

MATERIA
Dereito Penal I (Parte Xeral)

TITULACIÓN
Grao en Dereito

unidade
didáctica
17.2

Penas accesorias privativas de dereitos: a prohibición de residencia

María Castro Corredoira
Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

Área de Dereito Penal
Departamento de Dereito Público Especial e da Empresa
Facultade de Dereito

unidadesdidácticas
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA



Esta obra atópase baixo unha licenza internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Calquera forma de reprodución, distribución, comunicación pública ou transformación desta obra non incluída na licenza Creative Commons BY-NC-ND 4.0 só pode ser realizada coa autorización expresa dos titulares, salvo excepción prevista pola lei. Pode acceder Vde. ao texto completo da licenza nesta ligazón: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.gl>

© Universidade de Santiago de Compostela, 2019

Deseño e maquetación

J. M. Gairí

Edita

Servizo de Publicacións e Intercambio Científico
da Universidade de Santiago de Compostela
usc.es/publicacions

ISBN

978-84-17595-53-1

DOI

<https://dx.doi.org/10.15304/9788417595531>

MATERIA: Dereito Penal I (Parte Xeral)

TITULACIÓN: Grao en Dereito

PROGRAMA XERAL DO CURSO

Localización da presente unidade didáctica

INTRODUCCIÓN

1. Concepto de Dereito penal

- I. Concepto e caracteres do Dereito penal
- II. Natureza
- III. Relacións do dereito penal: A) Coas ciencias xurídicas, B) Coas ciencias criminolóxicas, C) As chamadas ciencias auxiliares do dereito penal

2. As fontes do Dereito penal

- I. A lei
- II. O principio de legalidade
- III. Posibilidade de admitir outras fontes
- IV. A interpretación da lei penal: A) Clases e regras de interpretación, B) A analogía, C) Concurso aparente de normas penais

3. A Lei penal no tempo

- I. Eficacia temporal das leis penais
- II. O principio xeral: irretroactividade da lei penal
- III. A excepción: retroactividade da lei penal máis favorable

4. A lei penal no espazo

- I. Principios reguladores
- II. Lugar de comisión do delito
- III. A extradición. A orde europea de detención e entrega

TEORÍA XURÍDICA DO DELITO

5. O delito

- I. Concepto do delito
- II. Suxeitos e obxectos do delito: A) Suxeito activo e pasivo. B) Obxecto material e xurídico
- III. Clasificación do delito

6. A acción

- I. Formas de acción: acción en sentido estrito e omisión
- II. As diversas concepcións da teoría da acción
- III. A acción e os seus elementos
- IV. A omisión: concepto e natureza
- V. As clases de omisión: A) A omisión simple. B) A comisión por omisión
- VI. Ausencia de acción: A) Movements reflexos. B) Estados de plena inconsciencia. C) Forza irresistible

7. A tipicidade e a antixuridicidade

- I. A tipicidade: A) Concepto. B) Elementos. C) Funcións do tipo
- II. Ausencia de tipicidade
- III. A antixuridicidade: Concepto. Os elementos subxectivos do inxusto
- IV. Ausencia de antixuridicidade: A) Lexítima defensa. B) Estado de necesidade. C) Cumprimento dun deber e exercicio lexítimo dun dereito, oficio ou cargo. D) O consentimento do ofendido

8. A culpabilidade

- I. Concepto e estrutura
- II. Natureza: as distintas teorías
- III. A imputabilidade: Concepto. Momento da imputabilidade: “acciones liberae in causa”.
- IV. Ausencia de imputabilidade: A) Anomalía ou alteración psíquica. Trastorno mental transitorio. B) Intoxicación plena por bebidas alcohólicas ou drogas. Síndrome de abstinencia. C) Alteración gran de conciencia da realidade
- V. A responsabilidade penal do menor

9. A culpabilidade (continuación)

- VI. As formas de culpabilidade: A) O dolo: Concepto. Elementos. Clases. B) A culpa: Concepto e clases
- VII. Ausencia de formas de culpabilidade: o erro
- VIII. A esixibilidade de conduta adecuada á norma: a súa significación xurídico-penal
- IX. Ausencia de esixibilidade. Causas de inculpabilidade baseadas no principio de non esixibilidade: A) Estado de necesidade subxectivo. B) Medo insuperable

10. A punibilidade

- I. Significación dogmática da punibilidade
- II. As condicións obxectivas de punibilidade
- III. Ausencia de punibilidade: As escusas absolutorias

11. O “íter criminis”

- I. Actos internos
- II. Actos preparatorios: A) Tipos construídos especificamente sobre actos preparatorios. B) Conspiración, proposición e provocación para delinquir
- III. Actos de execución: a tentativa
- IV. A consumación

12. A participación no delito

- I. Autoría: autoría directa, coautoría e autoría mediata
- II. As formas de participación: indución, cooperación necesaria e complicidade
- III. Supostos especiais

13. A unidade e pluralidade de delitos

- I. Pluralidade de accións e unidade de delito: A) Delito continuado. B) Delito permanente. C) Delito habitual
- II. Pluralidade de accións e de delitos (concurso real)
- III. Unidade de acción e pluralidade de delitos (concurso ideal)

14. As circunstancias que modifican a responsabilidade criminal

- I. Cuestións comúns ás circunstancias atenuantes e agravantes
- II. Atenuantes: A) Eximentes incompletas. B) Atenuantes xenéricas. C) Atenuantes por analoxía
- III. Agravantes
- IV. A circunstancia mixta

AS CONSECUENCIAS XURÍDICAS DO DELITO.

15. A pena

- I. Concepto
- II. Fundamento e fins: as diversas teorías
- III. A clasificación das penas no Código Penal

16. As penas privativas de liberdade

- I. Clases e cumprimento: prisión, localización permanente e responsabilidade persoal subsidiaria
- II. Formas substitutivas da execución das penas privativas de liberdade: A) Suspensión da súa execución. B) A súa substitución por outras penas

17. As penas privativas de dereitos

- I. Concepto e clases
A pena de multa
- II. Multa proporcional e sistema de días-multa.
Consecuencias accesorias
I. Especial referencia ao comiso

18. A determinación da pena

- I. Individualización legal, xudicial e administrativa
- II. A determinación da pena no Código penal: A) A metade superior e inferior. A pena superior e inferior en grao. B) Regras para a determinación da pena:
a) O grao de execución. b) A forma de participación. c) A concorrencia de circunstancias modificativas. d) O concurso de delitos. e) Supostos especiais

19. A extinción da responsabilidade criminal

- I. Causas
- II. Cancelación de antecedentes penais

20. A responsabilidade civil e as custas procesuais

- I. A responsabilidade civil nada de delito ou falta: A) Contido. B) Persoas civilmente responsables
- II. As custas procesuais
- III. Cumprimento da responsabilidade civil

21. As medidas de seguridade

- I. Concepto. Fundamento. Clases
- II. Penas e medidas de seguridade
- III. As medidas de seguridade na lexislación española

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

OBXECTIVOS

1. Xerais
2. Específicos

METODOLOXÍA

CONTIDOS

1. Regulación
2. Natureza xurídica
3. Criterios de aplicación
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. A gravidade dos feitos
 - 3.3. O perigo que o delincuente represente
 - 3.4. Duración

ACTIVIDADES PROPOSTAS

1. Sobre contidos xerais da prohibición de residencia.
2. Sobre contidos específicos: que se entende por residencia?

AVALIACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN

As prohibicións de residir en determinados lugares ou acudir a eles, de aproximación e de comunicación merecen, dende hai algún tempo, a atención do lexislador penal, até o punto de erixirse nas protagonistas, no marco das consecuencias derivadas do delito, de recentes reformas do Código Penal e da Lei. Consecuencia disto, hoxe en día falamos das modalidades de afastamento como a pedra angular sobre a que lexislador tenta construír un sistema de sancións orientadas cara á protección da vítima. Baixo esta nomenclatura xenérica de “penas de afastamento” teñen acollida tres modalidades distintas: a privación do dereito a residir en determinados lugares ou acudir a eles (art. 48.1 CP); a prohibición de aproximarse á vítima ou a aqueles dos seus familiares ou outras persoas que determine o xuíz ou tribunal (art. 48.2 CP); e a prohibición de comunicarse coa vítima ou con aqueles dos seus familiares ou outras persoas que determine o xuíz (art. 48.3 CP).

A prohibición de residencia é a modalidade de afastamento máis antiga. Xa se atopaba prevista de maneira expresa no artigo 67 do Código Penal de 1944/1973, que contemplaba a prohibición do reo de “non volver” ao lugar onde se cometera o delito ou a aquel no que residise a vítima, cando este fose distinto do primeiro.

- Xustificación da unidade didáctica

Corcondando o relatado nesta unidade didáctica coas outras dúas sobre as diferentes modalidades de afastamento, cómpre salientar a importancia que están a ter na configuración xurídico-penal de sancións orientadas á protección da vítima. Isto xustifica a necesidade de formar, de xeito específico, ao alumnado, nas principais cuestións teórico-prácticas de relevancia na adopción destas medidas. Neste senso, de conformidade cos dictados na normativa vixente en relación ao Plan de Estudos de Grao, estes contidos aparecen integrados na materia de Dereito Penal Parte Xeral-impartida en segundo curso de Grao en Dereito e Criminoloxía.

OBXECTIVOS

1. Xerais

- Aprender os institutos básicos da Parte Xeral do Dereito Penal.
- Identificar un problema susceptible de ser constitutivo de infracción penal.
- Propoñer solucións alternativas, facendo bo uso das metodoloxías aprendidas.
- Fomentar o uso de materiais bibliográficos complementarios.
- Promover a familiarización do alumnado coas bases de datos xurisprudenciais oficiais.
- Concienciar do xeito en que se aplican as leis na práctica.
- Facilitar o pensamento crítico sobre as diferenzas entre a teoría aplicable e a realidade aplicada.
- Adquirir precisión na aplicación da terminoloxía técnico-xurídica específica.

- Coñecer e aprender os principios básicos configuradores da teoría xeral do Dereito Penal.
- Fomentar a adquisición de coñecementos sobre cuestións relativas á construción do sistema xurídico.
- Contribuír á habilitación do alumnado para o desempeño de profesións xurídicas.
- Promover a formación integral en aspectos xurídico-penais (dereito penal como rama do sistema normativo determinada pola Parte Xeral do Código Penal).
- Sensibilizar sobre a función crítica da dogmática como instrumento que permita enriquecer as leis e as respostas xudiciais, para achegarse ao ideal de xustiza.

2. Específicos

Á finalización da unidade didáctica o alumnado será capaz de:

- Comprender e identificar as ideas básicas de Dereito penal, ás súas fontes, á lei penal no tempo e no espazo, á teoría do delito e ás súas consecuencias.
- Coñecer e entender a sistemática sancionadora do Código Penal español.
- Adquirir nocións sobre as controversias doutriniais e xudiciais que afectan a esta modalidade de afastamento.
- Distinguir os contidos desta medidas respecto dos específicos das outras modalidades de afastamento.
- Solventar exemplos prácticos sobre a posible aplicación desta prohibición.
- Tomar conciencia das implicacións reais e legais da aplicación da prohibición.
- Asimilar os principais coñecementos teóricos sobre o réxime penal da prohibición de residencia.
- Aprender a técnica de resolución de casos prácticos, especialmente os relativos á determinación e individualización da pena.
- Acadar as nocións teóricas precisas para facer unha axeitada clasificación das penas.
- Desenvolver un pensamento crítico sobre os principais aspectos conflitivos da materia.
- Resolver supostos prácticos sobre a posible aplicación desta prohibición.
- Recoñecer os problemas de aplicación que plantexa a medida, tanto dende un punto de vista político-criminal como práctico.
- Formarse nas controversias doutriniais e xudiciais que afectan a esta modalidade de afastamento.
- Aprender a técnica de resolución de casos prácticos, especialmente os relativos á determinación e individualización da pena.
- Dominar as modalidades de afastamento tal e como se atopan contempladas no vixente Código Penal.

- Identificar os principais problemas prácticos que plantexa a adopción dunha ou varias modalidades de afastamento de maneira conxunta.
- Debater sobre a idoneidade de aplicar de maneira individual ou conxunta as distintas modalidades de afastamento en atención ás circunstancias do caso concreto.
- Manexar con destreza os textos legais, a xurisprudencia, e a bibliografía como ferramentas de traballo e información que lles faciliten a resolución de dúbidas.

METODOLOXÍA

Para fixar a metodoloxía adecuada para os contidos desta e das outras dúas unidades didácticas sobre modalidades de afastamento, cómpre seguir una metodoloxía moi estruturada, pautada e definida.

É fundamental que o profesorado asuma a explicación teórica dos contidos básicos do que é a pena de afastamento e das súas modalidades concretas. Esta materia será obxecto de explicación durante as sesións teóricas.

Atendendo á metodoloxía da ensinanza e ás horas de estudo fixadas para sesións teóricas, a explicación desta parte da materia non superará a hora de clase, na que se seguirá un esquema tradicional maxistral. Neste sentido, o equipo docente debe ter presente a importancia de facer o esforzo de aportar coñecementos básicos de forma clara, útil, e de fácil comprensión. Evitaranse, polo tanto, a explicación excesiva ou nunha profundidade tal que exceda completamente dos parámetros marcados polo Plan de Estudos e a guía docente da materia.

Partindo desta formación básica, o estudantado, organizarase en grupos moi reducidos (de tres ou catro persoas) e levarán a cabo un traballo con resolucións de vulgados de distancias instancias. Deste xeito, se familiarizarán coas bases de datos xurisprudenciais e cos criterios de procura de resolucións xudiciais, máis en concreto, autos e sentenzas. Así, tomarán conciencia do facer real e efectivo dos tribunais e, polo tanto, da realidade práctica da prohibición de residencia. Do mesmo modo, esta clase de actividades fomentarán as competencias de organización grupal e de traballo colaborativo e coordinado.

Despois de realizar este traballo, eses mesmos grupos de traballo expoñerán, durante unha das clases interactivas, os casos atopados e, en concreto, achegarán información sobre:

- O delito ao que aparece asociada a prohibición.
- Se a medida se impuxo ou non.
- A argumentación do tribunal para chegar á súa decisión.
- De ser o caso, a duración e o contido co que se adoptou a medida.

O traballo en grupo finalizará cunha exposición razoada das conclusións derivadas da realización da actividade. Asemade, proporcionarán información sobre a súa propia opinión, conformidade ou disconformidade coa decisión do tribunal en cuestión. O fin último que se persegue é que o estudantado sexa capaz de conformar unha opinión propia, argumentada e xustificada, que dea conta das reflexións até chegar á súa opinión persoal.

CONTIDOS

1. Regulación

Na redacción orixinal do Código Penal de 1995 configurábase como unha prohibición de “volver ao lugar no que se cometera o delito, ou a aquel en que resida a vítima ou a súa familia, se fosen distintos”. Cómpre sinalar que foi a reforma de 1999 a que dotou de contido a cada unha das tres prohibicións que integran o afastamento, quedando, a que aquí nos ocupa, redactada, no artigo 48.1 CP, nos seguintes termos:

“A privación do dereito a residir en determinados lugares ou acudir a eles impide ao penado residir ou acudir ao lugar no que se teña cometido o delito ou a falta, ou a aquel no que resida a vítima ou a súa familia, si fosen distintos”.

Hai pouco tempo, a LO 1/2015 introduciu unha lixeira modificación na redacción deste precepto, quedando entón configurado (até a actualidade) do xeito que segue:

“A privación do dereito a residir en determinados lugares ou acudir a eles impide ao penado residir ou acudir ao lugar no que se cometera o delito, ou a aquel no que resida a vítima ou a súa familia, se fosen distintos. Nos casos en que exista declarada unha discapacidade intelectual ou unha discapacidade que teña a súa orixe nun trastorno mental, estudarase o caso concreto a fin de resolver tendo presentes os bens xurídicos a protexer e o interese superior da persoa con discapacidade que, no seu caso haberá de contar cos medios de acompañamento e apoio precisos para o cumprimento da medida”.

2. Natureza xurídica

De conformidade co disposto no Código Penal, a prohibición de residencia é unha pena privativa de dereitos. Así o dispón o artigo 39 deste texto normativo. Consonte a articulación legal das diversas modalidades de afastamento, a prohibición de comunicación afecta ao libre desenvolvemento da personalidade do suxeito ou, o que é o mesmo, á súa liberdade para relacionarse cos demais. Pola contra, no caso das prohibicións de aproximación e de residencia, estas afectan á liberdade ambulatoria do suxeito. De entre as dúas, a que máis restrinxe os dereitos do penado é a de aproximación. Polo tanto, poderíamos dicir que, de entre as tres prohibicións, a prohibición de residir e de acudir a determinados lugares ostenta unha posición intermedia, sendo a prohibición de aproximación a que máis restrinxe e a de comunicación a que menos.

Con todo, ao igual que sucede coas outras modalidades de afastamento, parece máis correcto falar de penas limitativas de dereitos que de penas privativas en sentido estrito. Isto é así posto que o penado non ve anulado un dereito, pero si limitado nalgúns aspectos.

Neste caso tamén é posible a súa aplicación de maneira individual ou conxunta, en función das circunstancias do caso concreto e atendendo a uns criterios de aplicación que veremos máis adiante.

A idea principal das penas de afastamento é que todas elas procuran un obxectivo común: son sancións orientadas á protección da vítima. Polo tanto, procuran dar cobertura á seguridade do suxeito protexido pola sanción.

En calquera caso, será realmente a gravidade do suposto a que determine cal ou cales das medidas de afastamento se deben adoptar para asegurar á vítima.

Por último, cómpre sinalar que, ao igual que sucede coas outras modalidades de afastamento, atopámonos ante medidas cualificadas como penas accesorias. Porén, dita accesoriedade é especial. A diferenza da maioría das penas accesorias, que se atopan asociadas á imposición doutras penas, as modalidades de afastamento son accesorias en relación a certos delitos.

Como consecuencia do exposto, a súa duración non vén plenamente determinada pola da sanción principal e a súa imposición é discrecionalidade do xuíz (agás nos casos de violencia doméstica e de xénero, como sinala o artigo 57 do Código Penal. de xeito especial, para a prohibición de aproximación á vítima).

3. Criterios de aplicación

3.1. Introducción

O artigo 57 do Código Penal recolle dous réximes de aplicación das diversas modalidades de afastamento. No apartado 1º, establece o coñecido como réxime xeral e, no apartado 2º, un sistema específico que só afecta, de xeito transversal, á prohibición de aproximación á vítima e, de maneira colateral, á prohibición de comunicación, sin que teña ningún efecto aparente para a prohibición de residir e acudir a certos lugares. Por este motivo, só serán obxecto de exposición, neste epígrafe, as principais ideas vinculadas á aplicación do réxime xeral do apartado 1º do artigo 57 CP.

De conformidade co redactado neste precepto, será o xuíz ou tribunal o que, atendendo ás circunstancias do caso concreto, decida acordar (ou non) a medida de afastamento, ponderando se as circunstancias do caso fan aconsellable a súa imposición. Para ponderar ditas circunstancias, terá en conta a gravidade que revistan os feitos ou ao perigo que o delincente represente. A conxunción disxuntiva “ou” provén da reforma da Lei Orgánica 14/1999. A raíz desta modificación, suscitouse a seguinte cuestión: pode fundamentarse a imposición da medida, alternativamente, en calquera dos dous presupostos sinalados? ou, pola contra, deberán concorrer ambos elementos para garantir a necesidade da medida?

3.2. A gravidade dos feitos

Aínda que hai autores que defenden que só é preciso que conorra un dos elementos, esta posible alternatividade sempre se atopa condicionada. Isto é así porque, como dicimos antes, a adopción das medidas só se xustifica pola súa necesidade e, para que sexan necesarias (isto é, para a salvagarda da vítima), cómpre que o caso en cuestión revista unha certa gravidade. Neste sentido, podemos

afirmar que a alternatividade se atopa condicionada pola esixencia da presenza dun coeficiente de perigo.

Consecuencia diso, estas medidas non poderán nunca adoptarse sobre a única base da gravidade dos feitos. Como mínimo, caberá reclamar, en consecuencia, que a presenza física do agresor perturbe o sosego e a tranquilidade da muller.

No que atinxe á gravidade dos feitos, segundo o Tribunal Supremo, será preciso atender “ao desvalor da conduta posto de manifesto na infracción, na súa dobre consideración de acto persoal e de resultado lesivo dun ben xurídico”.

Na doutrina, pola contra, hai dúas posturas encontradas.

Dun lado, quen es comparte o criterio do Tribunal Supremo, defenden a necesidade de valorar a gravidade dos feitos atendendo, de xeito especial a:

- O maior desvalor da conduta (acción ou omisión).
- O resultado lesivo.
- O grao de culpabilidade do axente
- As circunstancias modificativas da responsabilidade criminal que concorran no suposto típico.

Doutro lado, hay académicos que sosteñen a necesidade de acudir á propia cualificación dos feitos para valorar a natureza e a extensión da sanción.

Dado que os delitos respecto dos cales se poden acordar as medidas de afastamento son graves de por si – porque atentan contra bens xurídicos de moita entidade para a persoa (por exemplo a vida, a integridade física, psíquica, moral, a liberdade, etc.) enténdese que o lexislador alude á gravidade das circunstancias nas que se produciu o caso concreto.

3.3. O perigo que o delincente represente

O perigo “que o delincente represente” non é un termo delimitado. Por esa razón ten sido obxecto de diversas interpretacións.

Xurisprudenza e doutrina teñen discutido se alude á perigosidade subxectiva do suxeito ou si fai referencia ao perigo derivado do delito.

O Tribunal Supremo asume a segunda postura, afirmando que “o perigo valorable non é o subxectivo ou persoal do acusado como suxeito de posibles delitos futuros, senón o perigo obxectivo que é inherente á situación material que representa, despois da comisión de determinados delitos, a proximidade persoal futura entre o delincente e a vítima ou a súa familia. Situación obxectivamente perigosa en si mesma, dada a probabilidade de enfrontamentos mutuos, por razón da propia natureza do feito xa cometido. Non é por iso necesario para a aplicación da referida pena accesoria suplementar ese presuposto valorativo obxectivo con outras consideracións relativas ao posible perigo”.

Neste senso, recoñécese o esforzo interpretativo levado a cabo polo Tribunal Supremo coa intención de diferenciar este perigo do subxectivo ponderábel na adopción de medidas de seguridade.

A mesma postura se observa na sentenza 1429/2000, de 22 de novembro, onde o Alto Tribunal confirma que “esta Sala xa declarou en Sentenza de 29 de xaneiro

de 1990, que se repite na de 2 de outubro de 1999, con relación ao artigo 67 do Código Penal de 1973, correspondente co 57 do vixente Texto Legal, que a valoración da gravidade do feito e da perigosidade do autor aos efectos de determinar a súa aplicación non se fundamenta en circunstancias alleas ao feito mesmo, porque a perigosidade e a gravidade do delito que debe terse en conta é precisamente a que se expresa na comisión do feito e sexa deducible del.

En definitiva, o perigo valorable non é o subxectivo ou persoal do acusado como suxeito de posibles delitos futuros, senón o perigo obxectivo que é inherente á situación material que representa, despois da comisión de determinados delitos, a proximidade persoal futura entre o delincente e a vítima ou a súa familia. Situación obxectivamente perigosa en si mesma, dada a probabilidade de enfrontamentos mutuos, por razón da propia natureza do feito xa cometido. Non é por iso necesario para a aplicación da referida pena accesoria suplementar ese suposto valorativo obxectivo con outras consideracións relativas á posible perigosidade persoal do condenado”.

Complétase pois, a postura do Tribunal Supremo, cos postulados da súa sentenza 369/2004, de 11 de marzo, onde, en relación a este art. 57 Código Penal, engade que “a perigosidade do autor, hai que valorala e pronosticala en función dunha serie de factores que entendemos que non só son personais. É necesario conxugar a personalidade do delincente cun prognóstico aproximado e incerto de reinserción, xunto con factores complementarios, como os que poden derivarse do perigo engadido, da reaparición do delincente nun pobo onde o recordo do delito podería estar moi arraigado e a sensibilidade das vítimas indirectas, podería verse afectada”.

3.4. Duración

O Código Penal, de conformidade co seu artigo 33, clasifica as penas en leves, menos graves e graves atendendo, en esenza, á duración pola que se impoñen. Consote este criterio, as penas leves teñen unha duración que oscila entre o mes e os seis meses. As penas menos graves, entre seis meses e cinco anos, e as graves, entre 5 anos e 10 anos. Non obstante, cómpre ter moi presente que estes límites poden ser modificados polas normas (xerais e específicas) de determinación e individualización das penas.

De entre as normas específicas é importante reseñar unha importante modificación da Lei Orgánica 15/2003. Esta norma prevé que nos casos en que as penas de afastamento acompañen a penas de cárcere, estas deberán impoñerse por unha duración superior á da pena de prisión. Isto é así porque, en caso contrario, ambas penas se solaparían (de conformidade co principio de simultaneidade) e as de afastamento quedarían moi limitadas dende o punto de vista do seu contido.

1.5 Contido
O lexislador estruturouna como un afastamento exclusivamente locativo, de xeito que o grao de protección que dispensa ás vítimas é moito máis limitado que o que ofrece a prohibición de aproximación. No caso da prohibición de residencia, o artigo 48.1 do Código Penal expón que o ofendido só se atopará seguro naqueles lugares fixos aos que o penado teña prohibido acudir.

Restrínxese, en exclusiva, a un determinado ámbito xeográfico e non á persoa protexida, de maneira que se a ofendida se atopa en lugar distinto daqueles respecto dos que se impuxo a prohibición (que constituirían unha especie de espazo seguro ou de seguridade para a vítima), en ningún caso se incorrería nun delito de quebrantamento de condena.

Trátase dunha pena de afastamento locativo de contido alternativo. É un afastamento locativo porque determina a prohibición de que o agresor frecuente certos espazos, sexa de forma ocasional ou permanente, prohibíndolle residir neles, o que proporciona á vítima a seguridade de que, en principio, e salvo quebrantamento de medida, nunca se vai atopar co agresor nos lugares que son, en esencia, o do domicilio da vítima ou a súa familia, e o de comisión do feito delitivo.

O seu contido é alternativo porque, tal e como reza o precepto que a regula, a prohibición que se impoña optará, ben pola prohibición de residir nun determinado lugar (para o caso de que o agresor resida no mesmo lugar no momento da imposición da medida) ou ben pola prohibición de acudir a determinados lugares. Con todo, ambos contidos alternativos atópanse directamente condicionados, pois a prohibición de acudir a determinados lugares, imposibilita que se poida vivir neles.

Con todo, non é esta unha cuestión pacífica. Hai autores que manteñen que os termos “residir” e “acudir” son intercambiabes, asumindo entón que se trata dunha pena única. Esta postura é rebatible, por canto a prohibición de acudir a determinados lugares absorbe á prohibición de residencia, pero non sucede o mesmo ao contrario: o feito de que non se poida residir nun lugar determinado non obsta para que se poida acudir a el.

Outro sector doutrinal defende que non existe unha relación de alternatividade, senón de subsidiariedade. Neste sentido, consideran que a subsidiariedade predicable non se revela no contido da pena, senón no eido xeográfico a que fan referencia cada un dos seus contidos. De conformidade con esta postura, operaríase, con carácter primario, o lugar de comisión de delito e, a posteriori, o lugar de residencia da vítima, sempre e cando non coincidan.

Un terceiro sector diferencia dos afastamentos, recoñecendo no contido do artigo 48.1 CP dúas penas de carácter locativo claramente diferenciadas: a prohibición de residir e a de acudir a certos lugares (o de comisión do delito ou o de residencia da vítima ou os seus familiares, se fosen distintos). Deste xeito, a súa especialidade radicaríase no seu carácter locativo, a diferenza das outras prohibicións do artigo 48 CP, que teñen carácter persoal.

Por último, outros autores propoñen a revisión da clasificación das prohibicións e os seus contidos, pois “de lege ferenda” podería, incluso, chegar a formularse a necesidade ou non de que exista a prohibición de acudir a determinados lugares, porque a prohibición de aproximación do artigo 48.2 CP xa cubriría as necesidades de seguridade da vítima, ao que podería engadirse que, efectivamente, a prohibición de acudir a certos lugares entraña, per se, a prohibición de residir neles.

Unha cuestión importante sobre a que se suscitou certa controversia é a relativa a que ha de entenderse por residencia. A maior parte da doutrina entende que este tema non plantexa ningunha dúbida, pois dado que a prohibición que se establece é a de residir nun determinado lugar, hai que estar ás disposicións civís

sobre residencia, de xeito que se entende que a residencia se refire, en esencia, a unha vila ou cidade.

Non obstante, o lexislador non fixou ningún requisito sobre si a residencia ten que ser só a habitual ou si, pola contra, tamén se teñen en conta as residencias temporais. En calquera caso, e para preservar a operatividade da prohibición, esíxese que a vítima poña en coñecemento das autoridades pertinentes calquera cambio de residencia.

Por outra parte, un sector da doutrina mantén que a redacción desta modalidade de afastamento non deixa claro a que “lugares” alude, xa que, a seu xuízo, pode tratarse da casa, do barrio, da vila, da cidade ou incluso da provincia na que se teña cometido o delito ou onde resida a vítima e/ou familia.

Neste mesmo senso pronunciouse a Fiscalía Xeral do Estado, que na súa Circular 2/2004 advirte do grao de indeterminación de que carece dita prohibición no que atinxe á súa extensión xeográfica. Lonxe de decantarse por unha ou outra opción, a Fiscalía Xeral do Estado propón unha interpretación máis moderada cás anteriores. Atendendo ao teor do artigo 544 bis da LECrim – que recolle a medida cautelar de prohibición de residencia- enténdese que a prohibición de residencia pode referirse a: un determinado lugar, un barrio, un municipio, unha provincia ou outra entidade local, e incluso unha Comunidade Autónoma. Apoiándose neste criterio sistemático, avoga por manter este elenco de posibilidades, para lograr unha gradación da prohibición adecuada en atención ás esixencias e necesidades que presente o caso concreto.

En calquera caso, doutrina e xurisprudencia defenden que ten que ser o xuízo, en atención ás circunstancias do caso concreto, quen determine a que lugar ou lugares afecta a prohibición, tendo en conta os fins de protección á vítima. Asemade, tamén hai un amplo consenso na asunción dun criterio que, en ningún caso, exceda do territorio do municipio.

Sen prexuízo deste posicionamento xeral, obsérvanse resoluciónns nas que a prohibición se impón por un raio máis extenso. Un exemplo atópase na Sentenza da Sala do Penal do Tribunal Supremo nº 270/1996, de 26 de marzo, onde a prohibición se estendeu á provincia de Barcelona.

ACTIVIDADES PROPOSTAS

1. Sobre contidos xerais da prohibición de residencia.

As actividades relacionadas con esta prohibición partirán dunha serie de casos prácticos que serán elaborados polo equipo docente. Estas actividades poderán realizarse de maneira individual, en parellas ou en grupos reducidos de tres ou catro persoas. As hipóteses de traballo abarcarán diversos aspectos:

- Hipóteses de traballo onde ostente un papel importante, na adopción da prohibición de residencia, a gravidade dos feitos.
- Feitos nos que albergue especial relevancia a perigosidade que o delincente represente e o seu tratamento por parte dos tribunais.
- Exemplos nos que se desestime a adopción da prohibición de residencia: diversas motivacións xurisprudenciais.

- Supostos nos que se adopten dúas das modalidades de afastamento, sendo unha delas a prohibición de residencia.
- A información recabada será posta en común durante unha das sesións interactivas. Deste xeito, o alumnado poderá:
- Dar a coñecer diversas cuestións prácticas.
 - Avaliar varias alternativas.
 - Desenvolver un pensamento crítico de acordo cos casos obxecto de análise e coas conclusións dos compañeiros e compañeiras.
- Con todo xerárase un debate que entendemos enriquecedor para a formación do estudiantado.

2. Sobre contidos específicos: que se entende por residencia?

O principal problema suscitado en relación a dita prohibición é o de que ha de entenderse por “residencia”. Sendo esta unha das cuestións máis controvertidas, o alumnado deberá facer unha busca de xurisprudencia, co obxecto de:

1. Coñecer as diversas posicións xudiciais existentes sobre a materia.
2. Analizar as posibles definicións que se lle atribúen ao termo “residencia” por parte dos distintos operadores xurídicos.
3. Asumir unha das devanditas posicións e traballar a súa argumentación xurídica.
4. Debater na aula, co resto do estudiantado, sobre as solucións outorgadas polos diferentes tribunais.

AVALIACIÓN

A avaliación global dos coñecementos desta unidade didáctica farase conxuntamente coa das restantes unidades didácticas que compoñen o programa xeral da materia. De conformidade cos criterios de avaliación aprobados, o alumnado realizará un exame final que integrará os contidos teóricos e prácticos da materia de Dereito Penal- Parte Xeral, podendo ser parte deles os contidos desta unidade didáctica.

Asemade, durante as sesións interactivas tamén se fará unha avaliación específica do traballo desenvolvido respecto ás actividades propostas nesta unidade didáctica. Dita avaliación incluírá aspectos como:

- A participación e a implicación de cada estudante dentro do grupo, e a capacidade de argumentación individual.
- A participación na clase interactiva respecto das exposicións dos outros grupos.
- A claridade na exposición dos argumentos da resolución xudicial que o grupo expoña na clase interactiva, e a capacidade do propio grupo de se autoorganizar e acordar un argumento compartido.
- A capacidade de resolución dos casos prácticos plantexados polo equipo docente (xustificación e argumentación xurídica).

BIBLIOGRAFÍA

- CEREZO MIR, JOSÉ (2004): *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Tecnos.
- CÓRDOBA RODA, JUAN; GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2011): *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- DE LAMO RUBIO, JAIME (1997): *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*. Barcelona: Bosch.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO; RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA (2010): *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Experiencia.
- FARALDO CABANA, PATRICIA (2008): *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRACIA MARTÍN, LUIS (2008): *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LLORCA ORTEGA, JOSÉ (2005): *Manual de determinación de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIG, SANTIAGO (2008): *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- MOLINA BLÁZQUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN (2005): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2010): *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (2017): *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (2005): *Comentarios al nuevo Código penal*. Pamplona: Aranzadi.
- SOUTO GARCÍA, EVA MARÍA (2013), “Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 9.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACION JOSÉ (2006): *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Granada: Comares.
- TORRES ROSELL, NÚRIA (2008): “Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género”, en VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULADA (2007): “La regulación de las penas accesoria en el Código Penal de 1995”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 60, fasc. 1.
- (2006) “Las penas accesorias: la regulación de las penas accesorias en el Código penal de 1995”, en *Estudios jurídicos*, nº 2006.
- (2006) “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena: consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 26.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR (1996): *comentarios al Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.



Unha colección orientada a editar materiais docentes de calidade e pensada para apoiar o traballo do profesorado e do alumnado de todas as materias e titulacións da universidade

unidadesdidácticas
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA