

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?

Raquel Montaner Fernández

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

Nuestro sistema jurídico otorga al Derecho Penal un papel fundamental en la protección de las víctimas de la violencia doméstica. El delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP se incluye entre los tipos penales que específicamente recogen conductas relacionadas con esta clase de criminalidad. El problema que se discute actualmente es si la persona en cuyo favor se impone la pena o medida de protección puede ser responsable del delito de quebrantamiento cuando consiente o provoca su incumplimiento por parte del agresor. A la vista de la complejidad jurídica que rodea esta situación y de la disparidad de soluciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas, este artículo pretende un análisis descriptivo que, por lo menos, allane el terreno al operador jurídico que se enfrente a este tipo de casos.

Our legal system confers to Criminal Law a fundamental role in the protection of domestic violence victims. The non-compliance offence of article 468.2 Spanish Criminal Code is a specific law belongs to the group of offences that deal with this kind of criminality. Currently it is a controversial question whether the beneficiary of a protection sentence or measure can be responsible for its non-compliance when she agrees or instigates her aggressor to break the sentence. Due to the legal complexity this situation involves and the different solutions doctrine and jurisprudence often give to it, this paper pretends to offer a descriptive analysis that smooths the way to jurist coming across with this particular cases.

Unser juristisches System erteilt dem Strafrecht eine Grundrolle für den Opferschutz der Hausgewalt. Die Strafvereitelung des § 468.2 spanisches StGB ist einen spezifischen Tatbestand, der in Beziehung zu dieser Kriminalität steht. Zurzeit ist es sehr diskutiert, ob die Nutznießerin der Strafe oder Maßnahme zum Schutz für die Strafvereitelung verantwortlich sein kann, wenn sie die Strafvereitelung zulässt oder selbst zu ihrem Angreifer anstiftet, um die Verurteilung zu brechen. Angesichts der juristischen Komplexität solcher Situation und die dazu von der Literatur und die Rechtsprechung angebotene verschiedene Lösungen, dieser Beitrag beabsichtigt eine deskriptive Analyse, die die Arbeit des Juristen, der sich diese Problem stellen muss, erleichtern kann.

Title: The non-compliance offence of sentences and measures of protection for domestic violence victims: Criminal responsibility for the woman who agrees or instigates the non-compliance?

Titel: Die Vereitelung der Strafe oder Maßnahmen zum Schutz der Opfern von Hausgewalt: Strafrechtliche Verantwortung für die Frau, die die Vereitelung zulässt oder anstiftet?

Keywords: Non-compliance; Domestic violence.

Sumario

1. Introducción: características del contexto social y supuesto de hechoT
2. Las vías legales para la imposición de las prohibiciones de protección
 - 2.1. Naturaleza jurídica de las prohibiciones
 - 2.2. Consecuencias legales de su incumplimiento
3. El delito de quebrantamiento específico del art. 468.2 CP
 - 3.1. El bien jurídico protegido
 - 3.2. El tipo objetivo y el tipo subjetivo
 - 3.3. Formas de autoría y participación
 - 3.4. Otros aspectos relevantes
4. Tratamiento jurisprudencial
 - 4.1. La ausencia de tipicidad
 - 4.2. La responsabilidad exclusiva del obligado por la prohibición
 - 4.3. La corresponsabilidad del obligado y de la beneficiaria de la prohibición
 - 4.4. Crítica a las soluciones jurisprudenciales
 - 4.5. Balance
5. Las posibilidades de un pronunciamiento en favor de la impunidad de la mujer víctima
 - 5.1. *Lege lata*
 - a. El tipo subjetivo
 - b. La perspectiva de la exculpación
 - 5.2. *Lege ferenda*
6. Conclusión
7. Jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción: características del contexto social y supuesto de hecho

Como es sabido por todos, la violencia doméstica constituye un problema de gran trascendencia social que no pasa en absoluto desapercibido por nuestro legislador penal. Muestra de ello, en los últimos años ha acaecido una prolífica producción legislativa orientada a fomentar una mayor protección de las víctimas de esta clase de criminalidad. En este sentido cabe destacar, entre otras, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reforma la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; y, por último, la reciente LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOPIVG) y la consecuente reforma parcial del Código penal que esta ley ha conllevado¹.

Según las estadísticas oficiales, la mayoría de las víctimas de la violencia doméstica son mujeres. Así lo indica el último informe elaborado por el Servicio de Inspección del CGPJ sobre las muertes violentas en el ámbito de violencia doméstica y de género². Las cifras son expresión de una realidad verdaderamente preocupante. Durante el año 2006, de las 91 víctimas mortales en este ámbito, 77 (el 84%) fueron mujeres, localizándose la mayoría de los casos en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En cuanto al número de denuncias de mujeres por malos tratos de sus parejas o exparejas, según las estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Exteriores³, en el 2006 se contabilizaron hasta 62.170 denuncias (frente a las 10.801 por parte de hombres) y hasta junio de 2007 ya contamos con 30.340 (frente a las 5.292 presentadas por hombres).

Ante el protagonismo de la mujer como víctima de la mayoría de los supuestos de violencia en las relaciones de pareja, surge de la doctrina “feminista oficial”⁴ la categoría de la *violencia de género*, esto es, violencia contra el género femenino. Precisamente, la nueva LOPIVG atiende a este tipo de violencia. Conforme a lo establecido en su art. 1, la violencia de género consiste en todo acto de violencia física o psicológica “que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Así pues, se entiende que la “perspectiva de la violencia de género” conlleva, además de una nueva nomenclatura, las siguientes aserciones: «a) el énfasis de la desigualdad de géneros como causa fundamental de la violencia; b) la concepción de que la violencia de género se restringe a la mujer pareja; c) la valoración de su mayor gravedad; d) la defensa de la agravación de la pena cuando son los hombres quienes ejercen la fuerza»⁵. Pese a

¹ Entre los preceptos del CP reformados por la LOPIVG cabe destacar los siguientes: art. 148 CP, art. 153 CP, art. 171 CP, art. 172 CP, art. 468 CP y art. 620 CP. Sobre el itinerario legislativo en este marco de delincuencia, *v.* recientemente BOLEA BARDON, RECPC 2007, pp. 4 y ss.

² V. www.poderjudicial.es

³ V. www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/denuncias.htm

⁴ Sobre esta y otras doctrinas en torno al ámbito de violencia en cuestión, *v.* LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, pp. 17 y 23.

⁵ LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, pp. 84 y ss.

las singularidades y aspectos discutibles de esta regulación, el objetivo de estas páginas no es, ni mucho menos, ahondar en todas estas cuestiones de las que, por cierto, ya se ha ocupado buena parte de la doctrina. Lo que se pretende es, más bien, analizar los efectos jurídicos de una situación bastante frecuente a raíz de los supuestos de violencia de género. Veamos a qué me refiero.

En ocasiones, la trágica situación en la que vive la víctima del maltrato no finaliza con la denuncia e inicio del proceso correspondiente contra su agresor. Lo paradójico es que, a veces, es la propia víctima la que da pie al mantenimiento o repetición de los episodios de violencia. Imaginemos el siguiente *supuesto de hecho*: tras la imposición al agresor de una pena o medida (cautelar o de seguridad) consistente en la prohibición de aproximarse o comunicarse con su pareja y víctima, esta última reanuda el contacto o incluso la convivencia con su agresor y obligado a la pena o medida. Después de un lapso de tiempo, vuelven a producirse actos violentos que motivan otra denuncia por parte de la misma mujer. En esta situación, para nada infrecuente, es evidente que en el momento en que la pareja se reencuentra, se incumple la prohibición judicialmente impuesta con la que se pretendía proteger a la víctima de la violencia. Sin embargo, no parece tan sencillo determinar cómo y contra quién deben dirigirse nuestros órganos jurisdiccionales a la hora de fiscalizar las responsabilidades. Entre los interrogantes que se plantean al respecto cabe señalar los siguientes: ¿Se ha cometido un delito de quebrantamiento de condena o medida del art. 468.2 CP? Y, en su caso, ¿quién debe responder por este delito? ¿Es posible castigar por un delito de quebrantamiento a la mujer que posibilita —*provoca* o *consiente*— el incumplimiento de la prohibición impuesta?

A los efectos de responder a estas y a otras cuestiones, el análisis que sigue se estructura en cuatro partes fundamentales. En la primera se expone muy brevemente cuáles son las vías legales que fundamentan la aplicación de las prohibiciones de protección a las víctimas en el ámbito de la violencia doméstica. Con ello, y tras poner de relieve la distinta naturaleza que pueden tener estas prohibiciones, se hace referencia a las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, en concreto por lo que respecta al delito de quebrantamiento de condena o medida del art. 468.2 CP. A partir de aquí, en la tercera parte se muestra cuáles son las soluciones que manejan nuestros tribunales en torno a la aplicación del art. 468.2 cuando en el quebrantamiento media el consentimiento o incluso la iniciativa de la persona beneficiaria de la prohibición. Para finalizar, habiendo tomado postura sobre la interpretación más correcta y antes de las conclusiones, se efectúa una aproximación a distintos planteamientos jurídico-penales desde los que podría fundamentarse la impunidad de la intervención de la víctima de la violencia doméstica en este delito de quebrantamiento.

2. *Las vías legales para la imposición de las prohibiciones de protección*

Con base en la regulación penal existente —incluyendo aquí la procesal penal—, la imposición de las prohibiciones de residencia, aproximación o alejamiento y comunicación que persiguen la protección de las víctimas de la violencia doméstica (o de género) puede hallar su fundamento en

distintas figuras legales. En otras palabras, pese a compartir el mismo contenido y espíritu tuitivo, la naturaleza y manifestación de estas prohibiciones es dispar. Así pues, en este apartado se apuesta por un análisis distintivo con el que, cuando menos, se clarifique el panorama jurídico respecto a la aplicación de estas medidas de protección.

2.1. Naturaleza jurídica de las prohibiciones

Empezando por su consideración como *penas*, entre el catálogo de *penas privativas de derechos* del art. 39 CP se incluye expresamente la *privación del derecho a residir* en determinados lugares o *acudir* a ellos; la *prohibición de aproximarse a la víctima*, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; y la *prohibición de comunicarse con la víctima*, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Estas penas pueden ser graves, menos graves o leves en función de su duración (art. 33 CP). El art. 48 CP, por su parte, se encarga de concretar el contenido de cada una de estas prohibiciones⁶ o, según las califica algún autor, de estas «tres modalidades de la pena de alejamiento»⁷. Éstas, además de ser penas privativas de derechos, tienen la consideración legal de penas accesorias. Su finalidad es, como apuntan acertadamente algunos autores, «alejar al condenado del contexto social en el que ha nacido la ocasión del delito, eliminando una ulterior repetición» de aquél⁸. Por tanto, el fundamento de estas penas está claramente vinculado con la peligrosidad del sujeto, ésta valorada en relación con la seguridad de la víctima⁹. El juez o tribunal puede imponerlas en tres supuestos: a) cuando se cometan “delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el patrimonio y el orden socioeconómico” (art. 57.1 CP); b) cuando se cometan estos mismos delitos pero contra la persona con la que se mantenga o se haya mantenido una determinada relación de afectividad o familiar o contra personas especialmente vulnerables, aunque en este supuesto es de *obligada imposición* la prohibición de aproximarse a la víctima (art. 57.2 CP); y c) cuando se cometa alguna falta contra las personas de los arts. 617 y 620 CP (art. 57.3 CP).

La imposición de esta clase de prohibiciones también es posible por el cauce de las *medidas de seguridad*. Así lo establece el art. 96.3 circunstancias 4^a (prohibición de residir en un determinado lugar), 5^a (prohibición de acudir a un determinado lugar), 9^a (prohibición de aproximación) y 10^a (prohibición de comunicación) al regular las medidas de seguridad no privativas de libertad.

⁶ Por la importancia de este precepto a los efectos del presente trabajo, creo conveniente transcribir parte de su contenido: art. 48: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total de cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual”.

⁷ V. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación*, p. 320.

⁸ V. VALEIJE ÁLVAREZ, *Estudios penales*, pp. 340-341; en la misma línea, MIRAT HERNÁNDEZ / ARMENDÁRIZ LEÓN, *Violencia de género*, p. 135.

⁹ V. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación*, p. 319.

También es posible que, antes de la sentencia judicial y mientras se sustancia el juicio, el juez instructor imponga esta misma clase de prohibiciones pero a modo de *medida cautelar*. En este sentido, el art. 544 bis LECr dispone que “en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal¹⁰, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar”, la de “acudir a determinados lugares” o “de aproximarse o comunicarse” con determinadas personas. Así pues, esta clase de medidas tienen una naturaleza claramente tuitiva de las víctimas¹¹. Por tanto, su imposición debe fundamentarse en la existencia de una situación objetiva de riesgo para aquéllas. Por otra parte, y en consonancia con la aparición de los nuevos tipos penales que pretenden dar respuesta a los supuestos de violencia doméstica, surge una nueva figura procesal que, aun no exenta de críticas por parte de la doctrina procesalista¹², conviene tener en cuenta. Me refiero a la denominada *orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. En efecto, en el art. 544.1 ter LECr¹³ se prevé la imposición de esta medida cautelar en los casos en que existan indicios de la comisión de ciertos delitos o faltas contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP y exista “una situación objetiva de riesgo para la víctima” que requiera de su adopción. Con esta orden de protección se pretende dotar a la víctima de un “estatuto integral de protección” que aglutine, además de medidas cautelares de orden civil y penal, otro tipo de medidas de asistencia y protección social, todas ellas imponibles por un juez de instrucción (art. 544 ter, ap. 5, 6, 7 y 8). Pues bien, entre las medidas penales que forman parte de este estatuto se incluyen las prohibiciones de residencia, acercamiento y comunicación previstas en el art. 544 bis LECr.

Por último, esta clase de obligaciones también aparecen en el ámbito de la ejecución de las penas a modo de *reglas de conducta*¹⁴. Por lo que se refiere a la *suspensión* de la ejecución de las penas privativas de libertad, además de que aquéllas quedan condicionadas a que el reo no delinca durante el plazo fijado, si la pena suspendida es de prisión también puede condicionarse al cumplimiento de una serie de obligaciones (art. 83.1 CP). Entre ellas, la de no acudir a determinados lugares; la de no aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas determinadas, etc. Es más, con la reforma del CP protagonizada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se introduce un nuevo párrafo en el art. 83.1 *in fine* que, para los casos de delitos relacionados con la violencia de género, prevé el condicionamiento en todo caso de la suspensión de la pena al cumplimiento de las dos obligaciones mencionadas y de la obligación del reo de participar en los programas formativos pertinentes. Por otra parte, en el ámbito de la *sustitución* de penas de prisión y ante supuestos de comisión de delitos relacionados con la violencia de género, entre las obligaciones que adicionalmente impondrá el Juez o Tribunal se incluyen las anteriores del art. 83.1. 1^a y 2^a, esto es, la prohibición de acudir a determinados lugares y

¹⁰ Este precepto se refiere a “los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el patrimonio y el orden socioeconómico”.

¹¹ V. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal*, p. 248.

¹² V. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal*, pp. 279-280.

¹³ Introducido a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

¹⁴ V. VALEIJE ÁLVAREZ, *Estudios penales*, p. 336.

prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas determinadas (art. 88.1 CP)

2.2. Consecuencias legales de su incumplimiento

Alterando el orden de exposición seguido en el apartado anterior, se empieza aquí por el caso en que se quebranta alguna de las prohibiciones mencionadas impuestas como condición de la suspensión de una pena de prisión y a raíz de la comisión de delitos relacionados con la violencia doméstica. En este supuesto, se prevé expresamente que el juez o tribunal revoque la suspensión de la ejecución de la pena y, por tanto, el reo tenga que cumplir con la pena inicialmente suspendida (art. 84.3 CP). Como se verá seguidamente, esta clase de prohibiciones impuestas como *condición* a la suspensión de la prisión no entran en la redacción típica del art. 468.2 CP, pues éste se refiere solamente a *penas accesorias, medidas de seguridad y medidas cautelares*. Por tanto, el incumplimiento de estas obligaciones en el ámbito de la suspensión de la pena no conlleva en ningún caso la aplicación del delito de quebrantamiento. Lo mismo debe predicarse del incumplimiento de estas obligaciones impuestas en el marco de la sustitución de la pena (art. 88.2 CP).

En cambio, las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las prohibiciones de protección impuestas como medidas de seguridad o como medidas cautelares son distintas. Respecto a las medidas de seguridad, el juez o tribunal tiene la facultad de acordar "la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trata y si el quebrantamiento demostrase su necesidad" (art. 100.2 CP). Ahora bien, en el mismo precepto se establece que, tanto para el quebrantamiento de medidas de seguridad de internamiento como de *otras medidas*, el juez o tribunal debe deducir testimonio por el quebrantamiento (art. 100.3 CP). Con ello se posibilita la aplicación del delito de quebrantamiento. Ahora bien, de esta mención expresa en el CP no se deriva, según la doctrina, la aplicación automática del tipo del art. 468, sino que para ello sigue siendo necesaria la constatación de que concurren los elementos del tipo en cuestión¹⁵.

En caso de infracción de alguna de las medidas cautelares arriba mencionadas, la LECr prevé una convocatoria de comparecencia del imputado para la adopción de una de las siguientes medidas: a) la prisión provisional; b) la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica; o c) otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal del imputado. En cualquier caso, el art. 544 bis *in fine* deja abierta la vía para que, además, se exijan las responsabilidades penales que resulten de tal incumplimiento. De esta forma, se abre paso a la posibilidad de aplicar el delito de quebrantamiento en caso de incumplimiento de estas medidas cautelares¹⁶.

Por último, si la prohibición que se incumple se ha impuesto como pena accesoria, existe la posibilidad de aplicar el tipo del art. 468.2 CP específicamente previsto para los casos de delitos

¹⁵ V. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 2328.

¹⁶ De esta opinión, entre otros, SOSPEDRA NAVAS, *Las reformas del proceso penal*, p. 217 y nota 135; MUÑOZ CUESTA, en HERNÁNDEZ GARCÍA (et. al.), *Los delitos*, p. 306.

cometidos en el ámbito de la violencia doméstica. Para ello será necesario que, como siempre, concurran los elementos típicos a los que seguidamente se presta atención.

3. *El delito de quebrantamiento específico del art. 468.2 CP*

3.1. *El bien jurídico protegido*

El delito de quebrantamiento de condena del art. 468 se ubica en el Capítulo VIII, Título XX del Libro II, dedicado a la tutela de la *Administración de Justicia*. Con base en ello, la doctrina viene afirmando que el bien jurídico protegido con este precepto es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁷ y, en concreto, el aseguramiento de «la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso o la instrucción de la causa»¹⁸. Así, frente a una decisión judicial formalizada, el obligado por ella no tiene derecho a la rebeldía o desobediencia¹⁹. Si bien esta interpretación del bien jurídico protegido no es muy discutida respecto al tipo del primer apartado del art. 468, no sucede lo mismo con el tipo regulado en el segundo apartado. Precisamente, teniendo en cuenta el supuesto de hecho aquí planteado y la clase de obligaciones en su caso incumplidas, el precepto que ha de servirnos de referencia es el art. 468.2 CP.

Mediante esta disposición, se establece la imposición “en todo caso de 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”²⁰. La actual redacción de este apartado es fruto de la LOPIVG. Según lo dispuesto en su Exposición de Motivos, lo que se perseguía con su introducción en el sistema jurídico era una ley que en los casos de violencia en la pareja y “para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones” diera “una respuesta firme y contundente” y mostrara “firmeza”, plasmándolo todo ello “en tipos penales específicos”. El actual delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP es, pues, un tipo *específico y diferenciado* del delito del art. 468.1 CP que responde a la lógica de la protección “global y multidisciplinar” propugnada por la Ley de Violencia de Género. A partir de aquí, sobre la base de la especificidad de este tipo, algunos autores sostienen que se trata de un *delito plurifensivo*, esto es, que el bien jurídico protegido no es sólo la Administración de Justicia, sino también «la indemnidad de la

¹⁷ V. MANZANARES SAMANIEGO, en SERRANO BUTRAGUEÑO (et. al.), *Delitos*, pp. 243-244; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, 16^a ed., p. 935; MUÑOZ CUESTA, en HERNÁNDEZ GARCÍA (et. al.), *Los delitos*, p. 298.

¹⁸ V. GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, p. 1795; también, ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación*, p. 276, p. 277; VALEJÉ ÁLVAREZ, *Estudios penales*, p. 343.

¹⁹ V. MESTRE DELGADO, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal*, p. 639.

²⁰ A diferencia de la regulación anterior, el juez está obligado a imponer la pena de prisión –eliminando la opción anterior entre prisión y trabajos en beneficio de la comunidad– en los casos de quebrantamiento de penas y medidas orientadas a la protección de las víctimas de la violencia doméstica. Se muestra crítica a esta decisión legislativa, LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, pp. 96-97.

mujer y de otras víctimas de delitos de violencia de género»²¹. Con ello, entienden, se explicaría el hecho de que la pena prevista para este supuesto sea tan grave –incluso en los casos de quebrantamiento de una medida cautelar– como la prevista en el primer apartado para los casos de quebrantamiento de condena, medida o prisión estando en situación de privación de libertad²².

3.2. El tipo objetivo y el tipo subjetivo

En cuanto a los elementos del tipo objetivo del art. 468.2 CP, se requiere, *en primer lugar*, que el quebrantamiento lo sea de alguna de las penas accesorias previstas en el CP, de medidas cautelares o de medidas de seguridad y, además, que todas ellas consistan o bien en la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, o en la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas determinadas, o bien en la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas determinadas. De entre las figuras de cuyo incumplimiento puede derivarse el delito de quebrantamiento, quizá la más discutida sea la medida cautelar. En general, la doctrina excluye la aplicación de este tipo para el caso de las medidas «cuyo incumplimiento aparece “sancionado” “ex lege” con la adopción de una medida subsidiaria», como por ejemplo se prevé con la fianza (art. 589 y ss. LECr)²³. Como se ha expuesto anteriormente, la LECr también prevé un procedimiento subsidiario en caso de incumplimiento de las medidas cautelares de protección a las víctimas de violencia doméstica (art. 544bis). Sin embargo, se considera que la mayor protección de las víctimas de esta clase de violencia constituye un fin suficientemente relevante para justificar que, del incumplimiento de esta clase de medidas cautelares se derive, además, la comisión del delito de quebrantamiento del art. 468.2²⁴.

En segundo lugar, el ofendido por el delito que da causa a la imposición de estas prohibiciones debe pertenecer a alguno de estos grupos: a) ser el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; b) ser descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propio o del cónyuge o conviviente; c) ser menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto 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; d) ser persona que por su especial vulnerabilidad se encuentra sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Respecto al tipo subjetivo, se requiere que el sujeto activo actúe dolosamente, no siendo punibles las conductas imprudentes. Para la doctrina, el dolo en el delito de quebrantamiento debe interpretarse como «la voluntad de sustraerse *definitivamente*» a la pena o medida impuesta

²¹ QUERALT I JIMÉNEZ, en MONTALBÁN HUERTAS (dir.), *CDJ: La Ley Integral*, p. 170.

²² V. QUERALT I JIMÉNEZ, en MONTALBÁN HUERTAS (dir.), *CDJ: La Ley Integral*, pp. 170-171.

²³ V. GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.) / MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 4^a ed., p. 1804.

²⁴ Así, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.) / MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, p. 1805. En el mismo sentido, en la Circular FGE 4/2005, de 18 de julio, se establece que, con la actual redacción del art. 468 CP, es posible aplicar el delito de quebrantamiento ante cualquier incumplimiento de «medida cautelar o condena impuesta por delitos de violencia doméstica en sentido amplio», ap. IV.F.

«frustrando de esta forma su efectividad»²⁵. Nuestra jurisprudencia menor también se ha pronunciado sobre cuál debe ser el contenido del tipo subjetivo del tipo del art. 468.2 CP. Así, la SAP Soria, Secc. 1^a, de 19 de febrero de 2007 (ponente Pérez-Flecha Díaz), afirma que el dolo típico debe entenderse aquí «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» (FJ 2º)²⁶.

3.3. Formas de autoría y participación

En lo referente a las formas de autoría y participación, la opinión mayoritaria es que sólo puede ser autor del tipo del art. 468.2 CP la persona sentenciada a una de las penas del art. 48 o sujeta a alguna medida de seguridad o medida cautelar de la misma naturaleza. Ello ha conllevado su calificación, por una parte de la doctrina, como delito de propia mano²⁷ y, por otra, como un delito especial propio²⁸. Aunque ambas calificaciones suponen una limitación de la autoría, conviene poner de relieve que, mientras en los delitos de propia mano la restricción opera respecto a las clases de autoría (sólo cabe la autoría directa), en los delitos especiales se trata de la delimitación de los sujetos que pueden ser autores (los *intranei*)²⁹. La cuestión es, pues, cómo solucionar los casos de intervención de otros particulares (no directamente obligados) en los hechos descritos en el art. 468. Incluso entre los autores que están de acuerdo en clasificar este delito como un delito de propia mano, se dividen las opiniones a la hora de responder a la cuestión anterior: para unos, la intervención de estos particulares tiene que valorarse conforme al tipo del art. 470³⁰; en cambio, otros opinan que sigue siendo posible castigar a los particulares «conforme a las reglas de la inducción, cooperación necesaria y complicidad»³¹.

Fijémonos primero en la solución de recurrir al art. 470 CP. Con este precepto se castiga la conducta del particular que proporciona “la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción” (470.1). Es más, para el caso en que este particular sea el cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o sea ascendiente, descendiente o hermano, el art. 470.3 establece la imposición sólo de una pena de multa de tres a seis meses (a diferencia de la pena de prisión de seis meses a un año y de la de multa de doce a veinticuatro meses previstas para el resto de supuestos). La cuestión es si nuestro supuesto de hecho —esto es, la colaboración o provocación de la beneficiaria de la pena o medida a su quebrantamiento— puede considerarse como “propiciar la evasión a un condenado, preso o

²⁵ V. GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.) / MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, p. 1805; también en este sentido,

²⁶ También la SAP Barcelona, Secc. 20^a, de 21 de febrero de 2007 (ponente Pérez Máiquez), se refiere al conocimiento de la persona a quien se impone la pena de la sentencia condenatoria como uno de los elementos del tipo del art. 468.2 (FJ 2º).

²⁷ V. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 2330; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal*, p. 971; MANZANARES SAMANIEGO, en SERRANO BUTRAGUEÑO (et. al.), *Delitos*, p. 253.

²⁸ V. MESTRE DELGADO, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal*, 3^a ed., p. 640; VALEIJE ÁLVAREZ, *Estudios penales*, p. 350.

²⁹ V. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 36-38, p.61.

³⁰ V. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 2330.

³¹ V. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal*, p. 971.

detenido". Sobre la base los elementos del tipo debe rechazarse esta posibilidad. En primer lugar, porque nuestro obligado no tiene por qué encontrarse privado de libertad, situación que, según la doctrina, debe caracterizar al condenado, preso o detenido que se auxilia³². En segundo lugar, y aunque el obligado estuviera privado de libertad, porque la conducta de la mujer que reanuda el contacto o la convivencia con su agresor no puede considerarse como "proporcionar la evasión". Para ello se requiere que se lleve a cabo una conducta que «determine que la persona quede en libertad»³³ y, en nuestro caso, la conducta de la mujer se ciñe exclusivamente a colaborar en el quebrantamiento de la prohibición de residencia, alejamiento o comunicación.

Descartada la oportunidad de solucionar la intervención de terceros en el quebrantamiento del art. 468.2 por la vía del art. 470 CP, resta por analizar las posibilidades de éxito de un planteamiento que admite las formas de participación en aquél delito. Es en este momento cuando adquiere relevancia su consideración como delito especial propio. El estudio de los delitos especiales es una cuestión de una elevada complejidad dogmática que excede en mucho las pretensiones de este trabajo³⁴. Aquí solamente se efectúa un análisis básicamente descriptivo de las consecuencias que conlleva la consideración del art. 468 como un delito especial. Hecha esta aclaración, conviene recordar que los delitos especiales se definen tradicionalmente como aquellos «de los que sólo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley», dividiéndose, a su vez, entre impropios o propios en función de si las conductas tipificadas guardan o no correspondencia con un delito común, respectivamente³⁵. Según esto, el tipo del art. 468.2 CP sería un delito especial propio del que sólo podría ser autor la persona sentenciada o sujeta a alguna de las medidas aquí discutidas. Sin embargo, y con base a la redacción del tipo del art. 468. 2 CP y en comparación con los términos utilizados en el primer apartado del mismo precepto, no resulta tan claro que pueda afirmarse que el delito del 468.2 es un delito especial, por lo menos no un delito especial entendido en sentido tradicional.

El cuestionado apartado 2º del art. 468 CP se refiere “**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”. El art. 468 apartado 1º alude, en cambio, a “**Los que** quebrantaren **su** condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”³⁶. Obviamente, la conducta típica de este último delito sólo puede cometerla el sujeto sobre el que pesa *su* condena, medida, etc. Él es el único personalmente obligado y, por tanto, sólo él puede infringir el deber de cumplir con su condena. No sucede lo mismo con el tipo específico del art. 468.2 CP que, debido a las razones que fundamentan su creación se sustraer de la lógica del delito de quebrantamiento clásico³⁷. Veamos por qué. De las once acepciones del término quebrantar que pueden encontrarse en el diccionario³⁸, conviene resaltar aquí dos de ellas: “Librarse por la fuerza

³² V. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 2336-2337.

³³ V. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 2337-2338.

³⁴ Realizando un estudio profundo sobre la figura de los delitos especiales, *v. recientemente*, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006.

³⁵ V. MIR PUIG, *Derecho penal*, 9/46-51.

³⁶ La negrita es mía.

³⁷ En mi opinión, el tipo del art. 468.2 CP no sería, pues, un “subtipo agravado” como afirma algún autor (*v. VALEJO ÁLVAREZ, Estudios penales*, p. 342), sino un delito distinto del regulado en el art. 468.1 CP.

³⁸ V. MARÍA MOLINER, *Diccionario de uso del español*, I-Z.

de una cosa que aprisiona: 'Quebrantar la prisión' (8^a); e "Infringir o incumplir una ley, una promesa, una obligación, etc" (9^o). Está claro que al primero que algo le "aprisiona" o le "obliga" es al sentenciado o sujeto a la medida de residencia, alejamiento o comunicación. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de las concretas penas y medidas susceptibles de aplicación, también cabe afirmar que el éxito del fin que subyace a las prohibiciones cuyo incumplimiento es castigado por el art. 468.2 CP, no puede medirse, en muchas ocasiones, en términos de unilateralidad sino de *bilateralidad*³⁹. En efecto, no sólo la persona sentenciada o sujeta a la medida debe colaborar con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que en dicha tarea también juega un papel fundamental el comportamiento que adopte la persona en cuyo favor se imponen estas prohibiciones. Si bien es cierto que la configuración como hecho típico requiere que exista una resolución judicial, una persona inicialmente obligada y que ésta adopte una actitud contraria a lo dispuesto en aquélla, a ello también puede contribuir de manera esencial la persona a quien desde el Derecho penal quiere protegerse⁴⁰. 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.

En este sentido, y sobre la base de la redacción del precepto en cuestión, es perfectamente sostenible que, por un lado, el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP es un "delito especial" en la medida en que sólo pueden ser sujetos activos determinadas personas por encontrarse en una *posición especial o idónea* para lesionar el bien jurídico, esto es, la persona condenada o sujeta a la medida y la persona beneficiaria de aquélla. En cambio, y por otro lado, que el delito de quebrantamiento del art. 468.1 CP es un delito especial del que solamente pueden ser sujetos activos los que infrinjan el deber que les vincula personalmente con el objeto de protección, esto es, el deber de cumplir su condena, medida, prisión, etc. A estos efectos, cabe partir de la distinción entre "delitos de posición" –para el caso del art. 468.2 CP– y "delitos especiales de deber" –para el art. 468.1 CP– propuesta por la doctrina más reciente en torno a la dogmática de los delitos especiales⁴¹. Entre las consecuencias jurídicas de esta distinción, la más relevante a los efectos de este trabajo y por lo que respecta al art. 468.2 CP es que, su consideración como delito de posición implica que, pese a operar una restricción del círculo de sujetos activos del tipo, rigen las reglas generales sobre la intervención y que la ostentación de la posición especial no es determinante automáticamente de la autoría⁴². Como se habrá advertido, de lo sostenido arriba se deriva la posibilidad de admitir que, en determinados casos, la mujer que consiente o provoca que su agresor incumpla la prohibición de protección pueda ser castigada no sólo como partícipe en el delito de quebrantamiento del 468.2 CP (y ello sin necesidad de recurrir al art. 65.3 CP), sino incluso como autora del mismo. Evidentemente, esta no es una solución automática y

³⁹ Cfr. VALEJE ÁLVAREZ, *Estudios penales*, p. 342, p. 350.

⁴⁰ Esto es más claro en los supuestos en los que la prohibición impuesta consiste en la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas que determine el juez. La comunicación no se entiende sino en términos de *bilateralidad*.

⁴¹ V. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 225-246, en especial pp. 238-246; el mismo, *Garantes y cómplices*, p. 125 y ss. En opinión de este autor, se trata de 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*», *La participación en el delito*, p. 238.

⁴² V. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 241; el mismo, *Garantes y cómplices*, p. 131.

generalizable a todos los supuestos. Sin embargo, sí debe ponerse de relieve que, tal y como está redactado el actual art. 468.2 CP, es perfectamente sostenible. En suma: constatados el resto de elementos que configuran el tipo en cuestión, existirá base legal para responsabilizar penalmente a la mujer maltratada a la que se pretendía proteger mediante la pena o medida que (también) ella quebranta. Es más, ante esta situación cuando menos paradójica, podrá imponerse una *desproporcionada* pena de prisión de seis meses a un año.

3.4. Otros aspectos relevantes

Además de las cuestiones que afectan a la estricta tipicidad del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP es conveniente incidir en otro elemento, a mi juicio fundamental, en torno a esta figura delictiva. En el supuesto de hecho expuesto al inicio de este trabajo, se ha hecho referencia a que era la misma beneficiaria la que *consentía* o incluso *provocaba* el incumplimiento de la pena o medida acordada en aras de su protección. Lo que debe cuestionarse aquí es si el consentimiento de la persona beneficiaria puede determinar la exclusión de responsabilidad penal del obligado a la pena o medida. De manera previa al planteamiento de la eficacia del consentimiento en la teoría del delito, el primer aspecto al que se refiere la doctrina es que sea el *sujeto pasivo* del delito la persona de la que surja dicho consentimiento⁴³. El sujeto pasivo (u ofendido) se define como «el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito», distinguiéndose del perjudicado o persona que soporta las consecuencias perjudiciales que se derivan del hecho delictivo⁴⁴. En nuestro caso, si bien la mujer en cuyo favor se impone la pena o medida de protección puede ser, a su vez, sujeto perjudicado del delito de quebrantamiento, el sujeto pasivo es el Estado⁴⁵, la Administración de Justicia. Por tanto, no tiene 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.

Por la misma razón, tampoco es posible interpretar ese consentimiento como un perdón del ofendido. Es más, aunque eso fuera posible y siguiendo los establecido en el art. 130.5º CP, el perdón de la beneficiaria de la prohibición no podría ser eficaz, pues ello no se prevé en el art. 468 CP.

4. Tratamiento jurisprudencial

Como apuntaba al principio de este trabajo, nuestros tribunales resuelven de modo dispar los casos de quebrantamiento de penas o medidas de protección de las víctimas cuando aquél ha sido provocado o consentido por la propia persona beneficiaria. A tal efecto, cabe hacer referencia a las tres vías de solución que actualmente se adoptan: 1) en primer lugar, considerar que la conducta es atípica por desaparecer las circunstancias que motivaron la pena o medida; 2) en segundo lugar, responsabilizar únicamente al obligado a la pena o medida por el delito del art.

⁴³ V. MIR PUIG, *Derecho penal*, 19/1 y ss.; 9/9.

⁴⁴ V. MIR PUIG, *Derecho penal*, 9/8-13.

⁴⁵ V. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal*, p. 971.

468.2 CP, con independencia de que exista o no el consentimiento de la persona beneficiaria; 3) y, en tercer lugar, castigar tanto al obligado como a la persona beneficiaria por un delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, diferenciando, eso sí, los títulos de atribución de responsabilidad penal de cada uno. Veamos por separado cada una de estas posibilidades centrándonos fundamentalmente en lo que respecta a la posible responsabilidad de la mujer víctima.

4.1. La ausencia de tipicidad

Tanto el TS, en la única sentencia al respecto que hasta el momento ha dictado, como la mayoría de las AP⁴⁶ se decantan por la solución de la atypicalidad en los supuestos en los que la víctima del maltrato previo consiente o incluso provoca la infracción de la prohibición de la que es beneficiaria. Desde esta perspectiva jurisprudencial, la voluntad de la beneficiaria de la medida se convierte en un elemento del tipo penal. Así lo pone de manifiesto la STS de 26 de septiembre de 2005 (ponente Giménez García). Según los hechos declarados probados, el acusado Santiago, tras mantener una tortuosa relación sentimental con Yolanda y denunciarle ésta por agresión sexual, es detenido y puesto en libertad condicional acordando el juez instructor como *medida cautelar* la prohibición de aproximarse a su pareja. Sin embargo, tras estos hechos la pareja reanuda voluntariamente su convivencia, a lo que le sigue una nueva ruptura ocasionada por las múltiples amenazas de Santiago a Yolanda. Ésta, de nuevo, denuncia a su pareja ante la AP de Madrid, entre otros, por un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar. Tras la condena de la AP, el acusado presenta recurso de casación.

Pues bien, en este caso el TS, después de pronunciarse expresamente en el sentido de que, por una parte, «el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado (...) y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar» y que, por otra, «la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger» (FJ 5º), casa la sentencia de la audiencia absolviendo a Santiago del referido delito de quebrantamiento. La argumentación que para ello desarrolla no tiene desperdicio. Apelando a que esta es «la decisión más prudente» teniendo en cuenta las características del «escenario en el que se desarrolla su eficacia», el TS considera que «en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirla y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesidad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva». Esto es, «la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento». En consecuencia, y aquí viene lo más sorprendente, el

⁴⁶ V. SAP Granada, Secc. 2^a, de 7 de abril de 2006, ponente Ramos Almenara; SAP Madrid, Secc. 15^a, de 29 de mayo de 2006, ponente Martín Meizoso; AAP Cuenca, Secc. 1^a, de 6 de julio de 2006, ponente Puente Segura; SAP Ourense, Secc. 1^a, de 20 de diciembre de 2006, ponente Alañón Olmedo; SAP Soria, Secc. 1^a, de 19 de febrero de 2007, ponente Pérez-Flecha Díaz; SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5^a, de 27 de febrero de 2007, ponente González González; SAP Barcelona, Secc. 20^a, de 28 de febrero de 2007, ponente Zabalegui Muñoz; SAP Ourense, Secc. 1^a, de 7 de marzo de 2007 (ponente Domínguez-Viguera Fernández).

Tribunal entiende que «el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla [scil. de la mujer], 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» (FJ 5º). Como puede observarse, la resolución a la que llega el TS coincide con una de las soluciones declaradas al principio inadmisibles, esto es, que la vigencia o anulación de la medida quede al arbitrio de la persona en cuyo favor se otorga.

En esta misma línea se sitúan aquellas resoluciones que interpretan el tipo del art. 468.2 CP como un *delito plurifensivo* y fundamentan la atipicidad de estos casos con base a la ausencia de antijuricidad material del hecho. Así se pronuncian, por ejemplo, la SAP Guipúzcoa, Secc. 1ª, de 26 de septiembre de 2006 (ponente Maeso Ventureira) y la SAP Soria, Secc. 1ª, de 19 de febrero de 2007 (ponente Pérez-Flecha Díaz). En ambas, el apelante había sido condenado en instancia como autor de un delito de quebrantamiento por el incumplimiento de una *pena* de prohibición de acercamiento o comunicación. Pues bien, según la argumentación de estas sentencias, el tipo del art. 468.2 es un delito plurifensivo porque «tutela dos bienes jurídicos complementarios: uno de naturaleza institucional, centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia; otro de naturaleza personal, ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege» (SAP Guipúzcoa, FJ 4º)⁴⁷. De esta forma, estiman que en los supuestos en los que el incumplimiento de la prohibición tiene lugar mediando el consentimiento de la persona en cuyo favor se impuso, tiene que afirmarse la atipicidad de la conducta pues ésta no es materialmente antijurídica. Con el consentimiento de la beneficiaria de la medida de protección no puede decirse que se haya atentado «contra el bien jurídico que constituye el fin último de protección de la norma punitiva (la seguridad y tranquilidad de la víctima» (SAP Soria, FJ 2º; SAP Guipúzcoa).

4.2. La responsabilidad exclusiva del obligado por la prohibición

Sosteniendo que el tipo del art. 468.2 CP es independiente del consentimiento de la persona en cuyo favor se impone la pena o medida de protección, la SAP Barcelona, Secc. 20ª, de 29 de noviembre de 2006 (ponente Zabalegui Muñoz) condena al acusado sobre el que pesaban las prohibiciones de aproximación y comunicación con su ex pareja —impuestas como medida cautelar—. Conforme a esta resolución de la SAP de Barcelona, desde el momento en que el acusado se relaciona y se acerca a la persona protegida por tales medidas, culmina el delito del art. 468.2 CP. Según la AP, lo establecido en la STS de 26 de septiembre de 2005 «no puede considerarse Jurisprudencia», pues es una sentencia «aislada y el criterio seguido no ha sido

⁴⁷ En mi opinión, el bien jurídico protegido con el delito del art. 468.2 CP sigue siendo *exclusivamente* el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia. Creo que debe distinguirse entre, por un lado, las razones que motivaron la creación de este tipo penal y, por otro, el que sea el bien jurídico protegido a través de la introducción del precepto en cuestión en el articulado del Código penal. El art. 468.2 se incluye en el Título XX del Libro II, esto es, entre los *delitos contra la Administración de Justicia*. Si la intención del legislador hubiera sido la de que el bien jurídico protegido fuera la indemnidad de la persona beneficiaria de la prohibición, podría haberlo situado sistemáticamente en otra parte del CP como, por ejemplo, en el Título III de *las lesiones* o en el Título VII de las torturas y otros *delitos contra la integridad moral*. De hecho, es lo que ocurre con el delito de prevaricación medioambiental (art. 329 CP) previsto de manera específica entre los *delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (Libro II, Título XVI, Capítulo III), cuyo bien jurídico, aquí sí, es el medio ambiente y no la administración de justicia.

consolidado» (FJ 1º). Lo relevante de esta sentencia de la AP de Barcelona es que, tras subrayar que «las resoluciones judiciales deben cumplirse en sus estrictos términos», sostiene coherentemente que «la ejecución de una orden de protección» no puede depender «de la voluntad de la persona protegida, pues en este caso se produciría una absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor de un delito de quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida» (FJ 1º). Por todo ello, constatando tanto el incumplimiento de la medida (elemento objetivo) como la voluntad de no respetar la resolución judicial mediante la que se impuso (elemento subjetivo), la SAP Barcelona condena en este caso al acusado como autor de un delito de quebrantamiento.

4.3. La corresponsabilidad del obligado y de la beneficiaria de la prohibición

A esta conclusión llega recientemente la AP de Barcelona en una sentencia de 21 de febrero de 2007⁴⁸. En este caso, el Ministerio Fiscal recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Penal que absuelve a los acusados (¡!) Víctor Manuel y Mª Virtudes de un delito de quebrantamiento de condena. Al primero de ellos se le impuso, en otra causa, una pena de prohibición de acercamiento y comunicación con su pareja Mª Virtudes. Sin embargo esta última, con conocimiento de la pena impuesta, llamó por teléfono a Víctor Manuel para reanudar la convivencia. Así lo hicieron y, en el momento del recurso, así continuaban. También consta que Mª Virtudes pidió en el juzgado que cesara la orden de alejamiento. La AP admite el recurso de apelación y condena a Víctor Manuel como *autor* de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 y a Mª Virtudes como *inductora y cooperadora necesaria* del mismo tipo⁴⁹.

La argumentación de la AP de Barcelona en este caso es la siguiente: En primer lugar, entiende que los fundamentos de la STS de 26 de septiembre de 2005 no son aplicables a este supuesto pues allí se trataba del incumplimiento de una medida cautelar y aquí de una pena (accesoria). De este modo, y en segundo lugar, señala que «la pena impuesta es de cumplimiento obligatorio y no puede quedar su ejecución al arbitrio del condenado ni depender de la voluntad de la persona protegida». Así, la única vía legal posible para eludir la responsabilidad por este tipo de quebrantamientos es «la solicitud de indulto parcial del Gobierno (...) y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que este acceda a la suspensión de la ejecución» (FJ 2º). Aunque Mª Virtudes había solicitado el cese de la orden de alejamiento, la AP entiende que fue una petición indebida, pues el Juez de la ejecutoria no tiene competencia para dejar sin efecto una pena.

4.4. Crítica a las soluciones jurisprudenciales

Llama la atención lo relativamente reciente que es la cuestión y las soluciones tan dispares que manejan nuestros tribunales. Esto se explica sin duda por la enorme trascendencia social del problema al que nos enfrentamos y lo delicado que es tomar una decisión que satisfaga a todos

⁴⁸ SAP Barcelona, Secc. 20ª, de 21 de febrero de 2007 (ponente Pérez Máiquez).

⁴⁹ A propósito de la experiencia norteamericana, señala LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, que esta solución es uno de los riesgos (criticables) que derivan de la criminalización en el ámbito de la protección de las víctimas de la violencia doméstica , v. pp. 74-81, p. 79.

los sectores implicados. Desde un punto de vista jurídico-penal que combine no solamente razones de legalidad sino también de política-criminal, ninguna de las propuestas jurisprudenciales arriba señaladas es, a mi modo de ver, completamente satisfactoria.

En primer lugar, la solución del TS parece ser la más respetuosa con el derecho a la familia y, como una de sus manifestaciones, con el derecho “a vivir juntos”⁵⁰. Sin embargo, no lo es tanto con el hecho de que la resolución de conflictos por parte del derecho penal no se basa en lo que acuerden las partes o, en este supuesto, en lo que decida la víctima de la violencia⁵¹. En esta sentencia, el TS sostiene que la *efectividad* de la medida cautelar de alejamiento depende de la *voluntad de la víctima*. Esto es cierto en tanto que la efectividad o el *éxito* de la medida impuesta depende, en muchos casos, de la actitud que adopte la persona en cuyo favor se adopte. Ahora bien, esta consideración no debe confundirse con lo que significa la *vigencia* de la pena o medida. De la misma manera que es el Juez o Tribunal el que, atendiendo a la necesidad objetiva de protección de la víctima o a lo que en su caso exija la ley, decide su imposición, la determinación de su vigencia también depende en última instancia de una decisión judicial⁵². Desde el momento en que se pone en marcha la maquinaria de la Administración de Justicia, la protección de la víctima se sustrae del ámbito privado. Las razones por las que la víctima consiente o provoca el contacto con su agresor no siempre son excluyentes de la necesidad objetiva de protección o de la peligrosidad de la situación⁵³. En esta medida, y 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. Desde la doctrina, se apunta a que, si bien esta cuestión no es tan llamativa cuando se trata del incumplimiento, provocado o consentido por la víctima de la violencia, de una prohibición de protección judicialmente impuesta como *medida cautelar*, sí lo es cuando se trata del incumplimiento de una *pena o medida de seguridad* impuestas a través de una resolución final^{54, 55}. Así, entienden que mientras para este último supuesto hay que tener en cuenta el principio de indisponibilidad y el carácter imperativo de las penas como fundamento jurídico excluyente de la eficacia del consentimiento de la víctima, en el caso de las medidas cautelares es distinto.

⁵⁰ En este aspecto, el TS se remite a las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y de 9 de junio de 1998 (FJ 5º).

⁵¹ En este sentido, MIRAT HERNÁNDEZ / ARMENDÁRIZ LEÓN, *Violencia de género*, señalando además que a la víctima no le puede corresponder «la solución del problema, sino al Estado, porque de otra manera estaríamos dando paso a una solución pactada de los conflictos que en gran medida dependerían de la emotividad de la víctima», p. 139.

⁵² En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, AFDUDC 2006, señala acertadamente que «el proceso penal no es disponible por las partes y que, a pesar del hecho de haber sido impuestas a su favor, el beneficiario de ellas no es el dueño y señor de estas medidas», p. 1229.

⁵³ Ahora bien, según señala LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, «aun cuando los temores de que el retorno con la pareja ocasione más violencia sean fundados, numerosas investigaciones muestran que ella es la persona que está en mejor posición para calibrar el peligro», p. 102.

⁵⁴ En este sentido, *v. QUERALT I JIMÉNEZ*, en MONTALBÁN HUERTAS (dir.), *CDJ: La Ley Integral*, p. 172 y ss. Este autor, si bien para el caso de quebrantamiento de medida cautelar en el que colabora voluntariamente la persona en cuyo favor se impone, no tiene problemas en afirmar la ausencia de antijuricidad material del hecho (*v. pp. 173-175*), entiende que si lo que se quebranta es una pena, la solución para la impunidad de la víctima protegida debe buscarse en sede de inexigibilidad o de error de prohibición invencible (*v. pp. 179-180*).

⁵⁵ Respecto a las medidas de seguridad, cabe mencionar que nuestro CP (art. 97 b)) prevé la posibilidad de que cualquier medida de seguridad impuesta cese en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. Sin embargo, esto también es una *decisión del juez o tribunal sentenciador*, mediante un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Teniendo en cuenta que su naturaleza transitoria o provisional y que su adopción inicial se basa o bien «en la situación objetiva de riesgo (art. 544 ter 1. LECrim)» o bien en «la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima (art. 544 ter 6. LECrim)», si desaparece esta causa externa y el beneficiario así lo cree⁵⁶, consideran que el quebrantamiento no sería antijurídico (por no lesionarse el bien jurídico protegido)⁵⁷. Quizá ésta sea la solución correcta o, mejor dicho, deseable para algunos casos. Téngase en cuenta que, en ocasiones, las medidas cautelares de protección a las víctimas de la violencia doméstica se adoptan con demasiada celeridad debido a la urgencia del caso y que, a veces, ello provoca que ni la propia víctima tenga tiempo de reaccionar ante el devenir del proceso y lo que éste supone⁵⁸.

En segundo lugar, defender la exclusiva responsabilidad del obligado que incumple su pena o medida es la respuesta más coherente si se interpreta el tipo del art. 468.2 CP como un delito con el que, por una parte, se tutela exclusivamente la correcta Administración de Justicia y que, por otra, aquél tiene la naturaleza de delito especial propio (o de infracción de deber) que sólo puede cometer la persona sobre la que pesan las prohibiciones. Sin embargo, esta interpretación de la SAP Barcelona de 29 de noviembre es demasiado formalista y no tiene en cuenta que el tipo del art. 468.2 CP se sustraе de la lógica del delito clásico de quebrantamiento y que, por tanto, el círculo de sujetos activos no se restringe al que sea sentenciado o sujeto sobre el que pesa la medida cautelar.

Por último, con la solución que adopta la SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007 se sigue manteniendo una interpretación restrictiva del bien jurídico protegido pero, en cambio, se admiten las formas de participación en este delito. Por esta vía, no solamente no se deja al arbitrio de la víctima de la violencia la anulación o vigencia de la medida de protección —materializada en este caso como *pena accesoria*—, sino que además se abre la posibilidad de castigar a la mujer que colabora en el quebrantamiento. No obstante, en esta resolución pionera se echa en falta una argumentación más consistente, con la que, entre otros aspectos, se justifiquen las razones que permiten afirmar la responsabilidad de la mujer víctima por un delito tradicionalmente calificado como delito especial propio.

4.5. Balance

La especificidad del vigente delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP se debe a su propia razón de ser. En efecto, como ya se ha mencionado, su redacción actual es fruto de la reforma penal que conlleva la aprobación de la LOPIVG. De este modo, el sentido del delito del art. 468.2

⁵⁶ Muestra de ello puede ser el hecho de que sea la propia víctima del maltrato la que acuda al juez instructor solicitando la renuncia a la orden de protección otorgada en su favor. Esta es la razón por la que, por ejemplo, en la STS Ourense, Secc. 1^a, de 7 de marzo de 2007 (ponente Domínguez-Viguera Fernández) se absuelva al acusado del delito de quebrantamiento del art. 468.2 (FJ 3º).

⁵⁷ V. VALEJE ÁLVAREZ, *Estudios penales*, pp. 346-347.

⁵⁸ En este sentido, GONZÁLEZ DEL CAMPILLO-CRUZ, en GARCÍA ORTIZ / LÓPEZ ANGUITA (dirs.), *La violencia de género*, señala que «la necesaria urgencia en la protección de la víctima (...) puede provocar tanto una insuficiente protección ante la escasez de indicios fundados de la perpetración del delito, o de insuficientes elementos objetivos para valorar el riesgo en el cual la víctima se halla, como una apresurada protección que limita innecesariamente las libertades fundamentales del imputado», p. 176.

CP es inseparable de la lógica de la protección integral contra la violencia de género. Eso explicaría que, entre otras cosas, frente a un incumplimiento de alguna de las prohibiciones de protección, aunque sean prohibiciones en forma de medidas cautelares, se amenace con la imposición de una pena de prisión de igual entidad que la prevista para quienes quebranten su condena estando privados de libertad. Sin embargo, y paradójicamente, la redacción que el legislador ha otorgado a este tipo delictivo no bloquea la posibilidad de que la persona beneficiaria de esas prohibiciones también pueda ser sujeto activo de este delito de quebrantamiento. El tenor literal de este precepto pone de manifiesto otro de los rasgos específicos de esta modalidad de quebrantamiento. A saber: su configuración como un delito especial un tanto peculiar y distinto del regulado en el art. 468.1 CP. Mientras este último responde a la idea clásica de delito especial propio o, mejor, a la más reciente categoría de delito especial de deber, el tipo de quebrantamiento del segundo apartado es un *delito de posición*. Esto implica que sólo puedan ser sujetos activos de este delito aquellas personas con una posición idónea para lesionar el bien jurídico protegido. En nuestro caso, significa que sólo el condenado o sujeto a medida cautelar, por un lado, y la persona beneficiaria de la protección, por otro, pueden cometer el tipo del 468.2 CP.

Con base en estas consideraciones, debe admitirse que *lege lata* la mujer-víctima en cuyo favor se ha impuesto a su agresor-pareja la pena o medida de residencia, alejamiento o comunicación y que, no obstante, consiente o provoca dolosamente su quebrantamiento puede ser responsable, incluso como autora, del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP⁵⁹.

5. Las posibilidades de un pronunciamiento en favor de la impunidad de la mujer víctima

Pese a lo afirmado anteriormente, 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. También puede concluirse con la impunidad de aquélla. De este modo, el objetivo de este apartado es ofrecer al operador jurídico ciertos criterios limitativos o excluyentes de la imputación del delito de quebrantamiento a la que fuera víctima de la violencia doméstica.

5.1. *Lege lata*

a. El tipo subjetivo

Según la regulación vigente, el delito de quebrantamiento sólo admite su comisión dolosa. En concreto, el dolo se interpreta aquí como el conocimiento de la vigencia de la pena o de la medida impuesta (SAP Soria, Secc. 1^a, de 19 de febrero de 2007). Así pues, para poder castigar a la mujer que, por ejemplo, llama a su pareja sobre la que pesa una prohibición de comunicación o que le

⁵⁹ También admite la responsabilidad de la mujer en estos casos, RAMOS VÁZQUEZ, AFDUDC 2006, p. 1230, si bien este autor sólo se refiere al castigo de la mujer como inductora o cooperadora necesaria de un delito del art. 468 CP.

convence para reanudar la convivencia pese a existir una prohibición de residencia o de alejamiento, deberá constatarse que aquélla era consciente de la vigencia de la pena o medida. En este sentido, pueden tener relevancia los supuestos de *error de tipo*. Por ejemplo, cuando la mujer cree erróneamente que su comportamiento voluntario en relación con el acercamiento o comunicación con su agresor invalida la pena o medida de protección. 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.

b. La perspectiva de la exculpación

En determinados casos, y cuando no sea posible recurrir a la falta de tipicidad, puede que el comportamiento de la mujer víctima que reanuda el contacto con su agresor se explique por cierto desequilibrio en su estado psíquico o psicológico. En esta medida, cabe plantearse su exoneración de responsabilidad penal por la vía de la *anormalidad motivacional* bajo la que realiza dicha conducta⁶⁰. En el art. 20.1.º CP se prevé la exclusión de responsabilidad criminal para aquellos que al momento de cometer la infracción penal padecan cualquier anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria que les impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Siguiendo una fórmula mixta, nuestra regulación penal requiere que, para que pueda operar esta causa de inimputabilidad concurre, por un lado, el elemento biológico-psiquiátrico representado por la exigencia de anomalía o alteración psíquica y, por otro, el elemento psicológico constituido por el efecto de inimputabilidad en el momento de cometer el hecho. Conforme a nuestro derecho positivo, este efecto de inimputabilidad puede manifestarse de dos formas: a) incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta; b) incapacidad de dirigir la conducta conforme a dicha comprensión.

A partir de aquí, deberíamos preguntarnos por qué la mujer que ha sido maltratada o agredida por su pareja decide reanudar el contacto o convivencia con su agresor. Esta decisión puede explicarse por razones de tipo económico, al carecer de medios suficientes para ser autónomas e independientes; de tipo social, por la educación que han recibido; también puede responder a razones de tipo jurídico o legal, por sentirse desamparadas por los sistemas jurídicos y asistenciales; y, por último, por razones de naturaleza psicológica, pues el maltrato puede afectar a la estabilidad psicológica de la víctima⁶¹. Según estudios de medicina forense las lesiones y repercusiones de la violencia en la pareja ni siempre son físicas ni siempre son inmediatas. A largo plazo pueden aparecer lesiones psicológicas. En este sentido se alude al “síndrome de la mujer maltratada” para referirse a las alteraciones psíquicas originadas por la situación de maltrato permanente⁶². En esta línea, en la mujer maltratada se ha llegado a diagnosticar

⁶⁰ V. MIR PUIG, *Derecho penal*, 22/7.

⁶¹ V. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica*, pp. 29-31.

⁶² V. LORENTE ACOSTA (et. al.), RECPG 2000. Otros autores, también se refieren a la posibilidad de desarrollo de un “síndrome de Estocolmo doméstico en las mujeres maltratadas”. Así, MONTERO GÓMEZ, H<http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html>H, señala que algunas mujeres maltratadas comparten «la reacción paradójica de desarrollar un vínculo afectivo todavía más fuerte con sus agresores, defendiendo sus razones, retirando denuncias policiales cuando han tenido un momento de lucidez y las han presentado, o deteniendo procesos judiciales en marcha al declarar a favor de sus agresores antes de que sean condenados».

trastornos por estrés postraumático (TPEP)⁶³, catalogados estos en el DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) dentro del grupo de los trastornos mentales por ansiedad⁶⁴. Por esta vía, se abre la posibilidad de que la inimputabilidad de la mujer que quebranta la medida de protección sea una solución puntual para la exclusión de su responsabilidad penal.

Por otro lado, y también sólo para casos concretos, puede ser que la exclusión de su responsabilidad penal se fundamente por la vía del desconocimiento de la antijuricidad de su conducta (error de prohibición)⁶⁵ o incluso por el cauce de la inexigibilidad de otra conducta (miedo insuperable).

5.2. *Lege ferenda*

Como puede observarse, con las soluciones anteriores no cabe sostener la impunidad de la beneficiaria de la medida de protección que colabora en su quebrantamiento como solución general. La exclusión de su responsabilidad en tales supuestos va a depender de las características del caso concreto. Por consiguiente, en algunos supuestos no habrá más remedio que concluir en su castigo conforme al art. 468.2 CP. Más allá de las vías de impunidad arriba expuestas, sólo cabe proponer soluciones *lege ferenda*.

La primera posibilidad, manteniendo la vigencia del tipo en cuestión, sería reformular su redacción. Si el deseo es evitar el castigo de la mujer maltratada que retoma el contacto con su agresor después de haberse adoptado una medida de alejamiento, el legislador tendría que configurar el tipo del art. 468.2 CP como un delito especial propio –o mejor, como un delito especial de deber– del que sólo pudiera responder el condenado a la pena accesoria o medida de seguridad o sujeto a la medida cautelar de protección, así como excluir la posibilidad de aplicarle a la mujer el art. 65.3 CP.

Otra de las posibilidades *lege ferenda* sería regular expresamente que el castigo por el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, fuera cual fuera la naturaleza de la medida de protección incumplida, dependiera de la *existencia objetiva de peligro* para la víctima de la violencia doméstica. Esto supondría reconocer que el bien jurídico verdaderamente protegido a través de esta modalidad de quebrantamiento sería la indemnidad de la víctima de la violencia. Pero además, esta nueva regulación del tipo de quebrantamiento aquí cuestionado también exigiría una reubicación sistemática de este delito⁶⁶. En esta medida, en tanto se probara la ausencia de peligro para la integridad y vida de la víctima, el simple incumplimiento formal no podría fundamentar el castigo, ni del sujeto obligado ni de la persona beneficiaria, por este delito.

⁶³ V. ARROYO FERNÁNDEZ, *Rev Psiquiatría Fac Med Brna* 2002, p. 77, si bien señala la misma autora que «los criterios del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-IV) no recogen específicamente la violencia doméstica como uno de los acontecimientos que pueden desencadenar este trastorno», p. 77.

⁶⁴ V. www.psicommed.net

⁶⁵ V. QUERALT I JIMÉNEZ, en MONTALBÁN HUERTAS (dir.), *CDJ: La Ley Integral*, p. 180.

⁶⁶ Me refiero a que debería incluirse junto con los tipos específicos en torno a la violencia doméstica cuya comisión o presunta comisión fundamenta la imposición de alguna de las penas contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. Conclusión

La imposición, el cumplimiento e incluso la vigencia de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación del Derecho penal se escapan de la que sea la *voluntad* de las partes. Así, tras una decisión o resolución judicial, ni siquiera la víctima del delito o la persona beneficiaria de la resolución puede anular su eficacia. Este principio es fundamental para entender la virtualidad del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP.

El tipo penal del art. 468.2 CP se configura como un delito de posición del que, además del condenado o sujeto a medida, también puede ser sujeto activo la persona beneficiaria de la prohibición de residencia, alejamiento o comunicación. Así las cosas, esta modalidad de quebrantamiento es un ejemplo de cómo a veces las soluciones a las que se llega aplicando de manera estricta la ley pueden no satisfacer las exigencias de algunos agentes sociales e incluso ser contraproducentes. Precisamente, la responsabilidad penal que, según los términos del art. 468.2 CP, cabe afirmar respecto a la mujer víctima de la violencia doméstica que consiente o colabora en el quebrantamiento de la medida de protección impuesta en su favor, puede ser una manifestación de esta falta de correspondencia entre ley vigente y ley deseable.

El alud de reformas penales provocado por la idea de que así se aumenta la protección de las víctimas de la violencia doméstica no siempre merece una valoración positiva. El automatismo obligado –bien por la ley en el caso de los supuestos del art. 57.2 CP, bien por la necesidad de protección y la celeridad en la fase de instrucción– en la adopción de ciertas medidas de protección en el ámbito de los delitos relacionados con la violencia doméstica acarrea una restricción, para nada despreciable, de la libertad tanto del imputado como de la víctima de esos delitos. Aunque la naturaleza de estas medidas sea distinta (medidas cautelares, penas o medidas de seguridad) su incumplimiento tiene penalmente la misma consecuencia: prisión de seis meses a un año. Es más, según alguna opinión, esto no cambia ni en los casos en los que la beneficiaria de la medida de protección consiente o incluso toma la iniciativa en el acercamiento o comunicación con su pareja y agresor.

Por un lado, creo que la realidad jurídica que envuelve la imposición de medidas cautelares para la protección de la víctima de la violencia doméstica y la correspondiente a la imposición de una pena accesoria, debería llevarnos a replantear el hecho de meter en un mismo saco el quebrantamiento de una medida transitoria o provisional, impuesta en muchos casos con demasiada celeridad, y el quebrantamiento de una pena o medida de seguridad. Sin embargo, y por otro lado, también es necesario subrayar que la pena impuesta y en su caso quebrantada se trata de una pena accesoria con una virtualidad singular. A saber, asegurar la protección de la víctima de la violencia. De este modo, se plantea la siguiente disyuntiva: por una parte, la vigencia del principio de indisponibilidad de las penas también cuando éstas son penas accesorias que persiguen la protección de la víctima; y, por otra, la ausencia de necesidad de protección a la víctima.

Aún así, con el actual art. 468.2 CP no puede soslayarse la posibilidad de castigar a la mujer víctima del maltrato que reanuda el contacto o la convivencia con su agresor condenado o sujeto a alguna de las penas del art. 48 CP o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Los esfuerzos argumentativos de nuestros tribunales tendentes a declarar la impunidad de esta conducta no son, pues, satisfactorios desde un punto de vista de la estricta legalidad. Salvando los casos en que no se trate de un comportamiento doloso o que existan elementos que permitan excluir la culpabilidad de la mujer, *lege lata* no hay más remedio que concluir con la responsabilidad penal de la mujer víctima.

7. Jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, Penal, 26.9.2005	RJ 2005\7380	Joaquín Giménez García
SAP Madrid, Secc. 15 ^a , 29.5.2006	JUR 2006\288940	Carlos Martín Meizoso
AAP Cuenca, Secc. 1 ^a , 6.7.2006	JUR 2006\245966	Leopoldo Puente Segura
SAP Guipúzcoa, Secc. 1 ^a , 26.9.2006	JUR 2007\99986	Augusto Maeso Ventureira
SAP Barcelona, Secc. 20 ^a , 29.11.2006	ARP 2007\271	M ^a Carmen Zabalegui Muñoz
SAP Ourense, Secc. 1 ^a , 20.12.2006	JUR 2007\179886	Fernando Alañón Olmedo
SAP Soria, Secc. 1 ^a , 19.2.2007	JUR 2007\132778	Belén Pérez-Flecha Díaz
SAP Barcelona, Secc. 20 ^a , 21.2.2007	JUR 2007\138369	Fernando Pérez Máiquez
SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5 ^a , 27.2.2007	ARP 2007\261	José Luis González González
SAP Barcelona, Secc. 20 ^a , 28.2.2007	JUR 2007\138063	M ^a Carmen Zabalegui Muñoz
SAP Ourense, Secc. 1 ^a , 7.3.2007	JUR 2007/173556	Ángela Domínguez-Viguera Fernández

8. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Madrid 2006.

ARROYO FERNÁNDEZ, Amparo, "Mujer maltratada y Trastorno por Estrés Postraumático", en *Rev Psiquiatría Fac Med Barna* 29(2), 2002, pp. 77-82.

BOLEA BARDON, Carolina, "En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", en *RECPC* 09-02 (2007), www.criminet.ugr.es/recpc

CÓRDOBA RODA, Juan, "Delitos contra la Administración de Justicia" (Arts. 446 a 471 bis), en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Madrid 2004.

GARCÍA ALBERO, Ramón, "Del quebrantamiento de condena", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 4^a ed., 2004.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Madrid 2006.

GONZÁLEZ DEL CAMPILLO-CRUZ, Eduardo Luis, "La instrucción en los delitos de violencia de género", en GARCÍA ORTIZ / LÓPEZ ANGUITA (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Madrid 2006, pp. 139-177.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Delitos contra la Administración de Justicia" (II), en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid 2004, pp. 951-987.

LARRAURI PIJOAN, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid 2007.

LORENTE ACOSTA, Miguel / LORENTE ACOSTA, José Antonio / LORENTE ACOSTA, Javier / MARTÍNEZ VILDA, M^a Elena / VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique, "Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer", en RECPG 02-07, 2000, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-07.html

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "Quebrantamiento de condena y evasión de presos", en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (et. al.), *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada 1995, pp. 231-278.

MESTRE DELGADO, Esteban, "Delitos contra la Administración de Justicia", en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 3^a ed., Madrid 2005, pp. 607-646.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7^a ed., 2^a reimpr., Barcelona 2005.

MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar / ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, *Violencia de género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Madrid 2006.

MONTERO GÓMEZ, Andrés, "El síndrome de Estocolmo doméstico en mujeres maltratadas", <http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html>.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 16^a ed., Valencia 2007.

MUÑOZ CUESTA, Javier, "Quebrantamiento de condena", en HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (et. al.), *Los Delitos contra la Administración de Justicia*, pp. 297-315.

QUERALT I JIMÉNEZ, Joan, "La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género", en MONTALBÁN HUERTAS, I., *CDJ: La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Madrid XXII-2005, pp. 142-180.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, Barcelona 2006.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, "Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento", en *AFDUDC* 2006, núm. 10, pp. 1227-1236.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid 2003.

— *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona 2007.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Madrid 2004.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, "Penas accesorias, prohibiciones del art. 468.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP", en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 26, 2006, pp. 321-354.