

***“EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL
ARTÍCULO 468.2 ESPECIAL REFERENCIA AL
QUEBRANTAMIENTO CONSENTIDO”***



Universidad de Oviedo

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

CURSO: 2015/2016

Alumna: Carla Vaquero Fernández

Tutor/Director: Luis Roca de Agapito

INDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
2. CONCEPTOS BÁSICOS.....	5
2.1. MEDIDAS Y PENAS TUITIVAS DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	5
2.2. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ARTÍCULO 468.2 DEL CÓDIGO PENAL.....	10
2.3. FORMAS DE AUTORIA.....	15
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL QUEBRANTAMIENTO CONSENTIDO.....	17
4. POSICIÓN DEL AGRESOR. VÍAS POSIBLES PARA SU IMPUNIDAD.....	23
4.1. EL ERROR.....	24
4.2. EL ESTADO DE NECESIDAD.....	28
4.3. ATENUANTE ANALÓGICA MUY CUALIFICADA.....	29
5. ESPECIAL SITUACIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. OPCIONES DE UN PRONUNCIAMIENTO A FAVOR DE SU IMPUNIDAD. SU RESPONSABILIDAD PENAL EN EL QUEBRANTAMIENTO.....	31
6. SOLICITUD Y ACUERDO DE CESE DE MEDIDA CAUTELAR.....	39
7. EL INDULTO.....	41
8. CONCURSO DE NORMAS.....	43
9. ENCUENTROS FORTUITOS.....	45
10. BREVE ANÁLISIS DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN DE PROHIBICIÓN DE LAS COMUNICACIONES.....	47
10.1. COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.....	48
10.2. PERSONA INTERPUESTA.....	49
11. CONCLUSIONES.....	51
12. BIBLIOGRAFÍA.....	53

1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad hemos pasado de una situación de invisibilidad, partiendo de una regulación escasa e insuficiente en cuanto a lo que a violencia de género se refiere, a un reconocimiento de este complejo problema con la **Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**.

La meritada Ley tiene su razón de ser, tal y como reza su exposición de motivos, en la complejidad de este problema, ya que *no afecta al ámbito privado, al contrario se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.*

Podemos definir la **Violencia de Género**¹ como aquella forma de violencia que *“constituye una relación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se refuerza a la mujer una situación de subordinación respecto del hombre.”*² La Ley Orgánica 1/2004 establece una definición de éste problema social en su Art. 1, a tenor del cuál la violencia de género consiste en todo acto de violencia física o psicológica *“que como manifestación de la discriminación, la*

¹ Es preciso hacer referencia a la distinción entre el término **“violencia de género”** y **“violencia doméstica”** pues ambos conceptos nos pueden llevar a confusión. Esta distinción fue introducida por la Ley integral de 2004. Se entiende por Violencia de género aquella que se dirige contra la mujer por el sólo hecho de serlo, siendo el Sujeto activo siempre un varón y el Sujeto pasivo siempre una Mujer, mientras que la Violencia Domestica es aquella que se dirige contra los demás miembros del núcleo familiar recogidos en el artículo 173.2 CP. Por tanto, la violencia doméstica es aquella que, en términos generales, se extiende a todo el círculo de personas que pertenecen al mismo núcleo familiar. El sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer, siendo sujeto pasivo cualquiera de los recogidos en el citado precepto.

A este respecto es oportuno mencionar la **LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**, la cual en su disposición final tercera, modifica la LO 1/2004 al considerar a los hijos y menores expuestos a la violencia como víctimas directas de la violencia de género. *“Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.”*

² Definición de Violencia de género dada por la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer de 20 de diciembre de 1993.

situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Para entender el problema que se nos presenta, y a modo ilustrativo, para abordar este tema resulta necesario tener claro las aseveraciones que conlleva la denominada **Perspectiva de la Violencia de Género**, siendo éstas:

- El concepto de género³ y proceso de socialización de los sexos.
- El énfasis de la desigualdad de géneros como causa fundamental de la violencia.
- Subordinación de la mujer respecto del hombre, con un claro origen patriarcal.
- La concepción de que la violencia de género se restringe a la mujer en pareja.
- La valoración de su mayor gravedad.
- La defensa de la agravación de la pena cuando son los hombres los que ejercen la fuerza.

El objeto de este estudio es la violencia de género, concretamente el delito de quebrantamiento y el papel consecuencias que puede desplegar el consentimiento de la víctima. Me parece interesante ofrecer un enfoque acerca de esta realidad, pues de las estadísticas obtenidas del Observatorio contra la Violencia de Género y Doméstica⁴ se refleja una realidad realmente preocupante, pues en el tercer trimestre de 2015 se interpusieron 33.705 denuncias, de las cuales un 73,7 % procede de mujeres españolas. En lo que concierne a los delitos instruidos en esta materia, el **2%** corresponde al **delito de quebrantamiento de penas** y el **3,1 %** supone el total de los casos instruidos

³ **Concepto de género:** IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) adopta el concepto de Género declarando que “ *el género se refiere a los papeles sociales construidos para la mujer y el hombre asentados en base a su sexo y dependen de un particular contexto socioeconómico, político y cultural, y están afectados por otros factores como son la edad, la clase, la raza y la etnia*” En consecuencia entendemos el género como el conjunto de ideas, creencias, representaciones y atribuciones sociales construidas en cada cultura tomando como base la diferencia sexual.

⁴ El **Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género** es un Instrumento de análisis y de actuación creado en el año 2002 que promueve iniciativas y medidas dirigidas a erradicar el problema de la Violencia Doméstica y de Género en el ámbito de la Administración de Justicia.

del delito de **quebrantamiento de medidas cautelares**⁵, de ahí la necesidad de un estudio pormenorizado acerca de este problema.

Con normalidad, la propia situación de la víctima de violencia de género que se decide a denunciar su situación no termina con la citada denuncia y con el inicio del correspondiente proceso judicial contra su agresor. Hay que tener en cuenta y más aún desde el punto de vista de la abogacía que la mujer que se decide a denunciar, está iniciando un procedimiento contra una persona que no le es ajena, el “Agresor”, que es o ha sido su pareja y que la vinculación emocional suele ser notoria y un elemento a tener en cuenta.

En consecuencia, a lo largo de las siguientes páginas intentaremos dar respuesta a las siguientes preguntas: *¿Estamos ante la comisión de un delito de quebrantamiento? ¿Quién ha de responder? ¿Es punible la actuación de la víctima que colabora o consiente en el incumplimiento de dicha prohibición?*

Antes de centrarnos de lleno en el tema que nos atañe, es preciso tener claros los siguientes aspectos:

2.- CONCEPTOS BÁSICOS

2.1.- MEDIDAS Y PENAS TUITIVAS DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Las medidas cautelares penales que protegen a la mujer víctima de violencia de género se encuentran reguladas en los Art. 544 bis LECrim⁶ y en la Ley Integral de 2004, concretamente en los Art.61 y ss.

⁵ Ver datos actualizados a la fecha en <http://observatorioviolencia.org/estadisticas> (Visto 9/1/2016).

⁶ Merece especial interés hacer referencia al párrafo 4º del Art. 544 bis modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre que refleja una mayor tutela por parte de legislador en lo referente al incumplimiento de este tipo de medidas: “*En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar*”.

En primer lugar nos encontramos con la **prohibición de aproximación** a la persona protegida, dicha medida le impide al agresor acercarse a la misma así como a cualquier lugar donde se encuentre, como acercarse a su domicilio, o su lugar de trabajo o cualquier otro que fuera frecuentado por ella. Se fijara una distancia mínima entre el inculpaado y la persona protegida, variando en función del caso concreto, a la luz de las circunstancias concurrentes⁷, así como la posibilidad de que el Juez A Quo **prohíba** al inculpaado **toda clase de comunicación** con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

El Juez también podrá tal y como dispone el Art. 64 de la Ley Integral ordenar la **salida obligatoria** del inculpaado por violencia de género del domicilio en el que hubiere estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo.

En este tipo de procedimientos también el Tribunal podrá acordar la **suspensión** para el inculpaado por violencia de género del **ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho**, respecto de los menores que dependan de él, así como **la suspensión del régimen de visitas**, estancia, relación o comunicación del inculpaado por este tipo de violencia respecto de los menores que dependan de él.

Por último, en cuanto a las medidas cautelares, el Juez tendrá la facultad de **suspender el derecho a la tenencia, porte y uso de armas** al agresor con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente, tal y como dispone el Art. 67 de la Ley 1/2004.

En lo que concierne a los presupuestos para la otorgación de dichas medidas cautelares, el Juez que conozca del asunto deberá tener en cuenta tal y como dispone el Art. 68 de LOMPIVG la **proporcionalidad** y **necesidad** de tales medidas, siempre y

⁷ En este sentido en la **SAP Jaén. Sec. 3ª.160/2011, de 6 de Julio** donde se analiza un supuesto de quebrantamiento de medida cautelar, en la cuál se alza recurso de Apelación en el único extremo referido a la distancia fijada en la prohibición de acercamiento a la víctima, disponiendo a estos efectos que **“No se especifica en dicho precepto penal la distancia mínima de aproximación, por lo que será el Juez A Quo quien, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, fije dicha distancia. No obstante a lo anterior, dicha ponderación debe de realizarse teniendo en cuenta que debe ser el mínimo imprescindible para garantizar la efectividad de esa medida de alejamiento, intentando no limitar o cercenar otros derechos que puedan verse afectados por una distancia desproporcionada”**.

cuando existan **indicios fundados** de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el Art 173.2 CP⁸.

Este tipo de medidas cautelares también se pueden adoptar en el marco de una **Orden de Protección** (Regulación Art 544 ter LECrim, Art 63 LOMPIVG y Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección), dentro de las medidas penales que pueden ser objeto de imposición al presunto agresor⁹.

El otorgamiento de una orden de protección a la víctima supone un paso más en la tutela y protección de estas mujeres, pero hay que tener presente que las medidas que se arbitran legalmente a través de dicha orden, no se otorgan en todos los casos en que se comete por parte del agresor un delito de los contemplados en el citado Art. 544 ter, sino únicamente en aquellos casos en que concurre una **“Situación Objetiva de riesgo para la víctima”**, entendiéndola, como el juicio que se obtendrá tras llevar a cabo el oportuno pronóstico de la peligrosidad del denunciado, teniendo siempre presente la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho, así como todos los datos que consten en las actuaciones de referencia y que puedan ser indicativos de la posibilidad de reincidir en la conducta agresiva¹⁰.

Es la Autoridad Judicial, la cual una vez celebrada la oportuna Audiencia determine y valore si concurren los requisitos suficientes para apreciar la situación

⁸ Art 173.2 CP “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años...*”

⁹ Incluso esta medida ha sido regulado en el marco de la Unión Europea, a través de la **Directiva 2011/99/UE**, sobre la **Orden de Protección Europea** que establece un mecanismo de cooperación judicial en la UE que tiende a garantizar la protección de las víctimas de violencia cuando se desplacen por el territorio de los estados miembros.

¹⁰ A este respecto cabe hacer referencia la **Valoración policial del riesgo** (VPR) que se realiza cuando se tiene conocimiento de un episodio de violencia, en la cual se valoran ciertos indicadores en relación a su intensidad (Violencia física con o sin lesiones, violencia sexual, empleo de armas y objetos contra la víctima, amenazas, incremento o repetición de la violencia, antecedentes penales, abuso de sustancias tóxicas...) siendo estos indicadores los que dan lugar a la determinación del riesgo (Extremo, alto, medio o bajo).

objetiva de riesgo, y en base a ellos determinar la procedencia o no de adoptar la orden de protección.

Centrándonos concretamente en la pena de prohibición de aproximación, los Art.57.2 y 48. 2 CP establecen su imposición como pena accesoria de **carácter obligatorio** vinculada a un pronunciamiento de condena penal¹¹. La adopción de esta pena en Sentencia firme supone **la imposición de prohibición al penado de acercarse a la víctima** y personas designadas por el juez, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos.

Cabe destacar en este extremo las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad¹² promovidas por los tribunales a raíz de la reforma 2003 en los supuestos en los que la víctima ha manifestado expresamente y con plenitud de garantías procesales su deseo y voluntad de que no se imponga la mencionada pena accesoria, pues siendo firme la decisión de mantener o reanudar la dicha relación sentimental, se le va a ver impedido con la imposición automática e inmediata contemplada en los citados preceptos .

Las cuestiones planteadas fueron resueltas al declarar el TC la constitucionalidad del precepto con la **Sentencia 60/2010 de 7 de octubre** que concluye *“La pena cumple*

¹¹ Un pronunciamiento de condena penal de los delitos previstos en el Art 57. 1 CP *“homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”*.

¹² Consideraban los Tribunales que promovieron las Cuestiones de Inconstitucionalidad (Entre otras **494/2006 Sec. 9 AP Barcelona. 3899/2007 Sec. 4ª AP Valladolid y 59256/2007. Sec. 7ª AP de las Palmas**) que existe una lesión a diversos preceptos de Nuestra Carta Magna:

- *El Derecho Fundamental de la libertad ambulatoria y de residencia* contemplado en el Art 17 y 19 CE.
- *El Derecho al Matrimonio* (Art 32 CE).
- *El derecho de cada individuo al libre desarrollo de la personalidad*, regulado en el Art. 10.1CE
- *Art. 24 CE ya que puede dar lugar a un supuesto de indefensión, dado que se le imponen imperativamente medidas que no ha solicitado, y que además las rechaza, por estimarlas perjudiciales para si misma, para sus hijos y para la familia en su conjunto.*
- *Art. 25CE, toda vez que supone una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas suponiendo una desmesura en la utilización del derecho penal. Si bien la prohibición de acercamiento es una pena que tiene un indudable anclaje en fines protectores de la víctima y no puede negarse su eficacia protectora cuando se ejecuta cuidadosamente, lo cierto es que, vista la pluralidad de casos en los que la pena es de obligatoria imposición, en muchos de esos supuestos deviene la prohibición de acercamiento en una pena que en puridad no protege bien jurídico alguno (pues no es necesario el plus de protección a la víctima) y en consecuencia manifiestamente innecesaria.*

una finalidad constitucionalmente legítima por cuanto de manera inmediata o directa es tributaria de la protección de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuáles se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento. Con la pena accesoria del artículo 57 del Código Penal el legislador pretende evitar futuros ataques que se proyectan en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio artículo 57.2 CP(...). Considera el Tribunal que resulta objetivo claro de la norma la creación de un espacio de confianza que garantice el disfrute de los bienes jurídicos tutelados, así como la de evitar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos. En suma, la pena accesoria del artículo 57.2 del Código Penal responde a fines constitucionalmente legítimos, por un lado la protección de bienes jurídicos protegidos sobre los tipos penales sobre los que se proyecta como sanción y por otro, preventivo – asegurativos en orden a evitar futuras transgresiones de los mismo en un círculo especialmente protegido”¹³.

A este respecto, indica VALEIJE ÁLVAREZ I que la búsqueda de los Tribunales de argumentos jurídicos que avalen la irresponsabilidad por el quebrantamiento de autor y víctima, no obedece a un descontento de los órganos judiciales con la necesidad de respuesta penal ante la violencia doméstica en general, sino que responde a que la relación entre las prohibiciones del Art. 48.2 y la imperatividad en su imposición a la que obliga el Art. 57. 2 está resultando perturbadora para la correcta individualización de las penas¹⁴.

Las penas accesorias que se acuerdan por los Órganos Judiciales en este tipo de procedimientos que se encuentran recogidas en el Art. 48 CP son:

1. La privación del derecho de residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito, o aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

¹³ Me parece oportuno mencionar a este respecto la **Circular 6/2011** FGE en cuanto a las resoluciones anteriores a imponerse el carácter obligatorio de la pena accesoria de prohibición de aproximación, que dispone “*Sólo de forma tangencial había pronunciamientos que no discuten la imposición de la pena incluso contra la voluntad de la víctima* (STS 69/2006 de 20 de enero, DE 19-1-2007; de 28-9-2007; 172/2009 de 24 de febrero y 20 de Abril de 2007).

¹⁴ VALEIJE ÁLVAREZ. I “*Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el Art 57.2 CP*” .p 325.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impiden al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.
3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos que sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.
4. Al margen de las penas contempladas en el citado Art 48, en este tipo de procedimientos en los cuáles se llega a una Sentencia condenatoria es práctica habitual de los Tribunales interponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas recogida en el Art. 39e) CP.

Centrándonos ya en el marco normativo en lo que al alejamiento se refiere, aparece recogido en nuestra legislación penal bajo cuatro modalidades distintas: como pena, como medida cautelar, como deber de conducta y como medida de seguridad.

2.2.-EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ARTÍCULO 468.2 CP.

Hasta las reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, el Art. 468 CP establecía de manera general:

" Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 1 año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de 12 a 24 meses en los demás casos".

Mediante la **reforma de 25 de noviembre de 2003** se introduce una previsión especial para aquellos supuestos en el que el quebrantamiento recayera sobre alguna de las prohibiciones del Art. 57.2 CP estableciendo para éstos la posibilidad de imponer

una pena de prisión de 3 meses a un año o con la pena de Trabajos en Beneficio de la comunidad de 90 a 180 días, siendo el tenor literal del Art. 468:

468. 1 *“Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados, con la pena de prisión de 6 meses a 1 año si estuvieran privados de libertad.*

2. *En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantarán 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 3 meses a 1 año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días”.*

El Art. 57.2 también fue reformado en el año 2003 por la Ley Orgánica antes citada, estableciendo la **obligatoriedad** por parte del juez de acordar la aplicación de la pena prevista en el Art. 48.2 cuando los delitos cometidos tuvieran como sujeto pasivo a alguna de las personas protegidas mediante el tipo penal del Art. 173.2 CP.

Con la Ley Integral de diciembre de 2004, llegamos a la regulación vigente, el Art. 40 crea un tipo específico para los supuestos casos de quebrantamiento en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que hace referencia el Art. 173.2 CP. Actualmente el incumplimiento, bien de la medida cautelar, bien de la pena accesoria en lo que a procedimientos de violencia de género se refiere, supone un delito de quebrantamiento tipificado en el Art 468. 2 CP que dispone: *“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 éste Código o una medida cautelar de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2...”*

JIMÉNEZ DÍAZ. M dispone que “dicho tipo específico, previsto en exclusiva para los casos en que el ofendido sea alguna de las personas antes indicadas (sujetos protegidos en el Art. 173.2 CP), sanciona con una pena de seis meses a un año la conducta de quebrantar una pena de las contempladas en el Art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Con esta nueva configuración del Art. 468.2 otorgada por la LO 1/2004, además de eliminar la posibilidad de imponer trabajos

en beneficio de la comunidad, se eleva la pena de prisión mínima a 6 meses, equiparándola a la del quebrantamiento de condena, medida de seguridad etc. en cualquier otro ámbito, cuando el sujeto estuviera privado de libertad. Esta equiparación de penas entre los supuestos mas graves del apartado 1 (quebrantamiento del privado de libertad) y los del apartado 2 (quebrantamiento, con privación de libertad o sin ella, siempre que la pena, medida cautelar o de seguridad haya sido impuesta en procedimiento criminal en el que el ofendido sea uno de los referenciados en el Art. 173.2) resulta criticable puesto que se ha diseñado una misma respuesta punitiva para casos que presentan distinta gravedad. En particular, con la asignación de dicha pena de prisión de seis meses a un año para aquellos supuestos del apartado 2 en los que el sujeto realiza el comportamiento típico de quebrantamiento sin encontrarse privado de libertad (por ejemplo, incumplir una prohibición de alejamiento) *se infringe el principio de proporcionalidad* de las penas que debería haber sido criterio rector en su establecimiento¹⁵.”

No podemos dejar al margen a pesar de no ser concreto estudio en el trabajo que se pretende abordar la reforma operada por la **Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo**, que entro en vigor el pasado 1 de Julio de 2015 y que introduce un **apartado tercero en el Art. 468**: “ *Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubiesen sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento serán castigados con una pena de multa de 6 a 12 meses*”. A este respecto cabe decir que la imposición de un dispositivo electrónico de estas características no es una pena, ni una medida cautelar, tal y como se desprende del propio Art. 48 del CP¹⁶, y en consecuencia y haciendo referencia a las consideraciones de la FGE en su **Circular 6/2011** la conducta en que pueda incurrir un imputado o condenado para hacer ineficaz estos dispositivos, no supone un incumplimiento de la medida o pena, a no ser que, además se acerque a la persona protegida, por lo que solo en este caso, esta última conducta sería constitutiva de un delito de quebrantamiento, mientras que las acciones encaminadas a dejar sin efecto el funcionamiento de dichos dispositivos telemáticos,

¹⁵ JIMÉNEZ DÍAZ. I “*Algunas consideraciones sobre el quebrantamiento inducido o consentido*”. *Dentro del Manual*” La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar” (2009) p. 397-398.

¹⁶ El Art 48 CP en su párrafo cuarto dispone que el juez o Tribunal podrá acordar que su “**Control** se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia tipificado en el Art. 556 CP, cuyo bien jurídico protegido es la eficacia de la función pública, e incluso un delito de daños cuando la acción llevada a cabo consiste en fracturar el brazalete para desprenderse de él, de lo que se desprende la inutilidad de la inclusión de este tipo penal en el delito de quebrantamiento.

El bien jurídico protegido en el citado Art. 468.2 CP es la **Administración de Justicia**, concretamente el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales (Bien jurídico de naturaleza pública y cuya titularidad pertenece al estado). Hay que tener en cuenta y más aún en los supuestos de quebrantamiento en violencia de género que al mismo tiempo se están tutelando los intereses de la parte que se ve protegida por la medida quebrantada. En base a esta afirmación, hay quien defiende que estamos ante un delito específico y diferenciado del delito del Art. 468.1, y es a partir de esta especificidad donde algunos sectores doctrinales afirman, citando a MONTANER FERNÁNDEZ. R que se trata de un delito *pluriofensivo* en el cuál encontramos como bienes jurídicos protegidos tanto a “**la Administración de Justicia**” como “**la indemnidad de la mujer y de otras víctimas de delitos de violencia de género**¹⁷.”

Cabe decir que tras la **LO 7/2015 de 21 de Julio de reforma de la LOPJ**, Se atribuyen más **competencias a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer**, entre las cuáles se añade el apartado **g) al Art. 87 ter** que dispone que los JVM conocerán de “*la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.*”

¹⁷ MONTANER FERNÁNDEZ. R “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia de género. *¿Responsabilidad penal de la Mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?*”. Contenido en Indet. Revista para el análisis del Derecho N° 4, Octubre 2007. Pág. 9-10.

De esta reforma se puede deducir la voluntad del legislador de dotar al tipo específico del delito de quebrantamiento de más argumentos para quienes defienden este tipo penal como pluriofensivo.

Resulta necesario realizar un breve análisis acerca de los elementos que constituyen éste tipo penal:

A) Un *elemento objetivo* del tipo del injusto, que supone el incumpliendo de la pena impuesta y que viene entendido como el acto material y real de aproximarse o comunicarse con la víctima en los supuestos en los que existe una prohibición real.

B) Un *elemento normativo*, en definitiva la existencia de una decisión judicial firme, adoptada por Juez competente.

C) Un *elemento subjetivo*, constituido por la voluntad y la conciencia de quebrantar, hay que tener en cuenta que lo que exige el dolo del delito es la voluntad de no cumplir la condena en la forma en que establece el mandato judicial. La doctrina entiende que el dolo en este tipo de delito de quebrantamiento debe interpretarse como *“la voluntad de sustraerse definitivamente de la pena o medida impuesta frustrando de esta forma su efectividad”*. En estos términos la SAP Oviedo 43/2007 en la cual se absuelve al reo en lo que concierne al delito de quebrantamiento en la modalidad de medida cautelar, en la cual tras analizar todos los elementos del tipo, llega a la conclusión de que no concurre el elemento subjetivo del delito, al entender éste como *“el conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y la conciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna.”*

Cabe mencionar que el referido ilícito se trata de un **delito simple o de mera actividad**, y no de resultado, que se consuma cuando consciente y voluntariamente se incumple tal medida, con absoluta independencia de la finalidad que persigue el autor o del propósito específico que le guíase, ya que no es exigible la concurrencia de un dolo específico, siendo suficiente con que concurra el dolo genérico de saber lo que se hace

y actuar conforme a dicho conocimiento tal y como viene disponiendo la **SAP Navarra 107/2010 de 29 de Junio**.

2.3.-FORMAS DE AUTORIA.

Nuestro Código Penal actual distingue claramente entre quienes son autores y los que son tratados como tales a efectos penales.

Es importante, a efectos de llegar a una conclusión clara sobre el tema que se pretende abordar, tener claro el régimen de autoría y participación en el sistema penal español, concretamente de las figuras del **autor, inductor y cooperador necesario**.

CEREZO MIR. J¹⁸ distingue en términos generales cuatro conceptos de Autor:

- **Concepto restringido u objetivo formal:** Según esta teoría autor es el que realiza la acción típica o alguno de sus elementos.

- **Concepto extensivo de autor:** Autor es todo aquel que coopera en la comisión del delito poniendo una condición para su comisión, pero siempre que no esté comprendido en alguna de las categorías de participación expresamente reguladas en el código penal. Se trata de un concepto residual de autoría. Sería autor quien coopere causalmente a la comisión del delito siempre que no sea inductor, cooperador necesario o cómplice.

- **Concepto subjetivo de autor.** Según este concepto, en el plano objetivo no pueden establecerse diferencias entre las contribuciones en de los distintos intervinientes en el delito, pues todos ellos han colocado una condición para la producción del resultado. La diferencia entre las distintas aportaciones al hecho tiene que estar, por tanto, en el plano subjetivo. Así, será autor el que quiere el hecho como propio, como su obra, el que actúa con *animus auctoris*. En cambio será participe aquel codelincuente que actúe con *animus socii*, es decir, el que quiere el hecho como un hecho ajeno, en interés de otra persona, el que actúa con ánimo de ayudar.

¹⁸ CEREZO MIR. J en “*lecciones de Derecho Penal. Parte general*” Ed. UNED. (p. 182-188).

- **Concepto finalista de autor:** Según este concepto, autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. Según WELZEL *“Autor es sólo aquel que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico, tiene el dominio de la realización del tipo”*. *“Siguiendo éste concepto, el autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer; el partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el propio autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo.”*

El Código Penal, en su Libro I, Título II, y siendo más concretos el Art.28 de dicho cuerpo legal, establece el concepto de autor:

“Son autores quienes realicen el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento.

También serán considerados autores:

- a. Los que induzcan directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b. Los que cooperen a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

De lo expuesto puede deducirse que el Art. 28 emplea la terminología **“Autor”** en dos sentidos:

1. **En sentido estricto:** el Art. 28.1 CP hace referencia a quienes realizan el hecho delictivo como propio. En el caso concreto en el tema a analizar el autor propiamente dicho del delito de quebrantamiento, sería la persona sobre la cual pesa la Orden de alejamiento, en definitiva, el agresor.
2. **En sentido amplio:** el Art. 28.2 CP hace referencia a los denominados inductores y cooperadores necesarios. En términos generales el hecho es tan importante que el legislador en estos casos ha decidido castigarlos con las mismas penas que corresponden al autor en sentido estricto. En definitiva, los inductores y los cooperadores necesarios no son autores, pero se les da el mismo tratamiento penal que a estos.

En base al régimen de autoría analizado, parece lógico llegar en un primer momento a la conclusión, de que el agresor sería responsable en concepto de Autor, mientras que la mujer que consiente podría ser considerada como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento.

Ahora bien, siempre hay que tener en cuenta que estamos ante un supuesto de quebrantamiento del Art. 468.2, y en definitiva, las distintas formas de autoría a la hora de afirmar una posible participación de la mujer, han de ser miradas y tratadas desde la *Óptica de la Violencia de Género*, ya que se han de tener siempre presentes las razones por las cuales la mujer consiente, y los motivos que pueden dar lugar a ese consentimiento.

3.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL QUEBRANTAMIENTO CONSENTIDO DE LA ORDEN DE ALEJAMIENTO

Para analizar este tema, es preciso en primer lugar hacer referencia a la jurisprudencia más relevante en esta materia, pues la disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales así lo requiere.

Con **anterioridad** a la *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005* se estimaba que el consentimiento de la víctima era irrelevante en lo referente a la consideración de la perpetración del delito de quebrantamiento, tanto si nos encontramos ante una medida cautelar o ante una pena accesoria propiamente dicha¹⁹ manteniendo con ello una cierta uniformidad.

La **STS de 26 de septiembre de 2005** supone un cambio de orientación en el sentido seguido hasta ese momento y establece una respuesta negativa a las preguntas

¹⁹ Entre otras la **STS de 16 de mayo de 2003** en la cual el recurrente alega una aplicación indebida a los hechos probados del Art. 468, toda vez que habían mantenido la convivencia incumpliendo la medida cautelar impuesta desde el primer momento. El Tribunal desestima dicho motivo casacional en virtud del siguiente argumento: *“hemos de decir que la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el Art. 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos, aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias concurrentes en cada caso”*.

anteriores, es decir: Cuando media consentimiento de la víctima el condenado no incurriría en un delito de quebrantamiento del Art.468.2 CP, y menos aún la propia víctima en lo referente a su consideración como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento, en definitiva, esta resolución parte de la ausencia de tipicidad. A estos efectos del tenor literal de la sentencia se extrae:

*“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 recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.*

Por otra parte, esta 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.”

En conclusión, la presente resolución sostiene que el incumplimiento de una pena o medida no puede quedar al arbitrio del condenado, además de señalar que las penas se imponen para ser cumplidas. En contraposición, en la misma sentencia se razona que la efectividad de la medida o pena adoptada depende de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima, toda vez que si la pareja decide reanudar la convivencia y acreditándose fehacientemente la desaparición de las circunstancias que motivaron su adopción, la pena o medida cautelar debe desaparecer, y en consecuencia, quedar extinguida.

Citando a ZULGALDIA ESPINAR. J ²⁰ que denomina a la Jurisprudencia sentada por esta sentencia **“la tesis de la impunidad”** entendiendo que en definitiva se viene a sostener que el tipo objetivo del delito del Art. 468 requiere un elemento no inscrito (implícito) como es el de que la aproximación a la víctima se lleve a cabo contra su voluntad. Este punto de vista – como afirma MONTALBÁN HUERTAS- solo se puede defender si coherentemente se le asigna al delito de quebrantamiento de condena un bien jurídico *disponible*: y aunque llegara a afirmarse que se trata de un delito pluriofensivo en el que el primer y claro lesionado es la Administración de Justicia, aunque también lo es la persona en cuyo beneficio se ha acordado la medida (...) En definitiva, la doctrina sentada por esta sentencia, al otorgarle efectos jurídicos al

²⁰ ZULGALDIA ESPINAR. J “El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima”, dentro del manual “Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal, p. 2012-2013.

consentimiento de la víctima en unos términos tan amplios y absolutos, se compagina mal con el bien jurídico protegido en el artículo 468 CP.

Encontramos ciertas **OBJECIONES** a esta sentencia, a estos efectos cito a SOLÉ RAMÓN. A que entiende que las principales objeciones a la Sentencia de 2005 residen en la rotunda negativa de dejar en manos de la víctima el decidir cuándo estamos ante un delito de quebrantamiento de condena y cuándo no; cosa que ocurriría si, por reanudación de la convivencia y por renuncia a la pena de alejamiento acordada en sentencia dejásemos de estar ante un incumplimiento por parte del agresor de la pena de alejamiento. La vigencia o anulación de la pena 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. Ello conlleva una 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 que de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento a la decisión de un particular. La pena de alejamiento impuesta en sentencia es indisponible por la víctima. En todo caso, corresponde al órgano judicial encargado de la ejecución de la Sentencia decidir si la pena debe ser cumplida o no²¹.

A estos efectos CEREZO MIR. J afirma que el consentimiento sólo puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en que los que el portador del bien jurídico protegido es un individuo, por lo que no puede esgrimir de responsabilidad penal en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales²².

Siguiendo la línea de esta sentencia, nos encontramos resoluciones como la **SAP Guipúzcoa, Sec. 1ª, de 26 de Septiembre de 2006** y la **SAP Soria, Sec., 1ª de 19 de febrero de 2007**), las cuáles consideran que el tipo del **Art. 468.2** , es un delito pluriofensivo porque tal y como expone en FJ 4ª SAP Guipúzcoa “ *tutela dos bienes jurídicos complementarios: Uno de naturaleza institucional , centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia, otro de naturaleza personal,*

²¹ SOLÉ RAMÓN. A “*El consentimiento de la Víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*” Revista de derecho UNED, núm. 6, 2010. p. 454-455.

²² CEREZO MIR. J: Curso de Derecho Penal Español, Parte General. Tomo II, Sexta edición. Ed. Tecnos; Madrid, 2004, p. 326.

ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege” En consecuencia estiman que en estos supuestos, es decir en aquellos casos en los que el incumplimiento de la prohibición tiene lugar mediando el consentimiento de la mujer víctima, los defensores de esta concepción afirman la atipicidad de la conducta pues ésta es materialmente antijurídica y por lo tanto mediando consentimiento de la propia víctima no podemos afirmar que se haya lesionado “ el bien jurídico que constituye el fin último de la norma punitiva (la seguridad y la tranquilidad de la víctima).”

Con posterioridad a esta Sentencia de 26 de septiembre de 2005, el Tribunal Supremo sigue pronunciándose acerca de esta materia. A este respecto podemos destacar los siguientes pronunciamientos:

La **STS 66/2006, de 20 de enero** parece asumir la doctrina de la Sentencia de 2005 pero por la vía del error invencible de tipo, *“Sólo 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...”*

Especial mención merece de la **STS 775/2007 de 28 de Septiembre**, la cual hace referencia a la importancia de **diferenciar según se trate del cumplimiento de medida cautelar o pena accesoria** impuesta, hay que tener en cuenta que aunque ambos pronunciamientos judiciales se contemplan en el tipo del artículo 468.2 CP su naturaleza, finalidad y disponibilidad por parte de la víctima son esencialmente distintos según se trate de una u otra aclarando el ámbito de aplicación de la Sentencia de 26 de septiembre de 2005 restringiéndolo al supuesto de quebrantamiento de medida cautelar. En definitiva aborda la cuestión desde un punto de vista intermedio, flexibilizando el tema tal y como entiende ZULGALDIA ESPINAR. J ya que da entrada hasta donde parece admisible (ámbito de las medidas cautelares acordadas en fase de instrucción), a la voluntad de la víctima y negándosela allí donde ya no parece admisible (ámbito de la pena estatal impuesta en sentencia firme, consagrando la denominada **“Teoría de la distinción”²³.**”

²³ZULGALDIA ESPINAR. J “El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación...” cit., p. 2015.

Por último y en cuanto a la punibilidad por parte del agresor, la evolución jurisprudencial en esta material culmina con el ***Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*** en el cual se llega al siguiente acuerdo “ *El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código Penal*” Este acuerdo consagra el criterio de la punibilidad a estos efectos, ya se trate del incumplimiento de la orden de alejamiento como medida cautelar o de pena accesoria impuesta en Sentencia firme.²⁴

En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado²⁵ entendiendo que la medida cautelar es indisponible para víctima, la cual, si se pretende dejar sin efecto, deberá en todo caso realizar alguna actividad ante el juzgado manifestando su voluntad de que la protección quede sin efecto y explicando los motivos para que el Juez y el Fiscal puedan valorar la oportunidad de que se mantenga o se deje sin efecto dicha medida cautelar.

Partiendo, ahora sí de la irrelevancia del consentimiento de la víctima me parece oportuno mencionar la **STS 10/ 2007 de 19 de enero** que establece las siguientes razones por las cuáles el consentimiento debe reputarse irrelevante:

1. *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.*

2. *El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio.*

3. *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.*

²⁴ Sobre esta cuestión se pronuncia posteriormente el Tribunal Supremo en **ST 95/2010 de 12 de febrero** **ST 14/2010, de 28 de enero** en las que aplica en Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de noviembre de 2008 conforme al que “ *El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 CP.*”

²⁵ Circular de la Fiscalía general del estado **2/2004**.

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

De este análisis de la Jurisprudencia de los últimos años en atención al tema que nos ocupa, pasamos de una Sentencia como la del año 2005 en la cual se daba una notoria relevancia al consentimiento de la víctima, a la situación actual en la cuál a efectos del delito de quebrantamiento, el consentimiento es prácticamente irrelevante.

Por ultimo, en lo referente al análisis jurisprudencial no podemos obviar la **STS 61/2010 de 28 de enero** que viene declarando que *“El problema no obstante 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 en el pleno no deba ser atendida 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.”*

Por tanto, y en base a lo expuesto, las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas o suprimidas por el Órgano Judicial que las ha dictado y no por las personas afectadas por las mismas, no siendo un hecho determinante para ello la mera voluntad de las partes.

4.-POSICIÓN DEL AGRESOR. VÍAS POSIBLES PARA SU IMPUNIDAD

Partimos de la base de que la orden de alejamiento es impuesta al agresor y en consecuencia es él el que ha de cumplirla, medie o no consentimiento de la víctima.

Imaginemos que ambos miembros de la pareja deciden voluntariamente reanudar la convivencia mediando dicha orden de alejamiento, bien como pena, bien

como medida cautelar. Queda claro a raíz del acuerdo del **Pleno no Jurisdiccional de noviembre de 2008** la irrelevancia de este consentimiento a efectos del delito del artículo 468.2 CP, y en un principio el agresor sería responsable en concepto de autor del delito tipificado en dicho artículo. A modo de resumen, antes de centrarnos en las vías posibles para declarar la impunidad del quebrantador, cabe mencionar de nuevo los argumentos en los que se basa el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional mencionado y las sentencias posteriores para declarar tal responsabilidad:

- El bien jurídico protegido es el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, y en consecuencia las resoluciones judiciales deben cumplirse en sus estrictos términos.
- Se dan todos y cada uno de los elementos del tipo normativo.
- En el ámbito subjetivo se requiere un dolo consistente en la voluntad de sustraerse definitivamente de la pena o medida impuesta, frustrando de esta forma su efectividad.
- El tipo objetivo del Art 468CP no contiene mención alguna sobre la ausencia de consentimiento de la víctima a efectos de influir en su relevancia típica.
- Otorgar relevancia típica al consentimiento de la mujer víctima de violencia de género, pondrá en manos de ésta una potente arma que podría utilizar a su antojo en términos no admisibles por el Ordenamiento jurídico.
- Nuestra legislación penal no recoge como causa de extinción de la pena el perdón de la víctima ni el consentimiento de ésta a reanudar la convivencia con la persona a la cual se le impuso el alejamiento.

4.1.- EL ERROR.

Ahora bien, desde un punto de vista práctico y desde una perspectiva profesional, a la hora de buscar la exención de responsabilidad desde el punto de vista del agresor, hay que tener en cuenta que el consentimiento de la víctima en ciertos casos puede *generarle una percepción errónea sobre la obligatoriedad de una medida cautelar o*

pena de alejamiento que tiene impuesta, lo que puede dar lugar a la denominada figura del **error**, ya sea de tipo o de prohibición en virtud de las circunstancias concurrentes.

En primer lugar, es preciso hacer referencia a la figura del **error de tipo** regulado en el Art. 14.1²⁶ CP en el cuál el autor cree que la medida cautelar o pena de alejamiento no están vigentes desde el momento en que la víctima consiente, en este caso, la ignorancia se refiere a uno de los elementos objetivos del tipo, es decir la vigencia de la prohibición.

Por otro lado, podríamos encontrarnos ante el denominado **error de prohibición** regulado en el Art. 14.3²⁷ CP cuando el sujeto infractor sabe que concurren todos los elementos de la vertiente objetiva, es decir el incumplimiento de una orden de alejamiento vigente, pero actúa en la creencia de que el consentimiento de la persona protegida determina la falta de obligación de cumplir dicha Orden, en consecuencia el quebrantamiento no sería ilícito debido a la voluntad de la persona protegida.

En ambas figuras se diferencia entre el **error vencible** y el **error invencible**, ambos con distintas consecuencias penales. La apreciación del error invencible conduce a que la conducta no se sancione, independientemente de si se aplica el error de tipo o el error de prohibición. La diferencia en su aplicación la encontramos en el error vencible, que se pena según el tipo de error apreciado.

En primer lugar, el error de prohibición se castigará con una pena que se encuentre dentro del grado inferior a la estipulada para el delito que se trate, mientras que el error de tipo se castigará conforme a la pena establecida para ese delito cometido por imprudencia. A estos efectos hay que tener en cuenta que no se encuentra tipificado en nuestro Código Penal el delito de quebrantamiento de condena cometido por imprudencia, y en este caso, si se califica el error como de tipo no sería punible, por lo que el consentimiento seguiría siendo causa susceptible de tenerse en cuenta para que la conducta resultara impune, todo ello teniendo siempre presente que la existencia de

²⁶ Art 14.1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

²⁷ Art 14.3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

error lo ha de probar la parte que lo alega tal y como recuerda la STS 737/ 2007 de 13 de Septiembre, con cita de la STS 687/1996, de 11 de octubre *“el error o la creencia equivocada no solo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente.”*

Ambas figuras, son usadas por parte de las defensas para exonerar de responsabilidad criminal a sus clientes a pesar de que la jurisprudencia es tendente a excluir su aplicación²⁸. En esta línea, parte de la doctrina entre la que encontramos a SANTOS DÍAZ. L.²⁹ entiende que *“dicho sujeto no sólo ha recibido información del Órgano Judicial que le ha impuesto la prohibición, sino que además, cuenta con una asistencia jurídica imperativa que le ha podido prestar el asesoramiento jurídico pertinente, con lo cual se hace difícil la posibilidad de admitir un desconocimiento que ampare dicho error, y más aún en su condición de invencible.”*³⁰

²⁸ La SAP Madrid, sec. 27.^a, de 14-1-2011, n.º 12/2011 dispone *“ En modo alguno podría sustentar el error que se alega, al conocer perfectamente el acusado que le estaba prohibido acercarse a menos de 300 metros a su pareja domicilio o trabajo, mediante la notificación del auto personalmente y el requerimiento del juzgado de Violencia n.º 4 de Madrid, quedando enterado de las consecuencias que su incumplimiento le podría acarrear; sin que pueda quedar al mero arbitrio de las partes el cumplimiento de las resoluciones judiciales, que solo pueden ser modificadas ,alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces o 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 equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de los mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre el mantenimiento o derogación, que sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado.”*

²⁹ SANTOS DÍAZ. L en su artículo *“El Quebrantamiento de la condena prohibición de aproximación: Valor del consentimiento de la Víctima”* Contenido en la Revista Aranzadi de Derecho y proceso Penal N.º 21, 2009. p. 81-108.

³⁰ SAP Barcelona. sec. 20.^a 1189/2010 de 2 de noviembre. En este supuesto la sentencia de Instancia condena al recurrente como Autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, alzándose su representación procesal alegando una aplicación indebida del Art. 468.2 a tenor del consentimiento de la persona protegida por la orden de protección, concretamente por concurrir un error de prohibición invencible. La meritada Sentencia tras hacer un análisis jurisprudencial acerca de la relevancia del consentimiento de la víctima en el mencionado delito de quebrantamiento viene disponiendo que *“acreditado el conocimiento de la medida de prohibición de acercamiento y acreditado el incumplimiento voluntario se colman las exigencias del tipo, debiendo en otro caso el acusado demostrar, por ejemplo, la concurrencia de una causa de justificación, o de exclusión de la culpabilidad, concurrencia de error, caso fortuito, fuerza mayor, etc., o incluso que nos podamos encontrar ante un supuesto de delito provocado.*

En efecto, por más que haya existido el consentimiento de la persona protegida por la orden de prohibición de acercamiento, el artículo es indisponible por las partes, y estando plenamente vigente la medida y teniendo el acusado plenamente conocimiento de ello, y de que con sus actos incumplía lo establecido en la resolución judicial que fue acordada, - le habría bastado para comprobar si su creencia

Cabe mencionar la **SAP Burgos, Sec. 1ª 321/2012 de 28 de junio**, en la cuál se resuelve un recurso de apelación referente a un ciudadano extranjero con muy vago conocimiento del idioma , sosteniendo el recurrente que no concurren los requisitos del delito de quebrantamiento por el que fue condenado, debido a la existencia de un **error de prohibición invencible**, señalando el Tribunal a este respecto que *“La Premisa necesaria, por tanto, para que pueda formularse un juicio de antijuridicidad de la acción es que, **no solo el interesado tenga conocimiento, mediante su notificación fehaciente, de la sentencia o resolución firme en cuya virtud se le impone una pena o medida, sino también que exista constancia en las actuaciones de que dicho destinatario conoce el tiempo y modo en que debe cumplir tales penas o medidas.**”*

En el caso concreto se demostró la existencia de todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo penal, al quedar acreditados por la prueba practicada. A pesar de ser desestimado el recurso interpuesto, la Sec. 1ª hace un análisis exhaustivo del citado Art. 14 CP disponiendo que *“Dicho precepto ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, señalando, entre otras, en **sentencia de fecha 2 de Octubre de 2.007**, que el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia.*

*Pues bien como señala la sentencia de esta **Sala 181/07 de 7 de Marzo**, remitiéndose a las **sentencias núm. 865/05 de 24 de Junio y 1.141/97 de 14 de Noviembre**, constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal*

era cierta, acudir al Juzgado para informarse o pedir asesoramiento legal a través de su letrado- no cabe duda que los hechos declarados probados culminaron en un delito de quebrantamiento de condena, del Art 468.”

*contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), **la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible.***”

4.2- EL ESTADO DE NECESIDAD.

En el tema que nos ocupa, y en torno a la exculpación del agresor, podemos tratar de subsumir el delito de quebrantamiento en una causa de justificación, concretamente en el denominado **“Estado de Necesidad”** regulado en el Art. 20. 5 del CP.

Los requisitos para apreciar esta causa de justificación según el citado artículo son:

- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Las defensas, en lo referente al estado de necesidad suelen ir orientadas hacia aspectos tales como el cuidado de los hijos menores, acompañar a éstos al colegio, necesidad de tener una vivienda...³¹

Me parece oportuno analizar el primer requisito, pues es a mi juicio el que más problemas puede causarnos en la práctica profesional, para ello me resulta imprescindible mencionar la **polémica SAP Jaén. Sec. 2^a de 11 de marzo de 2014**, sentencia ratificada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia en la cual se

³¹ **SAP Ourense, Sec. 2^o, de 16 enero de 2014, SAP Alicante, Sec. 1^a de 24 de octubre de 2013 y SAP Madrid Sec. 17^a, de 10 de marzo de 2011.**

exime al acusado³², y para ello cito a PÉREZ DE LA OSA. A en lo referente al requisito consistente en que “**el mal causado no sea mayor que el que se quiere evitar**” sosteniendo a tal efecto que “*en un periodo tan largo de convivencia entre dos personas con una orden de alejamiento vigente, entiendo que, llegado el momento, el mal causado es mayor, pues hay un peligro serio de lesiones, tanto físicas como psíquicas, a la esposa en cuyo favor se ha establecido la protección. Aunque el bien jurídico dañado en el quebrantamiento de condena no es en sí la integridad de la víctima sino el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, creo que si la Justicia administrada en el caso es la protección a una víctima de violencia de género, el mal causado también es la desprotección de la víctima y, ciertamente durante 7 meses de convivencia, haya ocurrido o no ningún incidente entre la pareja, la víctima se ha encontrado desprotegida en todo momento*”³³.

4.3.- ATENUANTE ANALÓGICA MUY CUALIFICADA

Por último, resulta necesario mencionar desde el punto de vista práctico la posibilidad por parte de las defensas de solicitar de manera subsidiaria la aplicación de una **atenuante analógica muy cualificada** por la provocación o consentimiento de la Víctima. El capítulo III, del Libro I del actual CP regula las **circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal**, concretamente en **apartado 7º del Art 21** se recoge la circunstancia atenuante analógica, disponiendo “*Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.*”

En líneas generales, para que una circunstancia pueda ser considerada como atenuante analógica, y tal y como expone la **STS 104/2011** “*ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel*

³² La Fundamentación Jurídica de la meritada Sentencia en lo referente a la justificación de la aplicación del estado de necesidad se centra en que el acusado tenía 78 años, se encontraba deteriorado tanto física como psíquicamente y no tenía donde ir. Además tiene en cuenta el consentimiento de la esposa para apreciar un **estado de necesidad “Subjetivo”**.

³³ Cito a PÉREZ DE LA OSSA. A en su artículo “*El estado de necesidad en el Quebrantamiento de la Orden de Alejamiento*”. Ed. Jurídica Sepin. Ver <http://blog.sepin.es/2014/07/estado-de-necesidad-quebrantamiento-orden-alejamiento> (Visto 28/11/2015)

de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.”

Los Tribunales entre ellos **SAP Asturias 80/2012. Rec. 81/2012** entienden que esta línea de defensa debe ser descartada, pues no hay ninguna circunstancia atenuante ni eximente incompleta con la que pueda guardar alguna semejanza morfológica o de sentido, siendo cuestión distinta que se tenga en cuenta las circunstancias peculiares del caso concreto para medir la extensión de la pena a imponer.

Me merece especial atención la **SAP Madrid 65/2012, de 13 de enero**³⁴ que dispone “ *No obstante, entendemos que no podemos juzgar la conducta del acusado olvidando el consentimiento de la perjudicada para seguir relacionándose, viéndose y conviviendo con el acusado cuando lo considere conveniente. Ello desde luego sí puede ser tenido en cuenta en aras a determinar la respuesta punitiva que ha de darse a la conducta merecedora de sanción penal.*

*Así, tal y como ha venido señalando esta Sección en diversas sentencias (14.01.08, 05.11.08 en las que fue Ponente D. ^a Manuela Carmena Caserillo, o la Sentencia 20.09.10 en la que fue ponente D. ^a Rosa Brovia Varona), no existe actualmente en el Código Penal ninguna atenuante aplicable en atención a la provocación o consentimiento de la persona protegida. Pero, **teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, como el consentimiento de la víctima, la retirada de las denuncias formuladas contra el acusado, la reanudación de la relación sentimental de la pareja y la lejanía existente entre los hechos que motivaron su condena por delito de maltrato familiar por el que le fue impuesta la prohibición quebrantada (junio de dos mil cinco) y la fecha del quebrantamiento por el que ha sido enjuiciado en la presente causa (01.09.09), estimamos que el acusado no merece la pena señalada al quebrantamiento de condena prevista en el Art. 468.2 del Código Penal, debiendo ser apreciada una atenuante analógica muy cualificada, conforme a lo dispuesto en el Art. 21.7.^a del Código Penal en relación con aquéllas otras atenuantes***

³⁴ En los mismos términos, **SAP Madrid. sec. 17^a de 8 de Julio de 2011.**

recogidas en el mismo Art. 21 que contemplan hechos o impulsos exteriores que inciden en la conducta del sujeto limitando su responsabilidad. En este sentido vinculamos esta atenuante analógica de provocación o consentimiento del incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima a aquéllas que contempla el n.º 1.º del Art. 21 del Código Penal que pudieran tener una génesis similar (hechos exteriores e influyentes en la conducta del agente) a las atenuantes analógicas relacionadas con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad.

En consecuencia, al apreciar la atenuante comentada como muy cualificada, en aplicación del artículo 66.2³⁵ del Código Penal, procede reducir la pena en un grado, imponiendo al acusado la pena de cuatro meses de prisión.”

Por lo tanto, si seguimos esta línea de defensa, no lograremos la exculpación, pero podremos obtener una Sentencia en términos más beneficiosos para nuestro cliente.

5.- ESPECIAL SITUACIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. OPCIONES DE UN PRONUNCIAMIENTO A FAVOR DE SU IMPUNIDAD. SU RESPONSABILIDAD PENAL EN EL QUEBRANTAMIENTO

De lo expuesto hasta el momento y de la teoría de la autoría y participación en el Derecho Penal Español, resulta natural pensar en un primer momento que la mujer víctima de violencia de género que *coopera* y *consiente* en la reanudación de la convivencia podría ser considerada como **inductora** o **cooperadora necesaria** de un delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena accesoria, pero la responsabilidad penal de la mujer que quebranta no siempre será declarada. La Doctrina y la Jurisprudencia no son unánimes en lo referente a la punición de la víctima en estos supuestos.

³⁵ Art. 66.2 “Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

Llegados a este punto, en un primer momento a mi juicio me parece acertado reiterar lo dispuesto en la Sentencia de Septiembre de 2005 que dispone respecto a la consideración de la víctima que coopera o consiente en dicho quebrantamiento que condenarla como autora por inducción o cooperación necesaria del delito de quebrantamiento *“produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar.”*

En cuanto a la punibilidad de la víctima, nos encontramos dos corrientes tanto doctrinales como jurisprudenciales.

1. Argumentos favor de la Punibilidad de la mujer

Los argumentos a favor de la punibilidad de la mujer como cooperadora necesaria, se centran básicamente en que la mujer es conocedora de la orden de alejamiento y con su consentimiento ayuda a su agresor con actos indispensables para que quebrante.

En cuanto a su punibilidad en calidad de inductora, los motivos se basan en que la persona en cuyo favor se otorga la citada orden de alejamiento lleva a cabo una influencia de tal entidad, dotada de las características pertinentes (dolosa, directa y eficaz) que acaba dando lugar a la realización de la conducta típica por el agresor.

Cabe señalar que el delito del Art 468.2, citando a JAVATO MARTÍN. A es un delito de posición, pudiendo ser sujetos activos aquellos que se encuentren en una posición idónea para lesionar el bien jurídico³⁶, por lo que podemos deducir de éste segundo apartado, en palabras de RICONDO GARCÍA.S que *lege data*, no existe obstáculo dogmático para que la propia beneficiaria de la protección pueda incurrir en responsabilidad penal en calidad de inductora o cooperadora necesaria en el delito de rotura del Art. 468.2 CP³⁷.

³⁶ JAVATO MARTÍN. A *“El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia o doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido de la propia víctima”* Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Ed. Lex Nova, Valladolid (2009) p. 144

³⁷ RICONDO GARCÍA. S en *“Paternalismo y género. Referencia a tres manifestaciones del Ordenamiento Jurídico Español”* Contenido en Indret. Revista para el análisis del Derecho. Enero 2015- p.15

A este respecto LANZAROTE GARCÍA. P entiende que “ *se darían formalmente todos los requisitos necesarios para apreciar ese título de imputación en la mujer que con su decisión de actuar contribuye de forma causalmente decisiva a la comisión por el condenado a la pena o medida de alejamiento de un delito de quebrantamiento de condena, porque con su anuencia y tolerancia al acercamiento judicialmente prohibido colabora materialmente con un acto sin el cual no se hubiera cometido*”³⁸ En mi opinión esta afirmación no es correcta en términos absolutos, pues no en todos los casos el consentimiento es determinante del quebrantamiento, es decir el agresor hubiera obrado de igual manera, se hubiera acercado a la víctima medie o no consentimiento de ésta, por lo que estar a la concreta casuística es a mi entender indispensable. Para afirmar lo expuesto resulta oportuno hacer referencia a la **SAP Zamora 72/2012, de 2 de noviembre**, en la cual se recurre una condena impuesta en primera instancia a ambos miembros de una pareja por el quebrantamiento de una orden de alejamiento a favor de la mujer mediando el consentimiento de ésta. La sentencia referida dispone en este extremo que “ *su posible responsabilidad penal sólo se le puede atribuir si su intervención fue relevante en orden a la consumación del delito de quebrantamiento de condena, lo que se estima que no es así, pues aparte de la naturaleza del delito, limita la posibilidad de aportación causal al hecho del otro, que es el único que puede ser el autor material del delito, su intervención, una vez que el otro se ha aproximado a la víctima, solo pertenece a la fase de agotamiento del delito*”

En primer lugar en la **SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007**, pionera en considerar a la mujer colaboradora necesaria en el mencionado delito de quebrantamiento, se condena a ambos miembros de la pareja en base a la siguiente argumentación: “*En la sentencia apelada se hace el pronunciamiento absolutorio respecto de uno y otro acusados en base a los fundamentos de la sentencia del TS de 26 de septiembre de 2005, pero los fundamentos de la misma no son de aplicación al presente caso, pues en el supuesto de dicha sentencia se trataba de un quebrantamiento de medida cautelar y en el presente caso se trata de un delito de quebrantamiento de condena. La pena impuesta es de cumplimiento obligatorio y no puede quedar su ejecución al arbitrio del condenado ni depender de la voluntad de la*

³⁸ LANZAROTE GARCÍA. P en su artículo “*El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género*” ed. Sepin. Referencia Sepin NET (SP/DOCT/2757)

*persona protegida. Este Tribunal en numerosísimas sentencias, entre otras la de 4 de marzo de 2006 , así lo tiene manifestado y considera que **el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud de indulto parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto** y que este acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja”* Al respecto, comparto la opinión relativa a que se debe de hacer una distinción entre la medida cautelar y la pena. En cambio la argumentación de la meritada sentencia carece de un razonamiento completo en aras a la punición de dicha conducta a la mujer que consiente, ya que son manifiestamente escasas las razones dadas por el Tribunal para afirmar la responsabilidad de la persona en cuyo favor se otorga dicha protección, por un delito que viene siendo calificado como especial propio.

La SAP Barcelona (Sección 20ª) de 4 febrero de 2009 tiene en consideración para determinar la punibilidad de la mujer, el conocimiento que tiene de la orden de alejamiento mediante la notificación de la misma a la persona protegida, disponiendo la misma a tales efectos que *“partiendo del encuentro voluntario, lo decisivo para calificar la acción de Ana, como autora del delito del Art. 468,2 del CP, o más correctamente como cooperadora necesaria conforme a lo dispuesto en el Art. 28, segundo párrafo b) -figura asimilada a la autoría- es la acreditación de su conocimiento, es decir que **conocía no solo la existencia de la prohibición de aproximación, sino también su alcance y tiempo de duración, que solo puede acreditarse fehacientemente mediante la prueba de la notificación de la resolución a la persona protegida por la orden Actuando con ese conocimiento y **sabedora de la vigencia de la medida cautelar acudió voluntariamente al encuentro con Mariano, de lo que se desprende el ánimo de incumplir con la resolución judicial.... Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Mariano sin la cual el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el obligado no se hubiera producido.**”***

2. Argumentos en contra de la punibilidad de la mujer

Los defensores de la impunidad de la mujer se centran principalmente en su condición de víctima de violencia de género con las aserciones que ello conlleva, además hay que tener claro que no es la víctima la que tiene limitada su libertad de deambulación, ni restringidos sus derechos de forma alguna, ya que no es ella a quien se le impone dicha prohibición, sino que es precisamente la persona en cuyo favor se otorga.

Especial interés me merece **SAP Pontevedra. Sec. 2^a 145/2011 de 10 de mayo** que acoge como argumento para declarar la inimputabilidad de la mujer, que no es sobre ella sobre quien recae dicha prohibición, además de acoger como hilo argumental la existencia de una causa de justificación, disponiendo a tal efecto que *“En cualquier caso si se aceptara, lo que se dice como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria, concurriría el error invencible de tipo del artículo 14.1 CP. En la medida en que Victoria no era la destinataria de la prohibición por tanto la obligada a su cumplimiento sino la protegida con tal medida, en que no se le ordenó ni requirió para que no permitiera que el obligado se le acercara o para no acercarse ella a él ni fue advertida de consecuencias penales para ella si consentía el acercamiento o lo buscaba ella misma, no podía conocer que con su conducta incurriría en la comisión de delito. La consecuencia conforme a los artículos 14.1 CP es la exclusión de la responsabilidad criminal, por tanto su libre absolución”*

Podemos plantearnos la exoneración penal de la mujer por la vía de la **anormalidad motivacional** bajo la que realiza dicha conducta. En este punto es preciso hacer referencia al Art. 20.1 CP en el cuál, se prevé la exclusión de la responsabilidad criminal para aquellos sujetos que al momento de cometer la infracción penal padezcan cualquier anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria que les impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Otra de las disculpas que ha utilizado la Jurisprudencia para favorecer la falta de responsabilidad de la mujer, ha sido el *Síndrome* de la **Mujer Maltratada**, a éste respecto la **SAP Segovia de 12 de Diciembre de 2007**, desestima el recurso del

Ministerio Fiscal que pretendía la consideración de la mujer como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento en base a que *“inferir la concurrencia en la acusada de un **“síndrome de la mujer maltratada”** resulta de conocimiento hoy casi general y una máxima de experiencia común en los casos de violencia doméstica, además de estar corroborado por los estudios médico-forenses, que este cuadro psicológico presente como características más acusadas —entre otras— la negación del maltrato, la banalización de la conducta del agresor, desculpabilización y un actitud de disculpa de su estado, que suele manifestarse en la retirada de la denuncia, la defensa de su comportamiento y reacciones y la aceptación finalmente del acercamiento, al estar seriamente debilitado el filtro crítico en la valoración de su conducta.”*

Siguiendo ésta argumentación, la pérdida de autoestima por parte la mujer, bajo mi punto de vista, entiendo que ha de ser un factor a tener en cuenta por el Tribunal, y en este extremo me parece relevante mencionar la **STS 61/2010** que viene declarando 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”*

En este extremo me parece interesante mencionar la **SAP Santander de 22 de julio de 2005** en la cuál se argumenta que el consentimiento por parte de la mujer del quebrantamiento es una fase más de esa violencia que sufre, en este caso la condena ha sido motivada por un delito tipificado en el Art 153 CP, sin ser este el único hecho aislado de violencia padecido, ya que con anterioridad, del relato de hechos se desprende que el ahora Apelante le propició una brutal paliza con un palo, llegando la víctima a no solicitar medida de protección alguna y oponiéndose a cualquier tipo de alejamiento. La citada resolución judicial viene disponiendo a estos efectos que *“Tal conducta, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias de 24 de febrero y 4 de marzo de 2005, viene a ser una expresión más del fenómeno de la **violencia de género**, pues la mujer víctima asume el maltrato físico o psicológico como*

parte integrante de una relación afectiva de la que depende y no puede modificar fácilmente aunque, eso sí, actúe siempre en la confianza de que el agresor no reincidirá en la conducta violenta. Este modo de concebir la relación de pareja, asumiendo el papel predominante del más fuerte sobre el más débil y la potestad de aquel para resolver sus conflictos mediante el ejercicio de la violencia sobre esta, constituye precisamente el hecho nuclear que el legislador español ha optado decididamente por erradicar desde la Ley 14/99 reformadora del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta la más reciente Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”

No podemos dejar al margen la postura del Ministerio Fiscal, el cual ya ha tomado una postura ante esta disyuntiva al decidir no promover acusación alguna contra la mujer que consiente, por estimar que no puede afirmarse, en estos casos, ni la autoría por inducción ni la cooperación necesaria, cuando se manifiesta en tal sentido en las conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la mujer del año 2005³⁹:

“1º. Cuando el Fiscal tenga conocimiento en las Diligencias en las que se acordó la medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación, de que el agresor no está cumpliendo la medida de alejamiento o incomunicación adoptada, se deducirá en todo caso, testimonio por si los hechos fueren constitutivos de un delito e quebrantamiento del Art. 468 CP.

En ambos casos, se actuará de la manera referida, aun cuando mediara el consentimiento de la víctima, sin perjuicio de la valoración de los hechos en la instrucción

2 º. En tales casos, es decir, cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del Art. 468 ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a) y b) del artículo 28.2 del CP⁴⁰”

³⁹ Celebrado en Madrid los días 15 y 16 de noviembre. Dichas conclusiones fueron publicadas en la Memoria de la Fiscalía General del estado correspondiente al año 2006.

⁴⁰ Tal conducta no es subsumible es los apartados a) y b) del Art 28.2, en tanto que las formas de participación del delito de quebrantamiento de condena están limitadas a las descritas en el Art 470 CP al disponer “1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluso, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a un año y multa de 12 a 24 meses”

Una razón lógica citando a PERAMATO MARTÍN. T para apoyar la no imputación de cónyuge, pareja o pariente que consiente el incumplimiento de la prohibición por la que se le protege respecto del agresor, es que si su colaboración fuera activa y para ayudar al preso o detenido a evadir la prisión o detención, el juez podría rebajarle la pena de prisión en un grado e, incluso solo castigarle por los daños , intimidación o violencia ejercidas, exonerándole por tanto de la pena a imponer por el delito de quebrantamiento (Art. 470 del CP⁴¹) . Si una persona que ayuda a su cónyuge pareja, ascendiente, descendiente o hermano a huir del centro penitenciario o comisaría en el que se encuentra preso o detenido, puede quedar exonerado de pena por su colaboración en la comisión del delito de quebrantamiento, parece razonable y de sentido común que también pueda quedar exonerada si lo que hace es aceptar contactos con el imputado o condenado a quien se le ha impuesto a la prohibición de acercarse a ella misma y en su propia protección ⁴².

Cabe decir que el tipo penal del Art 470.3 CP, la relación de parentesco tiene un efecto atenuatorio de la responsabilidad penal, en palabras de IÑIGO CORROZA.E, “estas relaciones suponen la existencia de un vínculo formal, pero con un relevante contenido material. El vínculo es formal en cuanto tiene relevancia jurídica, pero también supone la existencia de ciertos elementos propios de este género de vínculos: El afecto, la confianza, la lealtad y la solidaridad que es propia de las relaciones de *parentesco*. En cualquier caso esta dotado de un contenido ético-jurídico singular, complejo y cambiante”. La misma Autora expone que “la diferente capacidad de motivación que presenta un sujeto por actuaciones en las que se ve afectada una persona con la que tiene o ha tenido una especial relación lleva a tratar de “ disculpar” o “ comprender” o “hacerse cargo” de una situación de motivación emocional. Por tanto es lógico que no basta con la exigencia formal de parentesco que ni siquiera se exige en las relaciones conyugales y análogas, sino que tendría que existir un contenido subyacente al mismo, la *afectividad*, entendida no sólo como amor, sino como un concepto mas amplio, que

⁴¹ El Art 470.3 dispone: Si se tratara de alguna de las personas citadas el Art 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan solo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas.

⁴² PERAMATO MARTÍN. T Fiscal Adscrita a la Sala contra la Violencia sobre la Mujer en su Ponencia “*Violencia de género y doméstica. Cuestiones sustantivas ante el Juzgado de Guardia*” (2015) p. 22.

podría incluir el respeto, la solidaridad y la necesidad de protección.⁴³” Por lo que si se puede llegar a exonerar de responsabilidad por el delito de quebrantamiento al particular que proporciona la evasión a un condenado preso o detenido si se trata de una de las personas citadas en el Art. 454 CP, en base a lo expuesto, entiendo que en los supuestos de quebrantamiento del Art 468.2, condenar a la mujer que consiente en dicho ilícito, teniendo en cuenta a mayor abundamiento las especiales características de este tipo penal, **sería manifiestamente desproporcionado**, en tanto que además de la relación de parentesco, la afectividad y respeto que este tipo de mujeres suelen manifestar hacia sus agresores es notoria.

6.- SOLICITUD Y ACUERDO DE CESE DE MEDIDA CAUTELAR

A la hora sin dejar sin efecto la orden de alejamiento, y por lo tanto no llegar a la perpetración del delito de quebrantamiento descrito, es preciso diferenciar ahora sí, si se trata de una medida cautelar o de una Pena propiamente dicha.

En el primero de los casos, estamos ante una medida cautelar restrictiva de derechos, y por tanto, si se modifican las circunstancias que dieron lugar a su imposición, podrá ser revocada con posteridad antes de que se dicte sentencia firme, ya que tal y como dispone el Art. 61 de la Ley Integral, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción. En consecuencia, si se entiende que desaparecieron las causas que motivaron su adopción el Juez deberá pronunciarse sobre si procede su cese en base a su carácter reformable.

En el caso de la imposición de una orden de alejamiento como medida cautelar mediante auto o acordada como contenido de una orden de protección, si se pretende dejar sin efecto, se deberá tramitar una inmediata solicitud y acuerdo del cese de la medida descrita ante el órgano judicial que la acordó. El Juez a la vista de las circunstancias del caso concreto y previo informe del Ministerio Fiscal, acordará el cese de la medida cautelar o denegará tal solicitud. Se habrán de tener en cuenta las

⁴³ IÑIGO CORROZA.E “*Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco*” Contenido en Indet. Revista para el análisis del Derecho. N° 4 (2011) p. 14-15.

especiales características que rodean el caso. En este extremo la **STS de 16 de mayo de 2003**, viene declarando que “ *la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el Art. 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos, aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar.*”

En estos casos, dos son las variables que a mi juicio considero más importantes a analizar a la hora de otorgar el cese de la medida cautelar de alejamiento:

En primer lugar, la situación de riesgo objetivo para la víctima, que no significa otra cosa que la constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física de la víctima, en definitiva el peligro de que la víctima pueda sufrir un nuevo episodio de violencia por parte de su agresor.

En segundo lugar, hemos de tener en cuenta el consentimiento libremente prestado por la mujer, en lo referente a la reanudación de la convivencia y consecuentemente a la hora de interponer la solicitud de cese de la orden de alejamiento. Para considerar que el consentimiento otorgado es válido en relación a este supuesto, éste no ha de incurrir en ninguno de los vicios del Art. 1264 CC. En este punto es importante tener en cuenta las frecuentes coacciones familiares que puede haber detrás de la petición de la víctima. Por lo que el consentimiento prestado ha de ser libre, responsable y unilateral.

Es importante observar si estamos ante una fase más del denominado ciclo de la violencia de género, concretamente en la fase de reconciliación y en consecuencia la actividad tuitiva de la administración de Justicia debe seguir su cauce.

Es necesario ponderar los intereses y protección de la mujer víctima de violencia de género, con el derecho a la libertad libremente autodeterminada. En mi

opinión a la hora de acordar la suspensión de la medida cautelar objeto de estudio, se debe estar al caso concreto valorando las circunstancias que dieron lugar a su imposición y las circunstancias tanto del agresor como de la víctima, así como el cese de las circunstancias que motivaron la medida cautelar.

A pesar de que el Juez o Tribunal apruebe el cese de la orden de alejamiento y su consecuente suspensión, si se vuelven a dar episodios de violencia nada impide la imposición de otra orden de alejamiento.

7.- EL INDULTO

Si nos encontramos ante una orden de alejamiento impuesta como pena accesoria en Sentencia Firme, la solución a esta problemática la podemos encontrar en la solicitud de indulto⁴⁴ entendido éste como una medida de gracia, consistente en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme.

Cabe decir que el indulto es otorgado por el Rey, a propuesta del Ministerio de Justicia, previa deliberación del consejo de ministros.

El indulto viene regulado en el CP en los Arts. 4.4 y 130.1.4º dentro de las causas que extinguen la responsabilidad criminal.

Cabe decir que en los últimos cuatro años no se ha concedido ningún indulto a ningún condenado por violencia de género, concretamente en el tipo delictivo de quebrantamiento, siendo el último indulto en ésta materia en abril de 2010⁴⁵. De la estadística se extrae un dato claro: son escasas las ocasiones en que se otorga el indulto en casos de violencia de género en términos generales, y más aún cuando las relacionamos con el elevado número de solicitudes presentadas.

⁴⁴ La **Ley de Gracia de 18 de Junio de 1970** (*Revisada mediante Ley 11/1998 de 14 de enero*) recoge los requisitos que se exigen para su concesión;

- Existencia de Sentencia Firme
- Que el penado se halle a disposición del Tribunal Sentenciador
- Que no sea reincidente
- Que no se cause perjuicio o daño a tercero
- Siempre de oírse al Fiscal y a la víctima del delito

⁴⁵ Ver <http://www.elindultometro.es/indultos.html> (*Visto 5/12/2015*)

A pesar de la denegación posterior del indulto, si observamos claros indicios de la voluntad de reanudar la convivencia por parte de ambos miembros de la pareja, el Art. 4.4 del Código Penal puede facilitarnos una **solución temporal**:

“Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

*También podrá el Juez o Tribunal **suspender la ejecución de la pena mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria**”*

La **SAP Barcelona. Sec. 20ª de 21 de febrero de 2007**, a mi juicio, recoge la solución mayoritaria de los Tribunales ante esta situación, en la cual se determina que : *“el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la **solicitud del indulto parcial** del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que éste acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja”*.

En la **SAP Madrid 65/2012, de 13 de enero** citada anteriormente, se analiza un supuesto de quebrantamiento, en el cual el consentimiento de la víctima llega al extremo de convivir nuevamente con el agresor, llevando a cabo la vida normal de cualquier pareja, dicha resolución dispone en relación al acuerdo del **Pleno no Jurisdiccional de 2008** que *“dicho acuerdo responde al estricto respeto al **principio de legalidad**, siendo evidente que el legislador ha querido mantener la pena de prohibición de aproximación para determinados delitos, aun cuando se han evidenciado los problemas prácticos que conllevan en muchos casos. Por ello los órganos judiciales han de acatarlo, siendo la única vía legalmente prevista para corregir los supuestos*

concretos en que la rigurosa aplicación de la ley conduzca a condenas inadecuadas, la vía del indulto”⁴⁶

A este respecto SERRANO ESTEBAN. A. entiende que “La resolución que acuerde o deniegue la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto deberá estar motivada por el órgano judicial encargado de la ejecución de la pena impuesta, y será recurrible en reforma ante el mismo órgano judicial y en apelación, ante la Audiencia Provincial correspondiente. Si la decisión sobre la suspensión fuera tomada por una Audiencia Provincial, cabrá recurso de súplica ante la misma. De tratarse de una pena impuesta por un delito de violencia de género será conveniente oír a la víctima, no sólo para ser congruente con lo dispuesto en el Art. 80.2 del CP sino también para averiguar si la concesión del indulto puede ser perjudicial para ella o los hijos en común. Por los mismos motivos en ningún caso se debería indultar las penas accesorias de prohibición de aproximación y/o comunicación”⁴⁷.

8.- CONCURSO DE NORMAS

Las resoluciones de la mayoría de las Audiencias Provinciales⁴⁸ entienden, que en los supuestos en los que con el quebrantamiento estudiado en estas páginas, se perpetra a su vez un delito de amenazas, coacciones o maltrato, no nos encontramos ante un concurso de delitos, sino que estaremos ante un *concurso de normas*⁴⁹. Las circulares de la Fiscalía del Estado en esta materia establecen que el subtipo agravado de los Arts. 153⁵⁰ o 171, 172 y 173, excluye la condena separada por el delito de

⁴⁶ En el mismo sentido la **SAP Barcelona, Sec. 20^a de 21 de febrero de 2007** entiende que “ *El único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud de indulto parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que éste acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja*”

⁴⁷ SERRANO ESTEBAN. A, en su tesis Doctoral “*Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales*” Universidad Complutense de Madrid.

⁴⁸ **SAP Valencia 627/2001, Rec. 400/2011.**

⁴⁹ Circulares de la Fiscalía General del Estado **3/2003** y **4/2004.**

⁵⁰ Nueva redacción dada por **Ley Orgánica 1/2015**. Art 153: El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación de la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así

quebrantamiento del reiterado Art. 468.2 CP. La **Circular 4/2003** de la FGE entendió que los subtipos agravados de los artículos citados excluyen la condena separada de delito del Art. 468.2 al encontrarnos ante un concurso de normas a resolver en virtud del principio de especialidad del Art. 8.1 CP⁵¹.

Nos encontramos ante un concurso de normas y no de delitos, toda vez que esta figura tiene lugar cuando de un mismo supuesto de hecho (quebrantamiento) se ocupan dos o mas preceptos penales (Ej. Art. 468.2 y 171.5) y aparentemente ambos son aplicables aunque solamente uno lo es.

A este respecto y citando de nuevo PERAMATO MARTÍN. T⁵², en la meritada ponencia a la cual me vuelvo a remitir, hace referencia a las jornadas de especialistas del año 2006 en las cuáles se trató de nuevo este tema, en las Conclusiones de eses seminario, aprobadas por la FGE se decantaron de nuevo por el concurso de normas, y así se dijo que *“se considera más correcta, en base a la previsión contemplada en el Art. 8.1 y 8.3 del CP, cuando concurra el quebrantamiento de una pena de Art. 48 CP o de medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, la postura sustentada por la circular 4/2003, con lo que se evita un supuesto de “no bis in idem”.*

De conformidad con la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, la concurrencia de varias circunstancias agravantes específicas del supuesto agravado (comisión del hecho en el domicilio común o de la víctima; cometer el hecho en presencia de menores, utilizando armas, o comisión del hecho quebrantando pena o medida cautelar) no producen otro efecto que el penológico, de concretar la pena a imponer dentro de la mitad superior.”

Procede traer a colación la **STS 613/2009 de 2 de Junio de 2009** que analiza un supuesto de agresión con armas y quebrantando una medida cautelar, señalando que en el supuesto en que concurren varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva

como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

⁵¹ Art 8.1 CP: Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a77, se castigarán observando las reglas siguientes: El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

⁵² PERAMATO MARTÍN. T. Fiscal Adscrita a la Sala contra la Violencia sobre la Mujer en su Ponencia *“Violencia de género y doméstica...”. Cit p. 26-27.*

en el Art. 153, bastará una de ellas para integrar el subtipo y la otra (quebrantamiento de medida) se procederá a su punición de forma separada, la sentencia referida señala que “ *Estaríamos, por tanto, no en un concurso de normas, sino en un supuesto **concurso medial**⁵³, encontrándose ambas infracciones en relación de medio a fin*”.

Llegados a este punto, no podemos sino mencionar las Conclusiones de los Fiscales especialistas en el año 2009 aprobadas por la FGE, Se estableció siguiendo el criterio de la citada Sentencia del TS que “*En el caso de que concurran varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el Art. 153,171 o 174 CP que pudieran constituir un delito independiente, se aplicarán las normas del concurso medial previsto en el artículo 77 C. (Quebrantamiento de condena o medida cautelar, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas).*

Por último a este respecto merece especial atención la **Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015** sobre interpretación de la nueva norma penológica prevista para el concurso medial⁵⁴.

9.-ENCUENTROS FORTUITOS

Podemos afirmar que este tipo de encuentros no dan lugar a responsabilidad, y en consecuencia, ni agresor ni víctima incurrirían en un delito del Art. 468.2, por faltar en estos supuestos un elemento esencial: El dolo, ya que se exige que el incumplimiento de la medida en cuestión sea de forma consciente y voluntaria.

Es preciso tener en cuenta el lugar donde el “**Encuentro fortuito**” tiene lugar, pues tal y como señala la **SAP Guipúzcoa. sec. 1ª de 20 de noviembre de 2014** en la que el recurrente alega que el encuentro fue fortuito, pues no se encontraba dentro del perímetro fijado, pero por la actividad probatoria se llega a la conclusión de que el apelante si se encontraba en las inmediaciones del domicilio de la víctima, extremo que

⁵⁴ La **LO 1/2015** modifica el Art. 77.3 CP, para establecer la nueva penalidad del concurso medial. Se establece literalmente que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el Art. 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

tiñe de intencionalidad la conducta ya que “ *una cosa es encontrarse de forma fortuita a la persona protegida fuera del espacio de protección (en la vía pública, alejada del domicilio, lugar de trabajo u otras zonas delimitadas como de frecuente uso) y otra, muy distinta, es provocar el contacto colocándose en el perímetro más cercano del espacio de protección (a escasos 10/20 metros del domicilio)*”.

En conclusión la labor del profesional de la abogacía en esta clase de supuestos será probar el carácter de “**fortuito**”, es decir se habrá de demostrar la casualidad del encuentro, pues será esta característica la que dé lugar a la exención de responsabilidad penal. Para la prueba de dicho carácter causal, entiendo será relevante el lugar donde se produjo el encuentro, así pues no es lo mismo que este encuentro se produzca por ejemplo en un centro comercial, a que se lleve a cabo en la calle donde tiene el domicilio la víctima.

Otra circunstancia relevante será el comportamiento de los implicados en el momento del encuentro, si se ven y cada uno cambia su dirección o si aprovechan el encuentro fortuito para conversar o tener algún tipo de acercamiento que exceda de los márgenes de lo puramente fortuito, de ahí que podamos encontrarnos con la existencia de un encuentro causal inicial y la concurrencia de dolo sobrevenido, a este respecto la **SAP Gerona de 19 de Junio de 2013** expone que *"el encuentro involuntario o casual de dos personas, una de las cuales está obligada a alejarse de la otra, es un suceso perfectamente posible y que en la realidad ocurre en numerosas ocasiones, dado que la coincidencia fortuita en lugares o espacios comunes no puede extrañar al no permanecer dichas personas conectadas por sistemas electrónicos que le permitan saber a una de ellas donde se encuentra la otra. A partir de esta posibilidad fáctica la Sala ha venido distinguiendo diversos supuestos sobre cuál debe ser la actitud del obligado al alejamiento en esas situaciones azarosas concluyendo que, si es el obligado el que accede al lugar en el que se encuentra el perjudicado, el primero debería marchar de allí tan pronto como se aperciba de la presencia de este último, con el fin de evitar la comisión del delito de quebrantamiento"*.

Por último no podemos obviar en elemento subjetivo del tipo penal referenciado,

toda vez que se trata de un delito eminentemente doloso, para lo que resulta oportuno mencionar la **STS 114/2008** que a este respecto dispone que *“en el Art. 48 CP, relativo a al quebrantamiento de penas en causas por violencia de género no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de una de las penas previstas en el Art. 48”*.

10.-BREVE ANALISIS DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN DE PROHIBICIÓN DE LAS COMUNICACIONES

No podemos pretender ofrecer un análisis de esta materia sin hacer un breve estudio acerca de la orden prohibición de las comunicaciones.

Esta prohibición se recoge como se expuso anteriormente, en el artículo 48 del Código Penal y se impone al igual que la orden de prohibición de aproximación, bien como pena, bien como medida cautelar, teniendo asimismo una naturaleza tuitiva de la víctima. Su consentimiento a efectos legales tiene la misma consideración que la prohibición de aproximación, es decir a partir del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, ninguna, quedando abierto igual que en el caso de la orden de alejamiento la posibilidad de condena o no a la víctima.

En definitiva, cuando dicha prohibición se incumple, se comete un delito del artículo 468.2 CP, por tratarse de conductas que son claramente integradas en el tipo penal.

En el caso de la prohibición de las comunicaciones a diferencia de la prohibición de aproximación y centrándonos en el caso de que sea impuesta como pena accesoria, a modo meramente ilustrativo es preciso señalar que del Art.57 no se desprende la obligatoriedad de su imposición por parte del Juez o Tribunal sentenciador, por lo que deberemos solicitarla si al interés de nuestro cliente conviene.

10.1.- COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

En los últimos tiempos cada vez hay una mayor presencia de las comunicaciones telemáticas mediante Internet, Wasaap y utilización de redes sociales. Cabe decir que estas plataformas de comunicación, son susceptibles de llevar consigo un incremento del quebrantamiento de la orden de prohibición de las comunicaciones, por la facilidad de comunicación que ofrecen en relación con los medios convencionales.

Entiendo, no cabe ninguna duda de la existencia del referido delito de quebrantamiento cuando la comunicación se produce mediante una llamada de teléfono o un sms, pues concurren todos los elementos del tipo delictivo. Ahora bien, imaginemos que la víctima coge el teléfono o incluso es ella misma quien realiza la referida llamada, y volviendo a lo tratado en páginas anteriores ¿Podría ser considerada cooperadora necesaria de dicho quebrantamiento?

Los mayores problemas se dan en la práctica cuando nos encontramos con publicaciones en redes sociales, de las cuáles se extrae una clara intención de comunicar con la víctima, siendo esta **“intención”**, el extremo relevante para apreciar el referido delito de quebrantamiento.

En esa línea se pronuncia la **SAP Cuenca de 17 de diciembre de 2013**, en la que se analiza un supuesto en el cual se abrió por el acusado una cuenta de Twitter y procediendo éste al envío de twits, siguiendo a la denunciante, pese a la vigencia de una medida cautelar de prohibición de comunicación exponiendo que *“ el argumento defensivo expuesto, de que los mensajes colgados en la red, no van dirigidos a nadie, que solo escribe sus sentimientos, por cuanto tras el dictado del auto el hoy apelante, le hizo llegar tres mensajes desde una cuenta cuyo nombre estaba, tal y como recoge la sentencia apelada, destinada a llamar la atención de su ex -pareja por el nombre elegido por el mismo para designar las cuentas por el abiertas, constando además que amen de poner los citados mensajes (exponiendo sus sentimientos) colgó en la red fotografías de la hoy denunciante. Por mucho que manifieste que solo escribía sus sentimientos, ¿qué sentido tiene que abriera las cuentas de twitter con un nombre casi*

idéntico al nombre que comercialmente utiliza su ex pareja? ”. Es oportuno tener en cuenta las alegaciones del recurrente, en tanto manifiesta la inexistencia del quebrantamiento, toda vez que no hubo comunicación alguna. En cambio la argumentación de la meritada Sentencia llega a un fallo condenatorio afirmando que los actos realizados por el apelante se subsumen claramente en el tipo penal de Art 468.2 ya que la cuenta de twitter tal y como expone la sentencia utiliza un nombre muy parecido al del negocio de su ex pareja. “Diseño Loft”, siendo el utilizado por la víctima “Loft & Sofá”, además a mayor abundamiento la actividad de dicha cuenta se ciñe a los citados twits, por lo que la intención de comunicar con la persona protegida es indudable.

En la **SAP Palma de Mallorca de 2 de diciembre de 2014** se examina un supuesto en el que el actor mediando una orden de protección respecto de su ex pareja y con la que entre otras medidas tenía prohibida la comunicación con la misma, comentó una foto subida por su ex pareja a una red social. Dicha resolución dispone que *“El recurrente era plenamente consciente de que con ese comentario infringía la prohibición impuesta en la medida que nos encontramos ante un acto de comunicación. El perfil de Facebook de la víctima, y en general de cualquier usuario de esta red social, es visualizado por ésta, ya que es un contenido privado al que se accede mediante un nombre de usuario y una contraseña, y por el resto de usuarios agregados. En dicho perfil se pueden colgar imágenes u otros soportes audiovisuales para su visualización por todas las personas agregadas al perfil. Por tanto el hecho de que una de estas personas realice un comentario sobre alguna de las fotografías subidas al perfil es evidente que lo realiza con la intención y con el pleno conocimiento de que el comentario será leído por la persona titular del perfil y que es un mensaje inequívocamente dirigido.”* Entiendo que para el Tribunal no existe duda que el contenido propio del comentario y su clara interpretación hacen que sea un acto de comunicación que el condenado tenía prohibido

10.2.- PERSONA INTERPUESTA.

Nos encontramos con una mayor problemática para llegar a una conclusión clara acerca de si se ha producido o no infracción es en los supuestos de comunicación mediante persona interpuesta. Una práctica frecuente la encontramos normalmente en

utilizar a los hijos comunes como conductores de la información que se pretende transmitir.

A este respecto mencionamos la **SAP Zaragoza de 25 de noviembre de 2010** en la cual se condena un supuesto de envío de cartas por persona interpuesta *“ al haberse puesto de manifiesto la comunicación mediante persona interpuesta – la hija- y el conocimiento por su parte de la prohibición de tal comunicación como resulta de la propia misiva enviada. En el asunto examinado en la referida Sentencia, el condenado, mientras estaba cumpliendo condena en prisión envió unas cartas, nominalmente dirigidas a su hija, pero el contenido de las mismas no iba dirigida a la destinataria de las cartas sino a otros dos familiares con las cuáles tenía vigente una orden de prohibición de las comunicaciones.*

Especial interés me merece la **SAP Zamora de 30 de Julio de 2010** que dispone que *“El verbo **"comunicar"**, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, significa, entre otras posibles acepciones, "manifestar o hacer saber a uno alguna cosa", "tratar con alguno de palabra o por escrito", "comunicarse por señas". No requiere, por tanto, que el medio empleado sea directo, basta que el mensaje que se quiere transmitir a otro llegue efectivamente a su destino cualquiera que sea el medio empleado para ello (incluso las señas, siempre que sean inequívocas). La frase cualquier tipo de comunicación...telefónica"; a que se refería el auto de 7 de marzo de 2007 en relación a la prohibición de comunicarse con la víctima es tan amplia y rotunda que no permite interpretaciones alternativas; **abarca tanto la comunicación directa como la indirecta entre la que estaría lógicamente la comunicación telefónica a través de un amigo común, a quien se hace llegar el mensaje, en este caso la advertencia, con el fin de que este se lo transmita a su destinataria, como es el caso de autos en que el acusado se puso en contacto telefónico directo con el amigo de la víctima, a sabiendas de que en el domicilio estaba la víctima, y le dijo la frase amenazante para que la transmitiera a la víctima, quien quedó enterada de la frase amenazante al habérsela transmitido inmediatamente la persona que se puso en contacto directo con el acusado.***

*Bien el acusado se hubiera comunicado telefónicamente directamente con la víctima, bien indirectamente a través de persona interpuesta, **se estaba infringiendo la***

prohibición de comunicarse con la víctima impuesta en el auto firme que estableció las medidas de protección, pues el acusado pretendía desde el inicio de la llamada y lo consiguió, pues el mensaje (amenaza) estaba destinado a la víctima, que la víctima recibiera a través de un tercero la expresión amenazante verbal, consiguiendo, por un lado, infringir la prohibición impuesta en resolución firme y, por otro, amedrentar a la víctima que llamó inmediatamente a la Guardia Civil al sentirse amedrentada.”

11.-CONCLUSIONES

PRIMERA.- Queda claro que el bien jurídico protegido en el tipo penal del quebrantamiento de condena del Art 468.2 es la Administración de Justicia, sin perder de vista la “Perspectiva de la Violencia de género”, pues para ello entiendo se creó este tipo específico, sin llegar a afirmar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo.

SEGUNDA.- Entiendo, en relación a la obligación de la imposición de la prohibición de aproximación recogida en los Art.57.2 y 48.2, que a pesar de haber sido declarada su constitucionalidad por el Alto Tribunal, a mi juicio, tal obligación no responde a la necesidad de una respuesta punitiva firme frente a la violencia de género, ya que se debería ponderar las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, y adoptar, si es necesaria tal prohibición. Éste problema no lo encontramos en el ámbito de la prohibición de las comunicaciones, pues no se establece el carácter automático e imperativo de ésta prohibición, debiendo solicitarlo al Juez a la luz de las circunstancias del caso que se trate.

TERCERA.- Tras analizar la jurisprudencia en relación al quebrantamiento consentido, con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 que dispone “*El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal*”, a este respecto a pesar de la conclusión alcanzada por el pleno considero que las circunstancias de la concreta casuística han de ser tenidas en cuenta, por ello consideré oportuno analizar desde el punto de vista de la impunidad del agresor las figuras del error, el estado de necesidad y la posibilidad de que pueda concurrir una atenuante analógica.

CUARTA.- En lo referente a la posibilidad de la responsabilidad penal de la mujer que consiente o colabora en el quebrantamiento, no tenemos un acuerdo de las mismas características, pero a estos efectos la FGE se ha pronunciado decidiendo no promover acusación alguna contra las mujeres que se encuentran en esta situación. A estos efectos decir nuevamente que a mi juicio considerar a la mujer víctima de violencia de género inductora o cooperadora necesaria del mencionado tipo penal supondría una doble victimización, de una persona, a la que castigaríamos por una conducta realizada a consecuencia de la situación vivida por éste tipo de violencia.

QUINTA.- En lo que concierne a la solicitud y acuerdo de cese de medida cautelar y al indulto, entiendo que dejar sin efecto una Orden de Alejamiento, en cualquiera de sus formas de imposición, a mi juicio supone una merma de la seguridad jurídica respecto de la mujer víctima, hay que tener en cuenta que en casos de violencia de género, el delito de quebrantamiento tiene un tipo especial, de lo que se desprende la voluntad del legislador de proteger de forma autónoma estos intereses. En consecuencia dejar sin efecto una orden de alejamiento supone un atraso en la tuitiva labor legislativa en esta materia.

Para terminar quiero concluir este estudio volviendo a recalcar las peculiaridades que tienen estas víctimas, pues en la mayor parte de las ocasiones ni ellas mismas son conscientes de lo que les ocurre , ya que el agresor utiliza el “ amor “ como un tipo de violencia instrumental, es aquí donde los profesionales de la abogacía que trabajemos con estas mujeres debemos reflejar gran parte de nuestra labor, tratando de que recuperen cierto grado de autonomía personal, para que este tipo de quebrantamientos consentidos a los que he hecho referencia a lo largo de las paginas precedentes disminuyan. En consecuencia me parece extremo indispensable a tener en cuenta a la hora de seguir legislando en esta materia tener siempre presente las especialidades y peculiaridades que estas mujeres presentan.

12.-BIBLIORAFÍA

◆ MANUALES

CEREZO MIR, J “Lecciones de derecho penal, parte general” Ed. UNED. Páginas 182-188.

CEREZO MIR, J “Curso de derecho penal español, parte general”. Tomo II, sexta edición. ed. Tecnos; Madrid, 2004, página 326.

JAVATO MARTÍN. A “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia o doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido de la propia víctima” Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Ed. Lex Nova, Valladolid (2009) página. 144.

JIMÉNEZ DÍAZ. M “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido” En el manual “*La Ley integral: Un estudio multidisciplinar*”.8 coord. Jiménez Díaz Ed. Dykinson. Madrid, 2009, Páginas 399-419.

ZULGALDIA ESPINAR. J “El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima” en el manual -“*constitución, derechos fundamentales y sistema penal, semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás salvador vives Antón*” (coord. Cuerda Arnau. M). ed. Tirant lo Blanch, valencia 2009, páginas 2007-2033.

◆ ARTÍCULOS DOCTRINALES

GONZALO RODRÍGUEZ. M “Quebrantamiento de condena en delitos de violencia de género. Cuestiones prácticas” La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Nº 96-97 septiembre-octubre 2012. Páginas 153-164.

IÑIGO CARROZA. E “Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la responsabilidad de parentesco” Indet. Revista para el análisis del derecho N° 4, octubre 2011. Páginas14-15.

LANZAROTE MARTÍNEZ. R. “el incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género”. Referencia Sepin: sp/doct/2757.

MONTANER FERNÁNDEZ. R “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?” Indet. Revista para el análisis del derecho N° 4, octubre 2007. Página 9-10.

PERAMATO MARTÍN .T Ponencia. “Violencia de género. Cuestiones sustantivas ante el juzgado de guardia” 2015. Página 22.

RAMOS VÁZQUEZ. J “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento” Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, 11,2006, páginas 1227-1236.

RICONDO GARCÍA. S “Paternalismo y género. Referencia a tres manifestaciones del Ordenamiento Jurídico Español” Contenido en Indret. Revista para el análisis del Derecho. Enero 2015- página 15.

SANTOS DÍAZ. L. “el quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima”. Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, N° 21, 2009, paginas 81-108

SOLÉ RAMÓN. A “El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la jurisprudencia del tribunal supremo” revista de derecho UNED, N° 6, 2010, páginas 447- 463.

SERRANO ESTEBAN. A, “Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales” Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid

VALEIJE ÁLVAREZ. I “Penas accesorias, prohibiciones del Art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el Art.57.2 del CP.” 2006. Página 325.

◆ **RECURSOS ADICIONALES**

- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Código Penal
- Legislación de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Bases de datos Jurídicas:
 - CENDOJ
 - WESTLAW-ARANZADI
 - SEPIN