



FACULTAD DE DERECHO

**LA PENA DE PROHIBICIÓN DE
APROXIMACIÓN Y LA POLÉMICA
DE SU IMPOSICIÓN OBLIGATORIA
EN LOS CASOS DE VIOLENCIA
DOMÉSTICA**

Autor: Sandra Ortiz Cuadrado

5º E3C

Derecho Penal

Tutora: Myriam Cabrera Martín

Madrid

Abril 201

Sandra

Ortiz

Cuadrado

**LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN Y LA POLÉMICA DE
SU IMPOSICIÓN OBLIGATORIA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA
DOMÉSTICA**



ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
RESUMEN	6
ABSTRACT	6
1. INTRODUCCIÓN	8
2. LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN	10
2.1 Evolución legislativa	10
2.2 Naturaleza y contenido	11
2.3 Régimen general de aplicación facultativa	19
2.3.1 Delitos por los que se pueden imponer las penas del artículo 48 CP	19
2.3.2 Criterios para su imposición	21
2.3.3 Duración	24
2.4 Régimen de aplicación obligatoria	26
3. ALCANCE DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN. CONCEPTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	30
4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA OPCIÓN POR LA OBLIGATORIEDAD	34
4.1 Constitucionalidad de la obligatoriedad	34
4.2 Efectos del consentimiento de la víctima en relación con el incumplimiento de la pena	38
4.3 La obligatoria imposición y el principio del interés superior del menor	44
5. CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	52
BIBLIOGRAFÍA DE JURISPRUDENCIA	57
BIBLIOGRAFÍA DE LEYES	60

ABREVIATURAS

AP – Audiencia Provincial.

AN – Audiencia Nacional.

Art. – Artículo.

ATC – Auto del Tribunal Constitucional.

BOE – Boletín Oficial del Estado.

CC – Código Civil.

CE – Constitución Española.

Op. Cit. – Opus Citatum (obra citada).

Coord./s – Coordinador/es.

CP – Código Penal.

CFGE – Circular de la Fiscalía General del Estado.

Dir. – Director.

FGE – Fiscalía General del Estado.

FJ – Fundamento Jurídico.

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial.

Nº – Número.

ONU – Organización de Naciones Unidas.

P./pp. – Página/s.

RJ – Referencia Jurídica

Ss. – Siguietes.

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial.

SSTEDH – Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial.

TC – Tribunal Constitucional.

TS – Tribunal Supremo.

Vol – Volumen.

RESUMEN

Con este trabajo realizaremos un estudio en profundidad de la pena de prohibición de aproximación del artículo 48 del Código Penal en relación con su aplicación para los delitos recogidos en el artículo 57.1 del Código Penal cuando dicho delito se comete sobre alguna de las víctimas establecidas en el artículo 57.2 del Código Penal. El fin del trabajo será analizar la naturaleza, el contenido y el régimen de aplicación de esta pena para poder entender los problemas que rodean a su aplicación.

Discutiremos en profundidad los problemas en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la aplicación obligatoria de la pena de prohibición de aproximación, el problema del quebrantamiento de la condena por parte del agresor cuando media consentimiento de la víctima y el problema de la obligatoria imposición de la pena de prohibición de aproximación en relación con el principio del interés del menor.

La metodología se basará en el análisis de la prohibición de aproximación recogida en el artículo 48 del Código Penal. Nos centraremos en la aplicación de esta pena en los delitos recogidos en el artículo 57.1 del Código Penal cuando se cometen sobre alguna de las víctimas del artículo 57.2 del Código Penal. Además, analizaremos las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre los problemas que hemos descrito. Finalmente, en las conclusiones estableceremos la postura doctrinal y jurisprudencial por la que nos decantamos.

Palabras clave: Derecho, Derecho Penal, Pena, Prohibición de Aproximación, Jurisprudencia, Doctrina, Constitucionalidad, Menor, Imposición Obligatoria, Inconstitucionalidad, Tribunal Supremo, Audiencia Provincial, Tribunal Constitucional, Doctrina, Penas Accesorias, Consentimiento, Violencia Doméstica, Mujer, Hijos.

ABSTRACT

With this work we will carry out an in-depth study of the prohibition of approach penalty article 48 of the Penalty Code in relation with the crimes established by the article 57.1 of the Penalty Code when this crime is committed against any of the victims established by the article 57.2 of the Penalty Code. The purpose of the work is to analyze the nature, the content and the application regime of this penalty to understand the problems that surround its application.

We will discuss deeply the problems regarding the constitutionality or unconstitutionality of the mandatory application of the prohibition of approach penalty, the problem of breaking the penalty when mediates the consent of the victim and the problem of the obligatory imposition of the prohibition of approximation penalty in relation to the principle interest of the child's.

The methodology is based on the analysis of the approach prohibition included in article 48 of the Penal Code. We will focus on the application of this penalty in the crimes included in article 57.1 of the Penal Code when they are committed on any of the victims of article 57.2 of the Penal Code. In addition, we will analyze the different doctrinal and jurisprudential positions on the problems we have described. Finally, in the conclusions we will establish the doctrinal and jurisprudential position by which we opted.

Keywords: Law, Penal Law, Penalty, Appropriation Prohibition, Jurisprudence, Doctrine, Constitutionality, Minor, Compulsory Imposition, Unconstitutionality, Supreme Court, Provincial Court, Constitutional Court, Doctrine, Accessory Penalties, Consent, Domestic Violence, Woman, Children.

1. INTRODUCCIÓN

La pena de prohibición de aproximación está recogida en el artículo 48.1 del Código Penal y es objeto de polémica desde que se aprobó el artículo 57 del Código Penal. La polémica, tanto doctrinal como jurisprudencial, se deriva de la obligatoria imposición en caso de que se cometa alguno de los delitos descritos en el apartado 1 del artículo 57 CP, respecto de las víctimas recogidas en el apartado 2 de dicho artículo.

Este trabajo realizará un estudio profundo sobre la pena de prohibición de aproximación. Intentaremos ver si su obligatoria imposición cumple de verdad la finalidad de proteger a las víctimas o si, por otro lado, la obligatoriedad no consigue que la víctima se sienta protegida, sino que lo que consigue es que se disuelvan familias en vez de protegerlas.

Para llegar a estas conclusiones analizaremos la naturaleza, el contenido, los presupuestos de aplicación, la duración y los efectos del incumplimiento de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima en el Derecho Penal español. También analizaremos si los delitos para los que se contempla esta pena son suficientes o si, por otro lado, faltan delitos en la enumeración del artículo 57.1 CP. Además, se estudiarán los casos en los que esta pena debería ser de carácter facultativo siendo los jueces y tribunales los que decidan su imposición en base a la gravedad de los hechos y la peligrosidad del agresor.

Y, finalmente, haremos referencia a la pena de prohibición de aproximación impuesta al agresor respecto de los menores que se hallan sujetos a su potestad, guarda, custodia, tutela o acogimiento, ya sea por adopción o por consanguineidad. Todo esto con la finalidad detectar posibles deficiencias en su regulación.

La metodología que se utilizará para llegar a estos objetivos será la de un análisis detenido de lo establecido en el Código Penal. Se complementará con las distintas posturas de la doctrina y la opinión de la jurisprudencia en sus distintas sentencias, con especial atención a las sentencias del Tribunal Constitucional debido a las cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado respecto de la pena de prohibición de aproximación.

Finalmente, llegaremos a unas conclusiones sobre la pena de prohibición de aproximación basándonos en lo que establece la doctrina y la jurisprudencia en relación con el Código Penal.

2. LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN

2.1 Evolución legislativa

La pena de prohibición de aproximación no se introdujo en el Código Penal de 1995 en su redacción original, sino que, fue introducida posteriormente, a través de la **Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio**, juntamente con la pena de prohibición de comunicación. A partir de dicha reforma de 1999, en el artículo 48 CP pasaron a estar reguladas tres penas: la de prohibición de acudir o de residir en determinados lugares, la de prohibición de aproximación y la de prohibición de comunicación.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio también modificó el art. 57, a fin de que las penas previstas en el artículo 48 -prohibición de acudir o residir en algunos lugares, prohibición de aproximación y prohibición de comunicación- también se pudieran imponer, con un máximo de seis meses, ante “*la comisión de una infracción calificada de falta contra las personas*”¹. Además, a partir de esta modificación esta pena podrá aplicarse también a “*aquellas otras personas que determine el juez o tribunal*”. Debiendo, el juez o tribunal, justificar la protección de estas personas en base a la gravedad del delito, el peligro que representa el delincuente o ambas².

Posteriormente, en la **Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre** se amplía la duración máxima de las penas de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y

¹ Hasta ese momento, la pena de prohibición de acudir a determinados lugares, aproximación y comunicación sólo estaba prevista como pena accesoria para delitos graves y menos graves. La reforma supuso la ampliación del catálogo de las penas accesorias del artículo 57 y la posibilidad de aplicarlas a las faltas contra las personas.

² Morillas Cuevas, L. “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal” en *Revista científica de ciencia penal y criminológica*, nº 4, 2002. pp. 1 a 18.

allegados. Se incluye su cumplimiento simultáneamente con la pena de prisión para evitar cualquier acercamiento durante los permisos de salida o cualquier otro beneficio penitenciario. La obligatoriedad de la pena de prohibición de aproximación para los delitos del artículo 57.1 se introdujo con esta reforma del Código Penal.

La reforma operada en el Código Penal por la **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo**, no introdujo ninguna modificación respecto a las penas del artículo 48 más allá de la sustitución de la referencia de las faltas contra las personas por la referencia a los delitos leves, dado que dicha reforma supuso la desaparición de las faltas del Código Penal.

2.2 Naturaleza y contenido

La pena de prohibición de aproximación consiste en imponer un distanciamiento físico entre el infractor y la víctima³ o cualquier otra persona que el juez determine. La pena de prohibición de aproximación recogida en el artículo 48.1 del Código Penal se impone, obligatoriamente, en los delitos recogidos en el artículo 57.1 del Código Penal cuando el delito se comete sobre alguna de las víctimas recogidas en el artículo 57.2 CP. Antes de explicar el contenido de dichos artículos es importante conocer la naturaleza de la pena de prohibición de aproximación.

Antes de comenzar a hablar de la pena de prohibición de aproximación considero necesario comentar, en este apartado, la razón de la existencia y aplicación de esta para poder comprender mejor su naturaleza. La aplicación de esta pena para los delitos recogidos en el art. 57.1 CP nace con la intención de intentar neutralizar la peligrosidad

³ Pérez Rivas, N. “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: La pena de alejamiento” en *Dereito* vol. 24, nº 2, 2015, pp. 21-57.

del infractor, así como preservar la seguridad de la víctima, familiares o allegados o cualquier otra persona que el juez considere que debe ser protegida al estar amenazada por un peligro real por parte del delincuente⁴.

Tras esta aclaración, procedemos a analizar en profundidad la pena de prohibición de aproximación. Según el rango, las penas pueden ser principales o accesorias. La pena de prohibición de aproximación es una pena accesoria, es decir, una pena que acompaña a la pena principal. La pena de prohibición de aproximación, por su naturaleza, también podría ser impuesta como pena principal, pero el Código Penal actualmente sólo la prevé como pena accesoria.

Las penas accesorias se caracterizan por dos rasgos: uno facultativo, que estas penas se aplican únicamente si el juez o tribunal lo considera necesario, atendiendo a la gravedad de los hechos y las circunstancias del autor. Y, uno negativo, que en el delito no se prevea esta pena como pena principal. Estas características se basan en la definición del artículo 54 CP “*Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley declara que otras penas las llevan consigo*”. Sin embargo, el artículo 57 CP, entre otros, hace obligatoria la imposición de penas accesorias a la comisión de determinados delitos y circunstancias.

Como principios rectores de las penas accesorias a las que se refiere el artículo 57 CP, destacamos la automaticidad y la indefectibilidad. Por un lado, la automaticidad, que hace referencia a que la pena se impone automáticamente para los delitos de violencia doméstica o de género descritos en el artículo 57 CP cuando se cumplen los requisitos

⁴ Bolea Bardón, C., “En los límites del derecho penal frente a la violencia de doméstica y de género” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, número 02, 2007, pp. 1 a 26.

descritos en este, independientemente de si se ha previsto la prohibición de aproximación para el delito cometido⁵.

Por otro lado, la indefectibilidad, la discrecionalidad que en principio se atribuye al juez desaparece, este no tiene poder para influir en su imposición o su capacidad queda limitada a unos parámetros determinados tanto para la imposición de estas penas como para su cuantificación⁶. Como consecuencia, la discrecionalidad que se le atribuye al juez “*queda limitada a unos parámetros o incluso carece de esta discrecionalidad en cuanto a la imposición y a la cuantificación de estas penas*”⁷.

Las penas accesorias se caracterizan por: la automaticidad, la coincidencia temporal⁸, la incompatibilidad con penas de igual naturaleza⁹ y la simultaneidad¹⁰. En el caso de las penas accesorias recogidas en el artículo 48 CP, la jurisprudencia junto con la doctrina, en su mayoría, denomina a estas penas como penas accesorias impropias ya que comparten características con las penas principales y con las penas accesorias¹¹.

Las penas de prohibición del artículo 48 CP se imponen obligatoriamente cuando el autor

⁵ Gonzalez Cussac, J.L., *Comentarios al Código Penal 1995. Vol I* (arts. 1 a 235). Tomás Vives Antón coord. Valencia, 1996, pp.457-458.

⁶ Valeije Álvarez I. “Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP” en *Estudios Penales y criminológicos*, vol. XXVI, 2006, pp 321-353.

⁷ Mapelli Caffarena, B. “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, SL Civitas Ediciones, 4ª edición, Madrid, 2005. Página 253.

⁸ Las penas accesorias duran lo que dura la pena principal.

⁹ Sólo respetado por la literalidad del artículo 55 CP. En el artículo 56.2 CP se establece que lo dispuesto en su apartado primero se entiende sin perjuicio de que se apliquen otros preceptos del Código. Por tanto, su imposición es compatible con otras inhabilitaciones que está previstas en el Código.

¹⁰ No sólo duran lo mismo que la pena principal, sino que además su cumplimiento es simultaneo.

¹¹ De Lamo Rubio, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 214. Valeije Álvarez, I. “La regulación de las penas accesorias en el código penal de 1995”, en *ADPCP*, vol. LX, 2007, pp. 264-267; Valeije Álvarez, I., “La reforma del régimen de la accesoriadad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007”, en *La política criminal europea*, Álvarez García, F. J. (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 191-193. Valldecabres Ortiz, Mª I. “*Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*”, Vives Antón, T. S. (coord.), artículos 1 a 235, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 351.

comete alguno de los delitos del artículo 57.1 CP en relación con alguna de las víctimas recogidas en el art. 57.2 CP, aunque se tiene en cuenta el tipo de pena principal que se impone. Por ejemplo, si la pena impuesta es de prisión, entonces la pena de prohibición de aproximación no va a coincidir con el tiempo de la pena principal. La pena se aplicará durante el tiempo de prisión, así como por un tiempo superior dependiendo de los años de la condena. Podrá incluso superar por 10 años a la condena de prisión.

Dentro de las penas accesorias, las del artículo 48 CP -prohibición de acudir a determinados lugares o de residir en ellos, la de prohibición de aproximación y la de prohibición de comunicación- pueden calificarse como penas *sui generis*, por cuanto están asociadas a la comisión de determinados delitos. Según el artículo 57 del Código Penal, “*el juez o tribunal puede acordar, atendiendo a la gravedad del hecho o al peligro representado por el reo, la imposición de una o varias de las prohibiciones descritas en el contempladas en el 48*”. Se califican como penas *sui generis* porque, más que ante penas accesorias nos encontramos ante penas adicionales a la pena principal, de la que no dependen, así como tampoco coincide totalmente su duración con la de la principal. La imposición de estas penas accesorias, con carácter general, es facultativa, aunque, en los casos de vínculo de parentesco, convivencia o afectividad entre el reo y la víctima, es decir, alguna de las relaciones descritas en el artículo 57.2 CP, resulta obligatorio que se imponga la pena de prohibición de aproximación atendiendo al segundo apartado del artículo 57 CP¹².

Atendiendo al criterio de la gravedad de las penas, y en virtud del artículo 33 CP, las prohibiciones del artículo 48 CP, se considerarán penas graves cuando se impongan por

¹² Obregón García, A “Determinación de la Pena” en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*. Molina Blázquez (Coord.). Librería Bosch, Madrid, 2005, pp. 75-112.

un tiempo superior a 5 años; se considerarán penas menos graves cuando la pena se imponga por un tiempo entre 6 meses y 5 años; y se considerarán penas leves cuando tengan una duración entre 1 mes y 6 meses.

Tomando como referencia el bien jurídico afectado, el legislador califica claramente estas penas como penas privativas de derechos. Algunos autores las consideran una nueva categoría de penas privativas de libertad ya que, en cierto modo, también restringen la libertad del agresor.¹³ En este sentido, suponen la prohibición de residir en determinados lugares o de aproximarse a la víctima y otras personas y esto constituye una limitación de la libertad de movilidad del penado, así como de la libertad de residencia.

Una vez expuesta la naturaleza de las prohibiciones del artículo 48, procede el análisis del contenido de las penas previstas en dicho artículo y, en particular, de la prohibición de aproximación. Tal y como se ha indicado, el citado artículo recoge tres penas diferentes: la prohibición de acudir a un lugar o residir en un determinado lugar (art. 48.1), la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas (art. 48.2) y la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas (art. 48.3). Como también se ha señalado, las tres prohibiciones tienen por finalidad incrementar la eficacia de la prevención y represión de ciertos delitos, en concreto, delitos de violencia doméstica y de género, a través del alejamiento del reo respecto de la víctima o de sus allegados. Por ello, coloquialmente se utiliza la expresión “*penas de alejamiento*” para hacer referencia a las tres prohibiciones¹⁴. La separación de las penas trata de facilitar la imposición de aquella que realmente corresponda con la naturaleza del delito y que mejor se adecúe a las

¹³ Díez Ripolles, J.L. “La evolución del sistema de penas en España: 1975” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07, 2006, pp. 01 a 25.

¹⁴ Gonzalez, C. *La pena de alejamiento del art. 48*. Tesina de investigación presentada en la UAB, octubre, 2005, inédita.

circunstancias de cada caso.

A continuación, se procede a exponer brevemente el contenido de cada una de las penas, para luego centrar la atención en la pena de prohibición de aproximación que es la que constituye el objeto de este trabajo.

- Prohibición de acudir a un lugar o residir en un determinado lugar. Esta pena impide al condenado residir en el lugar donde se ha cometido el delito que constituya la actual de residencia de la víctima o de su familia, si ambos lugares son distintos, o bien acudir a dichos lugares¹⁵. Esta pena se asemeja a la antigua pena de destierro, cuyo objeto era impedir el acceso de un sujeto a determinado territorio. Su sentido actualmente es el de alejar al reo de la víctima o de sus allegados¹⁶.
- Prohibición de aproximación a la víctima, a sus familiares o a otras personas. Esta pena consiste en impedir al condenado que se aproxime a la víctima, a los familiares de la víctima o a aquellas otras personas que el juez o tribunal determine. Esto supone que el condenado no puede aproximarse a ningún lugar donde se encuentren estas personas, lo que incluye el lugar de trabajo, el domicilio, así como cualquier otro lugar que sea frecuentado por ellas¹⁷. Por ello, cabe decir que la pena de prohibición de aproximación tiene un doble contenido,

¹⁵ Obregón García, A “Determinación de la Pena” en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*. Molina Blázquez (Coord.). Librería Bosch, Madrid, 2005, pp. 75-112.

¹⁶ Acale Sánchez, M. “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor” en *“Mujer, violencia y derecho”* coord. por María Dolores Cervilla Garzón, Francisca Fuentes Rodríguez. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 104.

¹⁷ Llorca Ortega, J. *“Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 233.

de tipo personal y de carácter locativo¹⁸. Además, en el artículo 48.2 se establece que queda restringido el régimen de visitas, de comunicación y de estancia que se hubiera reconocido en sentencia civil respecto de los hijos hasta que se cumpla la totalidad de la pena. Aunque, es importante destacar que la pena de prohibición de aproximación no se impone, en un principio, respecto de los hijos salvo que se les agrede directamente. Son, a lo sumo, víctimas indirectas y, se le impondrá la pena de prohibición de aproximación en los casos en los que se cuestione su capacidad como padre¹⁹. En el caso de que los hijos sean víctimas directas o testigos de la misma, la pena de prohibición de aproximación sí que se impone al condenado respecto de los hijos, suspendiendo así cualquier tipo de aproximación o contacto con ellos haya o no sentencia civil estableciendo un régimen de visitas²⁰.

- Prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que el juez determine. Esta pena impide al condenado establecer contacto con las personas que el juez determine, ya sea por medios telemáticos, informáticos o por cualquier medio de comunicación. No se admite contacto escrito, visual o verbal.

Para finalizar con el contenido, considero importante señalar que la regla general es que el círculo de personas a la cual se refiere la prohibición se puede resumir en la víctima, su familia y cualquier otra persona que el juez determine. Por víctima directa, se entiende a toda persona física que ha sufrido algún daño o perjuicio sobre su persona o patrimonio,

¹⁸ Pérez Rivas, N. “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento” en *Dereito* Vol. 24, nº2, 2015, pp. 21-57.

¹⁹ Horno Goicoechea, P. “Atención a los niños y las niñas víctimas de la violencia de género” en *Psychosocial Intervention* vol.15 nº 3 Madrid, 2006. Pp. 307-316.

²⁰ Delgado Cordero, A. “*Alternativas para combatir la violencia doméstica*”. Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social, nº 10, 2002, pp. 167-173.

especialmente lesiones físicas o psíquicas y daños emocionales o perjuicios económicos directamente como consecuencia de la comisión de un delito²¹.

El artículo 48, por otro lado, no aclara qué personas se incluyen dentro del ámbito familiar por ello, atenderemos a las enumeraciones que el Código Penal hace en algunos artículos como el 23, 57.2, 153.1, 173.2, 268 o 454. Se puede interpretar que, como mínimo se incluyen los ascendientes, descendientes y hermanos del ofensor, ya sea por naturaleza o adopción. También se incluyen los menores que se hallen sujetos a la potestad, guarda, custodia, tutela o acogimiento del delincuente o del cónyuge o conviviente²². La extensión a los miembros de la familia no se limita a los casos en los que la víctima sobrevive al delito, sino que también puede acordarse en los casos en los que la víctima muere a consecuencia del delito²³.

Finalmente, remarcar que por cualquier otra persona se incluye el ámbito cuasi-familiar del agresor. Es decir, la violencia ejercida contra personas que por su especial vulnerabilidad o discapacidad requieren especial protección y, por eso, se encuentran bajo la guarda o custodia de centros públicos o privados. Respondiendo los guardadores del centro por cualquier acto violento que se comete sobre estas personas. Esto demuestra, claramente, la tendencia a la ampliación del ámbito de protección del delito de malos tratos para dar cabida a relaciones completamente ajenas a las afectivas o de parentesco.

²¹ Artículo 2.a de la Ley Orgánica 4/2015, de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

²² Faraldo Cabana, P. “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento” Artículo publicado en Puente Aba, L. M. (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, pp. 153-212.

²³ STS de 15 de abril de 1997 (nº 1997/2929) y STS 17 de abril de 1997 (nº 1997/2990).

2.3 Régimen general de aplicación facultativa

2.3.1 Delitos por los que se pueden imponer las penas del artículo 48 CP

Las penas contenidas en el artículo 48 CP y, entre ellas, la pena de prohibición de aproximación sólo está previsto que puedan ser impuestas por el Juez o Tribunal en relación con los siguientes delitos:

Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (artículo 57.1 CP)²⁴.

Se trata de delitos contra bienes jurídicos personalísimos, patrimoniales y socioeconómicos. Pese al extenso ámbito en el que, conforme al artículo 57, se puede aplicar la pena de prohibición de aproximación, es importante señalar que el precepto presenta ausencias imperdonables²⁵. Un claro ejemplo es que no se contempla la aplicación de esta pena para los delitos contra los derechos y deberes familiares. Estos delitos están recogidos en el Título XII del Código Penal Capítulo III sobre el quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio. A nuestro juicio deberían incluirse dentro del listado del artículo 57.1 los siguientes²⁶:

²⁴ Hay autores como Magro (2005, página 9) que apuntan que “en lugar de hacer mención a la expresión de ‘delitos de’, hubiera sido más adecuado hacer mención a los delitos incluidos en los títulos siguientes, que es lo que en realidad está describiendo y no los delitos estrictamente”.

²⁵ Pérez Rivas, N. “La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español” en *Revista Ius et Praxis*, nº2, 2016, pp. 91-124.

²⁶ Ríos Corbacho, J. M. “Delitos contra las relaciones familiares” (2010). Disponible en ocw.uca.es/pluginfile.php/82/mod_resource/content/1/TEMA_12.Delitos_contra_las_relaciones_familias.ppt

- La inducción directa y efectiva de menores o incapaces al abandono del domicilio. Artículos 223 a 225 CP.
- El abandono de familia, menores o incapaces. Artículo 225 bis, para los casos de incumplimiento de los deberes de asistencia e inherentes a la patria potestad, tutela, guarda y acogimiento familiar y, se incluye también, no prestar la asistencia sanitaria que la ley establece para descendientes, ascendientes y cónyuge. Y los artículos 229 a 231 CP que recogen los delitos de abandono de menores e incapaces, para que se considere abandono es necesario que estos se encuentren en una situación de desamparo.

Otro claro ejemplo donde dría tener sentido que se aplicase la pena de prohibición de aproximación es el de los delitos de matrimonios ilegales (artículos 217 a 219 CP). Dentro de los matrimonios ilegales encontramos, por un lado, la bigamia, delito que comete el sujeto que, a sabiendas, es decir, con dolo, vuelve a contraer matrimonio subsistiendo legalmente un matrimonio anterior. Por otro lado, la celebración de un matrimonio que no es válido recogido en el artículo 218 CP.

Otros delitos cuya inclusión el artículo 57.1 CP podría estar justificada son los de terrorismo²⁷, si bien el artículo 578, en relación con las conductas de enaltecimiento, justificación o de realización o participación en actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de delitos de terrorismo o de sus familiares, contempla expresamente la imposición de la pena de prohibición de aproximación.²⁸

²⁷ No fue hasta el año 2005 cuando se impone por primera vez la pena de prohibición de aproximación sobre un delito de terrorismo. Fue en la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 diciembre (nº 54/2005), precedida por la petición del entonces Alto Comisionado para las Víctimas del Terrorismo, Gregorio Peces-Barba, dirigida al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, el 19 de diciembre de 2005.

²⁸ Resultaría más adecuado que la previsión de la aplicación de la pena de prohibición del artículo 48 –en cualquiera de sus modalidades– al delito de terrorismo estuviese contemplada en el propio art. 57 CP. De esta opinión Souto (2013), p. 180.

En principio no se impondrá esta pena en los casos en los que los delitos carezcan de víctima, en los que el peligro sea abstracto o en aquellos en los que se lesione un bien jurídico colectivo²⁹ o supraindividual.

Para concluir, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 (nº 1023/2009), 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 se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro 'sin causarle lesión', constitutiva de delito.

En relación con esta cuestión, la Fiscalía General del Estado aboga por la inclusión en el artículo 57.1 CP de una cláusula que permita a los jueces y tribunales imponer una o varias de las prohibiciones recogidas en el artículo 48 CP para cualquier delito en el cual estimen necesaria esta pena, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente representa³⁰.

2.3.2 Criterios para su imposición

²⁹ Aunque en la Memoria FGE, (*Memoria elevada al gobierno de S.M presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 2006, pp. 645-646), se aboga también por su extensión a los delitos de incendios forestales.

³⁰ Fiscalía General Del Estado, *Memoria elevada al gobierno de S.M presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 2006, pp. 645 a 646.

En relación con los delitos previstos en el artículo 57.1, los jueces habrán de adoptar la decisión de si aplican o no alguna o varias de las penas del artículo 48, justificando su decisión atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente para la víctima.

La gravedad de los hechos se valora teniendo en cuenta aspectos *como “el mayor o menor desvalor de la acción u omisión, el resultado lesivo, el grado de culpabilidad del agente o las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran”*³¹. Respecto a la peligrosidad, la jurisprudencia reitera, que no se trata de la subjetiva o personal del agresor, es decir, no es la peligrosidad de comisión de futuros delitos, *“sino la peligrosidad objetiva que es inherente al riesgo material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia”*³². La imposición de esta pena debe ser acordada en los casos en los que, aunque no concurra un riesgo de que el agresor vuelva a cometer otro delito, la proximidad del agresor puede suponer el quebrantamiento de otros derechos de la víctima³³.

Esta interpretación está respaldada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo (nº 369/2004), donde se 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.

³¹ Faraldo Cabana (2008), página 60; Alcalá Sanchez (2006), páginas 318 a 319; Pozuelo (1998), páginas 70 a 71. Por el contrario, autores como García Alberó (2011), p. 522, interpretan esa referencia a la gravedad de los hechos como referida a la propia calificación del delito, sirviendo como criterios para su valoración de la naturaleza y extensión de la pena que lleve aparejada el hecho cometido.

³² STS de 22 de septiembre del 2000 (nº 1429/2000).

³³ Favorables a esta perspectiva victimológica se muestran, entre otros, Otero (2008), p. 38; Subijana (2006), p. 135; Mapelli (2005), p. 219; Serrano (2002), p. 738.

En este sentido, procede destacar que la imposición de estas prohibiciones sólo está justificada si el peligro procede del agresor, y no de la reacción de la víctima o de sus familiares. De lo contrario, se podría considerar que se está desvirtuando el objetivo inmediato que persiguen (la protección de la víctima), resultando, por otro lado, inefectivas. Ciertamente, nada le impide a la víctima quebrantar el espacio de seguridad (cubierto por la prohibición) con total impunidad. En los casos en los que el peligro derive de la víctima y su entorno, corresponderá al propio agresor, así como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, velar por su seguridad³⁴.

También debe tenerse en cuenta, para su imposición, como se recoge en la Circular FGE 2/2004³⁵ datos como la situación económica del inculcado, su estado de salud, su situación familiar y su actividad laboral. Respecto a la actividad laboral, se debe tener en cuenta su posibilidad de continuación en el trabajo durante el cumplimiento de la pena, así como una vez finalizada, dato clave a efectos de que pueda satisfacer la responsabilidad civil a la que se le ha condenado³⁶.

Se puede plantear si para la imposición de las penas deben concurrir los dos requisitos (la gravedad del hecho y la peligrosidad del delincuente) o si es suficiente con que el juez aprecie uno de ellos. Para algunos autores deben valorarse conjuntamente³⁷. Para otro

³⁴ Pérez Rivas, N. “La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español” en *Revista Ius et Praxis*, nº 2, 2016, pp. 91 a 124.

³⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/2004 de 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

³⁶ SAP de Granada de 7 de julio del 2008 (nº 426/2008).

³⁷ Souto García, E. M., “Las prohibiciones de residir en determinado-dos lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 9, 2013, pp. 186 y 190; FARALDO (2008), página 85.

sector de la doctrina, es suficiente con que concurra cualquiera de los dos para su imposición³⁸. Aunque, como apunta García Albero:

Esta alternativa 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 víctima³⁹.

Por último, a pesar de que carece de apoyo legal para requerirlo, el órgano judicial debe verificar con la víctima y aquellas personas que deben ser protegidas, tanto la necesidad de la adopción de la pena, como el modo en el cual se haya de establecer la prohibición de residencia, de aproximación, de comunicación–, sin que su opinión vincule a aquél⁴⁰.

2.3.3 Duración

La duración de estas penas se habrá de establecer conforme a las reglas, un tanto complejas, del artículo 57. Según el mismo, si el delito cometido es grave, la pena se podrá acordar por una duración de hasta diez años; si se trata de un delito menos grave la duración podrá ser de hasta cinco años; si se ha cometido un delito leve la pena podrá ser de hasta seis meses.

No obstante, si el delito conlleva pena de prisión, la pena accesoria tendrá una duración entre uno a diez años superior a la de prisión atendiendo al grado de gravedad del delito.

En caso de que sea un delito menos grave la duración será de uno a cinco años superior

³⁸ STS de 15 de julio del 2005 (nº 935/2005).

³⁹ García Albero, Ramón, “Artículo 57 CP”, en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, página 475.

⁴⁰ La STS de 25 de mayo de 1998 (nº 784/1998), 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*”.

al tiempo de pena de prisión. La pena de prisión y la/s accesoria/s impuestas conforme al artículo 57 CP se cumplirán necesariamente de forma sucesiva y simultánea por el condenado, de tal manera que la prohibición se encuentre vigente durante el cumplimiento de la pena de prisión -en particular durante las salidas al exterior del penado-, así como también durante un tiempo después del cumplimiento definitivo de la pena de prisión. De este modo, en caso de que la pena privativa de libertad que haya de cumplir el penado sea de 30 años, la pena accesoria podrá alcanzar los cuarenta años de cumplimiento efectivo⁴¹.

A la hora de establecer la duración de la pena de prohibición de aproximación se tiene en cuenta la pena principal impuesta, es decir, la menor o mayor gravedad del delito cometido, así como las características del sujeto activo, es decir, su peligrosidad⁴².

Finalmente, respecto a la duración, para concretar la pena dentro de los límites mínimos y máximos se atiende a la gravedad de la infracción penal cometida. Así mismo, la jurisprudencia está valorando, entre otros aspectos, la reiteración de los actos del sujeto activo y los delitos por los que se le ha condenado⁴³.

⁴¹Valeije Álvarez, I. “Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP” en *Estudios Penales y criminológicos* Vol. XXVI, 2006, pp. 321-353.

⁴² Bolea Bardón, C. “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 02, 2007, pp. 1 a 26.

⁴³ SAP de Murcia de 26 de mayo del 2005 (nº 2005/230088), donde se atiende a “*la reiteración de conductas del acusado, la existencia de una anterior condena por amenazas a la madre, la suspensión del régimen de visitas a los hijos en el proceso matrimonial después del informe de la psicóloga de esta Audiencia donde se pone de manifiesto que Noelia tiene miedo del padre y se siente huérfana de dicha figura y el agravamiento de los miedos de la hija al padre por los últimos sucesos*” para establecer la condena.

2.4 Régimen de aplicación obligatoria

Si bien con carácter general las penas contenidas en el artículo 48 CP son de aplicación facultativa por parte de los jueces y tribunales, la pena de prohibición de aproximación se habrá de aplicar obligatoriamente cuando cualquiera de los delitos mencionados en el apartado 1 del artículo 57 CP -homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico- se cometa contra alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 de dicho precepto, esto es:

Contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados.

La expresión recogida en el artículo 57.2 “*se acordará, en todo caso*” hace obligatoria, por parte del Juez, la imposición de la pena de prohibición de aproximación siempre que se dicte una sentencia condenatoria. La especial protección que se brinda a los sujetos mencionados en el artículo 57.2 se ha justificado en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran esas personas, así como a su especial relación con el reo, ya sea por vínculo de parentesco, afectividad o convivencia.

Con la inclusión de la obligatoriedad de imposición de la pena de prohibición de aproximación en determinados casos se pretende limitar el arbitrio judicial. La intención

es luchar contra la actitud que presentaban jueces y tribunales, de abstenerse de imponer esta pena cuando se encontraban con casos de violencia doméstica⁴⁴. La obligatoriedad supone que los jueces y tribunales deben imponer esta pena cuando se cometa alguno de los delitos recogidos en el artículo 57.1 CP. Actualmente su aplicación se ha extendido a un gran número de delitos cometidos contra un gran número de personas⁴⁵, dentro del ámbito familiar o cuasi-familiar, esto no permite la adecuada adaptación de las penas a las diferentes situaciones que se pueden derivar de estos delitos⁴⁶.

Esta imposición obligatoria parece obedecer a una presunción “*iuris et de iure*”⁴⁷ del legislador de que la proximidad entre el agresor y la víctima u otras personas supone un peligro objetivo que es necesario evitar⁴⁸.

Se podría argumentar que la presunción del legislador en el ámbito familiar es infundada, ya que, el perdón y la reconciliación son la base de toda relación familiar. Además, es importante señalar que no todos los delitos mencionados en el artículo 57.1 implican violencia o intimidación, como es el caso del apoderamiento de secretos, ni todos dan lugar a una ruptura del vínculo de afecto entre la víctima, u otras personas, y el agresor, como sucede en el caso del homicidio de uno de los progenitores a petición⁴⁹.

La obligatoriedad de la imposición hace innecesario analizar los criterios de aplicación

⁴⁴ Pérez, Rivas, N. “La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español” en *Revista Ius et Praxis*, nº 2, 2016, pp. 91 a 124.

⁴⁵ García Albero, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), 4ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 409.

⁴⁶ Carlson, N., Nidey, F. J., “Mandatory Penalties, Victim Cooperation, and the Judicial Processing of Domestic Abuse Assault Cases”, en *Crime & Delinquency* Vol. 41, Nº.1, 1995, pp. 142-143.

⁴⁷ Subijana Zunzunegui, J. I., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006, página 139.

⁴⁸ SAP de Sevilla de 15 de diciembre del 2005 (nº 141/2006).

⁴⁹ Faraldo Cabana, P. “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento” Artículo publicado en *PUENTE ABA*, L. M. (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, páginas. 153-212.

de la pena ya que no se ha de seguir ninguna pauta⁵⁰. Únicamente se siguen criterios para estipular la duración de la pena, la cual será mayor en función de la gravedad del delito y la peligrosidad del agresor. En la práctica se observan muchos problemas, situaciones que, en palabras de la Fiscalía General del Estado, “*chocan con el sentido común*”. Este choque se produce debido a que, como advierte el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, una imposición obligatoria puede suponer un aumento de los delitos de quebrantamiento de condena. Sobre todo, en los casos en los que produciéndose un único o aislado episodio de conducta violenta dentro del ámbito familiar⁵¹. En estos casos la “*víctima y agresor no sólo no deberían interrumpir espontáneamente la convivencia, sino que tampoco debería acordarse judicialmente la pena de alejamiento de la víctima por tratarse de hechos que no denotan una conducta objetivamente peligrosa*” (FGE, 2005).

Por todo esto, se propuso en la memoria de 2005⁵² añadir al art. 57.2 CP una cláusula del siguiente tenor: “no obstante, el Juez o Tribunal sentenciador podrá dejar de imponer tal pena en supuestos excepcionales”, lo que en la práctica equivale a proponer que la pena vuelva a ser de imposición potestativa, al igual que ocurre en el régimen general.

El objetivo de la ley, como ya hemos comentado, es imponer la prohibición de aproximación con intención de velar por la protección de la víctima. Pero, la obligatoria imposición conlleva unas consecuencias jurídicas muy graves tanto para el condenado

⁵⁰ Subijana Zunzunegui, J. I., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006, p. 139.

⁵¹ Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/2004 de 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Página 436.

⁵² Fiscalía General Del Estado, *Memoria elevada al gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón*, Madrid, 2005, pp. 601-602.

como para la víctima y la familia⁵³. Generalmente no se prevé ni audiencia, ni petición de la persona a proteger, ni se atiende a las solicitudes de levantamiento o sustitución de la pena por parte del protegido⁵⁴. El juez debe adoptar la pena independientemente de que la víctima lo considere necesario, útil o deseable. Todo esto puede hacer pensar que las penas no están a disposición de la protección de las víctimas, sino que lo que prima es el interés estatal en reducir la violencia de género y doméstica⁵⁵.

Los jueces y tribunales son los que establecen a qué personas el condenado no puede acercarse. Estos deberán imponer siempre esta pena cuando se cometa alguno de los hechos delictivos del artículo 57.1 CP en relación con una de las víctimas recogidas en el 57.2 CP, independientemente de la peligrosidad del autor. A ellos corresponderá establecer, a qué personas se protege, la duración de la pena y la posible combinación y evolución de las restricciones⁵⁶.

⁵³ Olaizola Nogales, I. “Violencia de género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria” en *Estudios penales y criminológicos*, volumen XXX (2010), páginas 269-316.

⁵⁴ Magro Servet, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, en *La Ley 2005-4*, pp. 1697-1708.

⁵⁵ Davis, R. C./ Smith, B., “Domestic Violence Reforms. Empty Promises or Fulfilled Expectations?” en *Crime & Delinquency*, vol. 41, n.º.4, 1995, p. 547

⁵⁶ Calvo García, M. “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género” en *Cuadernos penales* José María Lidón, n.º 2, 2005, pp. 17 a 54.

3. ALCANCE DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN. CONCEPTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

La violencia doméstica supone un gran problema social en España. La mayoría de las víctimas que encontramos son mujeres⁵⁷, esto no significa que sean las únicas, pero sí que tienen un mayor protagonismo para el legislador que intentará asegurar concretamente su protección mientras que la protección de las demás personas será más general⁵⁸.

Por violencia doméstica se entiende cualquier acto de violencia, tanto psicológico como físico, que se realice contra una persona que sea o haya sido cónyuge o con la que se haya mantenido alguna relación análoga de afectividad, con o sin convivencia así como la violencia que se ejerza sobre los descendientes, ascendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad de la víctima, así como sobre menores o incapaces que por su vulnerabilidad convivan con el agresor o que se encuentren sujetos a tutela, curatela, acogimiento o guarda del agresor o de su cónyuge o conviviente. También incluye aquellos que por su especial vulnerabilidad están sometidos a la guarda o custodia de un centro (ya sea público o privado) respecto del encargado de atender a esta persona. Es decir, el círculo de sujetos pasivos se deriva del artículo 173.2 CP, al cual se remiten varios preceptos del Código Penal, siendo coincidente con aquel en relación con el cual el artículo 57.2 establece la obligación de imposición de la pena de prohibición de aproximación.

⁵⁷ Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género Año 2012 de 5 de diciembre de 2013. Realizado por el Instituto Nacional de Estadística. Por el cual se recoge que del total de víctimas de violencia doméstica 4.510 son víctimas mujeres y 2.788 hombres.

⁵⁸ Carbonell M., González Cussac, *Comentarios al CP 1995*, 1996, p. 801; Olmedo Cardenete, El delito de violencia habitual, 2001, páginas 37 ss.; Rodríguez Mesa, PJ 62, 2001, pp. 89 ss. Castelló Nicás, *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, en Morrillas (coord.), 2002, pp. 63 ss.; Morrillas Cueva, *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, en Morrillas (coord.), 2002, pp. 669 ss.

Recuérdese que la imposición preceptiva de la pena de prohibición de aproximación está prevista para los supuestos de comisión de los delitos recogidos en el artículo 57.1 CP cuando entre los sujetos activo y pasivo del correspondiente delito medie alguna de las relaciones típicas recogidas en el artículo 57.2 CP. En consecuencia, se requiere que el agresor y la víctima mantengan una relación familiar o de convivencia. La finalidad de esta pena en los casos de violencia doméstica es tratar de evitar que la visión del infractor aumente el daño, en este caso, el dolor y miedo que se produce al cruzarse con el infractor⁵⁹. Lo que se pretendía, al imponer esta pena obligatoriamente, era aumentar la protección y dar una respuesta correcta a las víctimas y a los convivientes del agresor de la llamada “*violencia doméstica*”⁶⁰.

En el marco del artículo 57.2 CP se pueden distinguir tres tipos de relaciones típicas entre el agresor y la víctima:

- a) Toda víctima que se encuentre integrada en el ***núcleo de convivencia familiar del autor***. Es decir, hijos, padres, abuelos, suegros, hermano, cónyuge, etc. Se incluye como familiar todo aquel con el que se tenga una relación de consanguinidad hasta segundo grado. Incluyendo asimismo a todo aquel que se encuentre bajo la guarda, custodia, tutela o curatela del agresor.⁶¹ Se incluye aquí a los ascendientes, descendientes y hermanos tanto del agresor como de la pareja cuando estos hayan sido víctimas directas o hayan sido testigos de la violencia durante su convivencia con el agresor⁶². No es necesaria la convivencia con ascendientes, descendientes

⁵⁹ Mayordomo Rodrigo, V. “Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos” en *Eguzkilo*, nº23, San Sebastián, 2009, pp. 261-268.

⁶⁰ Mayordomo Rodrigo, V. “Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos” en *Eguzkilo*, nº23, San Sebastián, 2009, pp.261-268.

⁶¹ Alcalá Sánchez, M.” Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos incluido el familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 15 (2005), páginas 11-54.

⁶² STS de 30 de septiembre del 2015 (nº 568/2015).

y hermanos por afinidad o adopción, sean estos propios del agresor o del cónyuge a pesar de que esta convivencia sí que se exige para menores o incapaces no familiares⁶³. En el núcleo de convivencia familiar, es importante destacar, que no es necesario que haya una relación de consanguineidad, sino que también puede considerarse violencia doméstica, la ejercida sobre o una empleada del hogar interna o compañero de piso⁶⁴.

- b) *Toda persona que haya sido cónyuge o haya mantenido una relación de afectividad* con el agresor, aunque no exista o haya existido convivencia con el mismo⁶⁵.
- c) Toda *persona especialmente vulnerable* que esté *sometida* como consecuencia a *la guarda o custodia de un centro* (ya sea público o privado), en relación con el encargado de atender a esta persona⁶⁶.

El Código Penal contiene previsiones específicas en materia de violencia de género y doméstica en los siguientes artículos:

- Artículo 148. 4 y 5. Lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico. Agravación para los supuestos de violencia de género (cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia) y también para los casos de

⁶³ Véase sentencia de la SAP de Guipúzcoa de 13 de febrero del 2007, SAP de Pontevedra de 10 de enero del 2007, SAP Granada de 8 de marzo del 2007, SAP Albacete de 7 de diciembre del 2006, 20 de febrero del 2007 y 16 de octubre del 2006, SAP Lugo de 28 de noviembre del 2006, SAP Girona 9 de febrero del 2005. Así como la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2003.

⁶⁴ Tamarit Sumalla, en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo 1, Quintero (dir.) / Morales (coord.), 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 268 ss.

⁶⁵ Queralt Jiménez, J., “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, en *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Montalban Huertas, I. (coord.), CDJ, Madrid, pp. 142 a 180.

⁶⁶ Montaner Fernández, R. El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. En *Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, 2007, pp. 6 a 26.

víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor.

- Artículo 153. Lesiones que no requieran tratamiento médico o quirúrgico y maltrato de obra, con previsiones específicas para violencia de género y doméstica.
- Artículos 171 y 172. Amenazas y coacciones de carácter leve, con previsiones específicas para violencia de género y doméstica.
- Artículo 173.2. Delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico.
- Artículo 173.4. Injuria o vejación injusta de carácter leve, en el ámbito de la violencia doméstica
- Artículo 197.7. Divulgación de imágenes o vídeos que menoscaben la intimidad de la persona de manera grave a un tercero sin el consentimiento de la víctima, por cualquier medio audiovisual, como imágenes o videos. Con agravante cuando la víctima sea cónyuge o una persona que esté o haya estado vinculada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o, cuando la víctima fuera menor de edad o discapacitado con necesidad de una protección especial.

Sin embargo, la pena de prohibición de aproximación resulta preceptiva no sólo en estos delitos sino en cualquiera de los delitos previstos en el artículo 57.1 CP siempre que se cometan sobre una de las víctimas contempladas en el artículo 57.2 CP. Es decir, los delitos sobre los que se impone preceptivamente esta pena son de muy diversa gravedad.

4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA OPCIÓN POR LA OBLIGATORIEDAD

4.1 Constitucionalidad de la obligatoriedad

La pena de prohibición de aproximación recogida en el artículo 48.2, como ya se ha reiterado, es de obligada aplicación para los casos en los que se cometa alguno de los delitos enumerados en el artículo 57.1 en relación con alguna de las víctimas del 57.2. La obligatoriedad se introdujo tras la reforma del Código penal de 2003 (LO 15/2003, de 25 de noviembre). Esta obligatoria imposición ha generado que se planteen distintas cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁶⁷. Podemos encontrar Sentencias de dicho tribunal donde se plantea si la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación del artículo 48.2 respecto de los delitos recogidos en el artículo 57.1 CP cuando se comete sobre alguna de las personas recogidas en el artículo 57.2 es o no inconstitucional. La finalidad de este apartado será estudiar estas sentencias, recogiendo los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta obligatoria imposición.

Por un lado, procederemos a introducir los argumentos que se han esgrimido a favor de la inconstitucionalidad. Tras la entrada en vigor del artículo 57.2 CP y la obligatoriedad de imposición de la pena de prohibición de aproximación, los distintos Órganos Judiciales plantearon cuestiones de inconstitucionalidad. Cabría destacar un auto que, aunque inadmitido a trámite por defectos en la tramitación, recoge a la perfección el planteamiento de inconstitucionalidad de este artículo. Es el auto del Juzgado de lo penal de Arenys de Mar (Barcelona) del 10 de enero de 2005 (nº 640/2005). El juez de lo penal

⁶⁷ Muñoz Clares, J.: "Artículo 153 y artículo 173 del Código penal. Los delitos "resumen". Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005", en *Revista General de Derecho penal*, nº 4, 2005.

plantea la inconstitucionalidad del contenido de los artículos 57 y 48 del Código Penal que regulan la pena accesoria de prohibición de aproximación. Basa su cuestión en que la consecuencia jurídica de esta norma al actuar en contra de la víctima podría infringir algunos preceptos de índole constitucional:

Primero, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ya que la obligatoria imposición no tiene en cuenta ni el principio de personalidad de las penas ni el principio de la legalidad penal (artículos 24-2 y 25-19 de la Carta magna) pues dicha víctima o persona protegida no ha cometido delito alguno y ve limitado su derecho al libre desarrollo de la personalidad al no poder acercarse a su cónyuge o compañero o a sus ascendientes o descendientes (artículo 10-19 CE). Además, se le impide su autodeterminación personal, limitando así su libertad. Se vulnera el derecho a la dignidad al no respetarse su vida privada y, finalmente, se vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva ya que la víctima o persona que se ve protegida por esta pena no puede defenderse ante la imposición de esta⁶⁸. Imponiéndole a la víctima, por tanto, la carga de la prohibición legal sin haber cometido ésta ningún delito⁶⁹.

Segundo, se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, por tres razones: a) el artículo 57.1 CP ya permite imponer esta prohibición si se estima conveniente para la protección de la víctima, incluso en contra de su propia voluntad, atendiendo a la gravedad del hecho y a la peligrosidad del agresor; b) los fines que se predicen de dicha prohibición chocan con su aplicación automática al no tenerse en cuenta las necesidades

⁶⁸ Faraldo Cabana, P. “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento” Artículo publicado en PUENTE ABA, L. M. (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, pp. 153-212

⁶⁹ Ruiz Vadillo, E., en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.), *Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997.

de protección de la víctima, y c) se elimina toda posibilidad de que el juez pueda adecuar la pena a las necesidades de protección de cada caso concreto.

Tercero, el juez hace mención a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional que establece que la libertad personal (artículo 17 CE) es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho, este principio tiene la importancia de reconocer la autonomía de la persona, que sea la persona la que tome sus decisiones entre las diferentes opciones que tiene. Esto significa, que el Estado no puede imponer una opción a la fuerza mermando la voluntad de la víctima para elegir y actuando en contra de su libertad individual sin fundamento en la aceptación personal del individuo.

Finalmente, también alude a la infracción del derecho a la libertad de elegir residencia, el derecho a circular libremente por el territorio nacional (artículo 19.1 CE) y el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1, en relación con los artículos 10 y 1.1 CE). Además, este juez califica la obligatoria imposición como inconsecuente y caprichosa al no tener en cuenta la voluntad de la víctima, desvirtuando así el sentido de la norma originaria. Alega que el deber del legislador es el de redactar leyes de forma racional eliminando las arbitrariedades, no tiene sentido que se obligue a aplicar esta prohibición si no es con fines preventivos y cautelares de proteger a la víctima del delito.

Por otro lado, procedemos a introducir ahora argumentos a favor de la constitucionalidad de dicha imposición obligatoria. La primera sentencia⁷⁰ a la que haré referencia es la STC de 7 de octubre de 2010 (nº 60/2010), esta es la más importante en relación con el artículo 57.2 CP. Tras la reforma del Código Penal, es de obligatoria imposición la pena de

⁷⁰ Planteada por el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid.

prohibición de aproximación y la suspensión del derecho a visitar a sus hijos cuando se comete alguno de los delitos del artículo 57.1 CP en relación con alguna de las víctimas del art. 57.2 CP. Se plantea al Tribunal Constitucional el problema de su aplicación inmediata en relación sobre todo a la falta de consideración de la gravedad y la peligrosidad como criterio general de decisión atendiendo a las relaciones de carácter personal y familiar que tienen víctima y agresor.

Primero, el Tribunal Constitucional dicta un fallo desestimatorio de dicha Cuestión de Inconstitucionalidad. Argumenta que no se restringen los derechos de la víctima al imponer obligatoriamente la pena de prohibición de aproximación recogida en el artículo 57.2 CP, sino que la pena se impone exclusivamente al agresor y es a este a quien se restringen los derechos. En todo caso, la restricción de los derechos de la víctima son consecuencia de la naturaleza de la pena, pero no es una consecuencia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre la víctima. Además, el Tribunal entiende esta pena como una protección a la víctima y, esta, así mismo, puede ser oída y participar en el proceso ya que goza de todas las garantías y derechos de todos los procesos judiciales, entre los que se encuentran estos.

Segundo, respecto a la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas al imponer la prohibición de aproximación obligatoriamente el Tribunal Constitucional reconoce que se produce una vulneración de los derechos de libre circulación y residencia del agresor recogidos en el artículo 19 de la Constitución Española. Reconoce que también influye en el libre desarrollo de la personalidad tanto del agresor como de la víctima. Pero, el Tribunal entiende que tales restricciones están legitimadas constitucionalmente ya que persiguen preservar bienes que la Constitución protege y, por

tanto, la pena es legítima y no vulnera el principio de proporcionalidad.

Finalmente, la segunda Sentencia a destacar es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2010 (nº 81/2010). En esta sentencia vuelve a plantearse ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código Penal. Se plantea, al igual que en la sentencia 60/2010, la vulneración del principio de proporcionalidad y de personalidad de las penas. Así mismo, se plantea la vulneración del derecho a la intimidad familiar, la libertad de circulación y residencia y la prohibición de indefensión. El Tribunal en este caso no entra a valorar la cuestión, se limita a desestimarla alegando que es una cuestión ya resuelta en la Sentencia 60/2010.

4.2 Efectos del consentimiento de la víctima en relación con el incumplimiento de la pena

Uno de los problemas que plantea la imposición de la pena de prohibición de aproximación, sobre todo cuando ésta se acuerda preceptivamente por delitos cometidos en el ámbito de relaciones afectivas o de convivencia familiar, es el del incumplimiento de esta por parte del penado, pero contando con la anuencia de la víctima del delito.

El tema por tratar en este apartado es el problema que se produce cuando la víctima a la que se protege, a través de la prohibición de aproximación, decide mantener contacto íntimo, ya sea esporádico o regular, o decide rehacer la vida común con el condenado. En una sentencia condenatoria donde el Juez impone como penas accesorias las prohibiciones recogidas en el artículo 48 CP, ya sea a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia víctima, se impide que se retome el contacto entre la víctima y el agresor.

Cuando la víctima decide retomar el contacto con su agresor, se produce una diferencia de criterio entre esta y el Juez ya sea porque la víctima quebranta la sentencia al aproximarse voluntariamente al condenado o porque incita al condenado a que quebrante su sentencia.

Cuando se produce un quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximarse el artículo 468.1 CP establece que se castigará con una multa de doce a veinticuatro meses. Esta regla general tiene como excepción los casos en los que la pena se ha impuesto como consecuencia de un delito de violencia familiar o de género contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP. De ser así, la sanción que se impone es de prisión de seis meses a un año (artículo 468.2 CP).

Se producen, en este punto, dos debates en torno al consentimiento de la víctima a que se quebrante la pena de prohibición de aproximación. Primero, la responsabilidad del agresor que, ya sea influenciado o no por la víctima, incurre en un quebrantamiento de su condena. Segundo, la responsabilidad de la víctima que otorga su consentimiento o incita a que el condenado quebrante la pena de prohibición de aproximación.

Comenzaremos exponiendo argumentos a favor de la responsabilidad del condenado.

Primero, se debe señalar que el consentimiento de la víctima no permite que se exonere la responsabilidad penal del autor⁷¹, aunque una parte de la doctrina defiende que en los casos en los que el encuentro se produce por casualidad, cuando el encuentro no se planea y no supone un peligro físico ni psíquico para la víctima, debería darse una simple

⁷¹ STS de 13 de junio del 2009, (nº 755/2009).

agravante del régimen de ejecución de la pena. Por ejemplo, que se le imponga el control electrónico recogido en el artículo 48.4 CP⁷². En caso de que se perturbe o inutilice el funcionamiento del dispositivo de control se castigará al sujeto con la pena de multa de seis a doce meses recogida en el artículo 468.3 CP.

Segundo, la jurisprudencia ha remarcado que no se exonera la responsabilidad del agresor, en ningún caso, ni siquiera en los casos en los que el encuentro se produce por casualidad. No se tienen en cuenta las incidencias en la formación de la voluntad que pueden haber causado que el agresor quebrante la condena impuesta, es decir, el agresor que quebranta una condena con dolo es responsable y será condenado en consecuencia, aunque su actuación se como consecuencia del consentimiento de la víctima⁷³.

Finalmente, una solución que se está llevando a cabo en los juzgados es la de reducir al máximo la duración de la pena de prohibición de aproximación cuando la víctima no quiere que se imponga esta pena. Esto se debe a que en el art. 57.2 CP no se expresa cual es la duración mínima que debe tener dicha pena, sólo indica la duración máxima de dicha pena, siendo la duración máxima diez años. Algunos jueces, por tanto, optan por imponer de pena sólo algunos días, aunque, esta solución es sólo posible cuando la pena principal impuesta no es de prisión.

Procedemos ahora a exponer los argumentos en contra de la responsabilidad del agresor que quebranta su condena como consecuencia del consentimiento de la víctima:

⁷² Faraldo Cabana, P. (2010): “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, en PUENTE ABA, L., *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal punitivista* (Granada, Comares), pp. 153-212.

⁷³ SAP de Tarragona de 14 de mayo del 2007 (nº 180/2007).

Primero, la doctrina critica que se castigue automáticamente todo incumplimiento de la pena de prohibición de aproximación⁷⁴, teniendo en cuenta que no todo incumplimiento es igual de grave, así como algunos provienen del consentimiento de la víctima⁷⁵.

Segundo, sentencias como la SAP de Barcelona de 15 de abril (nº 346/2005); SAP de Barcelona de 20 de abril (nº 255/2005); SAP de Huesca de 18 de noviembre (nº 188/2005); SAP de Madrid de 13 de marzo (nº 139/2006); SAP de León de 16 de marzo (nº 102/2006). Hay que entender que el art. 468 —delito de quebrantamiento de condena— no protege únicamente a las víctimas de los delitos del art. 57.1 CP. Sino que protege también el respeto a las decisiones judiciales, por lo que no se puede otorgar relevancia al consentimiento de la víctima hasta el punto de destipificar la conducta del infractor. Por ello, afirman estas sentencias que la solución ha de venir dada por el error de prohibición, es decir, al obtener permiso de la víctima entiende el condenado que su actuación es legítima sin saber que su actuación sigue estando prohibida. Por tanto, estas sentencias entienden que la actuación del agresor estaría justificada por el error de prohibición al obtener el consentimiento voluntario de la víctima⁷⁶.

⁷⁴ Benítez Jiménez, M^a J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 CP”, en Villacampa Estiarte, C., *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-216.

⁷⁵ Benítez Ortúzar, I. F., “Quebrantamiento de la pena de alejamiento y prohibición de acercamiento o comunicación en delitos relacionados con la violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad”, en Fernández Pantoja, P. y Cruz Blanca, M^a.J. (coords.), *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 188; Torres Rosell, N., “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal”, en Jimenez Díaz, M^a.J. y Castelló Nicás, N., *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 247; García Alibero, R., «Del quebrantamiento de condena», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 2284.

⁷⁶ Sobre las distintas soluciones jurisprudenciales, incluidas las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Díaz Santos, RDPP 21, 2009, pp. 13 ss.

Finalmente, habría que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo con fecha del 26 de septiembre de 2005. En esta Sentencia el Tribunal decide absolver al acusado del delito de quebrantamiento de la prohibición de aproximación como medida cautelar prevista en el art. 468.2 en base a la siguiente doctrina:

Si la víctima o la beneficiaria de la medida de alejamiento consiente tener relación con el sometido a ella no hay tipo penal, pues, dice la sentencia, hay que compatibilizar la naturaleza pública de la medida con el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimándose en todo caso que la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio de que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener de nuevo otra medida de alejamiento.

No obstante, en relación con la prohibición de aproximación como pena, reitera la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no se tendrá en cuenta la voluntad de la víctima para la condena al agresor por quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximación. Esto se recoge muy claramente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio, número 755/2009, por la cual el Tribunal fundamenta la irrelevancia del consentimiento en cuatro razones principales:

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 promesas⁷⁷.

⁷⁷ 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.

Procedemos ahora a tratar la responsabilidad de la víctima. En este debate se plantea si ésta responde penalmente o no por incitar u otorgar su consentimiento para que el agresor quebrante la pena de prohibición de aproximación.

Por un lado, si consideramos que la víctima es responsable del quebrantamiento de condena, el único artículo que podría aplicársele en todo caso sería el 470 CP. Pero, el Código Penal en su artículo 470 recoge la sanción al tercero que facilita la evasión de un condenado del lugar en que se encuentra recluido y, por tanto, no sería de aplicación este artículo ya que no recoge la evasión de las penas del artículo 48, sino que recoge la ayuda a evadir una condena privativa de libertad. Pero, hay Sentencias, aunque puntuales, donde se condena a las víctimas como inductores o cooperadores necesarios del delito de quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximación⁷⁸.

Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el quebrantamiento no es antijurídico en los casos en los que el beneficiario de la protección considera que no hay peligrosidad. El planteamiento de que el quebrantamiento no es antijurídico⁷⁹, se basa en que ya no se lesiona ningún bien jurídico puesto que la pena habría perdido su razón de ser.

La tesis mayoritaria de la doctrina es la de la impunidad de la intervención de la víctima, trayéndose a colación dos argumentos principales: a) el de que a la víctima no se le puede castigar por la realización de una actuación que no tiene prohibido y, b) las formas en las

⁷⁸ Entre otras, SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2010 (nº 3/2010); SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2010 (nº 1271/2010); SAP de Barcelona de 04 de febrero de 2009 (nº 170/2009); SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (nº 196/2007); SAP de Murcia de 07 de julio de 2010 (nº 178/2010); SAP de Alicante de 07 de mayo de 2009 (nº 359/2009)..

⁷⁹ Santos Díaz, L. J. “El quebrantamiento de la condena de la prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* (2009) número 21, páginas 81- 107.

que la víctima participa en el quebrantamiento de condena se limitan a las tipificadas en el art. 470 CP, y no parece que deba ser de aplicación, pues éste, quizá incoherentemente, habla de colaboración en una *evasión* y no en todo quebrantamiento⁸⁰.

Finalmente, de aplicarse, por los jueces y tribunales, el art. 470 CP a la víctima, se le impondría a esta una pena superior (prisión de seis meses a un año, y multa de doce a veinticuatro meses, art. 470.1 CP) en comparación con la que se impondría al autor por el mismo hecho (prisión de seis meses a un año, art. 468.2 CP). Eso ha derivado en que, en estos casos, se castigue a la víctima, puntualmente, como cooperadora necesaria o inductora⁸¹. En todo caso, se deberían sancionar más aquellos quebrantamientos que ponen en verdadero peligro a la víctima y donde no hay consentimiento de esta en vez de que los esfuerzos se centren en sancionar aquellos quebrantamientos que son consentidos.

4.3 La obligatoria imposición y el principio del interés superior del menor

La razón de incluir este apartado, dentro de este trabajo, se basa en la actual polémica⁸² de castigar a un menor y que este castigo sea considerado delito. Al considerarse delito, se aplicarán las prohibiciones del artículo 48 CP, así como el artículo 153 del CP, en

⁸⁰ Queralt Jiménez, J., “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, en *La Ley* número 6420, 13 de febrero de 2006, pp. 1-9.

⁸¹ SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2010 (nº 3/2010); SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2010 (nº 1271/2010); SAP de Barcelona de 04 de febrero de 2009 (nº 170/2009); SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (nº 196/2007); SAP de Murcia de 07 de julio de 2010 (nº 178/2010); SAP de Alicante de 07 de mayo de 2009 (nº 359/2009).

⁸² Mediática fue la noticia de la condena a una madre sordomuda por un bofetón dado a su hijo de 10 años en respuesta a una actitud violenta por parte de aquel, condena en la que, además, por imperativo legal, se le impuso la pena de prohibición de aproximación o alejamiento de su hijo de 10 años. La condena impuesta, en cuanto a la medida de alejamiento, fue finalmente suspendida al proponer el propio Tribunal el indulto de la pena de aproximación. SAP Jaén, de 22 de enero del 2009 (nº 10/2009). Ponente: Elena Arias-Salgado Robsy.

concordancia con el artículo 170 del CC que establece que *“cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, (podrá acordar) inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”*.

Pero, el problema principal radica en que al considerarse delito todo castigo físico, esto conlleva la imposición al progenitor de la pena de prohibición de aproximación causando esta pena, muchas veces, más consecuencias negativas para el menor que positivas.

Por ejemplo, en el caso de la madre que da una bofetada a su hijo en el cuarto de baño, con la mala suerte de que el niño se da un golpe en el labio con el lavabo, comenzando a sangrar; son hechos probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Jaén del 26 de noviembre, número 506/2008⁸³. En este caso, se impuso a la madre una pena de prisión de 45 días y una pena de prohibición de aproximación al menor de un año y 45 días, al aplicársele el artículo 153 del Código Penal, pena de imposición obligatoria y de la que se le eximió por la vía del indulto.

Resulta paradójico que, el legislador obligue a que se imponga una pena de prisión y, una pena de prohibición de aproximación a la madre del menor y luego se la exima de cumplir la pena por medio del indulto para evitar las consecuencias negativas que se habrían derivado del cumplimiento de la pena. La acusada tenía otro hijo menor, además de la víctima, y la única forma de cumplir dicha pena habría sido alejar al sujeto pasivo del hogar familiar, lo cual, en consideración de la Sala, haría que la pena no fuera ni proporcional ni necesaria para la educación ni para la protección del menor. La conducta

⁸³ La acusada riñó a su hijo por no hacer los deberes del colegio y el niño le tiró una zapatilla y se encerró en el servicio. Cuando la madre consiguió abrir la puerta, agarró al niño y le dio un golpe que hizo que se diera con la nariz contra el lavabo y sangrara de forma accidental. Se condenó a la madre a 45 días de prisión y a una pena de alejamiento del menor de un año y 45 días.

descrita en los hechos probados debería haberse considerado como una imprudencia impune, o un hecho justificado⁸⁴.

Otra Sentencia que debemos destacar es la del Juzgado de lo Penal de A Coruña, número 95362/2017, por la cual se absuelve a una madre que propina una bofetada a su hijo de 11 años el cual se negaba a obedecerla y lanza un móvil al suelo. Este juez califica la acción del niño como una *“muestra de desprecio hacia la autoridad materna, así como también hacia el esfuerzo y trabajo que supone ganar un salario con el que adquirir bienes”*. En este caso el juez entiende que el niño únicamente quiere humillar y despreciar a su madre y que la madre no le abofetea con la finalidad de causar una lesión sino con intención de poner fin a la actuación violenta del niño.

La jurisprudencia entiende que los comportamientos agresivos no pueden ser la base de la educación de los menores. La violencia debe rechazarse siempre, aunque podemos encontrarnos ante casos en los que los jueces valoran la proporcionalidad de la conducta que han utilizado los padres respecto de la actitud de sus hijos y no valoran el castigo en sí⁸⁵. Es decir, valoran si una bofetada ante una actitud de insubordinación y humillación por parte del hijo hacia su padre está justificada, en vez de valorar únicamente la bofetada que de por sí sería un delito leve de lesiones. Encontramos las siguientes sentencias respaldando lo que acabamos de establecer:

El caso en que el padre golpeó en una o dos ocasiones a su hijo para que no saliera huyendo -padecía de esquizofrenia paranoide- no fue considerado por el Juzgado de lo

⁸⁴ Mirat Hernández, P. “Referencias a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección” en *Revista Penal México*, nº 6, 2014, pp. 191 a 207.

⁸⁵ Aunque, nos encontramos con sentencias como la de la SAP de Guadalajara número 220191/2012 donde se indicó que “no puede entenderse como causa de justificación penal el uso de la violencia física o psíquica o los malos tratos físicos sobre los hijos menores de edad, pues los castigos físicos no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas”.

Penal 4 de Pamplona de 12 de julio, número 116333/2013, como conducta constitutiva de malos tratos. Entendió que **en cada caso debía ponderarse si el acto físico concreto incorpora un ánimo real de causar un daño** físico o psíquico al destinatario o si persigue simplemente una llamada de atención destinada a la propia educación.

Una sola bofetada no encaja dentro de la figura de maltrato familiar del artículo 153.2 y 3 CP, señalaba la AP de Albacete de 23 de diciembre de 2010, número 259953/2010. El magistrado indicó que *"la realidad social obliga a elaborar nuestra propia casuística"*, **no es lo mismo un bofetón, azote o cachete que cuatro**, ni es lo mismo un bofetón que una paliza o una actitud que entrañe ensañamiento, ni tampoco es lo mismo reprender a un niño pequeño que a un preadolescente o a un adolescente. En este caso se trató de la reacción de la madre ante la **actitud insolente, irrespetuosa e irreverente de su hijo** sobre quien está ejerciendo un control cumpliendo estrictamente con su obligación y en concreto sobre su rendimiento académico.

La AP de Barcelona, en su sentencia de 18 de febrero de 2009, número 27998/2009, consideró que **dar unos sopapos al hijo de 10 años** sin causar lesión alguna no entraba dentro del concepto de maltrato. El menor **no cumplió las razonables órdenes del padre para que estudiase**, y este actuó en la creencia de que cumplía su deber de educar y formar al menor.

La AP de Orense en su sentencia de 23 de octubre de 2015, número 161176/2015, absolvió a una amiga de la madre del menor de 9 años (que lo cuidaba desde que tenía dos años y por tanto estaba ligado a él por lazos de afectividad). Esta propinó al niño un bofetón en la cara, indicando en su declaración que no tuvo intención de causar mal, motivada su acción ante la **negativa del menor a realizar los deberes**.

Tras las sentencias que acabamos de explicar, podemos concluir que el dar una bofetada a un hijo o castigarle sin salir como consecuencia de su actitud por su intrascendencia no merece reproche penal. Las consecuencias de tratar estos actos como delito serán más negativas, para el menor, que positivas. Por ello, siempre que no se dé una paliza a un menor o no se dé un bofetón con intención de causar daño, sino que los actos siendo proporcionales a la actitud del menor sean consecuencia de la intención de educar al menor, no deberían ser reprochados penalmente. Y, de ser sancionados los padres que no conlleven, las conductas que utilizan, necesariamente la aplicación de pena de prohibición de aproximación.

5. CONCLUSIONES

A continuación, procedemos a exponer las principales conclusiones a las que hemos llegado tras la realización de este trabajo.

Primera. Las penas de prohibición de acudir o residir en determinados lugares, de prohibición de aproximación y de prohibición de comunicación, se encuentran previstas en el Código Penal como accesorias, pero su régimen de aplicación difiere de lo que es habitual en estas penas, ya que no se trata de penas accesorias de otra pena, sino de penas asociadas a la comisión de determinados delitos, y cuya duración no coincide con la de la pena principal impuesta.

Segunda. La pena de prohibición de aproximación tiene como finalidad primordial la prevención de la comisión de nuevos delitos y la protección de las víctimas.

Tercera. La imposición de la pena de prohibición de aproximación, como regla general, tiene carácter facultativo para el Juez, que habrá de adoptar la decisión en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Sin embargo, en los supuestos en los que los delitos tengan lugar en el ámbito de la denominada violencia doméstica, la pena de prohibición de aproximación pasa a ser de imposición obligatoria.

Cuarta. La imposición obligatoria de la pena, a menudo, tiene más consecuencias negativas que positivas, dado que no permite hacer distinciones atendiendo a la distinta gravedad del delito, a la peligrosidad del penado, a las efectivas necesidades de protección de la víctima y a su opinión al respecto.

Quinta. También en los casos de violencia doméstica podría ser conveniente considerar la pena de prohibición de aproximación como de aplicación facultativa, atendiendo a la peligrosidad del autor y a la reiteración de los hechos, al menos cuando se imponga por delitos leves y menos graves. En el caso de los delitos graves podría estar justificado el mantenimiento del régimen de aplicación obligatoria.

Sexta. El que la pena tenga como finalidad la protección de la víctima no significa que se confiera a ésta el poder de decidir que se aplique o no la pena, o acerca de su mantenimiento, una vez impuesta, ya que esto podría situar a la víctima en el centro de toda coacción o presión por parte del condenado⁸⁶.

Séptima. El hecho de que la víctima favorezca, o incluso induzca, el incumplimiento por parte del penado de la prohibición de aproximación no impide que se pueda considerar este hecho como un quebrantamiento de condena y que se sancione como tal. Lo contrario sería conceder a la víctima disponibilidad sobre la pena. Sin embargo, en los casos en los que la víctima sea la que haya solicitado o aceptado la imposición de la pena por un delito leve, consideramos que se podría dar relevancia a su consentimiento a la hora de valorar un posible delito de quebrantamiento de condena. No así si el delito por el que se impuso la pena era grave, en cuyo caso deberá sancionarse el quebrantamiento, ya que en estos supuestos la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el delito debe prevalecer.

Octava. La Justicia penal no debería centrarse en condenar a la víctima, aunque ésta induzca a que se produzca un quebrantamiento de condena⁸⁷. Debe centrarse en que no

⁸⁶ Vid. Santos Díaz, L. J.: “El quebrantamiento de la condena de la prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima” en *Revista de Derecho y Proceso Penal* número 21 (2009), páginas 81- 107.

⁸⁷ “El quebrantamiento de la condena de la prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima” Luis Javier Santos Díaz. *Revista de Derecho y Proceso Penal* número 21 (2009), páginas 81-107.

se produzcan quebrantamientos no deseados y no tanto en sancionar aquellos que son consentidos⁸⁸.

Novena. La obligatoriedad de la imposición de la pena de prohibición de aproximación por delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica puede llegar a constituir, en el caso concreto, una vulneración del principio del interés superior del menor. En casos en los que la víctima es hijo del agresor y éste ha sido condenado por infligir castigo físico al menor en el marco de un inadecuado ejercicio del derecho de corrección, puede resultar contraproducente para el hijo que se le prive de todo contacto con su progenitor.

Décima. Las conductas consistentes en una leve bofetada, una privación de libertad, una coacción o amenaza de carácter leve, si son proporcionadas, es decir, moderadas y razonables, si constituyen la respuesta a un acto de indisciplina del menor, y se realizan con la única finalidad de educarlo, deberían estar justificadas y no dar lugar a responsabilidad penal de los progenitores. En cambio, cuando haya ejercicio de violencia o intimidación de cierta entidad o reiterado, o cuando se atente contra la dignidad del menor, no se podrá hablar de una conducta justificada y podría tener sentido acordar la prohibición de aproximación, conforme a lo establecido en la conclusión Quinta.

⁸⁸ Calvo García, M. “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género” en *Cuadernos penales* José María Lidón, 2 (2005), páginas 17-54.

BIBLIOGRAFÍA

Alcale Sánchez, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos incluido el familiar” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005, pp. 11 a 54.

Alcale Sánchez, M., “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor” en *Mujer, violencia y derecho*, Cervilla Garzón, M. D. (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 104.

Alcale Sanchez, M., “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*, nº 7, 2009, pp. 37 a 73.

Arangüena Fanego, C., & Sanz Morán, Á. J., *La reforma de la justicia penal aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 337 a 381.

Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (5ª ed.), Marcial Pons. Madrid, 2010, p. 85.

Bengoechea Bartolomé, M. (coord.), Álvarez, F. J., Díaz-Aguado Jalón, M. J., García Rubio, M. P., Lorente Acosta, M., Marín Lopez, P., . . . Mosquera Teneiro, C., *Informe anual del Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2007, pp. 231 a 242.

Benítez Jiménez, Mª J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 CP”, en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Villacampa Estiarte, C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163 a 216.

Benítez Ortúzar, I. F., “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 *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Fernández Pantoja, P. y Cruz Blanca, Mª.J. (coords.), Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 188.

Bolea Bardon, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la Violencia Doméstica y de Género”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 02, 2007, pp. 1 a 26.

Cabrera Martín, M., “Algunas cuestiones acerca del tratamiento penal de la violencia que los adultos ejercen sobre los menores de edad” en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Martínez García, C. (Coord.), Aranzadi, Madrid, 2017, p. 174.

Calvo García, M., “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género”. En *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Lidón, J. M. (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 17 a 54.

Carbonell M. y González Cussac, J.L., *Comentarios al CP 1995*, Vives, A. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 801.

Carlson, N. y Nidey, F. J., "Mandatory Penalties, Victim Cooperation, and the Judicial Processing of Domestic Abuse Assault Cases" en *Crime & Delinquency*, vol. 41, nº 4, 1995, pp. 142 y 143.

Davis, R. C., "Domestic Violence Reforms. Empty Promises or Fulfilled Expectations?" en *Crime & Delinquency*, vol. 41, nº 4, 1995, p. 547.

De Hoyos Sancho, M., "Nuevas tendencias en la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género" en *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Á. J. Coral Arangüena Fanego (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 434 a 462.

De La Cueva Aleu, I., "Crónica de la Jurisprudencia Constitucional sobre los Derechos Fundamentales" en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 16, 2010, pp. 409 a 442.

De Lamo Rubio, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 214.

Delgado Cordero, A., *Alternativas para combatir la violencia doméstica*, Escuela Universitaria de Trabajo Social, Alicante, 2002, pp. 161-173.

Díez Ripollés, J., "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003" en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 7, 2006, pp. 1 a 25.

Durán Febrer, M., "Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas" en *Encuentros "Violencia doméstica"*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 135 a 191.

Faraldo Cabana, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penalespecial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 72 a 73.

Faraldo Cabana, P., "Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento", en *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Puente Aba, L. M. (coord.), Granada, 2010, pp. 153 a 212.

García Albero, R., "Artículo 57 CP", en *Comentarios al Código Penal español*, Quintero Olivares (coord), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 475.

García Albero, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares, G. (dir.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 409.

García Alibero, R., «Del quebrantamiento de condena», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 2284.

Gonzalez Cussac, J., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

- Gonzalez, C. *La pena de alejamiento del art. 48*. Tesina de investigación presentada en la UAB, octubre, 2005, inédita.
- Herran Ortiz, A. I., *El Derecho a la Intimidación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 388.
- Horno Goicoechea, A., “Atención a los niños y las niñas víctimas de la violencia de género” en *Psychosocial Intervention*, vol. 15, nº 3, 2006, pp. 307 a 316.
- Laliga Mollá, M., “Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas” en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, nº 1, 2015, pp. 41 a 51.
- Larrauri Pijoán, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
- Laurenzo Copello, P., Maqueda Abreu, M. L., Rubio Castro, A., & Otros, *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2008, pp. 49 a 60.
- Leiva Ramírez, E. “La corrección moderada de los padres y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus hijos a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional” en *Revista de Derecho Privado*, nº 46, julio-diciembre de 2011. Páginas 5 a 19.
- Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Magro Servet, V., “Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica”, en *Diario La Ley*, nº 6244, 2005, pp. 1 a 17.
- Magro Servet, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, en *La Ley*, nº 6333, Sección Doctrina, 2005, pp. 1697 a 1708.
- Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas. Madrid, 2005, p. 219.
- Matud Aznar, M. P., “Impacto de la violencia doméstica en la salud de la mujer maltratada” en *Psicothema*, vol. 16, nº 3, 2004, pp. 397 a 401.
- Mayordomo Rodrigo, V., “Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos” en *Eguzkilore*, nº 23, 2009, pp. 261 a 268.
- Mirat Hernández, P. “Referencias a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección” en *Revista Penal México*, nº 6, 2014, páginas 191 a 207.
- Molina Blázquez, C., Armendíz León, C., Beltrán Nuñez, A., Gómez Lanz, J., & Oregón García, A., *La aplicación de las consecuencias del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.
- Molina Fernandez, F y Mendoza Buergo, F., “Delitos contra las relaciones familiares” en *Memento Práctico Penal*, Molina Fernandez, F. (Coord.), 2015, página 1102.

Montaner Fernández, R., “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica” en *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007, pp. 6 a 26.

Morillas Cueva, L., “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4, 2002, pp. 1 a 18.

Morrillas Cueva, L., *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, en Morrillas (coord.), 2002, pp. 669 ss.

Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch, 4ª Edición, Valencia., 2007, p. 111.

Muñoz Clares, J., "Artículo 153 y artículo 173 del Código penal. Los delitos "resumen". Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005", en *Revista General de Derecho penal*, nº 4, 2005.

Obregón García, A “Determinación de la Pena” en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*. Molina Blázquez (Coord.). Librería Bosch, Madrid (2005). Página 75 a 112.

Olaizola Nogales, I., “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 269 a 316.

Olmedo Cardenete, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 37 ss.

Otero González, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 38.

Pérez Rivas, N. (2016). La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español. *Revista Ius et Praxis*, vol. 22, nº 2, pp. 91 a 124.

Pozuelo Pérez, Laura, *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998, pp. 70 a 71.

Queralt Jiménez, J., “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, en *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Montalban Huertas, I. (coord.), CDJ, Madrid, pp. 142 a 180.

Queralt Jiménez, J., “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, en *La Ley* número 6420, 13 de febrero de 2006, pp. 1 a 9.

Ríos Corbacho, J. M. “Delitos contra las relaciones familiares” (2010). Disponible en ocw.uca.es/pluginfile.php/82/mod_resource/content/1/TEMA_12.Delitos_contra_las_relaciones_familiasppt

Ruiz Vadillo, E., en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.), *Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997.

Sánchez, M. A., *Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.

Santos Díaz, L. J., “El quebrantamiento de la condena de la prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima” en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 21, 2009, pp. 81 a 107.

Sarasua, B., Zubizarreta, I., & Echeburúa, E. y Corral, P., “Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico” en *Personalidades Violentas*, Echeburúa, E. (dir.), Pirámide, Madrid, 1994, pp. 129 a 152.

Serrano Butragueño, I., “Artículo 57 CP” en *Código penal (Comentario y jurisprudencia)*, Del Moral García, A. y Serrano Butragueño, I. (coord.), Comares, Granada, 2002, p. 738.

Sinocas Gómez, E., *La violencia sobre la mujer en el ámbito familiar. El artículo 173.2 del Código Penal*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.

Souto García, E. M., “Las prohibiciones de residir en determinado-dos lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 9, 2013, pp. 186 a 190.

Subijana Zunzunegui, J. I., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006, p.135.

Tamarit Sumalla, en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo 1, Quintero (dir.) /Morales (coord.), 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 268 ss.

Torres Rosell, N., “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal”, en Jimenez Díaz, Mª.J. y Castelló Nicás, N., *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pág. 247.

Valeije Álvarez, I., “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena” en *Estudios penales y criminológicos*, nº 26, 2006, pp. 321 a 354.

Valeije Álvarez, I., “La reforma del régimen de la accesoriad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007”, en *La política criminal europea*, Álvarez García, F. J. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 191 a 193.

Valeije Álvarez, I. “La regulación de las penas accesorias en el código penal de 1995”, en *ADPCP*, vol. LX, 2007, pp. 264 a 267.

Valldecabres Ortiz, Mª I. “Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I”, Vives Antón, T. S. (coord.), artículos 1 a 235, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 351.

BIBLIOGRAFÍA DE JURISPRUDENCIA

Auto del Juzgado de lo penal de Arenys de Mar (Barcelona) del 10 de enero de 2005 (nº 640/2005).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 diciembre (nº 54/2005)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de diciembre de 2010 (nº 259953/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 07 de mayo de 2009 (nº 359/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de noviembre de 2010 (nº 3/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de octubre de 2010 (nº 1271/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 04 de febrero de 2009 (nº 170/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 21 de febrero de 2007 (nº 196/2007).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de febrero de 2009 (nº 27998/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 2005 (nº 346/2005).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de abril de 2005 (nº 255/2005).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de julio de 2007 (nº 612/ 2007).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de julio de 2008 (nº 426/2008).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (número 220191/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de octubre de 2005 (nº 188/2005).

Sentencia de la Audiencia Provincial Jaén, de 22 de enero de 2009 (nº 10/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 16 de marzo de 2006 (nº 102/2006).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2006 (nº 139/2006).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 26 de mayo de 2005 (nº 2005/230088).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 07 de julio de 2010 (nº 178/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense en su sentencia de 23 de octubre de 2015 (nº 161176/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de diciembre de 2005 (RJ 141/2006).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de mayo de 2007 (RJ 180/2007).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2010 (nº 81/2010).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2010 (nº 60/2010).

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Jaén de 26 de noviembre 2008 (nº 506/2008).

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Pamplona de 12 de julio (nº 196/2013 y 116333/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1997 (nº 1997\2929).

Sentencia del Tribunal Supremo 17 de abril de 1997 (nº 1997\2990).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2000 (nº 1429/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (nº 935/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998 (nº 784/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2015 (nº 568/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2009, (nº755/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio (nº 755/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 (nº 1023/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo (n° 369/2004).

Cuestión de Inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 2010 (n° 4976-2005).

Cuestión de Inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional 7 de octubre de 2010 (n° 8821-2005).

BIBLIOGRAFÍA DE LEYES

Circular de la Fiscalía General del Estado, Sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, 2/2004 (Fiscalía General del Estado 22 de Diciembre de 2004).

Fiscalía General Del Estado, *Memoria elevada al gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón*, Madrid, 2005, pp. 601-602.

Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 2006, pp. 645-646.

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal. *BOE*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado.

Ley Orgánica 4/2015, de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.