALLA, “La integración jurídica de la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed.

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 concreto⁷⁷. En atención a ello, estimamos conveniente la creación de Unidades de Valoración Integral que puedan asistir al órgano judicial en la constatación de la existencia o inexistencia de riesgo para la víctima⁷⁸. La supresión del régimen de imposición preceptiva no serviría, con todo, para solventar los problemas que se derivan de la inexistencia de mecanismos de revisión durante su ejecución.

7. QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE ALEJAMIENTO

El quebrantamiento de la pena de alejamiento 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 año⁷⁹. En atención al intenso debate generado en torno a la

Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 75; Memoria FGE, Madrid, 2009, p. 1048; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 220; N. TORRES ROSELL, "Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género", en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 248; Memoria FGE, Madrid, 2008, pp. 848-849 y 2007, p. 386 y p. 719; I. VALEIJE ÁLVAREZ, "Penas accesorias, prohibiciones...", cit., p. 344; M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación...*, cit., p. 315 y p. 334; 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 el 16 de octubre de 2007 en el Congreso por Montserrat Comas i D'Argemir como presidenta del mismo.

⁷⁷Vid. Memoria FGE, Madrid, 2010, pp. 1011-1013.

⁷⁸Vid. Memoria FGE, Madrid, 2008, pp. 1011-1012 y 2007, p. 386.

⁷⁹El antecedente remoto de dicha modalidad se halla en la reforma operada sobre el precepto por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. 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, 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

relevancia que debe otorgarse al consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de esta pena, debemos señalar que éste no permite exonerar de responsabilidad penal al autor⁸⁰. Ello sin perjuicio de la posible incidencia del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del autor⁸¹. Pero es más, en estos casos se ha llegado a castigar, puntualmente⁸², a la víctima como inductora o cooperadora necesaria⁸³,

como medida cautelar. Es por ello que, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en la búsqueda de una tutela reforzada de las víctimas de violencia de género, dio una nueva redacción a este precepto. Critica M. ACALE SÁNCHEZ, "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)*, nº 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 relativos a la violencia doméstica.

⁸⁰A este respecto, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009 sintetiza, en su FJ 7º, las cuatro razones principales en que se fundamenta esa irrelevancia del consentimiento de la víctima: "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". La reunión celebrada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como Sala General, el 25 de noviembre de 2008, sirvió para consolidar definitivamente esta tesis, al adoptarse un acuerdo sobre la interpretación del art. 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.

⁸¹La 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. Pues bien, la SAP de Tarragona (Sección 4ª), núm. 180/2007, de 14 de mayo de 2007, trae a colación la incidencia del consentimiento de la víctima en la formación del dolo del autor. 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. La SAP de León (Sección 1ª), núm. 49/2008, de 17 de marzo de 2008, avala esta línea de trabajo, advirtiendo, no obstante, la necesidad de analizar, caso por caso, la concurrencia de dichos expedientes. Más ampliamente, vid. N. PÉREZ RIVAS, "El quebrantamiento consentido...", cit., pp. 282-287.

⁸²La 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 art. 470 CP, de imposible aplicación a los supuestos que estamos

mientras que en otros casos (asimismo pocos) se ha limitado a admitir esa posibilidad en el plano teórico⁸⁴ o a solicitar la deducción de

considerando. Vid. entre otros, O. FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento...*, cit., p. 105; I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, "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 P. FERNÁNDEZ PANTOJA y M^a.J. CRUZ BLANCA (coords.), *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 188; I. VALEIJE ÁLVAREZ, "Penas accesorias, prohibiciones...", cit., pp. 350-352; N. TORRES ROSELL, "Las sanciones penales...", cit., p. 247; R. GARCÍA ALBERO, "Del quebrantamiento de condena", en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 2284; P. FARALDO CABANA, "Las penas de los delitos relacionados...", cit., p. 194; la misma en *Las prohibiciones...*, cit., p. 163. 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). 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 J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, "El quebrantamiento de las prohibiciones...", cit., p. 2025, "aunque absolutamente bien intencionada, esta última afirmación carece de apoyo jurídico y fundamento dogmático". Pese a lo acordado en dichos seminarios, el MF no ha dejado de recurrir algunas resoluciones, solicitando que se condenase a la víctima como inductora. 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.

⁸³Vid., entre otras, SAP de Barcelona (Sección 20^a), núm. 3/2010, de 23 de noviembre de 2009; SAP de Barcelona (Sección 20^a), 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^a), 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^a), núm. 359/2009, de 7 de mayo de 2009.

⁸⁴Ello 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^a), núm. 317/2010, de 8 de marzo de 2010; SAP de Girona (Sección 3^a), núm. 39/2010, de 20 de enero de 2010; SAP de Lleida (Sección 1^a), núm. 313/2009, de 16 de julio de 2009; SAP de Valladolid (Sección 4^a), núm. 252/2009, de 23 de junio de 2009; SAP de Alicante (Sección 1^a), núm. 154/2009, de 27 de febrero de 2009; SAP de Sevilla (Sección 4^a), 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^a), núm. 1147/2008, de 28 de octubre de 2008; SAP de Lleida (Sección 1^a), núm. 342/2008, de 6 de octubre de 2008; SAP de Madrid (Sección 17^a), 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^a), núm. 441/2005, de 22 de diciembre de 2005; SAP de Barcelona (Sección 6^a), núm. 646/2005, de 12 de julio de 2005; SAP de Valladolid (Sección 4^a), de 18 de mayo de 2005.

testimonio con vistas a dirimir las posibles responsabilidades penales en que hubiera podido incurrirse⁸⁵.

Por otro lado, si en el marco de ese quebrantamiento se comete 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*⁸⁶.

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 quebrantamiento⁸⁷, 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 del régimen de ejecución de la pena, por ejemplo, mediante la imposición del control electrónico contemplado en el art. 48.4 CP⁸⁸.

8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Las bondades que se pueden predicar de la pena de alejamiento, 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 art. 57.1 CP sea alguno de los sujetos mencionados en el art. 173.2 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 vícti-

⁸⁵Vid. SAP de Alicante (Sección 1ª), núm. 359/2009, de 7 de mayo de 2009; SAP de Lugo (Sección 2ª), núm. 68/2009, de 3 de abril de 2009; SAP de Vitoria-Gasteiz (Sección 2ª), núm. 59/2009, de 27 de febrero de 2009; SAP de Barcelona (Sección 2ª), núm. 32/2005, de 1 de diciembre de 2005.

⁸⁶Al 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*.

⁸⁷Vid. M^a. J. BENÍTEZ JIMÉNEZ, "Las violencias habituales en el ámbito familiar: art. 173.2 CP", en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 210; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 83.

⁸⁸Vid. P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., pp. 158-159.

mas, lo que persigue con ella es satisfacer determinados intereses políticos⁸⁹.

Una de las propuestas que defendemos es la conversión del alejamiento en una medida de seguridad. Es más, buena parte de la doctrina opina que su conceptualización formal como pena accesoria se debe, exclusivamente, a que el legislador sólo había previsto la aplicación de las medidas de seguridad para los estados peligrosos de inimputabilidad o semiimputabilidad⁹⁰. No obstante, tras la reforma operada por la LO 5/2010, se ha creado una nueva categoría de estado peligroso, la de los imputables peligrosos⁹¹, con relación a los que se admite la imposición de una medida de seguridad no privativa de libertad denominada libertad vigilada que está conformada, entre otras, por las prohibiciones aquí

⁸⁹Vid. M^a. L. MAQUEDA ABREU, "1989-2009: Veinte años de desencuentros...", cit., pp. 6-7; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 154; M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación...*, cit., p. 307.

⁹⁰Vid. Á. J. SANZ MORÁN, "La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal", en F. MUÑOZ CONDE, J. M. LORENZO SALGADO, J.C. FERRÉ OLIVÉ, E. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio y M. Á. NÚÑEZ PAZ (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; el mismo en *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2003, p. 236; I. VALEIJE ÁLVAREZ, "La reforma del régimen...", cit., p. 195; la misma en "La víctima en los delitos contra la libertad sexual", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 2000, p. 314, nota 2; M. POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Ed. Bosch, Barcelona, p. 463; M. Á. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: "Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada", en *ReCrim*, 2009, pp. 309-310; el mismo en "Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada", en VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código penal de 2008. Algunos aspectos*, Ed. Universidad de Deusto, Cuadernos de José María Lidón, 2009, p. 62-63; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 228; J. M^a. TAMARIT SUMALLA, "Sistema de sanciones y política criminal", en *RECPC*, 2007, p. 40; I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico pena. Del olvido al reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 141-142; B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias...*, cit., pp. 301-302; A. ASÚA BATARRITA, "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en VV.AA., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Universidad de Deusto, Cuadernos penales José María Lidón, Bilbao, 2004, p. 227; J. LEAL MEDINA, "La prohibición de residir y de acudir...", cit., p. 1305 y p. 1309; M. MAZA MARTÍN, "Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo código penal", en J. L. DE CASTRO ANTONIO (dir.), *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, p. 168. Su naturaleza de medida de seguridad no privativa de libertad ha sido declarada también por las SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 1429/2000, de 22 de septiembre de 2000; núm. 369/2004, de 11 de marzo de 2004, FJ 4^o; núm. 363/2004, de 17 de marzo de 2004.

⁹¹Esta 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).

estudiadas (art. 106.1. letras e, f, g, h CP)⁹². No se aprecia ya, por tanto, mayor impedimento para su articulación como una medida de seguridad no privativa de libertad aplicable a sujetos imputables⁹³. No obstante, el legislador se ha mostrado, por el momento, reacio a acometer dicha reforma tanto en la LO 5/2010⁹⁴ como la LO 1/2015. Ello permitiría dar respuesta al principal problema que suscita la ejecución de la pena de alejamiento: la carencia de un mecanismo jurídico de revisión de esta pena durante la fase de ejecución. Y es que, en tanto medida de seguridad, su mantenimiento en el tiempo dependerá exclusivamente de la peligrosidad del sujeto, entendida ésta en los términos ya expuestos, pudiendo regularse la medida –decretando su mantenimiento, su

⁹²Conforme 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).

⁹³Como se apunta en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 172/2009, de 24 de febrero, "es cuestionable que los intereses públicos y privados afectados 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".

⁹⁴Ello pese a las diversas enmiendas que fueron formulada durante su tramitación parlamentaria posicionándose en este sentido. Vid. enmiendas núm. 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)].

modificación, su duración o, incluso, su fin- en función de la evolución que aquella experimente⁹⁵.

Asimismo, a la víctima debe reconocérsele un papel específico tanto a efectos de valorar la oportunidad de su imposición como en el proceso de ejecución. A este respecto, sería del todo conveniente la introducción de un trámite preceptivo de audiencia de la víctima –se haya o no personado en el proceso penal- con anterioridad a su adopción, similar al existente en el procedimiento de imposición de las órdenes de protección⁹⁶ o de la medida de libertad vigilada, a efectos de valorar la peligrosidad que el victimario representa para la víctima⁹⁷.

Con relación a ésta última, la decisión sobre su no imposición al igual que la relativa a la determinación de las concretas obligaciones y

⁹⁵Resultaría del todo conveniente -siguiendo en este punto a B. FEIJOO SÁNCHEZ, "La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo", en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS y G. GUINARTE CABADA (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. 105-106, con relación al régimen de la medida de libertad vigilada-, la introducción de un trámite específico para aquellos supuestos en que decretada una reducción de la duración de la medida o, incluso, su fin, se observe una evolución negativa o desfavorable del sujeto.

⁹⁶A este respecto se pronuncian expresamente N. TORRES ROSELL, "Las sanciones penales...", cit., p. 248; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, "El quebrantamiento de las prohibiciones...", cit., p. 2030; P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones...*, cit., p. 64 y pp. 220-221, quien comenta cómo "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"; M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación...*, cit., p. 308; A. BERISTAIN IPIÑA, *Victimología: nueve palabras clave*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 195-196; E. LARRAURI PIJOAN, "¿Se debe proteger a la mujer...", cit., pp. 176-177; J. CID MOLINE, "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*, nº 12, 2004, p. 227. A este respecto apunta la SAP de Sevilla (Sección 1ª), núm. 291/2000, de 26 de abril de 2000, 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".

⁹⁷Según 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. 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 reinserción [...] con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en un pueblo donde el recuerdo del delito podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas indirectas podría verse afectada". 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.

prohibiciones que la integran, habrá de adoptarse, en cualquier caso, previa audiencia del penado y del MF. Las víctimas 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 efecto⁹⁸. 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 víctima⁹⁹.

Esta intervención de la víctima debería preverse, igualmente, durante su ejecución a efectos de poder dar su opinión en cuanto a las incidencias relativas a su mantenimiento, suspensión o cese¹⁰⁰, y dar así respuesta a la modificación que las circunstancias que dieron lugar a su imposición puedan experimentar. Y es que, en tanto medida de seguridad, su

⁹⁸Una 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.

⁹⁹Vid. 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, P. A. RUBIO LARA, *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”.

¹⁰⁰Vid. P. FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia*, cit., nota 4, pp. 220-221; J. CID MOLINÉ, “Penas no privativas”, cit., nota 22, p. 227.

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 anualmente¹⁰¹, 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 reinserción¹⁰².

9. BIBLIOGRAFÍA

- M. ACALE SÁNCHEZ, "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)*, 2009, nº 7, pp. 37-73.
- "Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador", en M. DE HOYOS SANCHO, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 65-106.
 - *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 M^a. D. CERVILLA GARZÓN y F. FUENTES RODRÍGUEZ, *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 93-122.
- A. ASÚA BATARRITA, "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en VV.AA., *Las*

¹⁰¹ 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".

¹⁰² Crítica B. FEIJOO SÁNCHEZ, "La libertad vigilada en el Código Penal...", cit., pp. 81-122, 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.

- recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Universidad de Deusto, Cuadernos penales José María Lidón, Bilbao, 2004, pp. 201-234.
- J. BAUCELLS LLADOS, "Artículo 48", en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, 2011.
- Ma J. BENÍTEZ JIMÉNEZ, "Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 CP", en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-216.
- I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, "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 P. FERNÁNDEZ PANTOJA y Ma.J. CRUZ BLANCA, *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 2007, pp. 169-194.
- A. BERISTAIN IPIÑA, *Victimología: nueve palabras clave*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- M. Á. BOLDOVA PASAMAR, "Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada", en *ReCrim*, 2009, pp. 290-315.
- "Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada", en VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código penal de 2008. Algunos aspectos*, Ed. Universidad de Deusto, Cuadernos de José María Lidón, 2009, pp. 35-70.
 - "Penas privativas de derechos", en L. GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- J. F. CERES MONTES, "Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pp. 283-352.
- J. CID MOLINE, "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*, nº 12, 2004, pp. 215-234.
- M. COMAS D'ARGEMIR I CENDRA y J.J. QUERALT JIMÉNEZ, "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.
- M. CORCOY BIDASOLO, "Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003", en J. C. CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios Penales en Homenaje del profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 229-250.
- J. DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

- J. M^a. DEL TORCO ALONSO FERNÁNDEZ, "El sistema de penas en el nuevo Código penal: observaciones críticas al respecto", en *CPC*, 1996, nº 59, pp. 293-320.
- P. FARALDO CABANA, "Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento", en L. M^a. PUENTE ABA, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 153-212.
- "Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género", en F. MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología, en Estudios Penales en Memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 737-760.
 - *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- B. FEIJOO SÁNCHEZ, "La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo", en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS y G. GUINARTE CABADA (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.
- O. FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- R. GARCÍA ALBERO, "Artículo 57 CP", en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.
- "Del quebrantamiento de condena", en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.
- F. GARCÍA PÉREZ, "La pena de localización permanente y la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, pp. 71-117.
- I. GARCÍA ZAFRA, "Tratamiento penológico de la violencia familiar en los juzgado de Granada", en *RECPC*, 2003, pp. 1-24.
- E. LARRAURI PIJOAN, "¿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. LAURENZO COPELLO, "La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres", en F. MUÑOZ CONDE, J.M. LORENZO SALGADO, J.C. FERRÉ OLIVÉ, E. CORTÉS BECHIARELLI y NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (dirs.): *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 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 P. LAURENZO COPELLO, *La*

violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

- J. LEAL MEDINA, "La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad", *Diario La Ley*, 2001, nº 7, 1-7.
- J. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 6ª ed.
- J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "Las penas privativas de derechos", en *Revista Poder Judicial*, 1999, nº 53, pp. 127-152.
- V. MAGRO SERVET, "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica", en: *Diario La Ley*, 2005, nº 6244, pp. 1-17.
- B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- Mª. L. MAQUEDA ABREU, "1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja", en L. Mª. PUENTE ABA, *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.
- M. MAZA MARTÍN, "Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo código penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, pp. 139-184.
- S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.
- Mª. C. MOLINA BLÁZQUEZ, "El sistema de penas en el Código penal", en Mª. C. MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 41-74.
- "Artículo 48 CP", en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.
- J. F. MOTA BELLO, "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*, 2005, pp. 43-76.
- I. OLAIZOLA NOGALES, "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 269-316.
- P. OTERO GONZÁLEZ, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- L. M. PALOMA MONTAÑO, "Problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género", en N. MARCHAR ESCALONA (dir.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 383-405.
- N. PÉREZ RIVAS, "El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento: (especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia)", en Mª. S. RODRÍGUEZ CALVO y F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 261-310.

- N. PIGNOUX, *La réparation des victimes d'infractions pénales*, Ed. L'Hartman, París, 2008.
- M. POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- L. POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el código penal*, Ed. Colex, Madrid, 1998.
- J. V. REIG REIG, *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Su incidencia en el Libro I del Código penal*, Ed. Dijusa, Madrid, 2004.
- L. ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- L. RODRÍGUEZ MORO, "La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas", en P. FARALDO CABANA y L.M^a. PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 321-344.
- P. A. RUBIO LARA, *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.
- Á. J. SANZ MORÁN, "La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal", en F. MUÑOZ CONDE, J. M. LORENZO SALGADO, J. C. FERRÉ OLIVÉ, E. CORTÉS BECHIARELLI y M. Á. NÚÑEZ PAZ (dirs.): *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 997-1028.
- "Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP", en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (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.
 - *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.
- I. SERRANO BUTRAGUEÑO, "Artículo 57 CP", en A. DEL MORAL GARCÍA e I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal (Comentario y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- E. M^a. SOUTO GARCÍA, "Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, nº 9, 2013, pp. 173-204.
- F. SUANZES PÉREZ, "Reflexiones en torno a las nuevas penas privativas de derechos introducidas por las LO 11 y 14/1999, de modificación del Código Penal", en *AFDUC*, 1999, pp. 635-648.
- I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico pena. Del olvido al reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006.

- J. M^a. TAMARIT SUMALLA, "Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad", en *Indret*, 1/2013, pp. 1-31.
- "La integración jurídica de la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma", en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (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.
- N. TORRES ROSELL, "La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal", en M^a. J. JIMÉNEZ DÍAZ y N. CASTELLÓ NICÁS, *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 C. VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 217-271.
- I. VALEIJE ÁLVAREZ, "La reforma del régimen de la accesoriedad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007", en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (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.
- "La regulación de las penas accesorias en el código penal de 1995", en *ADPCP*, vol. LX, 2007, pp. 243-276.
 - "Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, 2006, vol. XXVI, pp. 321-354.
 - "La víctima en los delitos contra la libertad sexual", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 2000, pp. 309-354.
- M^a. I. VALLDECABRES ORTIZ, "Artículo 48 CP", en T. S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- "Artículos 54-55-56", en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- F. J. VIEIRA MORANTE, "Artículo 57 CP", en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios al Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, "El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima", en J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, E. ORTS BERENGUER y M^a.L. CUERDA ARNAU, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 2007-2034.