



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El consentimiento en el quebrantamiento de
condena del artículo 468.2 CP: responsabilidad
penal de la víctima que consiente

Autor

Lucía Iribarren García-Granero

Director

Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho

2020

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. LISTADO DE ABREVIATURAS..... | 1 |
| II. INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| III. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ART. 468.2 CP..... | 4 |
| 1. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA..... | 4 |
| 2. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA EN EL CP VIGENTE..... | 5 |
| 3. EL TIPO PENAL DEL ART. 468.2 CP..... | 6 |
| 3.1. Fundamento..... | 6 |
| 3.2. Caracterización del delito..... | 7 |
| <i>A) Elementos objetivos.....</i> | <i>7</i> |
| <i>a) Conducta típica.....</i> | <i>8</i> |
| <i>b) Sujeto activo.....</i> | <i>10</i> |
| <i>B) Elemento subjetivo.....</i> | <i>12</i> |
| IV. EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DEL ART. 468.2 CP..... | 14 |
| 1. EL CONSENTIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL... 14 | |
| 2. TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN EL ART. 468.2 CP ANTES DEL ACUERDO DE 2008..... | 14 |
| 2.1. Discusión jurisprudencial..... | 14 |
| 2.2. Discusión doctrinal..... | 18 |
| <i>A) Irrelevancia del consentimiento.....</i> | <i>18</i> |
| <i>B) Ausencia de tipicidad.....</i> | <i>19</i> |
| <i>C) Posturas intermedias.....</i> | <i>20</i> |
| 3. ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DEL TS DE 2008 Y JURISPRUDENCIA POSTERIOR..... | 23 |

| | |
|--|-----------|
| 4. POSIBLES VÍAS PARA EXCLUIR O AMINORAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INFRACTOR..... | 26 |
| 4.1. Error de prohibición..... | 26 |
| 4.2. Estado de necesidad..... | 27 |
| 4.3. Atenuante analógica..... | 28 |
| V. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA VÍCTIMA QUE CONSIENTE EL QUEBRANTAMIENTO..... | 29 |
| 1. TRATAMIENTO DOCTRINAL..... | 29 |
| 1.1. Diferentes criterios sobre la responsabilidad penal de la víctima..... | 29 |
| 1.2. Vías para lograr su impunidad..... | 32 |
| <i>A) Consentimiento viciado o causa de inexigibilidad.....</i> | <i>32</i> |
| <i>B) Error de tipo.....</i> | <i>33</i> |
| <i>C) Error de prohibición.....</i> | <i>33</i> |
| <i>D) Atenuante del art. 65.3 CP.....</i> | <i>34</i> |
| <i>E) Solicitar el indulto y la subsiguiente suspensión de la pena.....</i> | <i>34</i> |
| 2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL..... | 35 |
| VI. CONCLUSIONES..... | 38 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA..... | 41 |
| VIII. ANEXO DE LEGISLACIÓN..... | 44 |
| IX. ANEXO DE JURISPRUDENCIA..... | 45 |

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

AP – Audiencia Provincial

Art. – Artículo

Cap. – Capítulo

CP – Código Penal

INE – Instituto Nacional de Estadística

LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO – Ley Orgánica

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TS – Tribunal Supremo

II. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analiza el delito de quebrantamiento de condena, concretamente el tipo penal del art. 468.2 CP, que castiga los quebrantamientos de las consecuencias jurídico-penales impuestas en el ámbito de la violencia doméstica, de género o asistencial. Estas consecuencias jurídico-penales imponen al agresor prohibiciones de convivencia, acercamiento o comunicación con la víctima. Sin embargo, a menudo es la propia víctima quien consiente e incluso provoca la infracción de estas prohibiciones, reanudando la convivencia o el contacto con su agresor.

Estos supuestos de quebrantamiento consentido tienen especial interés a la hora de determinar, por un lado, la responsabilidad penal del sujeto obligado al cumplimiento de la pena o medida y, por otro, valorar la posible punibilidad de la persona protegida por las mismas pero que consiente o colabora en el quebrantamiento.

La responsabilidad criminal del primero depende de la relevancia que se le atribuya al consentimiento de la víctima. Esto ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial durante años, incluso hubo un cambio de postura inesperado del TS; sin embargo, en la última década parece haberse unificado la doctrina aplicable en estos supuestos.

En cuanto a la posible responsabilidad de la víctima, es un tema que sigue siendo centro de debate; ya que existen autores y algunas sentencias que se han posicionado a favor de su consideración como partícipe, mientras que otros sostienen que castigar a la víctima, a la que no se le ha impuesto ninguna prohibición, es absurdo e indeseable. Estos últimos, con el fin de lograr su impunidad han abogado por aplicar una variedad de soluciones legales.

El objetivo del estudio es analizar la incidencia del consentimiento en la responsabilidad de ambos sujetos que intervienen en el delito, para concluir cuál es la solución más adecuada para estos supuestos de quebrantamiento consentido.

A lo largo del trabajo se presentan los diferentes argumentos que han utilizado los distintos sectores de la doctrina y la jurisprudencia para defender la diversidad de posturas existentes. Para ello, en primer lugar, se expone el tipo penal del artículo en cuestión, el art. 468.2 CP, analizando los elementos que lo configuran y el bien jurídico que protege, puesto que estas características del delito son la base del fundamento para posicionarse a favor de un criterio u otro.

Finalmente, se concluye presentando aquellas que parecen ser las soluciones más adecuadas y se proponen posibles mejoras a considerar, a través de la introducción de mecanismos legales e incluso con la modificación de algunos artículos del CP.

III. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ART. 468.2 CP

1. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

La Administración de Justicia se encarga de hacer efectivo el servicio público de la Justicia, interpretando y aplicando la ley. Dada la importancia de su función, deben articularse mecanismos defensivos que aseguren el buen funcionamiento de esta institución, castigando aquellos ataques más graves que lo pongan en riesgo. Entre esos mecanismos se encuentran las normas penales dirigidas a sancionar las conductas que infringen las decisiones adoptadas por resolución judicial, como son las penas, las medidas de seguridad y las medidas cautelares.

La figura del quebrantamiento de condena ya aparecía en el Código Penal de 1870¹, pero no fue hasta el Código Penal de 1928 cuando se recogió bajo un título independiente con el nombre de «Delitos contra la Administración de Justicia»². Inicialmente, este delito penaba las conductas que suponían un quebrantamiento exclusivamente referido a las condenas por sentencia, igual que en el Código Penal de 1973, cuyo art. 334 se limitaba a tipificar como sujeto activo del delito al sentenciado o preso³. Sin embargo, el Código Penal español ha ampliado estas conductas extendiendo la tutela a cualquier persona condenada o sometida a medida de seguridad o cautelar, por desobedecer tales medidas y por infringir las privaciones de derechos y prohibiciones previstas en el ámbito de la violencia familiar⁴.

La razón de ser de estos delitos es sancionar penalmente unos ataques concretos a la función jurisdiccional, en su específica manifestación de ejecutar lo juzgado en el ámbito penal. Por lo que es precisamente ese el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena, la Administración de Justicia, y, en concreto, el

¹ Ley de 17 de junio de 1870, autorizando el planteamiento del Código Penal reformado.

² Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal.

³ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

cumplimiento de las resoluciones judiciales en el orden penal que impongan penas, medidas de seguridad y medidas cautelares. Es, por tanto, un delito de lesión⁵.

2. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA EN EL CP VIGENTE

Estos delitos se encuentran regulados en el Título XX del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica de «Delitos contra la Administración de Justicia», dentro del Cap. VIII que se titula precisamente «Del quebrantamiento de condena», y comprende los arts. 468 a 471 inclusive.

Se castigan tres formas de conducta diferentes en este Cap. VIII del CP: el quebrantamiento de consecuencias jurídico-penales en los arts. 468.1 y 2 y 469; el favorecimiento personal de quebrantamiento de consecuencias jurídico-penales privativas de libertad de los arts. 470 y 471, y la inutilización de dispositivos técnicos de control de penas y medidas del art. 468.3⁶. Esta última fue introducida por la LO 1/2015⁷ como figura de quebrantamiento impropio.

La primera forma de conducta referida cuenta con un tipo básico con tres modalidades y un tipo agravado. Las tres modalidades se establecen en atención a la gravedad de la consecuencia jurídica quebrantada. En el primer inciso del art. 468.1 CP aparece el quebrantamiento de consecuencias privativas de libertad, penado con prisión de seis meses a un año. En el art. 468.2 CP, que será objeto de estudio más profundizado en los siguientes apartados, se regula el incumplimiento o violación de la libertad vigilada y de las consecuencias jurídicas del art. 48 CP. Esta última referencia fue incorporada por la LO 15/2003⁸ y posteriormente modificada por la LO 1/2004⁹; mientras que fue la LO 5/2010¹⁰ la que introdujo la mención a la libertad vigilada. En ambos casos la pena impuesta será también de seis meses a un año de prisión. La última de las modalidades

⁵ FLORES MENDOZA, F., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Derecho Penal Parte Especial*, Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (coords.), Comares, Granada, 2016, p. 752.

⁶ FLORES MENDOZA, F., *ibid.*, p. 751.

⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁸ 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.

⁹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

del tipo básico recoge el quebrantamiento del resto de consecuencias jurídico-penales, para el que se impone en el inciso final del art. 468.1 CP una pena de multa de doce a veinticuatro meses.

El tipo agravado es el que se regula en el art. 469 CP, denominado evasión de sentenciados y presos. Establece una pena mayor, de seis meses a cuatro años de prisión, para los casos de quebrantamiento de una pena o medida cautelar privativa de libertad, en los que medie violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o se tome parte de un motín.

En el favorecimiento personal del quebrantamiento se prevé una figura común, en la que en el tipo básico se sanciona al particular que contribuya de forma esencial a la evasión de un condenado, preso o detenido con una pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses, en virtud del art. 470.1 CP. En el apartado segundo se prevé una pena mayor, prisión de seis meses a cuatro años, para el tipo agravado al mediar «violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno». Y el 470.3 CP contiene una causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal por parentesco.

En el favorecimiento personal también existe una figura especial, prevista en el art. 471 CP, cuando las conductas del tipo básico o agravado sean cometidas por «funcionario público encargado de la conducción o custodia», imponiendo la pena superior en grado en ambos casos, además de la inhabilitación especial para empleo o cargo.

3. EL TIPO PENAL DEL ART. 468.2 CP

3.1. Fundamento

Como ya se ha referido en el apartado anterior, la LO 15/2003 introdujo una nueva modalidad de quebrantamiento de condena, que posteriormente fue modificada por la LO 1/2004, consistente en el incumplimiento o violación de las prohibiciones del art. 48 CP impuestas respecto de las personas que señala el art. 173.2 CP, ya sean con naturaleza de penas accesorias, medidas cautelares o medidas de seguridad en el ámbito de la violencia doméstica o asistencial.

Tal y como figura en su exposición de motivos, la LO 15/2003 pretende actualizar el CP para abordar nuevas necesidades surgidas y dar una respuesta efectiva a la realidad delictiva del momento. Por eso, atendiendo a la violencia doméstica, que ya suponía un

problema de gran trascendencia en la sociedad, amplió la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, previendo su cumplimiento incluso concluida la pena de prisión, estableció por separado las tres modalidades de prohibiciones del art. 48, y realizó mejoras técnicas para servir más eficazmente a la prevención y represión de los delitos y, especialmente, a la lucha contra la violencia doméstica. Mientras que la LO 1/2004 atiende al ámbito de la violencia de género, tratando de proporcionar medidas de protección integral a las víctimas de este tipo de violencia. Esta Ley encuentra su fundamento ante el protagonismo de la mujer como víctima en el ámbito de la violencia doméstica, en el marco de las relaciones de pareja, según reflejan las estadísticas del INE.

Por lo tanto, se puede afirmar que el art. 468.2 CP apareció con la intención de dar una mayor protección a las víctimas de violencia en estos ámbitos concretos. Sin embargo, el bien jurídico protegido no deja de ser el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, igual que en el resto de las modalidades del delito de quebrantamiento de condena.

Frente a esta perspectiva del bien jurídico, como se expondrá más adelante, un sector de operadores jurídicos lo ha considerado un delito pluriofensivo, al entender que, además de proteger la efectividad de las resoluciones judiciales, también protege de forma especial la indemnidad de las víctimas de violencia de género, doméstica o asistencial, hasta el punto de suponer un incremento en la pena respecto al régimen común de quebrantamiento¹¹. Esta consideración les serviría como argumento para dar validez al consentimiento de las víctimas en este tipo de delito¹².

3.2. Caracterización del delito

A) Elementos objetivos

Desde la modificación introducida por la LO 5/2010, el art. 468.2 CP dispone lo siguiente: «Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los

¹¹ 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», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 26, 2006, p. 345.

¹² VALEIJE ÁLVAREZ, I., *ibid.*, p. 345.

que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada».

a) Conducta típica

La conducta típica castigada consiste en quebrantar o infringir una consecuencia jurídica de naturaleza penal, ya sea impuesta como pena accesoria, medida de seguridad o medida cautelar, de las previstas en el art. 48 CP. Este art. 48 CP recoge tres formas de prohibiciones distintas que suponen una privación de derechos a quien son impuestas, pero también una restricción de su libertad¹³.

En primer lugar, recoge la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 48.1 CP). Estos lugares pueden referirse a aquel donde se haya cometido el delito o a las residencias de la víctima o sus familiares. En segundo lugar, la prohibición de aproximarse a la víctima o a otras personas determinadas por el juez o tribunal, por ejemplo, a sus familiares (art. 48.2 CP). Esta prohibición incluye tanto acercarse a ellos en cualquier lugar en el que se encuentren, como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que frecuenten. Por último, la prohibición de comunicarse con la víctima o aquellas personas que determine el juez o tribunal (art. 48.3 CP), que incluye toda forma de contacto escrito, verbal o visual, a través de cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático.

Estas prohibiciones pueden imponerse como penas accesorias o como medidas cautelares, pero no como penas principales e independientes. También, pueden ser impuestas como medidas de seguridad en virtud del art. 106 CP, a través de la libertad vigilada. Es necesaria la existencia de alguna consecuencia jurídica de las que se han mencionado impuesta por una decisión judicial firme como elemento normativo imprescindible del tipo penal.

Merece especial mención el art. 57.2 CP conforme al cual, en los supuestos de los delitos que se mencionan en el apartado 1 del mismo artículo¹⁴ cometidos contra

¹³ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *ibid.*, p. 335.

¹⁴ «en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico» Código Penal, art. 57.1.

determinadas personas¹⁵, se debe imponer con carácter obligatorio la pena accesoria de prohibición de aproximarse. El carácter forzoso y automático de este precepto ha generado una gran polémica doctrinal, especialmente en relación con el quebrantamiento de condena consentido, que se expondrá a continuación, cuando la voluntad de la pareja es reanudar la relación. Entre otros autores, Valeije Álvarez considera que debe derogarse dicho artículo, ya que contraviene el principio constitucional de proporcionalidad de las penas al impedir que sea el juez quien pondere la adecuación al fin, la necesidad y la proporcionalidad de la imposición de dicha prohibición en el momento de individualización de la pena¹⁶.

Por otra parte, el tipo del art. 468.2 exige que las consecuencias del art. 48 CP hayan sido impuestas respecto de las personas relacionadas en el art. 173.2 CP¹⁷, es decir, aquellas personas con las que se mantiene una relación afectiva o familiar o una relación análoga, así como las que se encuentran bajo su tutela, acogimiento o similar. Lo que significa que las consecuencias jurídicas deben haber sido impuestas en el ámbito de la violencia doméstica, de género o asistencial.

Por quebrantamiento debe entenderse toda conducta que suponga una violación o incumplimiento de las prohibiciones referidas que hayan sido impuestas como consecuencias jurídico-penales. En esta modalidad de delito de quebrantamiento, no se requiere ningún resultado para manifestar la voluntad de rechazo definitivo a someterse a la decisión judicial, por lo que puede considerarse delito de mera actividad¹⁸. En el

¹⁵ «cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados» Código Penal, art. 57.2.

¹⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *ibid.*, pp. 349-350.

¹⁷ «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» Código Penal, art. 173.2.

¹⁸ GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1959.

mismo sentido la AP de Navarra lo considera delito de simple actividad que se consuma al incumplir la prohibición impuesta voluntariamente, independientemente de la intención¹⁹. Siguiendo con este criterio, en el caso concreto de la prohibición de comunicarse con la víctima del art. 48.3 CP, el TS entiende que se dan los elementos del tipo penal incluso cuando se realiza una llamada a la víctima aunque esta no sea atendida, ya que la persona obligada a cumplir la prohibición llega a practicar todos los actos que objetivamente debían permitir la comunicación, desconociendo el mandato y llegando a poner en peligro el bien jurídico protegido²⁰, por lo tanto no es necesario que llegue a tener lugar el resultado de una comunicación entre la persona sobre la que recae la prohibición y la persona a la que se pretende proteger.

b) Sujeto activo

La opinión mayoritaria es que solo puede ser autor del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP la persona sujeta a la pena o medida que contiene alguna de las prohibiciones del art. 48 CP. Lo cual ha supuesto que la calificación de este delito sea objeto de discusión doctrinal. Una parte de la doctrina defiende que se trata de un delito especial propio²¹ y otros autores sostienen que es un delito de propia mano²².

¹⁹ «se trata de un delito de simple o mera actividad y no de resultado, que se consuma cuando consciente y voluntariamente se incumple tal medida, con absoluta independencia de la finalidad que persiguiese el autor o del propósito específico que le guiase, pues no es exigible la concurrencia de un dolo específico, siendo suficiente que concorra el dolo genérico de saber lo que se hace y actuar conforme a dicho conocimiento» Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), núm. 107/2010 de 29 de junio de 2010 (ES:APNA:2010:621).

²⁰ «La jurisprudencia ha señalado como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado los siguientes: a) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; b) que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; c) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 650/2019 de 20 de diciembre de 2019 (ES:TS:2019:4218).

²¹ GARCÍA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 1956; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Mujer, maltratador y orden de alejamiento. Un problema sin resolver», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 107, Dykinson, 2012, p. 86; MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Derecho Penal. Parte Especial*, Larmarca Pérez (coord.), 3ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 640; MONTALBÁN HUERTAS, I., «Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima», en *Diario La Ley*, n. 6998, 28 julio 2008, p. 6; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 350.; entre otros.

²² CÓRDOBA RODA, J., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, García Arán y Córdoba Roda (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2330; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena», en *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.), Dykinson, Madrid, 2005, p. 971; SALCEDO VELASCO, A., «El quebrantamiento de

Su calificación como delito de propia mano solo permite la autoría directa, suponiendo mayores limitaciones a la participación. Así, para resolver los supuestos de intervención de terceros, unos optan por aplicar el tipo del art. 470 CP²³ y otros, las reglas generales de participación²⁴. La primera opción debe descartarse sobre la base de los elementos del tipo penal, en primer lugar, porque el sujeto sobre el que recaen las consecuencias jurídicas a las que se refiere el art. 468.2 CP no tiene por qué encontrarse privado de libertad y, en segundo lugar, porque la conducta de la persona beneficiaria de la protección que colaborase en el quebrantamiento de la prohibición de residencia, alejamiento o comunicación no puede considerarse como «proporcionar la evasión». Mediante la aplicación de las normas generales de autoría y participación es «técnicamente viable la imputación de la persona protegida por la pena o medida en calidad de partícipe, ya sea como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento»²⁵.

La consideración del tipo contenido en este precepto legal como delito especial propio supone la delimitación de los sujetos que pueden ser autores: la persona sujeta a la pena o medida impuesta es la única que puede cometer el delito. Por lo que la persona beneficiada por la misma en ningún caso puede ser considerada como autora, aunque puede ser imputada por participación en el delito, como cooperadora necesaria o inductora²⁶.

Existen otras posturas, como la de Robles Planas, que entiende que el delito de quebrantamiento de condena es un delito especial de deber en el que se han previsto distintos tipos penales según la clase de sujeto activo²⁷. De forma que el tercero que interviene en un quebrantamiento debe ser castigado únicamente por el art. 470 CP, si el

condena: los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 4, 1997, p. 312; entre otros.

²³ CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 2330; SALCEDO VELASCO, A., *op. cit.*, p. 314.

²⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 971.

²⁵ CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Tesis Doctoral, Jiménez Díaz (dir.), Universidad de Granada, 2016, p. 196.

²⁶ CUETO MORENO, C., *ibid*, p. 196.

²⁷ ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, 2006, p. 133. Como regla general defiende la impunidad de toda persona que intervenga en un delito especial de deber sin reunir las condiciones personales exigidas por el tipo para ser autor, salvo en los casos en que el legislador articule su responsabilidad criminal a través de la creación de tipos específicos en la Parte Especial del Código Penal.

precepto lo permite, y en ningún caso cabe la imputación como partícipe por delito del art. 468 CP.

Partiendo de la distinción entre delitos especiales de deber y de posición²⁸, surge la postura de Montaner Fernández, que considera el tipo del art. 468.1 CP un delito especial de deber, mientras que clasifica el art. 468.2 CP como delito de posición, de forma que pueden ser sujetos activos las personas que se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, esto incluye, tanto a la persona obligada por la pena o medida, como a la persona beneficiaria de la misma²⁹. Por lo que la víctima que se pretende proteger puede ser castigada no solo como partícipe, sino también como autora del delito.

B) Elemento subjetivo

El quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP es un delito doloso, por lo tanto, para entender cometido dicho delito es imprescindible que concurra el elemento subjetivo. Como se manifiesta en la STS 114/2008 de 8 de abril, este componente subjetivo no es otro que el dolo³⁰, es decir, la existencia de voluntad por parte del sujeto de quebrantar la prohibición a la que está sujeto.

Según la doctrina, este dolo debe interpretarse como la voluntad de sustraerse definitivamente a la pena o medida impuesta, frustrando de esta forma su efectividad³¹. Se trata de un dolo genérico, como expresa la STS 496/2003, de 1 de abril³², que

²⁸ ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003, p. 238. Según este autor, hay que distinguir «entre aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial) de aquellos otros delitos que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. Los primeros se denominan aquí delitos de posición y los segundos delitos especiales de deber».

²⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2007, p. 13. La autora se basa en el tenor literal del precepto para afirmar que las propias víctimas también pueden quebrantar las penas o medidas: el art. 468.1 se refiere a «**Los que** quebrantaren **su** condena, medida...», mientras que en el art. 468.2 castiga de forma genérica «**a los que** quebrantaren **una** pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida...».

³⁰ «En el art. 468.2 CP, relativo al quebrantamiento de penas en causa por violencia de género no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de la rotura de una de las penas previstas en el art. 48» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 114/2008 de 8 de abril de 2008 (ES:TS:2008:1334).

³¹ GARCÍA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 1805; FLORES MENDOZA, F., *op. cit.*, p. 754.

³² «elemento subjetivo requerido por el tipo, consistente en el dolo genérico de realizar la acción prohibida de manera consciente y voluntaria, es decir, sabiendo lo que se hace y haciendo lo que se quiere» Sentencia

comprende tanto el conocimiento de los elementos objetivos del tipo como la voluntad de vulnerarlos, sin que sea necesario un dolo de tendencia dirigido a una finalidad concreta³³. Por lo tanto, es suficiente con que el sujeto sea conocedor del elemento normativo del tipo, entienda que tiene que cumplir la prohibición impuesta y tenga conciencia de que con su conducta vulnera la pena o medida impuesta, poniendo en riesgo el bien jurídico protegido. No debe confundirse el dolo, que es único e inmediato, con el móvil, que es plural y mediato; de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, será irrelevante en cuanto a la construcción del tipo subjetivo³⁴.

No son punibles las conductas imprudentes, solo se admite la comisión dolosa de este delito, porque la propia acción típica de quebrantar supone el necesario conocimiento de la prohibición existente y la voluntad de infringirla mientras se halle vigente. También admite el TS la comisión del tipo concurriendo dolo eventual, fundamentado en el «conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal»³⁵. Mientras que los encuentros fortuitos o casuales no dan lugar a responsabilidad, por faltar en estos supuestos el dolo, que es un elemento esencial, ya que se exige que el incumplimiento de la medida en cuestión sea de forma consciente y voluntaria³⁶.

del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 496/2003 de 1 de abril de 2003 (ES:TS:2003:2244).

³³ El elemento subjetivo «consistente en el dolo típico, entendido éste como conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y 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» SAP NA 107/2010, de 29 de junio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), núm. 10/2007 de 19 de febrero de 2007 (ES:APSO:2007:31); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), núm. 12/2008 de 24 de abril de 2008 (ES:APM:2008:7407); Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 2ª), núm. 43/2007 de 15 de febrero de 2007 (ES:APO:2007:323); entre otras.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 991), núm. 664/2018 de 17 de diciembre de 2018 (ES:TS:2018:4341); SAP NA 107/2010, de 29 de junio.

³⁵ STS 664/2018, de 17 de diciembre.

³⁶ «se trata de un delito doloso que exige que el incumplimiento de la medida de que se trate sea de forma consciente y voluntaria (lo que excluirá la comisión del delito cuando se trate, por ejemplo, de encuentros puramente fortuitos o producidos por fuerza mayor)» SAP NA 107/2010, de 29 de junio.

IV. EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DEL ART. 468.2 CP

1. EL CONSENTIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El consentimiento, aunque no aparece recogido entre las causas de exclusión de responsabilidad penal del art. 20 CP, puede excluir la responsabilidad penal en algunos delitos, como ocurre con la causación de determinadas lesiones corporales, en virtud del art. 156 CP³⁷. Según la doctrina, el consentimiento, además de excluir la responsabilidad penal, puede incluso «impedir que la conducta lesiva sea subsumible en un tipo penal» cuando el bien jurídico protegido es de carácter individual y disponible por su titular³⁸. Esto ocurre, por ejemplo, en los abusos sexuales, en base al art. 181 CP³⁹, o en los supuestos de hurto, del art. 234 CP⁴⁰.

Por lo tanto, para que el consentimiento de la víctima tenga eficacia y pueda determinar la lesividad de una determinada conducta, debe cumplirse el requisito de que el tipo penal proteja un bien jurídico del que la víctima es titular individual y que sea disponible por la misma⁴¹. De esta forma, las distintas posturas adoptadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en relación con la validez del consentimiento en el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, han convertido el bien jurídico protegido por este tipo penal en el objeto central de la discusión. Ya que, según la naturaleza del bien jurídico, este podrá considerarse disponible o indisponible.

2. TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN EL ART. 468.2 CP ANTES DEL ACUERDO DE 2008

2.1. Discusión jurisprudencial

³⁷ «el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo» Código Penal, art. 156.

³⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en *Derecho Penal Parte General*, Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (coords.), 2ª ED., Comares, Granada, 2016, p. 239.

³⁹ «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses» Código Penal, art. 181.

⁴⁰ «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros» Código Penal, art. 234.

⁴¹ MACHADO RODRÍGUEZ, C. I., «El consentimiento en materia penal», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, n. 95, 2012, p. 30.

La jurisprudencia del TS era unánime estimando que el consentimiento de la víctima era irrelevante⁴², hasta la STS 1156/2005, de 26 de septiembre⁴³. En esta discutida sentencia, se reconoce que las penas, igual que las medidas cautelares, se imponen para ser cumplidas y que la vigencia de la medida no puede quedar al arbitrio de la persona en cuya protección se otorga, por la absoluta falta de seguridad jurídica que supondría para la otra persona, que «prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida». Sin embargo, considera que la reanudación de la convivencia «acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva». Esta postura supone que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial queda condicionado a la voluntad de la persona protegida por dicha medida. Aclara el tribunal, finalmente, que esta extinción de la medida tiene lugar «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». El tribunal adopta esta decisión como solución que respeta el marco inviolable de la decisión libremente autodeterminada y en defensa del derecho a vivir juntos⁴⁴.

Tras esta polémica sentencia, el TS no consolidó dicha postura, sino que en las siguientes sentencias en las que se pronunciaba acerca del quebrantamiento consentido fue rectificando su criterio. En la STS 69/2006, de 20 de enero⁴⁵, matiza, que la doctrina establecida por la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, solo debe ser considerada en caso de un «consentimiento firme y relevante por parte de la víctima», y siempre desde la perspectiva de propuesta de un error invencible de tipo. Mientras que de la STS

⁴² «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 [...], aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 701/2003 de 16 de mayo de 2003 (ES:TS:2003:3323).

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1156/2005 de 26 de septiembre de 2005 (ES:TS:2005:5567).

⁴⁴ «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"» STS 1156/2005, de 26 de septiembre.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 69/2006 de 20 de enero de 2006 (ES:TS:2006:701).

1079/2006, de 3 de noviembre⁴⁶, puede deducirse que para aplicar el criterio de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, y que el consentimiento de la víctima sea relevante, dicho consentimiento debe otorgarse con carácter previo a la conducta que supone la consumación del delito de quebrantamiento.

Por otra parte, según la STS 10/2007, 19 de enero⁴⁷, el consentimiento de la ofendida no podría eliminar la antijuricidad del hecho si está condicionado o viciado; en el caso que se examinaba en dicha sentencia se encontraba condicionado «por presiones de la familia». Además, defiende que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida», y aunque la medida fuera acordada en beneficio de la seguridad de la víctima, para proteger su vida e integridad corporal, este no es el bien jurídico que se pretende proteger con el precepto. Más aún, la vida y la integridad corporal tampoco son bienes jurídicos disponibles.

La STS 775/2007, de 28 de septiembre⁴⁸, distingue entre medida y pena, atribuyendo únicamente relevancia al consentimiento de la persona ofendida en el caso de la primera. Se hace referencia expresa a la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, pero, en este caso, el tribunal no aplica la misma solución, fundamentándose en que aquella sentencia se refería al incumplimiento de una medida de seguridad, que se aplica a petición de parte e incluso puede solicitarse su cese, mientras que en el caso que le atañe se quebranta una pena ya impuesta, que no es disponible. Además, el quebrantamiento de la pena finalizó con la reiteración delictiva que se pretendía evitar, a diferencia del caso de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, en el que no dio lugar a ningún ilícito posterior.

⁴⁶ «Pero semejante alegación no resulta de recibo, ni aún a la vista del contenido de la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2005, que se cita en su fundamento, puesto que la aceptación de la convivencia por parte de la víctima es posterior a la consumación de ese delito» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1079/2006 de 3 de noviembre de 2006 (ES:TS:2006:6953).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 10/2007 de 19 de enero de 2007 (ES:TS:2007:100).

⁴⁸ «una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, [...] y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aún contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 775/2007 de 28 de septiembre de 2007 (ES:TS:2007:6386).

Finalmente, el TS, en su STS 114/2008, de 8 de abril, determina que el único componente subjetivo del quebrantamiento del art. 468.2 CP es el dolo, como se ha mencionado previamente, pero abre la posibilidad a «plantearse la existencia de un error de prohibición» cuando medie consentimiento por parte de la víctima; a pesar de que, en el caso que le concierne, no puede considerar probado dicho consentimiento.

Dada la inestabilidad del criterio aplicado por el TS, las Audiencias Provinciales también ofrecían respuestas diversas para los casos de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP que eran consentidos por la persona protegida. En muchas ocasiones siguieron el criterio de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, dando relevancia al consentimiento ya sea como causa de justificación que elimina la antijuricidad⁴⁹, como error de prohibición⁵⁰, e incluso como ausencia de dolo que supone la atipicidad de la conducta⁵¹. Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales continuaron aplicando el criterio anterior a la citada sentencia, es decir, la irrelevancia del consentimiento, al considerar que: «aunque en la sentencia del T.S. de 26 de septiembre de 2005 se consideró

⁴⁹ «descartada la concurrencia de una causa de justificación basada en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad familiar», se infiere a sensu contrario la consideración del consentimiento como causa de justificación, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª), núm. 36/2008 de 4 de febrero de 2008 (ES:APT:2008:142); «ha de prevalecer el derecho de la pareja a la reanudación de la convivencia, ejercido el cual en condiciones de plena libertad, el acercamiento pierde todo atisbo de antijuridicidad y la sanción penal todo su sentido» Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª), núm. 1081/2007 de 28 de diciembre de 2007 (ES:APBI:2007:2977); «su comportamiento no cumple las exigencias de la antijuridicidad material, dado que no es materialmente lesivo para el bien jurídico protegido. Una interacción caracterizada por la nota de consentimiento en su mantenimiento [...] no es una conducta que lesione uno de los intereses jurídicos cuya tutela penal se pretende con el tipo contenido en el artículo 468.2 CP. En concreto, la tutela de la indemnidad de la víctima» Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª), núm. 312/2006 de 26 de septiembre de 2006 (ES:APSS:2006:772).

⁵⁰ «El respeto al principio de intervención mínima o la apelación a criterios de proporcionalidad sugieren que la última conducta sea reconducida al error de prohibición cuando se pueda considerar que el obligado al respeto de la orden de alejamiento crea que ya no tiene vigencia ante el consentimiento de la víctima. Y ello con las consecuencias exculpatorias o atenuatorias del art. 14.3 del Código Penal, según fuera invencible o vencible el error padecido por el imputado» Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª), de 21 de enero de 2003 (ES:APCA:2003:135); «Se trata de un delito doloso de manera que el incumplimiento de la pena ha de serlo de forma consciente y voluntaria, lo que excluirá, en consecuencia, los supuestos de encuentros puramente fortuitos o los producidos por fuerza mayor, aquellos en los que concurra algún tipo de causa de justificación, o de exclusión de la culpabilidad así como cuando se demuestre la concurrencia de error de tipo o de prohibición en el obligado o incluso algún supuesto de delito provocado» Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª), núm. 38/2008 de 6 de febrero de 2008 (ES:APT:2008:144).

⁵¹ «debemos concluir que en los casos en los que la persona protegida por la prohibición de acercamiento manifiesta al obligado por la medida cautelar su renuncia a la misma, bien sea expresamente, bien mediante actos concluyentes, debemos entender que la infracción de la medida cautelar resulta atípica penalmente, de una parte, porque la conducta del acusado no atenta contra el bien jurídico que constituye el fin último de protección de la norma punitiva (la seguridad y tranquilidad de la víctima), y de otra, puesto que el obligado por la medida cautelar no es consciente de la vigencia ni de la vulneración de la prohibición que pesa sobre él» SAP SO 10/2007, de 19 de febrero.

atípica una conducta en el que la persona protegida consintió la aproximación, la referida sentencia es aislada y el criterio seguido no ha sido consolidado, y por lo tanto no puede considerarse Jurisprudencia»⁵².

2.2. Discusión doctrinal

La relevancia que debe otorgarse al consentimiento de la víctima en relación con el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP también ha sido objeto de discusión doctrinal, dando lugar a conclusiones muy dispares, como se ha visto con la jurisprudencia.

A) Irrelevancia del consentimiento

Un sector de la doctrina mantiene la postura de negar cualquier tipo de relevancia al consentimiento de la víctima, ya se trate de una pena o de una medida cautelar. Principalmente, esta postura se fundamenta en la defensa de que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, de carácter público e indisponible, lo que supone que el delito se cometerá independientemente de que exista consentimiento por parte de la víctima⁵³. Esto se basa en la doctrina que establece que el consentimiento solo puede eximir la responsabilidad penal en los delitos que protegen un bien jurídico cuyo titular es un individuo, y que no puede eximirla en los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales⁵⁴. No distinguen entre pena y medida cautelar al entender que, a pesar de su diferente naturaleza, ambas tienen carácter público y su ejecución depende de los órganos judiciales, por lo tanto, son indisponibles.

En este sentido, Montaner Fernández recuerda que la doctrina exige que sea el sujeto pasivo, es decir, el titular del interés ofendido por el delito, quien otorgue el consentimiento para que este pueda ser eficaz. En el delito de quebrantamiento el sujeto pasivo es el Estado, la Administración de Justicia, mientras que la persona protegida por la pena o medida solo es sujeto perjudicado del delito. Por lo que concluye que «no tiene

⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 1024/2006 de 29 de noviembre de 2006 (ES:APB:2006:12413).

⁵³ GARÍA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 1957; CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos con las personas: violencia doméstica y de género», en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoria al Código Penal español de 1995*, Corcoy Bidasolo y Mir Puig (dirs.), B de F, Reus, 2006, p. 167; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *op. cit.*, p. 72; MONTALBÁN HUERTAS, I., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, T. II, ed. 6ª, Tecnos, Madrid, 2004, p. 326.

sentido plantearse aquí la posible virtualidad del consentimiento, pues quien, en su caso, debiera consentir es el Estado y no la víctima de la violencia doméstica»⁵⁵. Además, esta autora, ante la afirmación del TS en su sentencia 1156/2005, de 26 de septiembre, de que «la efectividad de la medida depende [...] de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima – en cuya protección se acuerda – de mantener su vigencia siempre y en todo momento», sostiene que es cierto en cuanto el éxito de la medida impuesta depende de la actitud que esta adopte, pero que no debe confundirse con la vigencia de la pena o medida que depende en última instancia de una decisión judicial. Que la víctima consienta el acercamiento no siempre significa que desaparezca la necesidad objetiva de protección o la peligrosidad, por eso, considera que «en pro de una mayor seguridad jurídica, tiene sentido que la decisión sobre la vigencia de las medidas de protección, sea cual sea la forma jurídica que adopten, siga estando en manos de los órganos de la jurisdicción penal»⁵⁶.

También Valeije Álvarez al considerar que el delito de quebrantamiento de condena protege un bien jurídico colectivo o de naturaleza institucional, afirma la «ineficacia jurídico-penal del consentimiento de los particulares», incluida la víctima, porque su titularidad es compartida por el conjunto de la sociedad⁵⁷.

Asimismo, esta es la postura mantenida por la Fiscalía General del Estado desde el año 2005, y que aparece recogida en sus Conclusiones de Seminarios de Fiscales Delegados⁵⁸: el Fiscal deducirá testimonio por si los hechos fueran constitutivos de un delito de quebrantamiento, «aún cuando mediara el consentimiento de la víctima, sin perjuicio de la valoración de los hechos en instrucción». En 2008 se ratificó en su postura afirmando que, aunque medie consentimiento de la víctima «el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado», ni tampoco puede excluir el delito a efectos del art. 468 CP.

B) Ausencia de tipicidad

⁵⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 14.

⁵⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 344. Aunque la autora, en la p. 347, parece defender la relevancia del consentimiento en el caso de las medidas cautelares.

⁵⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Resumen Conclusiones Seminarios Fiscales Delegados VM años 2005 al 2010* [Consultado 09/06/2020] Disponible en: <https://www.fiscal.es>

Otros autores, siguiendo el criterio de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, señalan que la conducta debe reputarse atípica si el quebrantamiento no ha lesionado ni ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, que consiste, desde su punto de vista, en la indemnidad de la víctima⁵⁹. Esta postura encuentra su fundamento en la consideración de un bien jurídico pluriofensivo.

Como se ha expuesto anteriormente, el bien jurídico del delito de quebrantamiento de condena es el efectivo cumplimiento de las resoluciones de la Administración de Justicia; sin embargo, el subtipo específico del art. 468.2 CP ha planteado ciertas dudas en cuanto a la lectura del bien jurídico. Algunos autores lo han considerado como un bien jurídico pluriofensivo, al valorar que «hay en juego algo más»; según esta lectura, además de proteger a la Administración de Justicia, se protege también «la indemnidad de la víctima de un delito preexistente que conocidos los aspectos criminológicos del devenir de estos delitos se hace acreedora de una protección específica»⁶⁰. Esta consideración nace de la necesidad de explicar que el art. 468.2 CP contemple una pena tan grave para estos casos de delitos relacionados con violencia de género, doméstica o asistencial, incluso cuando lo que se quebranta es una medida cautelar, equiparándola a la prevista en el primer apartado para el quebrantamiento de consecuencias jurídico-penales estando en situación de privación de libertad⁶¹.

Muñoz Conde, siguiendo el criterio de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, sostiene que no habrá quebrantamiento cuando la persona beneficiaria de la medida de alejamiento consiente el acercamiento, e incluso la convivencia, con el sujeto al que se le impuso la medida cautelar o pena⁶².

C) *Posturas intermedias*

⁵⁹ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 158 [Consultado 10-06-2020] Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/info/9788499853253>

⁶⁰ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 345.

⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género», en *Cuadernos de derecho judicial: La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, n. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 170.

⁶² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, ed. 17ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 883.

Existen otros autores que mantienen posturas que difieren de las dos que se han presentado, buscando soluciones que se pueden considerar intermedias.

Algunos siguen el criterio de la STS 775/2007, de 28 de septiembre, distinguiendo entre el quebrantamiento de una pena y el de una medida cautelar. Defienden la irrelevancia del consentimiento en el caso de quebrantamiento de una prohibición impuesta como pena en sentencia firme, pero, abogan por excluir la responsabilidad penal cuando lo que se quebranta es una medida cautelar⁶³.

El argumento que les lleva a esta conclusión es la diferente naturaleza de ambas consecuencias jurídico-penales. La medida cautelar es de naturaleza transitoria o provisional, cuya adopción se basa en una situación objetiva de riesgo (art. 544 ter 1. LECrim) o en la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima (art. 544 ter 6. LECrim); por lo que, si desaparece esa causa externa y así lo cree la persona beneficiaria de la protección, «la medida cautelar ha perdido *ipso iure* su razón de ser» y el quebrantamiento no sería antijurídico, ya que no lesiona bien jurídico alguno⁶⁴.

También existen argumentos que se refieren al poder excesivamente tuitivo del Estado, al tratar de imponer al beneficiario de la protección la obligación de tener un comportamiento dirigido a mantener esa protección⁶⁵. En este sentido, Solé Ramón considera «que una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, puesto que ello sería incompatible con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad»⁶⁶.

Si por el contrario se trata de una prohibición impuesta por una pena, no atienden a los mismos argumentos, abogando por el principio de indisponibilidad y el carácter

⁶³ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, pp. 172 y ss; 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, p. 461.

⁶⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, pp. 346-347; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, pp. 173-175; SOLÉ RAMÓN, A. M., *op. cit.*, p. 449. Estos autores consideran que queda excluida la antijuricidad de la conducta para el caso de quebrantamiento de medida cautelar en el que colabora voluntariamente la persona en cuyo favor se impone.

⁶⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 346.

⁶⁶ SOLÉ RAMÓN, A. M., *op. cit.*, p. 462.

imperativo de las penas para excluir la eficacia del consentimiento de la víctima, obteniendo como resultado una conducta típica y antijurídica⁶⁷.

Solé Ramón, en defensa de este criterio, considera extrapolables los argumentos de autores, como Jiménez Díaz, que abogan por aplicar una pena menos grave para el quebrantamiento de una medida cautelar que para el caso de quebrantamiento de una pena⁶⁸. Así concluye que se debe conceder un tratamiento diferente al consentimiento en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar respecto al quebrantamiento de una pena⁶⁹.

Según Montaner Fernández, «quizá ésta sea la solución correcta o, mejor dicho, deseable para algunos casos», teniendo en cuenta la celeridad con la que, en ocasiones, se adoptan las medidas cautelares de protección a las víctimas de la violencia doméstica debido a la urgencia del caso, provocando, a veces, que ni la propia víctima tenga tiempo de reaccionar ante el devenir del proceso y lo que éste supone⁷⁰.

También puede considerarse como postura intermedia la mantenida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre⁷¹. Teniendo en cuenta la obligatoriedad de la imposición de la prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima, conforme al art. 57.2 CP, y «a la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los arts. 153 y 173.2 CP», la Fiscalía General del Estado ofrecía como posible solución de *lege data*, solicitar o informar favorablemente, en los supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia, el indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, interesando simultáneamente la suspensión de la ejecución conforme al art. 4.4 CP.

⁶⁷ SOLÉ RAMÓN, A. M., *op. cit.*, p. 449; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 347.

⁶⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *op. cit.*, p. 72. Sin embargo, esta autora, aunque es crítica con la equiparación punitiva entre el quebrantamiento de pena y el de medida cautelar, defiende que el consentimiento de la víctima es irrelevante en ambos casos.

⁶⁹ SOLÉ RAMÓN, A. M., *op. cit.*, p. 448.

⁷⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 19.

⁷¹ Circular de la Fiscalía General del Estado, núm. 2/2004, de 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_02_2004.pdf

3. ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DEL TS DE 2008 Y JURISPRUDENCIA POSTERIOR

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 supuso un punto de inflexión⁷². Dada la disparidad de criterios mantenidos por la jurisprudencia hasta ese momento, era necesaria la unificación y consolidación de la doctrina.

El primer asunto tratado en este Acuerdo fue la interpretación del art. 468 CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que quedase probado el consentimiento de la víctima, acordando por una mayoría de catorce votos frente a cuatro que: «El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP». Esta decisión viene a corroborar la postura que defendía la indisponibilidad, por parte de la víctima, de la medida cautelar. Sin embargo, en este intento por unificar criterios y aportar seguridad jurídica, el Acuerdo del TS olvida que estas prohibiciones no se imponen exclusivamente en el ámbito de la violencia de género, por lo que debería haber sustituido el término «mujer» por el de «víctima» o «persona»⁷³. Además, aunque en el Acuerdo únicamente se hace referencia a las medidas cautelares, debe entenderse que es aplicable tanto a éstas como a las penas y medidas de seguridad⁷⁴.

En virtud del segundo punto del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006, que establece que «los acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes»⁷⁵, esta ha sido la línea jurisprudencial seguida desde entonces.

En la STS 39/2009, de 29 de enero⁷⁶, se hace referencia a este Acuerdo y se señala que el perdón de la persona ofendida por la infracción criminal solo tiene cabida en los delitos privados, tal y como prevé la ley penal. Sin embargo, dos de los magistrados formularon un voto particular, en el que afirman que es preciso distinguir entre el

⁷² Acuerdo del Tribunal Supremo (Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda), de 25 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

⁷³ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, p. 273.

⁷⁴ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, p. 274.

⁷⁵ Acuerdo del Tribunal Supremo (Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda), de 18 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 39/2009, de 29 de enero de 2009 (ES:TS:2009:421).

quebrantamiento de una pena y el de una medida cautelar. Para ellos, «el fundamento de la relevancia del consentimiento [...] debe ser considerado desde la perspectiva constitucional del derecho a la autodeterminación y, más concretamente, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10 CE», por ello ponen en duda que la irrelevancia absoluta del consentimiento pueda adoptarse como solución general, sin tener en cuenta las condiciones en que este fue emitido. También se dictó otra sentencia, STS 92/2009, en la misma fecha, 29 de enero⁷⁷, que confirma la irrelevancia del consentimiento.

En el mismo sentido se dictaron las SSTs 172/2009, de 24 de febrero⁷⁸, y 349/2009, de 30 de marzo⁷⁹. La primera, además de rechazar la posibilidad de que un posible acuerdo entre acusado y víctima pudiese dejar sin efecto el cumplimiento de la condena; sostiene que no puede admitirse un error de prohibición cuando el acusado «al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta del ordenamiento a esa forma de actuar». Y, la segunda, declara expresamente que la Sala ha abandonado el criterio recogido por la STS 1156/2005, de 26 de septiembre.

Un caso llamativo es el de la STS 654/2009, de 8 de junio⁸⁰, que resuelve un recurso de casación en el que se enfrentan las contrarias posturas jurisprudenciales respecto a la infracción consentida de una medida cautelar, esto se debe a la confusión existente por el cambio de doctrina del TS, realizado «sin más y sin justificar la modificación realizada»⁸¹. El Tribunal de instancia mantenía la tesis de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, sosteniendo la atipicidad de la conducta al haber reanudado voluntariamente la relación, frente al Ministerio Fiscal que, citando la STS 10/2007, de 19 de enero, abogaba por la existencia del delito, ya que la vigencia del bien jurídico protegido, el principio de autoridad, «no queda enervada o empañada por el

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 92/2009, de 29 de enero de 2009 (ES:TS:2009:920).

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 172/2009, de 24 de febrero de 2009 (ES:TS:2009:924).

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 349/2009, de 30 de marzo de 2009 (ES:TS:2009:1651).

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 654/2009, de 8 de junio de 2009 (ES:TS:2009:4793).

⁸¹ SOLÉ RAMÓN, A. M., *op. cit.*, p. 461.

consentimiento de la mujer». El TS resuelve el recurso recordando que, como pone de manifiesto la citada STS 10/2007, de 19 de enero, «el consentimiento de la víctima protegida por la condena penal no puede eliminar la antijuricidad del hecho» y que la prohibición impuesta no puede quedar al arbitrio de los particulares, «salvo resolución judicial legalmente fundada o concesión de indulto».

La STS 755/2009, de 13 de julio⁸², vuelve a confirmar la que dice ser «doctrina mayoritaria de esta Sala», considerando cometido el delito de quebrantamiento independientemente del consentimiento, y cita varias razones por las que debe reputarse irrelevante la voluntad de la víctima. Y durante los años siguientes se consolida la aplicación del criterio del referido Acuerdo de la Sala General del TS de 2008, un ejemplo de ello es la STS 61/2010, de 28 de enero⁸³, aunque recuerda que «la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto».

Atendiendo a jurisprudencia más reciente, se puede hacer mención de la STS 667/2020, de 14 de enero⁸⁴, que se refiere a la univocidad de la jurisprudencia en relación al consentimiento desde el mencionado Acuerdo del TS en 2008, poniendo como ejemplo diversas sentencias⁸⁵. Así, sostiene que el bien jurídico es la efectividad de las resoluciones de la Administración de Justicia; pero, aunque no desnaturaliza su carácter indisponible, reconoce «que tiene un carácter dual, pues también persigue como finalidad

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009 (ES:TS:2009:4716): «la voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante por las siguientes razones: a) el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes; b) el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio; c) el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor; d) la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro, artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas».

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 61/2010, de 28 de enero de 2010 (ES:TS:2010:636): «el Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008, proclamó que "... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del CP ". Esta tesis ya ha sido acogida por la STS 39/2009, 29 de enero».

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 667/2020, de 14 de enero de 2020 (ES:TS:2020:64).

⁸⁵ «Tesis acogida por sucesivas sentencias (entre otras SSTS 39/2009 de 29 de enero; 172/2009 de 24 de febrero; 61/2010 de 28 de enero; 95/2010 de 12 de febrero 268/2010 de 26 de febrero; 1065/2010 de 26 de noviembre; 126/2011 de 31 de enero; 1010/2012 de 21 de diciembre; 539/2014 de 2 de julio; 803/2015 de 9 de diciembre; ó 748/2018 de 14 de febrero de 2019)» STS 667/2020, de 14 de enero.

última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas»⁸⁶. Por lo tanto, defiende que el cumplimiento de una pena o medida cautelar no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, argumentando que «la necesidad de proteger de manera efectiva a quienes son víctimas de la violencia de género emerge hoy como un interés colectivo indisponible, que ha desembocado en todo un esquema legal orientado a tal fin, y que desde esta perspectiva ha sido interpretado por esta Sala».

4. POSIBLES VÍAS PARA EXCLUIR O AMINORAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INFRACTOR

Como se ha visto, desde el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 2008 el criterio aplicable es la irrelevancia genérica del consentimiento de la víctima y la responsabilidad penal del agresor como autor del delito tipificado en el art. 468.2 CP. Sin embargo, existen algunas vías que se han utilizado en ocasiones para intentar excluir o aminorar dicha responsabilidad a la vista de las circunstancias del caso.

4.1. Error de prohibición

El error de prohibición ha sido la figura principal a la que acude la jurisprudencia para este fin. Esta figura se aprecia cuando el sujeto desconoce o tiene una valoración errónea sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Aparece regulado en el art. 14.3 CP, y supone la exclusión de la responsabilidad criminal en el supuesto de error invencible o la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados si es vencible.

En el caso de quebrantamiento de condena consentido, se puede entender que el consentimiento de la víctima, en algunos casos, puede generar al sujeto infractor una percepción errónea sobre la obligatoriedad de la prohibición impuesta en una medida o pena. El sujeto es conocedor de la vigencia de la prohibición impuesta, pero tiene la creencia equivocada de que el consentimiento de la persona protegida supone la falta de obligación de cumplirla; es decir, cree que existe una causa de justificación que elimina su antijuricidad.

Por lo tanto, como se recoge en la STS 126/2011, de 31 de enero⁸⁷, «la subsistencia de la tipicidad de la conducta no excluye, como en cualquier otro caso, un hipotético error

⁸⁶ En este sentido, también la STS 664/2018, de 17 de diciembre.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 126/2011, de 31 de enero de 2011 (ES:TS:2011:1307).

de prohibición», pero se exige que «la apreciación de éste ha de resultar de datos objetivos que lo acrediten». Algunos ejemplos de sentencias absolutorias dictadas por Audiencias Provinciales al considerar que concurre error invencible son la SAP de León 189/2009, de 6 de noviembre, la SAP de Sevilla 553/2009, de 5 de octubre y la SAP de Córdoba 93/2009, de 14 de abril⁸⁸.

Sin embargo, la mayor parte de la jurisprudencia menor tiende a excluir su aplicación, al considerar que «no puede alegarse error alguno respecto del conocimiento de la obligatoriedad de cumplir lo resuelto por el Juez» habiendo sido probado que la prohibición impuesta le fue notificada, y teniendo «a su alcance asesorarse a través de su letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado»⁸⁹.

4.2. Estado de necesidad

En alguna ocasión se ha tratado de subsumir el delito en la causa de justificación del art. 20.5 CP, apreciando la existencia de estado de necesidad al entender que el quebrantamiento era lo más adecuado para proteger otro bien jurídico de mayor valor. Dicho artículo exige varios requisitos:

- 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.

Los supuestos en los que se suele alegar el estado de necesidad se refieren a motivos como el cuidado de hijos menores, llevar a estos al colegio o la necesidad de tener una vivienda⁹⁰.

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª), núm. 189/2009, de 6 de noviembre de 2009 (ES:APLE:2009:1299); Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), núm. 553/2009, de 5 de octubre de 2009 (ES:APSE:2009:2844); Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), núm. 93/2009, de 14 de abril de 2009 (ES:APCO:2009:639).

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª), núm. 644/2011, de 21 de diciembre de 2011 (ES:APV:2011:6437); en el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), núm. 12/2011, de 14 de enero de 2011 (ES:APM:2011:3708).

⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 851/2013, de 24 de octubre de 2013 (ES:APA:2013:4255); Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense (Sección 2ª), núm. 13/2014, de 16 de enero de 2014 (ES:APOU:2014:11).

4.3. Atenuante analógica

Por último, existe la opción de solicitar la aplicación de una atenuante analógica muy cualificada al concurrir el consentimiento de la víctima. El art. 21. 7º CP recoge esta atenuante de la responsabilidad criminal por «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

En ocasiones, los tribunales han optado por vincular «esta atenuante analógica de provocación al incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima [...] a las atenuantes analógicas relacionadas con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad»⁹¹.

Sin embargo, en la STS 667/2020, de 14 de enero, citada anteriormente, la Sala aprecia que el consentimiento de la persona en cuyo favor se fija una prohibición de acercamiento no es idóneo para sustentar una atenuante analógica⁹², «sin perjuicio de que pueda ser un factor a tomar en cuenta a la hora de individualizar la pena». Ya se había pronunciado en este sentido la STS 539/2014, de 2 de julio⁹³, entendiéndose que no es lógico introducir como atenuante, a través del art. 21. 7º CP, los supuestos en los que no concurren los requisitos que el legislador exige para su apreciación y que ya han sido conscientemente desechados.

⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 327/2009, de 30 de marzo de 2009 (ES:APM:2009:3980); también en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 1276/2009, de 27 de noviembre de 2009 (ES:APM:2009:14727); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 328/2011, de 10 de marzo de 2011 (ES:APM:2011:1335).

⁹² «claudica cualquier posibilidad de anclar en el consentimiento de la persona que, además de la condenada, se ve afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP en su condición de víctimas del delito generador de las mismas, la "análoga significación" que faculta la construcción de una atenuante a través de la vía que abre el artículo 21.7 CP» STS 667/2020, de 14 de enero.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 539/2014, de 2 de julio de 2014 (ES:TS:2014:2702).

V. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA VÍCTIMA QUE CONSIENTE EL QUEBRANTAMIENTO

1. TRATAMIENTO DOCTRINAL

1.1. Diferentes criterios sobre la responsabilidad penal de la víctima

Al concluir que el consentimiento de la persona protegida por la pena o medida, de forma general, no excluye la responsabilidad penal del sujeto obligado a la misma, surge la polémica sobre la relevancia penal de la conducta de dicha persona protegida.

Algunos autores consideran que el sujeto beneficiario de la protección que consiente o provoca el quebrantamiento puede ser castigado por su participación en la comisión del delito, ya sea como cooperador necesario o como inductor, e incluso algunos autores se plantean su posible imputación como autor⁹⁴.

La variedad de posturas existentes en relación con la posible responsabilidad penal de la víctima deriva de la discusión doctrinal, previamente comentada, sobre la clasificación de este delito como delito especial propio o delito de propia mano. La mayor parte de la doctrina lo considera un delito especial propio⁹⁵. De acuerdo con esta configuración, solo puede cometer el delito del art. 468.2 CP el sujeto sobre el que recae la obligación impuesta por resolución judicial. Por lo que la discusión sobre la relevancia penal del consentimiento quedaría reducida al ámbito de la cooperación necesaria o de la inducción⁹⁶.

Con base en las reglas generales de la participación, es técnicamente posible la imputación de la víctima como inductora o cooperadora necesaria en la comisión del delito⁹⁷; sin embargo, la postura mayoritaria⁹⁸ es la impunidad de la intervención de la

⁹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 13-14 y 20.

⁹⁵ GARCÍA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 1956; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *op. cit.*, p. 86; MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 640; MONTALBÁN HUERTAS, I., *op. cit.*, p. 6; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 350.; entre otros.

⁹⁶ MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 641.

⁹⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 14.

⁹⁸ PÉREZ RIVAS, N., «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», en *Política Criminal*, Vol. 11, n. 21, 2016, p. 49 [Consultado 10/06/2020] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100003

víctima, al considerar que lo contrario conduciría a situaciones absurdas e indeseadas por el Ordenamiento⁹⁹.

Los principales argumentos empleados para sostener la impunidad de la víctima son, por un lado, que esta no puede ser imputada por llevar a cabo una conducta que no le ha sido prohibida¹⁰⁰, y, por otro lado, que el legislador ha incluido el art. 470 CP recogiendo las distintas formas de participación en el quebrantamiento de condena que deben ser penadas, y el supuesto planteado no puede subsumirse en ninguno de los tipos penales previstos¹⁰¹. En relación con este último, García Albero apunta que el art. 470 CP impone un tipo de participación limitado por lo que no procede la aplicación de las reglas generales sobre participación al supuesto del art. 468 CP, y añade que «el art. 470 no parece aplicable, pues éste, quizá incoherentemente, habla de colaboración en una evasión y no en todo quebrantamiento»¹⁰². En este mismo sentido, Valeije Álvarez sostiene que no puede hablarse «de favorecimiento a la evasión de presos ni de infidelidad en la custodia de presos» cuando el sujeto no está bajo custodia y la pena no es privativa de libertad¹⁰³, por lo tanto, concluye esta autora, que la conducta de los terceros intervinientes en el quebrantamiento de penas no privativas de libertad debe quedar necesariamente impune.

Este mismo criterio han mantenido los Fiscales Delegados de la Violencia sobre la Mujer como se acredita en las conclusiones de los seminarios de los años 2005 a

⁹⁹ FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 161; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁰ «si la víctima se acerca voluntariamente al condenado no hay quebrantamiento de la pena [...] ni mucho menos participación en el delito de autoquebrantamiento de condena en su modalidad el art. 468.2 del CP» ya que «se trata de un delito especial, en que el autor sólo puede serlo quien se encuentre legalmente obligado a cumplir las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares impuestas» VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, pp. 342 y 350; «en vista de que el delito de quebrantamiento de condena es un delito especial, pues sólo puede ser cometido por quien está sometido a condena, medida de seguridad o prisión, medida cautelar, conducción o custodia, [...] no es posible castigar a la mujer como inductora o cooperadora en el delito de autoquebrantamiento de condena cuando es ella quien invita al acercamiento» FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 163.

¹⁰¹ «Las participaciones punibles de terceros quedan estrictamente limitadas a las mencionadas en el art. 470 fñl CP» VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 351; «en vista también de que el legislador ha tipificado expresamente la conducta del particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido como única forma de participación del particular que merece una respuesta penal, no es posible castigar a la mujer como inductora o cooperadora en el delito de autoquebrantamiento de condena cuando es ella quien invita al acercamiento» FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 163.

¹⁰² GARCÍA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 2284.

¹⁰³ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 351.

2010¹⁰⁴. Concluyen que «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 artículo 468 CP, 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 CP».

Faraldo Cabana, va más allá, y critica duramente cómo se deja de lado el verdadero problema de evitar los quebrantamientos no consentidos, y en su lugar, se apuesta por criminalizar todos los quebrantamientos, incluyendo los consentidos¹⁰⁵. Señala que «se ha pasado a obligar por ley a la separación de la pareja en caso de violencia de género» imponiendo medidas dirigidas a su protección incluso en contra de su voluntad, lo cual puede ser contraproducente si se obtiene como resultado que la víctima decida no denunciar sabiendo «que una vez presentada la denuncia pierde todo control sobre lo que suceda, incluyendo el desarrollo futuro de su relación sentimental»¹⁰⁶.

También Robles Planas defiende esta postura de no admitir ninguna forma de participación a través del art. 468.2 CP, siendo punibles únicamente las conductas de terceros subsumibles en el tipo penal del art. 470 CP. Este autor parte de su configuración de este delito como delito especial de deber, como previamente se ha expuesto, sosteniendo que el legislador ha previsto preceptos diferentes para subsumir todas las conductas que son merecedoras de castigo penal, y, al no encajar la conducta en cuestión en ninguno de los preceptos existentes, esta debe reputarse impune¹⁰⁷.

Otro sector minoritario de la doctrina mantiene que se debe castigar en todo caso a la víctima que consiente el quebrantamiento como inductora o cooperadora necesaria del delito¹⁰⁸; aunque, como afirma Montalbán Huertas, deberían evitarse los

¹⁰⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Resumen Conclusiones Seminarios Fiscales Delegados VM años 2005 al 2010* [Consultado 09/06/2020] Disponible en: <https://www.fiscal.es>

¹⁰⁵ FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, pp. 24 y 206. Para esta autora «la clave para que el sistema jurídico las represente adecuadamente estriba en tomarse en serio ambos, la relación que pretenden mantener y el peligro que afrontan. Este objetivo no se consigue imponiendo por ley la separación».

¹⁰⁷ ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices...*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁸ PÉREZ RIVAS, N., *op. cit.*, p. 48.

automatismos y, en su lugar, analizar si concurren los requisitos de la inducción y si el consentimiento de la ofendida es libre y determinante de la acción del quebrantador¹⁰⁹.

Montaner Fernández mantiene un criterio diferente, considera que se trata de un delito especial de posición, lo cual implica que se restringe el círculo de posibles sujetos activos a quienes se encuentran en una posición ideal para quebrantar la pena o medida impuesta, es decir, tanto la persona obligada a la prohibición como la persona beneficiaria de la misma. Aunque reconoce que «rigen las reglas generales sobre la intervención y que la ostentación de la posición especial no es determinante automáticamente de la autoría»¹¹⁰. Concluye, por lo tanto, esta autora, que, tal y como está redactado el art. 468.2 CP, es perfectamente sostenible castigar a la víctima que consiente o provoca el quebrantamiento, no solo como partícipe, sino incluso como autora del mismo¹¹¹.

Si bien es cierto, también Montaner Fernández admite algunas de las posibles vías para su impunidad que se presentan a continuación, afirmando que «la responsabilidad penal de la mujer víctima que quebranta la pena o medida de protección no siempre será la solución que se derive de la aplicación del derecho vigente»¹¹².

1.2. Vías para lograr su impunidad

Como se ha visto, es técnicamente viable imputar a la víctima como cooperadora necesaria o inductora por consentir el quebrantamiento, pero existen vías que permiten excluir o atenuar su responsabilidad penal para evitar dicho resultado tan controvertido.

A) Consentimiento viciado o causa de inexigibilidad

Como apuntan algunos autores¹¹³, para imputar a la persona beneficiaria de la protección, es necesario analizar las circunstancias del caso y verificar que el consentimiento se prestó de forma firme, libre y voluntaria.

¹⁰⁹ MONTALBÁN HUERTAS, I., *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 13.

¹¹¹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 13-14. La autora llega a esta conclusión analizando el tenor literal del precepto en cuestión: «En otras palabras, el tenor literal del tipo del art. 468.2 CP permite afirmar que las penas o medidas de protección a las víctimas también pueden ser quebrantadas por las propias víctimas».

¹¹² MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 20.

¹¹³ Entre ellos, MONTALBÁN HUERTAS, I., *op. cit.*, p. 8.

A menudo, puede considerarse que el consentimiento está viciado, ya sea por obedecer a presiones de su entorno o por padecer la víctima algún desequilibrio en su estado psíquico o psicológico vinculado a una situación de maltrato continuado, llegando incluso a desarrollar un trastorno por estrés postraumático¹¹⁴. Cuando concurre alguno de estos vicios cabe plantearse la exoneración de la responsabilidad penal a través de la circunstancia de trastorno mental transitorio del art. 20. 1º CP, o a través de la circunstancia de miedo insuperable prevista en el art. 20. 6º CP si se acredita que accedió a reanudar la relación o a entablar contacto con el obligado por la prohibición bajo intimidación o amenaza¹¹⁵.

B) Error de tipo

Algunos autores defienden la posibilidad de alegarse un error de tipo cuando la persona beneficiaria de la protección cree erróneamente que su conducta voluntaria de acercamiento o comunicación con su agresor deja sin efecto la pena o medida impuesta¹¹⁶. Se trata de un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.

Para Faraldo Cabana es una solución poco satisfactoria porque «tiene el inconveniente [...] de que se impone pena, aunque esté disminuida»¹¹⁷. Mientras que Montaner Fernández afirma que «en estos casos, incluso si el error es vencible y según lo dispuesto en el art. 14.1 CP, se llegaría a la exclusión de la responsabilidad criminal de la mujer»¹¹⁸. Esta última autora atiende al art. 14.1 CP que regula el supuesto de error «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal», estableciendo que el error invencible supone la exclusión de la responsabilidad criminal, mientras que, si fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. Pero el tipo del art. 468.2 CP no admite la comisión imprudente de este delito, como previamente se ha mencionado al analizar el elemento subjetivo del tipo, lo que supondría también la exclusión de la responsabilidad.

C) Error de prohibición

¹¹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 21 y 22.

¹¹⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 22; FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 20 y 21; FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 162; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 162.

¹¹⁷ FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 162.

¹¹⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 21.

La doctrina también admite la posible concurrencia de un error de prohibición cuando la víctima que consiente desconoce la antijuricidad de su conducta¹¹⁹. En virtud del art. 14.3 CP «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».

Faraldo Cabana tampoco considera que esta sea una solución satisfactoria, ya que «no en todos los casos podrá afirmarse la existencia de un error de prohibición» puesto que su apreciación dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, y en caso de apreciarse, será difícil probar su invencibilidad, «y la apreciación de un error vencible supone la imposición de la pena inferior en uno o dos grados»¹²⁰. El hecho de que se siga imponiendo una pena, aunque sea de corta duración y pueda ser sustituida, le parece una solución inadecuada. También Queralt Jiménez considera estas soluciones como poco satisfactorias¹²¹.

D) Atenuante del art. 65.3 CP

En caso de condenar a la víctima como inductora o cooperadora necesaria, procede la aplicación de la circunstancia atenuante que recoge el CP en su art. 65.3 que supone la imposición de la pena inferior en grado «cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor». En este supuesto es de aplicación si se considera que la víctima no puede ser autora del delito al no estar sujeta al cumplimiento de la prohibición impuesta.

En este sentido, en la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, se establece que la atenuación de la pena deberá acordarse en función de su contribución al hecho, teniendo en cuenta «la mayor o menor proximidad del *extraneus* al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo»¹²².

E) Solicitar el indulto y la subsiguiente suspensión de la pena

¹¹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 162; MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 22, lo admite «sólo para casos concretos»; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *op. cit.*, p. 86.

¹²⁰ FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 162.

¹²¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 162.

¹²² Circular de la Fiscalía General del Estado, núm. 2/2004, de 22 de diciembre de 2004.

Por otra parte, la Fiscalía General del Estado aboga «informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección»¹²³.

Aunque algunos autores han valorado que esta solución no resuelve el eventual quebrantamiento que ya haya podido producirse mientras la prohibición estaba vigente¹²⁴.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La polémica STS 1156/2005, de 26 de septiembre, postulaba por la relevancia del consentimiento de la víctima dando lugar al decaimiento de la medida. Sin embargo, ya advertía que en caso de optar «por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida», habría que considerar coautora por cooperación necesaria o por inducción a la víctima que consiente la convivencia. Y termina señalando el tribunal que esta forma de proceder «produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar», ya que supondría una intromisión del sistema penal en la privacidad de la pareja y en su «derecho a vivir juntos».

En la jurisprudencia menor se pueden encontrar sentencias condenando a la víctima que consiente el acercamiento o la comunicación existiendo una prohibición impuesta por resolución judicial, aunque se trata de una postura minoritaria. En algunas sentencias solo se ha admitido esta posibilidad en el plano teórico¹²⁵.

Las Audiencias Provinciales, a menudo, para poder calificar la conducta de la persona que consiente como de cooperadora necesaria, han considerado decisivo acreditar su conocimiento tanto de la existencia de la prohibición infringida, como de su alcance y el tiempo de duración, «que sólo puede acreditarse fehacientemente mediante la prueba

¹²³ Circular de la Fiscalía General del Estado, núm. 2/2004, de 22 de diciembre de 2004.

¹²⁴ CUETO MORENO C., *op. cit.*, p. 264.

¹²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 161/2005, de 18 de mayo de 2005 (ES:APVA:2005:615); Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), núm. 115/2009, de 24 de febrero de 2009 (ES:APSE:2009:783); Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 154/2009, de 27 de febrero de 2009 (ES:APA:2009:703); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 317/2010, de 8 de marzo de 2010 (ES:APB:2010:3062).

de la notificación de la resolución a la persona protegida por la orden»¹²⁶. De ese conocimiento se puede desprender el ánimo de incumplir con la resolución judicial, según la SAP de Barcelona 170/2009, de 4 de febrero. En otras, como la SAP de Zamora 72/2012, de 2 de noviembre, se considera requisito indispensable para atribuir responsabilidad penal a la víctima que su intervención sea «relevante en orden a la consumación del delito de quebrantamiento de condena»¹²⁷.

A pesar de la existencia de sentencias que dictan la responsabilidad penal de la víctima, la mayor parte de la jurisprudencia opta por su impunidad en estos supuestos. En la mayoría de los casos ni siquiera se hace referencia a su posible responsabilidad penal, pero existen algunas que sí se pronuncian expresamente en contra de la posibilidad de castigar a la persona protegida. Entre ellas, pueden mencionarse la SAP de Málaga 576/2006, de 19 de septiembre¹²⁸, según la cual «no cabe considerarla coautora por cooperación necesaria, pues supondría una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos»; la SAP de Cantabria 2123/2009, de 30 de marzo¹²⁹, que sostiene que «se trata de una medida adoptada en su beneficio por lo que podría entenderse que ella quisiese renunciar a la misma», o la SAP de Pontevedra 145/2011, de 10 de mayo¹³⁰, que considera que «el hecho de que la mujer consintiera el acercamiento no puede hacerla cooperadora necesaria en la conducta de quien incumple la prohibición de acercarse, si tal prohibición solo a éste fue impuesta».

Otras sentencias aplican las posibles vías, previamente comentadas, para lograr la impunidad de la persona protegida. La STS 10/2007, de 19 de enero, hace referencia al

¹²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 170/2009 de 4 de febrero de 2009 (ES:APB:2009:1799); Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), núm. 382/2012, de 15 de junio de 2012 (ES:APGR:2012:1089); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 3/2010 de 23 de noviembre de 2009 (ES:APB:2009:14252).

¹²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), núm. 72/2012 de 2 de noviembre de 2012 (ES:APZA:2012:306); también en este sentido la SAP de Barcelona 3/2010, de 23 de noviembre, concluyendo que: «Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Severino sin la cual el delito de quebrantamiento de condena por el obligado, no se hubiera producido».

¹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª), núm. 576/2006, de 19 de septiembre de 2006 (ES:APMA:2006:3137).

¹²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), núm. 2123/2009, de 30 de marzo de 2009 (ES:APS:2009:297).

¹³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2ª), núm. 145/2011, de 10 de mayo de 2011 (ES:APPO:2011:1274).

consentimiento viciado por presiones externas sobre la víctima y la STS 61/2010, de 28 de enero, señala la importancia de comprobar la validez del consentimiento y asegurarse de que no es «expresión patológica de un síndrome de anulación personal» provocado por la pérdida de autoestima por parte de la mujer.

La SAP de Pontevedra 145/2011, de 10 de mayo, previamente mencionada, aunque ya rechazaba la posible responsabilidad de la víctima por no estar obligada al cumplimiento de la prohibición, plantea 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». Este error de tipo se fundamenta 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» por lo que no podía conocer que su conducta suponía la comisión de un delito.

Mientras que existen casos, como en la SAP de Barcelona 196/2007, de 21 de febrero¹³¹, en los que se ha considerado que la solicitud del indulto y la petición simultánea de la suspensión de la ejecución de la pena es la única vía legal válida para evitar una «separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja», y, por lo tanto, la persona beneficiaria de la protección ha sido imputada.

¹³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 196/2007 de 21 de febrero de 2007 (ES:APB:2007:1051).

VI. CONCLUSIONES

Al analizar la incidencia del consentimiento en la responsabilidad criminal del obligado a la pena o medida, se ha podido concluir que la postura jurisprudencial vigente se inclina a determinar su irrelevancia. A pesar de la disparidad de criterios existentes durante años en cuanto al quebrantamiento consentido, tanto por parte de la doctrina, como de la jurisprudencia, se puede afirmar que desde el Acuerdo de la Sala General del TS en 2008 la postura de forma general para estos supuestos es clara: el consentimiento de la víctima es irrelevante a efectos de determinar la comisión del delito del art. 468.2 CP, ya se trate de una prohibición impuesta como pena accesoria, medida de seguridad o medida cautelar.

Si bien es cierto, habría sido mejor que en dicho acuerdo, el TS hubiera sido más acertado en su redacción para disipar cualquier tipo de duda. Establece que «en los casos de medidas cautelares» el consentimiento «de la mujer» no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP. Hubiese sido más acertado, por un lado, referirse a la irrelevancia en todos los supuestos de quebrantamiento de consecuencias jurídicas a las que se refiere el tipo del art. 468.2, tanto medidas cautelares, como penas y medidas de seguridad. Y por otro, no restringir el objeto del acuerdo exclusivamente a los casos de violencia de género en los que la víctima es la mujer, ya que este supuesto puede originarse en cualquier tipo de relación dentro del ámbito de la violencia doméstica o asistencial.

El argumento principal que sostiene esta postura es la indisponibilidad del bien jurídico protegido por el tipo delictivo del art. 468.2 CP, que no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Y que, dado el carácter público e indisponible de las resoluciones judiciales, la prohibición impuesta no puede quedar al arbitrio de los particulares.

Todo ello sin perjuicio de las posibles vías mencionadas para excluir o aminorar su responsabilidad que se puedan alegar en función de las circunstancias de cada caso. Porque es cierto que, en algunos supuestos de quebrantamiento consentido, puede resultar excesivo imponer al obligado una pena privativa de libertad teniendo en cuenta la escasa gravedad de los hechos. Por lo tanto, se podría plantear la posibilidad de introducir un subtipo atenuado que permita imponer una pena inferior al infractor en los supuestos en los que concurra un consentimiento libre y expreso, y siempre, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

No queda tan clara la unanimidad respecto a la posible responsabilidad penal de la víctima que consiente el quebrantamiento de la prohibición establecida a su favor. La legislación vigente parece permitir la posibilidad de su imputación como cooperadora necesaria o inductora, aunque sea una solución absurda o indeseada.

Parte importante de este problema encuentra su origen en el carácter forzoso y automático en la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima a la que obliga el art. 57.2 CP. Por lo tanto, parte de la solución, como han apuntado muchos autores¹³², pasa por la modificación del discutido art. 57.2, otorgándole un carácter facultativo que permita la valoración de las circunstancias que concurren en cada caso concreto por parte del órgano judicial, decidiendo si procede la imposición de las prohibiciones a la vista de la gravedad del hecho y la situación objetiva de riesgo.

También se deberían añadir mecanismos jurídicos que permitan revisar la pena o medida durante su fase de ejecución, concediendo cierta flexibilidad a la vista del gran número de casos que terminan en quebrantamiento consentido con la voluntad de la pareja de reanudar la convivencia. De esta forma, se permitiría la suspensión o extinción de la prohibición cuando esa fuese la voluntad de la persona beneficiaria de la protección, siempre que se considerase pertinente por el órgano judicial atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada momento y la peligrosidad objetiva que pudiese suponer el obligado para la víctima. Algunos autores incluso consideran la posibilidad de consultar a la víctima o persona protegida para escuchar su voluntad, antes de decidir sobre la imposición de la prohibición¹³³.

Otra posible solución, que ya fue propuesta por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe de enero de 2011¹³⁴, es la introducción de un nuevo párrafo en el

¹³² VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, p. 352; FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, p. 220; SOLÉ RAMÓN, A. M., *op. cit.*, p. 462; PÉREZ RIVAS, N., *op. cit.*, p. 53.

¹³³ En este sentido, FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, pp. 64, 83 y 220, opina que «se hace necesario reflexionar sobre la procedencia de reformar el Código penal para incluir la posibilidad de sustituir la pena accesoria impuesta en la sentencia por otra distinta o de suspenderla en caso de que haya circunstancias que así lo aconsejen», y además, considera que «el Código penal no obliga a que se consulte la opinión de la víctima o persona protegida, pero no cabe duda de que es un dato relevante que el juez o tribunal sentenciador debe procurar conocer», ya que «dentro del necesario tratamiento específico de la violencia familiar y de género hay que atender y escuchar a la víctima o persona protegida, pues la desconsideración absoluta a lo que pretende obtener del sistema penal da lugar a su alienación».

¹³⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos

art. 468.2 CP aclarando que «en estos supuestos, el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará su responsabilidad penal». Esta apunta a ser la solución más eficaz para evitar la imputación de la víctima que no es el sujeto directamente obligado al cumplimiento de la pena o medida.

Por el momento, hasta que se introduzca alguna modificación, deben tenerse en cuenta las posibles vías que se han comentado para lograr excluir su responsabilidad o, al menos, aminorarla: alegar vicios del consentimiento, error de tipo o de prohibición, atenuar la pena en virtud del art. 65.3 CP o solicitar el indulto.

detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, 2011 [Consultado 16/06/2020] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>

VII. BIBLIOGRAFÍA

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, T. II, ed. 6ª, Tecnos, Madrid, 2004.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004*, 2011 [Consultado 16/06/2020] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>

CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos con las personas: violencia doméstica y de género», en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoria al Código Penal español de 1995*, Corcoy Bidasolo y Mir Puig (dirs.), B de F, Reus, 2006, pp. 141-180.

CÓRDOBA RODA, J., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, García Arán y Córdoba Roda (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Tesis Doctoral, Jiménez Díaz (dir.), Universidad de Granada, 2016.

FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 [Consultado 10-06-2020] Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/info/9788499853253>

FLORES MENDOZA, F., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Derecho Penal Parte Especial*, Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (coords.), Comares, Granada, 2016.

GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

GONZÁLEZ RUS, J. J., «Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena», en *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.), Dykinson, Madrid, 2005.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en *Derecho Penal Parte General*, Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (coords.), 2ª ed., Comares, Granada, 2016.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Mujer, maltratador y orden de alejamiento. Un problema sin resolver», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 107, Dykinson, 2012.

MACHADO RODRÍGUEZ, C. I., «El consentimiento en materia penal», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, n. 95, 2012, pp. 29-49.

MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Derecho Penal. Parte Especial*, Lamarca Pérez (coord.), 3ª ed., Colex, Madrid, 2005.

MONTALBÁN HUERTAS, I., «Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima», en *Diario La Ley*, n. 6998, 28 julio 2008.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2007.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, ed. 17ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PÉREZ RIVAS, N., «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», en *Política Criminal*, Vol. 11, n. 21, 2016, pp. 34-65 [Consultado 10/06/2020] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100003

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género», en *Cuadernos de derecho judicial: La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, n. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 141-180.

ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, 2006.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003.

SALCEDO VELASCO, A., «El quebrantamiento de condena: los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 4, 1997.

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, pp. 447 y ss.

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», en *Estudios penales y criminológicos*, n. 26, 2006.

VIII. ANEXO DE LEGISLACIÓN

Ley de 17 de junio de 1870, autorizando el planteamiento del Código Penal reformado.

Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal.

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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 Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

IX. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Acuerdo del Tribunal Supremo (Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda), de 18 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

Acuerdo del Tribunal Supremo (Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda), de 25 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª), de 21 de enero de 2003 (ES:APCA:2003:135)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 496/2003 de 1 de abril de 2003 (ES:TS:2003:2244)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 701/2003 de 16 de mayo de 2003 (ES:TS:2003:3323)

Circular de la Fiscalía General del Estado, núm. 2/2004, de 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_02_2004.pdf

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 161/2005, de 18 de mayo de 2005 (ES:APVA:2005:615)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1156/2005 de 26 de septiembre de 2005 (ES:TS:2005:5567)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 69/2006 de 20 de enero de 2006 (ES:TS:2006:701)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª), núm. 576/2006, de 19 de septiembre de 2006 (ES:APMA:2006:3137)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª), núm. 312/2006 de 26 de septiembre de 2006 (ES:APSS:2006:772)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1079/2006 de 3 de noviembre de 2006 (ES:TS:2006:6953)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 1024/2006 de 29 de noviembre de 2006 (ES:APB:2006:12413)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 10/2007 de 19 de enero de 2007 (ES:TS:2007:100)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 2ª), núm. 43/2007 de 15 de febrero de 2007 (ES:APO:2007:323)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), núm. 10/2007 de 19 de febrero de 2007 (ES:APSO:2007:31)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 196/2007 de 21 de febrero de 2007 (ES:APB:2007:1051)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 775/2007 de 28 de septiembre de 2007 (ES:TS:2007:6386)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª), núm. 1081/2007 de 28 de diciembre de 2007 (ES:APBI:2007:2977)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª), núm. 36/2008 de 4 de febrero de 2008 (ES:APT:2008:142)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª), núm. 38/2008 de 6 de febrero de 2008 (ES:APT:2008:144)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 114/2008 de 8 de abril de 2008 (ES:TS:2008:1334)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), núm. 12/2008 de 24 de abril de 2008 (ES:APM:2008:7407)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 39/2009, de 29 de enero de 2009 (ES:TS:2009:421)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 92/2009, de 29 de enero de 2009 (ES:TS:2009:920)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 170/2009 de 4 de febrero de 2009 (ES:APB:2009:1799)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), núm. 115/2009, de 24 de febrero de 2009 (ES:APSE:2009:783)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 172/2009, de 24 de febrero de 2009 (ES:TS:2009:924)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 154/2009, de 27 de febrero de 2009 (ES:APA:2009:703)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 327/2009, de 30 de marzo de 2009 (ES:APM:2009:3980)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), núm. 2123/2009, de 30 de marzo de 2009 (ES:APS:2009:297)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 349/2009, de 30 de marzo de 2009 (ES:TS:2009:1651)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 654/2009, de 8 de junio de 2009 (ES:TS:2009:4793)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009 (ES:TS:2009:4716)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 3/2010 de 23 de noviembre de 2009 (ES:APB:2009:14252)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 1276/2009, de 27 de noviembre de 2009 (ES:APM:2009:14727)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 61/2010, de 28 de enero de 2010 (ES:TS:2010:636)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), núm. 317/2010, de 8 de marzo de 2010 (ES:APB:2010:3062)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), núm. 107/2010 de 29 de junio de 2010 (ES:APNA:2010:621)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), núm. 12/2011, de 14 de enero de 2011 (ES:APM:2011:3708)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 126/2011, de 31 de enero de 2011 (ES:TS:2011:1307)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 328/2011, de 10 de marzo de 2011 (ES:APM:2011:1335)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2ª), núm. 145/2011, de 10 de mayo de 2011 (ES:APPO:2011:1274)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª), núm. 644/2011, de 21 de diciembre de 2011(ES:APV:2011:6437)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), núm. 382/2012, de 15 de junio de 2012 (ES:APGR:2012:1089)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), núm. 72/2012 de 2 de noviembre de 2012 (ES:APZA:2012:306)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 851/2013, de 24 de octubre de 2013 (ES:APA:2013:4255)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense (Sección 2ª), núm. 13/2014, de 16 de enero de 2014 (ES:APOU:2014:11)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 539/2014, de 2 de julio de 2014 (ES:TS:2014:2702)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 991ª), núm. 664/2018 de 17 de diciembre de 2018 (ES:TS:2018:4341)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 650/2019 de 20 de diciembre de 2019 (ES:TS:2019:4218)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 667/2020, de 14 de enero de 2020 (ES:TS:2020:64)