

## **Prof. Dr. Pedro Jesús Antequera Jiménez**

Abogado y Profesor Asociado en la Universidad de Alicante. Estudiante Universidad Europea Miguel de Cervantes. Socio de la FICP.

### **~La supresión del automatismo de la pena accesoria de alejamiento como forma de protección de la víctima~**

**RESUMEN:** Si bien ha sido muy debatida por amplios sectores de las Instituciones, la doctrina y la jurisprudencia, la necesidad de reformar el automatismo de la imposición obligatoria de la pena accesoria de prohibición de aproximación por parte de los agresores hacia sus víctimas, o a aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, en delitos relacionados con la violencia doméstica, todo ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 57.2 del Código Penal, no por ello deja de ser un asunto de actualidad, dada la variación de las circunstancias que, en su momento, posiblemente, pudieron tener algún tipo de justificación.

Con independencia de los déficits técnico-jurídicos que adolece la propia redacción del precepto legal en cuestión, a los que se hará referencia en el texto a comentar, creo que se están vulnerando derechos del penado y de las propias víctimas; todo ello, a pesar de sendas resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmando la legalidad del mismo, pues se puede proteger el bien jurídico tutelado por la norma imponiendo la medida restrictiva de libertad con carácter facultativo, o bien con el establecimiento de una medida de seguridad de libertad vigilada.

Además, el hecho de que esta pena “accesoria” sea obligatoria solo para los delitos denominados como de violencia doméstica y no, en cambio, para otros más graves como, por ejemplo, los de atentados contra la libertad sexual o terrorismo, nos lleva a pensar que el criterio seguido por el legislador no es un criterio jurídico sino político.

**PALABRAS CLAVE:** Pena accesoria, aproximación, violencia doméstica, víctimas.

#### **I. CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN.**

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo la modificación del artículo 57 del Código Penal (en adelante CP), vigente con la anterior regulación del precepto dada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, por la cual el apartado 2 estableció la adopción de la prohibición de aproximación cuando la víctima de los delitos descritos en el apartado 1 de dicho precepto legal, sea alguna de las personas que se mencionan en el artículo 173.2 CP de los sujetos mencionado en el referido precepto legal, que son los relativos a los delitos relacionados con las denominadas violencia doméstica y de género<sup>1</sup>.

De esta manera, se establecía de manera taxativa el carácter imperativo de la pena “accesoria”, impidiendo que los Órganos judiciales pudieran apreciarla facultativamente. Todo ello, con independencia de la voluntad de la propia víctima y de la peligrosidad

---

<sup>1</sup> Concretamente, el art 57.2 CP se refiere a estas personas: “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.”

criminal del sujeto activo.

En este sentido, la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima o a aquellas personas que el juez o tribunal determine en sentencia, está contemplada en el art. 48.2 CP, el cual establece, además, otra consecuencia para el caso en que hubiera hijos en común. En cuanto a la medida de prohibición se incluye, no solo acercarse a estas personas en cualquier lugar en el que se encuentre, sino también a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas. Para el caso de haber menores en común entre víctima y victimario se ordena la suspensión, respecto de éste, del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena.

Dejando a un lado este último aspecto relativo a la suspensión del régimen de visitas acordado en sentencia anterior al momento de dictar la orden de aproximación, que sería objeto de otro comentario, nos centraremos en el contenido de la prohibición de aproximación hacia las personas a las que se refiere el precepto citado.

En relación con la accesoriidad de la pena en cuestión, de acuerdo con el art. 33.6 CP, las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de ese Cuerpo Legal. En este sentido apunta PÉREZ RIVAS, considera que se trata de una pena accesoria “impropia”, lo cual deriva de la diferente naturaleza y contenido. Así, esta pena accesoria tiene una duración máxima de 10 años (art. 40.3 CP), pero en este caso, para cuando se trate de penas de prisión, este plazo máximo se puede imponer para el caso de tratarse de delitos graves, debiendo cumplirse el mismo de forma simultánea al cumplimiento de la pena privativa de libertad desde el plazo mínimo superior a ésta de un año hasta el plazo máximo que se le haya impuesto en sentencia al penado. Si se tratara de delitos menos graves, el plazo de la pena accesoria a imponer sería superior entre uno a cinco años a cumplir de la misma manera anterior (art. 57.1 y 2 CP). Este es el margen de error que tiene el juez o tribunal para imponer la pena referida, debiendo atenerse a la gravedad del delito y a la peligrosidad del delincuente pero, en todo caso, la duración de la pena accesoria es independiente al de la pena principal, debiendo, en todo caso, ser aquélla superior a ésta, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del citado art. 57 CP<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> PÉREZ RIVAS, N. La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español, Revista Ius et Praxis, Año 22, N° 2, 2016, pp. 98-99.

El objetivo de que el cumplimiento de la pena accesoria se cumpla de forma sucesiva pero, también, simultánea a la pena principal se debe a un motivo de seguridad de la víctima, que podría verse violentada en su integridad física y psíquica por el acercamiento hacia ésta por parte del victimario durante los permisos y vacaciones penitenciarias, o el pase de éste a una situación de tercer grado penitenciario o libertad provisional durante la ejecución de la condena.

Tal y como refiere MAYORDOMO RODRIGO, amplios sectores de la abogacía, fiscalía, doctrina o de la jurisprudencia han criticado este automatismo legal, en el que el legislador presume iure et de iure que la aproximación del agresor a la víctima puede suponer un peligro para la integridad física y/o psíquica de la víctima. Y estas críticas se basan en que estamos ante una pena de naturaleza accesoria, con una finalidad de prevención especial de la víctima ante situaciones riesgo objetivo<sup>3</sup>.

## **II. RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN PRECEPTIVA DE LA PROHIBICIÓN.**

El carácter imperativo de la norma conlleva que, por un lado, el juez o tribunal ha de aplicarla en sentencia y, por otro, que, como cualquier otra pena, esta medida es de obligado cumplimiento para las partes, sin que quepa consentimiento por parte de la víctima e, incluso, imponiéndosela contra su voluntad. De hecho, el incumplimiento de la pena es constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP, a la pena de prisión de seis meses a un año.

Tal y como apunta GUARDIOLA GARCÍA, el incumplimiento de la pena accesoria impuesta, como no puede ser de otra manera, supone un delito de quebrantamiento de condena que conlleva la pena de seis meses a un año de prisión, en todo caso, y no así la alternativa de multa, de acuerdo con el art. 468.2 CP, al tratarse del incumplimiento de una pena de las contempladas en el art. 48 CP. Pero, además, la jurisprudencia es unánime en que no cabe causa de justificación alguna por el hecho de que exista consentimiento por parte de la víctima de un acercamiento hacia ella del victimario, “aun cuando dicha aproximación o comunicación haya sido consentida, instada o iniciada por la propia persona protegida, y acude para justificar este castigo a intereses públicos (en definitiva también a ellos apela el manido principio de autoridad), a la finalidad propia del ‘Derecho penal sobre violencia de género’ – entendiéndolo incompatible con admitir que la víctima pueda dejar sin efecto estas prohibiciones–, o a la improcedencia de tener en cuenta un consentimiento de la víctima

---

<sup>3</sup> MAYORDOMO RODRIGO, V., Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos, Eguzkilore, N° 23, 2009, p. 267.

por ‘efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada’<sup>4</sup>.

La pena referida del art. 57.2 del CP, ha sido objeto de diversas cuestiones de constitucionalidad por la supuesta vulneración de varios derechos fundamentales.

Siguiendo nuevamente a PÉREZ RIVAS<sup>5</sup>, el primero de ellos sería del contemplado en el art. 25.1 CE, relativo al principio de personalidad de las penas, dado que la imposición obligatoria de la pena en cuestión también afecta a la libre determinación de la víctima cuando ésta no ha cometido delito alguno. Por otro lado, se vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas por la imposición automática de la medida, con el objetivo preventivo especial anteriormente comentado, pero con independencia de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del agresor. Por tanto, se está privando por parte del legislador de dar la posibilidad al juez o tribunal sentenciador de adecuar la pena a imponer a las verdaderas necesidades que tenga la víctima para la protección de sus derechos.

El segundo derecho afectado en este sentido sería el del art. 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE) porque se produce indefensión a la víctima al imponérsele dicha medida sin tener en cuenta su voluntad y afectándole directamente, a la que, ni siquiera, se le da audiencia en este sentido.

Por último, también se formulan otras cuestiones de inconstitucionalidad por afectar al derecho de libertad de elección de residencia y circulación por el territorio nacional. Así, considero que con esta medida obligatoria se estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad deambulatoria del art. 19 CE, que reconoce a los españoles la libertad para circular libremente por el territorio nacional, así como para fijar el lugar de residencia que ha de vincularse con el artículo 139.2 CE, que señala la imposibilidad de poner obstáculos a la libre circulación. Por otro lado, esta libertad de circulación y residencia no es imperativa exclusivamente del ordenamiento jurídico interno español, sino que también lo es del Derecho comunitario, ex art. 18 TCE, que extiende este derecho a todos los ciudadanos y a sus familias de la Unión Europea, sin que ningún Estado pueda restringir este derecho salvo por razones de orden o seguridad públicos o de salud pública, que deberán ser apreciados por los tribunales del Estado afectado, pero bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Asimismo, se estaría vulnerando el art. 18.1 CE, relativo al derecho fundamental a

---

<sup>4</sup> GUARDIOLA GARCÍA, J., Prohibiciones de aproximación y comunicación – quebrantamiento de condena – violencia de género, RECRIM, p. 213.

<sup>5</sup> PÉREZ RIVAS, Revista Ius et Praxis, Año 22, Nº 2, 2016, p. 106.

al intimidad familiar, todo ello, en relación con el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad al verse restringida su libertad de relacionarse con los demás<sup>6</sup>, según lo dispuesto en los arts. 10 y 1.1 CE, máxime cuando sean los poderes públicos los que lo hagan, siempre que, en todo caso, no sea estrictamente necesario para la preservación de otros valores de índole superior<sup>7</sup>.

Por otro lado, como resalta un amplio sector de la doctrina, con esta prohibición se afecta al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

### **III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

En resolución de algunas de estas cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), constituido en Pleno, se pronunció en Sentencia 60/2010, de 7 de octubre. Posteriormente esta doctrina fue confirmada por la posterior Sentencia 79/2010, de 27 de octubre. En ambas Sentencias se aprueba la constitucionalidad del art. 57.2 CP,

Refiriéndose a los derechos fundamentales afectados que se han expuesto en el apartado anterior, el TC se refiere a ellos de forma detallada. No obstante, dados los objetivos del presente trabajo, haré mención a los argumentos jurídicos de manera resumida. Así, en cuanto al principio de personalidad de la pena del art. 25.1 CE, el Alto Tribunal diferencia lo que han de definirse como “efectos propios” de la pena de prohibición de aproximación, que sería aquellos que afectaría de manera inmediata y directa a las partes implicadas, de aquellos otros que califica como “efectos externos” de la referida pena, que afectarían de manera indirecta o mediata a los derechos o intereses legítimos de éstas. El TC considera que se trataría de los segundos, por lo que no quedaría afectado el derecho en cuestión. Precisamente, al referirse el TC a estos efectos indirectos, en el análisis que realiza sobre la vulneración del precepto penal comentado del principio de proporcionalidad de las penas, afirma que no son en sí mismos una sanción propiamente dicha y, por tanto, si no hay pena no puede haber infracción de dicho principio<sup>8</sup>.

En lo relativo a la vulneración del derecho a la no indefensión por parte de la víctima,

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M<sup>a</sup>. (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 322.

<sup>7</sup> PÉREZ RIVAS, Revista Ius et Praxis, Año 22, N<sup>o</sup> 2, 2016, p. 106.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., en: FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M<sup>a</sup>. (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2013, p. 216.

del art. 24.1 CE, considera que no se vulnera, pues la víctima dispone de facultades para personarse en el proceso y ser parte activa en el mismo y, por tanto, gozando del derecho de defensa, y que, además, no es cierto que la pena de prohibición de aproximación se imponga sin dar posibilidad a la víctima de ser parte en el proceso. Tampoco considera el TC que se vulnere este derecho por no dar audiencia a la víctima en el proceso con carácter previo a la adopción de la medida, puesto que la indefensión, que está proscrita por la Constitución, no se produce por el hecho de que la voluntad de la víctima sea contraria a la adopción de la medida.

Finalmente, el TC se pronuncia sobre el principio de proporcionalidad de las penas a que hace referencia el art. 25.1 CE, en relación con el art. 9.3 de la Carta Magna, analizándolo en el mismo fundamento jurídico que el derecho a la libertad deambulatoria del art. 19 CE, en relación con el derecho a la intimidad familiar del art. 18 CE, este último en relación con el derecho a la dignidad personal del art. 10 y art. 1.1 CE y el art. 8.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

El Alto Tribunal, en este sentido, reconoce que el art. 57.2 CP restringe los derechos a la deambulación, pero 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.

En cuanto a la vulneración del derecho a la vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión del art. 24.1 CE, 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.

#### **IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en Sentencia de 15 de septiembre de 2011, se pronunció sobre dos cuestiones prejudiciales que se le plantearon en relación con la posible vulneración de los arts. 2, 3 y 8 de la Decisión Maro 2001880/JAL, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal entonces vigente, por el art. 57.2 CP, resolviendo que este precepto no se opone a lo establecido en los referidos preceptos de dicha norma comunitaria.

Tribunal apunta, en primer lugar, que el hecho de que el derecho de la víctima a participar efectivamente en el proceso penal, no va en contra de los objetivos enunciados en el art. 2.1 DM, pues no supone que la voluntad de la víctima pueda condicionar la imposición obligatoria de la medida de alejamiento; pues, al fin y al cabo, la víctima no es

titular del derecho a que las penas se le gradúen conforme a sus pretensiones. Por otro lado, en relación al art. 3 DM (derecho a ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba) no se opone a que el legislador nacional tenga en cuenta otros intereses generales aparte de los de la víctima. Por último, señala que el sentido del art. 8 DM cuya finalidad es la de proteger a la víctima y a sus familiares, no puede interpretarse en el sentido de que los Estados miembros sean soberanos a la hora de determinar el tipo de sanciones penales a que haya lugar con tal finalidad, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno.<sup>9</sup>

## **V. FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA PENA.**

Pese a los referidos pronunciamientos del TC y TJUE, considero necesaria, en aras a la justicia y a los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho, la derogación de este régimen de imposición preceptiva adoptado en el art. 57.2 CP o, en su caso, la modificación del mismo, con la supresión de la prohibición obligatoria de la referida medida y la inclusión de la medida de seguridad de libertad vigilada, durante el tiempo a que haya lugar durante el cumplimiento de la sentencia y por el tiempo que se acuerde por parte del juez o tribunal sentenciador, en relación al penado, y de acuerdo con las circunstancias objetivas y subjetivas del asunto en concreto.

En mi opinión, dicho precepto debería suprimirse por innecesario, apostando en su lugar por el régimen facultativo del apartado 1 de dicho precepto legal, sin que haya lugar a establecer un régimen más restrictivo para los victimarios en función de las víctimas. La medida de prohibición de aproximación se ordenará por el juez o tribunal de manera discrecional, previa petición de parte, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el delincuente. En este sentido, se ha de tener en cuenta que la peligrosidad a valorar no es la subjetiva o personal del acusado, en tanto sujeto de posibles delitos futuros, “sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia” (STS, Sala de lo Penal, núm. 1429/2000, de 22 de septiembre de 2000).

El art. 25 CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la reeducación y reinserción social. Sin embargo, la medida en cuestión está orientada a la protección de la víctima y no, en cambio, a favor de los objetivos

---

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M<sup>a</sup>. (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2013, pp. 109-110.

constitucionales referidos, lo cual implica que, en nuestra modesta opinión, no se ajusta al objetivo de la pena. Asimismo, considero que esta pena incrementa la aflicción del penado y obvia el principio de proporcionalidad.

Según se refiere en la referida doctrina constitucional y europea, el fin de la medida estaría justificado en aras a la función preventiva que debe desempeñar, sin embargo, creo que no es conforme a los principios del Estado democrático de Derecho sacrificar los derechos individuales (de los victimarios pero, también, de las víctimas), en aras de un supuesto interés general. Como bien apunta FARALDO CABANA, “la obligatoriedad en la imposición de las prohibiciones corta en seco una línea jurisprudencial que ponderaba cuidadosamente la voluntad expresada por la víctima o persona protegida con el peligro que podría suponer el delincuente para su integridad”<sup>10</sup>.

Para conseguir la protección del bien jurídicamente protegido y el objetivo penal comentado, y en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el caso concreto, en los casos de delitos del art. 57.1 CP contra las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, es suficiente con la desaparición del apartado 2 del citado art. 57 CP, imponiendo, en su caso, con carácter facultativo por el juez o tribunal la medida del art. 48.2 CP.

También opino que, para alcanzar los objetivos anteriormente expuestos, el referido apartado 2 del art. 57 CP podría rectificarse en el sentido de que, en vez de obligar al Órgano sentenciador a imponer la medida citada, ésta se podría modificar por una medida de seguridad de libertad vigilada, del art. 96.3.3ª, en relación con el art. 106.2 CP, con el contenido del art. 106.1 del mismo Cuerpo Legal, entre cuyas medidas aparece la de prohibición de aproximación a la víctima. Ello, además, permitiría, como así mismo opina PÉREZ RIVAS, dar una respuesta al principal problema que suscita la ejecución de la pena de prohibición de aproximación, cual es la inexistencia de un mecanismo jurídico de revisión de esta pena durante la fase de ejecución. Sin embargo, si se pudiera imponer la medida referida como medida de seguridad, ésta se podría mantener, reducir o dejar sin efecto, dependiendo de la evolución de la peligrosidad del penado<sup>11</sup>

Como epílogo, traigo a colación la opinión que comparto de MAYORDOMO RODRIGO, quien considera que “La legítima lucha por la igualdad parece exigir como tributo, en ocasiones, el

---

<sup>10</sup> 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 PUENTE ALBA, L.Mª., La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal ppunitivista, Comares, Granada, 2010, p. 64.

<sup>11</sup> PÉREZ RIVAS, N. Revista Ius et Praxis, Año 22, Nº 2, 2016, p. 116.

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),  
septiembre de 2022.**

sacrificio de opciones individuales; la cuestión es hasta qué punto resulta aceptable, para tutelar intereses sociales, servirse como instrumento de la restricción de derechos de personas a las que ningún reproche se les hace. Y en qué medida, si asumimos tal cosa, podemos estar sacrificando los principios más básicos del Estado democrático de Derecho.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> MAYORDOMO RODRIGO, V., Eguzkilore, Nº 23, 2009, p. 236.