

Trabajo Fin de Grado

La incidencia del consentimiento de la mujer
maltratada en el delito de quebrantamiento de
condena cometido por su agresor

Autor

Cristina Mendieta Serrano

Director

M. Ángeles Martín

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza

2015-2016

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS

II. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO.
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

III. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO. COMENTARIO A LA LO 1/2004

IV. OBLIGATORIEDAD DEL JUEZ DE ACORDAR LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN CUANDO LA VÍCTIMA LO SEA POR VIOLENCIA DE GÉNERO. ARTÍCULO 57.2 EN RELACIÓN CON ARTÍCULO 48.2 DEL CÓDIGO PENAL

V. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. ARTÍCULO 468 DEL CÓDIGO PENAL

1. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO
2. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS
3. DISTINCIÓN ENTRE PENA ACCESORIA, MEDIDA CAUTELAR Y MEDIDA DE SEGURIDAD

VI. EN GENERAL, SOBRE EL TRATO QUE DEBERÍA TENER LA RECONCILIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y SU AGRESOR

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
2. ATIPICIDAD CUANDO LO QUE SE QUEBRANTA ES UNA MEDIDA CAUTELAR
3. EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA POR CONCURRIR UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

4. CONDUCTA NO CULPABLE POR CONCURRENCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

VII. EVOLUCIÓN DE LA INCIDENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

1. ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/2004
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1156/2005, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005
3. ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2008
4. SENTENCIAS POSTERIORES AL ACUERDO
 - 4.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 8828/2012
 - 4.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2012

VIII. CONCLUSIONES FINALES

1. NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN UNITARIA
2. SOLUCIONES ADOPTADAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL
3. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE PENA ACCESORIA Y MEDIDA CAUTELAR
4. PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PARA ACABAR CON EL PROBLEMA DE LA GENERALIZACIÓN

IX. BIBLIOGRAFÍA

X. WEBGRAFÍA

I. ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Obra citada
Coord.	Coordinador
CP.	Código Penal
Dir.	Director
Ed.	Editorial
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO.	Ley Orgánica
LO 1/2004.	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
LO 15/2003.	Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
Ley 27/2003.	Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica
p., pp.	Página, páginas
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
Vid.	Véase

II. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO

El objetivo de este trabajo es la investigación de las distintas vías por las que el consentimiento de la mujer maltratada puede incidir en el delito de quebrantamiento de condena que comete su agresor, al reconciliarse con él o reanudar la convivencia. Para ello, estudiamos el concepto de violencia de género recogido en nuestra legislación penal, analizamos la incidencia que tiene la imposición de la pena de prohibición de aproximación como obligatoria cuando se comete un tipo agravado de este tipo de violencia según el art. 57.2 CP, las distintas vías para excluir la responsabilidad tanto del agresor como de la víctima que consiente o induce y la evolución jurisprudencial, que nos ha ofrecido una muy variable interpretación a lo largo del tiempo y que dura hasta hoy.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Aunque la obligación del Juez de imponer la pena accesoria de prohibición de aproximación fue con ocasión de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, no es hasta la inclusión del segundo apartado del art. 468 del CP mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuando se empiezan a suscitar los problemas interpretativos sobre la incidencia del consentimiento de la mujer maltratada en el delito de quebrantamiento de condena, que contempla un tipo específico de quebrantamiento en el apartado 2 del art. 468 CP. Así las cosas, ni siquiera el Tribunal Supremo ha encontrado una única vía de interpretación, lo que ha conducido a que los juzgados y tribunales menores valoren de manera distinta la reconciliación entre la víctima y su agresor cuando ya hay impuesta una pena de prohibición de aproximación, medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. A diferencia del apartado 1 del art. 468 CP que establece un tipo de quebrantamiento general para cualquier pena o medida, distinguiendo en la respuesta punitiva entre si el quebrantador está o no privado de libertad, el apartado 2 establece una pena de prisión obligatoria de seis meses a un año, esté o no privado de libertad. Esto conduce a los Jueces y Tribunales a condenar con pena de prisión al que quebrante una pena accesoria, medida de seguridad o cautelar

cuando la víctima del delito por el que se han impuesto esas penas o medidas esté ligada al agresor por una relación sentimental o familiar recogidas en el art. 173.2 CP.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

El método utilizado para la obtención de información que me ha permitido realizar este trabajo ha sido mediante la consulta de libros, revistas científicas, artículos de páginas web jurídicas y mediante el análisis de sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales. Todo ello se verá reflejado tanto con las citas durante el desarrollo del trabajo como en la Bibliografía incluida al final del mismo.

III. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO. COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 1/2004.

El género está construido por la cultura, sobre los valores patriarcales que han hecho de la desigualdad un elemento estructural alrededor de la asignación diferente de roles y funciones por el hecho de ser hombre o mujer, y permitiendo que tengan una valoración o reconocimiento desigual. El fundamento de la desigualdad de género reside en la construcción de la identidad de la mujer sobre los roles a desarrollar en las relaciones familiares y de pareja, en las que se comporta como madre, ama de casa y dispensadora de afecto, y la del hombre como protector de esa organización y garante del orden ante factores cambiantes que provienen del propio desarrollo de la vida. La asignación de estos roles otorga la legitimación al hombre para emplear la violencia sobre la justificación de actuar en nombre de un interés superior que, sin negar el daño causado, justifica su integración en un contexto más beneficioso y favorable para todas las personas envueltas en él. La cultura, por tanto, ha dado entrada a la violencia como parte de la normalidad¹.

Del articulado de nuestra Constitución se desprende que los poderes públicos no pueden permanecer ajenos a la violencia de género, pues constituye un ataque al derecho a la vida, la integridad, la dignidad, la libertad y la igualdad.

1 MORILLAS CUEVA, L.: "Violencia de género versus violencia doméstica" en *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, JIMÉNEZ DÍAZ M.J. (Coord.), Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2009, p. 31

Ante la extensión en nuestra sociedad de la violencia en las relaciones de pareja, se promulga la Ley Orgánica 1/2004 para dar respuesta institucional a este grave problema social. Las estadísticas de su elevada tasa de incidencia confirman la magnitud de esta problemática. Solo en países europeos, para las mujeres de edad comprendida entre los 16 y 44 años, la violencia de género es la primera causa de lesiones y muerte, más letal que los accidentes de tráfico y cáncer²

La definición que nos proporciona esta Ley (art. 1) sobre la violencia de género es la ejercida del varón hacia la mujer por el mismo hecho de serlo, como consecuencia de la discriminación, la relación de desigualdad y el poder del hombre sobre la mujer. Para ser considerada como tal, habrá de ser ejercida por cónyuges o parejas (varones) vinculadas por lazos de afectividad similares, ya sean uniones presentes o pasadas, aún sin convivencia. En el caso de que no haya convivencia o esta sea parcial, la relación sentimental deberá ser lo suficientemente consistente y estable como para hablar de vínculos personales asimilables al ámbito familiar. Además, el ámbito objetivo del concepto de violencia de género abarca todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Para que se dé, por tanto, la violencia de género, deben cumplirse tres elementos: el subjetivo, entendiendo la violencia que ejerce el hombre, sobre la mujer que es o ha sido pareja; el objetivo es el tipo de actos violentos, que pueden ser físicos o psicológicos; y el volitivo, que se traduce en que ese tipo de violencia se ejerza como consecuencia de la superioridad que siente el hombre sobre la mujer.

Por ello, es necesario recalcar que el objetivo de la LO 1/2004 no es proteger a todas las mujeres frente a todos los hombres. El objetivo de la norma es bien distinto: es dar respuesta penal ante los ataques del varón, relacionado sentimental y establemente con una mujer, que ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la relación, en su caso, le proporciona. Si tuviere lugar la agravación del tipo penal automáticamente, se estaría vulnerando el mandato de igualdad reconocido en la Constitución. Por eso, la ausencia de referencia de la voluntad del hombre de agredir a una mujer prevaleciendo de su superioridad en los tipos penales específicos de violencia

2 LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia de género: acciones y reacciones", en *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, JIMÉNEZ DÍAZ M.J. (Coord.), Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2009, p. 38

de género como elemento del tipo que debe probarse, ha derivado en que la aplicación de los mismos sea automática, estableciendo así una presunción de que el hombre ejerce violencia sobre la mujer con motivos machistas en cualquier caso. Podemos pensar que en la mayoría de los casos es así pero, en mi opinión, los Jueces deberían tener especial cautela cuando lo que la mujer quiere es utilizar las premisas de la LO 1/2004 de forma interesada y maliciosa.

IV. OBLIGATORIEDAD DEL JUEZ DE ACORDAR LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN CUANDO LA VÍCTIMA LO SEA POR VIOLENCIA DE GÉNERO (ARTÍCULO 57.2 EN RELACIÓN CON ARTÍCULO 48.2 DEL CÓDIGO PENAL)

El artículo 57 del Código Penal fue modificado con ocasión de la LO 15/2003, incorporando un segundo apartado donde se establece la obligatoriedad para el Juez de acordar la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 48 del mismo cuerpo legal cuando el ofendido por el delito se pueda catalogar como víctima de violencia de género o de violencia doméstica (es decir, los sujetos recogidos expresamente en el artículo 173.2 del Código Penal) y el delito cometido se encuentre recogido en el apartado 1º del art. 57 CP.

En el art. 48 se establecen tres penas accesorias: prohibición de comunicación con la víctima o con sus familiares, prohibición de aproximación a la víctima o a sus familiares y prohibición de residencia en el mismo lugar que la víctima o cerca de ella o de sus familiares. En concreto, es preceptivo para el Juez imponer la pena de prohibición de aproximación cuando el ofendido por el delito esté ligado al agresor por una relación sentimental o familiar en el sentido del art. 57.2 CP.

Esta prohibición puede resultar un problema para el hombre y la mujer que hayan convivido juntos, pues supone la salida de alguno de ellos, en la mayoría de los casos del hombre, del domicilio conyugal-familiar. Además, supone una gran discriminación conforme al resto de sujetos que no tienen una relación sentimental o familiar con su agresor, en el sentido antes citado, donde será potestativo para el Juez acordar alguna de las penas descritas atendiendo a la gravedad del hecho y a la peligrosidad criminal que el delincuente presente. Nos encontramos ante la imposición de someternos a un criterio de necesidad *presunto* en el caso de que el ofendido tenga una relación sentimental o

familiar con su agresor (con independencia de que la pena sea o no necesaria), y ante la obligación de establecer un criterio de necesidad material concreto de protección de la víctima cuando no se encuentre caracterizada por el tipo de relación que mantenga con su agresor.

Sin embargo, la obligatoriedad de las penas accesorias del art. 48 CP se hace necesaria cuando lo que se pretende es la especial protección de la mujer, con el objeto de impedir que la violencia por parte de su agresor se reitere, pues se entiende que el domicilio es el entorno idóneo para propiciar el ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género, como las demostraciones de superioridad, la dominación o la prepotencia masculina.

V. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA –ARTÍCULO 468 DEL CÓDIGO PENAL-

1. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

El delito de quebrantamiento de condena se encuentra recogido en el art. 468 del Código Penal. Se trata de un delito eminentemente doloso, pues exige la voluntad de sustraerse definitivamente de la condena, prisión, medida de seguridad o cautelar impuesta, frustrando de esta forma su efectividad. Además, constituye un delito de resultado en el que, normalmente, la acción del sujeto activo se sigue de una mutación perceptible de la realidad exterior (por ejemplo, coaccionar a un funcionario de la prisión donde se está preso para que le deje salir, y consecuentemente, la libertad).

La pena que lleva aparejada este delito es de prisión de seis meses a un año, si el sujeto activo estuviera privado de libertad; o multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. El artículo 40 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, introdujo el apartado 2º del art. 468 CP, donde se establece la imposición, en todo caso, de la pena de prisión de seis meses a un año cuando lo que se quebrante sea una pena de las previstas en el art. 48 CP o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, cuando el ofendido sea alguno de los sujetos recogidos en el art. 173.2 CP (o sea, sea una víctima de violencia de género o de violencia doméstica), aunque el sujeto activo no se encuentre privado de libertad –a diferencia del apartado 1 del art. 468-. La equiparación de penas entre los supuestos más

graves del apartado 1 (quebrantamiento del privado de libertad) y los del apartado 2 (quebrantamiento aunque no se esté privado de libertad, cuando la pena, medida cautelar o medida de seguridad se haya impuesto en un proceso penal en el que el ofendido sea un sujeto recogido en el art. 173.2 CP) resulta criticable, pues se da una misma respuesta punitiva a casos que representan distinta gravedad. Como consecuencia, se violenta el principio de proporcionalidad de las penas que debería ser criterio de su establecimiento. Además, resultará un problema interpretativo -que es la base de este trabajo de investigación- el hecho de que exista la obligación del Juez de imponer la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima (art. 57.2 en relación con el art. 48.2 del Código Penal) unido a la equiparación que hace el art. 468.2 CP del quebrantamiento de las penas del art. 48 CP con las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. Sobre todo, cuando el quebrantamiento es consentido por parte de la víctima, problema que se abordará con posterioridad.

2. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

El bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena es la Administración de Justicia. En concreto, la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad o cautelares, acordadas durante el proceso, tanto si el sujeto activo se encuentra privado de libertad como si no. Una parte de la doctrina (GARCIA ALBERO citando a PACHECO³) entiende que este delito no es necesario cuando el sujeto activo del mismo está privado de libertad (por ejemplo, el preso que huye de la prisión), pues existen suficientes medios para imponer al sujeto la ejecución de resoluciones judiciales, además de que el Régimen Disciplinario Penitenciario contempla severas sanciones al respecto. Otro sector de la doctrina (GARCIA ALBERTO citando a VIVES ANTÓN⁴) opina que la previsión de este delito de quebrantamiento supone un precio razonable que es consecuencia del progresivo cuestionamiento de la privación de libertad como condena y el aumento del protagonismo de medidas alternativas, lo que conlleva

3 GARCIA ALBERO, R.: “El delito de quebrantamiento de condena” en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats (Coord.), Décima edición Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1180

4 GARCIA ALBERTO, R. *ídem*, p.1180

mayores esferas de libertad en el cumplimiento de las penas, con la consiguiente mayor vulnerabilidad de la efectividad de las resoluciones judiciales.

Del análisis del apartado 2 del artículo 468 del Código Penal, en el que la especialidad no viene dada por la conducta sino por el sujeto pasivo en favor de quien se ha dictado una de las penas del art. 48 CP, medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza, se deduce que el delito de quebrantamiento de condena puede tener un resultado pluriofensivo para distintos bienes jurídicos que se pretenden proteger, como lo son el ya comentado de efectividad de las resoluciones judiciales, y, además, los bienes jurídicos individuales de la víctima vinculada al agresor por una relación conyugal-sentimental o familiar (entendidas en el sentido del art. 173.2 CP). Avalan esta tesis autores como COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMENEZ, J.J.⁵ A pesar de que el bien jurídico protegido por el delito resultaría menoscabado, el ordenamiento jurídico debe otorgar mayor valor a la libertad de disposición que tiene su titular que el de la propia protección que ofrece el Derecho Penal hacia este. Además, según el Informe de 20 de abril de 2006 del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004, el bien jurídico protegido no es solo el tradicionalmente atribuido al delito de quebrantamiento (es decir, la Administración de Justicia), sino que coexiste con otros vinculados con el objeto de la LO 1/2004 (habría otro bien jurídico tutelado indirectamente, que es la indemnidad de la propia mujer víctima de violencia de género).

3. DISTINCIÓN ENTRE PENAS ACCESORIAS, MEDIDAS CAUTELARES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En cuanto a la equivalente consideración del quebrantamiento de las penas contempladas en el art. 48 del Código Penal con las medidas cautelares de la misma naturaleza, a mi juicio no tiene justificación. No así con las medidas de seguridad.

En primer lugar, por la existencia de la medida cautelar incluida por la Ley 27/2003, en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que recibe el nombre de Orden de

5 COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "La violencia de género: política criminal y ley penal", *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 1221

protección a las víctimas de violencia doméstica, que otorga a la víctima un estatuto integral de protección que concentra de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Según el precepto apuntado, será una misma resolución judicial la que incorpore conjuntamente tanto medidas restrictivas de libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima (medidas penales de la misma naturaleza que las incluidas en el art. 48 CP), como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia (son las medidas de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios), sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso de familia en el orden jurisdiccional civil. En palabras de SENÉS MONTILLA⁶, estas no son medidas cautelares propiamente dichas, pues su finalidad no es asegurar la presencia del inculcado a disposición judicial para la celebración del juicio y la efectividad de la sentencia condenatoria, sino la protección de la propia víctima y la de su familia. Son, mejor dicho, medidas coercitivas penales, donde la legitimidad de su adopción tiene que ver con una situación objetiva de riesgo para la víctima, que el juez deberá motivar y que será independiente de la gravedad de la infracción penal que se impute al agresor.

En consecuencia, el apartado 2 del art. 468 del CP establece que el quebrantamiento debe ser de una de las penas accesorias del art. 48 CP o de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. Como acabo de explicar, no se puede concluir que las medidas civiles incorporadas en la orden de protección que recoge el art. 544 ter LECrim sean “de la misma naturaleza” que las prohibiciones descritas en el art. 48 del Código Penal. Sin embargo, el legislador, mediante la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 declara el carácter cautelar de las medidas civiles que se incorporan, por lo que los Jueces deberán aplicarla como “de la misma naturaleza” en su conjunto, a los efectos de integrar el tipo de quebrantamiento del art. 468.2 CP en caso de incumplimiento.

⁶ SENÉS MONTILLA, C: “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, *Diario de Ley*, nº 6644, 5 de febrero 2007, p. 5

Por otra parte, aunque la adopción de la orden de protección del art. 544 ter LECrim exige que el Juez valore que existe una situación objetiva de riesgo para la víctima de violencia de género, la inmediatez necesaria para la toma de decisiones en un juicio rápido ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer impide que el propio Juez se tome un tiempo prudencial para analizar de forma detallada el riesgo a futuras agresiones, de forma que se llegue a tratar casos de maltrato ocasional como si fuera un verdadero maltrato habitual. De esta manera, estaríamos dando una respuesta punitiva idéntica a supuestos que presentan una gravedad distinta, lo que fomenta que se produzcan situaciones en las que la mujer retoma la relación de pareja con el que ha sido su agresor.

Por último, el quebrantamiento de medidas de seguridad de la misma naturaleza recogido también como conducta típica en el art. 468.2 CP no plantea problemas, puesto que según el art. 96.3 CP las prohibiciones previstas en el art. 48 CP también pueden ser adoptadas como medida de seguridad. Por tanto, su contenido será idéntico pero su naturaleza jurídica será distinta (medidas de seguridad y no penas accesorias).

VI. EN GENERAL, SOBRE EL TRATO QUE DEBERÍA TENER LA RECONCILIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y AGRESOR Y LA REANUDACIÓN DE LA CONVIVENCIA.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En este apartado nos debemos plantear el tratamiento penal que merece el hecho de que la mujer, víctima de violencia de género, perdone a su agresor y vuelva a haber una relación sentimental estable entre ambos, e incluso con convivencia. Por supuesto, tenemos que entender que se está llevando a cabo un proceso penal en la que se han impuesto unas medidas cautelares, o que el mismo ha finalizado y se ha condenado al agresor con una de las penas accesorias recogidas en el art. 48 CP o con una medida de seguridad de la misma naturaleza. Por lo tanto, el agresor estaría cometiendo el delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468.2 CP, en los términos anteriormente expuestos.

Se entiende que antes de que se produjera la situación de violencia que ha acabado por resolverse en un proceso penal, la pareja convivía de forma conjunta o, aún sin ella,

mantenían una relación sentimental, por lo menos, estable. Por lo tanto, en situaciones en los que la conducta violenta puede calificarse como leve o puntual, aunque se haya iniciado un proceso penal, la pareja sigue conviviendo o manteniendo su relación. Si bien es cierto que puede ser más frecuente que esto se produzca en círculos de menor formación intelectual, pues precisamente la igualdad entre personas se fomenta desde la educación universitaria y esta influirá, necesariamente, en la formación personal de cara al comportamiento individual del futuro, tanto a nivel profesional como a nivel de relaciones de pareja. Sin embargo, esta afirmación puede contribuir a debilitar la identificación y solidaridad con las víctimas de violencia de género, ya que se entiende que esta afecta a todas las clases sociales.

Muchas veces, el quebrantamiento viene provocado por la obligación que tiene el Juez de aplicar la prohibición de aproximación del hombre a la que ha sido o es su cónyuge o pareja (art. 57.2 en relación con el art. 48.2 CP) con independencia de la gravedad de la violencia acometida. Es decir, cuando la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer puede calificarse como de conducta leve, puntual y de escasa incidencia incluso para la propia víctima y, normalmente derivada de situaciones de crisis matrimonial, y aun así acaba con una prohibición de aproximación del hombre a la mujer, por la obligación que tiene el Juez de adoptarla (art. 57.2 CP). Así las cosas, mientras ellos sigan conviviendo o manteniendo su relación mediante acercamientos, el agresor estará cometiendo un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP.

Por eso, el principal problema que se plantea en la actualidad con respecto a la aplicación del apartado 2 del artículo 468 CP es cuando el quebrantamiento se produce a instancias de la mujer, induciendo al hombre a que lo cometa o, al menos, con su consentimiento. Me refiero a situaciones en las que está ausente toda coerción o influencia por parte del penado o sometido a medida cautelar, pena o medida de seguridad, ni la víctima responde al patrón del ‘síndrome de la mujer maltratada’.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia al respecto dan soluciones muy variadas. Sin embargo, en este apartado solo voy a plantear tres posibles causas de exención de responsabilidad criminal ante al quebrantamiento inducido o consentido de las penas accesorias del art. 48 o de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza y posteriormente trataré la evolución jurisprudencial.

2. ATIPICIDAD CUANDO LO QUE SE QUEBRANTA ES UNA MEDIDA CAUTELAR

Es obvio que la prohibición de aproximación concierne exclusivamente al penado o sometido a medida y no a la víctima, que es el sujeto en favor del que se aplica. Por ello, solo el titular de la obligación jurídico-penal que nace de tal prohibición puede ser autor material directo del delito de quebrantamiento, además de entenderse que la pena o medida impuesta se establece al margen de la voluntad del ofendido por el delito. De lo contrario, se estaría dando un poder de disposición a la víctima incompatible con el carácter imperativo de tal prohibición. Sin embargo, aquí debo hacer una salvedad. Cuando lo que se quebranta es una medida cautelar de prohibición de aproximación (que no una pena), si las circunstancias que motivaron su imposición han variado considerablemente y desaparecen los motivos de peligrosidad objetiva para la víctima (ex art. 544 ter LECrim) podríamos considerar atípica la conducta si, posteriormente, la víctima solicita libremente el alzamiento de la medida cautelar. Esta exclusión del tipo del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP, en mi opinión, sería acorde a Derecho únicamente en supuestos de acercamientos fugaces en los que medie el consentimiento de la víctima, como excepción al principio general de punibilidad.

3. EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA POR CONCURRIR UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

En primer lugar, podría considerarse el consentimiento de la víctima de violencia de género como una causa de justificación que excluiría la antijuridicidad del delito de quebrantamiento.

Como ya he comentado anteriormente, el delito de quebrantamiento de penas del art. 48 CP o de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza cuando la víctima se encuentre recogida como alguno de los sujetos mencionados en el art. 173.2 CP y como se desprende de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, pretende proteger dos bienes jurídicos. Uno de ellos es el de la Administración de Justicia y, en concreto, el de la efectividad de las resoluciones judiciales que nacen para ser ejecutadas; y el segundo sería la propia indemnidad de la mujer víctima de violencia de género. Para que el consentimiento actúe como causa de justificación, ambos bienes jurídicos tienen que ser de carácter individual y disponible, pero en este caso el primero no lo es. Por eso, los

jueces deben ir descubriendo en cada caso si el consentimiento (la reconciliación o reanudación de la convivencia) puede justificar o no la conducta típica (el quebrantamiento) y hacer una ponderación de valores (HERNÁNDEZ PLASENCIA citando a CEREZO MIR PUIG II⁷, STRATENWERTH⁸), que en este caso sería entre la necesidad de protección de la víctima y la libertad que tiene la misma de decidir sobre su vida (que entra dentro del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 de la Constitución Española). En este sentido, MIR PUIG⁹ establece que se eximirá de responsabilidad penal cuando ello se desprenda del propio tipo legal (que en este caso no se dispone para el delito de quebrantamiento de condena), o cuando algún precepto le atribuya eficacia justificante o ello pueda entenderse como el libre desarrollo de la personalidad. Para ello, los Jueces y Fiscales de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer deberán comprobar que el consentimiento de la víctima es válido, voluntario, pleno (que no pueda ofrecer una resolución de voluntad más nítida que la de querer retomar la relación con el agresor) y anterior al acercamiento entre ambos, que es cuando se produciría el hecho delictivo (MUÑOZ CONDE entiende que debería eximirse de responsabilidad al agresor cuando la víctima preste su consentimiento, en el caso de que lo que se quebrante sea una medida cautelar)¹⁰. Tampoco puede haber habido nuevos episodios de violencia. En consecuencia, se trataría de un consentimiento relevante, que acredita de forma fehaciente la innecesaridad de la protección y supone el decaimiento de la pena o medida. En este sentido se pronuncia la SAP de Vizcaya de 28 de diciembre de 2007, siguiendo la jurisprudencia asentada hasta ese momento por el Tribunal Supremo en la STS de 26 de septiembre de 2005, que más adelante se comentará.

7 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.: “El obrar en cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento” en *Derecho Penal Parte General*, C. M. ^a Romeo, E. Sola, M.Á. Boldova (Coords.), Cap. 16, Comares, Granada, 2013, p. 240

8 STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal I: El hecho punible*, Primera Edición Ed. Civitas, 2005, p. 216

9 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*. Décima edición. Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, p. 326

10 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*. Veinteava edición Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 344-346

4. CONDUCTA NO CULPABLE POR CONCURRENCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

Otra forma de excluir la responsabilidad criminal sería mediante una causa de irreprochabilidad que haría que la conducta no fuera culpable, y esta es el error de prohibición, previsto en el art. 14 CP. El error de prohibición, en general, impide que se cumpla el elemento intelectual de la culpabilidad, esto es, que el sujeto tenga conocimiento o cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de la conducta. En este caso, se estaría cometiendo un error de prohibición indirecto que versa sobre la existencia, límites o presupuestos de una determinada causa de justificación (creencia de que existe en la ley una autorización para la ejecución de la acción típica). A pesar de que el sujeto sabe que su conducta está prohibida, considera que concurre una causa de justificación, o que actúa dentro de sus límites, cuando ello no es así.

Nos encontramos ante la situación en la que el agresor sabe que hay una pena o medida que le prohíbe el acercamiento hacia la que fue o es su cónyuge o pareja, pero éste recibe la autorización libre y expresa de la misma para no respetarla. Por lo tanto, el agresor, bajo la creencia de que ese consentimiento actúa una causa de justificación que, como consecuencia, excluye el delito que se le advirtió que cometería si incumplía la orden de alejamiento. Es decir, el agresor cree que ya no tiene vigencia la prohibición de aproximación a la vista de dicho consentimiento de la víctima.

El error de prohibición debe ser calificado como vencible o invencible, atendiendo a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Puesto que cuando recae una pena o medida cautelar de alejamiento, se da audiencia al agresor, y se le advierte que si se acerca a la que ha sido su esposa o pareja, su posterior actuación será conociendo que el hecho que comete es ilícito y ocasionará la imputación de un nuevo delito (aparte de por el que ya se le haya castigado). Incluso sabe que, si la pena de prisión del delito por el que se le ha impuesto la pena o medida de alejamiento ha quedado suspendida, ante la comisión del delito de quebrantamiento de condena y la pena que este lleva aparejada, el agresor puede ingresar en prisión. Como consecuencia de todo ello, el error de prohibición será calificado como vencible. Por tanto, será de aplicación el art. 14.3 CP, que es en el que podemos subsumir la creencia errónea de estar actuando conforme a una causa de justificación (es decir, el consentimiento de la mujer), y además será vencible, por lo que la solución sería aplicar el delito de quebrantamiento de condena

rebajando la pena que lleva aparejada (de seis meses a un año de prisión) en uno o dos grados. En este sentido se pronuncia la SAP de Cádiz de 21 de enero de 2003.

VII. EVOLUCIÓN DE LA INCIDENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

1. ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/2004

Hasta la STS de 26 de septiembre de 2005, el Tribunal Supremo mantuvo cierta coherencia con respecto a los quebrantamientos de penas o medidas cautelares de alejamiento con el consentimiento de la víctima, considerando que este era irrelevante y, en consecuencia, los quebrantamientos eran típicos. Por ejemplo, la STS de 16 de mayo de 2003 concluyó que «la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias del 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 común, atentando contra dichos bienes jurídicos».

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1156/2005, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Esta sentencia del Tribunal Supremo supone un cambio de orientación en la interpretación del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP. El Alto Tribunal ofrece en ella los siguientes argumentos.

En un primer momento establece, en coherencia con la jurisprudencia anterior, que la vigencia o anulación de las penas y medidas no pueden quedar al arbitrio de la persona en cuya protección se otorga, porque se generaría una situación de inseguridad jurídica y las penas y medidas que se recogen en el apartado 2 del artículo 468 son de naturaleza pública. Además, que las penas y medidas se imponen para ser cumplidas, pues este es, precisamente, el bien jurídico protegido de forma directa por el propio delito de quebrantamiento.

A partir de ese momento, la argumentación que hace el Tribunal Supremo se torna farragosa y llena de contradicciones. Su conclusión es que la efectividad de la pena o de la medida cautelar depende de la «necesaria e imprescindible voluntad de la víctima de mantener su vigencia siempre y en todo momento». Si se optara por el mantenimiento extremo de la efectividad de la medida, habría que concluir que la mujer que consiente la convivencia cabría considerarla «coautora por cooperación necesaria al menos por inducción»¹¹, puesto que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento, «lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos». Si, como ha empezado diciendo, la efectividad de la medida no puede quedar en manos de la mujer a la que se pretende proteger, no se entiende por qué después dice que «parece la decisión más prudente». De esta forma, entiende el Tribunal que se compatibiliza la naturaleza pública de la medida con el respeto a la decisión libre y consentida de la mujer. En palabras del Tribunal Supremo, «el plazo de duración de la medida adoptado por la autoridad judicial quedaría condicionado a la voluntad de aquella».

Toda esta argumentación es cuanto menos criticable por las siguientes razones:

- En cuanto al delito de quebrantamiento, no puede quedar en manos de la víctima decidir cuando estamos ante un delito y cuando no (cuando dice el Tribunal Supremo que la decisión de la mujer de retomar la convivencia acredita la innecesaridad de la medida y supone su decaimiento). Esto es lo que sucedería si la mujer retomara efectivamente la convivencia o se reconciliara con el que ha sido su agresor. Además, para tomar esta decisión, el Tribunal ni siquiera lo argumenta «parece que es la decisión más prudente». Además, el bien jurídico protegido es la efectividad de las resoluciones judiciales, aunque indirectamente también lo sea la indemnidad de la mujer. El portador del bien jurídico principal es la sociedad en su conjunto, por lo que es indisponible para la víctima (CEREZO MIR)¹². Finalmente,

11 Según lo dispuesto en el art. 28 CP, la cooperación necesaria es una forma de participación en el delito, será quien coopera en la ejecución de un hecho delictivo con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (aportación esencial) y recibirá la misma pena que el autor material.

12 CEREZO MIR, J: *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General. Tomo II, sexta edición, Ed. Tecnos, Madrid 2004, p. 194

las resoluciones se dictan para ser cumplidas, y máxime cuando lo que se pretende es la protección de una persona.

- El Alto Tribunal también se equivoca cuando dice que resulta intolerable la intromisión del sistema en la pareja, cuyo derecho más relevante es el «derecho a vivir juntos». A este respecto hay que decir que sí que está justificada la intromisión en la pareja, pues esta lo es desde el momento en el que se pone en marcha el proceso penal, cuando la protección de la víctima se sustrae del ámbito privado. Si esto fuera poco, y como dice FUENTES SORIANO¹³, se prohíbe el acercamiento al agresor porque «el derecho a vivir de la mujer es anterior al de vivir juntos». Es decir, no puede quedar al arbitrio de la víctima decidir sobre la imposición de la pena o medida, pues esto es lo que ocurriría cuando ya se ha ocasionado un episodio de violencia que ha puesto en peligro su vida y el sistema ha actuado para protegerlo.
- El Tribunal da un tratamiento jurídico diferenciado y, en mi opinión, injustificado, entre la aplicación del apartado 1 y el apartado 2 del mismo art. 468 CP, dependiendo de quién sea la persona ofendida por el delito cuya prohibición de aproximación se quebranta, pues cabrá la exclusión de la responsabilidad criminal cuando la víctima lo sea por violencia de género o doméstica. Es decir, el Alto Tribunal no se ha planteado la exclusión de la responsabilidad criminal en el caso de que lo que se quebrante sea el apartado 1 del art. 468 CP, que es el tipo general de quebrantamiento. Sin embargo, en la aplicación del apartado 2, cuya especialidad viene dada por el sujeto pasivo en virtud de quien se ha adoptado una pena accesoria o medida de seguridad o cautelar, la exclusión del tipo se incluye mediante la vía del consentimiento.
- El fallo de la sentencia que comento resuelve a favor de la absolución del quebrantador por una «duda seria y razonable». La duda es que no queda acreditado en la sentencia de instancia si el acusado volvió a convivir con la ex pareja y tampoco si ella prestó su consentimiento. Sin embargo, hace de la voluntad de acercamiento de la víctima un elemento del tipo, por lo que la duda sobre este tiene dos consecuencias a juicio del Tribunal: aplicación del principio in dubio pro reo y

13 FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor”, SP/DOCT/3492 (Sepín Ed. Jurídica), p.4

atipicidad de la conducta. Al haber dudas sobre si la víctima quiso o no acercarse al agresor, debe entenderse que estas deben incidir a favor del mismo y, por tanto, la conducta sería atípica. En mi opinión, en virtud del bien jurídico que se pretende proteger con este delito (administración de justicia) y que la aplicación del principio *in dubio pro reo* se hace sobre la duda de los hechos jurídicamente relevantes, y lo que sí que queda probado en la sentencia de instancia es que el agresor incumplió la orden de alejamiento, que es el quebrantamiento propiamente dicho y lo que constituye un elemento del tipo, por lo que sí que se estaría cometiendo este delito.

3. ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2008

Varias fueron las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales que, hasta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 del Tribunal Supremo, se pronunciaron contradictoriamente al respecto. En algunas sentencias se otorga pleno efecto al consentimiento de la víctima, considerando atípico el quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de aproximación cuando se ha reanudado voluntariamente la convivencia (en ese sentido, SAP de Zaragoza de 23 de junio de 2006 y SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2007). En otras, se ofrecen soluciones distintas otorgando ciertos efectos al consentimiento de la víctima a través del error de prohibición (así, SAP de Córdoba de 7 de febrero de 2006 y SAP de Madrid de 16 de febrero de 2006). Por último, se ha adoptado la solución totalmente contraria a las anteriores donde, además de no encontrar ningún efecto del consentimiento de la víctima, se extiende la responsabilidad criminal del infractor sobre el que recae el delito de quebrantamiento a la propia mujer que lo propicia, induciendo o consintiendo (como establece la SAP de Madrid de 17 de mayo de 2007). Interesante me parece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de mayo de 2005 que, en sentido contrario a la argumentación anterior, falla a favor de la absolución de la víctima que ha consentido la comisión del quebrantamiento por dos razones: por concurrir en ella una causa de antijuridicidad (al amparo del art. 20.7 CP), pues ella no tenía limitada su libertad de deambulación ni restringidos sus derechos de ninguna forma, por cuanto no era a ella a quien se había impuesto la prohibición de aproximación; y además, concurre en ella un error de prohibición del art. 14 CP por actuar en la creencia de que su

conducta era lícita, al entender que la prohibición de aproximación solo se quebrantaba si ella no quería que su pareja se le acercara.

Finalmente, el 25 de noviembre de 2008, el Tribunal Supremo adoptó el acuerdo de que, tanto en los casos de penas accesorias, medidas cautelares o de seguridad que prohíban el acercamiento, aunque se haya probado el consentimiento de la víctima, éste no excluye la punibilidad. Debe entenderse que la protección de la mujer maltratada nunca es desmesurada y que el bien jurídico que tutela el art 468.2 CP es indisponible para las partes. Además, el Alto Tribunal entiende que hay grave riesgo de reiteración delictiva por parte de su agresor y que lo más probable es que ella actúe bajo el síndrome de la mujer maltratada (miedo, sentimiento de culpa, falsas promesas de su agresor de que va a cambiar su comportamiento con respecto a ella, necesidades económicas, etc.). Por eso, si se pretende dejar sin efecto la protección, la mujer deberá acudir al juzgado manifestando su voluntad de que la pena o medida quede sin efecto, explicando los motivos ante el Juez o Fiscal, los cuales deberán decidir si ya no existe el riesgo objetivo para la víctima y que el consentimiento de la misma no está condicionado.

Llevando al extremo la punibilidad de la conducta, donde no cabe el consentimiento de la víctima ni para el quebrantamiento de pena ni de medida, se pronunció la STS de 29 de enero de 2009 donde, además de acoger la solución formulada en el Acuerdo de Pleno de 2008 del Tribunal Supremo, plantea el problema de que, si la mujer reanuda la convivencia, podría ser considerada como coautora por cooperación necesaria al menos por inducción.

Esta Sentencia tiene un interesante voto particular de dos Magistrados que establecen que es necesario distinguir entre si lo que se quebranta es una pena accesoria del art. 48 CP o una medida cautelar de la misma naturaleza, diciendo que se trata de problemas diferentes y cuya solución no puede ser unitaria. En cuanto a la pena, parten de la irrelevancia absoluta del consentimiento de la víctima. No obstante, en cuanto a la medida cautelar, debe darse la incidencia del consentimiento de la víctima, atendiendo a las circunstancias en las que fue dado (sin vicios) y partiendo de la consideración de que una persona adulta que quiere reanudar una relación sentimental no puede estar limitada, contra su voluntad, por medidas de protección que estima innecesarias, puesto que eso resultaría incompatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Ante esta desmesurada respuesta punitiva, el primer Seminario de Fiscales Delegados de Violencia de Género celebrado en Madrid en noviembre de 2005 concluye que el

Fiscal no imputará a la víctima que haya consentido ni por inducción ni por cooperación necesaria por el delito de quebrantamiento de condena previsto en el art. 468.2 CP. Sin embargo, y como ya he dicho antes, existen sentencias posteriores que tratan a la mujer que consiente como cooperadora necesaria en este delito (SAP de Madrid de 17 de mayo de 2007).

4. SENTENCIAS POSTERIORES AL ACUERDO

No han sido pocas las Sentencias, tanto del propio Tribunal Supremo como de los tribunales o juzgados menores que no siguen la decisión adoptada en el Acuerdo de 2008. Esto es así porque, a pesar de que en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006 que establece la vinculación de los Jueces y Tribunales a los Acuerdos de pleno no jurisdiccionales de la Sala General, lo cierto es que en el art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se propugna la independencia de los mismos para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan aunque, eso sí, deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado.

4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 8828/2012

La Audiencia Provincial de Barcelona motiva su fallo mediante la vía del error de prohibición «tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse un hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y partiendo necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido», ya que «no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento».

4.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2012

La Audiencia Provincial de Madrid consideró el consentimiento de la mujer como atenuante analógica muy cualificada en atención, en el caso concreto que examina, a las denuncias retiradas, reanudación de la convivencia de la pareja y la lejanía de los hechos que motivaron la denuncia por violencia de género. Por todo ello aplica el art 21.7 del CP en relación a las atenuantes recogidas en el art 21 del CP que contemplan hechos o impulsos exteriores que inciden en la conducta del sujeto limitando su responsabilidad, vinculando la atenuante analógica a hechos exteriores e influyentes en

la conducta del agente, a las atenuantes analógicas relacionadas con eximentes incompletas de legítima defensa o estado de necesidad.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

1. NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN UNITARIA

Ante la nada infrecuente situación en la que la víctima de violencia de género se reconcilia con su agresor e incluso retoma la convivencia se ha realizado este trabajo de investigación, para analizar las posibles respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico penal hacia la eficacia del consentimiento de la mujer en el delito de quebrantamiento de condena recogido en el apartado 2 del art. 468 del Código Penal.

El acercamiento del agresor consentido por la mujer puede deberse a que realmente ésta desea retomar la relación, o a las más diversas circunstancias: reanudación de la convivencia por necesidades económicas; que la denuncia de los hechos que se están valorando como delito sea un simple aviso al agresor para dejar constancia de los mismos sin buscar una carga punitiva; por recomendación de los familiares; porque se siente avergonzada ante la publicidad de los hechos, etc. En cualquier caso, el consentimiento prestado por la mujer tiene que ser tomado con cautela por parte de los Juzgados, que deberán valorar que el mismo no esté viciado.

2. SOLUCIONES ADOPTADAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

La intervención del sistema penal cuando se comete un hecho calificado de violencia de género tiene un objetivo principal: la rápida y eficaz protección de la víctima que en la mayoría de los casos convive con su agresor, lo que produce una situación de riesgo constante para la misma. Por ello se exige una rápida actuación a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, lo que muchas veces produce la automática expedición de órdenes de protección (que contienen prohibiciones de aproximación), sin valorar la situación objetiva de riesgo que exige el art. 544 ter LECrim. Ante la generalización del problema de individualizar conductas de violencia de género, los Juzgados especializados en esta materia deberían constatar que se cumple el elemento que agrava lo injusto y la culpabilidad de este tipo de violencia, que es que el hombre actúe contra la mujer con motivos machistas. En consecuencia y casi ante la imposibilidad de constatación, los operadores jurídicos han tomado las siguientes medidas:

- En el caso de que lo que se quebrante sea una pena, la Memoria relativa a 2006 de la Fiscalía General del Estado propone que los Fiscales realicen la petición de indulto o que, en caso de suspensión de la pena, informen favorablemente.
- A la hora de adoptar una orden de protección (que conlleva la medida cautelar de prohibición de aproximación), el Juez tiene la obligación de valorar la situación objetiva de riesgo (art. 544 ter LECrim) y para ello deberá hacer un estudio de la mujer, de los menores y del propio agresor, una valoración de las consecuencias de la violencia tanto en el plano físico como en el psicológico, y la consideración de que el resultado de las agresiones se deba a motivos puntuales o que la violencia haya sido mantenida.
- Las conclusiones asumidas por los Magistrados miembros de secciones especializadas en violencia de género, en la reunión celebrada en la sede de formación del CGPJ durante los días 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2005 fueron las siguientes: cuando haya sido la víctima la que se ha acercado al agresor que tenía impuesta una pena de prohibición de aproximación o una medida de seguridad o cautelar de la misma naturaleza se dará la antijuridicidad de la conducta y no se aplicará el delito y, en ningún caso, se castigará como inductora a la mujer que se ha acercado. Este razonamiento se realiza en base a que, si el agresor no comete un delito de quebrantamiento por darse la antijuridicidad, la mujer no podrá ser inductora, pues falta el hecho base para considerar esta forma de participación que recibe la misma pena que el autor.

3. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE PENA ACCESORIA Y MEDIDA CAUTELAR

Aunque el elemento objetivo del tipo del delito de quebrantamiento de condena no distinga entre lo que se quebrante sea una pena o una medida cautelar, he de pronunciarme criticando esta equiparación. Las penas de prohibición de aproximación del art. 48.2 CP se imponen de forma obligatoria en la sentencia cuando ya se ha constatado la comisión de un delito específico de violencia de género, tal y dice el art. 57.2 CP. A pesar de que no estoy de acuerdo con el automatismo con el que se establece, puesto que no se tiene en cuenta la gravedad de la violencia acometida, esta pena accesoria se impone cuando se verifica que un delito se ha cometido y, ante la necesidad de protección de la víctima y el riesgo de reiteración delictiva por parte del agresor, se

debe considerar que el consentimiento de la mujer no tiene ninguna incidencia en el delito de quebrantamiento de condena. Dado que, como he explicado antes, el cumplimiento de las resoluciones judiciales no debe quedar a disposición de los sujetos en virtud de quienes se otorga la protección. No obstante, como piensan multitud de profesionales, a los que me adhiero, cuando lo que se quebranta es una medida cautelar de prohibición de acercamiento debe darse relevancia al consentimiento prestado por la mujer, pues se entiende que desaparecen las causas que motivaron su imposición, por lo que se hace innecesaria. De lo contrario, se estaría privando a la víctima de su derecho a realizar su vida de la forma que mejor le parezca, entendiendo el mismo como el libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución. La incidencia que entiendo que debe darse al consentimiento libre y válido de la mujer en el delito de quebrantamiento de condena por parte de su agresor es el de causa de justificación cuando lo que se quebranta es una medida cautelar, realizando una ponderación de valores entre la necesidad de protección de la víctima y la libertad que tiene ésta de rehacer su vida como quiera.

4. PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PARA ACABAR CON EL PROBLEMA DE LA GENERALIZACIÓN

Por último, me gustaría acabar con unas propuestas de futuro:

- Es necesario acabar con el carácter automático e imperativo del art. 57.2 CP, que es el precepto que establece la obligatoriedad de imponer la pena accesoria de prohibición de aproximación del art. 48.2 CP en el caso de que el agresor haya cometido un tipo específico de violencia de género. El legislador debe modificar el artículo, incluyendo la necesaria ponderación de las circunstancias que concurren para imponerla, considerando la gravedad del hecho y la situación de riesgo objetivo para la víctima. Así el Juez, en sentencia, cuando ya se han valorado todas las circunstancias del caso concreto, podría imponerla o no, consiguiendo la individualización de las conductas e impidiendo que se produzcan los acercamientos posteriores entre víctima y su agresor o, al menos, se atenúe dicha posibilidad.
- También resulta necesario que el legislador modifique el art. 468.2 CP, eliminando la equiparación entre medida cautelar y pena accesoria que constituyen elemento objetivo del tipo del delito de quebrantamiento de condena cuando la víctima lo sea

por violencia de género. En mi opinión, no puede tener la misma respuesta punitiva el quebrantamiento de una medida cautelar que, como he explicado antes, se impone en la mayoría de los casos como medida de precaución pero, por la rapidez que se requiere en la actuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se hace sin valorar el riesgo real existente; que una pena accesoria, que se impone en sentencia cuando ya se ha constatado la comisión de un delito y que lo que pretende en este caso es la protección efectiva de la víctima en todo caso. El quebrantamiento de la pena accesoria supone una mayor reprochabilidad de la conducta (aunque sea con el consentimiento de la mujer) que el de una medida cautelar y, en consecuencia, no pueden llevar aparejada la misma pena.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL TEXTO, POR ORDEN DE APARICIÓN:

GARCIA ALBERO, R.: “El delito de quebrantamiento de condena” en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats (Coord.), Décima edición Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1180

COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 1221

SENÉS MONTILLA, C.: “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, *Diario de Ley*, nº 6644, 5 de febrero 2007

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.: “El obrar en cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento” en *Derecho Penal Parte General*, C. M. ^a Romeo, E. Sola, M.Á. Boldova (Coords.), Cap. 16, Comares, Granada, 2013, p. 240

STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal I: El hecho punible*, Primera Edición Ed. Civitas, 2005

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*. Séptima edición. Ed. Reppertor, Barcelona, 2004

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*. Decimoséptima edición Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2009, p. 883

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General. Tomo II, sexta edición, Ed. Tecnos, Madrid 2004, p. 194

FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor”, SP/DOCT/3492 (Sepín Ed. Jurídica), p.4

2. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CASTELLÓ NICÁS, N.: “Concepto general de violencia de género: un análisis crítico del artículo 1.3 de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género” en *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, JIMÉNEZ DÍAZ M.J. (Coord.), Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2009

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido” en *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, JIMÉNEZ DÍAZ M.J. (Coord.), Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2009

SOLÉ RAMÓN, A.M.: “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” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, 2010

3. JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

3.1 Del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de mayo de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de enero de 2009

3.2 De las Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de enero de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de mayo de 2005

«La incidencia del consentimiento de la mujer maltratada en el delito de quebrantamiento de condena cometido por su agresor» Cristina Mendieta Serrano

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de febrero de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de febrero de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de junio de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de febrero de 2007

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de mayo de 2007

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 de diciembre de 2007

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2012

X. WEBGRAFÍA

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4460-quebrantamiento-de-condena-o-medida/>

<http://www.diariojuridico.com/tratamiento-jurisprudencial-al-consentimiento-de-la-mujer-en-el-delito-de-quebrantamiento-de-condena/>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial