

..ReCrim2011..

EL CASTIGO PENAL DEL QUEBRANTAMIENTO DE PROHIBICIONES PENALES DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CONTRARIAS A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA PROTEGIDA (JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, STC DE 7 DE OCTUBRE DE 2010, STJUE DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011): *STATUS QUAESTIONIS* Y APUNTE DE ALGUNAS CONSECUENCIAS GRAVES

Javier Guardiola García
Universitat de València*

prohibiciones de aproximación y comunicación – quebrantamiento de condena – violencia de género
prohibition on approaching or having any contact – failure to comply with penalty – gender violence

La Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género articuló un régimen de punición cualificada para el quebrantamiento de prohibiciones de aproximación y comunicación hacia la víctima; la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha validado la aplicación de éste aun cuando el quebrantamiento haya sido consentido o inducido por la persona protegida por la prohibición, y tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han salvado la legitimidad de la imposición de estas prohibiciones cuando la persona a la que se quiere proteger se opone a ello. Se da cuenta del estado de la cuestión y se apuntan algunas consecuencias.

Organic Law 1/2004 on measures for comprehensive protection against gender-based violence provides for a worsened sentence for any person who does not comply with penal prohibition on approaching or having any contact to a victim; Spanish Supreme Court confirms that even when the protected person agrees this does not exclude liability to punishment, and both Spanish Constitutional Court and EU Justice Court Judgments have set that this judicial decision is mandatory, even when the victims oppose such measures. Some important consequences of this regulation are pointed out.

Recibido: 25/12/11

Publicado: 31/12/12

© 2011 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad en línea en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introducción - II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo - III. La STC de 7 de octubre de 2010
IV. La STJUE de 15 de septiembre de 2011 - V. Breve apunte conclusivo

I. Introducción

La Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado, en su Sentencia de 15 de septiembre de 2011, que la imposición preceptiva de penas de

* Trabajo enmarcado en el Proyecto DER2010-18825 (financiado por el INIA-Plan Nacional de I+D+i).

alejamiento aun contra la voluntad de la víctima (art. 57.2 del Código penal (CP)) y la exclusión de la mediación en los procesos penales por violencia de género (art. 87 *ter* 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no son contrarios al Derecho de la Unión; y por tanto (dado que éste fue el extremo que dio lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales resueltas) tampoco lo es el castigo penal del quebrantamiento de estas prohibiciones por vía del art. 468.2 CP.

El Tribunal Constitucional español salvó la constitucionalidad de la imposición preceptiva de prohibiciones de aproximación como pena accesoria en delitos de violencia doméstica o de género (art. 57.2 CP) en su Sentencia nº 60/2010, de 7 de octubre.

Y ya antes de estas resoluciones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, abandonando iniciales vacilaciones, ha confirmado contundentemente que el consentimiento –y aun la iniciativa– de la persona protegida no enerva la tipicidad del quebrantamiento de penas o medidas cautelares de prohibición de aproximación o comunicación en los términos previstos por el art. 468.2 del CP.

En definitiva, las previsiones de las Leyes Orgánicas 15/2003 y 1/2004 han dado lugar a que las víctimas de violencia de género (y de violencia doméstica) se vean protegidas de la aproximación de quienes las agredieron aun contra su expresa voluntad, y que esta protección se garantice con la conminación de penas de prisión incluso cuando la misma persona protegida desee, propicie o inicie la aproximación prohibida. Este régimen de tutela jurídica, cuya legitimidad ha sido validada tanto por nuestro Tribunal Constitucional como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene importantes consecuencias que conviene siquiera apuntar.

II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y de comunicación respecto de la víctima impuestas por la jurisdicción penal como medidas cautelares o como penas accesorias es objeto de sanción penal a través del delito de quebrantamiento de condena, ya desde la inicial redacción del art. 468 en el CP de 1995,¹ y de forma cualificada desde las reformas introducidas por la Ley Orgánica (LO) 15/2003,² y la LO 1/2004;³ la vigente redacción del precepto, tras el añadido de la libertad vigilada operado por la LO 5/2010, es del tenor literal siguiente:

¹ “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.”

² “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.”

³ “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.”

“1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”

Las sucesivas reformas han ido extendiendo, así, la pena correspondiente al quebrantamiento en privación de libertad, primero a los supuestos de quebrantamiento de las ‘prohibiciones’ del art. 57.2, con elevación potestativa de la pena, una prisión mínima menos severa y admitiendo una pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad; y después a los de todas las penas previstas en el art. 48 (ahora con carácter preceptivo y sin alternativas que permitan eludir la prisión, cuyo mínimo no es ya inferior al correspondiente al quebrantamiento en situaciones de privación de libertad) y las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en que el ofendido se cuente en el ampliado elenco de víctimas de la violencia doméstica;⁴ para añadirse finalmente a este régimen el quebrantamiento de la libertad vigilada.

Pues bien: la generalización de la adopción cautelar de estas medidas (impulsada, aunque desde luego no ceñida a ella, por la previsión de la Orden de Protección en materia de violencia doméstica en la Ley 27/2003) y de su imposición como pena accesoria (que desde la redacción dada al art. 57.2 del CP por la LO 15/2003 resulta preceptiva e inexcusable –‘en todo caso’– cuando se trate de violencia doméstica y violencia de género) ha hecho muy frecuente la aplicación práctica del delito de quebrantamiento de condena a estos supuestos. Con una importante particularidad: en los supuestos de violencia de género –y en algunas modalidades de violencia doméstica– en un porcentaje no desdeñable de los casos esta aproximación o comunicación prohibidas por la jurisdicción penal resultan consentidas, cuando no provocadas o iniciadas, por la misma persona a la que el procesado o condenado tiene prohibido dirigirse.

La aplicación del delito de quebrantamiento de condena a estos supuestos de ‘quebrantamiento consentido’ –en las distintas modalidades de ‘consentimiento’ que se presentan, que por otra parte es importante distinguir; volveré sobre esto en el apartado final de esta modesta contribución– fue general⁵ (aunque desde luego no unánimemente⁶) asumida por la jurisprudencia menor; pero la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró en su Sentencia núm. 1156/2005, de 26 de septiembre (Ponente Sr. Giménez García), Fundamento de Derecho quinto, que:

⁴ Sobre estas previsiones valga con remitir a Guardiola García, J.: “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, en Carbonell Mateu / González Cussac / Orts Berenguer (dtores.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Salvador Tomás Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 923-943, donde encontrará el lector ulteriores referencias.

⁵ V.gr. Sentencia de la Audiencia Provincial de (S.A.P.) Barcelona nº 153/2005 (Secc. 2ª), de 14 de febrero; S.A.P. Albacete nº 98/2004 (Sección 1ª), de 30 de noviembre; S.A.P. Girona nº 926/2004 (Sección 3ª), de 10 de noviembre.

⁶ Cfr. v.gr. S.A.P. Girona nº 101/2004 (Sección 3ª), de 6 de febrero.

‘No cabe duda de la naturaleza de pena –pena privativa de derechos– que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 del Código Penal, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la LO 14/99, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el art. 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. En concreto, la medida que se le impuso al recurrente el 31 de julio tuvo esa naturaleza y la impuesta en el fallo de la sentencia sometida al presente control casacional tiene naturaleza de pena.

No obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende –y esto es lo característico– de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima –en cuya protección se acuerda– de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerdan las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia.’

Este planteamiento resulta en diversos extremos cuestionable (es preciso asumir con GARCÍA ALBERO⁷ que, en buena medida, algunas argumentaciones serían

⁷ “Artículo 468”, en Quintero Olivares (dtor.) / Morales Prats (coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Thomson – Aranzadi.

directamente trasladables a la misma pena de prisión), pero en todo caso introduce un debate importante que tiene en cuenta extremos dignos de atención. ¿Pueden mantenerse penas o medidas orientadas a la protección de la víctima (y cuyo contenido se ciñe a procurar ésta impidiendo la aproximación o comunicación) cuando la víctima no desea tal protección? En los términos planteados en esta Sentencia, ante el conflicto de bienes que se produce en tales casos la pena/medida orientada a la protección de la víctima debía ceder ante la voluntad de ésta de reanudar la convivencia, aproximación o comunicación; aunque, tras haber planteado el conflicto subyacente (eventual responsabilidad penal de la víctima por coautoría o inducción, capacidad de autodeterminación de la víctima y proyección de esta capacidad de autodeterminación en la vida de pareja) se justificaba la decisión precisamente negando el conflicto al pretender que este consentimiento ‘acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección’ (lo que dista de ser obvio: acredita que la víctima no consiente tal protección, no que no exista un riesgo ni que la medida sea ineficaz para conjurarlo), y por tanto ‘supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva’. Sea como fuere, parecía que el Tribunal Supremo entendía que el consentimiento o iniciativa de la víctima enervaba la prohibición de aproximación o comunicación, ‘por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento’.

Sin embargo, el Alto Tribunal no tardó en apuntar un cambio de criterio.⁸ En efecto, un *obiter dictum* de la Sentencia nº 10/2007, de 19 de enero (Ponente Sr. Soriano Soriano) se orientó ya en sentido muy distinto, subrayando (Fundamento de Derecho tercero):

‘que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal –que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla– pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto’.

Y poco más tarde y con rotundidad, ahora como *ratio decidendi*, la Sentencia núm. 775/2007, de 28 de septiembre (Ponente Sr. Maza Martín), excluyó que el consentimiento pudiera enervar, si no las medidas cautelares, cuando menos las penas de alejamiento, argumentando:

‘Pero como muy bien dicen los Jueces *a quibus*, en perfecta comprensión del significado esencial de nuestra doctrina, una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, y más aún incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de

⁸ De hecho, ya en la STS nº 69/2006, de 20 de enero (Ponente Sr. Sánchez Melgar) había manifestado ya alguna reticencia en su afirmación de que (Fundamento de Derecho segundo): ‘Con respecto al pretendido consentimiento para reanudar la convivencia por parte de la víctima, ni consta en los hechos probados, ni puede deducirse inequívocamente del conjunto del desarrollo de los acontecimientos (sino precisamente todo lo contrario, dada la naturaleza de lo denunciado [...]), e incluso de los indicios existentes acerca de su misma realidad (hematoma objetivado, e instrumentos en poder del acusado, como una navaja y diversos palos), todo lo cual produce que no sea traspolable a esta causa la doctrina resultante de nuestra Sentencia 1156/2005, de 26 de septiembre, pues en ella ya se afirma, con carácter general, que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y “lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar”. Solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo.’ (Cursiva añadida).

los ilícitos que precisamente pretendía impedir, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados.

Recordemos que la referida Sentencia de esta Sala partía del hecho de que "...la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento..."

Constituiría, en el presente caso, un verdadero contrasentido el que precisamente la constatada frustración del fin pretendido por la pena precedente, que no era otro que el de la evitación de la ulterior reiteración delictiva, tras resultar desgraciadamente justificada de modo pleno *a posteriori* esa previa imposición, por la comisión de nuevas infracciones, se venga a permitir la impunidad del autor de semejante quebrantamiento.'

La argumentación empleada se movía en un doble plano, cruzando las conclusiones: por una parte, la distinción entre medidas cautelares de alejamiento (por naturaleza modificables) y penas de alejamiento (indisponibles); por otra parte, la distinción entre los supuestos en que el quebrantamiento consentido no tenía ulterior consecuencia y aquellos otros en los que 'se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de' delitos contra la persona protegida. Para esta Sentencia era obvio que, habiéndose quebrantado una pena y además atentando después contra la víctima, el quebrantamiento de la prohibición de aproximación no podía quedar impune 'tras resultar desgraciadamente justificada de modo pleno *a posteriori* esa previa imposición, por la comisión de nuevas infracciones'. Nuevamente, en los argumentos de fondo, se llevaba la discusión al pantanoso terreno de la necesidad –justificación– de la medida (si la Sentencia 1156/2005 había querido ver en el consentimiento de la mujer acreditación de la de que la medida era innecesaria, ahora la Sentencia 775/2007 juzgaba su necesidad en función de los acontecimientos posteriores –¿lo que implicaba, *a contrario*, que si tras el quebrantamiento no se comete otro delito es porque la prohibición impuesta era innecesaria?, y entonces ¿debía condicionarse el castigo del quebrantamiento (el castigo por aproximarse) a que hubiera otro hecho posterior punible distinto y adicional al quebrantamiento mismo?–), y salvaba la contradicción con la Sentencia precedente con un criterio formal –lo que no cuestiona que tenga alguna relevancia de fondo–: se trataba ahora de una pena y no de una medida.

Esta doctrina suponía introducir un trato diferenciado entre penas de prohibición de aproximación y comunicación y medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación, que afirmaba que el consentimiento de la víctima enervaría la prohibición cuando se tratara de una medida y sería, en cambio, irrelevante cuando se tratara de una pena (cuando menos, si tal quebrantamiento había propiciado la comisión de nuevos ataques a la persona protegida). Se otorgaba así al alejamiento acordado como medida cautelar y al impuesto como pena un tratamiento diferenciado que, al margen de la posibilidad de suscitar razonables errores de prohibición en el penado (evitables sin duda, por lo menos desde la perspectiva teórica, con un claro apercebimiento en la comunicación de la sentencia), implicaba asumir o bien que se trataba de dos alejamientos de naturaleza intrínseca diferente (más allá de la cuestión procesal que admite medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia y sólo penas tras ésta), o bien que el delito de quebrantamiento tenía una proyección diferenciada sobre ellos (atendiendo en las medidas a la tutela de la víctima y en las penas sólo al principio de autoridad).

En cualquier caso, el Alto Tribunal no mantuvo mucho tiempo este criterio diferenciado.⁹ En efecto, el Acuerdo no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 se pronunció sobre la ‘interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima’, afirmando que ‘el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código penal’ (sin ulterior justificación de esta conclusión).

Con ello se apuntaba un cambio de doctrina en la línea que ya se adoptó en la Sentencia de 19 de enero de 2007; y efectivamente, más allá de esta afirmación no jurisdiccional, posteriormente se ha confirmado la actual posición jurisprudencial en el sentido del castigo del quebrantamiento consentido, tanto en penas, como en medidas de seguridad. Así poco después afirmaba ya la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) nº 39/2009, de 29 de enero (Ponente Sr. Delgado García), en su Fundamento de Derecho Sexto que:

‘en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la esposa para la exclusión de este delito del art. 468 CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido consistente en prohibición de alejamiento, el asunto fue tratado en una reunión de pleno no jurisdiccional, celebrada el pasado 25 de noviembre, en la cual, por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé.’

Y poco más tarde la Sentencia nº 349/2009, de 30 de marzo (Ponente Sr. Puerta Luis), haciéndose eco de la anterior y recordando la doctrina de la Sentencia nº 775/2007, afirmaba en su Fundamento de Derecho segundo:

‘el criterio aceptado por la referida sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2005, según el cual la existencia del quebrantamiento de condena no puede admitirse cuando se reanuda la convivencia de las personas a las que afecta la prohibición de trato, con el consentimiento de la persona protegida por la sanción penal impuesta a la otra, ha sido abandonado por esta Sala, por entender que, en tales casos, el consentimiento de la víctima protegida por la condena penal no puede eliminar la antijuricidad del hecho (v. STS de 19 de enero de 2007). La sanción penal que impone el alejamiento de determinadas personas como consecuencia de la conducta de agresión o amenazas por parte de una de ellas contra la otra, o de la comisión de alguno de los delitos especialmente previstos en la ley (v. arts. 57 y 48 CP), en cuanto constituye una pena impuesta por la autoridad judicial implica su obligado cumplimiento (v. arts. 988 y 990 LECrim) –salvo resolución judicial legalmente fundada o concesión de indulto–, pero sin que, en ningún caso, pueda quedar al arbitrio de los particulares afectados, que es lo que aquí viene a sostener la parte recurrente.

Como pone de manifiesto la STS de 28 de septiembre de 2007, “constituiría, en el presente caso, un verdadero contrasentido el que precisamente la constatada frustración del fin pretendido por la pena precedente, que no era otro que el de la evitación de la ulterior reiteración delictiva, tras resultar desgraciadamente justificada de modo pleno *a posteriori* esa previa imposición, por la comisión de nuevas infracciones, se venga a permitir la impunidad del autor de semejante quebrantamiento”.

Y la Sentencia nº 14/2010, de 28 de enero (Ponente Sr. Berdugo y Gómez de la Torre), afirmaríala en su Fundamento de Derecho octavo:

‘Respecto al quebrantamiento medida cautelar alejamiento, que ante la jurisprudencia contradictoria: las SSTS 1156/2005 de 26-9 y 69/2006 de 20-1, consideraron atípica la conducta en que la persona protegida consintió la aproximación, bien porque la relación nunca se rompió o bien porque se ha producido una reanudación por diversas causas, situación relativamente

⁹ Aunque alguna resolución posterior parece aún sostenerlo; cfr. STS (Sala 2ª) 902/2010, de 21 de octubre (Ponente Sr. Maza Martín), Fundamento de Derecho tercero.

frecuente, mientras la STS 10/2007 de 19 de enero de 2007, mantuvo que el consentimiento de la víctima... no podía eliminar la antijuricidad del hecho, ya que es el principio de autoridad el que se ofrende con el delito de quebrantamiento de la medida y aunque tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer para la protección de su vida e integridad corporal y tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla, y en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto, esta Sala, en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la mujer para la exclusión del delito del art. 468 CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido, consistente en alejamiento o prohibición de acercamiento, trató el asunto en Pleno no jurisdiccional de 25-11-2008, acordándose por mayoría que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP, criterio que ha sido ya seguido en sentencias 39/2009 de 19-1, 172/2009 de 24-2, 654/2009 de 8-6.'

Más sucinta y escuetamente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 33/2010, de 3 de febrero (Ponente Sr. Varela Castro), Fundamento de Derecho cuarto:

'Y en cuanto a la supuesta efectividad excluyente de responsabilidad penal por razón de la precedencia de llamadas al acusado por parte de las personas protegidas, que luego recibieron las suyas, basta recordar lo dicho en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda en su sesión del 25 de noviembre de 2008: El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal.'

Y en parecidos términos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) nº 95/2010, de 12 de febrero de 2010 (Ponente Sr. Sánchez Melgar), Fundamento de Derecho tercero:

'Y respecto al quebrantamiento de la medida cautelar de protección, hemos acordado plenariamente que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código penal" (Acuerdo de fecha 25 de noviembre de 2008). Siendo constatado tanto documentalmente, como por propia confesión del recurrente, la infracción de tal deber, que le fue oportunamente comunicado, se está en el caso de desestimar también esta queja casacional.' [Se declaraba probado que 'se requirió de cumplimiento al mismo desde ese día, a pesar de lo cual aquél y su mujer continuaron conviviendo juntos.']

O finalmente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 126/2011, de 31 de enero (Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar), Fundamento de Derecho primero:

'la tesis de que la aceptación de la comunicación o la aproximación por parte del cónyuge en cuyo favor se dictó la orden prohibitiva deja sin vigencia la prohibición es equivocada, y en tal sentido el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 25 de noviembre de 2008 sobre interpretación del art. 468 declara que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal. La condena por tanto subsiste con el alcance y el deber de cumplimiento que tiene la prohibición impuesta y no queda sin efecto aunque no haya oposición a su incumplimiento por el cónyuge en cuyo favor se dicta'.

Doctrina jurisprudencial que resulta consolidada hasta el punto de que por mera alusión a ella se inadmiten de plano recursos de casación articulados argumentando el consentimiento de la persona protegida al quebrantamiento de la pena o medida de protección (véanse v.gr. los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 1037/2010, de 24 de junio (Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca), nº 1900/2010, de 7 de octubre (Ponente Sr. Sánchez Melgar), nº 2353/2010, de 28 de octubre (del mismo Ponente), y nº 735/2010, de 8 de abril (Ponente Sr. Martínez Arrieta)).

En cuanto a las razones que justificaban esta decisión, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 172/2009, de 24 de febrero (Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca), abandonó el razonamiento sobre la 'necesidad' de la medida en que habían insistido resoluciones precedentes, pues reconociendo la existencia de un

conflicto de derechos con ‘el derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora’ afirmó la prevalencia del ‘interés público en la protección de los más débiles’, al que se añadiría en el caso de las penas ‘el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales’. En efecto, afirma en su Fundamento de Derecho primero:

‘El artículo 468 del Código Penal sanciona a quien quebrantare una de las penas previstas en el artículo 48, en el caso la prohibición de acercarse a la víctima, impuesta en un proceso criminal en el que el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código. El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella. Es cuestionable que los intereses públicos y privados afectados estén mejor protegidos con una pena, en principio irreversible en cuanto a su cumplimiento, que a través de una medida de seguridad que podría ajustarse durante la ejecución a las circunstancias reales de las personas afectadas, una vez valoradas, a través de las pertinentes decisiones judiciales. Sobre todo si se tiene en cuenta la conveniencia, e incluso, la necesidad, de establecer límites a la intervención del Estado en esferas propias de la intimidad individual y del derecho de cada uno de regir su vida en libertad. Parece excesivo, desde este punto de vista, impedir a dos personas un nuevo intento de compartir su vida, imponiendo el alejamiento, sin posible revisión, siempre que se hayan adoptado las precauciones necesarias para garantizar que esa decisión se ha tomado de forma consciente y con libertad por ambos interesados.

En cualquier caso, en el momento actual, la legislación vigente contempla la prohibición de acercamiento como una pena, que debe ser cumplida en los términos establecidos en la sentencia y en las normas que establecen sus efectos. El legislador ha resuelto de esta forma la concurrencia del derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora, con esta forma de satisfacer el interés público en la protección de los más débiles. Y, una vez dictada la sentencia, igualmente es de considerar el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el artículo 118 de la Constitución.

No cabe, por lo tanto, aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria.’

La exclusión de la eficacia del consentimiento de la persona protegida hallaba ahora su justificación, pues, no en la ‘necesidad’ de la medida, sino en intereses públicos que prevalecen sobre el derecho de la persona protegida de tomar decisiones sobre su propia vida. Y, en cuanto a la eventual alegación de error cuando la víctima consentía o instaba la aproximación,¹⁰ proseguía la resolución afirmando:

¹⁰ La traslación del problema de la antijuridicidad al ámbito del error de prohibición (esto es, a afirmar que subsistiría la antijuridicidad pero el sujeto no sería consciente de ella) es una constante en esta materia: cfr. la STS nº 69/2006, citada en nota al pie precedente; o las consideraciones de la STS nº 61/2010, de 28 de enero (Ponente Sr. Marchena Gómez), que afirma: ‘Cuestión distinta es el examen de si ese consentimiento -sin eficacia derogatoria respecto de la vigencia de la orden de alejamiento- pudo generar en [el sujeto contra el que se dicta la medida] un error de tipo que excluyera el dolo. Y también ahora hemos de llegar a una conclusión negativa. En efecto, el acusado conocía la vigencia de esa orden de alejamiento. Como tal le fue notificada por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Linares, en el marco de las DP núm. 897/2007. / La Sala no puede sino hacer suyo el razonamiento del Fiscal cuando recuerda que el acusado sabía -de hecho, así lo declaró en el juicio oral- que pesaba sobre él una orden de alejamiento que le impedía comunicarse o aproximarse a su mujer a menos de 200 metros, siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no las personas afectas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos mantenidos con su cónyuge. / En estas condiciones, aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una

‘El recurrente alega, además, la existencia de un error de prohibición. El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal.

El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre, y STS núm. 302/2003).

equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado.’; del Auto de la Sala Segunda del TS nº 2598/2010, de 22 de diciembre (Ponente Sr. Saavedra Ruiz), que afirmaba: ‘Cuestión distinta es el examen de si el consentimiento de la víctima -sin eficacia derogatoria respecto de la vigencia de la orden de alejamiento- pudo generar en el acusado un error de tipo que excluyera el dolo, habiendo de ser la conclusión al respecto negativa ya que, como hemos visto no solamente le había sido notificada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Córdoba sino que es notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no las personas afectadas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos mantenidos con su cónyuge. En estas condiciones, aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales, formando parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado, habiendo acordado esta Sala mediante acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha el 25 de enero de 2008 que “... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del CP”, tesis que ya ha sido acogida por las SSTS 39/2009 y 61/2010.’; o de la STS (Sala Segunda) nº 9/2011, de 31 de enero (Ponente Sr. Soriano Soriano), Fundamento de Derecho octavo: ‘El acusado se remite al folio 24 de la sentencia (fundamento jurídico 1º), aduciendo que se hallaba en la creencia de que la orden de protección no estaba vigente ya que había interpuesto denuncia contra [la persona protegida] el 18 de diciembre de 2007 al quebrantar la propia víctima la medida cautelar del día 3 de diciembre de ese año y al no haber recibido respuesta a su denuncia por parte del juzgado adquirió el convencimiento de que había cesado la prohibición impuesta. / La sentencia recurrida resuelve adecuadamente el alegato exculpativo, expresando que “quien está sometido a un proceso penal, asistido de letrado, al que se le ordena que se abstenga de un determinado comportamiento y se le requiere personalmente para el cumplimiento de la medida cautelar impuesta no puede argüir desconocimiento de la vigencia del mandato por no haber obtenido respuesta del juzgado ante la denuncia interpuesta por el propio acusado contra la víctima, imputándole a ésta el quebrantamiento de la prohibición”. / Si se acreditase una inducción eficaz de la víctima a la desobediencia, quizás pudiera excluir de responsabilidad criminal al acusado, pero jamás podría responder de forma autónoma la ofendida, porque a ella no se le impuso ninguna conducta o comportamiento, sino que el único obligado por el apercibimiento judicial era el acusado, esto es, la orden le afectaba exclusivamente al mismo, que es al único que se le requiere, ya que dicha medida se establece para impedir conductas violentas contra la protegida, que lógicamente es la beneficiaria de la resolución judicial y no la obligada. / En definitiva, ninguna razón sería existía para suponer algo (responsabilidad de la mujer) que era imposible que sucediera dada la naturaleza del delito. Por tanto ningún error excluyente de la culpabilidad o reductor de la misma se ha acreditado. / El motivo no puede prosperar.’ La doctrina de la STS nº 172/2009 que se cita en el texto ha sido acogida, entre otros, por los Autos del TS nº 251/2011, de 24 de marzo (Ponente Sr. Saavedra Ruiz) y nº 719/2010, de 8 de abril (Ponente Sr. Martínez Arrieta), para inadmitir recursos de casación que alegaban error en este sentido.

Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

En el caso, el recurrente tuvo noticia de la sentencia y de su firmeza, pues se declara probado que le fue notificada. Es evidente que no puede alegarse error alguno respecto del conocimiento de la obligatoriedad de cumplir lo resuelto por el Juez por encima de los deseos de las partes, pues se trata de un aspecto de general conocimiento. De otro lado, no consta que el recurrente fuera informado de ninguna decisión del Juez que pudiera implicar una suspensión de la pena que le prohibía el acercamiento. Y finalmente, es asimismo claro que el recurrente tuvo a su alcance asesorarse a través de su letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta, y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado.

Por todo ello, no puede apreciarse error de prohibición, y el motivo, en sus distintos aspectos, se desestima.'

Aunque menos explícitamente, parece que apuntaba en similar sentido respecto del fondo de la cuestión, habida cuenta de los preceptos que invocaba para justificar su decisión, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 654/2009, de 8 de junio (Ponente Sr. Puerta Luis), que afirmaba en su Fundamento de Derecho tercero que:

'frente a la anterior posición jurisprudencial, se ha de decir que, como se pone de manifiesto en la STS de 19 de enero de 2007, 'el consentimiento de la víctima protegida por la condena penal no puede eliminar la antijuricidad del hecho'. Así, en esta línea, hemos dicho que la sanción penal que impone el alejamiento de determinadas personas como consecuencia de la conducta de agresión o amenazas por parte de una de ellas contra la otra, o de la comisión de alguno de los delitos especialmente previstos en la ley (v. arts. 57 y 48 CP), en cuanto constituye una pena impuesta por la autoridad judicial, que lógicamente obliga a su cumplimiento (v. arts. 988 y 990 LECrim), salvo resolución judicial legalmente fundada o concesión de indulto, en ningún caso puede quedar al arbitrio de los particulares afectados (v. STS de 30 de marzo de 2009).

El obligado cumplimiento de las resoluciones judiciales constituye una lógica exigencia del Estado de Derecho (v. arts. 117.3 y 118 C.E.), y, por supuesto, de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, cuya efectividad quedaría abolida si dicho cumplimiento quedase al arbitrio de las personas obligadas.'

Y más tarde ha afirmado rotundamente la Sentencia del Tribunal Supremo 755/2009, de 13 de julio (Ponente Sr. Soriano Soriano), insistiendo en que el consentimiento de la víctima no enerva la afectación del principio de autoridad y añadiendo que la vida y la integridad corporal son bienes jurídicos no disponibles, para apostillar que 'la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable', que:

'Acerca de la medida de alejamiento (art. 468-2 C.P.) es doctrina mayoritaria de esta Sala, de la que constituye excepción la S. nº 1156/2005 de 26-9, que como tal delito contra la Administración de Justicia se comete independientemente de la voluntad de la mujer de aceptar y consentir el acercamiento (véanse S.T.S. nº 1079 de 3 de noviembre [de 2006¹¹] y 10/2007 de 19 de enero).

En primer término hemos de afirmar que no se ha acreditado que la mujer consintiera que el acusado entrara en su casa o se acercara a ella. La víctima y el que la acompañaba desde el bar a

¹¹ En la STS nº 1079, de 3 de noviembre de 2006 (Ponente Sr. Maza Martín), referida a un supuesto de violencia filio-parental, se argumentaba –Fundamento de Derecho segundo–: “En efecto, se afirma la inexistencia de uno de los delitos de quebrantamiento de la orden de alejamiento por el hecho de que la víctima, posteriormente, accediera a convivir con su hijo. / Pero semejante alegación no resulta de recibo, ni aún a la vista del contenido de la Sentencia de esta Sala de 26 de Septiembre de 2005, que se cita en su fundamento, puesto que la aceptación de la convivencia por parte de la víctima es posterior a la consumación de ese delito, ya que incluso cuando se cometió el primer quebrantamiento fue la propia madre la que avisó a la Policía para que impidiera la entrada de su hijo en su casa.”

su residencia, no esperaban que el acusado estuviera dentro y la sentencia no explica como entró, aunque no es extraño entender que le abrieran la puerta los hijos. A lo sumo la ofendida consintió que durante poco espacio de tiempo y transitoriamente, por ser Navidad, el acusado pudiera ver a sus hijos y ello fue excepcional o episódico.

Pero independientemente de ello la voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante por las siguientes razones:

a) el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes.

b) el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio.

c) el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.

d) la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

Por todo ello el art. 468-2 del C. Penal ha sido debidamente aplicado.’

Aun dejando de lado la cuestión de si la práctica enseña o no que los consentimientos se prestan ‘en un marco intimidatorio innegable’ (y no me parece baladí, porque si el marco intimidatorio es propiamente tal, el consentimiento carece obviamente de valor –‘*nec vi...*’–, pero esto admitirá y requerirá prueba caso por caso; y si por el contrario lo que se teme es que las víctimas consientan realmente, pero *cuando no debieran* –atendiendo a ‘sentimientos fingidos o falsas promesas’–, entonces lo que se está cuestionando es la capacidad de las víctimas para consentir... en una suerte de incapacitación sobrevenida por victimación –y sin admisión de prueba en contrario– que no respeta las mínimas garantías del Estado de Derecho), creo de todo punto destacable la relevancia de esta Sentencia en su afirmación rotunda de que ‘el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor’.

Destacable también es la Sentencia de la Sala Segunda nº 61/2010, de 28 de enero (Ponente Sr. Marchena Gómez), que tras apuntar una solución matizada que admitiría consideración del caso concreto advierte de inmediato que esta consideración de la eficacia del consentimiento no podrá hacerse ‘a partir de parámetros valorativos de normalidad’, y concluye que el ‘indudable’ derecho de la mujer a reanudar la convivencia sólo podrá ejercerse instando al órgano jurisdiccional a que ponga fin a la medida. En efecto, afirma en su Fundamento de Derecho trece:¹²

‘El problema no es, desde luego, sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad.

Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta.

¹² En idénticos términos y del mismo Ponente, STS (Sala 2ª) nº 1065/2010, de 26 de noviembre.

Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. La pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a ésta de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección.

Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento.

De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material –pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento–, originadas por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor. Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia.

En consecuencia, resulta obligada la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por [la persona protegida] para la reanudación de la convivencia.'

Sin embargo, si abandonamos los 'parámetros valorativos de normalidad' para entender que sería un 'irreparable error' permitir que 'la expresión patológica de un síndrome de anulación personal' (cuyo diagnóstico no se confía a peritos, sino que se reclama del 'órgano judicial') desproteja a la víctima, ¿no se corre el riesgo de privar a ésta de su legítima capacidad de consentir o no, precisamente desde parámetros de excepcionalidad y desconfianza hacia su capacidad de autodeterminación que, en puridad, la coloquen en un estado fáctico de incapacitación? Creo que se postula algo muy parecido a esto cuando se afirma que '[l]os efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer' con carácter general, porque estaríamos ante 'vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos' (*ergo*: no siempre ni necesariamente en el caso en cuestión) 'forman parte de los síntomas de su propio padecimiento'. La intención puede ser encomiable; pero se está afirmando que conviene privar a personas inocentes (víctimas y no criminales) de 'su' capacidad de decisión, desde la asunción de que *puede* que no sean emocionalmente estables...

O finalmente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 268/2010, de 26 de febrero (Ponente Sr. Sánchez Melgar), cuyo Fundamento de Derecho primero insistía en la escisión entre los bienes jurídicos a los que atiende la imposición de la prohibición de aproximación o comunicación y los que legitiman el castigo por quebrantamiento de condena:¹³

'no pudiéndose atender las razones que el recurrente expone acerca del propio consentimiento de la víctima, pues hemos tomado el Acuerdo Plenario de fecha 25 de noviembre

¹³ Sobre las implicaciones de esta escisión, que las tiene, remito nuevamente a Guardiola García: "El quebrantamiento...", *op.cit.*

de 2008, en punto a la interpretación del art. 468 del Código penal, que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código penal”. Es claro que si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, tal función no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, en la medida de que no se trata de un interés individual.

En este sentido, la STS 39/2009, de 29 enero, que declara que la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal –que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla– pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre y núm. 69/2006, de 20 de enero).

Del propio modo, la STS 69/2006, de 20 enero, en donde se afirma que el consentimiento solamente podría apreciarse sobre la óptica de un error invencible de tipo.’

En suma: la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo es concorde y clara en castigar por quebrantamiento de condena a quien incumple la prohibición de aproximación o comunicación impuesta como pena o como medida cautelar en un proceso penal, aun cuando dicha aproximación o comunicación haya sido consentida, instada o iniciada por la propia persona protegida,¹⁴ y acude para justificar este castigo a intereses públicos (en definitiva también a ellos apela el manido principio de autoridad), a la finalidad propia del ‘Derecho penal sobre violencia de género’ –entendiéndolo incompatible con admitir que la víctima pueda dejar sin efecto estas prohibiciones–, o a la improcedencia de tener en cuenta un consentimiento de la víctima por ‘efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada’.

III. La STC de 7 de octubre de 2010

El Tribunal Constitucional español afirmó en su Sentencia nº 60/2010, de 7 de octubre (Sentencia del Pleno¹⁵ a la que se remitió después la Sentencia nº 79/2010, de 27 de octubre,¹⁶ asumiendo íntegramente su doctrina) la constitucionalidad del art. 57.2 del Código penal en cuanto prevé la imposición obligatoria (‘en todo caso’) de prohibiciones de aproximación a los penados por los delitos recogidos en el elenco del art. 57.1 cuando hayan sido 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 incapaces 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

¹⁴ Es cierto que algunas resoluciones parecen abrir puertas a interpretaciones diferentes (así cuando las SSTS 61 y 1065/2010 afirman que ‘[l]a idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo’ para pedir atención a las circunstancias del caso concreto; o la afirmación de la STS 9/2011 de que ‘[s]i se acreditase una inducción eficaz de la víctima a la desobediencia, quizás pudiera excluir de responsabilidad criminal al acusado’), pero en definitiva se trata de meros *obiter dicta* sin la trascendencia que su literalidad apunta (las SSTS 61 y 1065/2010 afirman seguidamente que el consentimiento de la víctima no puede ser valorado desde parámetros de normalidad y rechazan que pueda atribuírsele efecto; la STS 9/2011 –que analizaba la problemática del error– no extrae más consecuencias de la afirmación hipotética transcrita).

¹⁵ Ponente Sr. Delgado Barrio.

¹⁶ Ponente Sra. Pérez Vera.

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’.

En efecto, el Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas en noviembre de 2005, a la que se habían opuesto el Abogado del Estado en nombre del Gobierno y el Fiscal General del Estado, entendiendo que esta previsión no es contraria a la Constitución Española (CE).

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas elevó la cuestión de inconstitucionalidad en un supuesto en que, absolviendo por delito del art. 173.2, condenaba por delito del art. 153; cuestionando la aplicación del art. 57.2 ‘por posible vulneración de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución Española, en [sic] desarrollo de la personalidad, (art. 10 de la CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) , así como los artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución Española’, por cuanto (en los términos en que recoge la cuestión el Tribunal Constitucional, Antecedente 3):

‘El Auto de cuestionamiento indica que la duda de inconstitucionalidad que plantea respecto del art. 57.2 CP se refiere a la imposición obligatoria (la expresión “se impondrá, en todo caso”) de la pena de prohibición de aproximación a la víctima (también denominada en el lenguaje forense pena de alejamiento) y la suspensión del derecho de visitas respecto de los hijos, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterios generales en el art. 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad.

Sostiene el órgano judicial que “el alejamiento es una pena privativa de derechos que afecta a diversos derechos del condenado pero también de la víctima y en según qué circunstancias a los hijos comunes”. Afecta, a su parecer, a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), así como al derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), al derecho a contraer y convivir en matrimonio (art. 32 CE) y, en este supuesto, al derecho al trabajo en la profesión elegida (art. 35 CE). De otro lado, se resalta que, hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquélla fue una sanción de aplicación discrecional, que dependía de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva que había de verificarse a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor. Sin embargo, la citada reforma legislativa habría llevado a que “una pena con finalidad preventiva especial, facultativa, que atiende exclusivamente a las necesidades de la víctima de manera exclusiva, se transforme cuando ésta y el agresor tienen una determinada vinculación no sólo en los fenómenos de violencia familiar sino también en una pluralidad de delitos no violentos, en una pena preventiva general de aplicación obligatoria que se desentiende de la víctima, de las características del hecho, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor”.

Concretando las vulneraciones constitucionales atribuidas al art. 57.2 CP, la Sala afirma que el precepto infringe el art. 25.1 CE, que consagra el principio de personalidad de la pena. En relación con la víctima, y en algunos casos respecto de los hijos comunes, la aplicación de la medida de alejamiento en contra de su voluntad lesionaría el art. 25.1 CE en tanto supone la imposición de una pena o medida de seguridad a quien no ha cometido ilícito penal alguno, sin que frente a ello pueda aducirse que la pena de alejamiento se impone al condenado y no a la víctima, habida cuenta de su inescindible bilateralidad, que hace imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima, por lo que el alejamiento se impone a ambos. Para la víctima, las consecuencias de la aplicación de esta pena significarían también, cuando se impone contra su voluntad y sin atender a las necesidades de tutela de su vida, integridad u otros bienes personales, un sacrificio de su libertad y de su capacidad de autodeterminación. Contra ello no cabe oponer, al parecer de la Sala, que toda pena privativa de libertad afecta a la vida familiar del condenado, pues lo hace de una manera indirecta y menos radical, permitiendo la relación dentro de los límites del régimen penitenciario. Sin embargo, la pena obligatoria de prohibición de aproximación supone una carga directa sobre el ofendido al obligarle a la separación y ruptura de la convivencia y por un plazo mayor que el de las penas privativas de libertad.

Asimismo, la imposición de esta pena en contra de la voluntad de la víctima conllevaría una flagrante indefensión contraria al art. 24.1 CE, dado que se impone a ésta una medida que indefectiblemente la afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso. La indefensión se acrecentaría dado que, incluso en el caso de que la víctima expusiera una fundada opinión contraria, el Juez vendría obligado a imponerla.

De otra parte, la Sala considera que el art. 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9 CE) porque la pena de alejamiento, en la forma en que se recoge en el precepto penal cuestionado, no identifica con nitidez suficiente qué bien jurídico trata de proteger, al aplicarse a una multiplicidad de delitos, no sólo a los de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima. Además, se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente, pautas que, en cambio, sí se aplican cuando la víctima no tiene vinculación familiar con el condenado. La pena resultaría, al propio tiempo, innecesaria, de un lado, porque los fines de la misma se logran con las penas principales previstas para cada uno de los delitos y, de otro, porque el art. 57.1 CP permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento cuando lo estimen necesario para la protección de la víctima, incluso en contra de su parecer. Además, la pena controvertida, cuando se impone en contra de los deseos de la víctima, resultaría inidónea para los fines pretendidos porque el alejamiento sólo adquiere sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de aquélla y disminución del riesgo de reiteración delictiva. Junto a ello, la imposición de la pena “en todo caso” impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al Juez.

En el Auto de cuestionamiento se conecta el principio de proporcionalidad de las penas con el art. 9 CE, al afirmar que el “legislador, al igual que el resto de los poderes públicos, sin excepción, está sujeto a la Constitución, como enuncia con rotundidad su art. 9.1, cuyo apartado tercero proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa”, recordando así mismo que una ley es arbitraria “cuando ‘careciera de toda explicación racional’, cuando es producto no del ‘arbitrio legítimo’ sino del ‘capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales’” (con cita de diversas resoluciones de este Tribunal).

Aprecia asimismo la Sala que la pena de alejamiento, en el sentido y con el alcance establecidos en el precepto cuestionado, tiene una incidencia directa en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) que, como consecuencia y derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE), supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, que en este caso no concurren, pues en el recurso de apelación en el marco del cual se formula esta cuestión no se habría demostrado que el alejamiento fuera preciso para la protección de los derechos de la mujer y de los hijos comunes sino que, antes al contrario, la efectividad de tal pena pondría en grave riesgo la convivencia familiar. Entiende la Sala, además, que esta conclusión no sólo se ve apoyada por la doctrina constitucional (se refiere a este respecto a las SSTC 53/1985, de 11 de abril; y 202/1999, de 8 de noviembre), sino también por la vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 8 CEDH (con cita de la Sentencia de 28 de septiembre de 2004, recaída en el asunto Sabou y Pircalab c. Rumania).’

Sin embargo, el Tribunal Constitucional –que comienza por advertir la ‘especial cautela’ con que ha de adentrarse en ‘el problema relativo a los presupuestos de constitucionalidad de las leyes penales’, ‘debido al amplio margen de libertad de configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático a la hora de la plasmación normativa de la política criminal’–, tras afirmar la relevancia de la cuestión planteada y verificar el cumplimiento de los trámites precisos para plantear la cuestión, se cuida de excluir del análisis de la pretendida inconstitucionalidad que realiza en su Sentencia las argumentaciones relativas a los arts. 32 y 35 de la Constitución Española –derecho a contraer matrimonio y derecho al trabajo–, toda vez que la Providencia de la Audiencia que dio traslado a las partes sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad para oír las al respecto no había incluido

referencia directa ni indirecta a estos derechos, lo que lleva al Tribunal a entender que a este respecto la cuestión no puede ser admitida.

Acto seguido, el Tribunal Constitucional advierte que aunque se cuestiona sólo el inciso ‘en todo caso’ del art. 57.2, en puridad la estimación de la cuestión obligaría a vaciar por entero de vigencia la previsión del art. 57.2 (Fundamento Jurídico 3.a):

‘A pesar de que el núcleo de la duda de inconstitucionalidad se refiere al inciso “en todo caso”, la impugnación ha de entenderse referida al precepto en su conjunto, puesto que el art. 57.2 CP establece una regla particular para determinados supuestos en la que la especialidad se limita a configurar como obligatorio lo que el art. 57.1 CP contempla como facultativo, de tal modo que si el inciso controvertido se declarase inconstitucional el art. 57.2 CP quedaría privado de contenido por entero.’

Y, esto sentado, atiende a las cuatro alegaciones de inconstitucionalidad subsistentes:

En cuanto al *principio de personalidad de la pena* (art. 25.1 CE), el Tribunal Constitucional insiste en que han de distinguirse los ‘efectos propios’ –directos e inmediatos– de la pena de sus ‘efectos externos’ –indirectos o mediatos– sobre derechos o intereses legítimos, y dando entrada a estos último en el análisis de proporcionalidad de la norma (sobre el que volveremos luego) insiste en que no son por sí mismos una ‘sanción’... y lo que no es una pena no puede infringir el principio de personalidad de las penas (Fundamento Jurídico 4):

‘El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el art. 25.1 CE, “implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, y 137/1997, de 21 de julio, FJ 5]” (STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6). Sin embargo, 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).

Procede partir aquí de la diferencia esencial entre los efectos propios –por directos e inmediatos– de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos –que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos– que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, según se comprobará posteriormente, en el análisis de la proporcionalidad de la norma cuestionada, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. En el caso que nos ocupa, el objeto de la pena de prohibición de aproximación prevista en el art. 57.2 CP no restringe el derecho de la víctima sino del autor del delito o, dicho en otros términos, la pena de prohibición de aproximación no se impone a la víctima sino exclusivamente al autor del hecho punible, siendo meridiana en este sentido la dicción del art. 48.2 CP (“La prohibición de aproximarse...impide al penado...”). Cuestión diversa, como observa el Abogado del Estado, es que esta pena, como ocurre, por lo demás, con todas, pueda tener una repercusión negativa sobre terceros. Y si en algunas ocasiones es el patrimonio y por ello el nivel económico familiar el que puede resultar afectado, según ocurre, por ejemplo, con la pena de multa o la de inhabilitación, en otras ocasiones la consecuencia de la pena es la separación física y la ruptura de la convivencia cotidiana, tal y como sucede con la pena de prisión o, en fin, con la aquí debatida prohibición de aproximación. Esa separación física representa un efecto externo de la pena controvertida que podrá ser tanto más intenso cuanto más próximos sean el vínculo o los afectos de aquellas personas con el penado, y que se producirá, por cierto, con independencia de que su imposición tenga lugar en el marco del art. 57.2 CP o sea fruto del margen de arbitrio que al juez reconoce el art. 57.1 CP.

En definitiva, pese a la distinta naturaleza y entidad de la secuela que puede originar cada una de las penas contempladas en la legislación penal, no puede acogerse la alegación del órgano promotor de la cuestión, en el sentido de que en el caso concreto de la pena de alejamiento el efecto de la quiebra de la vida en común constituye, en sí mismo, una pena impuesta a la víctima en cuanto supone una carga directa sobre ella. Y ello por el esencial razonamiento de que la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de 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 ha de descartarse una posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE).’

En cuanto al *derecho de la víctima a no padecer indefensión* (24.1 CE), el Tribunal Constitucional comienza por advertir que de existir este vicio se proyectaría también sobre la previsión del art. 57.1 CP, y seguidamente niega de forma radical que este derecho pueda verse vulnerado, atendiendo a las facultades de personación de la víctima en el proceso penal español, para concluir que ‘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’. Y en cuanto a la irrelevancia de esta personación y audiencia a los efectos que nos interesan –por cuanto el órgano jurisdiccional adoptará la medida con independencia de lo que la víctima pueda decir–, el Tribunal concluye que ‘es de todo punto ajena a la indefensión constitucionalmente proscrita, que no se produce porque la voluntad contraria de la víctima no sea impeditiva de la aplicación de la pena de alejamiento’. Esto es: que dado que la víctima será oída, o al menos dispone de recursos procesales para garantizar que así sea, no puede afirmarse que quede en situación de indefensión, con independencia del efecto práctico que esta audiencia y personación puedan tener (argumentación en que por cierto el Tribunal desdibuja los términos del debate, porque lo que planteaba la cuestión no es ‘la exigencia de que sus tesis [de la víctima] sean asumidas necesariamente por el órgano judicial’, sino la imposibilidad de que tal cosa suceda –toda vez que la pena de alejamiento no puede excusarse–)... La Sentencia lo expresa en los siguientes términos (Fundamento Jurídico 5):

‘Tampoco cabe apreciar que la imposición forzosa de la pena ocasione al ofendido la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE. Ante todo, es preciso observar que, al tener su origen en la posibilidad de que se le imponga una medida que le afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, la supuesta vulneración constitucional se produciría también en el ámbito del art. 57.1 CP, que contempla la posibilidad de imponer la misma pena accesoria.

Pero es que, además y sobre todo, no hay tal lesión: en el sistema procesal penal español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal, la víctima puede constituirse en parte en el proceso y, por consiguiente, puede ejercer los derechos asociados a esa situación jurídica, entre los que se encuentra el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a disfrutar de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En los términos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la víctima tiene reservado un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal (art. 2.1) y garantizada la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba (art. 3). En este orden de cosas, 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 definitiva, 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.

Añade en este punto el órgano judicial que la indefensión de la víctima se ve acentuada porque, aunque su opinión contraria a la imposición de la pena hubiera sido oída, el juez o tribunal vendría obligado, desatendiendo la misma, a imponer la prohibición de aproximación. Tal consideración, sin embargo, es de todo punto ajena a la indefensión constitucionalmente proscrita, que 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 notar, 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. El órgano 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.¹⁷

Finalmente, atiende el Tribunal al *principio de proporcionalidad de las penas* (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE), ‘núcleo central del razonamiento sobre la inconstitucionalidad’ en expresión del mismo Tribunal Constitucional, cuyo análisis enlaza por ‘razones de orden sistemático’ con el análisis de constitucionalidad respecto de la *libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional* (art. 19.1 CE), en relación asimismo con la *intimidación familiar* (art. 18.1 en relación con los arts. 10 y 1.1 CE, y art. 8.1 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)), que el órgano cuestionante había planteado de forma separada; la cuestión es, en definitiva, si ‘la pena de prohibición de aproximación, en la forma en que es recogida [...], resultaría innecesaria, inidónea y desproporcionada’.¹⁷

La Sentencia comienza por recordar su doctrina, tanto sobre el alcance del enjuiciamiento que tiene encomendado, ceñido ‘a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho’,¹⁸ o ‘una desproporción constitucionalmente reprochable *ex* principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa»’,¹⁹ como respecto de que ‘el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales’.²⁰

En estos términos, y en relación a la cuestión planteada, atiende a excluir de su análisis ‘las posiciones jurídicas afectadas por las prohibiciones contenidas’ en los delitos por los que se condenara, dado que es la previsión del art. 57.2 CP, y no

¹⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio, F.J. 23; 161/1997, de 2 de octubre, FF.JJ. 8 y ss.; 55/1996, de 28 de marzo, FF.JJ. 6 y ss.; 66/1995, de 8 de mayo, FF.JJ. 4 y 5.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 127/2009, de 26 de mayo, F.J. 8; 332/2005, de 13 de septiembre, F.J. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FF.JJ. 9 y ss.; 136/1999, de 20 de julio, F.J. 23; 55/1996, de 28 de marzo, FF.JJ. 6 y ss.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, F.J. 10; 136/1999, de 20 de julio, F.J. 23; 161/1997, de 2 de octubre, F.J. 12; 55/1996, de 28 de marzo, F.J. 9.

²⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio, F.J. 22; 136/1999, de 20 de julio, F.J. 22; y 55/1996, de 28 de marzo, F.J. 3. Cfr. además las Sentencias 62/1982, F.J. 5; 66/1985, F.J. 1; 19/1988, F.J. 8; 85/1992, F.J. 5; 50/1995, F.J. 7.

aquéllas, la cuestionada; y precisa que la pena de alejamiento, como la medida cautelar del mismo contenido, afectan a la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional del penado (art. 19.1 CE) y al derecho al libre desarrollo de la personalidad tanto del autor como de la víctima (art. 10.1 CE) en cuanto ‘se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia’; pero niega que afecte a la intimidad familiar (art. 18.1 CE, al que el Tribunal Constitucional ha atribuido un contenido menos amplio que el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene reconociendo al art. 8.1 CEDH); afirma en efecto (Fundamento Jurídico 8):

‘a) De un lado, al limitarse, en el caso que nos ocupa, el objeto de la duda de constitucionalidad a la norma que prevé la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación en relación con determinados tipos penales de cuya constitucionalidad, en sí mismos considerados, no se hace cuestión, nuestro análisis habrá de dejar a un lado las posiciones jurídicas afectadas por las prohibiciones contenidas en las correspondientes normas de conducta, para centrarse exclusivamente en aquellas otras situaciones jurídicas sobre las que se proyecta la norma de sanción contenida en el art. 57.2 CP. En efecto, cuando el objeto de nuestro enjuiciamiento es una norma que contempla la amenaza de la privación o restricción de ciertos bienes, la supuesta “desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Pues bien, al igual que en el caso de la pena de prisión, la que ahora nos ocupa es una pena que tiene por objeto la restricción de la libertad del penado, por más que no se refiera tanto a su manifestación de libertad deambulatoria (art. 17 CE), que es la que resulta afectada por aquella (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22), como a la relativa a la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE). A la misma conclusión hemos llegado en relación con la medida cautelar que se concreta en la obligación de residir en un lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5). En efecto, el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente resulta, si no radicalmente suprimido, sí parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, de manera que será la restricción de este derecho la que habrá de satisfacer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

b) En conexión con tales libertades fundamentales, ha de señalarse que la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tenida en cuenta, en los términos que después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación.

c) Por el contrario, y frente a lo aducido por la Sala en su Auto de planteamiento, en el que se alega la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el denominado “derecho a la vida familiar” [art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, en la misma línea, art. 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 6 del Tratado de la Unión Europea], la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Según hemos precisado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, este último precepto citado “regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica ‘la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC

231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad ‘se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. ‘No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido’ (STC 231/1988)’ (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)” (FJ 11).

La imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque 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).

Por lo demás, la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un “derecho a la vida familiar”, debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado 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). Sin embargo, según se ha advertido ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional.’

Así acotado el objeto de análisis, y en cuanto a ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’, el Tribunal advierte ‘que la identificación de la función de una medida adoptada por el legislador no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico’, y afirmando que ‘es claro que la prohibición de aproximación tiene una función de pura protección subjetiva de la víctima cuando se impone como medida cautelar’ y que ‘[t]ambién prima la función de protección subjetiva de la víctima en el caso del alejamiento que se puede imponer como pena accesoria facultativa de conformidad con el art. 57.1 CP’, concluye que ‘[s]in embargo, por más que su objeto sea idéntico, la finalidad de la prohibición de aproximación no puede considerarse inalterada cuando la ley la configura como pena accesoria y contempla su imposición “en todo caso”.’

En efecto, para el Tribunal Constitucional en estos supuestos del art. 57.2 CP (y no así en aquellos en que la imposición de esta pena accesoria sea facultativa, como sucede en el art. 57.1 CP) ‘junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en la disposición impugnada tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento’. Diríase (aunque no lo afirme expresamente el Tribunal) que al predicarse con carácter general y sin margen de arbitrio la necesidad de

imposición de estas penas accesorias, su naturaleza se transmuta y en puridad deben valorarse desde la perspectiva de su constitucionalidad no en el marco de las penas accesorias (en el que sí quedaría el art. 57.1 CP), sino en relación con las penas principalmente asignadas a los distintos delitos cuya verificación dará lugar a la imposición necesaria de estas penas (y que el Tribunal Constitucional se ha cuidado de excluir del objeto de análisis de esta Sentencia²¹). En efecto, afirma el Tribunal que ‘la finalidad a la que sirven las normas que, como la aquí cuestionada, tienen un carácter horizontal o transversal ha de integrarse acudiendo a las disposiciones normativas a las que ellas mismas se remiten o en relación con las cuales deben interpretarse sistemáticamente’. La argumentación del Tribunal es la siguiente (Fundamento Jurídico 10):

‘Procede a continuación verificar si el art. 57.2 CP satisface el primero de los dos presupuestos que integran el canon de control descrito, conforme al cual sólo cabe afirmar la proporcionalidad de una norma penal cuando ésta persiga la preservación de bienes o intereses constitucionalmente legítimos: “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’ (STC 55/1996, fundamento jurídico 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El presupuesto del que parte la argumentación contenida en el Auto consiste en que “la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva”. A partir de esta consideración, la Sala denuncia que el art. 57.2 CP contempla la imposición del alejamiento “a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima”, que “se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente”, que resulta innecesaria porque el art. 57.1 CP permitiría ya proteger a la víctima, y que es inidónea para la consecución de esa finalidad cuando se impone en contra de la voluntad de ésta.

Frente a ello, conviene aclarar que la identificación de la función de una medida adoptada por el legislador no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico, de tal manera que habrá que estar a la concreta disciplina jurídica a la que la ley ha sometido la prohibición de aproximación, en cada una de sus posibles modalidades, para determinar con precisión cuál sea su función institucional en cada caso. Así, es claro que la prohibición de aproximación tiene una función de pura protección subjetiva de la víctima cuando se impone como medida cautelar (art. 544 bis LECrim) o como medida de seguridad (art. 96.3.9 CP), puesto que en estos casos la prohibición sólo puede acordarse motivadamente si el órgano judicial considera que el alejamiento “result[a] estrictamente necesario al fin de protección de la víctima” (art. 544 bis LECrim), o si “del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pued[e] deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 95.1.2 CP). También prima la función de protección subjetiva de la víctima en el caso del alejamiento que se puede imponer como pena accesoria facultativa de conformidad con el art. 57.1 CP, puesto que, en cuanto tal, no habrá de acordarse en todo caso sino “atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”.

²¹ En rigor, el Tribunal Constitucional vacía de contenido la cuestión: dado que entiende que se ciñe al art. 57.2 –con expresa exclusión de los delitos a los que éste se asocia– y después afirma que sólo desde la perspectiva de las previsiones normativas que contienen tales delitos puede enjuiciarse la proporcionalidad del art. 57.2, dirige la argumentación a un callejón sin salida: sólo atendiendo a lo que ha dejado fuera del ámbito de esta cuestión de inconstitucionalidad podría resolverse el fondo de la misma...

Sin embargo, por más que su objeto sea idéntico, la finalidad de la prohibición de aproximación no puede considerarse inalterada cuando la ley la configura como pena accesoria y contempla su imposición “en todo caso”. En particular, junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en la disposición impugnada tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, una función ésta que no sólo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas. Puede, aún, precisarse, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que aquella función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima no deja de ser una manifestación de esta última, más general y que la comprende, puesto que las finalidades preventivas de la pena, en sus diversas modalidades, no representan objetivos distintos e independientes, sino que constituyen los modos en los que las normas penales cumplen su finalidad principal de protección de bienes jurídico-constitucionales.

A propósito de la vinculación de los fines del art. 57.2 CP con los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales a los que se remite el art. 57.1 CP, el órgano judicial denuncia que el precepto cuestionado “no identifica con suficiente nitidez el bien jurídico que trata de proteger dada la multiplicidad de delitos a los que se aplica, no sólo los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor, contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para indemnidad de la víctima”. Dejando a un lado la afirmación, ciertamente discutible, de que los delitos contra el honor y contra el patrimonio no alteran la indemnidad de la víctima, conviene precisar 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, a su vez definidos mediante las correspondientes disposiciones del Libro II del Código penal que tipifican cada uno de ellos. Mientras que estas últimas contienen más elementos a partir de los cuales identificar el bien jurídico protegido por la norma de conducta –por más que en ocasiones puedan no ser suficientes–, la finalidad a la que sirven las normas que, como la aquí cuestionada, tienen un carácter horizontal o transversal ha de integrarse acudiendo a las disposiciones normativas a las que ellas mismas se remiten o en relación con las cuales deben interpretarse sistemáticamente. Así ocurre con el grueso de las disposiciones contenidas en el Título III del Libro I del Código penal, y, en particular, con los arts. 54 CP y ss., que regulan con carácter general las penas accesorias.

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, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP. Por su parte, la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado, a la que indudablemente sirve la prohibición de aproximación, al igual –según se verá– que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos. Asimismo, 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.’

Luego la necesidad de la imposición obligatoria de alejamientos en estos supuestos no se justifica, siempre según la doctrina del Tribunal Constitucional, desde consideraciones de prevención especial referidas a la tutela de las víctimas de la infracción cometida, sino desde consideraciones preventivo-generales que atienden a ‘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, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP’, de forma que ‘la protección

subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado [...], al igual [...] que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos' y además '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'.

La protección de la víctima, pues, juega en la justificación de esta institución –de acuerdo con la doctrina expuesta– un papel secundario y accidental: las razones de fondo en que se apoya el Tribunal Constitucional para salvar la constitucionalidad de la previsión del art. 57.2 son argumentos de prevención general negativa (evitación de futuros ataques) y positiva (generación de espacios de confianza).

El Tribunal Constitucional se plantea, pues, si partiendo de estas bases la previsión que enjuicia respeta el canon de proporcionalidad. Ninguna duda le plantea que se esté atendiendo a la tutela de bienes constitucionalmente legítimos, y afirma (Fundamento Jurídico 11) que 'difícilmente puede negarse que, considerados en abstracto, y por tanto con independencia de los términos en los que la medida ha sido configurada por el legislador, esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afectados mediante la norma en cuestión, puesto que su tutela no sólo no está constitucionalmente prohibida, sino que incluso responde a la tutela de posiciones jurídicas protegidas por derechos fundamentales como son los derechos a la vida, a la integridad física o a la libertad personal'. Ahora bien, inmediatamente afirma el Tribunal que 'la legitimidad constitucional del fin 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', señalando que 'se caracterizan por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares' (ibídem).

Pasa pues el Tribunal Constitucional a analizar si la previsión en cuestión es adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Y comienza por negar que la voluntad de la persona protegida determine en modo alguno la adecuación de la imposición preceptiva del alejamiento (Fundamento Jurídico 13):

'Ante todo, si el origen de la supuesta falta de idoneidad del alejamiento forzoso radicara, como se alega, en que el precepto, al contemplar su imposición "en todo caso", permite su adopción "en contra de los deseos de la víctima", la alegación debería conducir a cuestionar también la constitucionalidad del art. 57.1 CP, puesto que este precepto también permite al órgano judicial, siempre que sea necesario desde la perspectiva de los dos criterios que en él se enuncian, imponer la pena de alejamiento incluso "en contra de los deseos de la víctima". Luego el problema no parece residir tanto en que la pena pueda imponerse en contra de la voluntad de aquélla, cuanto en que se pueda imponer en casos en los que la justificación de tal medida no resulte de la necesidad de protegerla frente a futuras reiteraciones del hecho punible, supuesto en el que, al parecer del órgano judicial, la imposición de la medida "carece de explicación racional", debiendo entonces reputarse inadecuada y arbitraria.

Sin embargo, esta argumentación tampoco puede acogerse porque descansa, según se ha razonado ya, en una precomprensión errónea de los fines a los que sirve el precepto cuestionado, que no son los propios de una medida cautelar, ni los de una medida de seguridad ni, en fin, tampoco los de una pena accesoria de imposición potestativa como la prevista en el art. 57.1 CP.

La adecuación de la pena accesoria de imposición obligatoria prevista en el art. 57.2 CP ha de verificarse en relación con los fines que con ella persigue el legislador penal, de modo que su examen pasa por comprobar 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.'

Antes al contrario, se afirma –una vez más en clave de prevención general, y añadiendo argumentos de prevención especial– 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 de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales’, porque ‘el carácter preceptivo de aquélla contribuye a incrementar la certeza de la respuesta sancionadora’; y –ahora en cuanto a una función preventivo especial adicional (‘también’)– ‘resulta patente que la prohibición de aproximación, con la consiguiente separación física entre el autor y la víctima, puede contribuir razonablemente’ a evitar la reiteración delictiva (ibídem):

‘En este orden de cosas, 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 de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales. La contribución positiva del precepto impugnado a la protección de esos bienes jurídicos se concreta, en cuanto norma de sanción, en su función preventiva de futuras lesiones, la cual, a su vez, se articula a través de dos mecanismos.

Por un lado, la amenaza de la imposición de la pena accesoria de alejamiento, al igual que la pena principal, debe en principio considerarse eficaz en punto a la prevención general de futuras agresiones a esos bienes jurídicos, especialmente si se tiene en cuenta que el carácter preceptivo de aquélla contribuye a incrementar la certeza de la respuesta sancionadora. Sería, desde luego, posible que una pena de imposición obligatoria, en atención a los diversos factores que inciden en su función de motivación, no llegase a desplegar eficacia instrumental alguna desde esta perspectiva de la prevención general, pero lo cierto es que, ni éste parece ser el caso, ni en el Auto de planteamiento ha llegado la Sala a hacer cuestión de ello.

Por otro lado, la amenaza de la imposición de la pena de alejamiento cumple también una función de prevención especial, particularmente por lo que respecta a la reiteración delictiva contra la propia víctima. En efecto, incluso si atendiéramos de manera exclusiva, tal y como propone el Auto de planteamiento de esta cuestión, a la finalidad de protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración del hecho delictivo por el autor, la duda de constitucionalidad formulada por el órgano judicial tampoco podría ser acogida porque resulta patente que la prohibición de aproximación, con la consiguiente separación física entre el autor y la víctima, puede contribuir razonablemente a la realización de ese fin.’

La previsión no es, pues, para el Tribunal ni inidónea ni arbitraria; queda por resolver si resulta, en los términos en que se prevé, ‘innecesaria o desproporcionada’,²² como había pretendido el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad considerando, por una parte, la existencia de las penas principales asociadas a los delitos cometidos, y por otra, la posibilidad arbitrada por el art. 57.1 del CP de imponer estas

²² Esto es, si ‘a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador’ (SSTC 55/1996, F.J. 8 y 136/1999, de 20 de julio, F.J. 23), teniendo en cuenta que esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando ‘las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada’ (SSTC 161/1997, F.J. 11 y 136/1999, de 20 de julio, F.J. 28).

penas accesorias, incluso contra la voluntad de las víctimas, siempre que el órgano jurisdiccional lo estimara conveniente.

Y el Tribunal sale por la tangente: dado que la alternativa propuesta es la desaparición de la medida impugnada, (Fundamento Jurídico 15) ‘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, puesto que con aquella medida alternativa simplemente desaparecería, sin resultar compensado por otras vías, el incremento de eficacia que se cifra en la contribución positiva de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a la tutela de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales contemplados en el art. 57.1 CP mediante la función de prevención de futuras lesiones’ (*quod est demonstrandum!*). La argumentación empleada es la siguiente (Fundamento Jurídico 15):

‘No se puede dudar de que la alternativa propuesta [la supresión del art. 57.2 CP] entraña una menor intensidad coactiva que la opción acogida por el legislador puesto que, como es obvio, el régimen sancionador descrito es menos restrictivo para los principios y derechos afectados por la pena de alejamiento que el que se deriva del art. 57.2 CP. En efecto, frente a la imposición preceptiva de la pena principal y de la pena accesoria de prohibición de aproximación, en ausencia del precepto cuestionado la misma conducta merecería la imposición de la pena principal en todo caso, pero la accesoria de alejamiento sólo se impondría facultativamente si, a juicio del órgano judicial, fuera necesario en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Sin embargo, según se ha adelantado, ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de ésta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados. Pues bien, al tratarse en este caso de una norma que contempla la imposición preceptiva de una sanción accesoria y venir integrada la medida alternativa por su simple desaparición, 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, puesto que con aquella medida alternativa simplemente desaparecería, sin resultar compensado por otras vías, el incremento de eficacia que se cifra en la contribución positiva de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a la tutela de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales contemplados en el art. 57.1 CP mediante la función de prevención de futuras lesiones. Por lo demás, al alegar que “todos los fines y funciones de la pena... son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos”, la Sala olvida que el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las diversas medidas contribuyen a la consecución de esos fines y funciones.

En definitiva, por más que la medida alternativa planteada en el Auto de cuestionamiento genere efectivamente una menor restricción de los principios y derechos constitucionales afectados como consecuencia de la norma penal impugnada, no puede considerarse razonablemente que despliegue un grado semejante de consecución del fin perseguido, razón por la cual ha de concluirse que la imposición preceptiva de la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CE satisface las exigencias del principio de necesidad.’

De hecho, el Tribunal critica al órgano jurisdiccional que plantea la cuestión precisamente que ‘al alegar que “todos los fines y funciones de la pena... son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos”, la Sala olvida que el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las diversas medidas contribuyen a la consecución de esos fines y

funciones'; pero, al analizar el mismo Tribunal Constitucional la necesidad del art. 57.2, la 'comprobación' se ha ceñido a afirmar que (Fundamento Jurídico 13, cursiva añadida) '*puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios*' al 'incrementar la certeza de la respuesta sancionadora'.

Dando por acreditada la necesidad de la previsión, la Sentencia se plantea – anunciando que será una verificación más problemática– 'el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto'; pero lo hace adelantando ya su conclusión contraria a la alegada falta de proporcionalidad, en los siguientes términos (Fundamento Jurídico 16):

'Tal y como ocurre, en general, con las normas penales, el art. 57.2 CP genera unos efectos de intensidad considerable sobre los principios y derechos a los que antes se ha hecho referencia, que tienen su origen, particularmente, en la doble circunstancia consistente en que el precepto ordena la imposición de la pena controvertida en todo caso y en que ésta se contempla en relación con un conjunto tan numeroso como heterogéneo de tipos penales. Sin embargo, de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad "evidente" o "manifiesta", de tal manera que debiéramos declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.'

La conclusión de que no se da el exceso que obligaría a reputar esta previsión contraria al principio de proporcionalidad en sentido estricto se cimienta, para el Tribunal Constitucional, en cuatro constataciones:

Primera: no es cierto que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal, porque el órgano judicial de 'un amplio margen de arbitrio' respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria (Fundamento Jurídico 17):

'En primer lugar, no es, sencillamente, cierto que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal. El art. 57.2 CP interpretado en relación con los arts. 57.1 y 48.2 CP define, en los términos empleados por nuestra doctrina, un amplio marco punitivo que pone "a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas".

Por una parte, aunque el art. 57.2 CP ordena la imposición de la pena "en todo caso", la duración de la prohibición puede ser concretada por el órgano judicial a partir de un intervalo temporal ciertamente extenso: en principio, "el juez o tribunal acordará la pena accesoria por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave"; no obstante, al establecer esta regla "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior", el límite inferior del margen temporal queda corregido en función de lo previsto en esta última disposición: "si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave". Todo ello conduce a que el órgano judicial disponga de un marco punitivo considerablemente extenso.

Por otra parte, en el caso de que la pena principal no fuera de prisión la duración de la pena accesoria tiene un límite máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, y un límite mínimo de un mes en ambos casos, de conformidad con lo establecido en el art. 40.3 CP en relación con el art. 33.6 CP, lo que abre amplias posibilidades al juez o tribunal, a la hora de determinar la pena, para adecuar su concreta duración a las circunstancias y necesidades del caso.

Tanto en uno como en otro supuesto dispone, pues, el órgano judicial de un amplio margen de arbitrio respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria. Además, la regla especial incorporada en el art. 57.2 CP –la imposición, en todo caso, de esta pena accesoria en los

supuestos contemplados en tal precepto– no excluye que el ejercicio de ese margen de arbitrio pueda realizarse atendiendo a las circunstancias consignadas en el art. 57.1 CP: la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, elemento éste último en cuya valoración adquiere un papel relevante la percepción subjetiva que de ese peligro tenga la víctima, así como cuáles sean sus intenciones en relación con el mantenimiento o reanudación de la convivencia con el agresor y la reconciliación con el mismo.’

Segunda: la eventual aplicación de modalidades atenuadas (como la prevista en el art. 153.4 del CP) y la posible estimación de circunstancias atenuantes en cada caso concreto contribuyen a configurar ‘un régimen de sanciones lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso’, de forma que ‘mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del *quantum* de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta al *an* de la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal’ en términos cuya constitucionalidad no merece reproche (Fundamento Jurídico 18):

‘En segundo lugar, la disposición impugnada ha de ser puesta en conexión con otros preceptos penales en relación con los cuales se interpreta y aplica, que contribuyen a flexibilizar aún más los términos en los que el legislador ha configurado normativamente la posibilidad de que el órgano judicial acomode la intensidad de la respuesta sancionadora a las características del caso concreto.

De un lado, en un caso como el del proceso que ha dado lugar a la promoción de esta cuestión de inconstitucionalidad, a lo anterior se añade que el órgano judicial, en el momento de aplicación de la pena, puede tomar adicionalmente en consideración el art. 153.4 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, que entró en vigor el día 30 de junio de 2005, con anterioridad, por tanto, del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El citado precepto dispone que el “Juez o Tribunal, razonándolo en la Sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán poner la pena inferior en grado”. Este precepto, al igual que las disposiciones semejantes previstas para los delitos de amenazas (art. 171.6 CP) y coacciones (art. 172.2 in fine CP), debe ser puesto en relación con el art. 57.2 CP y, a su vez, con los arts. 70.2 y 71 CP, y afectaría también a la pena que ahora nos ocupa, que en función de tales circunstancias podría ver aún más reducido su límite mínimo en tanto disminuiría el de la pena principal, lo que amplía aún más las posibilidades de ajustar la pena a las circunstancias concretas concurrentes en el caso.

De otro lado, también en el momento de aplicación de la pena podrá el juez tomar en cuenta, como es obvio, las circunstancias atenuantes concurrentes en el caso, incluso las de análoga significación, que permitirán, haciendo el uso procedente de las reglas de aplicación de las penas (arts. 66 y ss. y, en particular, art. 71 CP), adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso y, entre ellas, a las necesidades específicas de protección que tenga la víctima, lo que posibilitará cumplir los plurales fines de las penas que el legislador asigna a cada tipo delictivo, al mismo tiempo que se adecuan las finalidades precautorias-asegurativas a las necesidades realmente existentes en cada caso concreto.

En definitiva, el art. 57.2 CP configura un régimen de sanciones lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. La disposición cuestionada otorga al órgano judicial un margen de arbitrio que le permite valorar en el caso concreto las exigencias que se derivan de los fines a los que sirve la norma penal y de los principios y derechos que resultan afectados por ella. Un margen de arbitrio que, obvio es decirlo, no resulta incompatible con el carácter preceptivo de la pena de que se trate, ya sea ésta la accesoria contemplada en este precepto o la principal establecida en otras disposiciones penales. Al igual que ocurre, en efecto, con otras penas cuya imposición está contemplada con carácter preceptivo por el legislador penal, podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del *quantum* de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta al *an* de la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal.

Y es que lo que demanda el órgano judicial no es una mayor flexibilidad en el marco punitivo diseñado por el art. 57.2 CP, sino la pura y simple supresión del régimen de sanciones que se deriva del precepto impugnado.’

Tercera: la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumania, que se había invocado en la cuestión de inconstitucionalidad, no sería aplicable a este supuesto (Fundamento Jurídico 19):

‘La doctrina expuesta no resulta de aplicación en este proceso constitucional. Dejando a un lado la circunstancia, ya advertida, de que, conforme a nuestra doctrina, del derecho a la “intimidad familiar” (art. 18.1 CE) no se deriva la existencia de un derecho a la “vida familiar”, es suficiente a este respecto con resaltar las diferencias que median entre el art. 57.2 CP y la norma penal rumana sobre la que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de septiembre de 2004. Mientras que esta última contemplaba la imposición como pena accesoria de la privación de la patria potestad a partir del momento en el que se iniciara la ejecución de una pena de prisión y durante todo el periodo durante el que el autor permaneciera recluido, con independencia, pues, de cuál fuera la infracción penal cometida, así como de si los hijos resultaron o no ofendidos por ella, el alcance del art. 48.2 CP, al que se remite el art. 57.2 CP, y, por tanto, la intensidad de la restricción sobre los principios y derechos constitucionales que se deriva de éste último, son mucho más limitados. En efecto, el art. 57.2 CP dispone que la prohibición de aproximación se acordará en todo caso, pero esa prohibición puede tener efectos diversos sobre los hijos menores del autor.

Por un lado, si los hijos menores fueron los ofendidos, entonces la prohibición de aproximación se impondrá respecto de ellos y de los lugares a los que se refiere el art. 48.2 CP, y llevará aparejada, según dispone ese precepto, la suspensión “del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”. En este supuesto la pena se impone, efectivamente, “en todo caso”, pero, a diferencia del asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, la infracción por la cual se habría condenado al progenitor no sería “totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad”, sino que habría tenido a los hijos, precisamente, como víctimas de uno de los delitos a los que se refiere el art. 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, etc.).

Por otro lado, si el sujeto ofendido no fuera un hijo menor del autor del delito, la suspensión del régimen de visitas no se producirá en modo alguno de forma automática, sino sólo, de conformidad con el tenor del art. 48.2 CP, si el juez o tribunal acordara extender a éste la prohibición de aproximación impuesta en relación con quien sí lo fuera –por ejemplo, el otro cónyuge titular de la custodia–, y en los términos en los que el órgano judicial así lo hiciera. El tenor literal del precepto es claro en cuanto a que la decisión corresponde al órgano judicial: “[l]a prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal”.

En conclusión, lejos de sustentar la alegada falta de proporcionalidad de la regulación de la suspensión del régimen de visitas que se deriva del art. 57.2 en relación con el art. 48.2 CP, su comparación con el asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumania, subraya las diferencias que median entre ambos, poniendo de manifiesto, en particular, el margen otorgado al juez o tribunal y, por tanto, la menor intensidad de los efectos que se derivan del régimen al que se refiere la presente cuestión de inconstitucionalidad.’

Cuarta: la previsión del art. 268 del CP, que excluye de responsabilidades penales los delitos patrimoniales no violentos entre ciertos parientes, limita el alcance de la previsión del art. 57.2²³ (Fundamento Jurídico 20):

²³ Por cierto que el Tribunal deja escapar la ocasión de apuntar que respecto de los atentados contra el honor y la intimidad –que son conductas no violentas ni intimidatorias comprendidas en el ámbito del art. 57 CP, y a las que en nada afecta la previsión del art. 268 CP–, la necesidad de denuncia o querrela (cfr. arts. 201 y 215 CP) puede reducir sustancial –aunque no absolutamente– los supuestos en que acabe imponiéndose una prohibición de aproximación contra la voluntad de la persona ofendida.

‘En cuarto lugar, es de advertir que la disposición cuestionada contempla la imposición de la pena de alejamiento en relación con un conjunto numeroso y diverso de delitos, que alcanza desde los que protegen bienes jurídicos tan íntimamente vinculados al núcleo de la dignidad humana como la vida, la integridad física y moral o la libertad, hasta los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico. Sin embargo, el alcance de la restricción de los principios y derechos afectados que de esta circunstancia se deriva ha de ser relativizado como consecuencia del art. 268 CP, que atempera en gran medida el rigor punitivo del precepto impugnado al establecer una exención de responsabilidad criminal en relación con los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, siempre que no concurra violencia o intimidación, cometidos entre los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos.’

Llegado a este punto, el hilo argumental da por acreditado que la restricción de derechos y libertades que esta previsión supone no es tan grave como el órgano cuestionante pretendía, y pasa a aquilatar la importante función que desempeña la regla cuestionada, en cuanto protegería bienes jurídicos de singular importancia y frente a agresiones que ‘razonablemente’ merecen un especial desvalor, al ser ‘en la mayor parte’ agresiones violentas y ‘materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasifamiliar’. En efecto, afirma el Fundamento Jurídico 21:

‘Y ello es así por dos motivos. De una parte, no puede dejar de resaltarse la extraordinaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante la conminación penal que se deriva del art. 57.2 CP, que remiten a posiciones jurídicas específicamente protegidas por disposiciones constitucionales expresas (art. 15 CE, art. 17 CE, art. 18 CE, etc.). De otra parte, mediante este precepto el legislador pretende proteger esas posiciones jurídicas fundamentales frente a agresiones que razonablemente le merecen un especial desvalor, tanto porque, en la mayor parte de los supuestos contemplados en su presupuesto de hecho, se caracterizan por ser agresiones violentas, como por materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasifamiliar.’

La particular relevancia de los bienes jurídico-constitucionales aludidos, así como la circunstancia de que las agresiones descritas por el art. 57.2 CP, en virtud del modo y el contexto en el que se producen, se hagan acreedoras de un mayor desvalor para el legislador penal determina que sea asimismo mayor la contribución de la medida que este precepto contiene a la protección de los fines que con ella se persiguen. De igual modo, estos dos factores permiten concluir que la especial intensidad de la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente por dicha medida se corresponde con el alcance, asimismo considerable, de las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve.’

Todo lo cual lleva al Tribunal Constitucional, recordando nuevamente que ‘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’ y por ende ‘mientras que cualquier desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto’, a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

El Tribunal Constitucional salva pues la constitucionalidad de la previsión del art. 57.2 del CP; pero recurre al hacerlo a argumentos formales (los efectos indirectos de

la pena no quedarían sujetos al principio de personalidad de las penas –aunque trasladen a terceros consecuencias de la sanción–, y cuando la víctima dispone de vías procesales para ser oída no padece indefensión –aunque el contenido de esta audiencia sea irrelevante en relación a la pena a imponer, en cuanto en modo alguno permitirá excusar la imposición de ésta, siquiera en su mínima extensión–) y remite la ponderación de los intereses afectados al análisis de las figuras delictivas a las que se asocia esta pena accesoria... cuestión que excluye expresamente del objeto de la Sentencia. E importa destacar aquí que argumenta no desde consideraciones de prevención especial referidas a la tutela de las víctimas de la infracción cometida (cuestión de la que afirma un carácter meramente instrumental, o cuando menos secundario), sino desde consideraciones preventivo-generales negativas o positivas.

IV. La STJUE de 15 de septiembre de 2011

La Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto, en su Sentencia de 15 de septiembre de 2011, los asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, correspondientes a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Audiencia Provincial de Tarragona en 2009, que cuestionaba la adecuación de la imposición preceptiva de penas de alejamiento aun contra la voluntad de la víctima (art. 57.2 del CP) y la exclusión de la mediación en los procesos penales por violencia de género (art. 87 *ter* 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a las previsiones de los artículos 2, 8 y 10 de la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.²⁴

En ambos asuntos la Audiencia se enfrentaba a recursos de apelación frente a condenas por delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 del CP) en supuestos en que condenados a los que se había impuesto la pena accesoria prevista en el art. 57.2 del CP procedieron, relativamente poco tiempo después de la imposición de dichas penas accesorias, a convivir de nuevo con sus respectivas víctimas, a petición de éstas, y en los que la convivencia se había desarrollado con normalidad durante varios meses hasta el día en que se produjo la detención.²⁵ La Audiencia entendió que la eventual confirmación de las penas impuestas en primera instancia dependía de que el carácter preceptivo de la adopción de medidas de alejamiento en los supuestos de delitos de violencia familiar, aun cuando las víctimas se opongán a tales medidas y particularmente en el caso de infracciones menores, fuera compatible con la Decisión marco, y planteó al Tribunal cinco cuestiones:

1) ¿El derecho de la víctima a ser comprendida que se contempla en el apartado ocho del Preámbulo de la Decisión Marco,²⁶ debe ser interpretado como un deber positivo de las autoridades estatales encargadas de la persecución y castigo de las conductas victimizadoras a permitir que la víctima exprese su valoración, reflexión y opinión acerca de los efectos directos

²⁴ Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (Diario Oficial de la Unión Europea L 82).

²⁵ Por cierto que tales situaciones difícilmente podrían haber dado lugar a que se dictara una orden europea de protección de acuerdo con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (Diario Oficial de la Unión Europea L 338, de 21 de diciembre), porque ésta exige en todo caso que inste su dictado la persona protegida (art. 6.2) o su tutor o representante (art. 6.6).

²⁶ ‘Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones [...]’

que sobre su vida pueden derivarse de la imposición de penas al victimario con el que mantiene una relación familiar o intensamente afectiva?

2) ¿El artículo 2 de la Decisión Marco²⁷ [...] debe ser interpretado en el sentido de que el deber de los Estados [miembros] de reconocimiento de los derechos e intereses legítimos de la víctima obliga a tomar en cuenta su opinión cuando las consecuencias penales del proceso pueden comprometer de forma nuclear y directa el desarrollo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la vida privada y familiar?

3) ¿El [artículo] 2 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que las autoridades estatales no pueden dejar de tomar en cuenta la voluntad libre de la víctima cuando se oponga a la imposición o mantenimiento de una medida de alejamiento cuando el agresor sea un miembro de su familia y no se constate situación objetiva de riesgo de reiteración delictiva, se aprecie un nivel de competencia personal, social, cultural y emocional que excluya un pronóstico de sometimiento al victimario o, por el contrario, cabe mantener la procedencia de dicha medida en todo caso en atención a la tipología específica de estos delitos?

4) ¿El [artículo] 8 de la Decisión Marco²⁸ [...], cuando establece que los Estados [miembros] garantizarán un nivel de protección adecuada a la víctima, debe ser interpretado en el sentido de que permite la imposición generalizada y preceptiva de medidas de alejamiento o de prohibición de comunicación como penas accesorias en todos los supuestos en los que la víctima lo sea por delitos cometidos en el ámbito familiar, en atención a la tipología específica de estas infracciones, o, por el contrario, el [artículo] 8 exige efectuar una ponderación individualizada que permita identificar, caso por caso, el nivel adecuado de protección en atención a los intereses concurrentes?

5) ¿El [artículo] 10 de la Decisión Marco²⁹ [...] debe ser interpretado en el sentido de que permite excluir con carácter general la mediación en los procesos penales relativos a delitos cometidos en el ámbito familiar en atención a la tipología específica de estos delitos o, por el contrario, debe permitirse la mediación también en este tipo de procesos, ponderando caso por caso los intereses concurrentes?

El Tribunal declara su competencia (nº 33) ‘para pronunciarse con carácter prejudicial acerca de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente en relación con la interpretación de la Decisión marco’ y además constata (nº 41) que ‘las cuestiones planteadas no resultan hipotéticas’³⁰ en cuanto ‘tienen por objeto determinar si la medida de alejamiento preceptiva impuesta como pena accesoria es, en sí misma, compatible con la Decisión marco’, siendo tal extremo de necesaria verificación para imponer atendiendo a ella una pena por quebrantamiento de condena.

²⁷ ‘Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.’

²⁸ ‘1. Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares [...], por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada. [...].’

²⁹ ‘Que afirma que ‘los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida’.

³⁰ El Gobierno español había alegado que lo eran, toda vez que la Audiencia tenía que aplicar el art. 468.2, y no el 57.2 del CP (nº 35); y que en todo caso el problema no nacería el ‘precepto en sí, sino de la interpretación que del mismo ha realizado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Acuerdo (no vinculante) de 25 de noviembre de 2008’ –*vid. supra* II–, por cuanto en realidad se estaría discutiendo ‘la interpretación del Derecho nacional, sobre el que no corresponde pronunciarse al Tribunal de Justicia en el marco de una remisión prejudicial’ (nº 36; *vid. asimismo* nº 43). También en relación a la vinculación de la cuestión a la interpretación del Derecho nacional había afirmado el Gobierno italiano que las cuestiones planteadas eran inútiles e hipotéticas (nº 37).

Esto sentado, el Tribunal advierte ‘que el octavo considerando de la Decisión marco, objeto de la primera cuestión, carece en sí mismo de valor jurídico vinculante’ (nº 46), y asimismo que aunque ‘el órgano jurisdiccional remitente ha limitado sus cuestiones segunda a cuarta a la interpretación de los artículos 2 y 8 de la Decisión marco [...] tal circunstancia no impide que el Tribunal de Justicia le facilite elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar los asuntos de que conoce, aun cuando, como sucede en el caso de autos, tales elementos se refieran a otra disposición de la Decisión marco, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ella en el enunciado de sus cuestiones’ (nº 47). Esta última precisión es destacable, porque supone que la evaluación de la adecuación de la norma española no se ceñirá a los preceptos invocados al plantear la cuestión, sino que el Tribunal atenderá a otros ‘elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar’. En efecto, afirma acto seguido (nº 48):

‘A este respecto, ha de señalarse que, si bien los Estados miembros han de reconocer los derechos e intereses legítimos de las víctimas en virtud del artículo 2 de la Decisión marco, es el artículo 3, párrafo primero, en relación con el octavo considerando, de la Decisión marco el que les ordena garantizar a las víctimas la posibilidad de ser oídas durante las actuaciones.’

El Tribunal acota pues el alcance de las cuatro primeras cuestiones planteadas – que resuelve conjuntamente– a determinar ‘si los artículos 2, 3 u 8 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida’ (nº 49). Y para ello sienta la prevención de que la Decisión marco no atiende a las clases y graduación de las sanciones (nº 50):

‘A este respecto, es relevante señalar que la Decisión marco no contiene ninguna disposición relativa a las clases y graduación de las penas que los Estados miembros han de establecer en su normativa para sancionar las infracciones penales.’

La Decisión marco invocada no pretende, pues, armonizar ni aproximar las sanciones penales que prevén los Estados miembros (nº 51). Ahora bien, el Tribunal no duda en señalar que la Decisión marco debe interpretarse de forma respetuosa con ‘el derecho al respeto de la vida privada y familiar’ (nº 55):

‘Las disposiciones de la Decisión marco deben interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véanse, entre otras, las sentencias antes citadas Pupino, apartado 59, y Katz, apartado 48).’

Sin embargo, ‘garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado [...] no implica que una medida de alejamiento preceptiva como la controvertida en los procesos principales no pueda imponerse en contra de la opinión de la víctima’ (nº 56); y la obligación de ‘garantizar a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba, deja a las autoridades nacionales una amplia facultad discrecional en cuanto a los mecanismos concretos para alcanzar tal objetivo’ (nº 57). Aunque (nº 59) ‘su derecho a ser oída debe proporcionarle, junto a la posibilidad de describir objetivamente cómo se produjeron los hechos, también la oportunidad de exponer su punto de vista’, este derecho no se extiende a determinar la clase ni graduación de las penas a imponer:

‘60. Este derecho procesal a ser oída, en el sentido del artículo 3, párrafo primero, de la Decisión marco, no confiere a la víctima ningún derecho en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los hechos en virtud de las normas del Derecho penal nacional.

61. A este respecto, ha de recordarse que la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad.’

El Tribunal afirma pues con rotundidad que la ‘potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad’ (nº 61) y por tanto (nº 62) ‘el artículo 3 de la Decisión marco no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima’.

Y, en cuanto al invocado art. 8 de la Decisión marco, ‘tiene particularmente por objeto proteger de una manera «adecuada» a la víctima y a las personas de su entorno frente al autor de la infracción durante el proceso penal’ (nº 66) y por ende tampoco obliga a los Estados a permitir que la víctima influya sobre la pena a imponer (nº 65):

‘Al igual que los artículos 2 y 3 de la Decisión marco, el artículo 8 de ésta no implica ninguna obligación para los Estados miembros de incluir en su Derecho nacional penal disposiciones que permitan a la víctima influir sobre las penas que el juez nacional puede imponer al autor de la infracción.’

De hecho, el Tribunal apostilla con claridad que este art. 8 ‘no puede entenderse en el sentido de que los Estados miembros estén igualmente obligados a proteger a las víctimas contra los efectos indirectos que produzcan, en una fase posterior, las penas impuestas por el juez nacional a los autores de las infracciones’ (nº 67).

En suma, el Tribunal entiende que (nº 69) ‘la obligación, en cuanto tal, de imponer una medida de alejamiento conforme al Derecho material controvertido en los procesos principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Decisión marco, por lo que no puede apreciarse a la luz de lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea’; y por ende (nº 70) ‘procede responder a las primeras cuatro cuestiones que los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.’

En cuanto a la quinta cuestión, referida a si la previsión del art. 87 *ter* 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, prohíbe la mediación en las causas cuya instrucción se atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) sería compatible con la previsión del art. 10 de la Decisión marco, en cuanto dispone que ‘los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida’, el Tribunal insiste en que la Decisión marco deja un margen de arbitrio a los Estados miembros (nº 72):

‘A este respecto es preciso señalar que, aparte de que el artículo 34 UE, apartado 2, deja en manos de las autoridades nacionales la determinación de la forma y de los medios necesarios para alcanzar el resultado que persiguen las decisiones marco, el artículo 10, apartado 1, de la

Decisión marco se limita a ordenar a los Estados miembros que procuren impulsar la mediación para las infracciones que «a su juicio se presten a este tipo de medida», de manera que corresponde a los Estados miembros la determinación de las infracciones para las que se permite la mediación (véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, Eredics y Sápi, C-205/09, Rec. p. I-0000, apartado 37).’

Y por tanto concluye (nº 73) que ‘el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco permite a los Estados miembros excluir la mediación en todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito familiar, como establece el artículo 87 *ter*, apartado 5, de la LOPJ’ y (nº 74) ‘al decidir excluir la aplicación del procedimiento de mediación para un concreto tipo de infracción, opción que obedece a razones de política penal, el legislador nacional no se ha excedido de la facultad de apreciación de que dispone’, ni puede tacharse esta decisión de falta de objetividad (nº 75):

‘Ha de añadirse que la apreciación de los Estados miembros puede verse limitada por la obligación de utilizar criterios objetivos a la hora de determinar los tipos de infracción para los que consideren inadecuada la mediación. Ahora bien, no hay indicio alguno de que la exclusión de la mediación prevista por la LOPJ se base en criterios carentes de objetividad.’

En suma (nº 76): ‘la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones’.

V. Breve apunte conclusivo

La imposición de ‘penas de alejamiento’ contra la voluntad de la víctima no resulta, de acuerdo con la doctrina arriba comentada, ni contraria al Derecho comunitario ni contraria a la Constitución Española; y atendiendo a la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, se trate de penas o de medidas de seguridad, incluso cuando sea la propia víctima quien propicie o induzca el quebrantamiento de prohibiciones penales de aproximación y comunicación éste será castigado por vía del art. 468.2 del CP.

Este castigo del penado por quebrantamiento ‘consentido’ de condena o medida de seguridad suscita una importante problemática que no pretendo minusvalorar,³¹ y que alcanza singularmente a las eventuales responsabilidades de la víctima por inducción o cooperación necesaria al quebrantamiento, o por delito de desobediencia a la autoridad judicial;³² y será preciso a estos efectos distinguir el mero consentimiento a una

³¹ De hecho, la argumentación que la sustenta obliga a leer el delito de quebrantamiento de condena desde perspectivas preventivo-generales más que preventivo-especiales; sobre esta cuestión, Guardiola García: “El quebrantamiento...”, *op.cit.* (donde precisamente me inclinaba por la opción contraria).

³² Y es disparatado, pero no imposible, que para proteger a las víctimas acabemos por castigarlas. Cuando se argumenta que (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 9/2011, de 31 de enero (Ponente Sr. Soriano Soriano), Fundamento de Derecho octavo) ‘[s]i se acreditase una inducción eficaz de la víctima a la desobediencia, quizás pudiera excluir de responsabilidad criminal al acusado, pero jamás podría responder de forma autónoma la ofendida, porque a ella no se le impuso ninguna conducta o comportamiento, sino que el único obligado por el apercibimiento judicial era el acusado, esto es, la orden le afectaba exclusivamente al mismo, que es al único que se le requiere, ya que dicha medida se establece para impedir conductas violentas contra la protegida, que lógicamente es la beneficiaria de la resolución judicial y no la obligada’, es preciso matizar 1) que aun en delitos especiales las restricciones a la autoría no se extienden a la inducción o cooperación necesaria (aunque puedan tener alguna trascendencia; cfr. art. 65.3 CP), lo que no permite configurar una responsabilidad ‘autónoma’ pero sí en todo caso una

iniciativa de la persona procesada o penada, de los supuestos de previa invitación por parte de la persona protegida, y finalmente de aquellos en que es la persona a la que está prohibido aproximarse –y no quien lo tiene prohibido– quien inicia, da contenido y pone fin al incumplimiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación (ante la mera pasividad del procesado o penado, y ha de tenerse en cuenta en relación a la responsabilidad de este último que la comisión por omisión prevista en el art. 11 del CP se ciñe a las infracciones ‘que consistan en la producción de un resultado’³³).

Pero entiendo que todavía mayor resulta, en definitiva, la trascendencia del modelo mismo de imposición contra la voluntad de la persona protegida de penas o medidas de prohibición de aproximación o comunicación para garantizar el cual se articula en estos casos el castigo por quebrantamiento de condena. En efecto, tanto en la doctrina del Tribunal Constitucional como en la del Tribunal de Justicia europeo se hace patente que la restricción de derechos individuales que estas prohibiciones generan (para el penado, pero también para la víctima protegida) se justifica en intereses generales con independencia de las circunstancias del caso concreto.

En efecto, el TJUE afirma que la ‘potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad’ y por tanto el Derecho de la Unión ‘no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima’. Y por su parte el Tribunal Constitucional español justifica la necesidad de la imposición obligatoria de alejamientos desde consideraciones preventivo-generales que atienden a ‘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, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP’, de forma que ‘la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado [...], al igual [...] que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos’ y además ‘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’. La protección de la víctima, pues, queda reducida a un papel secundario y accidental: las razones de fondo atienden a intereses generales.³⁴

responsabilidad penal; 2) que sí puede intimarse a la víctima para que respete el contenido de una prohibición que no le está directamente dirigida a ella misma, lo quizá no justificaría un castigo por quebrantamiento de condena (no es ‘su’ pena o medida, aunque el art. 468.2 adopta una redacción distinta a la del 468.1), pero abre puertas al castigo por delito de desobediencia.

³³ Descripción que se aviene mal con el delito de quebrantamiento si asumimos que ‘el delito de quebrantamiento de medida cautelar se consuma en el momento en el que se infringe conscientemente la prohibición impuesta (STS nº 660/2.003, de 5 de Mayo)’ (Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 1900/2010, de 7 de octubre (Ponente Sr. Sánchez Melgar)).

³⁴ Y otro tanto sucede con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que acude a intereses públicos (comenzando por el principio de autoridad), a la finalidad propia del ‘Derecho penal sobre violencia de género’ –entendiéndolo incompatible con admitir que la víctima pueda dejar sin efecto estas prohibiciones–, o a la improcedencia de tener en cuenta un consentimiento de la víctima por ‘efectos

En definitiva, detrás de este modelo está una instrumentación *de las víctimas* (que no sólo de los autores condenados) en beneficio de un interés general. No puedo detenerme aquí a desarrollar en profundidad esta cuestión, pero es urgente advertir que conviene reflexionar sobre las implicaciones de tal decisión y sobre su conformidad con los postulados del maltrecho Estado democrático de Derecho. El discurso antidiscriminatorio impulsado por la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género es –como en definitiva todo discurso antidiscriminatorio– un discurso que tutela intereses ‘de clase’, cuando sea preciso *por encima* de los intereses individuales. La pretendida investidura de poder (*empowerment*) no se predica de cada víctima como persona –como ciudadana–, sino de un colectivo como clase social, y el precio de esta lucha por el poder social se traslada a los victimarios, pero también en ocasiones a las víctimas: cuando no se les permite decidir sobre su vida familiar quizá con ello se salve un interés social de gran importancia, pero puede parecer una burla afirmar que lo que se pretende es conferirles ‘poder’, porque en su personal y concreta situación hemos acabado de desposeerles del poco que tenían.

La legítima lucha por la igualdad parece exigir como tributo, en ocasiones, el sacrificio de opciones individuales; la cuestión es hasta qué punto resulta aceptable, para tutelar intereses sociales, servirse como instrumento de la restricción de derechos de personas a las que ningún reproche se les hace. Y en qué medida, si asumimos tal cosa, podemos estar sacrificando los principios más básicos del Estado democrático de Derecho.

psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada’ (y ya he advertido más arriba que si lo que se teme es que las víctimas consientan *cuando no debieran* –atendiendo a ‘sentimientos fingidos o falsas promesas’–, entonces lo que se está cuestionando es la capacidad de las víctimas para consentir... en una suerte de incapacitación sobrevenida por victimación –y sin admisión de prueba en contrario– que no respeta las mínimas garantías del Estado de Derecho). Abandonar ‘parámetros valorativos de normalidad’ (SS.T.S. 61 y 1065/2010) para entender que sería un ‘irreparable error’ permitir que ‘la expresión patológica de un síndrome de anulación personal’ –no diagnosticado en el caso concreto– desproteja a la víctima, ¿no corre el riesgo de privar a ésta de su legítima capacidad de consentir o no, precisamente desde parámetros de excepcionalidad y desconfianza hacia su capacidad de autodeterminación que, en puridad, la coloquen en un estado fáctico de incapacitación?