



# LA CESIÓN O ARREBATO DEL HILO DE ARIADNA Y EL CAMINO HACIA LA EMANCIPACIÓN FEMENINA: EL TRATAMIENTO PENAL DE LA PROHIBICIÓN DE CONTACTAR CON LA VÍCTIMA EN EL MARCO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA Y PORTUGAL

Tàlia González Collantes

Profesora de Derecho Penal y miembro del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universitat de València

En el presente trabajo se realiza un análisis comparativo y crítico del tratamiento penal en España y Portugal de la prohibición de contactar con la víctima en casos de violencia de género. Ambos países han sido pioneros en la lucha contra la violencia machista y sus legislaciones se cuentan entre las más avanzadas del mundo en la materia, pero han optado por modelos distintos a la hora de regular, en el marco indicado, aquella pena accesoria. Importa conocer las diferencias entre estos modelos, las razones por las cuales se ha optado por uno u otro, qué interpretación hace de los preceptos implicados la jurisprudencia y qué opina la doctrina especializada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación "Valoración de las recientes reformas adoptadas en los delitos de violencia de género" (AICO/2017/109).

## **I – INTRODUCCIÓN**

Entre las acciones prioritarias de la Unión Europea destinadas a reforzar el espacio común de libertad, seguridad y justicia, encontramos las centradas en la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, con inclusión de la aprobación de textos normativos que incorporan directrices fundamentales de política penal a tener en cuenta por los Estados miembros con el fin de hacer frente a la violencia de género. Sin embargo, no es menos cierto que la pretendida armonización o uniformidad en un asunto tan importante como éste choca contra las diferencias existentes en la regulación de la violencia machista contenida en los Códigos Penales de dichos Estados.

Esta afirmación puedo hacerla tras haber estudiado la legislación penal vigente en diferentes países miembros de la Unión Europea. No obstante, en este trabajo no me propongo la realización de un examen pormenorizado de todos los códigos consultados, sino que mi objetivo es mucho más modesto. Me limitaré a realizar un análisis comparativo del tratamiento penal de la prohibición de entrar en contacto con la víctima en supuestos de la violencia de género en España y Portugal.

Tanto España como Portugal han sido países pioneros en la lucha contra la violencia de género, y a día de hoy sus legislaciones se cuentan entre las más avanzadas del mundo en la materia<sup>2</sup>. A pesar de ello, hay diferencias notables en la estrategia utilizada por ambos para conseguir a través de la pena su prevención y, con ello, la tutela jurídica de los bienes jurídicos implicados, siendo preferible, a mi entender, al menos en lo referente a la pena accesoria de prohibición de contactar con la víctima, la alternativa portuguesa.

Lejos de realizar un análisis detallado de todas las diferencias existentes en la regulación de la violencia de género en ambas legislaciones penales, en este trabajo únicamente me centraré en la dicha consecuencia jurídica aparejada a la misma, en la pena accesoria de prohibición de contactar con la víctima, en cuya regulación se pone en evidencia que el legislador español, pero no en cambio el portugués, se ha dejado guiar por una visión estereotipada del victimario, la víctima y el hecho criminal en sí, renunciando a exigir para su imposición que exista una amenaza real o potencial para la víctima deducida a partir de

---

<sup>2</sup>Es así a pesar de no haberse acogido la expresión violencia de género, sino que en el Código Penal portugués se habla de violencia doméstica contra las mujeres.

la realización de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva verificado a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor, y renunciando también a tomar en consideración la voluntad libremente autodeterminada de la mujer. Vemos aquí un claro ejemplo de que detrás de algunas decisiones político-criminales adoptadas en España en materia de violencia machista se esconde cierto paternalismo y la penetración de una serie de tendencias que pueden implicar que se entre en contradicción con algunas de las reglas a las que las penas en un Estado Democrático de Derecho deben quedar sujetas.

Son muchas las personas a las que cuando se les pregunta qué imagen les viene a la cabeza cuando piensan en la violencia de género, responden que la imagen que ésta les evoca es la de un hombre que está de pie agrediendo violentamente, brutalmente, a su compañera sentimental, la cual está como acurrucada, adoptando una posición pasiva frente a la agresión de la que es víctima, una postura como de sumisión. Además, si se les pide que acompañen con audio estas imágenes, son mayoría las personas que dicen escuchar, aparte del sonido de los golpes, como él la insulta, la humilla, la veja, la amenaza y la coacciona. Desgraciadamente, esta escena no es poco frecuente, y es la que ha tenido en cuenta el legislador penal español a la hora de regular la pena accesoria a analizar. Es por ello que ha apostado por su imposición obligatoria y automática en todos los casos, sin excepción. Sin embargo, aquél no ha tomado en consideración que existen otras formas de violencia de género que no por ser menos o nada graves y/o por no contar con la pasividad de la víctima dejan de ser una manifestación de la misma. Pensemos en una pareja formada por un hombre y una mujer, los cuales una noche salen de fiesta y, por no ponerse de acuerdo en el momento en el que volver a casa, se inicia una discusión entre ambos, en el curso de la cual se agreden recíprocamente, de manera que ella le propina a él un puñetazo en el rostro, él le responde a ella con un tortazo con la mano abierta en la cara, y ella lo hace después con una patada, sin que conste la producción de lesiones. Pensemos, también, que ninguno de los dos presenta denuncia contra el otro tras estos hechos y que mantienen su relación sentimental. Podríamos discutir si realmente estamos ante una agresión machista, pero tal y como están redactados los preceptos respectivos en los Códigos Penales español y portugués no hay duda de que la violencia ejercida por ese hombre contra esa mujer ha de ser tratada como tal. En España, en este segundo ejemplo procedería imponer el artículo 153 y en Portugal el 152.

En concreto, en el apartado primero del artículo 153 del Código Penal español, dedicado al maltrato ocasional ejercido por el hombre contra la mujer que es o ha sido su pareja

sentimental, se sanciona a quien por cualquier medio o procedimiento cause menoscabo psíquico o un maltrato de obra sin producir a la víctima ninguna lesión o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2 (que no requieren para curar tratamiento médico o quirúrgico). Y en el artículo 152 del Código Penal portugués, en el cual no se diferencia, como sí sucede en España, entre violencia de género y violencia doméstica, englobando ésta a aquélla, se dispone, en el apartado primero, que comete un delito de esta clase “Quién, de modo reiterado o no, inflige malos tratos físicos o psíquicos, incluyendo castigos corporales, privaciones de la libertad y ofensas sexuales” a una serie de personas que después se enumeran, figurando en primer lugar, aquellos casos en los que la víctima es “cónyuge o ex cónyuge” del sujeto activo, y en segundo lugar los casos en los que dichas conductas se ejercen contra “la persona de otro o del mismo sexo con quien el agente mantenga o haya mantenido una relación de noviazgo o una relación análoga a la de los cónyuges, incluso sin convivencia”. En este mismo precepto se contemplan otros supuestos, pero por no corresponderse con lo que en España llamamos violencia de género no haré mención a los mismos. Además, no sobra apuntar que de los sí indicados, quedarían fuera del ámbito de la violencia de género aquellos en los que el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre, aquellos en los que tanto el sujeto activo como el pasivo son mujeres, y aquellos otros en los que la pareja está formada por hombres. En España estos supuestos reciben el tratamiento de violencia doméstica.

Hay que reconocer que entre los puntos más conflictivos de la regulación penal española de la violencia de género encontramos el relativo a los requisitos objetivos y subjetivos a exigir, o no, para poder aplicar los tipos específicos. Respecto a este punto no hay consenso entre la doctrina, pero tampoco en sede judicial, lo cual es peor, por dar pie a que ante situaciones idénticas se dicten sentencias distintas, lo cual se traduce, unas veces, en la aplicación de artículos distintos y la condena a penas diferentes y, en otras ocasiones, en la existencia junto a esas sentencias condenatorias de otras absolutorias. Se generan así diferencias inaceptables en un Estado de Derecho, pues se ponen en entredicho los primados de justicia y de seguridad jurídica. Sin embargo, a mi entender, me parezca mejor o peor, de lo indicado en el Código Penal español se deduce claramente que la aplicación de dichos tipos es automática desde el momento en que se demuestra que el sujeto activo es un hombre, que el sujeto pasivo es una mujer y que entre ambos existe o ha existido una relación conyugal o de afectividad análoga, sin importar que haya habido o no entre ambos convivencia. Y creo que es así, principalmente, porque en los artículos en los que

se encuentran tipificados los delitos específicos de violencia de género no se requiere, al menos no de manera expresa, ningún requisito objetivo distinto al indicado, ni tampoco subjetivo. Ni se habla de la existencia de una situación de dominación y sumisión ni tampoco se dice que el sujeto activo deba actuar con la intención de discriminar a la mujer y atentar contra su dignidad por serlo. Lo vemos en el ya citado artículo 153.1 del Código Penal español, donde se prevé una pena superior a la prevista en los artículos 147.2 y .3 a imponer cuando la ofendida sea o haya sido esposa del agresor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, sin más. Lo mismo sucede en el artículo 173.2, en relación al maltrato habitual; en el artículo 171.4, para condenar las amenazas leves; y en el artículo 172.2, donde están tipificadas las coacciones leves; etc. Aparte de ello, a pesar de las resoluciones tan dispares que existen, incluso entre las dictadas por el Tribunal Supremo, este Alto Tribunal ha sido muy claro en la Sentencia 677/2018, de 20 de diciembre, en cuyo fundamento segundo indica, en el punto 18, que “Acreditada la relación de pareja y que las agresiones se enmarcan en el seno de una discusión surgida en el contexto de esa relación, por más nimia o trivial que pudiera parecer en su origen, no existe razón legal alguna, o, al menos, ni siquiera la sugiere el Tribunal, para dejar de aplicar el art. 153.1º del Código Penal, más allá de las intencionalidades concretas o de la personalidad del autor, o de la forma en que se desencadena el episodio completo”. Y no impide llegar a esta conclusión el que ambos sujetos sean a la vez tanto víctima como victimario. En el punto 17 del fundamento jurídico segundo de la indicada resolución, el Tribunal Supremo no vacila a la hora de concluir que “El elemento de riña mutua, o acometimiento recíproco, no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal reclamado. Excluida la legítima defensa en cualquiera de sus grados, la acción conjunta y recíproca, en unidad de acto entre discusión y producción de lesiones mutuas, la comience cualquiera de los miembros de la pareja, no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón a la mujer, y tampoco a la inversa. La inaplicación automática del precepto en los supuestos de agresiones recíprocas supone la exigencia de un elemento a modo de exoneración de la responsabilidad penal que, en absoluto, se deriva de la descripción del tipo penal”. Los hechos respecto a los cuales se pronuncia este Tribunal en esta Sentencia son exactamente los puestos anteriormente como ejemplo.

En Portugal, sin embargo, este debate parece estar superado. Hay que decir, por una parte, que en el artículo 153 del Código Penal portugués de 1982 se exigía actuar con “maldad o

egoísmo” pero que, a pesar de su aplicación por los tribunales en supuestos de violencia de género, y como bien apunta Pizarro Beleza, ese ánimo específico no debería haberse exigido en estos casos. Ese requisito sólo se exigía en los supuestos del apartado primero del artículo 153, esto es, cuando la conducta típica la cometiese el padre, la madre o tutor de menor de 16 años o todo aquel que lo tuviese a su cuidado o bajo su guarda o por a quien correspondiese la responsabilidad de su dirección o educación, y también en los casos del apartado segundo, cuando el sujeto activo actuase de ese modo en el marco de una relación de trabajo, sobre su subordinada, si se tratase de mujer embarazada, persona débil de salud o menor, si se verificasen los restantes presupuestos del apartado 1. En base a las reglas hermenéuticas no es correcto llegar a la conclusión a la que llegaban los jueces, esto es, exigir también ese actuar malévolo o egoísta en el contexto de una relación conyugal. La referencia contenida en este apartado tercero a la letra a) del apartado 1 se justifica como una disposición delimitativa (“el comportamiento descrito en la letra a) del apartado 1”)<sup>3</sup>. Hay que añadir, igualmente, que ya con la reforma operada por el Decreto Ley 48/95, de 15 de marzo, fue eliminada la referencia al dicho elemento subjetivo especial o, aunque a Pizarro Beleza no le guste la expresión, a esa suerte de dolo específico<sup>4</sup>. Y aparte de eso, no hay rastro del indicado requisito en el artículo 152 del Código Penal hoy en vigor, ni tampoco de ningún otro, ni subjetivo ni objetivo adicional a que el sujeto pasivo sea hombre, el sujeto pasivo mujer, y que estén casados o exista entre ellos una relación de afectividad análoga, sin importar que exista o haya existido convivencia. Ello es suficiente para hablar, utilizando la terminología elegida por el legislador portugués, de violencia doméstica contra la mujer ejercida por el hombre que es o ha sido su pareja. No se discute que sea así.

<sup>3</sup>PIZARRO BELEZA, T., *Maus Tratos Conjugais: O Artigo 153.º, n.º 3, do Código Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989. También sobre esta cuestión, vid. MOREIRA DAS NEVES, *Violência doméstica: um problema sem fronteiras*, Workshop presentado en Ponta Delgada, Portugal, 2000, p. 8, disponible en <https://www.verbojuridico.net/doutrina/familia/violenciadomestica.html> (fecha de la última consulta: 21/07/2019); FERNÁNDES, C., “O crime de violência doméstica”, en *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2016, p. 106.

<sup>4</sup>PIZARRO BELEZA, T., *Maus tratos conjugais: o art. 153. 3 do Código Penal*, cit., pp. 25-26. En palabras de la autora: “La expresión ‘dolo específico’, correctamente utilizada para referirse a determinadas direcciones de la voluntad que ciertos tipos exigen, es insatisfactoria porque la palabra ‘dolo’, significa, en general, conocimiento y voluntad de hacer o conseguir algo descrito en el tipo objetivo como comportamiento de resultado, esencialmente la consumación del crimen. Por el contrario, en las situaciones en que –como por ejemplo en el art. 146– el Código Penal exige que el agente tenga una determinada intención que va más allá del comportamiento objetivamente tipificado, la no concreción de tal objetivo de la voluntad no impide la consumación del crimen. Sin embargo, su inexistencia puede originar una exención de la pena (art. 24). Esos elementos subjetivos especiales de la ilicitud, que pueden constituir el tipo subjetivo junto al dolo, no deben, por tanto, ser confundidos por el uso de la designación mencionada. Por otro lado, la expresión es a veces usada para abarcar otros elementos, como el que surge en el art. 153 –por maldad o egoísmo–, que describen determinadas motivaciones, pero en rigor no corresponden a determinadas finalidades u objetivos que presiden un actuar”.

Y partiendo de lo anterior, con la legislación en la mano, en España se impondría tanto al hombre del primer ejemplo como también al del segundo, siempre, en todo caso, y sin excepción, una pena accesoria de prohibición de aproximarse a la mujer víctima, a la cual podría añadirse la de prohibición de comunicarse con ella. En Portugal, en cambio, podría prohibirse a esos dos hombres tanto aproximarse a ella como comunicar con ella, pero se renuncia al automatismo. Lo veremos con mayor detalle en las páginas siguientes de este trabajo, en el cual también ahondaré en algunas de las razones por las que en cada país se ha apostado por un modelo distinto y explicaré, asimismo, por qué entre ambos es preferible el portugués. Recojo aquí algunas conclusiones que forman parte de un trabajo más amplio, realizado en el marco de un proyecto de investigación del que formo parte, dedicado al análisis de las reformas adoptadas en materia de violencia de género en España y otros países europeos, financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana, y en gran medida he podido llegar a buen puerto gracias a la hospitalidad de Teresa Pizarro Beleza y Frederico Costa Pinto, quienes me facilitaron la realización de una estancia de investigación en el Centro de Investigaçã o e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade de la Faculdade de Direito de la Universidade Nova de Lisboa.

## **II – LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

En España, cuando la prohibición de aproximación a la víctima se impone como medida cautelar es facultativa, debe respetar determinadas garantías y atender a la existencia de una amenaza real o potencial a la integridad de la víctima<sup>5</sup>. Que debe ser así se desprende sin ningún género de dudas de la propia Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Efectivamente, en el capítulo IV (de las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas) del título V (tutela judicial) de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, se contempla, entre las medidas judiciales a adoptar durante el procedimiento penal, la de

<sup>5</sup>En consonancia, además, con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul en 2011 y ratificado por España en 2014. En concreto, pueden consultarse los artículos 51, 52, 53 y 56 del mencionado Convenio.

prohibición de aproximación a la víctima, cuya regulación concretamente encontramos en el artículo 64, en los apartados tercero y cuarto; y en el artículo 68, relativo a las garantías para la adopción de dichas medidas, se indica que en la adopción de la comentada y las demás medidas restrictivas de derechos se deberán cumplir determinadas garantías. En concreto se dice que las mismas "deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa". Se insiste en ello en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a tenor del cual "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 aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas". Y hay que saber, además, que en el apartado primero de ese artículo del Código Penal al cual se remite el citado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hace mención expresa a 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 socio-económico, incluyéndose en el apartado segundo del mismo una referencia expresa a "los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados".

Sin embargo, no sucede lo mismo cuando dicha prohibición se impone como pena, o al menos no siempre. Es cierto que en el apartado primero del artículo 57 del Código Penal se dice que en las sentencias condenatorias por alguno o algunos de los delitos allí enumerados, los jueces o tribunales "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", entre las cuales se encuentra, en el apartado segundo, la ahora comentada. Pero no es menos cierto que ese artículo 57 del Código Penal consta, como hemos avanzado, de un apartado segundo, donde se establece una excepción para cuando el delito se produce en el marco de la violencia de género o doméstica. En concreto, en este artículo se indica que en estos casos "se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48", es decir, la de prohibición de aproximarse a la víctima.

Por último, otra aclaración importante es que en España se diferencia entre la prohibición de aproximarse a la víctima y la prohibición de comunicarse con ella, y la única que se impone o debería imponerse de manera obligatoria y automática es la del artículo 48.2 del Código Penal. La prohibición de comunicación aparece referenciada en el artículo 48.3 del mismo texto legal y su imposición implica prohibir al condenado comunicarse con los sujetos referenciados en ese mismo precepto, entre los que está la víctima del delito, concretándose, además, que se prohíbe establecer con esa o esas personas, a través de cualquier medio de comunicación, informático o telemático, tanto el contacto escrito, verbal y visual. Importa subrayar, por otra parte, que a esta pena accesoria no hace alusión el artículo 57.2. Puede imponerse, pues así se indica en el artículo 57.3, pero no está sometida al automatismo. Sin embargo, también es verdad, y por ello hay que dejarlo apuntado, que el carácter complementario de la prohibición de comunicación respecto de la de aproximación suele llevar a su imposición conjunta, para de este modo garantizar de una forma más efectiva la seguridad de la víctima. Fijémonos en la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla 280/2009, de 13 de mayo, especialmente ilustrativa<sup>6</sup>. En su fundamento jurídico 1 se afirma lo siguiente: "si bien, por incomprensible omisión del art. 57.2 CP, la imposición en los delitos de violencia de género, familiar o doméstica de la pena adicional de prohibición de comunicación con la víctima es discrecional, y sólo es imperativa la pena de prohibición de aproximarse a 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 art. 57.1 CP; pues resultaría ridículo que quien no puede aproximarse en persona a su víctima

<sup>6</sup>Vid. PÉREZ RIVAS, N., "La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995: regulación y propuesta de 'lege ferenda'", *REDUR*, núm. 13, diciembre 2015, p. 146, nota al pie núm. 13. Esta autora ya escoge para demostrar que efectivamente es así la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla 280/2009, de 13 de mayo, y por la manera en que se justifica la decisión en la misma también yo he querido citarla.

podiera hostigarla a distancia mediante cualquier medio de comunicación”. Esta explicación, a mi modo de ver, aunque pueda resultar lógica, lleva implícita una falta de consideración o respeto por una serie de principios básicos de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático de Derecho, con lo cual no es, por sí sola, suficiente para justificar la imposición de la pena accesoria indicada. Al menos en los supuestos menos graves en los que no se aprecia en el autor de los hechos una peligrosidad objetiva reseñable, no puede justificarse esa decisión, y más teniendo en cuenta que a lo que obliga la ley es a la aplicación de ambas penas de forma individual, y no conjunta<sup>7</sup>.

En Portugal, en cambio, aparte de que se utiliza el término “contactos” y la prohibición de contactar incluye la de aproximación y la de comunicación, hay otras diferencias a destacar, y es que su imposición es facultativa. En el número 4 del artículo 152 del Código Penal de este país se indica lo siguiente: “En los casos previstos en los apartados anteriores, podrán aplicarse al inculpado las penas accesorias de prohibición de contactar con la víctima y de prohibición de uso y tenencia de armas, por un período de seis meses a cinco años, y de obligación de realizar programas específicos de prevención de la violencia doméstica”. Vemos, pues, que no se obliga a los tribunales a imponer la pena accesoria de prohibición de contactar con la víctima, sino que se dice que estos podrán aplicarla. Es igualmente importante precisar que no se indica, ni en el artículo 152 ni en ningún otro del Código Penal portugués, qué deben tener en cuenta los tribunales a la hora de decidir si procede o no imponer dicha pena accesoria, pero el silencio del legislador se ha interpretado por la doctrina y por los tribunales en el sentido de que se tiene que atender a la gravedad de la conducta, a la peligrosidad del autor y, también, a la voluntad de la víctima.

Respecto a esto último, quisiera añadir que la Ley 112/2009, de 16 de septiembre, por la cual se establece el régimen jurídico aplicable a la prevención de la violencia doméstica, a la protección y asistencia a las víctimas de la misma, recoge de manera explícita, en el artículo 7, el principio de autonomía de la voluntad de dichas víctimas, y, en el artículo 9, el principio de respeto por su consentimiento. Y un buen ejemplo de que los tribunales son conscientes de la importancia de estos dos principios en la interpretación del silencio del legislador lo encontramos en lo afirmado en el Acuerdo al que por unanimidad llegó el Tribunal de Relação de Évora en fecha de 29 de noviembre de 2016, donde se concluye que dado que el acusado y la ofendida a la espera del procedimiento penal contra él abierto,

<sup>7</sup>Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, en CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>.D., *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 107.

en el uso de sus libres voluntades, habían vuelto a residir el uno con el otro, en condiciones análogas a las de los cónyuges, el tribunal no puede aplicarle a él la pena accesoria de prohibición de contactar con la víctima de su conducta, pues ello implicaría una intromisión ilegítima en la libertad y la autonomía de voluntad de la propia ofendida.

Ahora bien, hay que aclarar que el que se tenga en cuenta la voluntad de la víctima no significa que no se pueda prescindir de su consentimiento en pro de su seguridad. Si el mencionado Tribunal de Relação tomó esa decisión en ese caso concreto no fue sólo por respeto a la voluntad de la víctima sino porque se daban una serie de circunstancias que así lo permitieron. Se decidió no imponer la pena accesoria indicada tras valorar la gravedad del delito cometido, la no existencia de episodios posteriores de violencia, que la relación existente entre las partes no era conflictiva y que la voluntad de la mujer estaba libremente autodeterminada. Se habla de libertad y autonomía de la voluntad, con lo cual importa detenerse a examinar si, efectivamente, la decisión de la mujer víctima de retomar la relación y, en consecuencia, el contacto con ese hombre que una vez ejerció violencia contra ella, es una decisión libremente autodeterminada. Para ello el tribunal tuvo en cuenta la no existencia de síntomas de vulnerabilidad o debilidad en la misma. En casos como el indicado los tribunales reconocen no tener legitimidad para, sin más, prohibir a la ofendida y al condenado volver a estar juntos, pues se trataría, dicen, de una intervención abusiva y no propia de un Estado de Derecho.

Y antes de acabar, también me gustaría aclarar que la prohibición de contactar con la víctima puede que implique la imposición de las dos prohibiciones indicadas, pero se permiten excepciones o matices, al menos en lo referente a la de comunicación. En concreto, en ocasiones se ha permitido que, a pesar de la prohibición, exista una comunicación entre víctima y victimario para tratar aspectos estrictamente necesarios relacionados con el ejercicio de las responsabilidades parentales con los hijos comunes. Para entenderlo hay que saber que en Portugal la pena accesoria de prohibición de contactar con la víctima del delito incluye la imposibilidad de acercarse y de comunicarse con ella, pero no necesariamente con los hijos comunes, y a pesar de que asociada a esa prohibición del artículo 152.4 del Código Penal encontramos la pena consistente en la retirada del poder paterno, de tutela y curatela por un periodo de 1 a 10 años, prevista en el artículo 152.6 del mismo texto legal, la imposición de esta otra pena no puede ser automática.

De la pena de retirada del poder paterno, de tutela y curatela del artículo 152.6 conviene aclarar que se ha discutido si resulta de posible imposición sólo cuando el menor o menores implicados son víctimas directas de esa violencia o también cuando el delito ha recaído sólo sobre la madre. No obstante, mayoritariamente se entiende que queda justificado que también en este último supuesto pueda imponerse la dicha pena, pues se trata de un caso previsto en los tres primeros apartados del artículo 152 y en el apartado sexto de éste se dice textualmente que la inhibición allí prevista puede imponerse a “quien sea condenado por algún crimen previsto en este artículo”. Por otra parte, que pueda ser así también se justifica porque, aunque la familia en cuestión no sea como la de los mitológicos Zeus y Démeter, en un contexto de violencia familiar puede resultar difícil diferenciar entre los menores que son víctimas directas y los que son víctimas indirectas, y porque se parte de un hecho probado: que el padre condenado por un delito de violencia contra su compañera o excompañera sentimental ha demostrado que el camino por él escogido frente a las contrariedades de la vida en común no ha sido el intento de resolución pacífica y a través del diálogo sino que asume como respuestas adecuadas ante situaciones de conflicto, desacuerdo o frustración, el recurso a la violencia física, los insultos, las amenazas y/o las coacciones<sup>8</sup>. Pero, a pesar de ello, y a pesar de presentarse asociadas ambas sanciones, el principio de no automaticidad de las penas accesorias, recogido en artículo 65 del Código Penal y en el artículo 30.2 de la Constitución de la República de Portugal, impide imponer una siempre que se decreta la otra, y en el propio artículo 152.6 se especifica, además, que para decidir sobre la imposición de la pena aquí prevista los tribunales deben tener en cuenta la gravedad del hecho y su conexión con la función ejercida por el sujeto activo<sup>9</sup>.

Puede suceder, en consecuencia, que a un hombre que haya ejercido violencia contra su compañera sentimental se le imponga la pena accesoria de prohibición de contactar con ella, pero no, en cambio, la de retirada del poder paterno, y que a los progenitores les urja la necesidad de estar en contacto para abordar cuestiones importantes sobre la crianza y educación de sus hijos comunes. Los tribunales han tenido que decidir en casos como éste y han permitido que quede en suspenso esa prohibición en lo relativo a la comunicación

<sup>8</sup>Vid. CARNEIRO RODRIGUES, S., *Regulação e exercício das responsabilidades parentais no contexto de violência doméstica. análise prática e crítica*, Universidade do Minho, Braga, 2017, pp. 67, 68, 79 y 80, disponible en <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/52194> (fecha de la última consulta: 21/07/2019); SOUSA, T.S., *Os Filhos do Silêncio: Crianças e Jovens Exposto à violência Conjugal-Um Estudo de Casos*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2013, disponible en <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/5018> (fecha de la última consulta: 19/07/2019).

<sup>9</sup>Vid. TEIXEIRA CARDOSO, C., *A violência doméstica e as penas acessórias*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. Disponible en <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/9686> (fecha de la última consulta: 20/07/2019).

entre ambos cuando y mientras víctima y victimario abordan aspectos relacionados con el ejercicio de sus responsabilidades parentales. A título de ejemplo, para comprobar que efectivamente es así, puede consultarse el Acuerdo del Tribunal de Relação de Lisboa de fecha de 31 de mayo de 2016, en el que se “condena al acusado a la pena accesoria de prohibición de contacto con la asistente (por cualquier medio, sea directamente o a través de personas interpuesta) durante un periodo de 1 (un) año y 2 (dos) meses, con excepción de lo estrictamente necesario para el ejercicio de las responsabilidades parentales de los hijos comunes, en los términos del artículo 152 nº 4 del Código Penal”.

Pero, igualmente importante es dejar anotado que no siempre se admite esta posibilidad, y que más rígidos son los tribunales por lo que se refiere a permitir excepciones a la prohibición de aproximarse a la víctima, tal y como puede comprobarse, por ejemplo, de la lectura del Acuerdo del Tribunal de Relação de Guimarães de 10 de octubre de 2016. El recurrente alegaba que el cumplimiento de la prohibición de contactar con la ofendida que le fue impuesta sería impeditivo del cumplimiento del acuerdo de regulación de las responsabilidades parentales, pues aquí figuraba que, en los periodos de visitas a sus hijos, de 11 años los dos, estaba obligado a levantarlos y llevarlos a la casa de la madre, y la prohibición de contactar con ella le impedía acercarse a su domicilio. Sin embargo, el Tribunal Relação de Guimarães resolvió que “entendemos que aunque puedan surgir algunas dificultades en la articulación entre ambos dos regímenes, la mencionada pena accesoria no se configura como un obstáculo a que pueda ser cumplido el régimen fijado en la regulación de las responsabilidades parentales, pudiendo coexistir, siendo necesario que en ésta última, designadamente, en lo que respecta al régimen de visitas del condenado con sus hijos, se tome en consideración que al inculpado le fue aplicada, en el ámbito del presente proceso criminal, la pena accesoria de prohibición de contacto con la víctima”.

Y además de ello, entiendo que, a pesar de todo lo indicado, no deberían ser frecuentes los casos en los que a un hombre condenado por un delito de violencia contra la mujer que es o ha sido su pareja y al que se le ha impuesto la pena accesoria de prohibición de contactar con su víctima se le permita ejercer sus responsabilidades parentales respecto a los hijos comunes y que, por tanto, los tribunales puedan plantearse la posibilidad de imponer aquella pena accesoria con el matiz apuntado. Y la razón por la cual deben ser pocos los supuestos en los que se plantee tal dilema la encontramos en el Código Civil portugués. Resulta que en su artículo 1901.1, según la redacción dada al mismo por la Ley

61/2008, de 31 de octubre, se indica que la regla general es que las responsabilidades parentales relativas a cuestiones de particular importancia para la vida de los menores se ejerzan por ambos progenitores, correspondiendo a aquel con quien los menores residen habitualmente tomar las decisiones relativas a los actos de la vida ordinaria, en los términos del artículo 1906.3 del mismo texto legal, también según la redacción dada por dicha Ley de 2008. Sin embargo, también es verdad que en el artículo 1906.2 se contempla una excepción a esa regla general: cuando el ejercicio conjunto resulte contrario a los intereses de los menores, mediante decisión fundamentada, el tribunal podrá otorgar el ejercicio de tales responsabilidades a uno de los progenitores. Y se presume que el interés superior de los menores obliga a concederlo en exclusiva a uno de ellos cuando al otro se le ha impuesto una medida de coacción o una pena de prohibición de contactar con aquél. Así se establece en el artículo 40.9 de la Ley 141/2015, de 8 de septiembre, de Régimen General del Proceso Tutelar Civil, y desde la modificación introducida por la Ley 24/2017, también en el artículo 1906 A del Código Civil<sup>10</sup>. Lo que debería suceder es que la aplicación de medidas que impliquen la prohibición de contactar entre progenitores sea inmediatamente comunicada al Ministerio Público para que se instaure con carácter urgente la regulación o modificación del ejercicio de las responsabilidades parentales y pueda, en su caso, ser juzgado contrario al superior interés del menor el ejercicio en común de las mismas con base en esta prohibición (o, si están en grave riesgo los derechos y la seguridad de víctimas de violencia doméstica y de otras formas de violencia en el contexto familiar aquí mencionadas, que es el otro supuesto explicitado en el artículo 1906 A del Código Civil). Aunque no siempre resulta más beneficioso para el menor dejar apartado al padre cuando aquello ocurre, se presume que así es.

Son dos las razones por las cuales a pesar de lo anterior continúan dándose supuestos en los que los tribunales penales tienen que decidir si se flexibiliza la prohibición de contactos para que el condenado pueda ejercer sus responsabilidades parentales respecto a los hijos comunes. La primera es que la presunción a la cual acabamos de referirnos no es *iure et de iure* sino *iuris tantum*. Se invierte la carga de la prueba, con todas las consecuencias que ello lleva aparejado, con lo cual es el hombre condenado quien tiene la obligación de

<sup>10</sup>Vid. DIVERSOS AUTORES, *Família e Crianças: As Novas Leis, Resolução de Questões práticas*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2017, disponible en [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_familia\\_crianças\\_as\\_novas\\_leis\\_resolucao\\_questoes\\_praticas.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_familia_crianças_as_novas_leis_resolucao_questoes_praticas.pdf) (fecha de la última consulta: 22/07/2019); GOMES, A.S., *Responsabilidades Parentais*, 3ª Edición, Quid Juris, Lisboa, 2012; RODRIGUES LEITE, H.M., *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

probar que, para el interés superior de sus hijos, para su bienestar psíquico y su desarrollo emocional, no es mejor que deje de ejercer como padre. Pero, aun así, se abre la puerta a la posibilidad indicada.

La segunda razón es que, como advierte Carneiro Rodrigues, “no siempre esta solución legislativa ha tenido repercusión en las decisiones de nuestros tribunales que optan por aplicar en aquellos casos el régimen de ejercicio común de las responsabilidades parentales sin cuidar de justificar la expulsión de la presunción legal establecida en el artículo 40 nº 9 del RGPTC, absteniéndose hasta de practicar prueba que demuestre que a pesar del escenario de violencia doméstica que indiciariamente (en fase de investigación criminal y hasta tránsito en juzgado de la decisión final) o efectivamente (ya tras transitada en sentencia la decisión de condena) se les presenta, el interés del niño se encuentra asegurado con el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales”<sup>11</sup>.

### III – RAZONES QUE EXPLICAN AMBAS OPCIONES LEGISLATIVAS

Empezando por España, me atreveré a afirmar que, a mi entender, tras el automatismo formal del que hemos hablado se esconde la penetración de una serie de tendencias tales como el pensamiento dicotómico y el actuarialismo, y la implantación de un modelo único de victimidad, haciéndose gala de cierto paternalismo legislativo y apostándose por el juego de suma cero, como de inmediato me pararé a explicar.

Diré, en primer lugar, que vemos en el artículo 57.2 del Código Penal español un claro ejemplo de que el pensamiento dicotómico está detrás de algunas decisiones político-criminales adoptadas en España en los últimos tiempos, cuyo fundamento radica en una comprensión estereotipada de los sujetos activo y pasivo del delito, en términos de victimario peligroso y víctima pasiva<sup>12</sup>. Se parte de la existencia de un sujeto declarado

<sup>11</sup>CARNEIRO RODRIGUES, S., *Regulação e exercício das responsabilidades parentais no contexto de violência doméstica. análise prática e crítica*, cit., p. 67.

<sup>12</sup>Al respecto, vid. BUSTELO, M. – LOMBARDO, E., “Los ‘marcos interpretativos’ de las políticas de igualdad en Europa: conciliación, violencia y desigualdad de género en la política”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 14, 2006, p. 129; CASADO APARICIO, E., “Tramas de la violencia de género: sustantivación, metonimias, sinécdoques y Preposiciones”, *Papeles del CEIC*, núm. 85, 2012, p. 7; CASADO-NEIRA, D. – MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M., “La víctima simulada. Identidades forzadas en la violencia de género”, *Política y Sociedad*, vol. 53, núm. 3, 2016, p. 882; CASADO-NEIRA, D., “Las marcas en el cuerpo de la víctima: la veracidad encarnada en la violencia de género”, *Kamchatka*, núm. 4, 2014, pp. 359-380; FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales en el control penal de la

culpable, el delincuente o victimario, de cuya peligrosidad no puede dudarse, por ello que siempre, sin excepción, debe quedar apartado de su víctima, sin importar ni la gravedad en términos penales de su acción ni tampoco el que la mujer contra la que ha actuado crea no necesitar o incluso no querer que así sea. Ella, la víctima, sería la otra parte, una persona pasiva, inocente e indefensa, que ha sufrido y sufre todavía, y a quien por eso el Estado debe proteger siempre, incluso de sí misma.

Respecto al victimario diremos, además, que en lo indicado en el artículo 57.2 del Código Penal también apreciamos un buen ejemplo de que en la materia que nos ocupa se está imponiendo, o se ha impuesto ya, la tendencia consistente en el recurso a métodos actuariales para ocuparse de la gestión o “management” de los grupos considerados de riesgo. Como apunta Faraldo Cabada: “Precisamente en este ámbito de la delincuencia se aprecian tendencias de política criminal que apuntan a una transformación paulatina, pero no por ello menos decidida, hacia una nueva penología que, bajo la cobertura de la tutela de la víctima, *leit motiv* de buena parte de las reformas emprendidas, presume *iuris et de iure* la peligrosidad de determinadas categorías de delincuentes que trata con criterios propios de la gestión actuarial de riesgos”<sup>13</sup>. Una política penal fundada en una estrategia actuarial es aquella que parte de entender la prevención no tanto como la evitación de conductas delictivas sino como la reducción de la probabilidad y de la gravedad de la infracción<sup>14</sup>, y está estructurada sobre tres criterios: en primer lugar, se define la peligrosidad recurriendo o bien a la implementación de pautas estadísticas que miden la frecuencia de reiteración delictiva en ciertos contextos, o bien a la introducción de presunciones normativas de peligrosidad vinculadas a la comisión de determinados injustos penales, pero en ambos casos se la desliga de la valoración específica del pronóstico de reiteración delictiva elaborado conforme a criterios validados en el plano científico; en segundo lugar, el hecho de etiquetar como peligroso a un sujeto supone negarle la oportunidad de demostrar que no lo es a pesar de ajustarse al perfil; y en tercer lugar, no se recurre a un

violencia de género”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, I. – PEGORARO, J. S. (Coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 276-277; HERRERA MORENO, M., “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 12, 2014, p. 363; LALIGA MOLLÁ, M. – BONILLA CAMPOS, A., “Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas”, *Journal of Feminist, Gender and Women Studie*, núm. 1, 2015, p. 42; LARRAURI PIJOAN, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... Y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAUREANO COPELLO, P. – MAQUEDA ABREU, M.L. – RUBIO CASTRO, A. M., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 311-328; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *InDret*, 2013, pp. 13-14.

<sup>13</sup>FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, cit., p. 270.

<sup>14</sup>Vid. FEELEY, M.M. – SIMON, J., “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, en NELKEN, D. (Ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994, pp. 173-201.



examen periódico que confirme o descarte la continuidad de la peligrosidad presumida y que permita establecer en cada caso y momento la necesidad e intensidad de la actuación punitiva. Y algunas de las decisiones político-criminales adoptadas en materia de violencia de género parecen cumplir las tres exigencias. Lo vemos claro en el caso de la imposición preceptiva de la pena accesoria aquí comentada. Todos los condenados por violencia de género son calificados de peligrosos y de alto riesgo para la seguridad de la víctima, y precisamente porque lo son deben ser apartados de ella siempre, sin excepción<sup>15</sup>. Sucede, además, que el Tribunal Constitucional ha dado su visto bueno a esta perspectiva actuarial en la materia que nos ocupa. Lo ha hecho en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo. Aquí, para justificar la diferenciación introducida por el tipo del artículo 153.1 en comparación con el artículo 153.2, afirma, en el fundamento jurídico 9, que “las altísimas cifras alrededor de la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja” constituyen “un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena”<sup>16</sup>.

Y en relación a la mujer víctima de la violencia de género, respecto a esa tendencia que parece imponerse consistente en verla e interpretarla conforme a un único modelo de victimidad, diré que éste se asemeja mucho al estereotipo de víctima ideal de la que habló por primera vez Christie<sup>17</sup>, describiéndola como un ser débil y vulnerable que desarrolla una actividad respetable cuando se comete el delito y que no puede ser responsabilizada por lo que sucedió. Otros autores con posterioridad han añadido características complementarias a esa víctima ideal, como por ejemplo no ser provocadora y mostrarse cooperadora con las autoridades, detalles estos añadidos por Strobl<sup>18</sup>, y, efectivamente, también esto se le pide

<sup>15</sup>Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11-08, 2009, pp. 08:19, 08:23, 08:35 y ss.; FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 197; “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, cit., pp. 269-284; LALIGA MOLLÁ, M. – BONILLA CAMPOS, A., “Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas”, cit., p. 42; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-05, 2010, pp. 05:1-05:24.

<sup>16</sup>Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, cit., p. 08:43; COLÁS TURÉGANO, M.A., “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo”, en CARBONELL MATEU, J.C. – GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. – ORTS BERENGUER, E. – CUERDA ARNAU, M.L. (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 371-388.

<sup>17</sup>CHRISTIE, N., “The ideal victim”, en *From Crime Policy to Victim Policy*, Ezzat A. Fattah Ed., New York, 1986.

<sup>18</sup>STROBL, R., “Constructing the victim: theoretical reflections and empirical examples”, *International Review of Victimology*, vol. 11, núm. 2-3, 2004, pp. 307 y ss.

a la mujer víctima de la violencia de género para ser considerada sin vacilaciones y tratada como tal.

Quisiera decir, además, que aunque no me atrevería a afirmar que el cristianismo ha influido en que se imponga esta imagen de la víctima, sí puedo decir, por evidente, que la misma se acerca mucho a la proporcionada por éste, tal y como en su día observó Van Dijk<sup>19</sup>. Tratándose de una víctima hombre (cosa que no puede ocurrir en el marco de la violencia de género), pensándose en la figura de Jesucristo, se espera de él que asuma su condición y su sufrimiento, que ofrezca la otra mejilla frente a los golpes y que estos no le impidan perdonar. Tratándose de una víctima mujer de cualquier clase de delito, Schafran hablaba de la “víctima María”, en oposición a la “víctima Eva”. María sería una mujer casta, doméstica, para quien la maternidad es expresión máxima de la realización personal y que es torpe para tomar cualquier decisión que implique autoridad sobre otras personas. Eva, en cambio, sería la eterna tentadora, que lleva a los hombres a delinquir, y que es también agente de su propia victimización<sup>20</sup>. Y adaptando la categorización de Schafran, aunque sin referirse al cristianismo ni al marianismo, y refiriéndose concretamente a las mujeres víctimas de la violencia de género, la portuguesa Duarte<sup>21</sup> habla de la “víctima inocente”, que sería una mujer que, a pesar del maltrato recibido, hizo un gran esfuerzo por mantener a su familia y la relación afectiva y tardó, en consecuencia, en presentar una denuncia contra su agresor (si es que la presentó, pues ello no es necesario para que se inicie un proceso penal en su contra que acabe en sentencia condenatoria)<sup>22</sup>, influyendo también en ello su falta de instrucción o su dependencia económica a ese hombre. Y me interesa subrayar que son varias las autoras españolas que coinciden con esta descripción de la víctima idea de la violencia machista, entre las cuales encontramos a Larrauri Pijoan<sup>23</sup>, a Faraldo Cabada<sup>24</sup>, a Casado-Neira<sup>25</sup> y a Martínez González<sup>26</sup>. Estas autoras destacan la

<sup>19</sup>VAN DIJK, J., “A Critique of the Western Conception of Victimhood”, *International Review of Victimology*, 16:1, 2009, p. 24.

<sup>20</sup>SCHAFRAN, L. H., “Eve, Mary, Superwoman – How Stereotypes About Women Influence Judges”, *Judges Journal*, 24, núm. 1, 1985, pp. 12-17. En relación a la tercera categoría de mujer víctima de la que habla esta autora, la “Super Mujer”, sería la que está inserta en el mercado de trabajo en plenas condiciones de igualdad salarial con sus colegas varones, y que dispone, en consecuencia, de recursos propios para, por sí mismos, sostener y a los sus descendientes, sin necesidad, por lo tanto, de cualquier ayuda por parte del padre.

<sup>21</sup>DUARTE, M., “O lugar do Direito nas políticas contra a violência doméstica”, *Ex æquo*, núm. 25, 2012, p. 69.

<sup>22</sup> Esta precisión no la contempla la autora de referencia, pero sucede así tanto en Portugal como también en España. Estamos ante un delito público. No se requiere presentación de denuncia por parte de la agraviada ni, en su caso, de su representante legal.

<sup>23</sup>LARRAURI PIJOAN, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia .... Y algunas respuestas del feminismo oficial”, cit., pp. 311-328.

<sup>24</sup>FARALDO CABADA, P., “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, I. – PEGORARO, J. S. (Coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, cit., pp. 276-277.

<sup>25</sup>CASADO-NEIRA, D., “Las marcas en el cuerpo de la víctima: la veracidad encarnada en la violencia de género”, cit., pp. 359-380.

<sup>26</sup>CASADO-NEIRA, D. – MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M., “La víctima simulada. Identidades forzadas en la violencia de género”, cit., p. 882.

prevalencia de una imagen de mujer marcada por la falta de agencia y la necesidad de ayuda externa para ser salvada de sí misma, para ser empoderada a través de una toma de conciencia de su situación.

E insisto, precisamente teniendo en mente este prototipo de víctima y aquel otro de victimario del que se ha hablado anteriormente, en España se apostó por imponer de manera obligatoria y automática la pena en cuestión, sin tener en cuenta la gravedad del delito, ni la peligrosidad del autor, y sin tomar tampoco en consideración, en ningún caso, la opinión y voluntad de la mujer, la cual puede ser libremente autodeterminada.

Y precisamente porque en absoluto importa qué piensa y qué quiere la mujer, puede hablarse, sin duda, de la asunción de una postura paternalista por parte del Estado<sup>27</sup>. Maqueda Abreu incluso habla de “colonización legal” y lamenta que “la idea de que la violencia contra ellas es un asunto público que se ha llevado a sus últimas consecuencias hasta llegar a privarles del control de sus necesidades y de la autonomía de sus decisiones vitales”<sup>28</sup>. Además, y como apunta Lorenzo Copello, esta “marcada sobreprotección de las víctimas” va acompañada de otra tendencia: a estas mujeres se les “empuja en todo momento hacia el sistema penal en la idea de garantizar su seguridad frente al agresor aún en contra de su voluntad”<sup>29</sup>. Muy acertada también me parece que está Larrauri Pijoan cuando apunta que “el problema es cómo controlar los quebrantamientos no consentidos, no cómo criminalizar los consentidos; no atender la voz de la mujer implica una desconsideración de la autonomía de la mujer; no escuchar los deseos de la mujer conlleva aumentar, en algunos casos, la tensión y el peligro de ser agredida de nuevo; descalificar la petición de la mujer comporta el riesgo de que termine siendo criminalizada; (...) y finalmente, no considerar la opinión de la mujer conlleva la aparición de tópicos que descalifican en general a todas las mujeres al presentarlas como agentes interesadas o manipuladoras”<sup>30</sup>.

Y no sólo entre la doctrina existen críticas. También desde la magistratura se alzan voces contra la aplicación automática e imperativa de la pena en cuestión, entre las cuales

<sup>27</sup>Vid. GONZÁLEZ COLLANTES, T., “Violencia de género, protección, sobreprotección o paternalismo. A propósito de las órdenes de alejamiento no deseadas”, en GUZMÁN ORDAZ, R. – GORJÓN BARRANCO, M.C. (Coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Sanz Mulas Ed., Salamanca, 2019, pp. 710 y ss.

<sup>28</sup>MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *InDret*, núm. 4, 2007, p. 22.

<sup>29</sup>LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, cit.

<sup>30</sup>LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género”, *InDret*, núm. 1, 2009, p. 196.

encontramos a Comas de Argemir<sup>31</sup> y otras juezas, como Pineda, Sanahuja y Carmena, que junto a las portavoces feministas Montero y Garaizabal, a las diputadas Montiel y Barco, y a 200 mujeres más de todo el Estado, han manifestado “la preocupación que nos suscita el desarrollo de una excesiva tutela de las leyes sobre la vida de las mujeres, que puede redundar en una actitud proteccionista que nos vuelva a considerar incapaces de ejercer nuestra autonomía”<sup>32</sup>.

En conclusión, no dudo que la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima de un delito en general y de un delito de violencia de género en particular, esté destinada a proteger a dicha víctima, que sea adecuada y eficaz, e incluso necesaria en muchos casos, pero creo que no es así o tiene por qué ser así siempre. Igual que sucede en los delitos que no son una manifestación de la violencia machista (ni doméstica), entiendo que a la hora de su imposición debería atenderse a la gravedad objetiva del hecho y a la peligrosidad del autor, aparte de que, en mi opinión, debería renunciarse de una vez a expropiar la capacidad de decisión de las mujeres y a culpabilizar a aquéllas que deciden continuar con la relación afectiva. Debería poder tomarse en consideración la voluntad de la víctima porque sólo así es posible tener en cuenta la totalidad de factores y circunstancias concurrentes. Importa que sea una decisión libremente autodeterminada, pero debemos reconocer que puede serlo y no conformarnos con una concepción superficial y abstracta de la autonomía de la voluntad. Puede ser que el consentimiento de las mujeres víctimas esté viciado por la violencia psicológica que han sufrido o por el miedo a represalias por parte de su pareja o expareja y que, en consecuencia, no se le pueda otorgar relevancia penal, pero que pueda ser así no significa que siempre lo sea. Importa examinar el contexto social, económico y psicológico de cada mujer para poder afirmar si existe una situación de falta de autonomía y libertad.

Y hay que hacer todavía una última advertencia: con el automatismo por el que apuesta el legislador penal español se pone en evidencia que en materia de género se sigue la lógica del “juego de suma cero” del que habla Elias, “basado en la dudosa presunción de que las

<sup>31</sup>COMAS DE ARGEMIR, “Los jueces piden estudiar caso a caso las órdenes de alejamiento”, *Diario El País*, 17 de octubre de 2007.

<sup>32</sup>PINEDA et al., “Un feminismo que también existe”, *Diario El País*, 18 de marzo de 2006. Entre otras cosas también se advierte lo siguiente: “Las opiniones que venimos criticando nos parecen poco matizadas y excesivamente simplificadoras. Tienen a presentar a los hombres y a las mujeres como dos naturalezas blindadas y opuestas: las mujeres, víctimas, los hombres, dominadores. La imagen de víctima nos hace un flaco favor a las mujeres: no considera nuestra capacidad para resistir, para hacernos un hueco, para dotarnos de poder y no ayuda a generar autoestima y empuje solidario. Lo mismo se puede decir de la visión simplificadora de los hombres: no existe, en nuestra opinión, una naturaleza masculina perversa o dominadora, sino rasgos sociales y culturales que fomentan la conciencia de superioridad y que, exacerbados, pueden contribuir a convertir a algunos hombres en tiranos”.

víctimas sólo ganan si los agresores pierden”, y aparte de no ser esto cierto, el resultado es la victimización secundaria de algunas de las mujeres víctimas de la violencia de género.

Tal y como apunta el autor acabado de citar, no puede negarse que algunas víctimas parecen querer venganza, pero esto tiene una explicación lógica cuando “no hemos dado a las víctimas ningún otro modelo sino el de venganza”. Ésta no es una reacción natural de quien ha sido víctima de un delito sino más bien una construcción social propia de una “cultura de soluciones violentas” en la que se impone “la ideología de la ley y el orden”. Es en este contexto donde las víctimas asumen el lema de que castigar severamente a los delincuentes es lo que necesitan, por dos razones: por rabia y por autoprotección<sup>33</sup>. Sin embargo, no todas las víctimas responden a este impulso punitivista, y menos todavía cuando se trata de mujeres que han sufrido la violencia machista. Las víctimas en general, y las de violencia de género en particular, no siempre acuden al sistema penal buscando el castigo de los victimarios, sino que en múltiples ocasiones lo hacen por una variedad de razones instrumentales, pues el recurso al mismo es un elemento más de las múltiples estrategias usadas por la víctima para negociar con el agresor y conseguir determinadas mejoras en su situación<sup>34</sup>. Y puede pasar, por tanto, y lo vemos con no poca frecuencia, que la víctima de la violencia de género acuda al sistema penal buscando que cese el maltrato pero que no desee que cese la relación sentimental con el hombre que contra ella ejerció la violencia, por distintas razones.

Respecto a esto último, que es lo que aquí interesa, debe tenerse en cuenta que en la Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género del año 2013, en el apartado relativo a cuestiones sustantivas penales, cuando se aborda la cuestión del carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, se reconoce que su aplicación puede generar y de hecho genera conflictos humanos y familiares. Y que ello es así antes incluso lo apuntó también el Grupo de Expertas y Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 2011, en el cual, pese a advertirse que se parte del convencimiento de que los delincuentes de

<sup>33</sup>ELIAS, R., “Paradigms and Paradoxes of Victimology”, en SUMNER, C. – ISRAEL, M., O’CONNELL, M. – SARRE R. (Eds.), *International victimology: selected papers from the 8th international symposium*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1996, p. 21.

<sup>34</sup>FORD, D., “Prosecution as a victim power resource. A note on empowering women in violent conjugal relationships”, *Law & Society Review*, vol. 25, núm. 2, 1991, pp. 326-331; LARRAURI PIJOAN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. 12, 2003, pp. 296 y ss.

género presentan un elevado riesgo de reiteración y reincidencia delictiva<sup>35</sup>, se reconoce después que "también es cierto que un alejamiento forzoso, en todos los casos, puede conducir a situaciones indeseadas entre personas que van a seguir vinculadas por determinados lazos de afectividad, familiares, económicos, sociales, etc". Se añade, igualmente, que el criticado precepto, en su redacción vigente, "impide al juzgador realizar una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes para la adopción de la resolución que resulte más proporcionada al caso concreto". Y teniendo en cuenta todo esto, en relación al apartado segundo del artículo 57 del Código Penal, "se entiende que debe suprimirse este apartado, rigiendo, también para los supuestos de delitos de violencia doméstica o de género las previsiones del apartado 1 del mismo precepto, que permiten al juzgador imponer una o varias de las prohibiciones contenidas en el artículo 48 CP, resolución que habrá de ser motivada en todo caso"<sup>36</sup>.

Sucede, además, que esa mujer que, alejándose de lo que se espera de la víctima ideal, no acata pasivamente la orden de alejamiento, es considerada, sólo por ello, aliada del patriarcado, como lo fue Ariadna según la interpretación oficial del mito del laberinto y el minotauro. Se deshecha otra interpretación igualmente posible. Podemos ver a esta mujer como sujeto de su propia historia, como un ser que puede y debe decidir por sí misma, y que haciéndolo está avanzando hasta el centro del laberinto, recorriendo sus pasadizos, enfrentándose a sus problemas, a sus miedos e inseguridades. Es ella quien teje el hilo, su única dueña. Es un ser capaz de vencer al minotauro y encontrar después la salida, y no, no necesariamente, un ejemplo de sumisión. Pero más grave que esto es que por la decisión por ella tomada, por negarse a aceptar la separación impuesta por una sentencia, puede llegar a ser procesada y condenada. Esto sucede en España, pues, como parte del castigo automático y de obligatorio cumplimiento impuesto a los condenados por esta clase de delitos encontramos, lo hemos visto ya, la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima. El incumplimiento con conocimiento y voluntad de ésta puede llevarla a ella a ser condenada como inductora o como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento, tipificado en el artículo 468.2 del Código Penal español. Lo primero sucede cuando es la mujer quien invita al condenado a retomar el contacto, y lo segundo si

<sup>35</sup>En el mencionado informe se indica que "La experiencia demuestra que, una vez ha surgido el primer episodio de maltrato, y a pesar de las muestras de arrepentimiento del agresor que pueden suceder tras él, la probabilidad de que surjan nuevos episodios violentos se incrementa".

<sup>36</sup>Grupo de Expertas y Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, Informe de 2011, pp. 68-69.

esta decisión es tomada de mutuo acuerdo, entre ambos. Vemos aquí, además, un ejemplo de que, como apunta Tamarit Sumaya<sup>37</sup>, existe una evidente relación entre esa idealización de la víctima y la culpabilización de la misma sobre la que teorizó Ryan<sup>38</sup>. Si la víctima ideal ha de cumplir con unas elevadas exigencias morales, el no estar a la altura induce o puede inducir dinámicas de victimización secundaria. Como denuncia Maqueda Abreu, “se crea una nueva categoría de desviación femenina, pensada para todas esas mujeres que desafían el modelo impuesto y no satisfacen las expectativas creadas para ese otro sujeto estereotipado, que es la Mujer como género (en mayúscula)”<sup>39</sup>.

En aras a evitar esos conflictos y esas condenas derivados de la imposición automática de la pena accesoria aquí comentada, en fecha de 16 de marzo de 2010 se emitió un oficio dirigido a todos los Fiscales Jefes Provinciales y a los Fiscales Delegados en el que se establecía, con marcado carácter excepcional, ponderando las circunstancias del hecho, las personales del autor y la situación de riesgo de la víctima, la posibilidad de no interesar la pena de alejamiento del artículo 57.2 en los diferentes supuestos del artículo 153.1 y 2 del mismo texto legal<sup>40</sup>. Sin embargo, a pesar de que pronto se renunció a ello, tiene dicho el Tribunal Supremo que inclusive cuando ninguna de las partes acusadoras pide la imposición de esta pena, la misma deberá imponerse en su medida mínima. En la Sentencia 819/2010, de 21 de septiembre, entre otras, se llega a esta conclusión.

Es más, como también ha habido jueces y magistrados contrarios al automatismo, el Tribunal Supremo advirtió que existe infracción de ley por la no aplicación del artículo 57.2 en supuestos en los que, pese a la petición de la Fiscalía, la Audiencia no ha impuesto la pena consistente en prohibición de aproximación<sup>41</sup>. En este sentido puede consultarse, a título de ejemplo, la Sentencia 703/2010, de 15 de julio.

Importa dejar anotado, asimismo, que son diversas las resoluciones en las que el Tribunal Supremo afirma que dicha pena debe imponerse incluso en los casos de maltrato físico ocasional sin resultado lesivo. Que debe ser así lo negó este mismo Tribunal en la Sentencia 1023/2009, de 22 de octubre, en la cual afirmaba que “entre los delitos previstos

<sup>37</sup>TAMARIT SUMALLA, J.M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, cit., p. 10.

<sup>38</sup>RYAN, W., *Blaming the victim*, Vintage Books, New York, 1976.

<sup>39</sup>MAQUEDAABREU, M. L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, cit., p. 30.

<sup>40</sup>Oficio de la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer de fecha de 16 de marzo de 2010, p. 1736.

<sup>41</sup>Coincide en que dejar sin efecto la pena supondría un fraude de ley, GUARDIOLA GARCÍA, J., “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. – ORTS BERENGUER, E., – MAQUEDAABREU, M.L., *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal*, cit., pp. 936-937.

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". Sin embargo, antes y después de dictar esta resolución, dicho órgano jurisdiccional sentenció lo contrario. Podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 311/2007, de 20 de abril, y la Sentencia, también del Tribunal Supremo, 342/2018, de 10 de julio, donde se establece que si bien es cierto que en el artículo 57 del Código Penal se prevé dicha pena para "los autores de delitos de homicidio, torturas, contra la libertad sexual o de lesiones, en los que la persona agredida sea la pareja o expareja", la expresión "lesiones", "no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical (...) porque cuando el artículo 57.1 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", y entre el dedicado a las lesiones encontramos el artículo 153, en el cual está tipificado tanto el maltrato que causa lesión de carácter menos grave, como también aquellos golpes y maltrato de obra que no causan lesión, aparte de que la distinción entre estos aquí establecida "solo responde a un intento de diferenciar dos conductas lesivas que, como dijimos con anterioridad y de acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sala, protegen idéntico bien jurídico: la integridad física y psíquica"<sup>42</sup>.

Con todo, porque dejar de aplicar el artículo 57.2 del Código Penal en el que se obliga a los jueces y magistrados a su aplicación supondría un fraude de ley, la solución pasa por suprimir dicho precepto. Otra posibilidad es reformarlo para que permita su aplicación atendiendo caso por caso y valorando las circunstancias concurrentes en cada supuesto, pero no tendría sentido, pues ello ya lo contempla el apartado primero del artículo 57, cuya aplicación, a falta del apartado segundo y de otro precepto que diga lo contrario, se

<sup>42</sup>En esta Sentencia de 2018 también se reconoce lo siguiente: "Las Audiencias Provinciales, por su parte, tampoco han mantenido una línea uniforme. Algunas de ellas han venido considerando que el delito de maltrato de obra del artículo 153 CP no está comprendido en los delitos contemplados en el artículo 57.1 CP y, particularmente, en el delito de lesiones. Sería el caso, entre otras, de la SAP de Madrid (Sección 17ª) de 20 de noviembre de 2017, la SAP de A Coruña (Sección 2ª) de 19 de septiembre de 2017, o la SAP de Madrid (Sección 27ª) de 29 de febrero de 2016. Frente a estas últimas, otras Audiencias Provinciales sí han considerado imperativa la imposición de la prohibición de aproximación en los delitos de maltrato de obra del artículo 153 CP, entendiendo que debe ser considerado como un delito de lesiones tanto por su ubicación sistemática como por su evolución legislativa. Así se han pronunciado, entre otras, en la SAP de Navarra (Sección 2ª) de 3 de octubre de 2017, la SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) de 15 de febrero de 2016, la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 30 de junio de 2016, o la SAP de Tenerife (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2014.



extendería a los casos de violencia de género<sup>43</sup>. En España no se tiene costumbre de mirar hacia Portugal para ver que se está diciendo y haciendo, y respecto al asunto que nos ocupa, en mi opinión, debería tomarse como ejemplo a seguir. Resulta preferible la opción contemplada en el artículo 152 del Código Penal portugués, donde, recordemos, se prevé como facultativa, en el apartado cuarto, la pena accesoria de prohibición de establecer contactos con la víctima. No obstante, también me gustaría decir que a pesar de tener claro los tribunales portugueses que se deben tomar en consideración la totalidad de factores y circunstancias concurrentes, la gravedad del delito, la peligrosidad del autor y la voluntad libre y consciente de la víctima, entiendo que sería preferible, e incluso conveniente, que ello estuviese contemplado de manera expresa en el precepto correspondiente.

Sea como fuere, por lo que se refiere al rechazo luso al automatismo, las razones que lo explican son varias. Por una parte, ayuda a entenderlo el que Portugal sea uno de los pocos países de nuestro entorno cultural que al menos de momento no se ha sumado al llamado “punitive turn”, que implica aspirar a conseguir a través de la pena el castigo del culpable y su inocuización, con poca preocupación por las exigencias de proporcionalidad<sup>44</sup>.

También influye en ello que en este país no hayan penetrado, o no con la misma intensidad, las tendencias antes indicadas que explican el automatismo por el que se apuesta en España: el pensamiento dicotómico, el actuarialismo y la imposición de un único modelo victimal.

Además, a pesar de que hay autores que denuncian cierta postura paternalista por parte del legislador penal portugués en la regulación de la violencia contra la mujer<sup>45</sup>, el hecho de que sin impedirlo se permita a los tribunales no aplicar la pena de prohibición de

<sup>43</sup>No quisiera desaprovechar la ocasión para decir que tal vez preferiría que en el artículo 57.1 del Código Penal, cuya aplicación defiendo, se hiciese mención expresa a la toma en consideración de la voluntad de la víctima, pero creo que tal y como está actualmente redactado el precepto permite tener en cuenta tanto la gravedad objetiva del hecho y la peligrosidad del autor como también qué quiere ella. La voluntad de la mujer víctima de la violencia de género puede ser libremente autodeterminada, y si lo es, tratándose la analizada de una pena que también le afecta a ella, debería tener derecho a que su decisión pueda ser determinante. Y defiendo que pueda ser determinante, y no que siempre deba serlo, porque el que también se deba tener en cuenta la gravedad del delito y la peligrosidad de su autor nos obliga a reconocer que tomar en consideración no significa verse determinado por lo que ella, la víctima, diga.

<sup>44</sup>Vid. PRATT, J. – BROWN, D. – BROWN, M. – HALLSWORTH, S. – MORRISON, W., *The new punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan Publishing, Devon, 2005; PETERS, H., “Punitive Turn?”, *Kriminologisches Journal*, vol. 41, núm. 3, 2009, pp. 179-186; CARRIER, N., “Anglo-Saxon Sociologies of the Punitive Turn. Critical Timidity, Reductive Perspectives, and the Problem of Totalization”, *Champ penal/Penal field*, vol. VII, 2010, disponible en <https://journals.openedition.org/champpenal/7952> (fecha de la última consulta: 22/07/2019).

<sup>45</sup>LAMAS LEITE, A., “Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos shoplifters”, en *As alterações de 2013 aos códigos penal e de processo penal: uma reforma cirúrgica?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 60.

contactar si libre y autónomamente así lo ha decidido la mujer, demuestra que no se llega al extremo del caso español.

Pero la principal razón por la cual el legislador penal portugués no ha impuesto como obligatoria en todo caso la pena accesoria que estamos analizando es que en el Código Penal luso se abre el capítulo dedicado a las penas accesorias indicándose que ninguna pena puede implicar, como efecto necesario, la pérdida de derechos civiles, profesionales o políticos. Ello viene a significar que la condena a una pena accesoria implica haber sido condenado a una pena principal pero que esto no es condición suficiente para que así sea, pues el juez debe comprobar que en el hecho existe un particular contenido del ilícito que justifique materialmente la aplicación de una pena accesoria. Este principio, contenido en el artículo 65 del Código Penal portugués, fue elevado a categoría de principio jurídico constitucional por la reforma introducida en la norma fundamental lusa el año 1982. En concreto, es en el artículo 30.2 de la Constitución de la República de Portugal en el cual se recoge este principio, y sobre el mismo se ha pronunciado en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional portugués, indicando que obliga a que las penas estén siempre sujetas a una serie de reglas propias de cualquier Estado Democrático de Derecho, como lo son los principios de reserva judicial, el de culpabilidad, el de proporcionalidad de las penas, etc. Este Alto Tribunal advierte, asimismo, que las leyes penales que prevén efectos penales automáticos de aplicación a ciertas penas son inconstitucionales. Son numerosos los Acuerdos en los que el mismo se ha pronunciado sobre esta cuestión. A título de ejemplo pueden citarse los siguientes: 16/84, Sección 2ª, de 15 de febrero; 81/84, Sección 2ª, de 18 de julio; 127/1984, Sección 1ª, de 12 de diciembre; 310/85, Sección 1ª, de 11 de diciembre; 75/86, Sección 2ª, de 5 de marzo; 94/86, Sección 2ª, de 19 de marzo; 282/86, Plenario, de 21 de octubre; 284/89, Sección 1ª, de 9 de marzo; 748/93, Plenario, de 23 de noviembre; 522/95, Sección 1ª, de 28 de septiembre; 202/00, Sección 1ª, de 4 de abril; 522/03, Sección 3ª, de 29 de octubre; 154/04, Plenario, de 16 de marzo; 472/07, Sección 2ª, de 25 de septiembre; 368/08, Sección 2ª, de 2 de julio; 46/2009, Sección 2ª, de 28 de enero; 473/2009, Sección 2ª, de 23 de septiembre; 363/2010, Sección 2ª, de 6 de octubre; 25/2011, Sección 2ª, de 12 de enero; 53/2011, Sección 2ª, de 1 de febrero; 311/12, Sección 2ª, de 20 de junio; 218/13, Sección 3ª, de 11 de abril; 748/14, Sección 1ª, de 11 de noviembre; 62/16, Sección 3ª, de 3 de febrero; 331/16, Sección 2ª, de 19 de mayo; 194/17, Sección 2ª, de 26 de abril; 269/17, Sección 2ª, de 13 de mayo; 402/17, Sección 3ª, de 12 de julio;

414/17, Sección 1ª, de 13 de julio; 80/18, Sección 3ª, de 7 de febrero; 132/18, Sección 1ª, de 13 de marzo; 333/18, Sección 1ª, de 27 de junio; 376/18, Plenario, de 4 de julio.

Debo reconocer que la lectura del 30.2 de la Constitución de Portugal y del artículo 65 del Código Penal de este mismo país me hizo dudar sobre su aplicabilidad a supuestos en los que no se prevén efectos automáticamente ligados por ley a ciertas penas sino a ciertos delitos, pues en dichos preceptos únicamente se prohíben los efectos automáticos de las penas. Sin embargo, tras la lectura de diferentes trabajos en los que se trata sobre este asunto, creo acertada la conclusión a la que entre los penalistas llega De Figueiredo Días<sup>46</sup> y entre los constitucionalistas Gomes Canotilho y Vital Moreira<sup>47</sup>. Estos autores opinan que también los efectos accesorios aparejados a ciertos delitos deben quedar sujetos al principio de no automaticidad. A pesar de que la razón histórica que estuvo en la base de la prohibición de la automaticidad de los efectos de las penas (que es la lucha contra la estigmatización ligada a determinada clase de sanciones) no cubre exactamente la no automaticidad de los efectos de los delitos, la estigmatización resultante de éstos no será menos desocializadora y criminógena que la de ciertos efectos de la pena, por lo que debe ser rechazada por un Derecho Penal, como el portugués, que apuesta por la resocialización<sup>48</sup>.

Sorprende que en la Constitución Española no se incluya de manera expresa el dicho principio y que continúen admitiéndose los efectos automáticos de las penas. Sorprende porque a tenor del artículo 1.2 de la misma España es un Estado Social y Democrático de Derecho, y también porque, tal y como apunta algún autor, como De Figueiredo Días, su inclusión en la Carta Magna Portuguesa "revela el apego del legislador penal a la convicción básica de que importa eliminar de las penas todo y cualquier efecto infamante o estigmatizante añadido al (inevitable) mal de la pena", y con ello "se da expresión legal al indeclinable deber del Estado de no perjudicar, sino por el contrario favorecer, la socialización del condenado"<sup>49</sup>. No puede pasarse por alto que en el artículo 25.2 de la

<sup>46</sup>DE FIGUEIREDO DÍAS, J., *Dereito penal português. Parte general II. As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 162.

<sup>47</sup>GOMES CANOTILHO, J.J. - MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4ª edición, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 505.

<sup>48</sup>En base a esta afirmación hay quien pone en duda la constitucionalidad del artículo 69.2 del Código Penal, aunque también hay quien, como De Figueiredo Días, intenta despejar esas dudas afirmando que a pesar de que es la ley la cual determina que un delito lleve aparejada la imposición de una determinada pena, esto se hace por intermedio del juez, y que ello significa que el principio de no automaticidad no resulta vulnerado. Vid. DE FIGUEIREDO DÍAS, J., *Dereito penal português. Parte general II. As consequências jurídicas do crime*, cit., pp. 162-163.

<sup>49</sup>Ibidem, p. 158.

Constitución Española se recoge de manera expresa el principio resocializador, indicándose que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”.

## **IV – QUÉ SUCEDE CON LAS EXIGENCIAS DE PROPORCIONALIDAD EN ESPAÑA**

El elevado número de delitos de violencia de género que se producen, la importancia de los diversos bienes jurídicos cuya tutela se pretende conseguir y la no despreciable tasa de reincidencias registradas debe ser tenido en cuenta por el legislador penal, pero éste también debería saber que si bien es cierto que la prevención general y la prevención especial son los fines inmediatos a través de los cuales se trata de conseguir la tutela jurídica de bienes jurídicos, y que es ésta la meta última a la cual aspira la pena, también es verdad que junto a la prevención general y a la prevención especial encontramos otro pilar sobre el cual se asienta la justificación de esa consecuencia jurídica del delito: el principio de proporcionalidad y las exigencias derivadas del mismo. Es decir, el legislador debería aceptar que la pena se justifica porque es útil para prevenir la delincuencia, pero sólo dentro de ciertas limitaciones derivadas del mencionado principio, que son la adecuación a fin, el principio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Y siendo así, en un caso concreto puede suceder que la función de tutela quede satisfecha con una menor pena o incluso sin ella. Sólo la obsesión retribucionista, un paternalismo exacerbado y la actuación en base a criterios actuariales pueden explicar que no se quiera prescindir de una pena que no resulta necesaria, y a mi entender la contenida en el artículo 57.2 no cumple con esta exigencia. Lo creo así a pesar de negarlo el Tribunal Constitucional, con unos argumentos, por cierto, muy sencillos de rebatir.

Ha habido jueces y magistrados que han presentado cuestiones de inconstitucionalidad en relación con los artículos 57 y 48.2 del Código Penal. La primera de las presentadas lo fue por el Juzgado de lo Penal número 2 de Arenys de Mar, respecto a los casos en los que la víctima manifiesta expresamente y con plenitud de garantías procesales su deseo de que no se imponga la pena accesoria analizada, por entender que con su imposición obligatoria y automática no sólo se castiga al autor de los hechos sino también a la víctima, la cual, sin haber cometido infracción penal alguna, ve coartado o limitado su derecho fundamental a

la libertad personal del artículo 17.1 de la Constitución Española. También se vería comprometido, en opinión de ese juzgado, el valor superior libertad, proclamado en el artículo 1.1, y el derecho del individuo al libre desarrollo de su personalidad, que está proclamado en el artículo 10.1 y significa que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. Ahora bien, este mismo órgano judicial aclara que entiende que sí se respetaría la Constitución Española no sólo en los casos en los que la víctima ha manifestado su conformidad con la pena en cuestión, sino también en los supuestos en los que, a pesar de no quererlo la víctima, estamos ante un delito que ha afectado a bienes jurídicos especialmente relevantes, o ante un ataque de especial gravedad, bien por el procedimiento empleado, bien por el resultado producido<sup>50</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto, no en esta ocasión, porque la cuestión fue inadmitida por razones formales. Así lo hizo en la Sentencia 139/2008, de 28 de octubre.

Tuvimos que esperar a que se dictase la Sentencia 60/2010, de 7 de octubre, para conocer el parecer del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del precepto indicado. En esta sentencia resolvía la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de las Palmas número 8821-2005, la cual entendía que el artículo 57.2 del Código Penal podía vulnerar los artículos 25.1, 24.1, 18.1, 10.1 y 1.1 de la Constitución Española. En esta resolución el Alto Tribunal en absoluto reconoce tal vulneración, pero me interesa realizar un análisis de la misma para indicar con qué argumentos estoy de acuerdo y con cuáles no.

Respecto a la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional comienza indicando que “conforme a nuestra doctrina los postulados del art. 25.1 CE únicamente resultan aplicables a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi*, siendo improcedente su aplicación, ‘como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador’ (STC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6)”. Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional establece que “la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de

<sup>50</sup>Como simple *obiter dictum*, el órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad también indicaba que tal y como está regulado el artículo 57.2 del Código Penal quedarían afectadas las relaciones paternofiliales, pues la comisión de un delito contra la pareja o expareja no tiene por qué afectar *prima facie* al libre desenvolvimiento de esas relaciones paternofiliales.

aproximación es, en todo caso, una consecuencia anudada al sentido propio de la pena impuesta al condenado, pero no es resultado de una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido, puesto que, de un lado, no son sus derechos sino los del autor del delito los que resultan restringidos mediante la imposición de la pena de prohibición de aproximación ex art. 57.2 CP, ni ésta se impone a la víctima, de otro, como una medida represiva que ‘castig[ue] una conducta realizada porque sea antijurídica’, una propiedad ésta que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones, ni tampoco cumplen, en fin, esos efectos sobre el ofendido ninguna de las finalidades retributivas y preventivas propias de éstas (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3)”. Por estas razones resuelve que ha de descartarse una posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE).

Por otra parte, según el Alto Tribunal, tampoco cabe apreciar que la imposición forzosa de la pena ocasione al ofendido la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución Española. Según lo dicho en la Sentencia: “La norma cuestionada en absoluto restringe las facultades de las partes en general, y de la víctima en particular, para intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de defensa de sus pretensiones, lo cual excluye la vulneración del derecho fundamental invocado”. En opinión del Tribunal “no es, sencillamente, cierto que la pena de alejamiento se imponga sin que el sistema garantice a la víctima el derecho a ser oída y a participar en el proceso”. Podría reprochársele al Tribunal Constitucional que el órgano cuestionante no denunciaba lo contrario, sino únicamente el que la opinión y voluntad de la víctima no sea tenida en cuenta cuando se procede a imponer, no ya la pena o penas principales aparejadas a la conducta típica realizada, sino otra adicional que le afecta también a ella, indefectiblemente, y no sólo a quien resulta condenado, pero en la Sentencia de referencia se advierte, junto a lo anterior, que la indefensión constitucionalmente proscrita “no se produce porque la voluntad contraria de la víctima no sea impeditiva de la aplicación de la pena de alejamiento, pues como se acaba de anotar, la víctima puede constituirse en parte y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como alegar lo que a su derecho convenga, sin que ello conlleve, claro está, la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial”. Podría alegarse que lo que se denuncia no es que la opinión de la víctima sea determinante sino el hecho de que ni siquiera se le permita ser escuchada y que se valore su criterio, pero el órgano sentenciador también responde a esto cuando asegura

que “el promotor de la cuestión de inconstitucionalidad equipara indebidamente, por tanto, el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo”. Aunque personalmente creo importante dar voz a la víctima y escuchar cuál es su criterio respecto a una pena que también a ella le afecta, he de reconocer que es complicado defender que así sea escudándonos en su derecho a participar efectivamente en el proceso penal, pues el Tribunal de Justicia Europeo ha llegado a la misma conclusión que el Tribunal Constitucional de España, rechazando en la Sentencia de 15 de septiembre de 2011 que la imposición coactiva de la prohibición de aproximarse y comunicar con la víctima vaya en contra del mismo, reconocido por la Decisión Marco 2011/220/JAI del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Siendo así, no discuto la desestimación de este motivo.

Por último, en la resolución ahora comentada el Tribunal Constitucional da la razón al órgano cuestionante en que la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia es una manifestación de libre desarrollo de la personalidad, el cual, por tanto, se ve afectado negativamente como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación. No obstante, el Tribunal Constitucional niega que también el derecho a la intimidad familiar se vea afectado, porque, en palabras suyas “lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege ‘es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres’ (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre)”. Poco puede decirse al respecto. No puede discutirse que así sea. Y aunque pueda querer recurrirse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que se admita que si este Tribunal reconoce que del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se deriva un derecho a la vida familiar, también debería hacerlo en Tribunal Constitucional de España, éste rechaza que así sea. La doctrina constitucional no ha admitido que el ámbito material de protección del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española se corresponda de forma mimética con el contenido del derecho a la vida privada y familiar que reconoce el Convenio de Roma en su art. 8.1. En

la propia Sentencia analizada se dice que ello debe relativizarse en gran medida, pues ya en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, este Tribunal señaló que “nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH” (FJ 11). Esto no quiere decir que el derecho a la vida familiar que deriva del art. 8.1 CEDH no tenga cabida en la Constitución Española, pues se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE). Se trata, pues, de principios que los jueces ordinarios deben preservar, pero no pueden constituir el objeto de un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional.

El Tribunal Constitucional advierte, asimismo, y por otra parte, que a pesar de que debe reconocerse la afectación del libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución, “de ello no se deriva sin más, como es obvio, la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (art. 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de los dos presupuestos de constitucionalidad que resultan controvertidos en este proceso constitucional”, e indica a continuación que se trataría del consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige comprobar el cumplimiento de tres requisitos: que la medida sea idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, que sea proporcionada en sentido estricto y que sea necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que son limitados como consecuencia del artículo 57.2 del Código Penal para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y se concluye, como enseguida veremos, que el precepto indicado cumple con lo exigido.

Efectivamente, respecto a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el precepto indicado, el Tribunal Constitucional deja claro que el mismo aspira a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente legítimos, siendo la función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima una manifestación de aquélla otra, que además no es la única perseguida, pues en palabras del Tribunal “junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el art. 57.2 CP tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza



capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos”. Se advierte, asimismo, que en nada afecta a su constitucionalidad el hecho de que el precepto contemple la imposición de una determinada pena accesoria en relación con una multiplicidad de delitos: “La finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el art. 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP -vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.- mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos -ya que no todos esos delitos lo son-, sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas (...)”<sup>51</sup>. Y teniendo esto en cuenta añade, en relación a la legitimidad constitucional del fin perseguido, que éste “no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en relación con los cuales el art. 57.2 CP contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos, que, según se ha señalado, se caracterizan por materializarse en el seno de las relaciones afectivas (...)”. Se concluye, en consecuencia, que “la norma cuestionada, por más que suponga una restricción de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos”. Y por mi parte no hay nada que objetar a dicha conclusión.

Y en relación al principio de proporcionalidad, comenzando por la exigencia de adecuación, se advierte en la Sentencia que estamos comentando que lo que debe ser comprobado es si “la conminación penal que realiza el precepto es o no un medio adecuado para proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP mediante la evitación de comportamientos futuros que los lesionen o pongan en peligro y que se caractericen por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP”. Se indica, a continuación, que “no parece discutible que la amenaza de la sanción prevista en el art. 57.2 CP puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles”, sirviendo tanto a la prevención general como también a la especial. Y ello “conduce a desestimar la alegación relativa a la falta de idoneidad de la norma cuestionada, así como, por tanto, la de su supuesta arbitrariedad”. Y sí, es cierto, ya lo he reconocido al

<sup>51</sup>También en el seno de las relaciones de convivencia, familiares o cuasifamiliares.

comienzo de este apartado, pero todavía falta comprobar si se cumplen los demás requisitos.

Respecto al cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, por una parte hay que saber que el Tribunal Constitucional niega que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal, pues goza de un amplio margen de arbitrio respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria, y está convencido de que aquél las tendrá en cuenta para poner una pena concreta entre el mínimo y el máximo marcado por la ley. No obstante, al mismo tiempo el Alto Tribunal no esconde que a su parecer el mencionado principio plantea problemas, aunque tras admitirlo advierte que tiene las manos atadas sobre este particular, debido al amplio margen de libertad de configuración de delitos y penas que corresponde al legislador a la hora de la plasmación normativa de la política criminal. “Siendo ello así, finalmente, y teniendo en cuenta que el que nos ocupa es un juicio de estricta validez, nuestra decisión ha de ser la de desestimar la presente cuestión, puesto que, desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal”. Es precisamente por ello que “sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente (...) No le es dado, en fin, a este Tribunal ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, tal como ya hemos indicado”. Ahora bien, ello podría ser así en caso de que también quedase verificada la satisfacción del principio de necesidad, derivado, como los anteriores, del de proporcionalidad, pero bajo mi criterio, que difiere del expresado por el Alto Tribunal, esto no sucede.

Por lo que respecta a la necesidad de la pena, el órgano cuestionante plantea como alternativa la supresión del artículo 57.2 para que no se aplique “en todo caso” la pena de prohibición de acercamiento a la víctima, y no sin duda esta propuesta entraña una menor intensidad coactiva que la opción acogida por el legislador, como reconoce el propio

Tribunal Constitucional. Sin embargo, tras advertir que sólo en caso de que la alternativa propuesta, menos gravosa, resulte igualmente o más eficaz para la satisfacción del fin perseguido podría decirse que la contenida en el artículo 57.2 no es necesaria, niega que así sea, aunque llega a tal conclusión por partir de una premisa incorrecta, pues entiende que la medida alternativa propuesta es la desaparición de aquél precepto, sin más, con lo cual la alternativa sería no imponer nunca la pena accesoria de la que estamos hablando. Personalmente creo que el Alto Tribunal se equivoca, pues la alternativa planteada por el órgano cuestionante no sería renunciar a la prohibición de aproximarse, sino sólo a su imposición “en todo caso”. La alternativa consistiría en recurrir, también en los casos de violencia de género, a la aplicación del artículo 57.1. Entiendo, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional diga que “la fundamentación desarrollada con anterioridad en relación con la adecuación o idoneidad de la medida impugnada permite llegar al tiempo a la conclusión de que el régimen sancionador que se derivaría de la inexistencia del art. 57.2 CP no sería en ningún caso igualmente eficaz para la satisfacción de la finalidad perseguida que el contemplado por la disposición impugnada”, y que precisamente por ello concluya “que la imposición preceptiva de la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CE satisface las exigencias del principio de necesidad”. Pero, insisto, creo que el máximo intérprete de la Constitución se equivoca a la hora de identificar la alternativa propuesta. La alternativa a la pena preceptiva es la pena, esa misma pena, facultativa. Y si se propone que el cambio lo sea de una pena cuya imposición es preceptiva a otra que, aun siendo exactamente la misma, sea facultativa, y cuya imposición dependa precisamente de su necesidad, no debería ponerse en duda el no cumplimiento por lo dispuesto en el artículo 57.2 del dicho requisito. El legislador ha buscado la paz perpetua pero, como diría Kant, ésta sólo existe en los cementerios<sup>52</sup>.

Siendo así, puesto que con la imposición de la pena de prohibición de aproximación a la víctima se produce una afectación del libre desarrollo de la personalidad de ésta, del sujeto pasivo del delito, y, en consecuencia, de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución, hay que comprobar la satisfacción por parte de la pena contenida en el artículo 57.2 de los indicados presupuestos de constitucionalidad, y la misma no pasaría el test de proporcionalidad, pues su verificación exige comprobar el cumplimiento de tres requisitos y, tal y como hemos explicado, al menos el de necesidad no se daría.

<sup>52</sup>KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002.

No obstante, no lo ha entendido así el Tribunal Constitucional, ni en la Sentencia comentada ni tampoco en otras posteriores. Este Alto Tribunal ha reiterado lo allí dicho, por vía de remisión, en la Sentencia 115/2010, de 24 de noviembre, resolviendo las cuestiones de inconstitucionalidad 3916-2005, 8820-2005, 6292-2006, 3899-2007, 5947-2008 y 7433-2008, planteadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid; así como también en la Sentencia 118/2010, de 24 de noviembre, en la que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010, planteadas por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. En ambas resoluciones el Alto Tribunal indica que las cuestiones planteadas han sido ya resueltas en la Sentencia 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones se remite, y en base a lo allí afirmado llega al mismo pronunciamiento desestimatorio. Continúa el Tribunal Constitucional sin reconocer un error de bulto y, desacertadamente, da su visto bueno a la proporcionalidad del tan polémico artículo 57.2 del Código Penal español.

## V – BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, en CERVILLA GARZÓN, Mª.D., *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.

BUSTELO, M. – LOMBARDO, E., “Los ‘marcos interpretativos’ de las políticas de igualdad en Europa: conciliación, violencia y desigualdad de género en la política”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 14, 2006.

CARNEIRO RODRIGUES, S., *Regulação e exercício das responsabilidades parentais no contexto de violência doméstica. análise prática e crítica*, Universidade do Minho, Braga, 2017. Disponible en <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/52194>.

CARRIER, N., “Anglo-Saxon Sociologies of the Punitive Turn. Critical Timidity, Reductive Perspectives, and the Problem of Totalization”, *Champ penal/Penal field*, vol. VII, 2010. Disponible en <https://journals.openedition.org/champpenal/7952>.

CASADO APARICIO, E., “Tramas de la violencia de género: sustantivación, metonimias, sinécdoques y Preposiciones”, *Papeles del CEIC*, núm. 85, 2012.

CASADO-NEIRA, D. – MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M., “La víctima simulada. Identidades forzadas en la violencia de género”, *Política y Sociedad*, vol. 53, núm. 3, 2016.

CASADO-NEIRA, D., “Las marcas en el cuerpo de la víctima: la veracidad encarnada en la violencia de género”, *Kamchatka*, núm. 4, 2014.

CHRISTIE, N., “The ideal victim”, en *From Crime Policy to Victim Policy*, Ezzat A. Fattah Ed., New York, 1986.

COLÁS TURÉGANO, M.A., “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo”, en CARBONELL MATEU, J.C. – GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. – ORTS BERENGUER, E. – CUERDA ARNAU, M.L. (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

COMAS DE ARGEMIR, “Los jueces piden estudiar caso a caso las órdenes de alejamiento”, *Diario El País*, 17 de octubre de 2007.

DE FIGUEIREDO DÍAS, J., *Dereito penal português. Parte general II. As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpresión, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11-08, 2009.

DIVERSOS AUTORES, *Família e Crianças: As Novas Leis, Resolução de Questões práticas*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2017. Disponible en [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_familia\\_crianças\\_as\\_novas\\_leis\\_resolucao\\_questoes\\_praticas.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_familia_crianças_as_novas_leis_resolucao_questoes_praticas.pdf).

DUARTE, M., “O lugar do Direito nas políticas contra a violência doméstica”, *Ex æquo*, núm. 25, 2012.

ELIAS, R., “Paradigms and Paradoxes of Victimology”, en SUMNER, C. – ISRAEL, M., O’CONNELL, M. – SARRE R. (Eds.), *International victimology: selected papers from the 8th international symposium*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1996.

FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, I. – PEGORARO, J. S. (Coords.), *Órdenes normativas y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2011.

FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

FEELEY, M.M. – SIMON, J., “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, en NELKEN, D. (Ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994.

FERNÁNDES, C., “O crime de violência doméstica”, en *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2016.

FORD, D., “Prosecution as a victim power resource. A note on empowering women in violent conjugal relationships”, *Law & Society Review*, vol. 25, núm. 2, 1991.

GOMES CANOTILHO, J.J. – MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4ª edición, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

GOMES, A.S., *Responsabilidades Parentais*, 3ª Edición, Quid Juris, Lisboa, 2012.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., “Violencia de género, protección, sobreprotección o paternalismo. A propósito de las órdenes de alejamiento no deseadas”, en GUZMÁN ORDAZ, R. – GORJÓN BARRANCO, M.C. (Coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Sanz Mulas Ed., Salamanca, 2019.

GUARDIOLA GARCÍA, J., “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, en CARBONELL MATEU, J.C. – GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. – ORTS BERENGUER, E. – MAQUEDA ABREU, M.L., *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal, (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

HERRERA MORENO, M., “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 12, 2014.

KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002.

LALIGA MOLLÁ, M. – BONILLA CAMPOS, A., “Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas”, *Journal of Feminist, Gender and Women Studie*, núm. 1, 2015.

LAMAS LEITE, A., “Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos shoplifters”, en *As alterações de 2013 aos códigos penal e de processo penal: uma reforma cirúrgica?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

LARRAURI PIJOAN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. 12, 2003.

LARRAURI PIJOAN, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... Y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAUREANO COPELLO, P. – MAQUEDA ABREU, M.L. – RUBIO CASTRO, A. M., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género”, *InDret*, núm. 1, 2009.

MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *InDret*, núm. 4, 2007.

MOREIRA DAS NEVES, *Violência doméstica: um problema sem fronteiras*, Workshop presentado en Ponta Delgada, Portugal, 2000. Disponible en <https://www.verbojuridico.net/doutrina/familia/violenciadomestica.html>.

PÉREZ RIVAS, N., “La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995: regulación y propuesta de ‘lege ferenda’”, *REDUR*, núm. 13, diciembre 2015.

PETERS, H., “Punitive Turn?”, *Kriminologisches Journal*, vol. 41, núm. 3, 2009.

PINEDA et al., “Un feminismo que también existe”, *Diario El País*, 18 de marzo de 2006.

PIZARRO BELEZA, T., *Maus Tratos Conjugais: O Artigo 153.º, n.º 3, do Código Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989.

PRATT, J. – BROWN, D. – BROWN, M. – HALLSWORTH, S. – MORRISON, W., *The new punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan Publishing, Devon, 2005.

RODRIGUES LEITE, H.M., *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

RYAN, W., *Blaming the victim*, Vintage Books, New York, 1976.

SCHAFFRAN, L. H., “Eve, Mary, Superwoman – How Stereotypes About Women Influence Judges”, *Judges Journal*, 24, núm. 1, 1985.

SOUSA, T.S., *Os Filhos do Silêncio: Crianças e Jovens Exposto à violência Conjugal-Um Estudo de Casos*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2013. Disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/5018>.

STROBL, R., “Constructing the victim: theoretical reflections and empirical examples”, *International Review of Victimology*, vol. 11, núm. 2-3, 2004.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-05, 2010.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *InDret*, 2013.

TEIXEIRA CARDOSO, C., *A violência doméstica e as penas acessórias*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/9686>.

VAN DIJK, J., “A Critique of the Western Conception of Victimhood”, *International Review of Victimology*, 16:1, 2009.



## **VI – JURISPRUDENCIA**

### Sentencias del Tribunal Constitucional de España

- 59/2008, de 14 de mayo
- 139/2008, de 28 de octubre
- 60/2010, de 7 de octubre
- 115/2010, de 24 de noviembre
- 118/2010, de 24 de noviembre

### Sentencias del Tribunal Supremo de España

- 311/2007, de 20 de abril
- 1023/2009, de 22 de octubre
- 703/2010, de 15 de julio
- 819/2010, de 21 de septiembre
- 342/2018, de 10 de julio
- 677/2018, de 20 de diciembre

### Sentencias de Audiencias Provinciales de España

- De Sevilla (Sección 4ª) de 13 de mayo de 2009
- De Tenerife (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2014
- De Islas Baleares (Sección 1ª) de 15 de febrero de 2016
- De Madrid (Sección 27ª) de 29 de febrero de 2016
- De Córdoba (Sección 3ª) de 30 de junio de 2016
- De A Coruña (Sección 2ª) de 19 de septiembre de 2017
- De Navarra (Sección 2ª) de 3 de octubre de 2017

- De Madrid (Sección 17ª) de 20 de noviembre de 2017

#### Acuerdos del Tribunal Constitucional de Portugal

- 16/84, Sección 2ª, de 15 de febrero
- 81/84, Sección 2ª, de 18 de julio
- 127/1984, Sección 1ª, de 12 de diciembre
- 310/85, Sección 1ª, de 11 de diciembre
- 75/86, Sección 2ª, de 5 de marzo
- 94/86, Sección 2ª, de 19 de marzo
- 282/86, Plenario, de 21 de octubre
- 284/89, Sección 1ª, de 9 de marzo
- 748/93, Plenario, de 23 de noviembre
- 522/95, Sección 1ª, de 28 de septiembre
- 202/00, Sección 1ª, de 4 de abril
- 522/03, Sección 3ª, de 29 de octubre
- 154/04, Plenario, de 16 de marzo
- 472/07, Sección 2ª, de 25 de septiembre
- 368/08, Sección 2ª, de 2 de julio
- 46/2009, Sección 2ª, de 28 de enero
- 473/2009, Sección 2ª, de 23 de septiembre
- 363/2010, Sección 2ª, de 6 de octubre
- 25/2011, Sección 2ª, de 12 de enero
- 53/2011, Sección 2ª, de 1 de febrero

- 311/12, Sección 2ª, de 20 de junio
- 218/13, Sección 3ª, de 11 de abril
- 748/14, Sección 1ª, de 11 de noviembre
- 62/16, Sección 3ª, de 3 de febrero
- 331/16, Sección 2ª, de 19 de mayo
- 194/17, Sección 2ª, de 26 de abril
- 269/17, Sección 2ª, de 13 de mayo
- 402/17, Sección 3ª, de 12 de julio
- 414/17, Sección 1ª, de 13 de julio
- 80/18, Sección 3ª, de 7 de febrero
- 132/18, Sección 1ª, de 13 de marzo
- 333/18, Sección 1ª, de 27 de junio
- 376/18, Plenario, de 4 de julio

#### Acuerdos de Tribunales de Relação de Portugal

- De Évora de fecha de 29 de noviembre de 2016
- De Lisboa de fecha de 31 de mayo de 2016
- De Guimarães de 10 de octubre de 2016

#### Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo

- Sección 4ª, de 15 de septiembre de 2011