

Quebrantamiento de condena y violencia de género: ¿absoluta irrelevancia del consentimiento de la mujer? *

Carolina Bolea Bardon

Universidad de Barcelona

BOLEA BARDON, CAROLINA. Quebrantamiento de condena y violencia de género: ¿absoluta irrelevancia del consentimiento de la mujer? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-05, pp. 1-19.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-05.pdf>

RESUMEN: El elevado número de condenas por quebrantamiento de penas y medidas que se registra en los últimos años en el contexto de la violencia de género está directamente relacionado con la obligación que tiene el juez de imponer la prohibición de aproximación a la víctima que establece el ap. 2 del art. 57 Código penal, cuando el agresor, pareja o expareja de la víctima, es autor de algunos de los delitos previstos en el ap. 1 del mismo precepto. De los diversos problemas que esta regulación trae consigo, destaca la falta de claridad del papel que juega el consentimiento de la mujer en relación con la vulneración de la prohibición de aproximación. La cuestión de cómo resolver los casos en que la víctima de violencia de género consiente o incluso insta a su pareja o expareja al incumplimiento, lejos de quedar resuelta con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25-01-08, sigue generando controversia.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género, quebrantamiento de condena, incumplimiento de medida, consentimiento, prohibición de aproximación, principio de culpabilidad, responsabilidad por el hecho.

TITLE: **Breach of sentence and gender-based violence: is the woman's consent absolutely irrelevant?**

ABSTRACT: The high number of convictions for breach of sentences and measures recorded in recent years in the context of gender violence is directly related to the obligation of the judge to impose the prohibition on approaching the victim established in section 2 of Article 57 Spanish Criminal Code, when the aggressor, partner, or ex-partner of the victim, is the perpetrator of some of the offences provided for in section 1 of the same provision. Of the various problems that this regulation brings with it, the lack of clarity of the role played by the woman's consent in relation to the violation of the prohibition of proximity stands out. The question of how to resolve cases in which the victim of gender violence consents to or even urges her partner or ex-partner to breach, far from being resolved with the Agreement of the Non-Jurisdictional Plenary of the Second Chamber of the Supreme Court of 25-01-08, continues to generate controversy.

KEYWORDS: Gender violence, breach of sentence, consent, prohibition of approach, principle of culpability, responsibility for the act.

Fecha de recepción: 15 enero 2023

Fecha de publicación en RECPC: 5 mayo 2023

Contacto: bolea@ub.edu

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Problemática derivada de la aplicación del art. 57.2 CP. 3. Pena agravada de quebrantamiento en el contexto de la violencia de género. 4. Quebrantamiento de medidas cautelares o penas consentidos por la víctima. 4.1. Consecuencias para el hombre. 4.2. Consecuencias para la mujer. 5. Vías de solución propuestas por la jurisprudencia para determinar el castigo del hombre. 6. Crítica y reflexión final. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (FACTUM, RTI 2018-097727-B-100).

1. Introducción

Han pasado casi dos décadas desde la aprobación de la LO 1/2004, 28-12, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La LOVG se enmarca en una etapa legislativa caracterizada por la adopción de fuertes medidas de lucha contra la violencia doméstica y de género. Obtuvo el consenso de los partidos políticos, si bien la parte penal recibió críticas porque introdujo elementos de discriminación en la configuración de algunos tipos. Conviene, no obstante, recordar que la evolución legislativa en esta materia tiene como punto de partida la introducción del delito de violencia doméstica en el Código penal en el año 1989. Posteriormente, se suceden diversas reformas legislativas, todas ellas encaminadas a la expansión autónoma de este delito. Ello sucede en tres direcciones: la progresiva ampliación y diversificación de las conductas castigadas, la progresiva ampliación del círculo de sujetos pasivos del delito y la progresiva agravación de las penas¹.

Entre las diversas reformas de carácter sustantivo y procesal merecen especial mención: la creación de la Orden de protección (art. 544 ter LECrim), la reforma de la prisión provisional (art. 503 y 544 bis LECrim), la creación de Juzgados de Violencia contra la Mujer, la nueva configuración y ubicación sistemática del delito de violencia doméstica habitual (art. 173.2); la agravación sistemática de las penas en las lesiones, amenazas y coacciones: 148.4 y 5 y 153, 171.4 y 172.2; la creación de nuevas penas y medidas (art. 57.2 CP); y la nueva regulación del quebrantamiento de penas y medidas (prisión *obligatoria* en caso de incumplimientos de estas, art. 468.2 CP). Más recientemente, cabe destacar la incorporación de la agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4 CP, introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo), aplicable, según la jurisprudencia mayoritaria, no solo en el ámbito de la pareja o expareja, sino fuera de ella (en la línea de lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la

¹ Sobre la evolución legislativa en esta materia, vid. BOLEA BARDON, 2007, pp. 02:4 y ss. Más recientemente, BOLDOVA PASAMAR, 2020, pp. 177 y ss.

violencia doméstica, Estambul 11 mayo 2011)². Y, finalmente, cabe mencionar la promulgación de la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género; el nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar tras la LO 8/2021, de 4 junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia; y, por último, la incorporación de una nueva agravante específica de género en los delitos contra la libertad sexual tras la reforma de los delitos sexuales operada por LO 11/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual (vid. arts. 178.4.^a y 181.4. d) CP)³.

Con la presente investigación no se pretende afrontar las múltiples cuestiones que las sucesivas reformas legislativas en materia de violencia de género plantean. Tampoco se abordará el concepto de violencia de género, expresión que parece consolidada en el ámbito nacional y supranacional, pues se utiliza en textos jurídicos, estudios criminológicos, estudios sociológicos y, a nivel supranacional, en convenios y convenciones internacionales, pero que dista de ser unívoca. A los efectos de este trabajo, se parte de un concepto restrictivo de violencia de género, limitado a la violencia (física o psíquica) sobre la pareja o expareja (*intimate partner violence*)⁴. El objeto de estas páginas es poner de manifiesto algunos de los problemas que se derivan de la actual regulación del quebrantamiento de penas y medidas en el contexto de la violencia de género. Para ello, en primer lugar, se expondrá la problemática derivada de la aplicación del art. 57.2 CP. En segundo lugar, se analizará la modalidad típica agravada de quebrantamiento de condena prevista en el art. 468.2 CP. En tercer lugar, se examinarán las consecuencias del quebrantamiento de penas y medidas consentidos por la víctima para el hombre y para la mujer. A continuación, se

² En esta misma dirección, en el ámbito de Catalunya, la Ley 17/2020, de 22 de diciembre de modificación de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (modificada por Ley 17/2020, de 22 de diciembre), introduce un concepto de violencia machista que va más allá del concepto de violencia de género establecido en la LO 1/2004, siguiendo así lo establecido en el Convenio de Estambul, definiendo la violencia machista como la que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado (art. 4). Vid. también, STS 420/2018, 25-09 (ECLI:ES:TS:2018:3164), en la que se afirma que “Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja”. En el mismo sentido, STS 351/21, 28-04 (ECLI:ES:TS:2021:351): es suficiente que se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer. Vid. un análisis exhaustivo de la nueva agravante de discriminación por razón de género y su relación con la de discriminación por el sexo de la víctima en RUEDA MARTÍN, 2019, pp. 1-37.

³ Cabe advertir que en el 181.4.d), a diferencia del 180.4.d), no se menciona específicamente a la mujer como víctima, limitándose a exigir, para apreciar la agravación, que «la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia».

⁴ Este concepto restrictivo de violencia de género, del que parte la LO 1/2004, 28-12, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se contrapone a una noción más amplia que es la recogida en los convenios internacionales y que incluye distintas formas de violencia sobre la mujer. Así, entre otras conductas, la violencia sexual, violencia física (malos tratos, mutilación genital femenina, feminicidio), violencia psíquica, matrimonios forzados, hostigamiento, acoso sexual, aborto y esterilizaciones forzadas. Vid. una evolución del concepto en el plano internacional, en POGUI, (2019), pp. 285 y ss.

expondrán las distintas soluciones aportadas por la jurisprudencia. Finalmente, se hará una propuesta interpretativa del art. 468.2 CP con la pretensión de ofrecer una respuesta adecuada a las cuestiones planteadas.

2. Problemática derivada de la aplicación del art. 57.2 CP

Desde la reforma operada por la LO 15/2003, el art. 57 CP, en su apartado segundo, impone al juez la obligación de acordar, como pena accesoria privativa de derechos, la prohibición de aproximación a la víctima o a otros sujetos recogida en el art. 48.2 CP por un tiempo de hasta diez años, si el delito fuera grave o de hasta cinco si fuera menos grave, en todos aquellos casos en los que la víctima fuera alguna de las personas protegidas que menciona ese mismo apartado y el delito fuera alguno de los previstos en el primer apartado del mismo art. 57 CP⁵. Resulta sorprendente el elevado número de sentencias condenatorias por delito de quebrantamiento de penas o medidas en el ámbito de la violencia de género⁶. Es el segundo delito, por detrás del delito de violencia de género ocasional del art. 153.1 CP, con el mayor número de condenas, seguido por el delito de amenazas leves⁷. También es el segundo delito que más veces se investiga (por detrás del 153.1 CP)⁸. Si el 48,4% de los delitos instruidos por violencia de género lo son por el art. 153 CP, el 11,2% lo son por quebrantamiento de medida cautelar y un 7,6%, por quebrantamiento de penas⁹. Especialmente llamativa es la cifra de quebrantamientos consentidos por la víctima que muestran las estadísticas¹⁰. En este sentido, diversos estudios destacan el notable incremento de los casos de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), relacionados con la prohibición de aproximarse y/o comunicarse con la víctima, que tienen lugar

⁵ Como advierte, LAURENZO COPELLO, 2015, p. 802, «detrás de esta medida se percibe la desconfianza hacia un estamento judicial poco implicado por entonces con el problema del maltrato; pero también la aceptación implícita de un estereotipo muy habitual en las políticas de género: la idea de que toda mujer que ha vivido algún episodio de violencia, cualquiera sea su entidad, sufre alienación emocional y está incapacitada para adoptar decisiones “correctas” por sí misma».

⁶ Según el XIII Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2019, el porcentaje de internos penados con delitos por violencia de género que cumplen condena en centros de la AGE por delito de quebrantamiento de penas o medidas de alejamiento es del 43,1% (datos a 31-12-2019).

⁷ Vid. Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales, CGPJ, marzo 2016, p. 16 (no se han encontrado estudios más recientes). En cuanto al elevado número de condenas que se imponen aplicando el 153.1, advierten de los problemas derivados de su utilización automática, GORJÓN BARRANCO, 2012, p. 350; FUENTES OSORIO, 2013, p. 16:47.

⁸ Vid. Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, FGE, 2020, p. 35.

⁹ Vid. Informe Anual sobre Violencia de Género, CGPJ, 2021 p. 10.

¹⁰ En un estudio realizado en Cataluña se examinaron 542 resoluciones judiciales dictadas en los años 2007 y 2008, mostrando que en un 43% de todas las condenas por quebrantamiento se daba el consentimiento de la víctima, vid. CALVET BAROT/CORCOY BIDASOLO, 2010, p. 14 (no se han encontrado estudios más recientes).

por iniciativa de la persona protegida o con su consentimiento¹¹. No cabe duda de que elevado número de condenas por quebrantamiento de penas y medidas por vulnerar la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima está estrechamente relacionado con la obligatoriedad de imponer la prohibición de aproximación a la víctima (art. 57.2 CP). En respuesta a la problemática que arrojan estas cifras, desde distintas posiciones se aboga por eliminar la obligatoriedad del art. 57.2 CP, permitiendo la imposición facultativa de la pena en función de la constatación de una situación objetiva de riesgo¹². También han surgido voces en la doctrina a favor de suprimir el alejamiento como medida autónoma para subsumirla en la medida de libertad vigilada¹³.

3. Pena agravada de quebrantamiento en el contexto de la violencia de género

El delito de quebrantamiento previsto en el art. 468.2 CP se configura actualmente como un tipo específico, una modalidad agravada de quebrantamiento de condena cuando la pena, la medida cautelar o la medida de seguridad se haya impuesto en un procedimiento en el que el ofendido sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP¹⁴. En lo referente a las penas, el delito de quebrantamiento específico se refiere a todas las penas privativas de derechos incluidas en el art. 48 CP: privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; prohibición de aproximación a la víctima o a otras personas, de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o frecuentado por ellas y suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos reconocido en sentencia civil; y prohibición de comunicación con la víctima o con otras personas. Junto al quebrantamiento de estas penas se incluye el de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. Las medidas de seguridad que presentan la misma naturaleza que las penas privativas de derechos antes mencionadas son algunas de las incluidas en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3 CP. Téngase en cuenta que, según establece el art. 544 bis LECrim, el juez puede imponer como medidas cautelares la prohibición de

¹¹ Vid. PÉREZ RIVAS, 2016, pp. 35 y s.; DÍEZ RIPOLLÉS/CEREZO DOMÍNGUEZ/BENÍTEZ JIMÉNEZ, 2017, pp. 153 y ss. Según estos últimos autores (pp. 155 y ss.), el volumen de sentencias condenatorias por quebrantamientos consentidos oscila entre los años 2004-2014 en torno al 50% de todos los casos (basándose en los datos aportados por el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

¹² Cfr., en este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, 2006, p. 336; FARALDO CABANA, 2010, pp. 202 y s.; JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, p. 418; OLAIZOLA NOGALÉS, 2010, p. 309; LAURENZO COPELLO, 2015, pp. 804 y s.

¹³ Uno de los principales defensores de este posicionamiento es SANZ MORÁN, 2010, p. 142, siguiendo en este punto la Propuesta de modificaciones al Proyecto de reforma del Código penal de la plataforma “Otro derecho penal es posible”.

¹⁴ El art. 468.2 CP establece que «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas y la prohibición de aproximarse a determinadas personas o de comunicarse con ellas. Asimismo, desde la reforma operada por LO 1/2015, el quebrantamiento específico también es aplicable cuando el quebrantamiento tiene por objeto la medida de libertad vigilada regulada en el art. 106 CP.

La actual regulación penal en materia de quebrantamiento en el contexto de violencia de género y/o doméstica merece algunas consideraciones. En primer lugar, no deja de sorprender y resulta difícil de explicar que la imposición de pena de prisión obligatoria en caso de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP) no establezca distinción alguna en función del objeto del quebrantamiento¹⁵. Además de poco distintivo, prever una misma e idéntica pena, prisión, para el supuesto tanto de quebrantamiento de pena como de medida de seguridad o medida cautelar puede resultar desproporcionado¹⁶. En segundo lugar, no se atiende al hecho de que el autor del quebrantamiento pueda con posterioridad resultar absuelto del delito de violencia de género por el que había sido sometido a una medida de cautelar¹⁷. En tercer lugar, no se tiene en cuenta la gravedad del delito que se imputa o por el que ha sido condenado

¹⁵ En cambio, sí se tiene en cuenta la distinción a efectos de exigir el pronunciamiento expreso del juez en la sentencia de primera instancia para el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas durante la tramitación de la causa por delito de violencia de género. Dicho mantenimiento no se puede presumir mientras se resuelven los recursos contra la sentencia (art. 69 LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). De ahí, que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia por parte del juez sobre el mantenimiento de dichas medidas implica que dejan de estar operativas desde la fecha de la sentencia y, en consecuencia, el incumplimiento de la prohibición de aproximación (medida cautelar) no podría subsumirse en el delito de quebrantamiento de condena (vid., al respecto, BENLLOCH PETIT, 2021, p. 432).

¹⁶ Se muestra crítica frente a la falta de distinción, JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, pp. 418 y s. Según esta autora, “sería conveniente *acabar con la equiparación punitiva* que efectúa el *vigente art. 468.2 CP* respecto del *quebrantamiento de una medida cautelar y de una pena*. Aun cuando se parte de la base de que, de acuerdo con su redacción actual, a los efectos de ejecución del comportamiento típico resulta indiferente quebrantar un alejamiento decretado como medida cautelar que quebrantar el que ha sido impuesto como pena, no parece razonable que tengan asignada la misma respuesta penal. En aras del principio de proporcionalidad de las penas, la diferente naturaleza de ambas instituciones debe quedar reflejada en la pena que el quebrantamiento de una o de otra debe comportar (menor si se quebranta una medida cautelar y mayor si se trata de una pena)». Como propuesta de *lege ferenda*, reclama JIMÉNEZ DÍAZ, la modificación del apartado 2 del artículo 468.

¹⁷ Vid. SAP Madrid 15ª, 157/2013, 21-02 (ECLI:ES:APM:2013:2342), que condena a 6 meses de prisión al marido “sorprendido por agentes de la Policía Nacional, en la Terminal Cuatro del aeropuerto de Madrid-Barajas, viajando junto con su esposa Vicenta, pese a conocer la vigencia del auto de 22 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de Madrid, en DUD nº 90/2009, que, estimando la solicitud de su esposa, dictó orden de protección a su favor, imponiéndole, como medidas cautelares, la prohibición aproximarse a menos de 500 metros de aquella y de comunicarse con ella hasta la terminación del procedimiento por resolución firme, que le había sido notificada al mismo 22 de marzo de 2009, incumpliendo el acusado, con ello, de forma consciente y voluntaria, las medidas impuesta por la resolución anteriormente mencionada”. No obstante, “casi dos meses después de su detención, con fecha 4 de mayo de 2010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Madrid, por el que absolvía a la hora acusado de la infracción objeto de investigación en las DUD nº 90/2009, antes mencionadas, declarándose la firmeza de la resolución por auto de 25 de febrero de 2011”. Niega también relevancia al hecho de quedar el acusado absuelto del delito por el que se había dictada la medida de alejamiento, la SAP Madrid 27ª, 164/2014, 17-02 (ECLI:ES:APM:2014:3960).

el autor del quebrantamiento, que puede ir desde unas vejaciones injustas de carácter leve a una tentativa de homicidio. En cuarto lugar, cabe destacar la incompatibilidad de esta modalidad típica con el subtipo agravado de quebrantamiento previsto en los delitos de violencia de género, para no incurrir en un *bis in idem*¹⁸. Por último, no queda claro el papel que juega el consentimiento de la mujer en relación con la vulneración de la prohibición de aproximación, cuestión de suma importancia que se analizará detalladamente en el siguiente apartado.

4. Quebrantamiento de medidas cautelares o penas consentidos por la víctima

4.1. Consecuencias para el hombre

A la vista de la regulación actual del delito de quebrantamiento de condena establecida en el art. 468.2 CP, interesa ahora dirigir la mirada hacia los casos en que la víctima de violencia de género consiente o incluso insta a su pareja o expareja a vulnerar la prohibición de aproximación. Con anterioridad al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25-01-08, las posiciones jurisprudenciales oscilaban entre las siguientes opciones: a) considerar la conducta atípica por desaparecer las circunstancias que motivaron la pena o medida¹⁹; b) condenar únicamente al obligado por la pena o medida, con independencia del consentimiento de la víctima²⁰; y c) castigar tanto al obligado como a la víctima por el art. 468.2²¹. A partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25-01-08, la jurisprudencia mayoritaria interpreta que hay que negar toda eficacia al consentimiento de la víctima tanto en los casos de quebrantamiento de pena como de medida cautelar²². No obstante, existe una línea de pensamiento, expresada en el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009, partidaria de seguir otorgando relevancia al consentimiento de la mujer²³.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si el mencionado Acuerdo impone la tesis

¹⁸ De este modo, el ámbito de aplicación del 468.2 se reduce a los supuestos en que se incumple la pena o medida de alejamiento, pero sin cometer un nuevo 153 o 173.2.

¹⁹ Vid. STS 1156/2005, 26-09 (ECLI:ES:TS:2005:5567).

²⁰ Vid. SAP Barcelona, 20ª, 1024/2006, 29-11 (ECLI:ES:APB:2006:12413).

²¹ Vid. SAP Barcelona 20ª, 196/2007, 21-02 (ECLI:ES:APB:2007:1051).

²² Vid. SSTS 584/2021, 1-07 (ECLI:ES:APO:2021:633ª); 1010/2012, 21-12 (ECLI:ES:APPO:2012:3500); 39/2009, 29-01 (ECLI:ES:TS:2009:421); STS 667/2019, 14-01 (ECLI:ES:TS:2020:

64); SAP Zaragoza 1ª, 164/2022, 19-05 (ECLI:ES:APZ:2022:1259); SAP Barcelona 20ª, 45/2013, 03-01 (ECLI:ES:APB:2013:1620); SAP Tarragona 4ª, 51/2013, 29-01 (ECLI:ES:APT:2013:164); SAP Madrid 7ª, 130/2013, 11-02 (ECLI:ES:APM:2013:3220).

²³ Vid. STS 39/2009, 29-01 (ECLI:ES:TS:2009:421), Voto Particular: lo que «se pone en duda es el carácter general de la solución adoptada como interpretación del art. 468 CP, es decir, la irrelevancia absoluta del consentimiento independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido. Ello tiene importancia en el presente caso, en el que no se han constatado en el hecho probado circunstancias reveladoras de circunstancias personales de la víctima, ni en la situación en la que actuó, que hayan privado de relevancia a su consentimiento (incapacidad de juicio, engaño, amenaza, error). En realidad, en la sentencia de la Audiencia se ha presumido la incapacidad de consentir de la esposa».

de la irrelevancia del consentimiento de la víctima. Textualmente, establece lo siguiente: “el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Código penal”. Pero adviértase que ello no significa que no pueda tener ninguna relevancia²⁴. Así parece entenderlo también la STS 803/2015, 09-12 (ECLI:ES:TS:2015:803), que, tras pronunciarse a favor de considerar que el consentimiento de la mujer no excluye la aplicación del 468.2 CP, a modo de *obiter dictum* admite la posibilidad de que en algún caso se excluya la responsabilidad por quebrantamiento si el acercamiento deriva de una clara iniciativa de la persona protegida por la prohibición, no fácilmente eludible, y el autor manifiesta una actitud pasiva.

La tesis que niega eficacia al consentimiento de la mujer apunta hacia la pérdida de autoestima de la mujer derivada de la situación de violencia a la que se ha visto sometida y la situación de riesgo a la que se vería de nuevo expuesta de alzarse las barreras de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Se alega que «los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento»²⁵. Los partidarios de esta postura pretenden salir al paso de la crítica acerca de la vulneración del principio de autodeterminación de la víctima, afirmando que «es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia»²⁶.

²⁴ Vid. STS 61/2010, 28-01 (ECLI:ES:TS:2010:636), en la que, después de al analizar el Acuerdo en cuestión, se acaba admitiendo que “la idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto».

²⁵ Vid. SSTS 1065/2010, 26-11 (ECLI:ES:TS:2010:7295); 61/2010, 28-01 (ECLI:ES:TS:2010:636).

²⁶ STS 61/2010, 28-01 (ECLI:ES:TS:2010:636). En contra de negar toda relevancia al consentimiento, argumentando a partir del derecho de autodeterminación de la mujer, vid. STS 39/2009, 29-01 (ECLI:ES:TS:2009:421), Voto Particular: “Ciertamente la tesis sostenida por la mayoría no niega a la esposa el derecho a la autodeterminación en forma directa. Pero, en la medida en la que no le reconoce relevancia respecto de la conducta del marido, lo hace indirectamente, pues limita más allá de lo constitucionalmente admisible el derecho de aquella a intentar reanudar la vida matrimonial, mediante la amenaza de una pena de prisión para el marido. Es posible pensar que esa limitación no existiría, dado que antes de permitirle al acusado compartir nuevamente la vivienda, la víctima podría haber solicitado el levantamiento de la medida. Sin embargo, esa sería una condición meramente formal, que, en todo caso, no justificaría reducir el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es evidente que esa solicitud no podría ser denegada por ningún juez, toda vez que ello implicaría, en primer lugar, una limitación del derecho constitucional acordado en el art. 32 CE no derivada de ninguna ley, y, en segundo lugar, implicaría una reducción de la mujer a un objeto de protección penal, incompatible con la dignidad de la persona (art. 10.1. CE). El derecho vigente no establece ninguna limitación para contraer matrimonio y, obviamente, tampoco para intentar reanudarlo después de una interrupción de la convivencia. Una limitación de esta especie, por lo demás, no puede ser deducida de la vigencia de una orden cautelar de alejamiento. Una persona adulta que quiere reanudar una relación

La tesis anterior plantea un grave problema que, seguramente, el ávido lector ya habrá podido detectar: los efectos psicológicos que supuestamente aconsejan negar la relevancia al consentimiento de la mujer se deberían probar en el caso concreto y no presumir con carácter general. Lo contrario es una muestra de paternalismo jurídico que no repercute en beneficio de la mujer, aunque de entrada pudiera parecer otra cosa²⁷.

Por lo que se refiere a la *responsabilidad criminal del quebrantador*, apuntan algunos autores que, hasta el momento y en tanto no se modifique la ley, solo cabe seguir solicitando el *indulto* y la correspondiente *suspensión* de la ejecución de la pena²⁸. Esa es una posible solución, pero, como más adelante se verá, no hay que descartar otras opciones dogmáticamente sostenibles y, posiblemente, más adecuadas desde la perspectiva político-criminal.

4.2. *Consecuencias para la mujer*

Como se pone de manifiesto en la *praxis*, con relativa frecuencia es la propia víctima del delito de violencia de género la que propone o acepta reanudar la convivencia con su expareja con el consiguiente quebrantamiento de medidas o penas de alejamiento. La cuestión que se suscita a continuación es cómo proceder ante estos casos, pues castigarla como cooperadora necesaria o inductora puede resultar paradójico porque el alejamiento se impone precisamente para protegerla a ella. No obstante, parte de la doctrina se muestra favorable a hacer responder a la mujer víctima como partícipe del delito de quebrantamiento de condena. Así, por ejemplo, Montaner Fernández, se muestra a favor de castigar tanto a la mujer víctima como al hombre porque parte de que el art. 468.2 CP, a diferencia del art. 468.1 CP, es un delito especial de posición y no de deber, con lo que, según ella, rigen las reglas generales de participación y la mujer podría llegar incluso a ser autora²⁹.

matrimonial no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, de la misma manera que no es posible impedirle contraer matrimonio por considerar que su decisión es irrazonable. La mujer que solicita una medida de protección no pierde su derecho al libre desarrollo de su personalidad”.

²⁷ En una línea próxima a la defendida en este trabajo, JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, p. 416, partiendo del ejemplo del marido que, puntualmente, propina a su mujer una bofetada, que determina un delito leve del art. 153.1, que lleva aparejado de forma obligatoria la prohibición de aproximación sostiene que «es frecuente que la mujer denuncie a su agresor tan solo a modo de advertencia, sin intención ninguna de romper la relación. Incluso, puede que no sea ella quien haya interpuesto la denuncia, sino que haya sido un vecino o alguien que ha presenciado la agresión en la calle quien llamó a la Policía. No sorprende que en este tipo de supuestos la mujer, de forma plenamente libre y responsable, decida seguir adelante con su relación afectiva, propiciando con ello la ejecución de un delito de quebrantamiento de la pena de alejamiento de la que, finalmente, puede que respondan los dos. Pena de alejamiento cuya imposición obligatoria, al menos en hipótesis como las expuestas, resulta totalmente desproporcionada y perturbadora».

²⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, p. 419.

²⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2007, pp. 13 y s. A favor de la tesis de la participación, también, RAMOS VÁZQUEZ, 2006, p. 1218; JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, p. 419, admitiendo la operatividad del error de prohibición y, en última instancia, la vía del indulto; CUETO MORENO, 2017, pp. 361 y s., pp. 430 y s., proponiendo, de *lege ferenda*, la inclusión de un párrafo en el art. 468.2 CP que declare exenta de responsabilidad a la mujer.

El argumento gramatical que emplea Montaner Fernández para sostener la anterior afirmación, basado en que el n.º 2 del art. 468 CP no dice «quebrantaren su condena» como hace en el n.º 1, resulta demasiado débil. De hecho, en ambos casos el delito de quebrantamiento de condena responde a un mismo fundamento, ya sea la protección del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales), según la doctrina mayoritaria³⁰, ya sea garantizar que no se frustren las finalidades de la pena, como sostienen algunos autores³¹. Y, si bien es cierto que en el n.º 2 se añade la protección de la mujer víctima de malos tratos, pasando a constituir un delito pluriofensivo, hay que partir, según creo, de que el delito se configura en sus dos modalidades como un delito especial de deber, entendiendo por tal aquel en el que la infracción del deber constituye el núcleo de la conducta típica (a diferencia de los delitos de posición, en los que mencionar a determinados sujetos responde a una posterior delimitación de la conducta típica a determinados sectores de la actividad social)³². El sujeto que incumple su condena infringe un deber que solo a él le incumbe. Se trata de un quebrantamiento personal del deber de cumplir la pena (infracción de un deber positivo). Rechazar el castigo de la mujer como partícipe aparece a todas luces como la solución político-criminalmente más adecuada³³. Pero, además, es dogmáticamente sostenible, siempre que se admita la tesis de la impunidad del *extraneus* en un auténtico delito especial de deber. En efecto, la norma que prohíbe quebrantar la condena se dirige al condenado y a nadie más. Cumplir la condena es una obligación personal y, del mismo modo, también lo es la infracción de esa obligación. El fundamento del injusto reside precisamente en la infracción de ese deber personal.

En ocasiones la víctima no se limita a consentir el quebrantamiento de penas o medidas por parte del condenado o encausado, sino que es ella misma quien toma la iniciativa de ir al encuentro del autor. ¿Habría que entender que es inductora de un

³⁰ Vid., entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, 2006, p. 1228; CUETO MORENO, 2017, p. 130; MUÑOZ CUESTA, 2002, p. 298.

³¹ Críticamente, sobre la inclusión del quebrantamiento de condena entre los delitos contra la Administración de Justicia por considerar que solo ofrece una fundamentación formal del castigo, CORCOY BIDASOLO, 1992, p. 119.

³² Sobre la necesidad de mantener la distinción entre delitos de posición y delitos especiales de deber, vid. ROBLES PLANAS, 2003, pp. 238 y ss.; EL MISMO, 2007, pp. 129 y ss.; 69 y ss; ROBLES PLANAS/RIGGI, 2014, pp. 69 y ss.

³³ De hecho, se contradice con la propia *ratio* del precepto, que lo que persigue con la agravación prevista en el art. 468.2 CP es otorgar un *plus* de protección a la mujer víctima de violencia de género. En esta línea, la interpretación que hace la FGE, «Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género», 2020, p. 36, cuando afirma que la participación de la mujer «ha de llevarse al plano de la modulación de la responsabilidad del autor y no a una responsabilidad penal de la mujer protegida». También a favor de no castigar a la mujer como partícipe cuando es ella la que invita al acercamiento, con distintos argumentos, FARALDO CABANA, 2013, pp. 533 y s. De otra opinión, Díez Ripollés/Cerezo Domínguez/Benítez Jiménez, 2017, p. 284, para quienes la tesis de que no cabe participación punible «es bastante discutible en términos técnico-jurídicos, al menos por lo que se refiere al delito de quebrantamiento de la pena». Y añaden que «es fácil intuir que estamos ante un medio de desactivar una consecuencia indeseada a la que conduce una interpretación estricta de lo que es la participación».

delito de quebrantamiento de condena del que es autor el hombre? Lo primero debe negarse si estamos ante un delito especial de deber. Lo segundo no sería típico porque no es el hombre quien está quebrantando la pena o media, a no ser que se entienda que se produce un quebrantamiento en comisión por omisión, lo que obligaría a afirmar que el hombre se halla en una posición de garante referida al control de una fuente de peligro o a la protección de un bien jurídico, conclusión que no casa con el entendimiento de la mujer como persona libre y responsable. Hacer responder al hombre como autor en estos casos se muestra como una solución poco respetuosa con el principio de culpabilidad, pues acaba haciendo responder por un hecho ajeno³⁴.

5. Vías de solución propuestas por la jurisprudencia para determinar el castigo del hombre

Tal como se ha visto en el apartado anterior, la jurisprudencia se acoge de forma mayoritaria al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25-01-08, para interpretar que hay que negar toda eficacia al consentimiento de la víctima³⁵. Se parte de la premisa de que el quebrantamiento no tiene un sujeto pasivo particular y de que el bien jurídico lesionado es la falta de acatamiento a una resolución judicial³⁶. No obstante, en algunas sentencias se procede a rebajar o, incluso, a excluir la responsabilidad penal del quebrantador recurriendo a distintas figuras dogmáticas, intentando hallar una

³⁴ Sobre el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* del Estado, vid. MIR PUIG, 2016, pp. 134 y s. Con buen criterio la SAP Madrid 6ª, 269/2014, 6-05 (ECLI:ES:APM:2014:5223), señala que «la prohibición judicial de aproximación y comunicación con una persona impide al sometido a tal prohibición, según el art. 48 del Código Penal, que se acerque a dicha persona y que establezca comunicación con ella, pero no le obliga a huir en caso de que la persona para cuya protección se dictó la prohibición de aproximación y comunicación decida por su propia iniciativa acercarse y comunicarse en tal acercamiento con el sometido a la prohibición». Vid., también, STS 803/2015, 9-12 (ECLI:ES:TS:2015:803): «El bien jurídico protegido no es ni en exclusiva ni siquiera de forma predominante la tutela de la víctima, sino la efectividad de las resoluciones judiciales, el respeto y vigencia de las decisiones jurisdiccionales. Su cumplimiento no queda a merced de la víctima; no pueden ser privatizadas o desoficializadas. Eso no significa que no podamos encontrar algún supuesto en que ante una clara iniciativa de la persona tutelada por la prohibición no fácilmente eludible por el condenado o encausado que se limita a una actitud pasiva, podamos entender que no surge responsabilidad penal por no existir acción u omisión atribuible a él directa y causalmente»; SAP Madrid 7ª, 207/2013, 11-03 (ECLI:ES:APM:2013:4089), no aprecia el tipo de quebrantamiento porque la mujer acudió al domicilio de su marido por su propia voluntad y sin que mediara obligación ni manipulación alguna por parte del acusado. De otra opinión, FARALDO CABANA, 2010, pp. 197 y s., para quien «con independencia de quién haya tomado la iniciativa, si no se aleja del lugar o interrumpe la comunicación a mi juicio comete delito de quebrantamiento de condena, sin que pueda excusarse en el comportamiento de la otra persona, a la cual, hay que recordarlo, no se ha impuesto ninguna prohibición».

³⁵ Vid. SSTS 803/2015, 9-12 (ECLI:ES:TS:2015:803); 110/2012, 21-12 (ECLI:ES:APAL:2012:519); STS 1348/2011, 14-12 (ECLI:ES:TS:2011:9353); SSAP Madrid 27ª, 164/2014, 17-02 (ECLI:ES:APM:2014:3960); Madrid 7ª, 130/2013, 11-02 (ECLI:ES:APGI:2013:176); Madrid 27ª, 81/2020, 6-02 (ECLI:ES:APM:2020:208A).

³⁶ Así, recientemente, STS 140/2020, 12-05 (ECLI:ES:TS:2020:874). La STS del Pleno 567/2020, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3649), añade que no constituye elemento del tipo penal del delito de quebrantamiento la exigencia de requerimiento previo ni apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal, ni tampoco una comunicación que indique el comienzo de la efectividad de la medida.

salida político-criminalmente satisfactoria. Las soluciones, como se verá a continuación, van desde la atenuación de la pena vía error de prohibición (vencible) o circunstancias atenuantes genéricas (principalmente, la analógica), hasta su completa exclusión por apreciar un error de tipo (vencible o invencible), de prohibición (invencible), o por admitir la concurrencia de una causa de justificación.

a) *Exclusión o atenuación de la pena vía error de prohibición*

A través del expediente del error de prohibición se intenta contrarrestar los efectos negativos que puede comportar una interpretación especialmente estricta del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25-01-08. Así, por ejemplo, la SAP Madrid 27^a, 165/2008, 14-02 (ES:APM:2008:2051), absuelve al condenado por un delito de quebrantamiento de condena argumentando que, si bien era conocedor de la prohibición de aproximación y comunicación con su esposa impuesta por sentencia, no tenía conciencia de estar infringiendo dicha prohibición, pues la mujer “volvió voluntariamente a convivir” con él, lo que generó la duda en el tribunal de si era consciente de incumplir una resolución judicial, llegando a la conclusión de que éste «no era realmente conocedor del significado antijurídico de su conducta». El tribunal se decanta en este caso por apreciar un error de prohibición invencible, sin entrar a valorar su posible vencibilidad.

A la solución del error de prohibición llega también la SAP Salamanca 6/2013, 25-01 (ECLI:ES:APSA:2013:66), ante un caso de incumplimiento de una orden de alejamiento, con una comparecencia previa de la víctima a favor de la cual se dictó la medida, solicitando la cancelación de dicha orden. Sin embargo, no se aprecia un error de prohibición invencible, sino vencible, aplicando la pena inferior en dos grados, al considerar que tanto la mujer como su pareja podían entender que esa comparecencia «tenía un cierto valor a la hora de permitirles reanudar la convivencia»³⁷. También se decanta por apreciar un error de prohibición vencible, la SAP Islas Baleares 1^a, 283/2017, 13-12 (ECLI:ES:APIB:2017:2070), en un supuesto de quebrantamiento de condena en que el acusado acudió al lugar donde se encuentra su expareja en respuesta a una llamada de esta, con la intención de ver a su hijo recién nacido hacía unos días, y se sentó junto a su exmujer en un banco de la plaza mientras ella sostenía al bebé, pese a admitir como probado que el acusado era plenamente consciente de la pena de prohibición de aproximación y comunicación que pesaba sobre él.

b) *Exclusión de la pena vía error de tipo*

La STS 748/2018, 14-02 confirma la sentencia de la Audiencia que absuelve al

³⁷ En contra, en cambio, de apreciar un error de prohibición, SAP Madrid 7^a, 130/2013, 11-02 (ECLI:ES:APM:2013:3220), ante un supuesto en el que el acusado se encontraba residiendo en una pensión tres o cuatro días antes de su detención con su pareja, contando con el consentimiento de esta.

condenado en primera instancia, si bien se separa de la calificación de los hechos que hacen tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia por cuanto considera que el error en que incurrió el autor era de tipo (invencible) y no de prohibición. Según el Tribunal Supremo, «el acusado creía erróneamente que con su conducta no incumplía la medida cautelar de referencia (sic. la prohibición de aproximación), puesto que la abogada del acusado había interesado su cese y su expareja quería reanudar la relación con él». Y añade que «el acusado no ignoró en ningún momento que contravenir lo judicialmente acordado respecto a la medida que le impedía acercarse a su compañera era ilícito. El error, en los términos que aparece descrito en la sentencia recurrida, se proyectó directamente sobre la vigencia de la orden de alejamiento, es decir, sobre un elemento tipo. Un elemento de carácter normativo y no meramente descriptivo, consideración que no transmuta la categoría del error que sobre él recae como error de tipo excluyente del dolo».

A favor de apreciar un error de tipo se decanta, también, la SAP Madrid 27^a, 50/2021, 11-02 (ECLI:ES:APM:2021:1167), que, distanciándose de la calificación de los hechos que realiza el Juzgado de lo Penal que condena por un delito de quebrantamiento de medida cautela en error de prohibición vencible, estima el recurso interpuesto por el condenado, dictando sentencia absolutoria. La Audiencia da por acreditado que el acusado entendió que la orden de alejamiento había perdido vigencia, puesto que «desde el día anterior que se celebró el juicio en el procedimiento en que se dictó la orden de protección, fueron informados ambos, tanto aquel como su expareja, por sus respectivas letradas, que debido a que la sentencia no sería condenatoria la orden de protección quedaba sin efecto, por lo que las restricciones a las que se veía el mismo sometido no estarían vigentes». Sin embargo, a diferencia del caso anterior, la Audiencia aprecia aquí un error de tipo vencible³⁸.

En el supuesto juzgado en la SAP Madrid 27^a, 441/2021, 1-10 (ECLI:ES:APM:2021:11584), en el que el acusado se encontraba en la calle en compañía de su pareja, creyendo que el auto que le prohibía aproximarse a ella no estaba en vigor porque esta le había dicho que la medida había sido retirada, entiende la Audiencia que de admitirse el error, tal como hace el tribunal de instancia, este debería de haber sido calificado de error de tipo vencible y no de prohibición³⁹. Siguiendo el mismo razonamiento, la SAP Madrid 27^a, 208/2021, 12-05 (ECLI:ES:APM:2021:4970), aprecia un error de tipo y absuelve al condenado por el Juzgado de lo Penal, atendiendo al hecho de que en el momento de ser sorprendido junto a su pareja por los agentes de la Policía Nacional, infringiendo la prohibición

³⁸ La vencibilidad del error determina igualmente la absolución del sujeto porque el delito de quebrantamiento no prevé la posibilidad de ser cometido por imprudencia.

³⁹ No obstante, la Audiencia acaba estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, por considerar que error no fue suficientemente probado, y declara la nulidad de la sentencia dictada por el JP Alcalá de Henares núm.5, 28-11-2020, instando a la celebración de un nuevo enjuiciamiento. Adviértase que, de admitirse el error como error de tipo vencible, se hubiera tenido que decretar la absolución por no existir en el delito de quebrantamiento la modalidad imprudente.

de aproximación, ya se había celebrado (concretamente, el día anterior) el juicio del que derivaba la prohibición infringida, cuyo resultado absolutorio le fue adelantado por el juez que lo celebró, con lo que, en opinión del tribunal, «no puede descartarse en absoluto que el mismo considerase erróneamente que esta había perdido su vigencia como consecuencia del fallo absolutorio».

La solución por la que se decanta el Tribunal Supremo en estos casos de apreciar un error de tipo en lugar de un error de prohibición resulta acertada porque, a diferencia de los supuestos mencionados en el apartado anterior, el error no versa aquí sobre la calificación que hace el ordenamiento jurídico del incumplimiento por parte del sujeto de la prohibición de aproximación, sino que va referido a la propia existencia (o vigencia) de la orden de alejamiento y, por tanto, al objeto mismo de la prohibición.

c) *Exclusión de la pena vía estado de necesidad*

Una tercera vía utilizada por la jurisprudencia para solucionar algunos de los casos en que el quebrantamiento cuenta con el consentimiento de la mujer es la de apreciar una causa de justificación, concretamente, la prevista en el art. 20.5 CP (estado de necesidad). Así, por ejemplo, en el caso juzgado en la SAP Las Palmas 1ª, 276/2015, 30-11 (ECLI:ES:APGC:2015:2292) el acusado resulta absuelto del delito de quebrantamiento porque, si bien conocía la existencia de una orden de alejamiento, «se vio impelido a realizar la conducta que se describe en el factum (sic. acoger a la hija de su expareja en su casa), con la finalidad de auxiliar a la hija de su expareja, esto es, con la finalidad de acudir en ayuda de una de las personas protegidas por la medida cautelar, una joven sin recursos propios que se hallaba desamparada al haber sido echada de su domicilio por su madre, de modo que existió justificación para su conducta al obrar en estado de necesidad, y, en cualquier caso, el contexto y circunstancias en que los hechos acontecen cuando menos suscitan la duda más que razonable en relación con la voluntad e intencionalidad del sujeto de incumplir la medida cautelar, permitiendo apreciar que el acusado, cuando menos, se encontraba en una situación que la doctrina tradicional llamaba "estado de necesidad putativo"». No queda claro en esta sentencia en qué se basa exactamente el error, puesto que la argumentación que utiliza para eximir de responsabilidad al acusado son los propios de un estado de necesidad real y no putativo. En cualquier caso, de apreciarse un error por considerar que, no dándose los presupuestos objetivos del estado de necesidad, el sujeto actuó en la creencia errónea de que el ordenamiento jurídico le permitía actuar como lo hizo, habría que apreciar un error de permisión (a tratar como un error de prohibición) y no un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

A favor de la solución de acudir a las causas de justificación se decanta también la SAP Jaén 2ª, 47/2014, 11-03 (ECLI:ES:APJ:2014:65), que, revocando la sentencia

del Juzgado de lo Penal, absuelve al condenado por un delito de quebrantamiento, al apreciar una eximente completa de estado de necesidad, considerando el tribunal que la reanudación de la convivencia del acusado con su esposa, pese a existir una pena de alejamiento, quedaba justificada por la edad del marido, 78 años, y el deterioro físico y psíquico que éste padecía, lo que impulsó a su mujer a recogerlo y convivir con él. Con independencia de la solución concreta a la que llega el tribunal en este caso, se constata un déficit de argumentación en la sentencia al no dar cuenta de la razón por la que la vulneración de la prohibición de aproximación queda justificada. De hecho, a la hora de valorar la situación de necesidad, no se mencionan ni la cláusula de subsidiariedad ni la de ponderación de males.

c) Rebaja de la pena vía atenuante analógica del art. 21.7 CP (provocación al incumplimiento o consentimiento de la víctima)

Una cuarta vía escogida por algunas sentencias para atemperar la pena del autor del quebrantamiento es la atenuante analógica del art. 21.7 CP, denominada en este contexto «de provocación al incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima». Así, la SAP Madrid 17^a, 65/2012, 13-01 (ECLI:ES:APM:2012:277), entiende que el consentimiento de la víctima, la retirada de las denuncias formuladas contra el acusado, la reanudación de la relación sentimental de la pareja y la lejanía existente entre los hechos que motivaron su condena por delito de maltrato familiar por el que le fue impuesta la prohibición quebrantada (junio de dos mil cinco), determinan que el acusado no merezca la pena señalada al quebrantamiento de condena, debiendo ser apreciada una atenuante analógica muy cualificada del art. 21.7 CP, vinculando dicha atenuante con aquéllas que contempla el núm. 1º del art. 21 CP «que pudieran tener una génesis similar (hechos exteriores e influyentes en la conducta del agente) a las atenuantes analógicas relacionadas con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad»⁴⁰.

En esta misma línea, la SAP Madrid 17^a, 327/2009, 30-03 (ECLI:ES:APM:2009:3980), ante un supuesto de renovación de la convivencia de mutuo acuerdo, revoca la sentencia de instancia que absuelve al acusado (basando la

⁴⁰ De otra opinión, la STS 667/2019, 14-01 (-ECLI:ES:TS:2020:64), que descarta expresamente la posibilidad de apreciar la atenuante analógica prevista en el art. 21.7 CP, 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. En línea con ello, 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 (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) 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». No obstante, admite que el consentimiento de la víctima pueda ser tenido en cuenta a efectos de individualización de la pena, en casos como el juzgado en esta sentencia en la que el acusado incumplió la prohibición de acercamiento a una distancia inferior a los 500 metros de quien había sido su pareja sentimental; y a mantener comunicación con ella, impuestas por sentencia firme», cuando se encontraba alojado, en compañía de su expareja en un hotel de Madrid, donde fue detenido. En el mismo sentido, se pronuncian las STS 661/2020, 3-12 (ECLI:ES:TS:2020:4439) y SAP Vizcaya 6^a, 90088/2021, 9 -03 (ECLI:ES:APBI:2021:791).

absolución en el consentimiento de la mujer), pero sustituye la pena de prisión, propia del delito de quebrantamiento en el contexto de la violencia de género, por la de multa por entender que concurre la atenuante analógica de provocación al incumplimiento de forma muy cualificada, habiendo quedado acreditado que «continuaron la convivencia estando ambos de acuerdo en la misma, teniendo conocimiento de la existencia de la medida de alejamiento impuesta pero entendiendo que la vida familiar necesitaba de tal convivencia ya que los hijos necesitaban de la presencia de su padre y puesto que la perjudicaba consideraba que no corría ningún peligro con la convivencia con su marido»⁴¹.

Más recientemente, la SAP Vizcaya 6ª, 90247/2017, 29-06 (ECLI:ES:APBI:2017:1370), vinculando la aplicación de la atenuante analógica a una disminución de la culpabilidad, afirma que «resulta innegable que el consentimiento válidamente prestado, o el mutuo acuerdo para reanudar la convivencia o los contactos, revela desde luego una menor culpabilidad en la conducta del sujeto que participa de la significación o fundamento atenuatorio de las restantes circunstancias a que nuestra legislación reconoce ese efecto». No obstante, más adelante sostiene que «ni siquiera es necesario establecer una concreta relación de analogía con alguna de aquellas circunstancias (sic. previstas en el art. 21.1 CP) sino con el significado general de todas ellas», si bien acaba admitiendo que «cabría añadir la referencia al ejercicio de un derecho del artículo 20.7º por vía de la incompleta del artículo 21.1º, pues por más que en este caso el pretendido derecho de los sujetos implicados debe ceder ante la resolución judicial que imponga el alejamiento, no puede perderse de vista que es la víctima la que renuncia a la protección dispensada por el ordenamiento en lo que no deja de ser efectivamente ejercicio de un derecho que titulan tanto ella como el agente en orden a "vivir juntos", a mantener contacto o incluso, en su caso, a promover la adecuada relación paterno filial, por ineficaces que esos derechos deban resultar en términos legales frente al principio de autoridad encarnado en la resolución judicial».

Las sentencias mencionadas en este apartado tienen en común el hecho de reconocer la necesidad de otorgar algún tipo de relevancia al consentimiento de la mujer tanto por razones político-criminales como criminológicas. También coinciden en cuanto a la vía de solución escogida para aminorar los efectos de una condena por quebrantamiento: rebaja de pena a través de la atenuante analógica. Sin embargo, se separan a la hora de decidir a cuál de las circunstancias especialmente previstas en el art. 21 CP se vincula la atenuante del art. 20.7 CP, llegándose a sostener en alguna

⁴¹ Vid., también, la SAP Madrid 17ª, 228/2010, 01-03 (ECLI:ES:APM:2010:2882), que admite una atenuante analógica muy cualificada ante un supuesto de incumplimiento de condena provocado por la propia víctima, señalando el indulto como «la única forma que tiene nuestro ordenamiento de poder dejar sin ejecución una pena ya firme por haber dejado de ser útil o incluso por ser contraproducente a los bienes jurídicos que en teoría se tratan de proteger».

de ellas, tal como se ha visto, que dicha vinculación no necesariamente debe ir referida a ninguna de ellas en concreto, siendo suficiente con que muestre una relación de analogía con el significado general de todas ellas. Esto último choca con la premisa de que la analogía debe ir referida a la razón específica que constituye el fundamento particular de cada atenuante⁴².

6. Crítica y reflexión final

Las distintas soluciones expuestas en el apartado anterior ponen de manifiesto los inconvenientes político-criminales que genera una interpretación demasiado estricta del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25-01-08. Sin embargo, las propuestas contenidas en algunas sentencias, lejos de aportar una solución general a la cuestión de la relevancia que se debe atribuir al consentimiento de la mujer, se limitan a resolver, con mayor o menor acierto, algunos casos concretos a través de diversas figuras dogmáticas que no son aplicables a todos los supuestos. La tesis de la irrelevancia del consentimiento de la mujer a favor de la que se dicta la prohibición de aproximación resulta, por diversos motivos, inaceptable⁴³. En primer lugar, la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia a la posibilidad de una reanudación de la convivencia (principio de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad)⁴⁴. En segundo lugar, el juez debería valorar en el caso concreto si el consentimiento se ha prestado en condiciones que permitan afirmar su validez, teniendo especialmente en cuenta que la víctima puede minimizar erróneamente el riesgo y subestimar los episodios de violencia y una posible escalada de violencia. En tercer lugar, si el consentimiento es considerado válido, no hay razón material para mantener la medida cautelar y, por ende, para condenar por quebrantamiento, al menos en cuanto a la medida cautelar. Es cierto que subsiste una desobediencia a una orden judicial, pero esta no debería pasar de ser calificada de leve, con lo que, desde la reforma de 2015, quedaría impune⁴⁵. Lo dicho en relación con la medida no sería extensible a los casos de quebrantamiento de pena, porque esta tiene una naturaleza distinta. Sin embargo, ahí se podría dejar abierta la puerta a una sanción menos aflictiva (en ningún caso de prisión). La razón que vendría a explicar esta solución es que el *plus* de pena que supone la prisión prevista en el art. 468.2CP respecto al 468.1CP responde a un injusto mayor representado por la puesta en peligro de la integridad e

⁴² Así, MIR PUIG, 2016, p. 645.

⁴³ Se muestra partidario de la modulación de la responsabilidad del autor y contrario a una responsabilidad penal de la mujer protegida, el Dictamen de la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer de 7 de febrero de 2020 sobre consecuencias jurídicas para la víctima en los supuestos de consentimiento al quebrantamiento.

⁴⁴ Es cierto que nada obsta a que la mujer solicite al juez el levantamiento de la medida y, ciertamente, ese sería el camino correcto, pero de no hacerlo y decidir reanudar la convivencia, esa decisión debería tener algún tipo de relevancia a la hora de valorar la gravedad del incumplimiento.

⁴⁵ Como es sabido, el art. 556.1 CP únicamente recoge la desobediencia grave, dejando las conductas que anteriormente se subsumían en la falta de desobediencia del antiguo art. 634 CP fuera del CP, pudiendo constituir una mera infracción administrativa.

indemnidad de la mujer⁴⁶. En el caso en que ella consienta (válidamente) esa situación objetiva de riesgo se convierte en una autopuesta en peligro, con lo que el injusto se ve atenuado y decae la necesidad de aplicar la pena de prisión⁴⁷. Lo correcto sería entonces aplicar el n.1 del 468 CP. En cualquier caso, si se decide mantener la pena de prisión, ésta debería ser suspendida a condición de que el autor participe en programas de igualdad de trato y no discriminación (art. 83.1. 6º CP).

El hecho de negar toda relevancia al consentimiento de la víctima supone admitir que la estigmatización que toda pena lleva consigo determina aquí el endurecimiento de la respuesta penal ante un injusto que puede no presentar un *plus* de desvalor en el caso concreto. De ahí que quepa pensar que el estigma de maltratador acompaña al sujeto con independencia (al menos en parte) de los concretos actos que realice. De hecho, se atiende más a los riesgos que presuntamente comporta su conducta futura (peligrosidad futura) que al daño social causado por el delito (principio de lesividad). Todo ello sin tener en cuenta quién asume ese riesgo. No parece que el principio de responsabilidad por el hecho quede así suficientemente garantizado.

Bibliografía

- BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2020), «El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2020, pp. 174-213.
- BENLLOCH PETIT, G. (2021), «Tema 17. Delitos contra la Administración de Justicia», en Silva Sánchez, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Barcelona, pp. 405-435.
- BOLEA BARDON, C. (2007), «En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-02, pp. 02:01-02:26.
- CALVET BAROT, G./CORCOY BIDASOLO M. (2010), *Avaluació i impact de les respostes al fenomen de la violencia de género a Catalunya (2007-2008)*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- CORCOY BIDASOLO, M. (1992), «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 113-163.
- CUETO MORENO, C. (2017), *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Madrid.
- DÍEZ RIPOLLÉS J.L./CEREZO DOMÍNGUEZ A.I./BENÍTEZ JIMÉNEZ M.J. (2017), *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-20014)*, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2010), «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento», en PUENTE ABA, L.M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, pp. 153-212.
- FARALDO CABANA, P. (2013), «El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta

⁴⁶ En realidad, el régimen especial (más grave) previsto para el autor que quebranta su pena o medida de protección impuesta en un contexto de violencia de género responde, según creo, a la lógica de la medida de seguridad. La idea sería: como el autor no respeta la prohibición de aproximación que se le ha impuesto, con la pena de prisión, por fuerza la tendrá que cumplir.

⁴⁷ Adviértase que la solución por la que optan algunas sentencias mencionadas anteriormente de apreciar una atenuante analógica de provocación al incumplimiento de forma muy cualificada lleva también a la sustitución de la pena de prisión por la de multa, si bien, no se distingue entre quebrantamiento de medida cautelar y de pena.

- como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de género y justicia*, Santiago de Compostela, pp. 507-548.
- FUENTES OSORIO, J.L., «Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica», *RECPC* 15-16, 2013, pp. 16:01-16:57.
- GORJÓN BARRANCO, M.C. (2012), *La tipificación del género en el ámbito penal*, Madrid, 2012.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (2009), «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 395-420.
- LAURENZO COPELLO, P. (2015), «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, pp. 783-830.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Barcelona.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2007), «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2007, pp. 1-26.
- MUÑOZ CUESTA (2002), «Quebrantamiento de condena», en HERNÁNDEZ GARCÍA/GOYENA HUERTA/GRINDA GONZÁLEZ/MUÑOZ CUESTA (dirs.), *Los Delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, pp. 297-315.
- OLAIZOLA NOGALÉS, I. (2010), «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, pp. 455-490.
- PÉREZ RIVAS, N. (2016), «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», *Política criminal*, vol. 11, núm. 21, Art. 3, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100003>.
- POGUI, F., (2019), «Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, pp. 285-307.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2006), «Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento», *AFDUDC*, núm. 10, pp. 1227-1236.
- ROBLES PLANAS, R. (2003), R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid.
- ROBLES PLANAS, R. (2007), *Garantes y cómplices*, Barcelona.
- ROBLES PLANAS, R./RIGGI, E (2014)., «El extraño artículo 65.3 del Código penal», en ROBLES PLANAS, R. (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires, pp. 59-97.
- RUEDA MARTÍN, M. A. (2019), «Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-04, pp. 1-37.
- SANZ MORÁN A. (2010)., «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Valencia, pp. 141-144.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2006), «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, pp. 321-353.