



FACULTAD DE DERECHO

MEDIDAS CAUTELARES PENALES

La orden de alejamiento

Autor: José Antonio Nestares Fontecha

5º E3 C

Derecho Penal

Tutor: María Teresa Requejo Naveros

Madrid
Abril 2019

Tabla de Contenidos

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL.....	8
2.1. Concepto.....	8
2.2. Características generales	9
2.3. Presupuestos legales	11
2.4. La Orden de Alejamiento.....	11
2.4.1 Concepto.....	11
2.4.2 <i>Ámbito de aplicación</i>.....	14
2.4.3 <i>Presupuestos legales</i>	15
2.4.3.1 <i>Indicios de criminalidad</i>	15
2.4.3.2 <i>Pronóstico de peligro</i>	16
2.4.3.3 <i>Juicio de proporcionalidad</i>.....	19
2.4.4 <i>Contenido del alejamiento</i>	20
2.4.5 <i>La pena de alejamiento</i>	23
2.4.5.1 <i>La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos</i>	23
2.4.5.2 <i>La prohibición de aproximación</i>	24
2.4.5.3 <i>La prohibición de comunicación</i>	25
2.4.5.4 <i>Régimen de imposición de la pena de alejamiento</i>	26
III. CONCLUSIONES	32
IV. BIBLIOGRAFÍA	35
V. ANEXOS	37
5.1. Legislación	37
5.2. Jurisprudencia	37

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CC	Código Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
TC	Tribunal Constitucional

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico penal, nos encontramos con diversas modalidades de medidas cautelares. Una clasificación comúnmente aceptada es la que diferencia las medidas cautelares reales de las personales. En este trabajo, el objeto de estudio han sido estas últimas, cuya finalidad no es otra que asegurar la presencia del investigado en el proceso, evitar tanto la reincidencia delictiva como la destrucción de pruebas, y asegurar la efectividad en el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso. Las medidas cautelares personales pueden ser adoptadas en cualquier momento del proceso penal. Su adopción corresponde exclusivamente al órgano judicial. Por tanto, son dictadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional, que corresponde a Jueces y Tribunales. Para poder ser adoptadas, se tiene que valorar la concurrencia de determinados presupuestos legales en el caso concreto: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Sin embargo, en determinadas medidas cautelares como la orden de alejamiento, medida objeto de estudio en este trabajo, se sustituye el *periculum in mora* por la figura del pronóstico de peligro. Un rasgo distintivo común de las medidas cautelares es su carácter puramente excepcional, proporcional y provisional. Las medidas cautelares constituyen un medio, y no un fin, para garantizar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso penal. Lo que verdaderamente se pretende es asegurar el resultado del proceso. En el momento en el que desaparecen las circunstancias o hechos que motivaron la adopción de la medida cautelar, esta debe desaparecer. En determinados delitos, el Código Penal brinda la posibilidad, y, en algún caso, la necesidad, de elevar a la categoría de pena accesoria algunas medidas cautelares (en concreto, la orden de alejamiento).

Palabras Clave

Medida cautelar personal, orden de alejamiento, prohibición de aproximación, prohibición de comunicación, proceso penal, sentencia, pena accesoria.

ABSTRACT

In the criminal legal system, we find various types of precautionary measures. A commonly accepted classification is one that differentiates between real and personal precautionary measures. In this essay, the object of study has been the latter, whose purpose is none other than to ensure the presence of the person that is being investigated

in the process, to avoid both criminal recidivism and the destruction of evidence, and to ensure the effectiveness of compliance with the sentence that ends the process. Personal precautionary measures can be taken at any time during the criminal process. Its adoption corresponds exclusively to the judicial body. Therefore, they are issued in the exercise of the jurisdictional power, which corresponds to Judges and Courts. In order to be adopted, we must assess the concurrence of certain legal prerequisites in the specific case: the *fumus boni iuris* and the *periculum in mora*. However, in certain precautionary measures such as the restraining order, the measure under study in this essay, the *periculum in mora* is replaced by the figure of the danger forecast. A common distinguishing feature of precautionary measures is their purely exceptional, proportional and provisional nature. The precautionary measures are a means, and not an end, to ensure the effectiveness of the sentence that ends the criminal process. What is really intended is to ensure the outcome of the process. When the circumstances or events that led to the adoption of the precautionary measure disappear, then it must disappear. In certain crimes, the Penal Code provides the possibility, and in some cases, the need to raise some precautionary measures (specifically, the restraining order) to the category of accessory punishment.

Key Words

Personal precautionary measure, restraining order, prohibition of approach, communication ban, criminal process, sentence, accessory punishment.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a llevar a cabo un estudio pormenorizado de la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, tanto en su consideración de medida cautelar penal, como en su faceta de pena accesoria. El estudio no solo va a comprender los aspectos teóricos del tema en cuestión, sino que pretende aportar una visión eminentemente práctica, que pueda ser de utilidad para juristas que busquen aclarar sus dudas en este ámbito. Para ello, la investigación, revisión y análisis de jurisprudencia de Audiencias Provinciales, Tribunal Supremo, y otros órganos jurisdiccionales, toma gran importancia a la hora de discutir y formar nuestra opinión con respecto a los temas que se van a abordar. La metodología de este trabajo se basa en la revisión jurisprudencial, como se ha mencionado anteriormente, así como el acceso a diversas fuentes bibliográficas, como manuales, artículos y trabajos de profesionales del Derecho.

Antes de comenzar la investigación en sí, nos gustaría dedicar unos párrafos en este apartado para explicar de forma muy breve el tema objeto de análisis en los siguientes epígrafes.

El tiempo que transcurre entre que un órgano judicial inicia un procedimiento penal hasta que lo finaliza, es algo que no se puede calcular con precisión científica. En la inmensa mayoría de los procesos penales, este tiempo es lo suficientemente largo como para que el juez se plantee la necesidad de asegurar, de alguna forma, la finalidad del proceso. Bien es cierto que, durante este tiempo, los investigados pueden realizar actos que van en contra del procedimiento penal, tales como destruir pruebas, darse a la fuga, atacar la integridad física o moral de ciertas personas, etc.

El escritor Publio Siro, allá por el siglo I a.C., dejó entrever lo que se convertiría en una máxima jurídica sobre las medidas cautelares “El hombre prudente se previene contra el futuro como si estuviera presente”.¹

¹ VELASCO SÁNCHEZ, José Carlos y FUSTER-FABRA, Ignacio, Las medidas cautelares en el orden Penal. [Consultado en 4 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/las-medidas-cautelares-en-el-orden-penal/>

En el ordenamiento jurídico penal español, en determinados supuestos, y siempre que concurran los presupuestos legales, el órgano judicial tendrá la potestad de adopción de medidas tendentes a asegurar tanto el desarrollo del proceso, como la efectividad del pronunciamiento que finalmente se adopte. Son las denominadas medidas cautelares.

Esta potestad cautelar supone la tercera manifestación de la potestad jurisdiccional, junto con la potestad declarativa y la potestad ejecutiva, aunque ésta esté al servicio de las otras dos². Como bien dice Javier Vecina:

No se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto –que el juzgar implica–, como las actuaciones materiales –en que la ejecución consiste–, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realizadas, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno³.

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos, atendiendo a una clasificación básica, y sin entrar en debate sobre otro tipo de clasificaciones, por un lado, con las medidas cautelares personales, y por otro, con las medidas cautelares reales. Su principal diferencia radica en que mientras que las primeras implican restricciones a la libertad personal del investigado, las segundas restringen su capacidad de disposición patrimonial.

Entre las principales medidas cautelares personales destacan la prisión provisional, la libertad provisional, la orden de alejamiento, la orden de protección, la detención y la citación, entre otras muchas.

En el presente trabajo nos vamos a centrar en las medidas cautelares personales, y más específicamente, vamos a dedicar una gran parte del mismo al estudio pormenorizado de la medida cautelar del alejamiento⁴, no solo como medida cautelar, sino también como

² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.29.

³ VECINA CIFUENTES, Javier, *La potestad cautelar: contenido y límites*, CEJ, Estudios jurídicos, 2007.

⁴ Las órdenes o medidas de alejamiento se encuentran reguladas en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), así como en determinados artículos del Código Penal Español (en adelante, CP).

pena accesoria en determinados supuestos. Del mismo modo, aportaremos nuestra visión personal sobre posibles planteamientos alternativos o mejoras que podrían aplicarse.

II. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL

Teniendo en cuenta que el presente trabajo engloba las medidas cautelares personales en general, y que se centrará en determinada medida como lo es el alejamiento en particular, consideramos apropiado comenzar por las cuestiones generales que afectan a esta clase de medidas cautelares.

2.1. Concepto

Según De la Rosa Cortina⁵, independientemente del orden jurisdiccional, en un procedimiento judicial siempre hay una primera fase, especialmente en el proceso penal, en la que se debe formular una acusación. Para ello, primero se ha de conocer qué ha podido pasar, para que el órgano judicial pueda emitir un primer juicio de valor, y determinar si es necesario adoptar alguna medida que permita asegurar el correcto desarrollo del proceso y la efectividad de la sentencia que en el mismo se dicte.

Autores como Gimeno Sendra⁶ consideran que el derecho a la tutela cautelar es el que ofrece a las partes del proceso la posibilidad de que el Juez o Tribunal decida adoptar medidas que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el futuro. De la Rosa Cortina⁷ va más allá y hace una matización que aplica para el orden jurisdiccional penal. En este orden, se admiten otros fines para estas medidas cautelares, como el de evitar la desaparición de fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento o eludir el riesgo de que el investigado pueda persistir en la comisión de otros delitos.

⁵ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.30.

⁶ GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 2005, p.283.

⁷ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.31.

En cuanto a la trascendencia de estas medidas cautelares, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) número 218/1994, de 18 de julio⁸, que dispone que la tutela judicial no se hace efectiva sin la existencia de medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que finalmente sea dictada. Además, se dice en la sentencia que las medidas cautelares están destinadas a evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida pueda quedar sin eficacia.

2.2. Características generales

De la Rosa Cortina⁹ hace la siguiente diferenciación entre las características generales de las medidas cautelares:

1. Instrumentalidad: las medidas cautelares no existen por sí solas, sino que están vinculadas a un proceso principal. Es decir, estas medidas no constituyen un fin en sí mismas, sino que dependen de que se dicte una resolución definitiva. Además, cumplen su función principal, como es asegurar el resultado del proceso.
2. Jurisdiccionalidad: su adopción corresponde exclusivamente al órgano judicial. Por tanto, son dictadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional, que corresponde a Jueces y Tribunales. Algunos autores consideran la detención como una medida cautelar propiamente dicha, aunque para este autor no entraría dentro del concepto de medida cautelar al poder ser acordada por la Policía o Ministerio Fiscal.
3. Provisionalidad: presentan una duración limitada, y pueden revocarse en cualquier momento, siempre que la circunstancia que motivó su adopción desaparezca.

⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 238/1992 de 18 de julio. Esta sentencia es relevante ya que determina la importancia constitucional de las medidas cautelares en procesos de cualquier índole. En el caso resuelto en amparo en el TC, una de las partes pretendía eliminar el efecto de las medidas cautelares adoptadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial, al considerar que no se había respetado su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC consideró que privar de la posibilidad de adopción de medidas cautelares iba en contra del derecho a la propia tutela judicial efectiva. El argumento aducido fue que la posibilidad de adopción de medidas cautelares es una garantía que forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.39-42.

4. Homogeneidad: la medida cautelar debe asemejarse a la medida ejecutiva que pueda acordarse en la resolución definitiva. Para Montero Daroca¹⁰, como el objetivo de las medidas cautelares es asegurar la finalidad del proceso, que es la satisfacción de la pretensión, éstas “habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas”.
5. Contradicción: ambas partes deben debatirlas antes de ser adoptadas por el órgano judicial.
6. Legalidad: deben respetar el marco legal establecido.
7. Autonomía: los órganos judiciales pueden adoptar tantas medidas cautelares como estimen oportunas, de forma que garanticen que la persona contra la que se dirige el proceso no pueda sustraerse a la acción de la justicia. El número y tipo de medidas cautelares se debe elegir teniendo en cuenta las probabilidades de que dicho hecho ocurra.
8. Celeridad: estas medidas han de adoptarse con rapidez. Es por esta inmediatez que, en muchos casos, el Juez o Tribunal se ven comprometidos por el hecho de tener que decidir sobre una cuestión tan relevante, en un momento prematuro del proceso, en el que apenas cuentan con suficientes datos y evidencias para emitir un juicio de valor razonado. Es por ello, que existe la posibilidad de cometer errores a la hora de acordar medidas cautelares.
9. Necesidad de compatibilizar la medida con el principio de presunción de inocencia: se consideran compatibles siempre que la medida cautelar se haya acordado por resolución fundada en Derecho.
10. Excepcionalidad: se considera que estas medidas se fundamentan en normas jurídicas excepcionales, por lo que no admiten una interpretación extensiva o analógica.
11. Proporcionalidad: las medidas cautelares no deben ser desproporcionales, pues dejarían de ser cautelares, y tendrían un carácter ciertamente punitivo. Deben ser adecuadas para conseguir el fin que pretenden. Siempre debe optarse por la menos lesiva de derechos posible.

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1988, p.435

2.3. Presupuestos legales

Para poder acordar una medida cautelar, el órgano judicial debe valorar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1. El *fumus boni iuris*: la apariencia de buen derecho es el primer requisito al que debe enfrentarse el Juez o Tribunal antes de dictar una medida cautelar. Es necesario que existan indicios de que el investigado haya cometido un delito. No se trata de avanzar el juicio a este momento del proceso, sino más bien de verificar que los indicios apuntan a que el investigado haya cometido un delito.
2. El *periculum in mora*: el peligro de demora exige que debe concurrir un riesgo para la efectividad del proceso si no se acuerda la adopción de la medida cautelar. El órgano judicial debe comprobar que una de las partes del proceso es susceptible de sufrir un perjuicio que haría ineficaz la futura sentencia sobre el fondo para acordar la adopción de la medida cautelar¹¹. En los procesos penales, el juez debe valorar si existe o no el riesgo de fuga del investigado. Para ello, deberá ponderar el riesgo que existe de que el investigado se dé a la fuga con base en la gravedad del hecho delictivo. Además, deberá tener en cuenta otra serie de circunstancias como el arraigo familiar y social o la existencia de antecedentes penales, así como su situación económica o laboral. En general, a mayor capacidad económica del investigado, mayor riesgo de fuga del investigado.

2.4. La Orden de Alejamiento

2.4.1 Concepto

Las órdenes de alejamiento son medidas cautelares que consisten en el distanciamiento físico entre la víctima y el agresor con el objetivo de reducir el riesgo de reiteración en la comisión de ciertos delitos.

¹¹ FRANCOS RODRÍGUEZ, Jesús, El “periculum in mora” como requisito para la adopción de medidas cautelares. [Consultado en 14 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.mga.com.do/el-periculum-in-mora-como-requisito-para-la-adopcion-de-medidas-cautelares/>

Este es el principal argumento que aporta la Exposición de Motivos de la Ley 14/1999¹² para justificar su consideración como medida cautelar. Para De la Rosa Cortina¹³, el hecho de que estas medidas “persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima” es clave para su consideración como medidas cautelares.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 544 bis LECrim, el juez o Tribunal tiene la potestad de acordarla como medida cautelar en determinados supuestos:

En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.¹⁴

El segundo párrafo de este artículo determina que “En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.”¹⁵

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico penal, la orden de alejamiento engloba tanto la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, como la prohibición de aproximarse a la víctima, y la prohibición de comunicarse con la misma.

¹² 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.

¹³ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.305.

¹⁴ Artículo 544 bis LECRIM. En relación con esta previsión del artículo 544 bis LECRIM, el artículo 57 CP establece que el Juez o Tribunal, en los 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, podrá acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones del artículo 48 CP. La duración de estas prohibiciones varía en función de la gravedad del delito, de si se trata de una condena a prisión, o si de los delitos han sido perpetrados contra persona que hubiera presentado un vínculo con el condenado. Además, estas penas también podrán imponerse cuando la consideración de estos delitos sea de delito leve. En estos casos, la orden de alejamiento se considera como pena accesoria impropia, y no como medida cautelar según lo establecido en el artículo 544 bis LECRIM.

¹⁵ Artículo 544 bis LECRIM

En nuestro ordenamiento, como acabamos de exponer, esta medida se configura, por un lado, como medida cautelar. A su vez, la orden de alejamiento se ha definido como pena accesoria en el artículo 57 CP.

Todos los delitos que enumera el artículo 57 CP¹⁶ tienen en común la presencia del riesgo potencial de que el inculcado reincida en la comisión de hechos delictivos. Partiendo de la base de que estos procesos se inician, normalmente, por denuncia de la víctima, el tiempo que transcurre entre el inicio del proceso y la sentencia pueden ser letales para esta. No solo por el hecho de que reincida en la agresión, sino porque, además, el agresor puede interpretar la interposición de la denuncia por parte de la víctima como una motivación extra para volver a despertar su ira y atacar a la víctima.

En cuanto a la regulación de esta materia, la cual es abundante, según De la Rosa Cortina¹⁷, se puede hablar de tres regulaciones. Una regulación general contenida en el artículo 57 CP. Dentro de esta regulación general, existe un subgrupo formado por los delitos de violencia doméstica genérica, cometidos por las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, y dentro de este subgrupo, hay otro subconjunto constituido por los delitos de violencia de género, recogido entre las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁸

La especial relación que se establece entre víctima y agresor, en el seno familiar o en el de una convivencia, hace que, tanto para casos de violencia doméstica como de violencia de género, esta medida cobre una especial relevancia. En estos casos, la

¹⁶ Listado de delitos recogidos en el artículo 57.1 CP: Los jueces o tribunales, en los 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, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

¹⁷ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.307.

¹⁸ La violencia doméstica es la que se produce en el ámbito del hogar, y que la puede sufrir y ejercer cualquiera de los miembros de la familia. La violencia de género, por su parte, es la que lleva a cabo el hombre contra la mujer, por el mero hecho de serlo, no solo en el hogar, si no en cualquier ámbito de su vida. En este último caso, no se requiere el requisito de la convivencia. Si se requiere la existencia, actual o pasada, de una relación conyugal o análoga relación de afectividad.

exposición, y en muchos casos, indefensión de la víctima ante estas agresiones es muy alta.

2.4.2 *Ámbito de aplicación*

La medida cautelar de alejamiento, según lo establecido en el artículo 544 bis LECrim, puede acordarse en el seno de un proceso penal cuando la imputación esté relacionada con alguno de los delitos mencionados en el artículo 57 CP.

Todos estos delitos tienen en común la protección de bienes jurídicos individuales de la persona, como la vida independiente en el caso del homicidio, la integridad física en el caso de lesiones, y la libertad sexual en el supuesto de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

El alejamiento podrá imponerse tanto si el delito reviste carácter grave, como si es considerado como menos grave

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la orden de alejamiento, no solo comprende a la propia víctima del delito, sino que comprende a esta, sus familiares y terceros que determine el Juez o Tribunal¹⁹. Nos parece acertada esta fórmula, pues en muchas ocasiones se puede desproteger al compañero o familiar de la víctima si no se le incluye en el ámbito de aplicación de la medida. Ante la duda de que el agresor solo presente un riesgo potencial para la víctima, o también para sus familiares u otras personas relacionadas a la misma, nos parece acertado incluirlos y extender la protección de esta medida a los mismos. Además, también se permite su aplicación en los casos en los que la víctima ya ha fallecido.

¹⁹ En este sentido, la SAP de Murcia (Sección 3ª), núm. 56/ 2008, de 16 de junio de 2008, determina la posibilidad de imponer la pena de alejamiento a un tercero. En este caso, se impone a favor de la víctima del delito de malos tratos y amenazas familiares, Karina, y también a favor de su pareja sentimental, Hugo. El Fundamento Jurídico Tercero dice lo siguiente “En orden a la medida de alejamiento del condenado Carlos Alberto, que se recoge en la sentencia respecto de Carina, considera el Ministerio Fiscal que la misma limitación debe ampliarse a su pareja sentimental, Hugo. También debe recogerse este motivo del recurso, pues el artículo 57 establece la medida de alejamiento, no solo respecto de la víctima, sino también de aquellos familiares u otras personas que el Juez determine y, en el caso que nos ocupa, la medida de alejamiento debe establecerse también a favor del compañero de la víctima, el que, además, ha sido ya objeto de ataque verbal por parte del imputado, tal como se acepta en los hechos probados de la sentencia”.

Con respecto al concepto de víctima, nos parece necesario matizar que, en vista de la redacción del artículo 13 LECrim²⁰, no solo debe entenderse como víctima la persona sobre la que recaen las consecuencias del delito, sino también a los perjudicados del mismo. Para De la Rosa Cortina²¹, “no es infrecuente que el agresor intente actos de venganza contra aquellos que de alguna manera han sido testigos de los actos de violencia o han dado apoyo a la víctima: amigos, vecinos, compañeros de trabajo, etc.”. Parece que cualquier persona a la que el juez considere ciertamente perjudicada por las consecuencias de la acción delictiva, puede beneficiarse de esta medida cautelar con respecto al agresor. Consideramos que deberá ser responsabilidad del Juez o Tribunal el estudio en cada caso de la conveniencia de proteger a estas personas antes de dictar la sentencia. Como decimos en el anterior párrafo, pueden convertirse en víctimas potenciales del agresor, y, ante la duda razonada del órgano judicial, nos parece adecuado incluirlas en el ámbito de protección de la medida, para tratar de evitar la perpetración de cualquier delito por parte del agresor en contra de las mismas.

2.4.3 Presupuestos legales

2.4.3.1 Indicios de criminalidad

Para que la orden de alejamiento pueda ser acordada por el Juez o Tribunal, ya sea como medida cautelar o como pena accesoria de los delitos del artículo 57 CP, la víctima, o el perjudicado en caso de que la víctima haya fallecido, debe presentar una denuncia. Esta deberá acreditar que existen pruebas o datos suficientes de la comisión del acto delictivo. Deben existir indicios suficientemente sólidos²² como para que el juez decrete

²⁰ Artículo 13 LECrim: “Se consideran como primeras diligencias (...) la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

²¹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.309.

²² Wolters Kluwer, Privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares. [Consultado en 26 de enero de 2019]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjcxMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAESE_ozUAAAA=WKE. De acuerdo con este artículo, la medida de alejamiento restringe un derecho fundamental recogido en el artículo 19 CE. El derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional. Es por ello que solo la autoridad judicial tenga potestad para imponer esta medida. En el ámbito penal, la prohibición de ejercer este derecho fundamental, tiene la “doble naturaleza de pena privativa de derecho y medida de seguridad restrictiva de la libertad

esta medida, con el fin de asegurar la protección de la víctima. Como venimos contando, una vez más se exhibe el carácter restrictivo de las medidas cautelares, en el sentido de que deben existir indicios lo suficientemente reales como para que pueda acordarse esta medida. La finalidad de las medidas cautelares es proteger a la víctima, pero intentando privar de la menor cantidad de libertad o derechos al destinatario de la medida.

El consentimiento de la víctima a la hora de acordar la medida por el Juez o Tribunal es innecesario. Compartimos el parecer de De la Rosa Cortina, que defiende el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia 1037/2004, de 15 de noviembre²³, en la que determina la no exigencia del consentimiento de la víctima. El Juez o Tribunal debe ceñirse al estudio de la existencia de indicios “racionales” que puedan poner en peligro los bienes jurídicos protegidos de la persona. Además, esta sentencia establece la posibilidad de acordar de oficio esta medida, a diferencia de lo que sucede en la orden de protección, en la que sí es necesaria la petición expresa de la víctima. Además, la renuncia de la víctima, en estos casos, no es suficiente para dejar sin efecto la medida.

2.4.3.2 Pronóstico de peligro

Esta medida cautelar, a diferencia de otras, no parte tanto del presupuesto legal del *periculum in mora*, como del pronóstico de peligro. Para autores como De la Rosa Cortina²⁴, este pronóstico de peligro se trata del juicio de peligrosidad en función de la finalidad de protección de la víctima. Para otros como Pastor Mota²⁵:

No basta la mera posibilidad de repetir o continuar las acciones delictivas que se le imputan u otras de violencia doméstica o de influir de forma ilícita en la víctima o en su entorno, es preciso que exista el peligro real de que esas conductas lleguen a producirse.

ambulatoria, pues puede imponerse, según los casos, como pena, como medida de seguridad, e incluso, como medida cautelar”. Por tanto, el juez debe acordarla solo cuando sea estrictamente necesario desprendiéndose que la interpretación, en estos casos, debe ser restrictiva por los motivos expuestos anteriormente.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 9ª), nº 1037/2004, de 15 de noviembre.

²⁴ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.313.

²⁵ PASTOR MOTTA, Luis, *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, 2004.

En esta medida, consideramos que es imprescindible respetar el principio de presunción de inocencia. Parece evidente el hecho de que en esta medida no se cumple el presupuesto del *periculum in mora*, puesto que en realidad no hay un peligro de demora del proceso. Sin embargo, sí que se podría argumentar que se cumple el principio denominado *periculum in damnum*, es decir, peligro de reincidir en la conducta delictiva. En este sentido, nos parece muy cuestionable, puesto que este principio podría interpretarse como contrario al principio de presunción de inocencia, debido a que parte de la base de que el agresor pueda volver a agredir a la víctima. Esto nos lleva a pensar que detrás del *periculum in damnum* reside una especie de principio de presunción de culpabilidad. En cualquier caso, la Ley no es clara en este aspecto concreto, que queda abierto a interpretaciones diversas.

En definitiva, el pronóstico de peligro habrá de constatarse para poder justificar la adopción de la medida de alejamiento, aunque nos parece razonable que se permita que la intensidad de este peligro sea menor a la requerida para acordar otras medidas como la prisión provisional²⁶, por su menor intensidad a la hora de privar de libertad al destinatario de la misma.

La forma de valorar la existencia de este peligro, así como el poner en la balanza el grado en el que este peligro está presente en cada caso, es una tarea que corresponde de manera única al juez. La Ley, en este caso, brilla por su ausencia regulatoria. Se dota al

²⁶ En este sentido, cabe mencionar el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (sección 3ª), nº 59/2004, de 3 de enero, que constata lo siguiente: “De esas circunstancias no consideramos que pueda concluirse en la existencia de una posibilidad razonable de riesgo de repetición de hechos análogos por parte del recurrente en caso de quedar en libertad, porque ni se han producido con anterioridad otros episodios violentos análogos con la víctima de los que poder esperar que puedan seguir produciéndose otros nuevos hechos; ni consta la existencia de amenazas antes de los hechos ni con posterioridad a los mismos por parte del recurrente y su hermano hacia Franco ; ni aparece éste en algunas de las denuncias interpuestas entre amigos, parejas y miembros de la familia de aquel y las del recurrente, manifestando expresamente que él no tenía ningún problema con el recurrente y su hermano y que los que tenían problemas con ellos eran dos de sus hermanos porque habían puesto un locutorio próximo al que regentaban aquéllos; ni, por último, la consumación de la actuación delictiva que se les imputa evidencia la necesidad de tener que completarla o "rematarla", como sí podría predicarse en caso de que se tratara de un homicidio intentado. (...) no estimamos que concurra un riesgo de reiteración delictiva en la persona de la víctima que haga necesaria la drástica medida de prisión provisional, no obstante lo cual, y a fin de preservar la seguridad y tranquilidad de aquélla y eliminar cualquier hipotético resquicio de que pudiera verse inquietada su seguridad por el recurrente, (...) se le impone al recurrente la prohibición de acercarse voluntariamente a Franco y de comunicarse con él, medida que resulta proporcionada al no constar que constituya una medida gravosa para aquél y constituir una limitación de la libertad ambulatoria de escasa entidad.

Juez o Tribunal de total potestad para examinar las circunstancias que afectan a cada caso concreto. En este órgano recae toda la responsabilidad en este sentido²⁷.

Parece extraerse que la valoración del pronóstico de peligro, entendido como un riesgo que debe partir de la base de la objetividad, es una cuestión verdaderamente polémica. La entrada en escena del órgano judicial, en su papel de máximo responsable de valorar la existencia del riesgo objetivo, implica la aparición de elementos subjetivos que le llevan a formar su razonamiento. Al no haber regulación en este caso concreto, no podemos asegurar que el razonamiento del Juez vaya a significar que el riesgo sea totalmente inexistente. En consecuencia, y como bien recoge el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (sección 4ª), nº 692/2018, de 20 de diciembre²⁸, coincidimos en la enorme, y a su vez, excesiva potestad del Juez en este ámbito, determinante a la hora de decidir sobre la existencia o no existencia de este riesgo:

(...) porque más allá de elementos objetivos que pueden ser valorados desde muy distintas ópticas según quien pueda manejarlos, no disponemos de un pronóstico seguro para afirmar que este riesgo es completamente inexistente. Creemos por ello que hemos de confiar de alguna manera en la percepción directa que ha tenido la Instructora a la hora de enfrentarse a las personas a las que toma declaración, intermediación que le otorga un plus valorativo del que la Sala carece.

²⁷ Para dejar constancia de la potestad del Juez a la hora de valorar la existencia de un peligro o riesgo objetivo para la víctima, cabe mencionar el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (sección 4ª), nº 692/2018, de 20 de diciembre, en el que se puede ver cómo su razonamiento no está respaldado por ninguna Ley concreta: “Por lo que se refiere a la protección de la víctima (...) se requiere la existencia de un fin legítimo que no es otro que el de dar seguridad ante un evento dañoso futuro y probable. Ahora bien, esta medición debe efectuarse bajo parámetros objetivos pues el peligro para la integridad física y moral de las personas no ha de calibrarse sobre la base del temor que la víctima sienta de un nuevo ataque, sino de la probabilidad objetiva de que este ocurra; de esta manera, situaciones livianas en donde la persona perjudicada exprese un gran temor no precisarán de la adopción de la medida, en tanto que situaciones mucho más graves la precisarán por más que ésta no exprese ese miedo. (...) se estima necesaria la orden de alejamiento dada la gravedad de los incidentes relatados, que suponen incluso, caso de ser acreditados, la existencia de delitos con gravísimas penas de prisión. No puede ignorarse que la situación de violencia que se describe en modo alguno es individual o determinada, sino que consiste en el despliegue de numerosos actos de vejación, acoso, injuria y maltrato físico, e incluso de agresión sexual, detención ilegal y robo violento en los extremos más importantes, cuya progresión ha de ser frenada de raíz impidiendo el acercamiento de la investigado a la víctima”.

²⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Girona (sección 4ª), nº 692/2018, de 20 de diciembre.

Los principales factores que deben ponderarse para determinar la existencia y el grado de intensidad del pronóstico de peligro, según De la Rosa Cortina²⁹, son: la existencia de denuncias previas; manifestaciones de voluntad del propio investigado, tales como amenazas; habitualidad de los malos tratos; que la víctima de malos tratos haya denunciado por primera vez tras superar el miedo de hacerlo; el comportamiento del investigado ante la fuerza actuante; concurrencia de trastornos de la personalidad; y la vulnerabilidad de la víctima.

En cualquier caso, y una vez expuesto lo anterior, hacemos hincapié en la necesidad de que la Ley regule ciertos aspectos que sirvan de base al Juez o Tribunal al tiempo de llevar a cabo la valoración del presupuesto legal del pronóstico de peligro en el caso concreto.

2.4.3.3 Juicio de proporcionalidad

Como medida cautelar penal, la orden de alejamiento debe ser proporcional, esto es, debe ser adecuada para conseguir el fin que pretende. Además, siempre debe optarse por la menos lesiva de derechos posible. El juicio de proporcionalidad cobra especial relevancia en otras medidas mucho más restrictivas de la libertad, como puede ser el caso de la prisión provisional. Parece evidente que este juicio debe relajarse y ser algo más superficial en caso de medidas como la orden de alejamiento.

A un lado de la balanza, se ha tener en cuenta el perjuicio que se le causaría al investigado con la imposición de la medida. En el otro lado, se debe poner el beneficio que se consigue para la víctima con la adopción de la medida. En definitiva, el órgano judicial debe ponderar si este beneficio para la víctima supera al perjuicio generado en la persona del investigado.

No siempre se va a imponer la medida de alejamiento, pues en muchos casos no concurre el pronóstico de peligro, o la medida no guarda un mínimo de proporcionalidad³⁰. Además, algunas circunstancias como el hecho de que denunciante e

²⁹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.316-318.

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 4ª), nº 3/2019, de 10 de enero. En este caso, la supuesta víctima denunciaba la existencia de unas heridas que le había causado el investigado. La Juez consideró que estos indicios, a tenor de los partes médicos serían constitutivos de delito leve; pero el hecho

investigado residan en distintos municipios, consideramos que es un factor importante a tener en cuenta, pues el peligro real en este supuesto disminuye, por norma general, cuando la distancia que les separa es considerable.

En lo referido al principio de proporcionalidad, cabe recordar que también debe aplicarse para los casos en que los hechos que han dado lugar a la adopción de la medida de alejamiento desaparecen. En cualquier momento, puede darse el caso de que estos hechos desaparezcan, y deberá ser el Juez o Tribunal el responsable de hacer las valoraciones pertinentes y decidir en consonancia.

2.4.4 Contenido del alejamiento

Tal y como se desprende del artículo 544 bis LECrim, se puede hablar de cuatro modalidades de alejamiento:

1. Prohibición de residencia en determinados lugares.
2. Prohibición de acudir a determinados lugares.
3. Prohibición de comunicarse con determinadas personas.
4. Prohibición de aproximarse a determinadas personas.

El legislador diferencia de manera individual estos casos de alejamiento por varios motivos. El primero de ellos es que cada una de estas prohibiciones presentan autonomía, es decir, el Juez o Tribunal puede adoptarlas individualmente en el caso. Adicionalmente, también cabe la posibilidad de que más de una de estas prohibiciones se acuerden conjuntamente para el caso. De acuerdo con Delgado Martín³¹, estas medidas cautelares,

de que existiera, al momento de presentarse la denuncia, “diligencias previas por querrela del denunciado contra la ahora solicitante de la medida y otras personas, por delitos societarios que evidencian el trasfondo de un conflicto familiar”, junto con la inexistencia de riesgo objetivo, propiciaron la siguiente manifestación en el Auto: “aun cuando pudieran existir indicios de comisión de un hecho delictivo, del conjunto de diligencias practicadas no se aprecia la necesaria proporcionalidad entre la adopción de la medida y los hechos, sin que tampoco quepa deducir la existencia de riesgo para la vida ni la integridad física de la denunciante, todo ello unido al hecho de carencia de antecedentes penales en los denunciados y del ya aludido enfrentamiento familiar por cuestiones de índole civil. A ello cabe añadir, que el denunciado Rómulo manifiesta en su declaración que el domicilio de su hermana es en A Coruña, lo que atenuaría además los encuentros casuales”. Como puede verse en este caso, la adopción de la orden de alejamiento habría supuesto un perjuicio desproporcionado contra el investigado, que, además, no residía en el mismo municipio de la víctima.

³¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, La Ley, *Estudios monográficos n°2*, febrero 2004.

además de estar sujetas a la cláusula general *rebus sic stantibus*, pueden aplicarse afectando a un mayor o menor ámbito espacial. Pueden sustituirse, revocarse o modificarse tanto en su existencia como en su extensión espacial.

Otros autores consideran que estas tres medidas son diferentes, y que cada una responde a un mayor o menor grado de intensidad, y tienen un objetivo común: el distanciamiento físico entre agresor y víctima para garantizar la protección de esta última. Nuestra opinión al respecto es esta, que se pretende diferenciar en función del grado de intensidad de la medida.

La prohibición de residencia en determinados lugares restringe el derecho del agresor a continuar viviendo en una determinada zona, o a instalarse de cero para comenzar a residir en tal zona. Al tratarse de medidas autónomas, puede darse el supuesto en el que solo se le imponga esta prohibición al agresor. En tal caso, este último estaría en perfectas condiciones de ejercer su derecho de libertad personal ambulatoria, y acercarse e incluso acudir al lugar determinado en sentencia.

Por su parte, la prohibición de acudir a determinados lugares restringe en mayor grado la libertad ambulatoria del agresor. Esta prohibición lleva naturalmente vinculada la prohibición de residencia en determinados lugares. Parece razonable que, si se le prohíbe acudir a determinados lugares, ya sean municipios, barrios, provincias, comunidades autónomas, también se le está prohibiendo que continúe residiendo o establezca su residencia habitual en los mismos.

La prohibición de comunicación con la víctima impide al penado establecer cualquier tipo de contacto, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Se prohíbe el contacto escrito, verbal y visual. En el siglo XXI, con la aparición de las nuevas tecnologías, redes sociales, y formas de comunicación telemáticas, se está generando una enorme problemática en torno al alcance de la prohibición, y, especialmente, de cara al delito de quebrantamiento de medida cautelar. Con las nuevas formas de establecer contacto que ponen a disposición del usuario algunas redes sociales, podríamos enfrentarnos al caso en que el penado diera un “me gusta” a una publicación de la víctima, deje un comentario en su tablón, la mencione en un comentario o publicación, etc. Además, en caso de parejas con hijos, el hecho de cumplir una prohibición de comunicación con la víctima hace que la interacción que debe haber

entre padre y madre para gestionar el régimen de visitas al hijo, o los días de la semana en que deban turnarse para el cuidado del mismo, resulte casi imposible y se tenga que hacer a través de terceras personas no incluidas en el ámbito de la prohibición.

La prohibición de aproximación a la víctima conlleva la prohibición de que el agresor se aproxime al lugar en el que se encuentre la víctima en cada momento. Esta medida es la que consideramos que presupone un mayor riesgo para la víctima, pues considera que la víctima debe estar protegida allá donde vaya, sin importar si sale de su zona de residencia o de la zona a la que el agresor tiene prohibido acudir. En este caso, la protección es máxima.

Como se puede observar, el legislador decide restringir los derechos del agresor en mayor o menor medida en función del riesgo que se presupone para la víctima. A mayor riesgo para esta última, mayor necesidad de proporcionarle protección.

En definitiva, y siguiendo una de las conclusiones de De la Rosa Cortina³² en este aspecto, el artículo 544 bis LECrim regula estas medidas de una forma muy flexible, con la finalidad de que puedan adaptarse en cada caso a las circunstancias concurrentes³³. De esta forma, se procura infligir el menor castigo al agresor, al mismo tiempo que procurar la máxima protección posible a la víctima, respetando siempre “el principio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad”.

³² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.324-325.

³³ Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª), nº 556/2004, de 27 de julio. En este caso se pone de manifiesto la necesidad del Tribunal de aplicar el principio de proporcionalidad en la adopción del alejamiento. Al investigado se le impuso la prohibición de acudir a la provincia de Vizcaya. El Tribunal acuerda restringir el ámbito espacial por considerarlo excesivamente gravoso. “El derecho del apelante a la libertad deambulatoria y al de residencia se ha visto limitado notablemente, y al respecto ha de ser ponderado adecuadamente, como se ha dicho, poniendo en relación el bien jurídico que se trata de proteger, así como la finalidad del proceso con el derecho del imputado que se restringe, y la resolución ha de responder a criterios de proporcionalidad que, en la presente causa, no se observan. (...) consideramos que la finalidad de que entre los litigantes no exista contacto alguno, y la de que ello se controle suficientemente por la policía que ha de velar por el cumplimiento y ejecución de este tipo de órdenes, puede llevarse a cabo prohibiendo a D. Simón que se acerque y resida en la villa de Bilbao (limitada a este lugar, y sin que comprenda lo que se denomina el Gran Bilbao). De esta forma, y viendo el ámbito territorial en que se desarrolla, habitualmente, la prestación del trabajo por la empresa que le ha contratado (territorio histórico de Vizcaya) podrá llevarlo a cabo en cualquiera de los municipios de la provincia, a excepción de la capital, Bilbao, a que no deberá acercarse. (...) En lugar de prohibirle residir y acercarse a la provincia de Vizcaya, se le prohíbe que se acerque y resida en la villa de Bilbao (limitada a este lugar, y sin que comprenda lo que se denomina el Gran Bilbao)”.

2.4.5 La pena de alejamiento

La pena de alejamiento, en sus distintas modalidades, ha sido concebida por la doctrina mayoritaria como una pena de carácter accesorio, teniendo en cuenta su accesoriedad en relación con la comisión de determinados delitos (los contenidos en el artículo 57.1 CP). Resulta controvertido hablar de la pena de alejamiento como pena restrictiva de otros derechos. Analizando tanto el contenido de la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, como el de la prohibición de aproximación a la víctima, se desprende que se restringen los mismos derechos que en el caso de las penas privativas de libertad. El derecho a elegir libremente su residencia y circular libremente por el territorio nacional, establecido en el artículo 19 CE. Siguiendo la opinión de Pérez Rivas³⁴, “la diferencia entre ellas radicaría, a lo sumo, se insiste, en el distinto grado de restricción de la libertad que conllevan, en el lugar de su cumplimiento y en los fines que las inspiran”. Esta autora defiende la creación de una nueva categoría de penas, las penas restrictivas de libertad, en la que tendrían mejor encaje estas prohibiciones.

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

La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos está regulada en el artículo 48.1 CP. Conforme a la actual redacción de este artículo, la cual fue modificada por el número veintiocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, esta privación impide al penado residir o acudir al lugar en el que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, en caso de que fueran distintos.

El ámbito geográfico afectado por esta zona no es una cuestión exenta de interpretaciones. El CP se refiere al “lugar”, ya sea el de comisión del delito o el de residencia de la víctima o de su familia, o ambos, pero no especifica o acota el ámbito espacial que puede comprender el término “lugar”. Parece que el legislador ha optado por

³⁴ PÉREZ RIVAS, Natalia, Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento, Dereito vol. 24, Santiago de Compostela 2015.

esta fórmula abierta, para dar la suficiente autonomía al Juez o Tribunal a la hora de decidir sobre el ámbito geográfico afectado por la pena en cada caso concreto.³⁵

Esta prohibición se circunscribe a un concreto ámbito geográfico. En el supuesto en el que la víctima se desplace más allá de los límites geográficos marcados por la prohibición, y se tope con el agresor, no habrá quebrantamiento alguno. Es por ello que la víctima solo tiene garantizado un determinado espacio físico de seguridad.

2.4.5.2 La prohibición de aproximación

La pena de prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal está regulada en el artículo 48.2 CP. Esta prohibición impide al penado acercarse a los sujetos beneficiarios de tal prohibición, independientemente del lugar en que se encuentren en cada momento, así como a su domicilio, trabajo, o a cualquier otro que frecuenten. La víctima goza, en todo momento, de una protección personal, y no en relación con un determinado ámbito geográfico (su lugar de residencia, por ejemplo) como en el caso de la privación del apartado 1 del artículo 48 CP.

La mayor problemática inherente a esta prohibición, la encontramos en la propia redacción del artículo, que hace referencia a “cualquier otro que sea frecuentado por ellos”. Resulta muy complicado definir con precisión absoluta qué lugares son considerados como frecuentados por los sujetos en la propia sentencia. En cualquier caso, la protección que se ofrece a la víctima es mucho mayor que en la privación del anterior apartado de este mismo artículo. A veces, la libertad del agresor se pretende restringir en un grado mucho mayor al que se requiere para garantizar la protección de la víctima.³⁶

³⁵ VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Artículo 57*, p. 556. Resulta imposible acotar de forma definitiva el ámbito geográfico que encierra el concepto “lugar”. Es por ello que tendrá que ser la autoridad judicial quien, en función de las circunstancias particulares del caso concreto, determine exactamente el lugar o lugares a los que el penado no puede acudir ni residir.

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 7ª), nº 28/2005, de 27 de enero. En este caso, se pone en la balanza, por un lado, el derecho del agresor a acudir a su lugar de trabajo, y por otro, la prohibición de aproximarse a la víctima y a uno de los lugares frecuentados por esta, situado muy cerca del lugar de trabajo de la primera. Tal y como se dice en el presente auto, “en el presente caso, se cuestiona si el fallo de sentencia cuando dice “comunicación con ella o aproximarse” debe suponer que el condenado no debe acceder ni permanecer en el bar que, parece ser, se encuentra en las cercanías de otro establecimiento al que la apelada Rosa accede con cierta regularidad. (...) Pues bien, el hecho de que el condenado acuda a su Centro de Trabajo (bar) diariamente no puede entenderse como vulneración de la prohibición establecida en sentencia, pues ni comunica ni se aproxima a la víctima como acto voluntario y tendencial de incumplir la sentencia. Incluso, planteando la cuestión como colisión de derechos, es claro, a juicio de este Tribunal,

Esta medida suele aplicarse en las sentencias y en el marco de los procesos estableciendo una distancia en metros o km de la víctima.

En cuanto a la distancia de separación que debe respetarse en esta prohibición, el CP no la regula. De acuerdo con el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, de 28 de junio de 2005, se propone una distancia de 500 metros, por estimarla “un ámbito espacial suficiente para permitir una rápida respuesta policial y evitar incluso la confrontación visual entre la víctima y el imputado”³⁷. Como afirma Pérez Rivas, la práctica judicial en este punto es variada, y “descarta cualquier tipo de automatismo” y “opta por valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”.

2.4.5.3 La prohibición de comunicación

La pena de prohibición de comunicación con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal está regulada en el artículo 48.3 CP. Esta prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. En principio, parece que el legislador no regula el contacto a través de un tercero. Es decir, parece que el agresor podría enviar un mensaje a la víctima con la actuación de un tercero como intermediario.

Esta prohibición no afecta a la libertad ambulatoria, pues el condenado no verá limitada su libertad de moverse por el territorio español. En esta prohibición lo que se está restringiendo es su derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues se le está imponiendo la prohibición de relacionarse con la víctima o con terceros.

que debe prevalecer el derecho al trabajo y al sustento, que quedaría anulado, en detrimento del derecho a la tranquilidad y libertad deambulatoria de la víctima, que tan solo se podría ver comprometido cuando acudiera libremente a cualquier establecimiento situado a menos de 500 metros del bar donde trabaja el condenado”.

³⁷ PÉREZ RIVAS, Natalia, *Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento*, Dereito vol. 24, Santiago de Compostela 2015, pág. 29-30.

Esta pena presenta un carácter complementario de la prohibición de aproximación. Normalmente se suelen imponer ambas, pues parece que tiene más sentido esto a que se impongan de forma aislada³⁸.

2.4.5.4 Régimen de imposición de la pena de alejamiento

Durante muchos años, se han ido produciendo interpretaciones diversas y poco homogéneas con respecto al régimen de imposición de la pena de alejamiento. Algunas Audiencias Provinciales se dejaban guiar por un criterio interpretativo, mientras que otras por el criterio opuesto. A continuación, se va a abordar esta cuestión jurisprudencial hasta llegar a la decisión que sentó jurisprudencia ex artículo 1.6 CC, como complemento del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se ha de notar que el artículo 48 CP se refiere a las prohibiciones del artículo 57 CP, por lo que, en un primer momento, y ciñéndonos a la gramática que utiliza el CP, parece que la privación a residir o acudir a determinados lugares del artículo 57.1 CP quedaría excluida del régimen jurídico del artículo 57 CP, pues puede interpretarse que se refiere solo a las “prohibiciones” y no a las “privaciones”.

Se va a tratar de determinar el ámbito de aplicación preceptivo de las penas accesorias del artículo 57.2 CP en relación con el artículo 48.2 y 48.3 de este texto legal en los delitos considerados de violencia de género. Es decir, como bien apunta Ortega Calderón³⁹, se va a resolver si “en todos los supuestos de condenas por delitos ya graves ya menos graves subsumibles en lo que podemos calificar como violencia de género

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), nº 280/2009, de 13 de mayo. En este sentido, esta sentencia dispone o siguiente en su fundamento jurídico único: “Si bien, por incomprensible omisión del artículo 57.2 del Código Penal, la imposición en los delitos de violencia de género, familiar o doméstica de la pena adicional de prohibición de comunicación con la víctima es discrecional, y sólo es imperativa la pena de prohibición de aproximarse a aquella, lo cierto es que una elemental coherencia exige que, impuesta obligadamente la pena de alejamiento, se imponga discrecionalmente junto a ella la de prohibición de comunicación, al amparo del artículo 57.1; pues resultaría ridículo que quien no puede aproximarse en persona a su víctima pudiera hostigarla a distancia mediante cualquier medio de comunicación”.

³⁹ ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, *La imperativa prohibición de aproximación a la víctima en los delitos de violencia de género*. [Consultado en 28 de febrero de 2019]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-imperativa-prohibicion-aproximacion-la-victima-los-delitos-violencia-genero>

procede imponer imperativamente las citadas prohibiciones”, o si esta regla tiene excepciones para delitos de menor entidad.

1. Por una parte, encontramos sentencias y resoluciones judiciales que abogan por el carácter meramente facultativo de las prohibiciones del artículo 48 CP en casos de golpeo o maltrato de obra en el ámbito de la violencia de género sin causar lesión. Esta corriente jurisprudencial, al interpretar el artículo 57 CP, entiende que de la literalidad de su apartado segundo se desprende la posibilidad de que estas prohibiciones se adoptaran de forma facultativa en el caso del apartado primero.⁴⁰ Esta línea interpretativa fue mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia 1023/2009, de 22 de octubre, en la que se dijo lo siguiente:

Sostiene el Ministerio Público que el art. 57.2 citado establece con carácter imperativo ("se acordará en todo caso") la imposición de la pena accesoria de prohibición de acercarse a la víctima que contempla el art. 48.2, cuando se da el presupuesto normativo previsto en el citado art. 57.2, que el recurrente asegura su concurrencia. El reproche no puede ser acogido porque, contra lo que sostiene el motivo casacional, entre los delitos previstos en el art. 57.1, no se contempla el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado, pues aunque el delito de maltrato en el ámbito familiar se incluya dentro del Título III del Libro II "De las lesiones" y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de "lesiones", esta aplicación se tendrá que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada -como es el caso- se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro "sin causarle lesión", constitutiva de delito.

Como mantiene Ortega Calderón⁴¹, el razonamiento de esta corriente jurisprudencial responde a la necesidad de tener en cuenta la voluntad de la víctima “frente a la imposición imperativa de penas de gran entidad, que afectan intensamente y aún impiden el desarrollo de las relaciones familiares o meramente de pareja, frente a hechos que son puntuales y de mínima entidad”. Según esta línea interpretativa, estos

⁴⁰ Esta corriente jurisprudencial consideraba que el artículo 57 CP, al mencionar los delitos de lesiones, estos se referían únicamente a los apartados 147.1, 147.2 y 153.1 CP anteriores a la reforma operada por la LO 1/2015. Para esta corriente, quedan fuera del ámbito de aplicación de este artículo las anteriormente denominadas “faltas” y el maltrato de obra sin causar lesión. Tras la reforma, quedaban fuera de este ámbito el artículo 147.3, 153.1 y 153.2 CP.

⁴¹ ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, *La imperativa prohibición de aproximación a la víctima en los delitos de violencia de género*. [Consultado en 28 de febrero de 2019]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-imperativa-prohibicion-aproximacion-la-victima-los-delitos-violencia-genero>

hechos son elevados a la categoría de delito menos grave por razón de la víctima. En estos supuestos no hubo medidas cautelares, o fueron dejadas sin efecto por petición de la propia víctima, que decidió mantener la relación con su pareja y renunciar a toda acción penal. Para este autor, el riesgo objetivo que se pretende tutelar con estas prohibiciones no existe apenas en estos casos por los motivos expuestos anteriormente.⁴² En cualquier caso, hemos de puntualizar que se trata de una posición jurisprudencial absolutamente minoritaria, ya que supone dejar en manos de la víctima la persecución del hecho, cuando no estamos ante delitos perseguibles a instancia de parte, sino perseguibles de oficio. De hecho, la voluntad de la víctima no incide en la persecución penal del hecho.

2. Por otra parte, se encuentran resoluciones favorables al carácter preceptivo de las prohibiciones de aproximación. Entre ellas, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 311/2007⁴³, en la que se deja constancia del carácter imperativo de las prohibiciones del artículo 48.2 CP:

El párrafo 1º del art. 57.1 CP, atribuye al tribunal sentenciador la facultad u opción de imponer o no las prohibiciones del art. 48 (penas accesorias), dentro de unos límites temporales. El mismo criterio se sigue en caso de responsabilidad por faltas (art. 57.3 CP). Sin embargo, en el apartado 2º de ese mismo artículo los términos en que la ley se manifiesta son distintos. En dicho apartado se establece con carácter imperativo la imposición de las penas accesorias del nº 2 del art. 48, cuando se da el presupuesto normativo que allí se contempla (delitos enmarcados dentro de la violencia de género), que lo expone en los términos "se acordará, en todo caso".

Esta polémica, surgida de interpretaciones diversas del propio Tribunal Supremo, así como de diferentes Audiencias Provinciales, es zanjada por la Sentencia del Tribunal

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 1029/2009, de 22 de octubre. Esta sentencia pone de manifiesto la línea interpretativa que defendía este tribunal en 2009, abogando por la no inclusión del delito del artículo 153.2 y 153.3 CP dentro del elenco de delitos de "lesiones" y su aplicación facultativa y no preceptiva en estos casos: "Sostiene el Ministerio Público que el art. 57.2 citado establece con carácter imperativo ("se acordará en todo caso") la imposición de la pena accesoria de prohibición de acercarse a la víctima que contempla el art. 48.2, cuando se da el presupuesto normativo previsto en el citado art. 57.2, que el recurrente asegura su concurrencia. El reproche no puede ser acogido porque, contra lo que sostiene el motivo casacional, entre los delitos previstos en el art. 57.1, no se contempla el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado, pues aunque el delito de maltrato en el ámbito familiar se incluya dentro del Título III del Libro II "De las lesiones" y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de "lesiones", esta aplicación se tendrá que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada -como es el caso- se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro "sin causarle lesión", constitutiva de delito.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 311/2007, de 20 de abril.

Supremo (Sala de lo Penal), nº 342/2018, de 10 de julio⁴⁴, que, a continuación, analizaremos en detalle.

El pleno de la Sala de lo Penal comienza su razonamiento centrándose en el término “lesiones” al que se refiere el artículo 57 CP. Considera que no se puede hacer una interpretación de este término encasillándolo como el delito de lesiones. Hay que ir más allá, ya que este artículo se está refiriendo a los títulos del Libro II del Código Penal, y no a los delitos que en el mismo se regulan:

En efecto, esta Sala concluye que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación. Cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical - apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»)-, porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal. De no entenderlo así, no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del art. 138 CP); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que el art. 57.1 CP se refiere a «delitos contra el patrimonio». Cabe aquí reiterar que, tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, «De las lesiones») se incluyen las tres infracciones a las que ya hicimos referencia. Entre ellas, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras la reforma, es un delito «de lesiones», que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto.

Siguiendo con esta línea interpretativa, el pleno se reitera en la imposibilidad de no considerar el delito del artículo 153 CP como un delito de lesiones. Esta situación llevaría a que nunca se pudiera imponer algunas de las penas del artículo 48 CP para este delito:

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 342/2018, de 10 de julio. En su Fundamento de Derecho segundo, se describe la problemática a resolver por la presente sentencia: “La cuestión esencial que suscita este recurso y que presenta un claro interés casacional, que ha motivado su admisión, es determinar si en el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153.1 CP la pena de prohibición de aproximación debe ser impuesta de forma imperativa por tratarse de una infracción comprendida en el apartado segundo del artículo 57 CP”.

Aquí cabe destacar lo siguiente. La consideración de que el delito de maltrato de obra del art. 153 CP no es un delito «de lesiones» y, por tanto, no está incluido en el catálogo del art. 57.1 CP produce una consecuencia incoherente: nunca podrían imponerse las penas del art. 48 CP a tal delito, ni de forma facultativa ni preceptiva, pues, sencillamente, quedaría fuera de la relación de delitos contemplada en aquél. (...) Por las mismas razones, el delito leve de maltrato del artículo 147.3 CP quedaría excluido del párrafo tercero del artículo 57 CP, que también se remite al apartado primero del precepto y que contempla la imposición facultativa de la prohibición del art. 48 CP.

El pleno continúa aportando argumentos⁴⁵ para sustentar su razonamiento, teniendo muy en cuenta el fin de protección de la víctima, que merece especial énfasis en los delitos del artículo 153 CP, más allá de que el bien jurídico protegido por estos dos tipos penales es el mismo: la integridad física y psíquica.

Además de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo, se podrían añadir otros. Como bien defiende Ortega Calderón⁴⁶, tanto en el artículo 153.1 como en el 147 CP, el legislador hace uso del término “lesión”, poniendo de manifiesto cierta torpeza, ya que utiliza el mismo término que el que sirve para dar nombre a la rúbrica de este título del Código Penal. Esta deficiencia puede solventarse haciendo referencia a otras fórmulas tales como “quebranto o menoscabo físico: menoscabar la integridad corporal o salud física o mental reclamando tratamiento médico, menoscabarlas sin reclamar dicho tratamiento o simplemente golpear o maltratar sin causar tal quebranto”.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 342/2018, de 10 de julio. Continúa justificando esta decisión: “Además, se podría destacar otro argumento a efectos de incluir el delito de maltrato de obra del artículo 153.1 CP en el catálogo de delitos del apartado segundo del artículo 57 CP. En dicho precepto, como hemos dicho, se castiga con idénticas penas privativas de libertad y de derechos tanto al que causare a la víctima lesiones del número segundo del artículo 147 CP como al que la maltratare de obra sin causarle lesión; y, sin embargo, si entendiésemos que el delito de maltrato de obra no está comprendido en el artículo 57 CP, sólo al condenado por la primera infracción se le podría imponer la pena del artículo 48.2 CP -ex artículo 57.1 y 2 CP -. Al condenado por la segunda ni siquiera se le podría imponer con carácter facultativo. Por último, no podemos dejar de tener presente que el artículo 153 CP es un delito enmarcado en la violencia de género que el legislador ha querido diferenciar claramente de otras figuras delictivas en las que las víctimas de las acciones descritas no son las mujeres unidas al agresor por los vínculos que en él se incluyen. De hecho, precisamente por esta razón, el maltrato de obra en él previsto -también el delito de lesiones- está castigado con penas más graves que el maltrato de obra ejercido sobre cualquier otro sujeto pasivo. Cualquier interpretación pues que se haga del precepto debe estar inspirada en una mejor y más adecuada protección de las víctimas”.

⁴⁶ ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, *La imperativa prohibición de aproximación a la víctima en los delitos de violencia de género*. [Consultado en 28 de febrero de 2019]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-imperativa-prohibicion-aproximacion-la-victima-los-delitos-violencia-genero>

En conclusión, de esta sentencia se desprende que en todos los supuestos condenas por delitos de los tipificados en el artículo 153.1 CP “será imperativa la imposición de las penas de prohibición de aproximación previstas en el artículo 57.2 en relación con el artículo 57.1 CP y en todo caso con el contenido prevenido en el artículo 48 del mismo cuerpo legal”⁴⁷.

La solución adoptada por el Tribunal Supremo nos parece muy cuestionable. A nuestro parecer, se está tratando de intentar dar una solución única a todos los supuestos relacionados con estos tipos penales, sabiendo que pueden ser muy diversos. Si tenemos en cuenta que, en este ámbito de la vida, el de las relaciones de pareja, algunos sentimientos cobran especial relevancia y se viven con enorme intensidad, nos parece razonable que el ordenamiento jurídico nos provea de las herramientas necesarias para tratar de dar la solución más justa y personalizada al caso concreto. La fórmula acordada por el Tribunal Supremo nos parece poco justa al no adaptarse lo suficiente a las circunstancias concurrentes en un supuesto concreto. El carácter preceptivo de la prohibición de aproximación hace que se olvide la necesidad de valorar y cuantificar el riesgo que se trata de neutralizar con estas penas accesorias. Y, además, es especialmente perjudicial cuando es la propia víctima la que, de forma voluntaria y decidida, consiente el quebrantamiento de la medida cautelar por el agresor, por cualquier motivo que no oculte un vicio en su consentimiento por miedo a las represalias que pueda tomar el condenado. En cualquier caso, creemos que lo correcto, en todos los casos, es que el órgano judicial valore si es necesaria la imposición de la pena de prohibición de aproximación o si no lo es, sin tener en cuenta los deseos de la propia víctima. Con esto queremos decir que el consentimiento de la víctima es irrelevante para el órgano judicial, que debe ceñirse a valorar la idoneidad de imponer la pena de prohibición en vista de los hechos y circunstancias concretas del caso, en ejercicio del *ius puniendi* que corresponde al Estado, y no a la víctima. Consideramos que no se puede tratar de regular de forma tan genérica una cuestión tan peculiar y singular como esta, y más en el ámbito de la violencia de género. Por tanto, queda clara nuestra preferencia por el carácter facultativo de las

⁴⁷ ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, *La imperativa prohibición de aproximación a la víctima en los delitos de violencia de género*. [Consultado en 28 de febrero de 2019]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-imperativa-prohibicion-aproximacion-la-victima-los-delitos-violencia-genero>

prohibiciones del artículo 48 CP en casos de golpeo o maltrato de obra en el ámbito de la violencia de género sin causar lesión.

III. CONCLUSIONES

1. La orden de alejamiento es una medida cautelar para la cual al Juez o Tribunal se le otorga la potestad de acordarla de oficio, a diferencia de la orden de protección. Un tema que ha sido objeto de polémica e interpretaciones variadas ha sido el valor del consentimiento de la víctima a la hora de adoptar esta medida cautelar. En nuestra opinión, la decisión del órgano judicial no debe someterse a la aprobación posterior por parte de la víctima. Consideramos que no depende del consentimiento de la víctima en estos casos. El órgano judicial debe ceñirse al estudio de la existencia de indicios “racionales” que puedan poner en peligro los bienes jurídicos protegidos de la persona, y en caso de que los aprecie, deberá acordar la imposición de la orden de alejamiento, independientemente del consentimiento que exprese la víctima.
2. La regulación de las medidas cautelares personales en el ordenamiento jurídico penal español es dispersa. Se encuentran reguladas en la LECrim, aunque hay otras medidas que se han regulado a través de leyes ordinarias y leyes orgánicas, como puede ser el caso de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de Protección de las Víctimas de violencia doméstica y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de género. En este sentido, creemos que una regulación más ordenada y sistemática podría facilitar su estudio.
3. En referencia a los presupuestos legales que deben concurrir para poder adoptar la orden de alejamiento como medida cautelar en un proceso penal, creemos que el legislador debería acceder a regular el pronóstico de peligro como presupuesto legal de la orden de alejamiento. En concreto, nos parece necesario que existiese una regulación general, que arrojase cierta luz y seguridad jurídica sobre el discutido principio del *periculum in damnum*. De tal manera, se podría dejar constancia de su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia, y que esta cuestión no quede exclusivamente en manos de la interpretación de jueces o tribunales en cada caso concreto. En vista de la regulación actual, nos parece excesiva la potestad de

Jueces o Tribunales para examinar la concurrencia o no de este peligro con base en las circunstancias que afectan a cada caso. Toda la responsabilidad en este sentido recae única y exclusivamente en el órgano judicial.

4. Con respecto al ámbito de aplicación preceptivo de las penas accesorias del artículo 57.2 CP en relación con el artículo 48.2 y 48.3 de este texto legal en los delitos considerados de violencia de género, nos mostramos en contra del argumento aducido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia 1023/2009, de 22 de octubre. En la misma, se estableció que, aunque el art. 57.2 CP establece con carácter imperativo la imposición de la pena accesoria de prohibición de acercarse a la víctima que contempla el art. 48.2, este reproche no es aplicable para el delito de maltrato en el ámbito familiar. Nuestro parecer es distinto al de esta sentencia. Consideramos que el término “lesiones” al que se refiere el artículo 57 CP se está refiriendo a los títulos del Libro II del Código Penal, y no a los delitos que en el mismo se regulan. Por tanto, no se puede hacer una interpretación de este término encasillándolo como el delito de lesiones.

5. En cuanto a la resolución del Tribunal Supremo, por la que se determina la obligatoriedad de imposición de las penas de prohibición de aproximación del artículo 57.2 CP en relación con el contenido prevenido en el artículo 48 CP, para todos los supuestos de condenas por delitos de los tipificados en el artículo 153.1 CP, nos mostramos en contra de la misma. No compartimos el criterio de la imperatividad de la pena de alejamiento en estos delitos defendido por el Tribunal Supremo. Nos parece que la mejor solución posible sería dotar al órgano judicial de los medios legales necesarios para poder valorar con precisión el riesgo en estos casos para la víctima, y, en definitiva, cada caso debería someterse a estudio. De esta forma, el órgano judicial sería el responsable de analizar el caso concreto y valorar, de forma totalmente razonada y en vista de todas las circunstancias que rodean al caso, la idoneidad de la imposición de la pena de alejamiento para el condenado en el proceso. Además, en este ámbito, el de la violencia de género, en el que las relaciones personales y los sentimientos cobran una especial relevancia, creemos que no se puede privar a una persona de su libertad de establecer estas relaciones personales, en los casos en que las circunstancias concretas no desaconsejen la continuidad de la relación entre ambas personas. Eso sí, deberá ser el órgano judicial el encargado de

decidir si se debe imponer la pena de prohibición de aproximación o no, y los deseos de la víctima no deben entrar en juego en su valoración.

IV. BIBLIOGRAFÍA

“DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso Penal*, Bosch, Barcelona 2015, p.29.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley*, Estudios monográficos nº2, febrero 2004.

FRANCOS RODRÍGUEZ, Jesús, “El periculum in mora como requisito para la adopción de medidas cautelares” en *Medina Garrigó*. [Consultado en 14 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.mga.com.do/el-periculum-in-mora-como-requisito-para-la-adopcion-de-medidas-cautelares/>

GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 2005, p.283.

MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1988, p.435

ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, “La imperativa prohibición de aproximación a la víctima en los delitos de violencia de género” en *Violencia de género*. [Consultado en 28 de febrero de 2019]. Disponible en: <https://elderecho.com/la-imperativa-prohibicion-aproximacion-la-victima-los-delitos-violencia-genero>

PASTOR MOTTA, Luis, *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, 2004.

PÉREZ RIVAS, Natalia, *Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento*, Dereito vol. 24, Santiago de Compostela 2015.

VECINA CIFUENTES, Javier, *La potestad cautelar: contenido y límites*, CEJ, Estudios jurídicos, 2007.

VELASCO SÁNCHEZ, José Carlos y FUSTER-FABRA, Ignacio, *Las medidas cautelares en el orden Penal*. [Consultado en 4 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/las-medidas-cautelares-en-el-orden-penal/>

VIEIRA MORANTE, Francisco Jesús, *Artículo 57 CP*, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Comentarios al Código penal*, Bosch, Barcelona 2007.

WOLTERS KLUWER, Privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares. [Consultado en 26 de enero de 2019]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjcxMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAESE_ozUAAAA=WKE

V. ANEXOS

5.1. Legislación

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.2. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 238/1992, de 18 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 342/2018, de 10 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 1029/2009, de 22 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), nº 311/2007, de 20 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª), nº 56/ 2008, de 16 de junio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), nº 280/2009, de 13 de mayo.

Auto de la Audiencia Provincial de Girona (sección 3ª), nº 59/2004, de 3 de enero.

Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª), nº 556/2004, de 27 de julio.

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 7ª), nº 28/2005, de 27 de enero.

Auto de la Audiencia Provincial de Girona (sección 4ª), nº 692/2018, de 20 de diciembre.

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 4ª), nº 3/2019, de 10 de enero.