

Universidad de Granada



Tesis Doctoral

**EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO
EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE
GÉNERO**

Cristina Cueto Moreno
Directora: Dra. Jiménez Díaz

Granada, Noviembre 2016

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Cristina Cueto Moreno
ISBN: 978-84-9163-122-4
URI: <http://hdl.handle.net/10481/45097>

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	10
PARTE PRIMERA. CUESTIONES PREVIAS.....	19
CAPÍTULO PRIMERO.- PERSPECTIVA HISTÓRICA. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL: ANTECEDENTES, INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO Y POSTERIOR EVOLUCIÓN.....	20
I.- INTRODUCCIÓN.....	21
II.- EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA.....	21
III.- BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DEL QUEBRANTAMIENTO EN EL DERECHO PROYECTADO.....	24
IV.- EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	26
V.- SUCESIVAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS ANTERIORES A LA LO 15/2003: INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO DE PENAS Y MEDIDAS DE ALEJAMIENTO.....	28
1.- LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	29
2.- LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	30
2.1.- Reformas del Código Penal.....	31
2.2.- Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	33

3.- LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.....	40
4.- LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.....	42
5.- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.....	45
VI.- LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL DE QUEBRANTAMIENTO DEL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL: LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.....	46
1.- Reforma del art. 468 del Código Penal. Introducción del apartado 2.....	46
2.- Reforma del sistema de penas.....	48
3.- Reforma del art. 57.2 del Código Penal.....	50
4.- Reforma del régimen de suspensión y sustitución de la pena.....	54
5.- Reforma del régimen de incumplimiento de las medidas de seguridad..	54
6.- Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	56
VII.- LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	57
1.- Reforma del art. 468 del Código Penal.....	57
2.- Reforma del régimen de suspensión y sustitución de la pena.....	62
3.- Reforma en el ámbito de las medidas cautelares.....	63
VIII.- LO 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.....	64
1.- Reforma del art. 468 del Código Penal. Introducción del apartado 3.....	64
2.- Reforma del sistema de penas.....	65
3.- Reforma del régimen de suspensión de la pena.....	66

CAPÍTULO SEGUNDO.- PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO. EL QUEBRANTAMIENTO DE ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN ALGUNOS PAÍSES DE EUROPA E IBEROAMÉRICA.....69

I.- PAÍSES QUE PREVÉN UN RÉGIMEN ESPECIAL DE QUEBRANTAMIENTO DE ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y/O DE GÉNERO.....70

1.- Europa.....70

1.1.- Bulgaria.....70

1.2.- Grecia.....71

2.- Iberoamérica.....72

2.1.- Argentina.....72

2.2.- Chile.....75

2.3.- Perú.....76

II.- PAÍSES QUE NO PREVÉN UN RÉGIMEN ESPECIAL DE QUEBRANTAMIENTO DE ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y/O DE GÉNERO.....78

1.- Europa.....78

1.1.- Alemania.....78

1.2.- Francia.....79

1.3.- Italia.....82

1.4.- Reino Unido.....84

1.4.1.- Inglaterra y Gales.....84

1.4.2.- Escocia.....86

1.5.- Otros países: Dinamarca, Eslovaquia, Suecia, Finlandia, República Checa.....87

2.- Iberoamérica.....89

2.1.- Colombia.....89

2.2.- México.....90

PARTE SEGUNDA. ANÁLISIS DEL DELITO TIPIFICADO EN EL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL.....	92
CAPÍTULO TERCERO.- CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN.....	93
CAPÍTULO CUARTO.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	105
CAPÍTULO QUINTO.- ANTIJURIDICIDAD.....	120
I.- ELEMENTOS DEL TIPO.....	121
1.- Sujetos.....	121
1.1.- Sujeto activo.....	121
1.2.- Sujeto pasivo.....	123
2.- Conducta típica.....	127
2.1.- Elemento normativo.....	130
2.1.1.- Resoluciones judiciales susceptibles de integrar el ámbito normativo del precepto.....	130
2.1.2.- Medidas excluidas del ámbito normativo del precepto.....	137
2.2.- Elemento objetivo.....	139
2.2.1.- Exigencia de requerimiento.....	139
2.2.2.- El art. 69 de la LO 1/2004. Problemática.....	144
II.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	149
1.- Incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida.....	149
1.1.- Estado de necesidad. Art. 20.5º del Código Penal.....	149
1.2.- Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Art. 20.7º del Código Penal.....	154
2.- Incidencia en la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.....	156
2.1.- Estado de necesidad. Art. 20.5º del Código Penal.....	156

2.2.- Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Art. 20.7º del Código Penal.....	157
CAPÍTULO SEXTO.- CULPABILIDAD.....	159
I.- IMPUTABILIDAD.....	160
II.- DELITO DOLOSO. IMPOSIBILIDAD DE LA ADMISIÓN DE LA IMPRUDENCIA.....	162
III.- ERROR.....	166
1.- Incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida.....	167
2.- Incidencia en la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.....	180
IV.- CAUSAS DE INEXIGIBILIDAD.....	182
1.- Incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida.....	182
2.- Incidencia en la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.....	186
CAPÍTULO SÉPTIMO.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.....	187
I.- GRADOS DE EJECUCIÓN. CONSUMACIÓN DEL DELITO. ADMISIBILIDAD DE LA TENTATIVA.....	188
II.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	193
III.- PROBLEMAS CONCURSALES Y CONTINUIDAD DELICTIVA.....	195
1.- Problemas concursales.....	195
1.1.- Regulación y fundamento de los subtipos agravados por cometerse la conducta típica quebrantando una pena o medida de las contempladas en el art. 48 del Código Penal.....	196
1.2.- Problemas concursales de los subtipos agravados con el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal.....	200
2.- Continuidad delictiva.....	207
IV.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.....	209

CAPÍTULO OCTAVO.- SISTEMA SANCIONATORIO.....	213
I.- LA PENA DEL ART. 468.2. EQUIPARACIÓN PUNITIVA.....	214
II.- REFERENCIA AL ART. 57.2 DEL CÓDIGO PENAL Y AL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA ACCESORIA DE ALEJAMIENTO.....	218
1.- Reflexiones sobre la naturaleza de la pena accesoria prevista en el art. 57 del Código Penal.....	219
2.- Carácter imperativo de la pena accesoria de alejamiento. Problemática.....	222
3.- Propuestas y alternativas a la ejecución de la pena de alejamiento.....	229
3.1.- La mediación. Art. 44.5 de la LO 1/2004.....	230
3.2.- Aplicación del régimen de las medidas de seguridad. Art. 97 del Código Penal.....	233
3.3.- Aplicación del régimen de suspensión de las penas privativas de libertad.....	235
III.- DISPOSITIVOS DE TELEDETECCIÓN. PROBLEMÁTICA.....	237
1.- Fundamento de los dispositivos de teledetección.....	237
2.- Regulación legal. Ausencia de la misma.....	242
3.- Tipificación de las conductas destinadas a inutilizar los dispositivos de teledetección.....	247
PARTE TERCERA.- EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.....	255
CAPÍTULO NOVENO.- CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA Y RESPONSABILIDAD DEL OBLIGADO.....	258
I.- TRATAMIENTO DOCTRINAL.....	259
1.- Diferentes tesis sobre la posible incidencia del consentimiento de la víctima.....	259
2.- Propuestas de reforma.....	263
II.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	266

1.- Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	266
2.- Otras soluciones jurisprudenciales al tema del quebrantamiento consentido.....	282
III.- VALORACIÓN.....	286
CAPÍTULO DÉCIMO.- POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA....	289
I.- TRATAMIENTO DOCTRINAL.....	290
1.- Criterios sobre la posible responsabilidad de la víctima.....	292
2.- Propuestas de reforma.....	297
II.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	300
III.- VALORACIÓN.....	305
PARTE CUARTA.- ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES CON RELEVANCIA PENAL.....	307
CAPÍTULO UNDÉCIMO.- COMPETENCIA PARA CONOCER DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL.....	308
CAPÍTULO DUODÉCIMO.- CONSECUENCIAS PROCESALES. COMPARECENCIA DEL ART. 544 <i>BIS</i> , <i>IN FINE</i> , DE LA LECRIM.....	317
CAPÍTULO DECIMOTERCERO.- CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE SUSPENSIÓN DE CONDENA.....	323
I.- IMPOSICIÓN IMPERATIVA DE CONDICIONES. DUPLICIDAD DE CONSECUENCIAS.....	324
II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. “DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO”. LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LO 1/2015.....	333
CAPÍTULO DECIMOCUARTO.- CALIFICACIÓN ALTERNATIVA POR DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN RELACIÓN A LOS SUBTIPOS AGRAVADOS.....	340
CAPÍTULO DECIMOQUINTO.- PRUEBA DE LA COMISIÓN DEL TIPO EN LOS SUPUESTOS EN QUE LA VÍCTIMA SE ACOGE A LA DISPENSA DEL ART. 416 LECRIM.....	344

CAPÍTULO DECIMOSEXTO.- QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN.....	352
I.- CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OEP.....	353
II.- INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS AL AMPARO DE UNA OEP.....	357
A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTAS.....	364
BIBLIOGRAFÍA.....	394
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	438

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

OEP: Orden Europea de Protección.

ROJ: Repertorio Oficial de Jurisprudencia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Sec.: Sección.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis del delito de quebrantamiento de condena tipificado en el nº 2 del artículo 468 del Código Penal, cuyo ámbito subjetivo se circunscribe al círculo de personas respecto de las que se configura el fenómeno de la violencia doméstica y de género. Incorporado al texto punitivo por la *LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, y objeto de sucesivas reformas, entre las que destaca la operada por la *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, por su relevancia en la materia tratada, el mismo presenta una problemática específica que se deriva, precisamente, de su relación con el mencionado fenómeno y con la clase de sujetos afectados por el tipo penal, vinculados siempre por relaciones familiares, matrimoniales o análogas. Sólo a título de ejemplo pueden citarse como cuestiones que merecen una reflexiva discusión la del bien jurídico protegido por el precepto; los problemas concursales con los subtipos agravados por cometerse la conducta quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza; la vulneración de medidas acordadas al amparo de una Orden Europea de Protección; o el gravísimo conflicto aplicativo que generan los comúnmente denominados “quebrantamientos consentidos”.

La elección de dicho tema como motivo de estudio de la presente Tesis Doctoral puede justificarse fundamentalmente en dos razones. La primera, la comprobación de que no existen en nuestro país estudios que aborden de forma global el análisis de este delito. Ciertamente, son numerosos los artículos doctrinales que lo examinan de forma parcial, en particular en relación a los problemas que generan los llamados “quebrantamientos consentidos”. También encontramos trabajos que analizan el delito genérico de quebrantamiento del art. 468.1 del Código Penal. Pero no existe a día de hoy ninguna obra que, de manera unitaria y sistemática, trate monográficamente el tipo penal contemplado en el apartado 2 del referido precepto, vinculado exclusivamente, como se ha indicado, al fenómeno de la violencia doméstica y de género. A lo anterior hay que añadir un factor que ha resultado decisivo, cual es la constatación en primera persona de la problemática que entraña, dada mi condición de Magistrada-Juez titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Granada desde que el 29 de junio de

2005 comenzaron a funcionar dichos órganos jurisdiccionales en España. La ambigüedad interpretativa de los asuntos antes referidos y otros muchos que se irán desarrollando a lo largo de la investigación, y el deseo de contribuir a su esclarecimiento desde la perspectiva práctica que mi cualificación profesional me otorga, han sido claves para afrontar su examen.

El presente trabajo, en consecuencia, tiene por objeto abordar de manera integral el estudio del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal y de las cuestiones que plantea, singularmente en el ámbito de la violencia de género, conjugando su análisis con el de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación, íntimamente vinculadas al referido tipo penal, en la medida en que es su vulneración la que puede suponer la comisión del mismo.

Para ello, tratando de combinar el punto de vista teórico doctrinal con la jurisprudencia emanada de los diferentes tribunales, siempre desde la visión práctica diaria que otorga el trabajo en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Granada, se estudiará cada tema, de un lado, desde la perspectiva de su desarrollo teórico, haciendo referencia a la principal doctrina española relacionada con cada materia y sistematizando en su caso las diferentes posturas existentes respecto de los problemas que se susciten, y, de otro, comentando la jurisprudencia, actualizada, dictada en relación a la aplicación práctica de cada cuestión, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, sin olvidar la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haciendo también alusión, cuando proceda, a la existencia de distintas interpretaciones de un mismo precepto o a la constatación de una modificación del criterio adoptado.

A tal efecto, nuestro estudio se estructura en cuatro Partes:

La **Parte Primera** (“Cuestiones Previas”), consta de **dos Capítulos**. Dentro del **Primero**, se repasará la **evolución histórica y configuración en nuestro Ordenamiento del delito de quebrantamiento en la Codificación penal española y en el Derecho Projectado**, así como la progresiva introducción por el legislador en nuestro sistema de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación, no sólo como penas y medidas de seguridad, sino también como medidas cautelares y como obligaciones a las que condicionar la suspensión (y, antes de la reforma abordada por la LO 1/2015, la sustitución) de la pena. Paralelamente, y dentro del mismo Capítulo, se estudiará cómo se ha ido tipificando el quebrantamiento de dichas

prohibiciones cuando las mismas se imponen como pena, medida de seguridad o medida cautelar. Y ello al objeto de constatar si desde el Poder Legislativo se está recurriendo a estas penas y medidas de alejamiento, y a la sanción frente al incumplimiento de las mismas, como mecanismos de tutela de las víctimas de violencia doméstica y de género.

A tal fin, se revisará, entre otra normativa, la *LO 11/1999, de 30 de abril*, que supuso una innovación en la tutela a las víctimas de delitos al prever la imposición de penas o medidas de seguridad consistentes en la prohibición de aproximarse o comunicarse con las mismas; la *LO 14/1999, de 9 de junio*, que por vez primera en nuestro Ordenamiento estableció la posibilidad de acordar, como medida cautelar desde las primeras diligencias, el alejamiento del presunto agresor respecto de la persona perjudicada; la *LO 11/2003, de 29 de septiembre*, que introdujo sendos subtipos agravados para los supuestos en que los delitos previstos en los arts. 153 y 173 del Código Penal (o, en relación al art. 173, alguno o algunos de los actos de violencia), se realizaran quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de dicho texto legal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza; la *LO 13/2003, de 24 de octubre*, que incorporó, como uno de los fines que se ha de perseguir para justificar la adopción de la prisión provisional, el de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal; la *LO 15/2003, de 25 de noviembre*, que, de un lado, introdujo un apartado 2 al art. 468 del Código Penal para tipificar la conducta de quien, no estando privado de libertad, quebrantara las prohibiciones a que se refiere el art. 57.2 de dicho texto legal, y, de otro, a través de la reforma de este último precepto, estableció, con carácter imperativo, la pena accesoria de prohibición de aproximación en los supuestos de condena por alguno de los delitos mencionados en el apartado 1 del mismo y cometidos, entre otras personas, contra quien sea o haya sido cónyuge o haya estado ligado al condenado por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; la *LO 1/2004, de 28 de diciembre*, que modificó nuevamente la redacción del art. 468 del Código Penal, introduciendo un tipo específico en su apartado 2º por el que se castiga en todo caso con pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal 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 art. 173.2 del mismo texto legal; y la *LO 1/2015, de 30 de marzo*, que incorpora un

apartado 3º al art. 468 del Código Penal tipificando como delito de quebrantamiento la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, así como las conductas consistentes en no llevar dichos dispositivos u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.

En el **Capítulo Segundo**, desde una perspectiva de **Derecho Comparado**, se abordará el estudio del quebrantamiento de las órdenes de alejamiento en otros países de Europa e Iberoamérica, a fin de exponer cómo se castiga en dichos Estados la vulneración de las penas y medidas de alejamiento acordadas judicialmente, y singularmente de constatar si existe algún régimen especial cuando dicho incumplimiento se produce en el ámbito de la violencia doméstica y de género. A tal efecto, nuestro estudio se vertebrará en función de la previsión o no, en cada Ordenamiento jurídico, de una normativa específica en relación a la lucha contra la criminalidad que se produce en dicho círculo, así como de la existencia en su caso de un tratamiento particular del quebrantamiento de órdenes de alejamiento acordadas respecto de las personas contempladas en el mismo.

En la **Parte Segunda**, y a la vista de la legislación analizada en el Capítulo Primero, y de la doctrina elaborada en relación a la misma, se realizará un exhaustivo análisis del delito tipificado en el art. 468.2 del Código Penal. En el primero de los **Capítulos** que la integran (**Tercero**), se examinará la **naturaleza y fundamento de las prohibiciones de aproximación y comunicación** en nuestro Ordenamiento, cuestión que entronca en última instancia con la tratada en el **Capítulo Cuarto**, relativa al **bien jurídico protegido** por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el art. 468.2 del Código Penal. Y ello en orden a determinar si el mismo se ciñe al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, o si a través de dicho tipo penal se tutelan además otros bienes jurídicos distintos y relacionados con la persona protegida por la pena o medida vulnerada.

Los Capítulos Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo tratan, respectivamente, los aspectos relativos a antijuridicidad, culpabilidad, formas de aparición del delito y sistema sancionatorio.

En sede de **antijuridicidad (Capítulo Quinto)**, se abordará el estudio de los **elementos** de dicho tipo penal, tanto en lo referente a los sujetos activo y pasivo del mismo (prestando especial atención a cómo ha de delimitarse este último extremo en

función de la teoría que se sostenga sobre el bien jurídico tutelado por el precepto), como en la conducta típica, haciendo especial hincapié en los siguientes extremos:

a) Delimitar las resoluciones judiciales susceptibles de integrar el ámbito normativo del delito, singularmente a la vista de las reformas operadas por dos Leyes: La *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, que habilita a los jueces y tribunales españoles para dictar autos acordando medidas de protección en relación a víctimas de delitos que pongan en peligro la vida, la integridad física o psicológica, la dignidad, la libertad individual o la integridad sexual, en reconocimiento y ejecución de una Orden Europea de Protección emitida por la autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea, así como para acordar, en relación a las mismas, una Orden Europea de Protección que permita que la virtualidad de una pena o medida de alejamiento acordada en un procedimiento judicial en España se extienda al territorio de otro u otros Estados europeos. Y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que modificó los arts. 158.4º y 5º del Código Civil facultando al juez o tribunal para adoptar, dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, medidas de prohibición de aproximación y comunicación en relación a menores.

b) Determinar si la ausencia de consentimiento en la vulneración de la pena o medida por parte de la persona protegida por la misma constituye un elemento del tipo penal que nos ocupa.

c) Analizar si el requerimiento en forma al obligado por la pena o medida puede considerarse un elemento objetivo del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal.

d) Abordar la problemática que plantea la previsión contemplada en el art. 69 de la LO 1/2004, y qué alcance ha de darse al referido precepto.

Por último, también en sede de antijuridicidad, se estudiarán las **causas de justificación** que con mayor frecuencia se plantean respecto de este delito y su escasa aplicación jurisprudencial, tanto en relación a su incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida, como de su posible aplicabilidad a la víctima que consiente el quebrantamiento de la misma.

En el **Capítulo Sexto**, referente a **culpabilidad**, y tras realizar unas reflexiones sobre la imputabilidad, se analizará si nos encontramos ante un delito que admite la forma imprudente de comisión, así como la posible estimación de concurrencia de dolo eventual en el mismo, particularmente en aquellos casos en que el encuentro entre el obligado y la persona protegida se produce en un lugar no frecuentado por esta última, en orden a determinar el alcance de la prohibición de aproximación y si la misma entraña una correlativa obligación de alejarse. Asimismo, se estudiará la posible concurrencia de **error de tipo y de error de prohibición**, también desde la doble perspectiva del obligado por la pena o medida y de la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento. Y, por último, se examinarán las **causas de inexigibilidad** que en la práctica suelen plantearse en relación al tipo penal que nos ocupa y a su infrecuente aplicación jurisprudencial, también desde la doble vertiente de la conducta del obligado por la prohibición y de la posible responsabilidad de la persona protegida que consiente la vulneración de aquella.

El **Capítulo Séptimo**, dedicado a las **formas de aparición del delito**, se estructura en **cuatro partes**: En primer lugar, se presenta el estudio de los **grados de ejecución**, en el que se discute en particular la admisibilidad de la tentativa, prestando especial atención a la prohibición de comunicación en relación a aquellos casos en que el contacto entre el obligado y la persona protegida no llega a tener lugar. En segundo orden, se tratan las cuestiones relativas a **autoría y participación**, exponiendo las distintas posturas doctrinales acerca de si nos encontramos ante un delito de propia mano o ante un delito especial propio, así como sobre la viabilidad de la imputación de la persona protegida por la pena o medida en calidad de partícipe. En tercer extremo, se plantean los **problemas concursales** y la **continuidad delictiva**, centrando nuestro estudio en el análisis de los subtipos agravados por cometerse la conducta quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Subtipos introducidos por la LO 11/2003 en relación a los arts. 153 y 173 del Código Penal, y que la LO 1/2004 extendió a los delitos de amenazas y coacciones previstos y penados en los arts. 171.5 y 172.2 del referido texto legal. Y ello analizando tanto el fundamento de la agravación como los problemas concursales que plantean en relación al delito del art. 468.2. Y, por último, se aborda la aplicabilidad de las **circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**, y

singularmente si es posible apreciar en relación a este tipo delictivo la circunstancia de parentesco del art. 23 del Código Penal.

En cuanto al **sistema sancionatorio** establecido en relación a este tipo penal, al que dedicaremos el **Capítulo Octavo** del presente trabajo, se analizará en primer lugar la doble equiparación punitiva que supuso la modificación del art. 468.2 por la LO 1/2004, igualando la pena del que comete la conducta típica descrita en dicho apartado a la prevista en el apartado 1 para el quebrantamiento de las personas privadas de libertad, y atribuyendo idénticas consecuencias penales al quebrantamiento de pena y al de medida cautelar. Se prestará además en este Capítulo una atención especial al estudio de la pena de prohibición de aproximación prevista en el **art. 57.2 del Código Penal** y de los conflictos que genera su imperativa imposición en el ámbito de la violencia doméstica y de género tras la entrada en vigor de la LO 15/2003, exponiendo posibles propuestas y alternativas a la ejecución de la misma. Y, por último, se abordará el estudio de los **dispositivos de teledetección** cuya imposición puede acordarse para controlar la ejecución de las penas y medidas de alejamiento y la problemática que plantean, tanto desde la perspectiva de su fundamento como de su actual regulación, realizando también varias observaciones en torno a la actual tipificación de las conductas destinadas a inutilizarlos o a perturbar su normal funcionamiento como modalidad de quebrantamiento en el art. 468.3 del Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015.

En la **Parte Tercera** del presente trabajo, integrada por **dos Capítulos** bajo la rúbrica “El consentimiento de la víctima”, se efectuará un exhaustivo análisis del tratamiento de los llamados “**quebrantamientos consentidos**”, esto es, aquellos supuestos en que la pena o medida de alejamiento se infringe con el consentimiento de la persona respecto de la que aquella se ha establecido. Y ello no sólo desde la óptica de la **posible relevancia de dicho consentimiento en la responsabilidad penal del obligado** por la prohibición, al que dedicaremos el **Capítulo Noveno**, sino también abordando, en el **Capítulo Décimo**, la cuestión relativa a la **posible responsabilidad de la persona protegida**. Para ello, se expondrán los distintos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales existentes respecto de ambas perspectivas, así como las diversas propuestas de reforma que se han planteado en orden a evitar o a paliar los efectos que entraña una rigurosa aplicación de las normas penales en estos casos, para finalmente exponer nuestras propias conclusiones en aras de tratar de arrojar alguna luz

sobre un tema que, a día de hoy, y ante la ausencia de modificaciones legislativas desde 2005 en esta materia, continúa generando situaciones en las que resulta difícil, no sólo conciliar el conflicto humano con una respuesta jurídicamente aceptable, sino tratar de alcanzar una uniformidad de criterios de aplicación del Derecho que salvaguarde en alguna medida el principio de seguridad jurídica.

La **Parte Cuarta** de la presente investigación se dedica al examen de **algunas cuestiones procesales con relevancia penal**, singularmente las siguientes:

a) La **competencia** para conocer del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal cuando la pena o medida quebrantada dimana de un procedimiento de violencia de género (**Capítulo Undécimo**).

b) La temática que gira en torno al **art. 544 bis de la LECrim** y a la obligación contemplada en dicho precepto de convocar la comparecencia prevista en el art. 505 del referido texto legal (**Capítulo Duodécimo**).

c) La evolución legislativa respecto de la imperativa imposición de las prohibiciones de alejamiento en relación a determinados delitos como condición para acordar la **suspensión** y, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de la pena, haciendo hincapié en las sucesivas modificaciones del ámbito objetivo de aplicación de dicha previsión, y tratando de determinar si el delito de quebrantamiento puede entenderse incluido en la misma (**Capítulo Decimotercero**).

d) La **problemática** que en el ámbito **procesal** plantean los **subtipos agravados** por cometerse quebrantando una pena de alejamiento o una medida de idéntica naturaleza cuando sólo se ha formulado acusación en relación al primero de ellos sin calificación alternativa por delito de quebrantamiento, y concretamente si en tales supuestos cabe condenar al acusado por la comisión de un delito del art. 468.2 del Código Penal sin vulnerar su derecho a la defensa cuando no se estima la existencia de prueba de cargo en relación al tipo básico pero sí en cuanto al hecho del quebrantamiento (**Capítulo Decimocuarto**).

e) Algunos temas que plantea la prueba de la comisión del tipo en los supuestos en que la víctima se acoge a la **dispensa del art. 416 de la LECrim** (**Capítulo Decimoquinto**).

f) Y, finalmente, en el **Capítulo Decimosexto**, se aporta el estudio del **quebrantamiento de una Orden Europea de Protección** a la luz de la normativa

contenida en la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, que transpone la *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la Orden Europea de Protección*, articulando la posibilidad de que se doten de eficacia en otro u otros Estados de la Unión Europea a las resoluciones judiciales que acuerden una pena o medida de prohibición de aproximación y/o comunicación.

Como colofón del trabajo elaborado se incluye un último apartado que tiene dos objetivos. De un lado, sintetizar las **conclusiones** a las que se ha llegado en esta investigación, a través de cuya exposición se aporta una breve revisión general de la misma, incidiendo en todo momento en nuestra posición personal respecto de cada uno de los temas examinados. De otro, ofrecer de forma sistematizada las diferentes **propuestas**, tanto *de lege data* como *de lege ferenda*, dirigidas a contribuir a la resolución de los problemas prácticos que entraña la aplicación del delito tipificado en el art. 468.2 de nuestro vigente Código Penal.

Aunque conscientes de que el estudio de dicha figura no queda agotado con estas páginas, esperamos que esta Tesis Doctoral contribuya a su mejor conocimiento. Nuestra meta no ha sido solamente ofrecer un riguroso estudio crítico de la regulación del delito de quebrantamiento de penas y medidas de alejamiento y su interpretación jurisprudencial, sino aportar propuestas concretas dirigidas a ayudar a la resolución de cuantos problemas plantea su aplicación y a facilitar, tanto al intérprete como al aplicador del Derecho, unos criterios que permitan solventar aquellos conjugando el respeto a la legalidad con la salvaguarda de los derechos de las personas implicadas. Y ello sin olvidar la íntima conexión que existe entre dicha problemática y la naturaleza de la relación que subyace siempre en el tipo penal previsto en el art. 468.2 del texto punitivo, que, al estar vinculada al fenómeno de la violencia doméstica y de género y afectar a menudo a menores de edad, demanda una especial cautela y racionalidad en su tratamiento.

En todo caso, lo que sin duda se puede afirmar es que, cuando menos, este trabajo ha enriquecido tanto mi formación teórica como la perspectiva práctica de mi labor diaria en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

PARTE PRIMERA.
CUESTIONES PREVIAS.

CAPÍTULO PRIMERO.- PERSPECTIVA HISTÓRICA. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL: ANTECEDENTES, INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO Y POSTERIOR EVOLUCIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN.

Si bien el tipo penal contemplado en el art. 468.2 del vigente Código Penal no se introdujo en nuestro Ordenamiento hasta la *LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, resulta adecuado hacer una breve referencia al recorrido histórico del delito de quebrantamiento en nuestra Codificación penal¹, para analizar a continuación de forma más exhaustiva las modificaciones legales que se han realizado desde 1995 en el seno de un proceso de reformas legislativas que, desde la entrada en vigor del texto punitivo, y con la finalidad de reforzar la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género², ha afectado no sólo a dicho delito, sino también al régimen de medidas cautelares, penas y medidas de seguridad.

II.- EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA.

La regulación del delito de quebrantamiento en el *Código Penal de 1822* se contiene en el Capítulo Tercero del Título Preliminar (“De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas”), al que se remite el art. 357, ubicado en el Capítulo Octavo del Título III de la Parte Primera, al fijar la sanción correspondiente al reo sentenciado que antes de cumplir su condena se fugue³, y previéndose distintos tipos penales en función de que la pena quebrantada fuera de trabajos perpetuos (art. 48), deportación (art. 51), destierro perpetuo o extrañamiento (art. 52), obras públicas y presidio (art. 58), reclusión (art. 61), prisión en una fortaleza (art. 71), confinamiento (art. 72), destierro perpetuo o temporal (art. 73), arresto (art. 77), sujeción a vigilancia especial de las autoridades (art. 78), o retractación y satisfacción (art. 83).

¹ Sobre este tema, *vid.*, ampliamente, SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, Comares, 2000, pp. 11-107. También, MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena y evasión de presos”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n° 244, 1991, pp. 11 a 15.

² JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, p. 395; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “De la desaparición a la expansión del autoquebrantamiento de condena”, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, p. 937.

³ Art. 357: “El reo sentenciado que antes de cumplir su condena se fugare, será castigado con arreglo al capítulo tercero del título preliminar (...)”.

También el *Código Penal de 1848* establece en su art. 124 (dentro del Capítulo Primero, “De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias”, del Título V del Libro Primero), distintas sanciones en función de la clase de pena vulnerada, distinguiendo las de cadena perpetua; reclusión perpetua; relegación perpetua; extrañamiento perpetuo; cadena o reclusión temporales, presidio, prisión o arresto; extrañamiento o relegación temporales; confinamiento mayor o menor; destierro; inhabilitación para cargo, derechos políticos, profesión u oficio; suspensión de cargo, derechos políticos, profesión u oficio; y sometimiento a la vigilancia de la autoridad. Regulación que no contemplaba el quebrantamiento de la pena de arresto y que se mantuvo tras la *reforma del Código Penal de 1850*.

Redacción y sistemática similar a la contenida en los textos precedentes se contiene en el *Código Penal de 1870*, que regula en su art. 129, dentro del Capítulo Primero (“De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias”) del Título V del Libro Primero, el quebrantamiento de las penas siguientes: cadena o reclusión temporal o perpetua; relegación o extrañamiento; presidio, prisión o arresto; confinamiento; destierro; inhabilitación para cargo, derecho de sufragio, profesión u oficio; y suspensión de cargo, derecho de sufragio, profesión u oficio. Además, el art. 130 preveía una atenuación de la pena cuando, tratándose de una sanción privativa de libertad (cadena, reclusión, presidio, prisión o arresto), la fuga se hubiera producido sin violencia, intimidación, resistencia ni acuerdo con otros internos o dependientes del establecimiento penal⁴.

El *Código Penal de 1928* regula el delito de quebrantamiento en el Capítulo Tercero (“Del quebrantamiento de condena”) del Título VI del Libro Segundo, recurriendo por vez primera a la rúbrica “Delitos contra la Administración de Justicia”, en alusión al bien jurídico protegido⁵, y contemplando no sólo la vulneración de penas, sino también la de medidas de seguridad (arts. 506 a 511) y la de medidas cautelares. Concretamente, los arts. 499 y 500 tipifican el quebrantamiento de la pena privativa de libertad, de la prisión provisional y de la detención, distinguiendo dichos preceptos en función de que la conducta se cometa cuando el autor fuera conducido o custodiado o una vez en la prisión o lugar de detención, y estableciéndose una atenuación de la pena

⁴ SUÁREZ LÓPEZ considera dicho precepto “el mayor logro” del Código Penal de 1870 (SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., p. 39).

⁵ Así lo hace notar CUGAT MAURI en CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento de condena”, *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial* (Álvarez García – Dir.-, Manjón-Cabeza Olmeda, Ventura Püschel –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2013, Vol. III, p. 1123.

similar a la prevista en el art. 130 del Código Penal de 1870. A continuación, se regula el quebrantamiento de pena de deportación (art. 501); de confinamiento (art. 502); de destierro (art. 503); de inhabilitación (art. 504); y de arresto (art. 505).

Con la entrada en vigor del *Código Penal de 1932*, que contiene en el Capítulo Tercero del Título V (“Delitos contra la Administración de Justicia”) del Libro Segundo el tipo penal objeto de estudio, además de despenalizarse el quebrantamiento de la detención y de la prisión provisional, se simplifica la regulación de este delito, al contemplarse esta figura sin distinguir, a diferencia de los Códigos Penales anteriores, en función de la pena vulnerada, y castigándose únicamente el quebrantamiento de penas graves en el art. 341⁶. Asimismo, el art. 342 prevé un tipo agravado si la conducta se cometiera “con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros penados o con dependientes del establecimiento”.

El *Código Penal de 1944* vuelve a ampliar el ámbito del delito de quebrantamiento, que se recoge en el Capítulo Tercero del Título IV (“De los delitos contra la Administración de Justicia”) del Libro Segundo, castigando el art. 334 con pena de arresto mayor a “los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia”, con independencia de que la pena vulnerada fuera o no grave, y contemplando el art. 335 un tipo agravado (sanción de prisión menor) cuando el delito se cometiera “con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros reclusos, o con dependientes de la prisión o encargados de la custodia”. Además, en este texto legal se introduce el que, en nuestra opinión, constituye el único antecedente en el Ordenamiento jurídico español de la prohibición de alejamiento entendida como instrumento dirigido a proteger a las víctimas de un delito previo, al permitir el art. 67 a los Tribunales acordar en sus sentencias, “atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente”, la “prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos”⁷, si bien dicha posibilidad no se contemplaba en el Código Penal expresamente ni como pena ni como

⁶ Art. 341 del Código Penal de 1932: “Los que quebrantaren su condena serán castigados con arresto mayor si la sentencia quebrantada fuere de pena grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la cuarta parte de la pena impuesta”.

⁷ Art. 67 del Código Penal de 1944: “Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso”.

medida de seguridad⁸. Antecedentes que otros autores sitúan en la extinta pena de destierro, criterio del que discrepamos, por cuanto la finalidad de la misma no era la de tutelar al sujeto pasivo de un delito preexistente, sino la de expresar el rechazo al condenado por parte de la sociedad en relación a bienes jurídicos de titularidad colectiva⁹. Esta regulación se mantiene en el *Texto Refundido del Código Penal de 1973*¹⁰, que con idéntica ubicación sistemática regula, en el Capítulo Tercero del Título IV, bajo la rúbrica “Del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos”, el tipo básico y agravado del delito de quebrantamiento en los arts. 334 y 335 respectivamente, manteniendo dicho Código Penal la previsión contemplada en el art. 67.

III.- BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DEL QUEBRANTAMIENTO EN EL DERECHO PROYECTADO.

Por lo que respecta al *Derecho proyectado*, como antecedentes del Código Penal de 1995, puede observarse en todos los textos¹¹ la inclusión, en el Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, de un Capítulo referente al quebrantamiento de condena que agrupa las modalidades de autoquebrantamiento estableciendo sanciones distintas en función de que se vulnere una privación de libertad u otra pena de contenido diferente. Así, el *Proyecto de Código Penal de 1980*¹² castiga estas conductas

⁸ Sobre la naturaleza de dicha prohibición, *vid.* FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2008, cit., pp. 39-40, y notas a pie de página nº 41 y nº 42.

⁹ Sitúan el antecedente de las actuales prohibiciones de alejamiento en el art. 67 del Código Penal de 1944, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, *Mujer, violencia y Derecho* (Cervilla, Fuentes –Coord.-), Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 100-101, y *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Colección de Derecho Penal, Editorial Reus, 2006, p. 313, haciendo notar dicha autora que “la mera existencia conjunta de las penas de destierro y de alejamiento pone de manifiesto que necesariamente tenían que tener un sentido distinto”. También, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005”, SP/DOCT/2757, Sepín, 2006, p. 2.

En contra, señalando el origen de las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, así como de las de prohibición de aproximación y comunicación, en las ya derogadas de extrañamiento, confinamiento y destierro, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 28 y 31-42; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 243.

¹⁰ *Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre* (BOE de 12 de diciembre de 1973).

¹¹ SUÁREZ LÓPEZ alude en tal sentido a “cierta coincidencia sistemática” (SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., p. 74).

¹² *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 17 de enero de 1980.

en el Capítulo Séptimo (“Del quebranto de condena y de la evasión de detenidos y presos”) del Título XI (“Delitos contra la Administración de Justicia”), imponiendo el art. 518, a “los penados, presos o detenidos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia”, multa de doce a veinticuatro meses “si se tratare de condena a pena de prisión”, y de seis a doce meses “en los demás casos”, y previendo el art. 519 pena de prisión para los supuestos agravados de fuga del lugar de reclusión¹³.

No contemplándose modificación alguna de los delitos que nos ocupan en el *Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal de 1982*¹⁴, la *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983* mantiene una regulación similar a la prevista en el *Proyecto de Código Penal de 1980*, aunque excluyendo a las personas detenidas como posibles sujetos activos del delito. Así, dicha norma, dentro del Título XVII (“Delitos contra la Administración de Justicia”), regula en el Capítulo Octavo, bajo la rúbrica “Del quebrantamiento de condena y de la evasión de detenidos y presos”, el tipo básico de autoquebrantamiento de condena, previendo idéntica pena de multa que la contemplada en el Proyecto de Código Penal de 1980, y en función de la misma circunstancia, para “los penados o presos que quebrantaren su condena o prisión” (art. 447). Asimismo, excluyendo también a los detenidos, se contempla en el art. 448 un tipo agravado prácticamente idéntico, mención hecha a dicha salvedad y a la agravación consistente en ponerse de acuerdo con el encargado de la vigilancia o custodia, al contemplado en el texto precedente¹⁵.

Con un incremento punitivo que se mantendría, como veremos, en el Código Penal de 1995, el *Proyecto de Código Penal de 1992*¹⁶ castiga, en su art. 447, dentro del Capítulo Octavo (“Del quebrantamiento de condena”) del Título XVII, que regula los “Delitos contra la Administración de Justicia”, a “los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, conducción o custodia”, a la pena de “prisión de seis meses a un año si estuvieren privados de libertad” y de “multa

¹³ Art. 519 del Proyecto de Código Penal de 1980: “Los penados, presos o detenidos que se fugaren del lugar en que estuviesen reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, tomando parte en motín o algarada, o poniéndose de acuerdo con persona encargada de su vigilancia o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años”.

¹⁴ *Proyecto de Ley de reforma parcial del Código Penal (Orgánica)*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 26 de febrero de 1982.

¹⁵ Art. 448 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983: “Los penados o presos que se fugaren del lugar en que estuviesen reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín o algarada, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años”.

¹⁶ *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de septiembre de 1992.

de 12 a 24 meses en los demás casos”. Se prevé así la imposición de pena de prisión para el tipo básico de autoquebrantamiento, que se eleva hasta un máximo de cuatro años (en la línea establecida ya en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983) para “los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estuvieren reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en un motín” (art. 448).

Con idéntica ubicación sistemática pero con distinto contenido, el *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994*¹⁷ regula, en su art. 445, el tipo básico de autoquebrantamiento, castigando a “los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”, con pena de “prisión de seis meses a un año si estuvieren privados de libertad y con multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”, previendo el art. 446 un tipo agravado (prisión de seis meses a cuatro años) para “los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estuviesen reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en un motín”. Regulación que contempla ya la vulneración de medidas cautelares como constitutiva del delito que nos ocupa y que, como veremos a continuación, se mantiene en el Código Penal de 1995.

IV.- EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

Ubicado en el Capítulo Octavo (“Del quebrantamiento de condena”) del Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”) del Libro Segundo del Código Penal, el delito de quebrantamiento, tras la entrada en vigor de la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal*, se regula en el art. 468, que castigaba, en su redacción inicial, a “los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”, con la pena de “prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad y con multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”, previendo el art. 469¹⁸ un tipo agravado con similar redacción a la contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994. Se

¹⁷ *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 26 de septiembre de 1994.

¹⁸ Art. 469 del Código Penal de 1995: “Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en un motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años”.

amplía por tanto el “radio de acción”¹⁹ de este tipo penal, sustituyendo la mención a “los sentenciados y presos” y pasando el precepto a comprender, no sólo el quebrantamiento de condena en sentido estricto y el de medidas de seguridad, sino, de forma indiscriminada, el incumplimiento de medidas cautelares²⁰, cuya inclusión, en opinión de GARCÍA ALBERO, “sólo puede explicarse por la necesidad de articular mecanismos que favorezcan un uso no abusivo de la prisión preventiva en la instrucción, reforzando con la amenaza penal el cumplimiento de medidas de aseguramiento alternativas”²¹, y distinguiendo, a efectos penológicos, entre el quebrantamiento del privado de libertad (prisión de seis meses a un año) y del que no lo está (multa de doce a veinticuatro meses)²². Régimen punitivo que, como analizaremos a continuación, modifica sustancialmente la LO 15/2003 al introducir un apartado 2 en el art. 468, cuyo análisis constituye el objeto del presente trabajo, que prevé la imposición de pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad en los supuestos de vulneración de las prohibiciones previstas en el art. 57.2 del Código Penal, erigiendo así a dicho tipo penal en un instrumento de lucha contra la violencia doméstica y de género. Reforma legal que discurrió de forma conjunta con otras, cuyo estudio abordaremos a continuación, que, con idéntica finalidad de tutela de las víctimas de los delitos cometidos en dicho ámbito, convirtieron las penas y medidas de alejamiento en instrumentos de protección de aquéllas.

Así, y en cuanto a la prohibición de aproximación, si bien el Código Penal de 1995 introdujo la misma, como pena privativa de derechos, en el catálogo general de penas y en el de medidas de seguridad, especificando en su art. 57 los delitos sobre los

¹⁹ Así lo hace notar SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., p. 93.

²⁰ SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “De la desaparición a la expansión...”, cit., p. 930, con cita de GARCÍA ALBERO; en el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento de condena”, *Práctica Jurisprudencial del Código Penal* (Garberí Llobregat –Dir.-), Bosch, 2006, Vol. 4, p. 3013.

²¹ GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento de condena”, *Comentarios al Código Penal Español* (Quintero Olivares –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, Vol. 2, p. 1417, y “Del Quebrantamiento de condena”, *Comentarios al Código Penal Español* (Quintero Olivares –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, Vol. 2, p. 1954.

²² Sobre las distintas posturas doctrinales acerca de si la mención a la privación de libertad ha de entenderse referida a la naturaleza de la pena o medida quebrantada o a la situación fáctica del sujeto activo, *vid.*, entre otros, CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1137-1141 y 1160-1163; GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios al nuevo Código Penal* (Quintero –Dir.-, Morales Prats –Coord.-), Thomson-Aranzadi, Cizur, 2005, pp. 2277-2278; del mismo autor, “Del Quebrantamiento...”, cit., pp. 1411-1413, y “Del Quebrantamiento...”, cit., pp. 1948-1950; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento de condena”, *Delitos contra la Administración de Justicia: cuando el delito deriva del propio sistema de justicia* (Rodríguez López, Sobrino Martínez), Bosch, 2008, pp. 297-301. También, *Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, acerca del alcance del artículo 468 del Código Penal en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad*. www.fiscal.es.

que se podía acordar (homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, libertad sexual, intimidad, honor, patrimonio y orden socioeconómico), su contenido (prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos), y plazo (máximo cinco años), no será hasta el año 1999 que el legislador recurrirá a la misma de forma expresa como medio para enfrentarse a los delitos cometidos en el ámbito familiar. Reforma que inicia un proceso de modificaciones legislativas que culmina con la entrada en vigor de la *LO 1/2015, de 30 de marzo*²³, y que tienen por objeto, con idéntica finalidad, extender progresivamente la posibilidad de adoptar las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en todas las fases del proceso penal, sea como medidas cautelares, sea como penas o medidas de seguridad o como condiciones para la suspensión o, antes de la reforma operada por la citada LO, para la sustitución de las penas privativas de libertad²⁴.

Por ello, analizaremos a continuación las diversas Leyes que abordaron las reformas a las que hemos hecho referencia²⁵, haciendo hincapié en los aspectos objeto del presente trabajo, para finalizar exponiendo las modificaciones que en esta materia ha operado la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Para facilitar la lectura y evitar reiteraciones, utilizaremos la expresión “alejamiento” para aludir de forma conjunta a las tres clases de prohibiciones, de residencia, aproximación y comunicación, siempre que la cuestión a tratar afecte indistintamente a las mismas.

V.- SUCESIVAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS ANTERIORES A LA LO 15/2003: INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO DE PENAS Y MEDIDAS DE ALEJAMIENTO.

²³ LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE de 31 de marzo de 2015, entrada en vigor el 1 de julio de 2015).

²⁴ Alude en este sentido a la “multifuncionalidad” de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 17.

²⁵ Como señala DE LA ROSA CORTINA, “esta materia ha sido regulada por aluvión, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos” (DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, 2015, p. 307).

1.- LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

La LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal (BOE de 1 de mayo de 1999, entrada en vigor el 21 de mayo de 1999), aprobada en desarrollo del *I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica*²⁶, modificó, entre otros preceptos, el art. 57 del Código Penal, ampliando el contenido de la pena de alejamiento, que ya no se limita a la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, sino que, además, puede consistir en la prohibición de que “el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia”. De este modo, se introdujo en nuestro Ordenamiento, como pena accesoria para los delitos contemplados en dicho precepto, la de prohibición de aproximación en sentido estricto y referida a personas concretas, a las que el condenado no podría acercarse ni con las que podría entablar ningún tipo de comunicación. Mantiene sin embargo la LO 11/1999 la duración máxima de dicha pena (cinco años), así como el carácter acumulativo de los criterios, potestativos, de imposición de la misma (gravedad de los hechos y peligrosidad del delincuente).

Paralelamente, no obstante, dicha Ley no modificó, como debiera haber hecho, la definición contenida en el art. 48 de dicho texto legal, que únicamente hacía referencia a la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

Como medida de seguridad, la referida Ley incorpora al art. 105.1 del Código Penal la “prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella o con su familia” (letra g)), ampliando el catálogo contenido en dicho precepto, que contemplaba únicamente la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designara y la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas²⁷.

²⁶ *I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998.

²⁷ Llama la atención acerca de la “confusión entre instrumentos terapéuticos y asegurativos” que entrañó la incorporación de dicho supuesto entre las medidas de seguridad y la “desordenada acumulación de los contenidos de dicho precepto”, MAZA MARTÍN, J. M.: “Medidas de seguridad: Incidencia de las últimas reformas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2005, p. 3; autor que, en “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 14, 2006, pp. 13-14, propone que las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación, al carecer de la “dimensión curativa” que tienen las medidas de seguridad en nuestro Ordenamiento, se regulen en dicho ámbito, no como tales,

Asimismo, en el ámbito de las faltas, la LO 11/1999 introdujo la posibilidad de imponer, en los supuestos del art. 617, “a petición de la víctima, la prohibición de que el reo se aproxime al ofendido o se comuniquen con él o con su familia, así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se hubiere cometido la falta o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos por tiempo de tres meses a un año”.

Por último, añadió un nuevo apartado 1º *bis* en el art. 83.1 del Código Penal, erigiendo así a la “prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia”, junto a la ya existente de “prohibición de acudir a determinados lugares”, como una de las condiciones o deberes a los que el juez, potestativamente y “si lo estima necesario”, podría condicionar la suspensión de la pena privativa de libertad.

Como valoración sobre la LO 11/1999, cabe destacar, en suma, que supuso una innovación en la tutela a las víctimas de delitos al prever la imposición de penas o medidas de seguridad consistentes en la prohibición de aproximarse o comunicarse con las mismas, estableciendo también la posibilidad de que se condicionara la suspensión de la pena al cumplimiento de dichos deberes u obligaciones, si bien no contemplaba su imposición como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento penal, por lo que aquéllas quedaban desprotegidas hasta el dictado de sentencia firme, más allá de la adopción de medidas de protección con fundamento en lo dispuesto en el art. 13 de la LECrim, que, como a continuación analizaremos, para la mayoría de la doctrina no habilitaba para imponer al presunto infractor medidas restrictivas de derechos fundamentales. Dicha laguna fue subsanada con la entrada en vigor de la LO 14/1999 y la introducción en nuestro Ordenamiento del art. 544 *bis* de la LECrim.

2.- LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Poco tiempo después de que viera la luz la LO 11/1999, el 10 de junio de 1999, se publicó en el BOE y entró en vigor (en la misma fecha²⁸) la *LO 14/1999, de 9 de*

sino como obligaciones a imponer facultativamente cuando se imponga una medida de seguridad no privativa de libertad o durante la ejecución de la misma.

²⁸ ARANGÜENA FANEGO califica de “apresurada y sorprendente” dicha entrada en vigor, significando que algunos de los preceptos reformados por la LO 11/1999 tuvieron “la efímera vida de diecinueve días”, lo que a su juicio evidencia por parte del legislador “improvisación” y “falta de rigor” (ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica

junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹, aprobada también en desarrollo del I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica. Dicha Ley no sólo consagró las modificaciones que ya había introducido la LO 11/1999 perfeccionando algunos aspectos de las mismas, sino que de forma novedosa estableció la posibilidad de acordar, como medida cautelar desde las primeras diligencias y *ex art. 544 bis* de la LECrim, el alejamiento del presunto agresor respecto de la víctima.

2.1.- Reformas del Código Penal.

En cuanto a las modificaciones que operó en el Código Penal, la LO 14/1999 introdujo en el catálogo de penas del art. 33 la de “privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos”, calificando la misma de grave o menos grave en función de que se impusiera por tiempo superior a tres años o por período que oscilara entre seis meses y tres años, y de leve cuando se estableciera por plazo inferior a seis meses. De forma coherente con lo anterior, se añade a la letra f) del art. 39, que declaraba pena privativa de derechos la de “privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos”, la “prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos”.

Además, a la definición contenida en el art. 48, que señalaba que la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impediría al penado volver al lugar en que se haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos³⁰, se adiciona el contenido de las prohibiciones de aproximación y de

14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis”, *Actualidad Penal La Ley, Sección Doctrina*, nº 11, 2000, p. 237); en el mismo sentido, OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier Penal, 2001, p. 21; PÉREZ FERRER, F.: “La evolución legislativa del delito de violencia doméstica: artículo 172.2 y 3 del Código Penal español”, *Derecho y mujer* (Aleman Monterreal, Martínez Ruano –Coord.-), Universidad de Almería, 2009, p. 84, que indica que el legislador hace gala con dicha reforma “de una enorme descoordinación y mala praxis legislativa”.

²⁹ Sobre las vicisitudes del trámite parlamentario de esta LO, *vid.* MAGRO SERVET, V.: “El Congreso rechaza las enmiendas del Senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del Proyecto de Ley inicial”, *La Ley*, nº 4811, 1999.

³⁰ LEAL MEDINA hace notar, en relación a esta prohibición, la “evidente falta de sintonía entre su nomenclatura y su contenido”, al venir este último determinado por el hecho de “volver”, y no por el de “residir o acudir” contemplado en el art. 39 (LEAL MEDINA, J.: “La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible

comunicación, indicando que la pena de 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 al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas”, y que la de prohibición de comunicarse “impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual”. De este modo se subsanó el defecto en que incurría la LO 11/1999, que no incluía dichas penas en la clasificación del art. 33, como tampoco en la enumeración de penas privativas de derechos del art. 39 ni en la referencia al contenido de las mismas establecida en el art. 48.

En cuanto al art. 57, el legislador modifica nuevamente el precepto, desglosando el contenido de las prohibiciones de alejamiento, manteniéndose el plazo máximo de duración de cinco años y previendo la aplicación de una o varias de aquellas, que se concretan en las mismas prohibiciones que se refieren en el reformado art. 48, es decir: a) Prohibición de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; b) Prohibición de comunicación con las referidas personas; c) Prohibición de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

Con la citada reforma, los criterios para establecer las penas de alejamiento pasan a ser alternativos, de tal modo que bastará la concurrencia de uno de ellos (gravedad de los hechos o peligro que el delincuente represente) para su imposición, que en todo caso es potestativa (“podrán acordar”); se minoran por tanto, como indica ARANGÜENA FANEGO³¹, las exigencias para acordar su establecimiento, lo cual, para DEL MORAL GARCÍA, constituye una muestra de la vinculación de estas prohibiciones con los fines de protección de la víctima³².

Asimismo, se prevé expresamente que la pena accesoria se imponga, no sólo en relación a la víctima, sino también respecto de sus familiares o de otras personas a determinar por el Juez o Tribunal, lo que supone un avance en el tratamiento legal de la violencia doméstica y de género, en el que, con relativa frecuencia, familiares o

obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7, 2001, p. 1306).

³¹ ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, cit., p. 238.

³² DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica: la actuación del Ministerio Fiscal”, *Encuentros de Violencia Doméstica*, 2004, p. 520.

allegados de la víctima se exponen a potenciales ataques del obligado por la pena o medida³³.

Sin embargo, la LO 14/1999 no modificó el art. 40, por lo que olvidó regular el plazo de duración de estas penas de prohibición de aproximación y comunicación cuando se impusieran con carácter principal; cuestión que sin embargo tuvo nula repercusión práctica, por cuanto el Código Penal no imponía en ningún caso estas prohibiciones como pena principal, sino únicamente como accesoria, en cuyo caso el plazo de duración se limitaba, como se ha indicado, a un máximo de cinco años³⁴.

Por otra parte, la LO 14/1999 amplía la posibilidad de imposición de dichas prohibiciones en los supuestos de comisión de las faltas previstas y penadas en los arts. 617 y 620 del Código Penal por un plazo máximo de seis meses³⁵. Posibilidad que, como hemos visto, se había introducido por la LO 11/1999 únicamente en relación al art. 617, pero por un período que oscilaba entre tres meses y un año.

Por último, como muestra de una defectuosa técnica legislativa, la reforma añadió un nuevo subapartado 1º *bis* al apartado 1 del art. 83 en los mismos términos en que ya había sido modificado por la LO 11/1999 y a los que nos hemos referido *ut supra*, e introdujo una letra g) al apartado 1 del art. 105, que ya había sido incorporada por la referida Ley, modificando la redacción que la LO 11/1999 le había dado para extenderla a otras personas (“prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos”).

2.2.- Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pese a la relevancia de las reformas operadas por la LO 14/1999 en el Código Penal, son las modificaciones que opera dicha LO en el ámbito de la LECrim las que la configuran como piedra angular en el cambio de paradigma de las medidas cautelares,

³³ Valora positivamente dicha reforma FONTÁN TIRADO, R.: “Medidas frente a la violencia familiar y los malos tratos”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-215, 2001, p. 4.

³⁴ Así lo hace notar LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Las penas privativas de derechos”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 53, 1999, pp. 143-144.

³⁵ En palabras de COMAS D’ARGEMIR CENDRA, se cumple así “una doble finalidad: la de una mayor prevención no lograda a través de la pena de multa y una mayor protección a las víctimas” (COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 5, 2001, p. 239).

que por vez primera se utilizan como instrumento de protección de las víctimas de delitos graves, y particularmente en el ámbito de la violencia doméstica y de género³⁶.

Así, de un lado, se añade un nuevo art. 544 *bis*³⁷ que, en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal, y siempre que resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, habilita al Juez o Tribunal para imponer como medida cautelar al imputado la prohibición de aproximación o comunicación con la misma, así como en relación a otras personas respecto de las que se revele la conveniencia de adopción de dichas medidas; posibilidad de extensión de la medida cautelar a terceros que, como hemos visto, se contempla también en la imposición del alejamiento como pena o medida de seguridad y que ha merecido una valoración positiva por parte de la doctrina.

Igualmente, se modifica la redacción del art. 13, que remite expresamente al citado art. 544 *bis* para prever la adopción de dichas medidas cautelares como primeras diligencias al objeto de proteger a los ofendidos por el delito, a sus familiares o a otras personas (previsión no contenida en el Anteproyecto inicial). Familiares o personas que, en nuestra opinión, no han de ostentar además la condición de perjudicados por el

³⁶ GIL RUBIO califica en este sentido a la medida cautelar de prohibición de acercamiento y comunicación de “elemento estrella de la protección de la víctima” (GIL RUBIO, J.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima. ¿Resulta punible la aproximación consentida en el alejamiento?”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, p. 3). También MORILLAS CUEVA afirma que dichas medidas cautelares son “meritorias realidades de una acción, la lucha contra este tipo de criminalidad [la violencia doméstica y de género] y su prevención, que aunque inacabada ha progresado de manera estimable” (MORILLAS CUEVA, L.: “Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva, Aránguez Sánchez –Coord.-), Edersa, 2002, p. 664, “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-09, 2002, p. 11, “Delito de omisión y violencia doméstica habitual”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1610-1611, y “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, p. 22).

³⁷ Art. 544 *bis*:

“En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, 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, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

delito, ya que en otro caso dicha referencia expresa a los mismos resultaría superflua³⁸, por lo que dicha modificación entraña un ampliación del ámbito subjetivo del precepto en idénticos términos en que se previó respecto de la pena accesoria de la misma naturaleza y que ha sido acogida favorablemente por la doctrina³⁹, al resolver el problema, que en la práctica se da con cierta frecuencia, consistente en que el presunto agresor haga objeto de sus ataques a las personas que han sido testigos de los hechos cometidos contra la víctima o que conviven o tienen una especial vinculación con ella.

La introducción del art. 544 *bis* de la LECrim supuso un paso muy importante en la protección a las víctimas de delito (singularmente en los ámbitos de la violencia doméstica y de género), ya que, con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/1999, estas medidas sólo podían acordarse al amparo de los arts. 13 y 57 del Código Penal (este último como pena y tras el dictado de sentencia), siendo objeto de discusión doctrinal si el primero de dichos preceptos, que contemplaba medidas calificadas de “genéricas y ambiguas”⁴⁰, habilitaba para imponer medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales como son las de alejamiento y prohibición de comunicación, y recibiendo dicha cuestión respuesta negativa por parte de la mayoría de la doctrina⁴¹,

³⁸ En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A., NAVAS CÓRDOBA, J. A.: “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, nº 9, 2000, p. 206.

³⁹ TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley*, nº 4888, 1999, p. 6.

⁴⁰ DE URBANO CASTRILLO, E.: “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *La Ley*, nº 5248, 2001, p. 2; de “muy genérico” califica también el precepto VELASCO NÚÑEZ, E.: “La protección a las víctimas del maltrato en España y en derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2, 2005, p. 133.

⁴¹ Sobre el debate doctrinal generado en torno a la posibilidad de adoptar medidas cautelares de protección de la víctima de malos tratos pese a la no existencia de un precepto específico que regulara su contenido, *vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, 2001, pp. 76-79. También OLMEDO CARDENETE considera, en relación con este tema, que los obstáculos existentes en la práctica hasta la entrada en vigor de la LO 14/1999 para luchar contra los delitos en materia de violencia doméstica “se debían no tanto a las deficiencias existentes en la configuración técnica del delito o falta de maltrato, cuanto a la ausencia de previsión o a la inaplicación de ciertas medidas cautelares en el proceso penal o a la imposibilidad de imponerlas definitivamente como penas en la sentencia condenatoria” (OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de violencia habitual...*, cit., p. 20).

Por otra parte, ARANGÜENA FANEGO entiende que la referencia a la adopción de medidas cautelares del art. 544 *bis* ya en las primeras diligencias “no debe tildarse de superflua, puesto que en otro caso existirían dudas más que justificadas para permitir su adopción”, habida cuenta que el art. 13 “contenía medidas de carácter no estrictamente cautelar” (ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, cit., p. 241); en el mismo sentido, CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”, *La Ley*, nº 3, 2004, p. 1737; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La tutela judicial (introducida por la nueva ley de protección integral) contra la violencia de género”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 14, 2005, p. 28; RUBIALES BÉJAR, E. E.: “Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en

que entendía que la falta de definición legal de las medidas cuya adopción autorizaba la norma “hacía ineficaz la bienintencionada proclamación legal”⁴², y que el principio de legalidad facultaba únicamente al juzgador para, al amparo de lo dispuesto en el art. 13 de la LECrim, adoptar medidas de protección que tuvieran por objeto a la víctima, como la vigilancia policial o el ingreso en una casa de acogida⁴³, sin que el principio de legalidad ni el de seguridad jurídica habilitaran para acordar, al amparo de dicho precepto, “medidas cautelares innominadas”⁴⁴, con el consiguiente riesgo de dejar en manos del juez de instrucción “la concreción negativa de los tipos o comportamientos constitutivos de delito de quebrantamiento”⁴⁵; pues no cabe duda de que el hipotético incumplimiento de una medida cautelar a la que alguien hubiera sido sometido con fundamento en el art. 13 de la LECrim conllevaría la comisión del tipo previsto en el art. 468 del Código Penal.

Cierto es que la *Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar*⁴⁶, en un intento de superar las “serias dificultades interpretativas” en aras de dar protección a las víctimas, consideraba que era posible acordar la prohibición al denunciado de acudir a determinados lugares al amparo del art. 13 de la LECrim y del art. 57 del Código Penal, al permitirla el primero de ellos como diligencia de protección y el segundo como pena accesoria opcional⁴⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha interpretación vulneraba el principio de legalidad, al admitir la adopción de medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales del imputado cuyo contenido y alcance no estaba expresamente previsto en la ley.

los delitos asociados a la violencia doméstica”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva –Coord.-), Madrid, 2002, p. 430.

⁴² MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Granada, 23-24 febrero 2006, p. 192.

⁴³ Para MONTALBÁN HUERTAS, ello entrañaba para la perjudicada una “doble victimización: la causada por el hecho delictivo y por la ruptura con el entorno familiar y social” (MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Órdenes de alejamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, p. 488).

⁴⁴ TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar...”, cit., p. 2.

⁴⁵ *Ibidem*, cit., p. 3.

⁴⁶ www.fiscal.es.

⁴⁷ “Partiendo, por tanto, de la posible adopción en la vía jurisdiccional penal de medidas cautelares consistentes en la privación de derechos distintos del de libertad, es necesario detener nuestra atención en la conveniencia, para dar protección a las víctimas, de interesar de la autoridad judicial, cuando las circunstancias del caso lo exijan (...), la medida consistente en la prohibición al denunciado de acudir a determinados lugares como el de comisión del delito, el domicilio de la víctima o el de otros familiares. Dicha medida vendría amparada en un doble fundamento: el art. 13 LECrim, que la permitiría en tanto diligencia de protección a las víctimas y el art. 57 CP, (...) que la prevé como pena accesoria opcional para este tipo de delitos” (p. 10). www.fiscal.es.

Además, el elenco de medidas cautelares personales quedaba limitado a la libertad condicional o a la prisión provisional, no resultando efectiva por tanto la protección de las víctimas de delito sino en los casos más graves que justificaran la adopción de esta última medida, al no estar previstas en el Ordenamiento figuras intermedias como la libertad vigilada⁴⁸. Por ello, la introducción del precepto mereció en general una valoración muy positiva por parte de la doctrina⁴⁹, al resultar, con carácter previo a la reforma, manifiestamente insuficiente el sistema de protección cautelar de las víctimas en el proceso penal⁵⁰, y considerándose que los principios de proporcionalidad y necesidad exigían que por parte del legislador se contemplaran medidas alternativas a la prisión provisional que implicaran una menor injerencia en los derechos fundamentales del imputado sin dejar de satisfacer las finalidades de dicha medida⁵¹. No obstante, por parte de FERNÁNDEZ GARCÍA se echó en falta la inclusión, como medidas cautelares, de otras como el internamiento del imputado en un centro para su curación o el tratamiento de presuntos agresores con problemas de toxicomanía o alcoholismo o que presentaran trastornos psíquicos⁵².

Por otra parte, sin embargo, al remitir el precepto exclusivamente a los supuestos en que se investigara un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal, se vetó la posibilidad de que dichas medidas cautelares pudieran adoptarse en relación a hechos constitutivos de falta, pese a haberse introducido en la LO 14/1999 la posibilidad de imponer, en los supuestos de falta contemplados en los arts. 617 y 620 del Código Penal, la pena de prohibición de acercamiento y comunicación por un plazo máximo de seis meses. Esta previsión dio pie a que BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN concluyeran que la voluntad del legislador apuntaba a la aplicabilidad de

⁴⁸ En este sentido, COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: "Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999...", cit., p. 211; también, CHARCO GÓMEZ, M. L.: "La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica: Ley 27/2003, de 31 de julio", *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2004, p. 15; TIRADO ESTRADA, J. J.: "Violencia familiar...", cit., p. 7.

⁴⁹ Entre otros, ASÚA BATARRITA, A.: "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, 2004, p. 202, que entiende que la reforma operada en este sentido por la LO 14/99 "marcó un momento decisivo en la línea correcta"; también, FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.: "Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, CEJAR, Instituto de la Mujer, 2000, Vol. 2, p. 33.

⁵⁰ TIRADO ESTRADA, J. J.: "Violencia familiar...", cit., pp. 1-3; del mismo autor, "Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal", *Sección de Estudios del Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1820, 1 mayo 1998, pp. 941-942.

⁵¹ AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999, pp. 102-104.

⁵² FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.: "Primeras diligencias...", cit., p. 34.

dichas medidas cautelares en los procedimientos seguidos por presunta falta⁵³. Sin embargo, en nuestra opinión, el tenor literal del precepto no dejaba lugar a dudas sobre el ámbito objetivo de aplicación del mismo, sin que fuera admisible una interpretación de dicha norma en contra del reo⁵⁴. Y en el mismo sentido se pronunció el *Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 21 de marzo de 2001, sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*⁵⁵.

Por último, el art. 544 *bis* hacía una referencia a la posibilidad de que el incumplimiento de las medidas cautelares acordadas al amparo de dicha norma pudiera dar lugar a la adopción de otras que implicaran una mayor limitación de la libertad personal del obligado, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran resultar de dicha vulneración⁵⁶. Esta mención a la facultad de acordar medidas más gravosas para quien vulnerara las acordadas al amparo del referido precepto, valorada en general positivamente por la doctrina⁵⁷, resultó no obstante superflua para JORGE BARREIRO, que entendía que las mismas podrían adoptarse con fundamento en el propio art. 468 del Código Penal⁵⁸.

Sin embargo, el precepto no aludía expresamente al hecho de que pudiera acordarse la prisión provisional, ni tampoco al trámite a seguir y a los presupuestos a aplicar para la adopción de las medidas cautelares reguladas en el mismo, cuestión que mereció críticas por parte de COMAS D'ARGEMIR CENDRA⁵⁹.

Para DE URBANO CASTRILLO, además, las responsabilidades penales que entrañaba el incumplimiento de estas medidas deberían subsumirse, bien en el delito de desobediencia del art. 556, bien en la falta del art. 634 del Código Penal, según se

⁵³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., RUEDA MARTÍN, M. A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, 2004, p. 53.

⁵⁴ En el mismo sentido, COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999...”, cit., p. 221; TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar...”, cit., p. 12.

⁵⁵ “(...) el art. 544 bis de la LECrim se remite de manera clara y tajante a los supuestos en que se investigue un delito –y no una falta– de los mencionados en el art. 57”. www.poderjudicial.es.

⁵⁶ Mención esta última que no se contenía en el Anteproyecto inicial.

⁵⁷ TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar...”, cit., pp. 6-7, que entiende que contribuye “a procurar la tranquilidad y seguridad de la víctima u otras personas”, y deja clara la compatibilidad del precepto “con otras disposiciones atinentes a las consecuencias jurídico-penales del incumplimiento”.

⁵⁸ JORGE BARREIRO, A.: “La violencia doméstica y los límites de la intervención del Derecho Penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, 1999, p. 163.

⁵⁹ COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999...”, cit., p. 222.

calificara como grave o leve, sin que debieran tipificarse como constitutivas de quebrantamiento⁶⁰.

Por último, la LO 14/1999 reforma el art. 14 de la LECrim⁶¹ centralizando en los Juzgados de Instrucción el conocimiento de las faltas tipificadas en los apartados 1º y 2º del art. 620 del Código Penal (coacciones, amenazas, injurias y vejaciones injustas de carácter leve) cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, sustrayendo dicha competencia a los Juzgados de Paz del lugar donde se hubieran cometido los hechos. Primer paso hacia una unificación en materia de competencia que culminaría con la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y que mereció una valoración positiva por parte de la doctrina, al permitir centralizar el conocimiento de las faltas en materia de violencia doméstica y de género en un único órgano judicial, evitando el peregrinaje que para la víctima suponía que el Juzgado de Paz conociera de las referidas faltas y el de Instrucción de las previstas en el art. 617.2 en relación al mismo círculo de sujetos pasivos⁶².

⁶⁰ DE URBANO CASTRILLO, E.: “El alejamiento del agresor...”, cit., p. 8.

En contra, entendiendo que el precepto alude a la aplicabilidad del art. 468 del Código Penal, TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar...”, cit., p. 17; también, ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, cit., p. 256, y notas a pie de página nº 68 y nº 69, si bien considera dicha autora que, al estar configuradas legalmente las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación como penas privativas de derechos, y no como penas privativas de libertad, la pena a imponer conforme a la redacción entonces vigente del art. 468 del Código Penal era la de multa de doce a veinticuatro meses; en idéntico sentido, ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (Muñoz Conde –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, p. 715, y nota a pie de página nº 16; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999...”, cit., p. 222, y nota a pie de página nº 16; DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Tutela Cautelar de la Víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*, Thomson Aranzadi, 2008, p. 115; DEL MORAL GARCÍA, A.: “Del quebrantamiento de condena”, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, 2002, p. 2515; MORENO VERDEJO, J., en DEL MORAL GARCÍA, A. (Coord.): “Encuesta Jurídica: El quebrantamiento de una medida de alejamiento o una prohibición de comunicación, adoptadas cautelarmente en el curso de un proceso penal, ¿integra el subtipo agravado del inciso final del art. 468.2 del Código Penal?”, *Violencia doméstica*, 2005, p. 130.

⁶¹ Art. 14.1º, en redacción dada por la LO 14/1999:

“Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620, 1º y 2º, del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 153 del mismo Código”.

⁶² Sobre el trámite parlamentario y valoración de dicha reforma, que califica de “acertada”, vid. MAGRO SERVET, V.: “La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la Ley 14/1999 de 9 de junio y su incidencia en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas”, *La Ley*, nº 4850, 1999, pp. 1 y ss.

3.- LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Durante el año 2003, el legislador abordó a través de diversas leyes, en cumplimiento del *II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004*⁶³, la reforma del Código Penal y de la LECrim en materia de violencia doméstica y de género. Ello determinó una ingente producción normativa que no sólo adolecía de sistemática, echándose en falta una regulación armónica y unitaria sobre este tema, sino que a menudo incurrió en errores, incoherencias y lagunas que pusieron de manifiesto una defectuosa técnica legislativa que no escapó a las críticas doctrinales⁶⁴.

Como veremos a continuación, algunos preceptos fueron reformados varias veces en el mismo año, estando en algunos casos vigente la redacción de los mismos tan sólo unos días o semanas, con la consiguiente merma en el principio de seguridad jurídica y evidenciándose que a menudo las reformas legales obedecen más al intento de transmitir a la ciudadanía que se abordan los problemas de la sociedad que a afrontar de forma seria y rigurosa la solución de los mismos; máxime cuando dichas reformas no se acompañan de la dotación de los medios personales y materiales necesarios para

⁶³ *II Plan Integral contra la Violencia Doméstica*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2001.

⁶⁴ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC critica las “continuas reformas y contrarreformas sobre las mismas materias”, echando en falta una “Ley Integral especial” con un “catálogo amplio y abierto de medidas (entre ellas, pero no sólo, el alejamiento del agresor)” (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *Revista Xurídica Galega*, nº 38, 2003, pp. 19 y 31-32); LANDROVE DÍAZ califica también el año 2003 de “nefasto por la reiteración de las reformas experimentadas durante el mismo” (LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma de las medidas de seguridad”, *La Ley*, nº 5985, 2004, p. 1); en el mismo sentido, MESTRE DELGADO entiende que tal cúmulo de reformas “ha puesto en cuestión el principio de seguridad jurídica, porque ha generalizado la idea de la inestabilidad y la provisionalidad normativa” (MESTRE DELGADO, E.: “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho Penal”, *La Ley Penal*, nº 1, 2004, p. 3); MONTERO AROCA y MARTÍNEZ GARCÍA indican que se trata de “todo un conjunto tan bienintencionado como desorganizado y sin una clara dirección política” (MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (Gómez Colomer –Coord.-), Col·lecció Estudis Jurídics, Castelló de la Plana, nº 13, 2007, p. 155); ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Jurisprudencia, Constitución y proceso penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 92, 2007, p. 160, tilda por último en este sentido 2003 de “annus horribilis”.

Defiende, por el contrario, que dichas reformas obedecieron “a un impulso unitario, a pesar de haberse plasmado finalmente en varios vehículos normativos”, VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P.: “La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas y la reforma penal del año 2003”, *La Ley*, nº 6010, 2004, p. 2, quizás por ser el autor miembro de dicha Comisión Técnica, creada por Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2000 (BOE de 19 de julio de 2000).

hacerlas efectivas, como ocurre, entre otras materias, con las prohibiciones de aproximación y comunicación⁶⁵.

El primer exponente de esta producción legislativa vino constituido por la *LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, publicada en el BOE el 30 de septiembre de 2003 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación⁶⁶.

Dicha Ley modificó los arts. 153 y 173 del Código Penal, introduciendo, en virtud de una enmienda de adición presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, sendos subtipos agravados (imposición de la pena o penas en su mitad superior) cuando los delitos (o, en relación al art. 173, alguno o algunos de los actos de violencia), “se realicen”, entre otras circunstancias, “quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”⁶⁷. Agravación que, como posteriormente veremos, la LIVG hizo extensiva a los delitos de amenazas y coacciones (arts. 171.5 y 172.2, respectivamente, del Código Penal).

La justificación de la reforma operada en tal sentido por la LO 11/2003 vino determinada por la imposibilidad de aplicar la agravante genérica de reincidencia en tales casos cuando la orden de alejamiento quebrantada se hubiera acordado como

⁶⁵ Cabe plantearse si dichas reformas se encuentran en la línea de lo que la doctrina científica denomina expansión del Derecho Penal (al respecto, véase JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 16-08, 2014, pp. 1 y ss. También PÉREZ FERRER alude a un fenómeno de expansión del Derecho Penal tanto extensivo como intensivo, del que constituye ejemplo la LO 1/2004 (PÉREZ FERRER, F.: “Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 30, 2012, pp. 1-5).

⁶⁶ La desaparición de los períodos de *vacatio legis* ha sido criticada por autores como MESTRE DELGADO, por los problemas de derecho transitorio y de determinación de norma más favorable que comporta y la dificultad, para los ciudadanos y los aplicadores del Derecho, de conocer el contenido de las normas vigentes en cada momento (MESTRE DELGADO, E.: “La reforma permanente...”, cit., pp. 10-11); en el mismo sentido, entendiendo que hubiera sido deseable establecer un período de *vacatio legis* de veinte días, MERLOS CHICHARRO, J. A.: “Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, nº 4, 2003, p. 661.

⁶⁷ En el art. 173.2º, párrafo 2º, se alude también al quebrantamiento de una “prohibición” de la misma naturaleza (“se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia (...) se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”); redacción que se ha mantenido tras la LO 1/2015 y que podría dar lugar a entender que el incumplimiento de dichas obligaciones, cuando se imponen como condición para la suspensión de la pena, podría dar lugar a la comisión del subtipo. Cuestión sobre la que más adelante volveremos.

medida cautelar, y no como pena⁶⁸, si bien en nuestra opinión hubiera bastado en tal caso con que el subtipo agravado hiciera referencia a la comisión de la conducta típica quebrantando una medida de dicha naturaleza, y suprimiéndose la referencia a la pena que finalmente se plasmó en el texto legal y que se ha reiterado con idéntica fórmula en la LIVG; lo que lleva a considerar que el fundamento de la agravación puede ser otro, como posteriormente analizaremos.

Asimismo, se amplió el círculo de personas protegidas en el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 del Código Penal⁶⁹, cuestión que tendrá trascendencia a la hora de analizar los sujetos pasivos del tipo que nos ocupa, por la remisión expresa a dicho precepto que se contiene en el vigente art. 468.2.

4.- LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

La *LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*, publicada en el BOE el 27 de octubre de 2003 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, supuso un punto de inflexión en la regulación de la prisión provisional, al incorporar, como uno de los fines (y, por ende, como requisito) que se ha de perseguir para justificar la adopción de esta medida cautelar, el de “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal” (art. 503.1, párrafo 3º, letra c), de la LECrim).

Dicha reforma tiene por objeto reforzar la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, revistiendo a esta medida de una marcada naturaleza preventiva que incluso para algunos autores desnaturaliza su carácter cautelar⁷⁰, al

⁶⁸ Sobre el trámite parlamentario, *vid.* CRUZ BLANCA, M. J.: “Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 82, 2004, pp. 136-137.

⁶⁹ Para un sector, ello ha desdibujado el bien jurídico protegido por dicho precepto, incluyendo, por ejemplo, al anciano interno en una residencia geriátrica siempre que se pruebe la convivencia y su especial vulnerabilidad (ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, nº 7, 2009, p. 47); también entiende que esta ampliación impide que este tipo penal se adjetive como delito de violencia doméstica, RAMÓN RIBAS, E.: “Reflexiones sobre los delitos de violencia doméstica y violencia de género”, *Política criminal y reformas penales* (Puente Aba, Ramos Vázquez –Coord.–, Faraldo Cabana –Dir.–), Tirant lo Blanch, 2007, p. 81.

⁷⁰ COMES RAGA, I., JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J.: “Prisión provisional y el principio de proporcionalidad: a propósito de la regulación en materia de violencia doméstica”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008, p. 7; también, ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Las medidas cautelares”,

entrañar un “giro copernicano”⁷¹ en la regulación de esta institución, pudiendo verse afectado el principio de proporcionalidad que debe presidir su imposición al ampliar el legislador el elenco de supuestos en los que se legitima el recurso a esta medida en aras de tutelar a la víctima del delito⁷²; cuestión sobre la que volveremos más adelante, al analizar la naturaleza de las medidas cautelares a la luz de las últimas reformas penales.

Además, dispuso el legislador que, en tales supuestos, no sería aplicable el límite temporal de dos años de prisión que respecto de la pena establece el ordinal 1º de dicho apartado, no siendo por tanto necesario que el delito que fundamente la adopción de la medida tenga señalada pena privativa de libertad igual o superior a dos años de prisión, bastando que esté castigado con pena privativa de libertad. ARROYO ZAPATERO considera que en el tenor literal del precepto cabría entender comprendida incluso la pena de localización permanente propia de las antiguas faltas⁷³. Sin embargo, en nuestra opinión, en ningún caso debiera acordarse por la comisión de una presunta falta la medida cautelar de prisión provisional, por cuanto el precepto hace referencia a hechos que presenten caracteres de delito en los números 1º y 2º del apartado 1.

En todo caso, dicha excepción en el límite temporal de la pena constituye una muestra más de que la reforma se orienta a la protección de las personas que sufren directamente la actuación delictiva, y singularmente a la tutela de las víctimas de

Derecho Procesal Penal (de la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza, Tomé García), Editorial universitaria Ramón Areces, 2007, p. 407, autora que se muestra crítica con la inclusión por el legislador de la referida finalidad de la prisión provisional, al entender no sólo que la protección de la víctima, por sí misma, no ha sido tomada en consideración por el Tribunal Constitucional a la hora de fijar las finalidades de la prisión, sino también que, descartados los bienes jurídicos cuya vulneración es constitutiva de delito (por cuanto tal supuesto se contempla ya en el apartado relativo a evitar la “reiteración delictiva”), no resulta fácil justificar la adopción de dicha medida en casos en que se atenta contra un bien jurídico cuyo quebranto no merece reproche penal. En similar sentido, considerando que se desnaturaliza el carácter cautelar de la medida, pero calificando dicha finalidad de justificable en orden a luchar contra la violencia doméstica y de género, MORILLAS CUEVA, L.: “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 34, nº 1, 2016, pp. 22-24, con cita de ASENCIO MELLADO.

⁷¹ COMES RAGA, I., JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J.: “Prisión provisional y el principio de proporcionalidad...”, cit., p. 5.

⁷² MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Boix Reig, Martínez García –Coord.-), Iustel, 2005, pp. 378-380; muy crítico también con esta finalidad de la prisión provisional se muestra RAMOS MÉNDEZ, que entiende que dicho objetivo “constituye claramente una desviación represiva de lo que debe ser la medida. Está confesando el temor al fracaso de las órdenes de protección y convirtiéndolo en una excusa para la represión sin juicio. Parece que lo lógico sería apostar por la eficacia del resto del sistema y no cargar sobre una institución procesal excepcional culpas que la exceden. La formulación legal hay que considerarla claramente inconstitucional” (RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Ed. Atelier, 2011, pp. 278-279).

⁷³ ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia...”, cit., p. 719.

violencia doméstica y de género⁷⁴, teniendo en cuenta que la mayoría de los delitos en este ámbito tienen señalada una pena de prisión inferior a dos años. Constituyendo en nuestra opinión otra manifestación de dicha finalidad el hecho de que en el art. 504 no se prevea, para el supuesto contemplado en el párrafo c) del ordinal 3º del apartado 1 del artículo anterior, límite máximo de duración de la medida de prisión provisional, siendo aplicable únicamente el apartado 1 del precepto, que establece que la misma “durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”⁷⁵.

La LO 13/2003 reformó también el art. 544 *bis* a fin de establecer expresamente la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas, puedan imponerse otras que entrañen una mayor limitación de la libertad personal, obligando expresamente al Juez o Tribunal a convocar la comparecencia prevista en el art. 505 de la LECrim, a la que posteriormente aludiremos, “para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503 o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal”, debiendo tenerse en cuenta a tales efectos “la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias”. Y ello, como se contemplaba en la anterior redacción, “sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”. De esta manera, el legislador se hizo eco de la indicación de un sector doctrinal que estimaba conveniente hacer una referencia expresa a la posibilidad de acordar la prisión provisional en caso de incumplimiento de las medidas cautelares de alejamiento, teniendo en cuenta las exigencias de legalidad y previsibilidad que deben cumplir todas las medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales⁷⁶. Referencia expresa que para FERNÁNDEZ GARCÍA era “inoperante” en tanto no se modificaran los requisitos de los arts. 503 y 504 de la LECrim, ya que, pese a la formal remisión a dicha medida cautelar, y a tenor de la doctrina constitucional, no parecía posible decretar la prisión provisional como sanción a la eventual desobediencia a una medida anterior⁷⁷.

⁷⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: *La prisión provisional*, Aranzadi, 2004, pp. 106-107 y 138-139.

⁷⁵ En el mismo sentido, CHARCO GÓMEZ, M. L.: “La orden de protección...”, cit., p. 14.

⁷⁶ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (de Hoyos Sancho –Coord.-), Lex Nova, 2009, pp. 569 y 595-596, y “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, cit., pp. 263-264; CHARCO GÓMEZ, M. L.: “La orden de protección...”, cit., p. 18.

⁷⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.: “Primeras diligencias...”, cit., pp. 36 y 41, que aboga por establecer “otras medidas restrictivas de la libertad individual distintas de la prisión preventiva”.

5.- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

También la *Ley 27/2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, publicada en el BOE el 1 de agosto de 2003 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, reguló a través del art. 544 *ter* de la LECrim un estatuto integral de protección de las víctimas de violencia doméstica, permitiendo acordar, con carácter cautelar, medidas tanto de contenido penal como civil⁷⁸, y modificando el art. 13 de dicho texto legal a fin de permitir la adopción de estas medidas cautelares en las primeras diligencias del proceso con el fin de que pueda articularse la tutela de los ofendidos o perjudicados por el delito desde el inicio del procedimiento penal.

Contempla además expresamente el primero de dichos preceptos la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en orden de protección también en los casos de falta, supuesto que, como hemos visto, resultaba vedado al amparo de lo establecido en el art. 544 *bis* y que venía siendo reclamado por GONZÁLEZ CUSSAC⁷⁹. Sin embargo, en el ámbito procesal penal, la LO 27/2003 no comporta el establecimiento de nuevas medidas cautelares distintas a las ya existentes en el Ordenamiento⁸⁰, aportando la regulación de la orden de protección, en opinión de RAMOS MÉNDEZ, “apenas algo más que el rótulo de cabecera”, y considerando el mismo que “lo que en realidad se necesitaba”, como se deja traslucir en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 27/2003, era “una mejor coordinación de las instituciones y organismos que tienen algo que ver con el tema”⁸¹.

⁷⁸ Como señala ARAGONESES MARTÍNEZ, la orden de protección “no es tanto una “medida de protección” en sí misma, como un instrumento que sirve como continente de medidas de protección, bien de índole penal y/o de carácter civil, con un procedimiento propio” (ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Las medidas...”, cit., p. 423).

⁷⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La contrarreforma penal de 2003...”, cit., p. 32.

⁸⁰ En el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., RUEDA MARTÍN, M. A.: “El nuevo tratamiento de la violencia...”, cit., p. 54.

⁸¹ RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento criminal...*, cit., p. 292, indicando también que, a su juicio, la regulación “rezuma” un “carácter abiertamente represivo”, que “choca abiertamente con la finalidad constitucional de las medidas cautelares en materia penal y pone en entredicho diversos aspectos de la regulación” (p. 292).

VI.- LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL DE QUEBRANTAMIENTO DEL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL: LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

1.- Reforma del art. 468 del Código Penal. Introducción del apartado 2.

La LO 15/2003⁸², de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que se publicó en el BOE el 26 de noviembre de 2003 y entró en vigor el 1 de octubre de 2004, modificó el art. 468 del Código Penal⁸³, introduciendo *ex novo* un apartado 2 al mismo al que, de un lado, se trasladó la última parte del primigenio precepto (“y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”)⁸⁴, y, de otro, se estableció que quienes, no estando privados de libertad, quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del art. 57 del Código Penal, serían castigados con pena de prisión de tres meses a un año o con pena de trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días.

El precepto, cuya reforma se vincula de este modo a la lucha contra la violencia doméstica y de género erigiéndolo en instrumento para poner fin a la misma⁸⁵, pasó así a configurar tres niveles punitivos en función de la importancia de la pena o medida vulnerada (quebrantamiento de la situación de privación de libertad, de penas accesorias

⁸² Un análisis crítico de esta LO se contiene en ABEL SOUTO, M.: “Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo”, *La Ley Penal*, nº 11, diciembre 2004, pp. 63 y ss. También, en relación a dicha LO, *vid.* GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Novedades introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6389, 29 Dic. 2005, pp. 1 y ss., y TÉLLEZ AGUILERA, A.: “La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas”, *La Ley Penal*, nº 1, enero 2004, pp. 1 y ss.

⁸³ Art. 468, en su redacción dada por la LO 15/2003:

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

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días”.

⁸⁴ Así lo hace notar JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, *cit.*, p. 396.

⁸⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, *cit.*, p. 395, y “Mujer, maltratador y orden de alejamiento. Un problema sin resolver”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 107, 2012, p. 52; GARCÍA ALBERO considera en idéntico sentido que “tal opción político-criminal se enmarca (...) en el amplio arsenal de medidas represivas inaugurado con la LO 11/2003” (GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, *cit.*, p. 2283, “Del Quebrantamiento...”, *cit.*, p. 1418, y “Del Quebrantamiento...”, *cit.*, p. 1955); LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, *cit.*, p. 5; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “De la desaparición a la expansión...”, *cit.*, p. 937.

impuestas en relación a los delitos del art. 57 del Código Penal, y supuestos restantes)⁸⁶, introduciendo el legislador un subtipo agravado de autoquebrantamiento en el que por primera vez se prevé en este ámbito un incremento de pena cuyo fundamento se encuentra en los sujetos a los que se pretende tutelar con la pena o medida quebrantada⁸⁷, por cuanto sanciona más gravemente los incumplimientos de la pena de prohibición de aproximación impuesta en relación a los delitos referidos en el art. 57.1 del Código Penal cuando los mismos se cometan en el ámbito de la violencia doméstica y de género.

De este modo, se modifica y amplía el ámbito de aplicación del tipo básico de quebrantamiento en aras de reforzar la protección de las víctimas de este tipo de delitos, al remitir el art. 57.2 del Código Penal al elenco de sujetos pasivos contemplado en el art. 173.2 del mismo texto legal⁸⁸; si bien, en opinión de CID MOLINÉ, la posibilidad de imponer, como pena alternativa a la de prisión, la de trabajos en beneficio de la comunidad, resulta inadecuada al no afrontar la misma las necesidades de protección de la víctima⁸⁹.

⁸⁶ BENEYTEZ MERINO, L.: “Del quebrantamiento de condena”, *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia* (Conde-Pumpido Ferreiro –Dir.-), Bosch, 2004, Vol. 2, p. 1380; también aluden a tres subtipos en el delito de quebrantamiento ALHAMBRA PÉREZ, P., y TOVAR SABIO, V., en DEL MORAL GARCÍA, A. (Coord.): “Encuesta Jurídica: El quebrantamiento de una medida de alejamiento...”, cit., pp. 116 y 122.

⁸⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena de alejamiento y prohibición de acercamiento o comunicación en delitos relacionados con la violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad”, *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar* (Fernández Pantoja, Cruz Blanca –Coord.-), Universidad de Jaén, 2007, p. 170.

⁸⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género: incumplimiento de las “órdenes de protección” con el consentimiento de la víctima”, *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI* (Abril Stoffels, Uribe Otalora –coord.-), Tirant lo Blanch, 2010, pp. 335- 336; AGUILAR ROMO también apunta que “la razón de ser para el legislador (...) ya era la lucha en el ámbito de la violencia de género y doméstica” (CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1163); en similar sentido, ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal y procesal penal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004”, *Diario La Ley*, nº 6457, 6 abril 2006, pp. 17-18; LALIGA MOLLÁ, M.: “Soluciones adoptadas por el sistema jurídico penal español ante el incumplimiento de la prohibición de aproximación previa inducción o consentimiento por parte de las mujeres inmersas en la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 11 sept. 2013, p. 3.

⁸⁹ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 12, 2004, p. 229.

En contra, considerando que este “abanico tan variado de penas” permitía mejor la individualización de la sanción para responder a la “multiplicidad de supuestos heterogéneos que nos da la realidad”, frente a la posterior reforma del precepto introducida por la LO 1/2004, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo del Pleno del TS, Sala Segunda, de 25 de noviembre de 2008 sobre quebrantamiento de la medida cautelar de protección con el consentimiento de la víctima”, SP/DOCT/3898, Sepín, 2009, p. 11.

Sin embargo, al aludirse únicamente a las prohibiciones del art. 57.2 para imponer la pena de prisión o la de trabajos en beneficio de la comunidad, sancionándose el quebrantamiento de los no privados de libertad en los demás casos con pena de multa de 12 a 24 meses, se dio lugar a que, en los supuestos de incumplimiento de la medida cautelar de igual contenido, no se pudiera acordar la prisión provisional, al estar dicha conducta típica castigada con pena de multa; y ello con la consiguiente desprotección que esta circunstancia entrañaba para la víctima. Además, al hacer referencia el precepto a la vulneración de las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del art. 57, la aplicación de la pena de prisión o, alternativamente, la de trabajos en beneficio de la comunidad, quedaba restringida a los supuestos en que se quebrantara la prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, en la medida en que el referido precepto hace referencia exclusivamente a la pena prevista en el apartado 2 del art. 48, y no a la prohibición de comunicación contemplada en el apartado 3 del precepto, por lo que en caso de vulneración de esta prohibición la sanción a imponer era la de multa⁹⁰. Estas cuestiones, como luego veremos, se resuelven con la reforma introducida por la LO 1/2004.

En todo caso, y como se ha puesto de relieve por FERNÁNDEZ ARÉVALO, la reforma acometida por la LO 15/2003 en esta materia, así como la introducida posteriormente por la LO 5/2010, que extiende la pena de prisión a los que quebranten la medida de libertad vigilada, han puesto de manifiesto que es la naturaleza de la pena, y no la situación física de efectiva privación de libertad, la que determina la magnitud del castigo⁹¹.

2.- Reforma del sistema de penas.

La referida LO 15/2003 endureció además con carácter general el sistema del penas⁹², y, por lo que atañe a las accesorias de alejamiento y prohibición de comunicación, agravó notablemente su duración, ampliándola hasta diez años en caso

⁹⁰ Así lo hace notar LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 5.

⁹¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: “Quebrantamiento de condena y pena de prisión: consecuencias y actuaciones. Análisis especial de la cuestión de competencia para dictar la orden de detención”, *Jornadas de especialistas en Vigilancia Penitenciaria*, Estudios Jurídicos, Plan de Formación Continua para el Ministerio Fiscal, 2011, p. 5.

⁹² Una valoración crítica de esta LO en dicha materia se contiene en LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma del arsenal punitivo español”, *La Ley*, nº 5912, 2003, pp. 1 y ss.

de delitos graves, y hasta cinco en los menos graves (arts. 33 y 40)⁹³, frente a la regulación anterior, que preveía un límite máximo de cinco años.

Además, se introducen diversas precisiones en el contenido de dichas penas⁹⁴. Así, en el apartado 1 del art. 48, relativo a la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, se sustituye el verbo “volver” por el de “residir o acudir” al lugar en que se haya cometido el delito o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos; modificación que se considera adecuada, por cuanto se corresponde más con el contenido de la pena privativa de derechos⁹⁵. Y en el apartado 2, relativo a la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, se prevé la posibilidad de que se prohíba

⁹³ Art. 33, tras la reforma introducida por LO 15/2003:

“(…) 2. Son penas graves: (…)

g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

3. Son penas menos graves: (…)

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

4. Son penas leves: (…)

c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.

d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses”.

Nótese que el legislador no ha previsto una duración mínima a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos cuando la misma se impone como pena leve, por lo que nada impediría imponerla por un período de tiempo inferior a un mes. Y no parece un olvido del legislador, por cuanto el art. 40, modificado también por la LO 15/2003, establece en su apartado 3 que “la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta diez años”, mientras que “la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a diez años”; artículo que, a mayor abundamiento, no ha sido objeto de modificación por la LO 1/2015. En opinión de MAPELLI CAFFARENA, “si en algún caso resulta justificado establecer un límite inferior nos parece más acertado en las obligaciones de residir o no acudir ya que entrañan una planificación compleja para el condenado y le condiciona su vida” (MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 246).

⁹⁴ Penas, las del art. 48, que en opinión de POLAINO NAVARRETE tienen por objeto “aislar a la víctima del influjo lesivo del agresor” (POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, 2004, p. 83).

⁹⁵ En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Las penas privativas...”, cit., p. 143, que indica que “residir implica establecerse, tener domicilio”, mientras que volver al lugar “supone una situación de hecho incluso momentánea o fugaz”.

al penado acercarse a cualquier lugar que sea frecuentado por la víctima o sus familiares⁹⁶, y se añade que quedará “en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”. Por último, se introduce un apartado 4 en el precepto que prevé la posibilidad de que el control de estas medidas “se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”, cuestión sobre la que más adelante volveremos.

3.- Reforma del art. 57.2 del Código Penal.

Con todo, por lo que respecta al objeto del presente trabajo, la modificación de mayor trascendencia introducida por la LO 15/2003 fue la reforma del art. 57.2⁹⁷ del Código Penal y el establecimiento, con carácter imperativo, de la pena accesoria de prohibición de aproximación prevista en el art. 48.2 del mismo texto legal en los supuestos de condena por alguno de los delitos mencionados en el apartado 1 del art.

⁹⁶ POLAINO NAVARRETE tilda de “excesivo” y de “muy dudoso posible cumplimiento” que se prevea esta posibilidad, por cuanto “nada excluye que esos lugares (...) que son frecuentados por las víctimas, lo sean a la vez por muchas otras personas, lo cual significa que no son privativos ni propiedad de ellas” (POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003...*, cit., p. 76).

⁹⁷ Art. 57, en redacción dada por la LO 15/2003:

“1. Los jueces o tribunales, en 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 honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620”.

57⁹⁸ y cometidos, entre otras personas, contra quien sea o haya sido cónyuge o haya estado ligado al condenado por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Es de destacar, sin embargo, que se mantuvo el carácter potestativo para estos casos de la pena accesoria de prohibición de comunicación⁹⁹.

El objetivo de la reforma era doble: De un lado, se aseguraba la imposición de una pena accesoria a la que los jueces no estaban recurriendo y que en última instancia tiene por objeto proteger a las víctimas de un delito de ulteriores ataques por parte de quien va a ser condenado. De otro, se sustrae dicha pena de la aplicación del principio acusatorio¹⁰⁰, hecho que daba lugar en la práctica a que, incluso en las ocasiones en que el juez advirtiera la conveniencia de imponer dicha prohibición, la decisión quedara a expensas de que alguna de las acusaciones personadas solicitara su establecimiento.

Con la reforma del precepto, la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximación resulta de carácter obligado, con independencia de que la acusación solicite o no su establecimiento, e incluso de que se omita su inclusión en el fallo, por cuanto en cualquier momento podrá aclararse al amparo de la corrección de errores materiales prevista legalmente¹⁰¹; solicitud que, sin embargo, sí deberá deducirse por lo que respecta a la prohibición de comunicación, cuya aplicación, como se ha indicado,

⁹⁸ REIG REIG considera que el amplio elenco de delitos contemplados en dicho apartado tiene por objeto “disimular que tales medidas tenían por norte combatir en exclusiva la violencia doméstica” (REIG REIG, J. V.: *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: su incidencia en el Libro I del Código Penal*, Dijusa, 2004, p. 85); en similar sentido, MAPELLI CAFFARENA considera que una relación de delitos tan amplia no sólo hace desaparecer el carácter excepcional de dicha pena, sino el propio sentido de su aplicación, “si bien las estadísticas demuestran que nuestra jurisprudencia asocia este tipo de penas con la violencia doméstica o de género” (MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 247; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 313).

Opiniones que no compartimos, puesto que parecen obviar la gravedad de los tipos penales que son también aplicables en otros ámbitos y cuyas víctimas son igualmente merecedoras de tutela.

⁹⁹ MAGRO SERVET considera que quizás debió incluirse también la prohibición de comunicación, pero entiende que ello en todo caso no se debió a un olvido del legislador, ya que expresamente el precepto se refiere a la prohibición de aproximación del art. 48.2 del Código Penal, cuando la de comunicación se regula en el apartado 3 de dicho precepto (MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas*, Sepín, 2009, p. 74).

¹⁰⁰ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 166-167; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, 2006, pp. 138-139.

Abogaba sin embargo por la posibilidad de aplicar esta pena aunque no hubiera sido solicitada expresamente su imposición, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., p. 520.

¹⁰¹ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 344; MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2005, p. 55, con referencias jurisprudenciales.

sigue quedando sometida a los criterios previstos en el art. 57.1 del Código Penal y al principio acusatorio¹⁰².

Resulta ilustrativa en este sentido la *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2010* (ROJ STS 4835/2010, Ponente Sr. Martín Pallín), en la que se confirma la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximación en la sentencia objeto de recurso pese a no haber sido solicitada por las partes, entendiendo que es adecuado su establecimiento (en su extensión mínima) en base al carácter imperativo del art. 57.2 del Código Penal y al *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007*¹⁰³.

Sin embargo, como antes se ha expuesto, dicha reforma ha determinado en la práctica una multiplicación de los supuestos de quebrantamiento que se revela especialmente conflictiva y generadora de relevantes disfunciones en aquellos casos en que la vulneración de las prohibiciones se produce con la aquiescencia o incluso a instancia de la persona para cuya protección se estableció la pena o medida. Conflictos y disfunciones sobre los que volveremos posteriormente y que, en opinión de varios autores, sólo podrán solventarse a través de una nueva reforma legal¹⁰⁴.

Por último, la reforma resuelve la cuestión relativa a si el cumplimiento de la pena de alejamiento debía ser simultáneo o sucesivo al de la privativa de libertad, previendo expresamente que la pena de prisión y las prohibiciones referidas en el art. 57.2 “se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”. ACALE SÁNCHEZ aboga por la configuración de la pena de alejamiento y de prohibición de

¹⁰² MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 74.

¹⁰³ Fundamento de Derecho Quinto: “(...) Esta Sala, después de varias deliberaciones sobre el alcance del principio acusatorio plasmadas en las Salas Generales no jurisdiccionales, acuerda, con fecha 27 de Noviembre de 2007 lo siguiente: “El anterior acuerdo de esta Sala de 20 de Diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”. Este es precisamente el caso que estamos examinando. Las partes olvidaron las previsiones del artículo 57.2º, que es preferente, en virtud del principio de especialidad por su referencia específica a la violencia en el seno de una convivencia afectiva de cualquier naturaleza. (...) Nos encontramos por tanto ante la omisión de petición de una pena imperativa e insoslayable, por lo que, de acuerdo con la resolución del Pleno citado, a pesar de la no petición de las partes acusadoras, se deberá imponer en su medida mínima, que es precisamente lo que ha realizado la Sala que dicta la sentencia que se recurre”.

¹⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6420, 13 febrero 2006, p. 8; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M., y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 1220; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 26, 2006, p. 344.

comunicación como pena discontinua, a ejecutar los períodos en que el condenado, al recobrar provisionalmente la libertad, estuviera en condiciones de acercarse a la víctima¹⁰⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, la reforma es acertada, no sólo porque zanja el debate que se había generado ante la laguna legal que viene a cubrir, sino fundamentalmente porque sanciona los quebrantamientos que pueden producirse sin que el interno abandone el centro penitenciario, bien en los supuestos en que dirige misivas, mensajes o efectúa llamadas a la víctima, bien en los casos en que (con la aquiescencia de esta última) tienen lugar encuentros entre ambos a través del *vis a vis*.

No obstante, si bien con la reforma se puso fin a la polémica sobre la forma de cumplimiento de la pena accesoria en relación con la privativa de libertad, la solución por la que optó el legislador otorgó una extensión desmesurada a aquella, al objeto de que no deviniera ineficaz; y ello incorporando un párrafo 2º al apartado 1 del art. 57 en el que se estableció que, en estos casos, la pena accesoria de alejamiento tendría una duración de entre uno y diez años superior a la de la pena de prisión impuesta en sentencia si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años superior si fuera menos grave¹⁰⁶. De este modo, como hace notar SUBIJANA ZUNZUNEGUI, si bien se introdujo seguridad jurídica en la materia y se confirió un amplio nivel de protección a las víctimas, ello se hizo a costa de incrementar significativamente la duración máxima de las prohibiciones, con la consiguiente afectación del principio de proporcionalidad y de la adecuación de la entidad de la pena a la gravedad del hecho; afectación que, para dicho autor, podría soslayarse si se articularan mecanismos jurídicos que adaptaran,

¹⁰⁵ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., pp. 109-110, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 330; autora que, si bien advierte que de esa forma nada impediría que el penado se comunicase con la víctima desde el centro penitenciario, entiende que el hecho de que esté interno puede “disipar la inseguridad que pueda sentir la víctima al recibir sus noticias”, así como que dicha conducta puede ser tenida en cuenta a la hora de examinar su progresión o regresión de grado.

En contra, abogando por el cumplimiento simultáneo de la pena de prohibición de comunicación con la privativa de libertad y valorando positivamente la reforma, MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 50; también, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente y la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 14, 2006, p. 15.

¹⁰⁶ Tilda de “ciertamente elevada” la duración máxima de dichas prohibiciones accesorias, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De las penas accesorias”, *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia* (Conde-Pumpido Ferreiro –Dir.–), Bosch, 2004, Vol. 1, p. 243; también ACALE SÁNCHEZ indica en este sentido que, desde la reforma operada por la LO 15/2003, la pena de alejamiento “engulle a la prisión” (ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 229-330).

durante la ejecución, la duración de aquellas a las necesidades de tutela que se persiguen con su imposición¹⁰⁷.

4.- Reforma del régimen de suspensión y sustitución de la pena.

En materia de suspensión de la pena privativa de libertad, la LO 15/2003 establece la obligatoriedad, en relación a los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 del Código Penal, de condicionar en todo caso la misma al cumplimiento de las obligaciones previstas en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1º del art. 83, esto es, a la prohibición de acudir a determinados lugares, y de aproximarse y comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal¹⁰⁸. La misma previsión se contiene en el art. 88 en relación a la sustitución de la pena, si bien limitada al delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código Penal.

Asimismo, se declara que el incumplimiento de dichas obligaciones o deberes determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, si bien no se contempla idéntica consecuencia para el caso de que se incumplan dichas obligaciones en los supuestos de sustitución. Laguna legal que, como a continuación veremos, tampoco subsanó la LO 1/2004, y que ha merecido una valoración negativa por parte de la doctrina, tildando GARCÍA PÉREZ de “absurdo” el establecimiento de obligaciones sin la paralela previsión de “mecanismos coercitivos para su cumplimiento”¹⁰⁹. Cuestiones todas ellas que trataremos en profundidad más adelante.

5.- Reforma del régimen de incumplimiento de las medidas de seguridad.

La LO 15/2003, además de sistematizar, en el art. 96.3 del Código Penal, todas las medidas de seguridad no privativas de libertad, modifica también el art. 100 de dicho texto legal, reformando el régimen de vulneración de medidas de seguridad y disponiendo en todo caso la obligatoriedad de deducir testimonio por

¹⁰⁷ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., pp. 140-142, que aboga, como posteriormente veremos, por configurar dichas prohibiciones, *de lege ferenda*, como medidas de seguridad.

¹⁰⁸ Obsérvese que el subapartado 1º *bis* introducido por la LO 14/1999 pasa a constituir la regla 2ª, lo que constituye una mejora técnica al catalogar las obligaciones o deberes de un modo más coherente e independiente (en el mismo sentido, ROIG TORRES, M.: “La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006, pp. 114-115).

¹⁰⁹ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 18.

quebrantamiento¹¹⁰. De esta manera, se previó expresamente la posibilidad de que la vulneración de cualquier medida de seguridad impuesta a inimputables o semiinimputables pudiera generar responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el art. 468 del Código Penal.

La redacción originaria del precepto contenía un régimen especial de consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas de seguridad que la doctrina consideraba de aplicación preferente, por el principio de especialidad, a la genérica previsión contenida en el art. 468, que desde su redacción de 1995 refería también expresamente a las medidas de seguridad. Particularmente, y por lo que atañe a las medidas de seguridad no privativas de libertad establecidas en el art. 100.2 del Código Penal, el precepto no realizaba mención alguna sobre la posible responsabilidad penal por quebrantamiento, por lo que se perfilaban dos soluciones: a) En cuanto a los inimputables, la doctrina abogaba por aplicar la solución prevista para el quebrantamiento, por parte de los mismos, de las medidas de seguridad privativas de libertad, esto es, considerarles exentos de responsabilidad criminal por el quebrantamiento, habida cuenta que la deducción de testimonio por el mismo se ceñía a los casos de los sometidos a la medida en virtud del art. 104 del Código Penal, es decir, de la concurrencia de una eximente incompleta; b) Por lo que respecta a los semiinimputables, las soluciones que se abrían ante el silencio del legislador distaban de resultar satisfactorias: si se abogaba por considerar que dicha vulneración no generaba responsabilidad criminal por quebrantamiento, ello privaba a dichas medidas de la posibilidad de asegurar su carácter imperativo, quedando su cumplimiento al arbitrio del obligado, al no poder sustituirse por el internamiento. Por el contrario, si se entendía que cabía la imposición de multa de doce a veinticuatro meses *ex art. 468*, se consideraba que dicha solución era contradictoria con la adoptada por el legislador en

¹¹⁰ Art. 100, en su redacción dada por la LO 15/2003:

“1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

2. Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

3. En ambos casos el juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento”.

Este último párrafo fue posteriormente reformado por la *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, añadiéndose al mismo la precisión siguiente: “A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”.

otros supuestos similares, como la infracción de deberes impuestos en caso de suspensión de la pena privativa de libertad¹¹¹.

La reforma viene por tanto a resolver la polémica generada acerca de si el régimen de consecuencias previsto específicamente para las medidas de seguridad (reingreso a un centro en caso de medida de internamiento, o sustitución de la medida no privativa por otra privativa de libertad, en los demás supuestos) enervaba o no la posible responsabilidad criminal por quebrantamiento, previendo en todo caso la obligación de deducir testimonio por si los hechos son constitutivos del tipo penal del art. 468, sea privativa o no de libertad la medida de seguridad, sea el sujeto inimputable o semiinimputable. Con esta reforma, en palabras de LANDROVE DÍAZ, se responde a la necesidad de dar “una cobertura coercitiva” que garantice el sometimiento a las medidas de seguridad, y singularmente a las no privativas de libertad¹¹².

Además, el quebrantamiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3 del Código Penal, entre las que se encuentra la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, podrá sustituirse por la de internamiento si esta medida estuviera prevista para el supuesto de que se trate y la vulneración demostrara su necesidad.

6.- Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, en el ámbito procesal penal, la LO 15/2003 aborda singularmente (evidenciando de nuevo una deficiente técnica legislativa, habida cuenta que la vigencia del art. 544 *ter* se reducía a apenas dos meses) dos cuestiones:

De un lado, se reforma el art. 544 *bis* a fin de establecer expresamente la posibilidad de que, en la comparecencia del art. 505, que el Juez o Tribunal debe

¹¹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* GARCIA ALBERO, R.: “Artículo 100”, *Comentarios al Código Penal Español* (Quintero Olivares –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, Vol. 1, pp. 658-660, que opta por negar también la responsabilidad criminal por quebrantamiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

En sentido contrario, amparándose en la “palmaria redacción” del art. 468 del Código Penal, SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena: los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 1997, pp. 351-352.

¹¹² LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma de las medidas...”, *cit.*, p. 7. Valora también positivamente la reforma MAZA MARTÍN, J. M.: “Medidas de seguridad...”, *cit.*, p. 16.

convocar en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas, pueda adoptarse no sólo la prisión provisional u otra medida cautelar que implique mayor limitación de la libertad personal, sino también “la orden de protección prevista en el artículo 544 *ter*”, teniendo en cuenta al efecto los mismos criterios que ya se preveían legalmente¹¹³.

De otro, se reforma el apartado 1 del art. 544 *ter* al objeto de extender el ámbito subjetivo del precepto, de las personas mencionadas en el art. 153 del Código penal a las referidas en el art. 173.2 del referido texto legal. E idéntica extensión se operó en el art. 503.1.3º, letra c), relativo a los fines de la prisión provisional, ampliando respecto de dichos sujetos la posibilidad de que, a fin de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de los mismos, pueda acordarse la prisión provisional de aquél sin que sea aplicable el límite temporal previsto en el ordinal 1º de dicho apartado.

VII.- LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

1.- Reforma del art. 468 del Código Penal.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹¹⁴ (en adelante LIVG), que entró en vigor a los treinta días de su publicación en el BOE, (salvo los Títulos IV y V, relativos respectivamente a la Tutela Penal y Judicial, para los que se fijó una *vacatio legis* de seis meses¹¹⁵), modificó nuevamente, en su art. 40, la redacción del art. 468 del Código Penal, introduciendo un tipo específico en su apartado 2º por el que se castiga en todo caso con pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal 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 art. 173.2 del mismo texto legal¹¹⁶.

¹¹³ En opinión de SOSPEDRA NAVAS, el legislador establece así un “plus de severidad derivado del incumplimiento” (SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios Rápidos. Prisión provisional y Orden de Protección. El Juicio de Faltas*, Aranzadi, 2004, p. 217).

¹¹⁴ BOE de 29 de diciembre de 2004.

¹¹⁵ Disposición Final Séptima.

¹¹⁶ La redacción del precepto fue idéntica desde el Anteproyecto de Ley Orgánica.

De esta manera, se modificó la redacción introducida por la LO 15/2003, a la que ya hemos hecho referencia¹¹⁷, que preveía que, caso de que se quebrantaran las prohibiciones a las que se refería el art. 57.2 del Código Penal, la pena sería de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días¹¹⁸; y ello no sólo agravando la pena de prisión, sino también eliminando la posibilidad de imponer como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Con la reforma introducida por el art. 40 de la LIVG el apartado 1 del art. 468 vuelve a su redacción primigenia, dejando sin efecto la modificación operada por la LO 15/2003, lo que ha llevado a un sector doctrinal a considerar que el tipo previsto en el art. 468.2 deja de esta manera de ser un subtipo agravado para erigirse en un delito con autonomía propia y distinto del regulado en el art. 468.1¹¹⁹. Singularmente, y con los

¹¹⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA entiende que tantas modificaciones en tan breve lapso de tiempo ponen de manifiesto “que el legislador no termina de encontrar un sistema idóneo de actuación penal en el ámbito de la violencia doméstica y de género y que, en esta materia, las presiones de ciertos grupos han podido más que la formulación de una correcta política de protección a las víctimas” (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima de la violencia de género. (Legislación penal y sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)”, *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente* (Martínez Francisco, García-Pablos de Molina, Miranda de Avena –Coord.-), Comares, 2009, p. 49; también, de la misma autora, “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, 2006, p. 13).

¹¹⁸ El art. 40 de la LIVG modifica la redacción del precepto, que (entrando en vigor el 29 de junio de 2005) establece lo siguiente:

“1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. 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”.

Por su parte, el art. 135 de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, del Código Penal, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, modificó nuevamente el art. 468.2 del Código Penal imponiendo idéntica pena a “aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”. En opinión de ACALE SÁNCHEZ, el legislador sustrae así a la pena de multa el régimen de incumplimiento de lo que no deja de ser una medida de seguridad para someterlo al régimen agravado previsto para los supuestos de violencia doméstica, con independencia del delito del que derive aquella (ACALE SÁNCHEZ, M.: “La reforma del delito de quebrantamiento de condena”, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Álvarez García, González Cussac –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2010, p. 497).

¹¹⁹ Así lo hacen notar ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales* (Muerza Esparza –Coord.-, Íñigo Corroza, Sempere Navarro), Aranzadi, 2005, p. 44; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 397; de la misma autora, “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 54; SÁNCHEZ MELGAR considera muestra de una “mejor técnica legislativa” que en el apartado 1 del precepto se vuelva a distinguir entre los quebrantamientos cuando el infractor estuviere privado de libertad y “en los demás casos”, fijando la respuesta penal en dichos supuestos con pena de prisión (en caso de privación de libertad) o de multa (en los restantes supuestos) (SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Comentario Artículo 468. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, SP/DOCT/14849, Sepín, 2011, p. 3).

efectos que de ello pueden derivarse en cuanto a la posible responsabilidad en su comisión de la persona para cuya tutela se ha establecido la pena o medida y a los que posteriormente aludiremos, por cuanto el apartado 1 del precepto alude a los que quebrantaren “su” condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, en tanto el apartado 2 refiere a los que quebrantaren “una” pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o “una” medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza¹²⁰.

Además, con la modificación del apartado 2 del precepto se resolvió la cuestión relativa a la posibilidad de acordar la prisión provisional en los casos en que una persona en libertad quebrantaba una medida cautelar de alejamiento o prohibición de comunicación, por cuanto la redacción anterior sólo castigaba con pena de prisión a quien quebrantara una prohibición de aproximación o comunicación impuestas como pena accesoria en sentencia firme, *ex art. 57.2 del Código Penal*, sancionándose con pena de multa los quebrantamientos de medida cautelar¹²¹. De este modo se subsanó una de las carencias de la reforma operada por la LO 15/2003¹²², que se había puesto de manifiesto en la desprotección que suponía para la víctima que, en los casos en que su tutela se hubiera articulado a través de una medida cautelar, acordada al amparo de los

¹²⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007, p. 12, y nota a pie de página nº 37; RAYÓN BALLESTEROS, C.: “Protección integral contra la Violencia de Género: Análisis a la luz de la Ley Orgánica”, *La Ley Abogados de Familia*, nº 44, 2007, p. 7; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 22, 2005, p. 156, aludiendo a la “creación de una nueva figura”.

CUGAT MAURI apunta en este sentido que, “a pesar del distinto fundamento legitimador, unas y otras formas de quebrantamiento conviven bajo el mismo techo, produciendo un espejismo de homogeneidad delictiva, pronto a romperse ante el más mínimo intento de análisis comparativo”, llamando la atención sobre el hecho de que, siendo el autoquebrantamiento la figura más cuestionada, es la que paradójicamente tiene prevista una tipicidad más amplia (CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1124).

¹²¹ Así lo indicaba también la *Circular nº 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. www.fiscal.es.

¹²² ESCOBAR JIMÉNEZ alude incluso a que con la LO 1/2004 se procedió a la “reparación de un error” en que había incurrido el legislador con la redacción dada por la LO 15/2003 al art. 468.2 (ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, SP/DOCT/2693, Sepín, 2005, pp. 18-19); en el mismo sentido, refiriéndose a una “mejora técnica” en la regulación, MARCOS AYJÓN, M.: “La violencia de género y el Código Penal”, *La Ley Penal*, nº 16, 2005, p. 75; también, MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007, p. 93; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 47 y nota a pie de página nº 69, que indica que la LIVG subsana la posible interpretación *in malam partem* que hubiera supuesto el hecho de considerar que el subtipo agravado introducido por la LO 15/2003 abarcaba también el quebrantamiento de medidas cautelares.

arts. 544 *bis* o *ter* de la LECrim, la vulneración de la misma no comportara ni pena de prisión ni la posibilidad de acordar la prisión provisional del presunto quebrantador¹²³.

Sin embargo, dicha subsanación se produjo equiparando a efectos punitivos el quebrantamiento de sentencia firme de condena y el de medida cautelar, sancionándose ambas conductas con pena de prisión de seis meses a un año (sin previsión de pena alternativa¹²⁴), siempre que la persona ofendida fuera alguna de las indicadas en el art.

¹²³ En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., p. 49, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 275-276, afirmando que la finalidad de la reforma “no es otra que asegurarse que en todo caso los jueces tienen que imponer pena de prisión, lo que deja vía libre a la prisión provisional como medida cautelar”; también, de la misma autora, “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 113, indicando que, en su opinión, la limitación de la discrecionalidad judicial pone de manifiesto la desconfianza del legislador hacia la labor de los jueces; ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 596; ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia...”, cit., p. 723; CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, SP/DOCT/2313, Sepín, 2004, p. 22, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Guía Práctica, Violencia Doméstica*, Sepín, 2005, p. 39, que califica la reforma de “indudable acierto” y la situación anterior de “despropósito”, si bien critica que la reforma afecte únicamente a los supuestos en que la víctima se encuentre comprendida en el art. 173.2 del Código Penal, y no a todos los ofendidos por los delitos previstos en el art. 57 de dicho texto legal; COSSÍO ARRIBAS, I.: “Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 679, 2005, p. 13, que califica dicha reforma de “gran acierto”; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6308, 16 agosto 2005, p. 9; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 3024; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar...”, cit., p. 336; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Irrelevancia del consentimiento de la víctima en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar”, SP/DOCT/4114, Sepín, 2009, p. 2; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 5-6; MAGRO SERVET, V.: “Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6244, 3 mayo 2005, pp. 6-7, y “El incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 13, febrero 2005, p. 1; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección mediante el alejamiento”, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación* (Catalina Benavente –Coord.–, Castillejo Manzanares –Dir.–), La Ley, 2011, pp. 224-225, y “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., pp. 29-30; MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas en los delitos de violencia doméstica y de género”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, Aranzadi, nº 1, 2006, pp. 11-12; MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006, p. 53; SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2, 2005, pp. 87-88.

Sobre esta polémica, *vid.* también DEL MORAL GARCÍA, A. (Coord.): “Encuesta Jurídica: El quebrantamiento de una medida de alejamiento...”, cit., *Violencia doméstica*, 2005, pp. 115 y ss., mostrándose partidarios de incluir en el subtipo agravado introducido por la LO 15/2003 el incumplimiento de las medidas cautelares ALHAMBRA PÉREZ, P., BELLO LANDROVE, F., GARCÍA PÉREZ, J. J., MILANS DEL BOSCH JORDÁN DE URRÍES, S., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., TOVAR SABIO, V., y DE URBANO CASTRILLO, E., y argumentando que el tipo agravado no es aplicable al quebrantamiento de medidas cautelares CARBALLO CUERVO, M. Á., EGUÍLUZ CASANOVAS, C., ESCOBAR JIMÉNEZ, R., LANZAROTE MARTÍNEZ, P., MORENO VERDEJO, J., Y PERALS CALLEJA, J.

¹²⁴ La supresión de la facultad de imponer, como pena alternativa, la de trabajos en beneficio de la comunidad, ha sido criticada por autores como ABEL SOUTO, que entiende que dicha limitación de la discrecionalidad “añade una más a la larga lista de desconfianzas judiciales”, desconociendo la opinión de la víctima y generando innumerables problemas prácticos (ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema

173.2 del Código Penal; equiparación punitiva que, como analizaremos más adelante, ha sido criticada por un amplio sector doctrinal.

El ámbito objetivo de aplicación del precepto también se amplió con la reforma introducida por la LIVG, habida cuenta que el mismo remite al art. 48 del Código Penal, y en consecuencia tanto a la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, como a la de aproximarse y comunicarse con la víctima o con los familiares o personas que determine el juez o tribunal, mientras que la redacción anterior, al referirse al art. 57.2 del Código Penal, que a su vez remitía exclusivamente al art. 48.2 de dicho texto legal, restringía la aplicación del tipo agravado a los supuestos de quebrantamiento de la prohibición de aproximación, y no a las demás contempladas en este último precepto¹²⁵.

Es de significar también que el subtipo agravado del art. 468.2 del Código Penal no sólo no distingue en función de que lo que se vulnere sea una pena o una medida cautelar o de seguridad, sino que tampoco contempla una restricción (como sí se contempla, sin embargo, en el art. 57) en función de la infracción penal cuya comisión (o presunta comisión) hubiera determinado la imposición de la prohibición, por lo que el precepto se aplicará con independencia de que la misma se hubiera acordado en un proceso por delito o falta, siempre que entre el condenado (o imputado¹²⁶) y el ofendido exista alguna de las relaciones previstas en el art. 173.2 del Código Penal¹²⁷.

Por último, aunque sobre estas cuestiones volveremos más adelante, al analizar el ámbito de aplicación del delito, debe significarse que resulta cuando menos curioso el

penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 87-88).

¹²⁵ En el mismo sentido, ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal...”, cit., p. 16; también, con cita de este autor, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 596.

¹²⁶ Tras la entrada en vigor, el 6 de diciembre de 2015, de la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas* (BOE de 6 de octubre de 2015), el término “imputado” se sustituye por el de “investigado” (art. 21).

¹²⁷ Así lo hace notar FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (Puente Aba –Dir.-), Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 2010, p. 189; también, de la misma autora: “Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, *Abogacía*, nº 0, 2008, p. 256, y “El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto”, *Violencia de género y Justicia* (Castillejo Manzanares –Dir.-), Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 528.

hecho de que, abordándose la reforma del precepto en una Ley que pretende regular de forma integral la problemática de la violencia de género, el sujeto pasivo del art. 468.2 no venga delimitado por la definición contenida en el art. 1 de la LIVG, sino que se determine por remisión a todos los contemplados en el art. 173.2 del Código Penal¹²⁸. ACALE SÁNCHEZ incluso considera que se trata de una reforma que no tiene encaje en la LIVG, “porque difumina la respuesta penal entre todos los miembros de la unidad familiar y asimilados”, apartándose del objetivo de dicha Ley¹²⁹.

2.- Reforma del régimen de suspensión y sustitución de la pena.

Asimismo, en materia de suspensión y sustitución de la pena, se añade, en relación a los delitos relacionados con la violencia de género, a la obligatoriedad de imponer los deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1º del art. 83, la regla establecida como 5ª del mismo precepto, esto es, la obligación de participar en programas formativos, disponiendo que el incumplimiento, durante el período de suspensión, de alguna de dichas obligaciones, dará lugar a la revocación de dicho beneficio, pero sin que se prevean (tal y como ocurrió tras la reforma introducida por la LO 15/2003) las consecuencias derivadas de la vulneración de dichos deberes en los casos de sustitución de la pena. ACALE SÁNCHEZ sugiere en este sentido, como posteriormente tendremos ocasión de analizar, que debió establecerse en tales casos la revocación de la sustitución, y ello por asemejar el tratamiento de dicho beneficio con el régimen de la suspensión¹³⁰.

Con todo, la modificación más trascendente que opera en este ámbito la LIVG es la sustitución de la referencia a los delitos de los arts. 153 y 173.2 (para el caso de la suspensión) y del art. 173.2 (para el de sustitución) por la referencia a “delitos relacionados con la violencia de género”, sin especificación de cuáles han de tener dicha consideración. Cuestión ésta sobre la que volveremos al analizar las prohibiciones de acercamiento y comunicación como obligaciones o deberes a los que condicionar la suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de la pena.

¹²⁸ Para CUGAT MAURI, la “corriente más pancriminalizadora del feminismo” ha llevado en esta sede a “tener en cuenta el parentesco entre el autor y víctima del delito previo en la determinación de la pena aplicable por el quebrantamiento” (CUGAT MAURI, M., y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1145).

¹²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., pp. 50-51.

¹³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 117, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 343.

3.- Reforma en el ámbito de las medidas cautelares.

En el ámbito procesal penal, la LIVG se limita a mantener el elenco de medidas cautelares ya existentes, suponiendo las previstas en los arts. 61 y siguientes, con algún matiz, más bien una reiteración de las ya reguladas en nuestro Ordenamiento, e incluso remitiéndose el art. 62 de la LO 1/2004 al 544 *ter* de la LECrim, regulador de la orden de protección¹³¹.

Sin embargo, y pese al amplio catálogo de medidas cautelares personales que en un lapso de apenas cinco años (los que median entre la introducción del art. 544 *bis* de la LECrim hasta la entrada en vigor de la LO 1/2004) ha ido diseñando el legislador, y que merece una valoración favorable en cuanto satisfacen la finalidad de reforzar la tutela de las víctimas de violencia doméstica y de género, con la LIVG se perdió la oportunidad, no abordada tampoco en las anteriores reformas procesales penales a las que hemos hecho referencia, de establecer, no ya un texto legal único y verdaderamente integral en el que se contuvieran todas las normas referentes a esta materia¹³², sino un sistema claro y completo de medidas cautelares penales¹³³, al menos en el ámbito de la violencia doméstica y de género y habida cuenta la naturaleza y función que, singularmente en relación con las víctimas de estos delitos y personas allegadas a las mismas, tienen dichas medidas. Naturaleza y fundamento que, a nuestro juicio, presentan ciertas peculiaridades cuyo estudio abordaremos a continuación.

¹³¹ ARAGONESES MARTÍNEZ considera que la no incorporación a la LECrim del régimen de medidas cautelares previsto en la LIVG dificulta la interpretación de estas últimas, al no quedar claro si, en caso de lagunas jurídicas, cabe acudir a la normativa prevista en aquella para la protección de víctimas de violencia doméstica (ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Las medidas...”, cit., pp. 420-421); también RAMOS MÉNDEZ considera que, por lo que respecta a las medidas de protección en materia de violencia de género, la LIVG es “voluntariosa en cuanto a sus propósitos, pero escasamente novedosa en cuanto a resultados” (RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento criminal...*, cit., p. 297).

¹³² Denuncia dicha situación MUERZA ESPARZA, J.: “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales* (Muerza Esparza –Coord.–, Íñigo Corroza, Sempere Navarro), Aranzadi, 2005, pp. 47-48, entendiendo que la normativa se encuentra “difuminada” en el conjunto de leyes afectadas por esta materia.

¹³³ Echa en falta dicho sistema, con carácter general y al modo en que se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., pp. 567 y 614-615. También MORENO CATENA considera la regulación actual de las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación “notoriamente insuficiente” (MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 187); en similar sentido, TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia en el hogar...”, cit., p. 940, si bien dicho autor considera “inconveniente e indeseable” que dicho sistema sea aplicable únicamente para los supuestos de violencia doméstica, por entender que ello supondría considerar “de peor condición a los agresores en el ámbito familiar en relación a otros sujetos activos de infracciones penales”.

VIII.- LO 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

1.- Reforma del art. 468 del Código Penal. Introducción del apartado 3.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015), en nada modifica la redacción del art. 468 del Código Penal en sus dos primeros apartados, si bien añade un tercero¹³⁴ que posteriormente analizaremos y en el que se tipifica como delito de quebrantamiento la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, así como las conductas consistentes en no llevar dichos dispositivos u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, castigando dichas conductas con pena de multa de seis a doce meses. Baste decir por ahora, de un lado, que, en nuestra opinión, la no previsión de pena alternativa a la de multa abre nuevamente la posibilidad (vetada tras la entrada en vigor de la LIVG) de que se impongan sanciones económicas en relación a delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica y de género, con el consiguiente posible perjuicio para la víctima al no haberse incorporado al texto legal una previsión similar a la contenida en el art. 84.2 del Código Penal¹³⁵; y, de otro, que tal elenco de conductas no debería subsumirse en el tipo que nos ocupa, por cuanto los referidos dispositivos no constituyen en sí mismos pena o medida alguna, sino que constituyen instrumentos para controlar su cumplimiento.

¹³⁴ Art. 468.3, tras la reforma introducida por LO 1/2015:

“Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses”.

¹³⁵ Art. 84.2, tras la reforma introducida por LO 1/2015:

“Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

2.- Reforma del sistema de penas.

Por lo que respecta al sistema sancionatorio, la LO 1/2015 mantiene las penas de prohibición de residencia, aproximación y comunicación como graves, menos graves y leves en base a los mismos criterios de duración que regían en la regulación anterior, sin que, como anteriormente se ha apuntado, se haya aprovechado la reforma legislativa para establecer una duración mínima a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos cuando la misma se impone como pena leve¹³⁶. Asimismo, se mantiene en diez años el tiempo de duración máxima de las mismas (art. 40.3) y su cumplimiento simultáneo en su caso con la pena de prisión en los términos previstos en el párrafo 2º del art. 57.1, que no ha sido objeto de reforma.

Igualmente, y pese a las críticas que desde todos los ámbitos se han formulado contra dicha previsión, se mantiene la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación para los supuestos en que los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 del art. 57 se cometan en relación a alguna de las personas mencionadas en el apartado 2 de dicho precepto, habiéndose limitado la reforma del mismo a sustituir el término “incapaces” por el de “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Por otra parte, al suprimirse la categoría de las faltas, el apartado 3 de dicho precepto sustituye la mención relativa a las contenidas en los derogados artículos 617 y

¹³⁶ Art. 33, tras la reforma introducida por LO 1/2015:

“(…) 2. Son penas graves: (…)

h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

3. Son penas menos graves: (…)

g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

4. Son penas leves: (…)

d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses”.

620 por la referencia a los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 del art. 57 que tengan la consideración de delitos leves¹³⁷. Reforma que, por lo que respecta al ámbito de la violencia doméstica y de género, permitirá continuar imponiendo dicha pena, de forma facultativa, en relación a las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, tipificadas ahora como delito contra la integridad moral en el art. 173.4 del Código Penal¹³⁸, perseguible, por lo que respecta a las vejaciones, sin necesidad de denuncia del agraviado o de su representante legal¹³⁹; y ello pudiendo acordar también la medida cautelar de alejamiento en los supuestos de comisión del referido delito leve¹⁴⁰.

Esta agravación, en opinión de CANO PAÑOS, tiene un “marcado cariz criminológico”, pues, elevando tales conductas de la categoría de falta contra las personas a la de delito leve contra la integridad moral, el legislador quiere responder a lo que en muchas ocasiones constituyen los primeros síntomas de la violencia doméstica, tratando de atajar así una “eventual escalada en los índices de agresión física o verbal”¹⁴¹.

3.- Reforma del régimen de suspensión de la pena.

¹³⁷ Art. 57.3, en redacción dada por la LO 1/2015:

“También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves”.

¹³⁸ Art. 173.4, en redacción dada por la LO 1/2015:

“Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

¹³⁹ RODRÍGUEZ LAINZ considera que la omisión de la voz “vejaciones” en el último inciso del art. 173.4 del vigente Código Penal ha de entenderse como una “simple omisión”, por cuanto “no encontramos motivo alguno, ni en sus precedentes ni en la lógica interna de la norma, que permita excluir tal infracción del régimen de presupuestos de perseguibilidad propio de su homónima [las injurias]” (RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 8524, 2015, pp. 6-7).

Sin embargo, en nuestra opinión, no se trata de un olvido del legislador, puesto que ya en la regulación del derogado art. 620.2, reformado por la LO 1/2004, se indicaba, en relación a las injurias y vejaciones leves cometidas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, que no sería en tales casos exigible la denuncia “excepto para la persecución de las injurias”, no sometiendo tampoco a las vejaciones a dicho requisito de procedibilidad.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares personales...*, cit., p. 310.

¹⁴¹ CANO PAÑOS, M. Á.: “Los delitos de violencia doméstica en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (Morillas Cueva –Dir.–), Dykinson, 2015, p. 419.

La LO 1/2015 ha modificado sustancialmente la regulación de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, estableciendo un único régimen de suspensión en el que la sustitución queda configurada como una alternativa más para el juzgador, al permitir el art. 84 que el juez o tribunal condicione aquella al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, del pago de una multa o de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, como antes se ha indicado, el pago de una multa como condición de la suspensión sólo podrá imponerse, en relación a delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica o de género, cuando conste acreditado que entre las partes “no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Si bien se mantiene la obligatoriedad de imponer, en relación a delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, entre otras prohibiciones o deberes, los de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determinen por el juez o tribunal, a sus domicilios, lugares de trabajo u otros que habitualmente frecuenten, y los de comunicar con ellos por cualquier medio, se sustituye la referencia (introducida por la LIVG) a los “delitos relacionados con la violencia de género” por la de “delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia”, lo que, como posteriormente analizaremos, permite en nuestra opinión extender la previsión contenida en el art. 83.2 al delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal.

Asimismo, se prevé expresamente que la imposición de dichas obligaciones será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada (art. 83.1.1ª), exigencia que pese a resultar obvia nos parece adecuada, y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a efectos de que velen por su cumplimiento y comuniquen tanto al Ministerio Fiscal como al juez o tribunal de ejecución “cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos” (art. 83.3). Sin embargo, se ha suprimido la indicación, introducida por la LIVG en el art. 84.3, de que el incumplimiento de dichos deberes determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, por lo que el régimen de revocación habrá de ser el previsto con carácter general en el art. 86, que más adelante analizaremos.

Por último, aunque sobre esta cuestión volveremos también posteriormente, si bien el art. 85 permite, durante el tiempo de suspensión y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas al acordarla, modificar la decisión que se hubiera adoptado conforme a lo dispuesto en los arts. 83 y 84 al objeto de acordar el alzamiento, modificación o sustitución por otras menos gravosas de las obligaciones acordadas, consideramos que dicho precepto no será de aplicación a las prohibiciones de alejamiento impuestas *ex art. 83.2*, ya que el carácter imperativo de su imposición en relación a delitos cometidos sobre la mujer por quien esté o haya estado ligado a ella por matrimonio o análoga relación de afectividad casa mal con la posibilidad de dejar las mismas sin efecto en base a una modificación de circunstancias que además el legislador no permite tener en cuenta para su establecimiento.

**CAPÍTULO SEGUNDO.- PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO. EL
QUEBRANTAMIENTO DE ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN ALGUNOS
PAÍSES DE EUROPA E IBEROAMÉRICA.**

Al objeto de analizar el régimen de quebrantamiento de órdenes de alejamiento en otros países, y partiendo del hecho de que en ninguno de los Estados cuyo Ordenamiento ha sido analizado existe una figura que tipifique la vulneración de penas o medidas de alejamiento impuestas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, hemos tratado de determinar, en primer lugar, con qué penas se castiga dicha vulneración en otros sistemas jurídicos de Europa y de Iberoamérica, y, en segundo orden, si existe algún régimen punitivo especial para aquellos supuestos en que aquélla se produce en el marco de la violencia doméstica y/o de género. A tal efecto, hemos distinguido entre aquellos países que prevén un régimen especial de quebrantamiento de órdenes de alejamiento en el ámbito de la violencia familiar, generalmente estableciendo una agravación cuando la vulneración se produce en el seno de la misma, y los que no contemplan especialidad alguna.

I.- PAÍSES QUE PREVÉN UN RÉGIMEN ESPECIAL DE QUEBRANTAMIENTO DE ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y/O DE GÉNERO.

1.- Europa.

1.1.- Bulgaria.

En Bulgaria se aplica la *Ley 27/2005, para la Protección en materia de Violencia Doméstica*, promulgada el 29 de marzo de 2005 y con enmiendas de diciembre de 2009 y diciembre de 2010, que legitima a las víctimas de este tipo de delitos para instar de las autoridades su tutela (art. 4), definiéndose la violencia doméstica como cualquier acto de violencia física, sexual, psíquica, emocional o económica, así como cualquier tentativa de ejercer dicha violencia, y cualquier forma de restricción de la intimidad, la libertad y los derechos fundamentales de una persona con la que se mantiene o se ha mantenido relación de parentesco o de convivencia (art. 2).

Tras una reforma de la citada Ley que entró en vigor el 22 de diciembre de 2009, el art. 5 de la misma establece una serie de medidas de protección contra la violencia doméstica, entre las que se encuentra la prohibición del agresor de acercarse a la

víctima, a su domicilio o trabajo, y de comunicarse con ella en las condiciones que determine el juez o tribunal por un período que oscilará entre los tres y los dieciocho meses. El presunto agresor será apercibido en tales casos con la imposición de una multa de entre 200 y 1.000 leva en caso de vulneración de las referidas órdenes. Además, el art. 296.1 del Código Penal de Bulgaria prevé penas de hasta tres años de prisión o multa por el incumplimiento de una Orden de Protección; resolución que reviste naturaleza civil, igual que las medidas cautelares que pueden adoptarse al amparo de la misma (art. 20), que será objeto de ejecución inmediata y cuyo cumplimiento se controla por las autoridades policiales, que procederán en su caso a detener al infractor y a dar cuenta inmediata del incumplimiento a las autoridades penales (art. 21).

Además, la imposición de la prohibición de entrar en determinados lugares, así como de aproximarse a la víctima o de tener contacto con la misma se prevé también, como medida cautelar penal, en el art. 67 del Código de Procedimiento Penal búlgaro, con idénticas consecuencias en caso de vulneración.

1.2.- Grecia.

De acuerdo con la Ley de Procedimiento Criminal griega, cuando una persona está imputada por un delito grave, el juez puede imponer cualquier tipo de medida cautelar penal restrictiva de derechos, desde acordar la detención hasta establecer una orden de alejamiento. Sin embargo, no está prevista en el Ordenamiento griego la imposición de la prohibición de aproximación como sanción penal.

El quebrantamiento de las órdenes de alejamiento impuestas en relación a una infracción penal de esta naturaleza entraña la inmediata detención del sujeto obligado, y se castiga con pena de prisión.

La naturaleza y contenido de estas medidas no se define sin embargo de forma clara en la ley; el juez está habilitado para imponer aquellas restricciones de derechos que considere más adecuadas en función del caso concreto.

La violencia doméstica se regula específicamente en la *Ley 3500/2006, en materia de lucha contra la violencia doméstica*, de 24 de octubre de 2006, que impone en su art. 18 la obligación de adoptar las medidas cautelares oportunas para garantizar la protección de las víctimas de los delitos cometidos en este ámbito; medidas que, entre

otras, pueden consistir en la expulsión del acusado de la residencia familiar, o la prohibición de acercarse al domicilio o lugar de trabajo de la víctima o de sus familiares cercanos.

Dicha Ley define aquélla como cualquier ofensa criminal contra uno de los miembros de la familia, considerándose como tales: a) Los esposos o parientes y familiares en primer o segundo grado o por matrimonio y los niños adoptados; b) Familiares consanguíneos o por matrimonio hasta el cuarto grado o personas cuyo tutor legal sea un miembro de la familia, así como cualquier menor que conviva en el núcleo familiar; y c) Persona con una relación de afectividad estable, o anterior con la que se ha convivido, del hombre, la mujer y los menores de uno u otro.

Si en materia de violencia doméstica se quebranta una medida cautelar de alejamiento impuesta judicialmente, se podría acordar la detención y prisión provisional del obligado, pero únicamente en los casos en que aquélla se hubiera acordado en relación a un delito grave (arts. 282 a 300 de la Ley de Procedimiento Criminal griega, en relación con el art. 18 de la citada Ley 3500/2006). Si se hubiera adoptado respecto de un delito menos grave o leve, la detención sólo puede acordarse en las veinticuatro horas siguientes tras la comisión de los hechos (art. 232 A del Código Penal griego), y se imputará al sujeto la comisión de un delito de desobediencia (regulado en el Capítulo 11 de dicho texto legal, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia).

2.- Iberoamérica.

2.1.- Argentina.

En Argentina se sancionó el 11 de marzo de 2009 y promulgó el 1 de abril de 2009 la *Ley 26.485, de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, cuyo objeto, entre otros, es el de promover el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia y el acceso a la justicia y asistencia integral de las mujeres que padecen violencia (art. 2.b), f) y g)). Ley cuyo ámbito de aplicación es más amplio que el de la LIVG, al comprender no sólo la violencia doméstica contra las mujeres, definida como la que se ejerce contra ellas por un integrante del grupo familiar, sino también la violencia institucional, ejercida por personal de entes públicos a fin de retardar o impedir que las mujeres accedan a políticas públicas y ejerzan los derechos

previstos en la Ley; la violencia laboral, considerando como tal la que obstaculiza el acceso de la mujer a dicho ámbito o su ascenso o permanencia en el mismo y aplicable a los sectores de trabajo público y privado; la violencia contra la libertad reproductiva, que vulnera el derecho de las mujeres a decidir el número de embarazos; la violencia obstétrica, entendida como la que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de aquellas; y la violencia mediática, consistente en la publicación de mensajes e imágenes estereotipados o que promuevan la explotación de las mujeres o las discriminen o atenten contra su dignidad (art. 6).

El art. 26 de la referida Ley permite, durante cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte, ordenar, como medidas preventivas urgentes, entre otras, la “prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia”, “medidas de seguridad en el domicilio de la mujer” o “toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer”. Particularmente, en la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el referido precepto habilita al juez para, entre otras medidas, “ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma” o “decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor”. Dichas disposiciones se adoptan en virtud de auto, en el que se fijará su duración y plazo máximo (art. 27) y que es susceptible de apelación (art. 33).

Caso de que alguna de dichas medidas se incumpla, el art. 32 de la citada Ley faculta al juez para “evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras”, y, “frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el/la Juez/a deberá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones: a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido; b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendentes a la modificación de conductas violentas”. Y ello con independencia de que, “cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal”, por cuanto, como

dispone el art. 41, “en ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes”.

Asimismo, la *Ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar*, sancionada el 7 de diciembre de 1994 y promulgada el 28 de diciembre de 1994, y que, como indica el art. 42 de la *Ley 26.485* citada, será de aplicación en los casos de violencia doméstica no previstos en esta última, permite también al juez en su art. 4 acordar, como medidas cautelares, entre otras, “ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar”, “prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio”, u “ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor”.

En todo caso, conviene resaltar que las referidas prohibiciones únicamente pueden adoptarse como medida cautelar, ya que el *Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11.179)* prevé únicamente como penas las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5), no contemplando por tanto como tales las de alejamiento. Sí se regulan, sin embargo, como reglas de conducta a imponer en orden a prevenir la comisión de nuevos delitos, al preverse la posibilidad de suspender la ejecución de la pena durante un plazo de entre dos y cuatro años, condicionada, entre otros deberes, al de “abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas” (art. 27 *bis*). Si se incumple alguna de dichas reglas, el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento, y, si el condenado persistiera o reiterase el incumplimiento, se podrá revocar la condicionalidad de la condena y el condenado habrá de cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en sentencia.

Por último, ha de señalarse que la vulneración de las prohibiciones de alejamiento que se adopten, al amparo de las leyes referidas, como medidas cautelares, no es constitutiva de delito de quebrantamiento, al castigar los arts. 280, 281 y 281 *bis* del Código Penal argentino única y respectivamente “al que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas”, al que “favoreciere la evasión de algún detenido o condenado”, y al que “quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta”. Sí podrá dicha vulneración ser subsumible sin embargo, como apunta el citado art. 32 de la *Ley 26.485*, en un delito de desobediencia

previsto y penado en el art. 239 del Código Penal, que sanciona con pena de prisión de quince días a un año al que “resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

2.2.- Chile.

La *Ley n° 20.066, de Violencia Intrafamiliar*, promulgada el 22 de septiembre de 2005 y publicada el 7 de octubre de 2005, cuyo objeto es “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma” (art. 1), y cuyo conocimiento, siempre que los actos no sean constitutivos de delito, se atribuye a los Juzgados de Familia (arts. 5 y 6), impone en su art. 7 al juez el deber de “adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan” cuando exista “una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar” y “con el solo mérito de la denuncia”.

Concretamente, el art. 9 de dicha norma dispone que, en la sentencia que condene por tales hechos, además de imponer una pena de multa, el juez deberá aplicar una o más “medidas accesorias”, entre las que se encuentra la “obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima”, y la “prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente”; medidas cuya duración oscilará entre un mínimo de seis meses y un máximo de dos años prorrogables a petición de aquella.

El art. 10 de la citada Ley establece también que, en caso de incumplimiento de estas medidas, ya se hayan adoptado con carácter cautelar, ya, al amparo del art. 9, como medidas accesorias en sentencia, el juez deberá imponer al infractor, “como medida de apremio, arresto hasta por quince días”, así como que “pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”; precepto que dispone que “el que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

En todo caso, estas prohibiciones, aunque se acuerden en sentencia como medidas accesorias, no tienen consideración de penas, por cuanto no se contienen en la relación contemplada en el art. 21 del Código Penal chileno. Y, tal y como ocurre en el

Ordenamiento argentino, su vulneración no es constitutiva de delito de quebrantamiento, tipificándose únicamente como constitutivas de dicho tipo penal la “connivencia en la evasión de un preso o detenido” por parte, bien del empleado público al que le estuviere confiada la conducción o custodia de aquél (art. 299), bien del particular al que se hubiere encargado la misma (art. 300); la conducta de “los que extrajeran de las cárceles o de establecimientos penales a alguna persona presa o detenida en ellos o le proporcionare la evasión”; y la de quienes, fuera de dichos establecimientos, verificaran la sustracción o facilitaran la fuga de los presos o detenidos violentando o sorprendiendo a los encargados de conducirlos o custodiarlos (art. 301); así como un tipo atenuado aplicable en los casos en que “la evasión o fuga de los presos o detenidos se efectuare por descuido culpable de los guardianes” (art. 302).

2.3.- Perú.

En el Ordenamiento peruano rige la *Ley n° 26260, de Protección frente a la Violencia Familiar*, promulgada el 22 de diciembre de 1993 y publicada el 24 de diciembre de 1993. Ley cuyo art. 10 (modificado por la *Ley n° 27306*, publicada el 15 de julio de 2000; por la *Ley n° 27982*, publicada el 29 de mayo de 2003; y por la *Ley n° 29282*, publicada el 27 de noviembre de 2008), regula las “medidas de protección inmediatas”, facultando al Fiscal para dictar las mismas, entre las que se incluyen “el retiro del agresor del domicilio”, y la “prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma”.

El procedimiento, cuya competencia se atribuye al Juez Especializado de Familia del lugar donde viva la víctima o del lugar de la agresión, indistintamente (art. 18), finalizará por sentencia, que determinará, según dispone el art. 21, si ha existido o no violencia familiar y establecerá, entre otros extremos, “las medidas de protección a favor de la víctima pudiendo ordenar entre otras, la suspensión temporal de la cohabitación, la salida temporal del agresor del domicilio, la prohibición temporal de toda clase de visitas por parte del agresor, además de cualquier otra forma de acoso para la víctima”. Además, dicho precepto, reformado por la *Ley n° 29282*, publicada el 27 de noviembre de 2008, dispone que, si se hubiera acordado en sentencia como medida de protección el tratamiento del agresor y este no cumple el mandato judicial, a solicitud de la víctima, el juez debe “variar la medida y ordenar el retiro temporal del agresor del domicilio y/o el impedimento temporal de visitas, según sea el caso”, indicándose que

“cuando se establezca que el agresor debe seguir tratamiento de rehabilitación, corresponde supeditar la duración de la suspensión temporal de cohabitación y/o visitas al tratamiento que debe someterse”.

Por último, el art. 22 de la citada Ley prevé que, “en caso de incumplimiento de las medidas decretadas, el Juez ejercerá las facultades coercitivas, contempladas en los Artículos 53 del Código Procesal Civil y 205 del Código de los Niños y Adolescentes, sin perjuicio de las responsabilidades penales, a que hubieran lugar”. Concretamente, el referido art. 53 establece la posibilidad de imponer, sin perjuicio del cumplimiento del mandato, “multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión”, y de “disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia”; sanciones que pueden aplicarse de forma sucesiva, individual o conjunta “en atención a la importancia y urgencia” de la orden incumplida. Y el art. 205 del *Código de los Niños y Adolescentes* prevé la posibilidad de que por el juez se acuerden distintos apercibimientos para el debido cumplimiento de las resoluciones, y en particular multa de hasta cinco unidades de referencia procesal, allanamiento del lugar y detención hasta por veinticuatro horas.

Asimismo, el art. 23 de la *Ley n° 26260, de Protección frente a la Violencia Familiar*, reformado por la *Ley n° 29282*, publicada el 27 de noviembre de 2008, prevé la posibilidad de que el juez adopte “medidas cautelares anticipadas sobre el fondo”, desde el inicio del proceso y durante su tramitación, pudiendo acordarse las mismas tanto en la vía penal como en la vía civil (art. 24, modificado por la *Ley n° 27306*, publicada el 15 de julio de 2000) y de oficio (art. 25), y permitiendo el art. 26 imponer las medidas de protección en sentencia dictada en proceso penal, “bajo apercibimiento de ordenar detención en caso de incumplimiento”.

En todo caso, las referidas prohibiciones no tienen carácter de pena, al no estar comprendidas en el catálogo de penas restrictivas de libertad y limitativas de derechos contenido en los arts. 30 y 31 del Código Penal (*Decreto Legislativo n° 635*, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril de 1991), ni su vulneración es constitutiva de quebrantamiento, tipificándose únicamente como tal delito la evasión mediante violencia o amenaza de aquél que está legalmente privado de su libertad (art. 413), y la prestación por parte de un tercero o de un funcionario público de asistencia a

un preso, detenido o interno para su evasión mediante el uso de violencia, amenaza o astucia (art. 414). Sí podrá en cambio subsumirse dicha conducta en el tipo previsto en el art. 368, que castiga con pena privativa de libertad no mayor de dos años al que “desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención”.

II.- PAÍSES QUE NO PREVÉN UN RÉGIMEN ESPECIAL DE QUEBRANTAMIENTO DE ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y/O DE GÉNERO.

1.- Europa.

1.1.- Alemania.

En el Ordenamiento alemán no se contiene ningún tipo de definición o de tipificación penal de la violencia doméstica y/o de género. Las conductas que pudieran incardinarse en dichos ámbitos se castigan con arreglo a la *Ley para la protección civil frente a hechos violentos y acosos*, de 11 de diciembre de 2001, que se aplica a todo tipo de víctimas frente a lesiones contra el cuerpo, la salud o la libertad (§ 1.1).

Esta Ley prevé la posibilidad de que, siempre a instancia de la persona ofendida por el delito, se adopten medidas cautelares de alejamiento de la víctima a petición de la misma y cuando el imputado hubiera atentado contra su vida, su integridad física, su salud o su libertad. Medidas que pueden consistir en ordenarle que se abstenga de: a) entrar en la vivienda de la persona lesionada; b) residir en un radio determinado de la vivienda de la persona lesionada; c) acudir a otros lugares que se determinen, en los que reside habitualmente la persona lesionada; d) establecer contacto con la persona lesionada, también mediante la utilización de medios electrónicos de comunicación; y e) provocar un encuentro con la persona lesionada (§ 1). Se trata además de medidas que en todo caso se van a imponer en el seno de un procedimiento de naturaleza civil, no previéndose su adopción en la legislación penal alemana, ni como medidas cautelares, ni como penas o medidas de seguridad.

El citado párrafo 1 de la Ley prevé la posibilidad de aplicar análogamente las mismas cuando una persona amenace a otra de forma antijurídica con lesionar su vida,

su integridad física, su salud o su libertad, o cuando de forma antijurídica y dolosa invada la vivienda de otra persona o moleste a la misma de forma inaceptable, acosándola reiteradamente contra su voluntad o persiguiéndola mediante la utilización de medios electrónicos de comunicación.

El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación con determinadas personas se castiga con pena de multa o de prisión de hasta un año, conforme a lo dispuesto en el § 24, en relación con el § 1 de la referida Ley. La pena a imponer es idéntica cuando el referido incumplimiento se produce en el ámbito de la violencia doméstica o de género (§ 4), sin que dicha circunstancia se contemple por tanto como agravante. No obstante, el § 2 prevé la posibilidad de que, si la persona lesionada ha compartido con el autor un hogar común constituido con idea de continuidad hasta el momento de comisión del hecho que fundamenta la medida de protección, podrá exigir de aquél que le ceda para su solo uso la citada vivienda. Sin embargo, en aquellos casos en que la propiedad, el derecho de superficie o de arrendamiento o el usufructo sobre el terreno donde se encuentra el domicilio corresponden al autor, solo o conjuntamente con un tercero, el tribunal deberá limitar a seis meses la cesión de la vivienda a la persona lesionada, si bien dicho plazo puede prorrogarse por un máximo de otros seis meses si ésta no pudiera conseguir en el período que se fije judicialmente otra vivienda adecuada en condiciones aceptables. Además, en estos supuestos, el autor puede exigir a la persona lesionada una remuneración módica por el uso (apartado 5 del § 2).

1.2.- Francia.

En el Derecho Francés, las prohibiciones de aproximación y comunicación a las víctimas de delito pueden imponerse judicialmente como pena (art. 131.6., apartado 14º, del Código Penal, sin que su duración pueda ser superior a tres años), como medida cautelar (art. 41-2 del Código de Procedimiento Penal, siendo factible que pueda eludirse la acusación si se cumple la misma), como medida de seguridad (art. 723-30 del Código de Procedimiento Penal), o como obligación para la suspensión de la pena (art. 132-45 del Código Penal). Asimismo, se prevé también que pueda imponerse como una obligación en los casos en que la pena de prisión se cumpla a través de la vigilancia electrónica en régimen de semilibertad (art. 723-10 del Código de Procedimiento Penal).

Las consecuencias del incumplimiento de la prohibición, igual que ocurre en nuestro Derecho, serán distintas en función de que la misma se haya impuesto como pena o medida cautelar, como condición para la suspensión de la pena, o como condición para la ejecución, en régimen de semilibertad, de la pena de prisión:

a) Si se estableció dicha prohibición como alternativa a la acusación por parte del Ministerio Fiscal, éste podrá iniciar acciones dirigidas a procesar al obligado ante el incumplimiento.

b) Si la misma se estableció como pena, el quebrantamiento, que constituye delito, se castiga con pena de hasta dos años de prisión y multa de hasta 30.000 euros (art. 434-41 del Código Penal). Es posible que, dentro de dichos límites máximos, el juez o tribunal que establezca la prohibición determine también en la misma sentencia de condena la pena a la que dará lugar la vulneración de dicha prohibición; en estos casos, será decisión del tribunal de ejecución si la pena predeterminada en la sentencia de condena para el supuesto de quebrantamiento de la misma se ejecuta o no, procedimiento que evita un nuevo juicio y permite una decisión más rápida.

c) La misma pena (prisión de hasta dos años y multa de hasta 30.000 euros) se prevé para el incumplimiento de medidas de seguridad de dicha naturaleza impuestas en un procedimiento en el que la persona acusada ha sido declarada exenta de responsabilidad criminal por trastorno mental, aunque sólo podrá imponerse si el acusado era penalmente responsable en el momento en que la obligación se vulneró (art. 706-139 del Código de Procedimiento Penal).

d) En los demás casos, será decisión del juez de aplicación de las penas cuando se haya impuesto la prohibición como condición para la suspensión de la pena o en ejecución de un régimen en semilibertad, o del presidente del tribunal si se impuso como medida cautelar, imponer una sanción en caso de incumplimiento de la prohibición; incumplimiento que no será constitutivo de delito, pero que puede dar lugar a que se acuerde la revocación de la suspensión y la entrada en prisión del condenado (art. 132-51 del Código Penal).

En el ámbito de la violencia doméstica y de género, las prohibiciones de aproximación y comunicación pueden adoptarse en relación al cónyuge o a los hijos cuando se hayan cometido actos de violencia contra los mismos; sin embargo, no está prevista su imposición como pena, sino sólo como medida cautelar, como condición

para la suspensión de la pena, o como obligación para caso de que la prisión se ejecute en régimen de semilibertad (arts. 41-1 6º, 41-2 14º y 138 17º del Código de Procedimiento Penal, en relación con el art. 132-45 19º del Código Penal).

La vulneración de dichas prohibiciones se castiga con arreglo al mismo régimen expuesto, sin que exista una regulación especial en este ámbito.

Especial interés presenta la normativa de los dispositivos de teledetección, al prever el art. 41-3-1 del Código de Procedimiento Penal que, en caso de que el Ministerio Fiscal aprecie la concurrencia de riesgo serio para una persona que previamente haya sido objeto de actos de violencia de género por parte de quien es, o ha sido, su cónyuge o pareja, pueda asignarle, con el consentimiento de la víctima, un dispositivo electrónico para su protección con un sistema de geolocalización de la misma durante un período de seis meses prorrogable. Sólo cabrá sin embargo recurrir a su utilización cuando la víctima no conviva con el agresor y únicamente si éste ha sido condenado a la pena de evitar el contacto con aquélla.

La monitorización electrónica del penado mediante un dispositivo de geolocalización podrá también acordarse en relación a aquellas personas condenadas a una pena de prisión de al menos siete años y que hayan sido declaradas, tras una evaluación médica, peligrosas. En los casos en que la condena lo haya sido por haber atentado contra quien sea o haya sido cónyuge o pareja del agresor, o contra los hijos del mismo o del cónyuge o pareja del condenado, la imposición del referido dispositivo podrá adoptarse en los casos en que la sentencia le condene a una pena de prisión de al menos cinco años (art. 131-36-10 del Código Penal).

Además, existen circunstancias agravantes determinadas, bien por la cualidad del autor, bien por la de la víctima (menores de quince años y ascendientes). En este sentido, el nuevo Código Penal, que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, introdujo, para los delitos de violencia, una agravante cuando los mismos fueran cometidos por el cónyuge o pareja de la víctima, ampliándose el ámbito de aquélla a los compañeros que estén o hubieran estado unidos a la víctima por un pacto civil de solidaridad (PACS) en virtud de la *Ley nº 2006-399, de 4 de abril de 2006, de refuerzo de la prevención y la represión de la violencia en el seno de la pareja o cometida sobre los menores*¹⁴², así como a los ex cónyuges y ex parejas de la víctima cuando el delito se hubiera cometido

¹⁴² Journal Officiel de 5 de abril de 2006.

en razón a dicho vínculo, siendo éste la causa determinante de su comisión. Posteriormente, la *Ley n° 2010-769, de 9 de julio de 2010, sobre violencia contra las mujeres, violencia en la pareja y su impacto sobre los menores*¹⁴³, incorporó al art. 222-14 del Código Penal una circunstancia agravante adicional cuando la violencia se ejerza habitualmente sobre un menor de quince años o una persona especialmente vulnerable.

Dicha Ley n° 2010-769 introdujo también en el Ordenamiento francés la Orden de Protección, contemplada en los arts. 515-9 a 515-13 del Código Civil y en vigor desde el 1 de octubre de 2010; regulación que se complementa con el *Decreto de aplicación n° 2010-1134, de 29 de septiembre de 2010, sobre procedimiento civil para proteger a las víctimas de violencia en la pareja*, cuyas disposiciones se han incorporado a los arts. 1136-3 a 1136-13 del Código de Procedimiento Civil, presentando por tanto esta figura una doble vertiente civil y penal. La Orden de Protección ampara a las personas que estén o hayan estado unidas por vínculo matrimonial o análogo, considerando a los hijos menores, comunes o de un solo miembro de la pareja, víctimas indirectas de la violencia (art. 515-9), y permite al juez de familia adoptar una serie de medidas de naturaleza civil y penal.

1.3.- Italia.

En el Ordenamiento italiano, las medidas cautelares de tutela se introdujeron a través de la *Ley 154, de 5 de abril de 2001, de medidas contra la violencia en las relaciones familiares*, que introdujo un Título IX-bis en el Código Civil, relativo a las órdenes de protección contra los abusos familiares, que incluyen la prohibición de aproximación (no de comunicación) y el alejamiento del hogar en los casos en que un cónyuge o conviviente cause un grave perjuicio a la integridad física o moral o a la libertad de su pareja (art. 342 *ter*).

Posteriormente, en virtud del *Decreto Ley n° 93, de 14 de agosto de 2013, de disposiciones urgentes en materia de seguridad y para la lucha contra la violencia de género*, se adoptaron una serie de normas en este ámbito, que entraron en vigor el 17 de agosto de 2013 y que actualmente se regulan en la *Ley n° 119, de 15 de octubre de 2013*. El objetivo del citado Real Decreto, según se indica en su Preámbulo, es el de “avanzar en la protección de las mujeres y de todas las víctimas de la violencia en el

¹⁴³ Journal Officiel de 10 de julio de 2006.

hogar”. Así, se contempla la introducción de una serie de agravantes en el Código Penal, en relación a los delitos de maltrato, violencia sexual y acoso, como la comisión de las conductas contra menores, mujeres embarazadas o existiendo o habiendo existido entre las partes relación matrimonial o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; medidas especiales de protección para víctimas extranjeras de violencia doméstica, como la concesión a las mismas de permiso de residencia o la revocación del concedido en su caso al condenado por un delito cometido en dicho ámbito (arts. 4 y 4 *bis*); y el desarrollo de un Plan de Acción extraordinario contra la violencia sexual y de género con medidas que prevén, entre otros objetivos, el fortalecimiento de todas las formas de asistencia y apoyo a las mujeres víctimas de este tipo de violencia y a sus hijos, así como la sensibilización en el ámbito educativo, la formación de los profesionales que intervienen en este ámbito y la inversión en casas de acogida (arts. 5 y 5 *bis*).

Uno de los preceptos del Código Penal reformados por el referido Decreto Ley es el 612 *bis*, que tipifica las conductas de acecho y hostigamiento, castigando con pena de prisión de seis meses a un año a cualquier persona que, de forma insistente o reiterada, amenace o acose a otra con el fin de causarle grave estado de ansiedad o un temor fundado por su seguridad o por la de sus familiares o personas relacionadas afectivamente con ella. En dicha norma se prevé una agravación de la pena si el delito se comete contra el cónyuge o ex cónyuge, o contra la persona con la que el sujeto activo tenga o haya tenido una relación análoga de afectividad. No obstante, se exige, salvo en el caso de menores o personas con discapacidad, la previa denuncia por parte del ofendido, teniendo el mismo un plazo de seis meses para formularla.

En relación con este delito, el Fiscal puede solicitar durante la tramitación del procedimiento la adopción de medidas cautelares de protección de la víctima, que incluyen la prisión provisional y la prohibición al presunto agresor de acercarse a la misma o a su domicilio. Si las referidas medidas se incumplen, no se prevé en el Derecho italiano un tipo penal específico de quebrantamiento, pero el Fiscal podrá solicitar la imposición al presunto infractor de una medida cautelar más limitativa de su libertad, como el arresto domiciliario o la prisión provisional. Las prohibiciones de aproximación y comunicación pueden también adoptarse como sanción penal en sentencia de condena.

Asimismo, el art. 2 del Decreto Ley citado modifica el Código de Procedimiento Penal previendo, en las causas por delitos contra las personas, un deber de información a la víctima desde que el Fiscal y la Policía tengan conocimiento de los presuntos hechos delictivos (art. 101), y la posibilidad, *ex art. 384 bis* del referido Código, de que la Policía, previa autorización del Fiscal, acuerde respecto del presunto agresor la salida del domicilio familiar y la prohibición de aproximarse a lugares habitualmente frecuentados por la víctima, cuando existan motivos fundados para considerar que se puede reiterar la conducta delictiva poniendo en peligro grave la vida o la integridad física o psíquica de aquella. Medidas cautelares que, junto a la de acercarse a menos de cierta distancia de la víctima, se contemplan también en los arts. 282 *bis* y 282 *ter* del Código de Procedimiento Penal.

1.4.- Reino Unido.

1.4.1.- Inglaterra y Gales.

La *Crime and Security Act*, 2010, de 8 de abril, contempló de forma específica por primera vez a las víctimas de violencia doméstica como personas susceptibles de recibir protección, considerando como tales el art. 62 de la *Family Law Act*, 1996, de 4 de julio, a un amplio elenco de sujetos que comprende desde quienes están o han estado unidos en matrimonio o análoga relación de afectividad hasta los hijos y parientes de aquellos y quienes hayan compartido el mismo hogar por causa distinta a relaciones laborales o de arrendamiento.

Dicha Ley de 2010 regula las denominadas “go orders”, que pueden otorgarse por la Policía (“Domestic Violence Protection Notice”), o por la autoridad judicial (“Domestic Violence Protection Order”), y que comprenden, entre otras medidas, la salida del domicilio común del presunto agresor y la prohibición de acercarse a la víctima. Su incumplimiento puede dar lugar al arresto del obligado y a que se acuerde su prisión preventiva.

Además, la citada *Family Law Act*, 1996, tras las enmiendas introducidas en la misma por la *Domestic Violence Crime and Victims Act*, 2004, de 15 de noviembre, contempla dos tipos de órdenes judiciales (injunctions) en el ámbito de la violencia

doméstica¹⁴⁴: las “non-molestation orders” y las “occupation orders”. Las primeras se aplican exclusivamente en los casos en que no se haya puesto de manifiesto violencia física y revisten naturaleza civil, pudiendo consistir en prohibiciones de aproximación y comunicación, pero también en órdenes de no disponer de determinados bienes o de dañarlos; las segundas, que también tienen naturaleza civil, se acuerdan contra el presunto autor de los hechos en los casos en que convive con la víctima, y pueden consistir, además de en la prohibición de aproximarse y comunicarse con la misma, en obligar a aquél a abandonar el domicilio común o en ordenarle que se haga cargo de las cuotas del préstamo hipotecario que grave el mismo o del arrendamiento si lo disfrutaran en régimen de alquiler.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Protección contra el Acoso (*Protection from Harassment Act*, 1997, de 21 de marzo), el quebrantamiento de una “non-molestation order” es constitutivo de infracción penal, que en principio puede sancionarse con pena de hasta seis meses de prisión y/o multa, pero al que puede imponerse una pena privativa de libertad de mayor duración, en cuyo caso el Magistrates’ Court remitirá el procedimiento para que se enjuicie en el Crown Court (es un ejemplo de los delitos llamados “either way offences”), que puede imponer multas superiores a las de nivel 5 y penas de prisión superiores a seis meses y de hasta cinco años de duración.

Por su parte, la vulneración de una “occupation order” puede conllevar una inmediata orden de detención, a ejecutar por la Policía, aunque si la víctima no desea que se imponga una sanción penal, puede acudir al juez civil que acordó la medida quebrantada y solicitarle la imposición de una sanción que puede ser también de prisión, aunque de menor alcance, por incumplimiento de la orden judicial (contempt of Court).

En el ámbito penal, y como consecuencia de las enmiendas introducidas en el año 2009 en la *Protection from Harassment Act*, 1997, por la *Domestic Violence Crime and Victims Act*, 2004, con entrada en vigor el 30 de septiembre de 2009, pueden adoptarse medidas de alejamiento de naturaleza penal (llamadas “restraining orders” y reguladas en la Sección 5 de la primera de dichas leyes), aunque no están necesariamente vinculadas a la existencia de una condena (restraining orders post-

¹⁴⁴ Se considera violencia doméstica “cualquier acto violento amenazante, violencia o abuso (psicológico, físico, sexual, económico o emocional) entre adultos que tienen o han tenido una relación de afectividad, o miembros de un mismo núcleo familiar, con independencia de su género o sexualidad”.

conviction), sino a la acreditación de la existencia de un riesgo, por lo que es posible que se adopten incluso pese a la existencia de un pronunciamiento absolutorio en el proceso penal (restraining orders post-acquittal) si el tribunal lo estima necesario en orden a proteger a una persona del acoso por parte del acusado pese a no existir prueba suficiente para fundamentar una condena a aquél. En estos supuestos interviene la Fiscalía (Crown Prosecution Service, CPS), que ha publicado unos criterios sobre los supuestos en que los fiscales pueden solicitar su adopción¹⁴⁵.

No obstante, y pese a la naturaleza penal de las “restraining orders”, el estándar de prueba para su adopción es civil, por lo que se somete a criterios más laxos. Es posible también adoptarlas no sólo en casos de violencia doméstica, sino en supuestos de acoso sin que exista vínculo alguno de afectividad o familiar entre las partes, conducta que la citada Ley de Protección contra el Acoso tipifica como constitutiva de infracción penal.

El quebrantamiento de una “restraining order” es también constitutivo de delito sancionable “either way” con una pena que puede ser de multa y/o de prisión de hasta un máximo de cinco años (en el sistema penal inglés no se establecen por ley penas mínimas, sino sólo máximas).

1.4.2.- Escocia.

En Escocia, las órdenes de alejamiento con carácter cautelar pueden otorgarse tanto en un procedimiento civil como penal. Además de en la Ley de Procedimiento Criminal escocesa de 1995, en cuyo art. 234 A se regulan con carácter general las órdenes de alejamiento, y de en la Ley de Protección contra el Acoso (*Protection from Harassment Act*, 1997, aplicable también, como se ha indicado, en Inglaterra y Gales), que contempla dichas medidas en su Sección 5, se prevé específicamente su adopción, en el ámbito de la violencia doméstica, en la Ley de Protección contra el Maltrato (*Protection from Abuse Act*, 2001); en la Ley de Violencia Doméstica (*Domestic Abuse Act*, 2011); y en la Ley de Protección Familiar (*Matrimonial Homes –Family Protection- Act*, 1981).

Cualquier quebrantamiento de una orden de alejamiento, independientemente de que la misma se haya adoptado en un procedimiento penal o civil, es constitutiva de

¹⁴⁵ http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/restraining_orders/

infracción penal, y se sanciona con pena de multa o/y de prisión. Si la medida cautelar se impuso en un procedimiento civil, conoce de la misma el mismo juez o tribunal, pero será constitutiva de delito.

Además, en los procedimientos penales, particularmente en delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica, las prohibiciones de aproximación y de comunicación se pueden imponer, no sólo como medidas cautelares, sino también como penas en la sentencia de condena; su vulneración es igualmente constitutiva de delito de quebrantamiento, que está castigado con pena de multa o/y de prisión.

No hay ninguna diferencia en la pena de quebrantamiento de una prohibición de esta naturaleza en función de que la misma se haya cometido o no en el ámbito de la violencia doméstica o de género.

1.5.- Otros países: Dinamarca, Eslovaquia, Suecia, Finlandia, República Checa.

En el *Ordenamiento danés*, las órdenes de alejamiento se regulan en la *Ley 112/2012, de 3 de febrero*. La Policía es competente para acordar prohibiciones de aproximación y comunicación, prohibiciones de residencia y órdenes de expulsión del domicilio (§1, §3 y §7), aunque estas decisiones pueden ser revisadas en los tribunales. En caso de incumplimiento de las mismas, la pena a imponer puede ser de multa o de prisión de hasta dos años (§21), siendo posible acordar la prisión provisional del infractor al amparo de lo dispuesto en el art. 762, párrafo primero, de la Ley de Administración de Justicia. En general, la pena de multa se impone a quienes quebrantan dichas prohibiciones por primera vez, salvo que la vulneración de la prohibición revista especial gravedad o entrañe un especial riesgo para la víctima, en cuyo caso puede imponerse una pena de prisión. Además, el apartado 2º del §21 establece que se considerará circunstancia agravante a la hora de determinar la pena el hecho de que la víctima haya sido objeto de una persecución o acoso sistemáticos y persistentes. No hay una regulación específica cuando dicho incumplimiento se produce en el ámbito de la violencia doméstica o de género, aunque dicha circunstancia puede ser tenida en cuenta como agravante.

En *Eslovaquia*, el hecho de que ciertas conductas delictivas se cometan contra una persona protegida por una medida judicial se considera una circunstancia agravante, pudiendo imponerse las prohibiciones de aproximación y comunicación tanto como

medida cautelar como en sentencia de condena. Así, mientras el art. 360 A del Código Penal eslovaco (*Ley 2005-300*) castiga con pena de prisión de hasta un año la comisión de conductas de acoso, amenazas, hostigamiento o coacciones, la perpetración de las mismas contra una persona protegida se castiga con pena de prisión de (mínimo) seis meses a un año. Más allá de ello, sin embargo, no se prevé agravación alguna cuando dichos delitos se cometen en el ámbito de la violencia doméstica o de género, fenómenos para los que no se prevé una regulación específica más allá de la tipificación como delito de la agresión física o psicológica contra “personas cercanas”.

Tampoco se prevé especificidad alguna en el *Ordenamiento sueco*, en el que los quebrantamientos de prohibiciones de aproximación o comunicación, que pueden imponerse como pena y como medida cautelar, se castigan con pena de multa o de prisión de hasta un año (24 § de la *Ley 1998:688, sobre Órdenes de Alejamiento*, modificada en 2011); y ello pese a contar dicho país con una Ley específica de Violencia contra las Mujeres (*Ley 1998:393*).

Idéntico régimen sancionador, también sin previsión de un régimen especial cuando la infracción se comete en el ámbito de la violencia doméstica y de género, para el que no se contempla en ningún aspecto una regulación penal específica, se prevé en el *Derecho finlandés* (*Ley 898/1998, sobre Órdenes de Alejamiento*), en el que la adopción de órdenes de alejamiento se prevé únicamente como medida cautelar penal, sin que en el catálogo de penas se contemple una de idéntica naturaleza.

En la *República Checa*, las medidas cautelares se regulan en el art. 88 b de la Ley de Procedimiento Criminal (de 29 de noviembre de 1961), que establece la posibilidad de que las mismas se puedan imponer al acusado si, atendiendo a su conducta o a otros factores, existe un riesgo de que reincida en la comisión del delito por el que ha sido imputado, previéndose como uno de los datos a tener en cuenta para su adopción que la medida provisional sea necesaria para la protección de los legítimos intereses de la víctima o de las personas cercanas a ella, y singularmente para la tutela de su vida, salud, libertad o dignidad. Si se vulnera dicha medida, cuya adopción como pena no está prevista en el Ordenamiento checo, el obligado puede ser castigado por un delito de obstrucción a la ejecución de una resolución oficial; en este sentido, el art. 337 del Código Penal checo (de 8 de enero de 2009) castiga con pena de prisión de hasta tres años el quebrantamiento de decisiones acordadas por un tribunal o por otra autoridad pública, entre ellas las de prohibición de residir o acudir a determinados

lugares. Asimismo, se establece que será castigado con igual pena el que incumpla de forma grave o reiterada la obligación impuesta cautelarmente en procedimiento judicial de abandonar temporalmente el domicilio común y su entorno, o la obligación de abstenerse de establecer contacto con la persona denunciante. Sin embargo, tampoco en la legislación checa se contiene previsión especial alguna para los supuestos en que la vulneración de dichas prohibiciones se comete en el ámbito de la violencia doméstica o de género, al no introducir ninguna especificidad en ese sentido la *Ley 135/2006, de 14 de marzo, por la que se modifican ciertas leyes en el ámbito de la protección contra la violencia doméstica*.

2.- Iberoamérica.

2.1.- Colombia.

La *Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*¹⁴⁶, aborda dicha materia con un ámbito de aplicación que excede al de la violencia doméstica y de género a fin de “garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1).

Dicha Ley, que regula en su Capítulo V la adopción de “medidas de protección”, prevé, en sus arts. 16 y 17, que modifican respectivamente los arts. 4 y 5 de la *Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar*, la legitimación de toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, para solicitar “una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente”. Medidas de protección que podrán acordarse mediante providencia motivada, no sólo por el juez penal, sino también por el que conozca del proceso de divorcio o de separación por causa de maltrato, y que podrán consistir, entre otras, en ordenar al agresor “el desalojo de la casa de habitación que

¹⁴⁶ Diario Oficial n° 47.193, de 4 de diciembre de 2008.

comparte con la víctima” o “abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima”.

Asimismo, el art. 24 de la citada *Ley 1257 de 2008* modificó la *Ley 599 de 2000 (julio 24)*, por la cual se expide el *Código Penal*, incorporando al catálogo de penas privativas de derechos contenido en su art. 43 la “prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar” y la “prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar”, indicando el art. 51 de este último texto legal (modificado por el art. 25 de la referida Ley) que dichas penas estarán vigentes “durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más”.

En todo caso, la vulneración de dichas prohibiciones no será constitutiva de quebrantamiento, por cuanto, dentro de los “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia” (Título XVI del Libro II), el Capítulo VII (“De la fuga de presos”, arts. 448 a 452) tipifica únicamente como tales las conductas del que “se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada”, y la del “servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que procure o facilite su fuga”, delito este último para el que se prevé en el art. 450 una modalidad culposa. Sí podrá sin embargo subsumirse en el delito de fraude a resolución judicial previsto y penado en el art. 454, dentro del Capítulo VIII (“Del fraude procesal y otras infracciones”) del mismo Título, que castiga al que “por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial” con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de cinco a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.- México.

La *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007, también tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (art. 1), constituyendo la familiar una de las modalidades contempladas en dicha norma. A tal efecto, el art. 8 insta, entre otras, a la adopción de medidas que favorezcan “la separación y alejamiento del Agresor con respecto a la Víctima”, regulándose en el Capítulo VI de la referida Ley, arts. 27 y siguientes, las “órdenes de protección”, que se configuran como “actos

de protección y de urgente aplicación en función del interés superior de la Víctima” y que “son fundamentalmente precautorias y cautelares”, así como “personalísimas e intransferibles”.

Las órdenes de protección pueden adoptarse de oficio por la autoridad competente y pueden ser de tres clases (art. 28): a) De emergencia, que se acuerdan por un plazo máximo de 72 horas y dentro de las cuales se encuentra la “desocupación inmediata por el agresor del domicilio conyugal o donde habite la víctima, independientemente de la acreditación de propiedad o posesión del inmueble, aun en los casos de arrendamiento del mismo”, la “prohibición inmediata al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios, del domicilio de las y los ascendientes y descendientes o cualquier otro que frecuente la víctima”, el “reingreso de la víctima al domicilio, una vez que se salvaguarde de su seguridad”, y la “prohibición de intimidar o molestar a la víctima en su entorno social, así como a cualquier integrante de su familia” (art. 29); b) Preventivas, de idéntica duración máxima; y c) De naturaleza civil.

El *Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 1931, contempla, dentro del catálogo de penas y medidas de seguridad del art. 24, la “prohibición de ir a lugar determinado”.

El Capítulo II (“Quebrantamiento de sanción”) del Título IV (“Delitos contra la Seguridad Pública”) del Libro Segundo de dicho texto legal, condena, en su art. 158, apartado II, con pena de quince a noventa jornadas de trabajo a favor de la comunidad, a “aquel a quien se hubiere prohibido ir a determinado lugar o a residir en él, si violare la prohibición”, indicándose que “si el sentenciado lo fuere por delito grave así calificado por la ley, la sanción antes citada será de uno a cuatro años de prisión”.

PARTE SEGUNDA.

**ANÁLISIS DEL DELITO TIPIFICADO EN EL ART.
468.2 DEL CÓDIGO PENAL.**

**CAPÍTULO TERCERO.- CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA Y
FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES DE APROXIMACIÓN Y
COMUNICACIÓN.**

Con carácter previo a abordar la cuestión relativa al bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento, y singularmente en el tipificado en el art. 468.2 del Código Penal, conviene analizar la naturaleza y fundamento de las prohibiciones de aproximación y comunicación introducidas por el legislador en nuestro Ordenamiento desde el año 1999. Ciertamente, la LO 11/1999, que como hemos visto estableció en relación a los delitos previstos en el art. 57 del Código Penal dichas prohibiciones como pena, incorporándolas asimismo al Ordenamiento como medida de seguridad, y también como obligación o deber al que condicionar potestativamente la suspensión de la pena privativa de libertad, no aludió a la naturaleza de las mismas en su Exposición de Motivos. Sin embargo, la LO 14/1999, que introdujo expresamente la posibilidad de que se adoptaran como medida cautelar a través del art. 544 *bis* y de la reforma del art. 13 de la LECrim, sí hace referencia en su Exposición de Motivos al fundamento de dichas prohibiciones, mencionando una serie de criterios que han llevado a un sector doctrinal a considerar que sólo en sentido impropio pueden aquellas ser consideradas medidas cautelares.

Así, y con una alusión expresa al *I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica*, se indica que las reformas operadas en virtud de dicha LO en el sistema de penas y de medidas cautelares tiene por finalidad “lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”. Asimismo, y en cuanto a la reforma de la LECrim, se declara que tiene “el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias”.

También la LO 13/2003, a la hora de justificar la reforma de la prisión provisional a la luz de la STC 47/2000¹⁴⁷, expresa en su Exposición de Motivos los fines legítimos que justifican su adopción, y que son evitar la sustracción a la acción de la justicia, la alteración, ocultación o destrucción de pruebas, o “que el imputado cometa nuevos hechos delictivos”, trasladando así a la medida cautelar que más incide en la libertad personal del investigado el debate sobre el criterio axiológico de protección a

¹⁴⁷ STC 47/2000, de 17 de febrero (BOE de 17 de marzo de 2000).

las víctimas como *ratio essendi* de las medidas cautelares¹⁴⁸, y configurándola, en opinión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, como una “medida preventiva”¹⁴⁹, dirigida no sólo a cumplir los fines que tradicionalmente se les han asignado a las medidas cautelares, sino también a evitar la comisión de futuros delitos por parte del sometido a ella y a impedir que el mismo atente contra bienes jurídicos de las víctimas, especialmente cuando sean sus familiares¹⁵⁰.

Este cambio de paradigma en la naturaleza y función de las medidas cautelares de alejamiento y prohibición de comunicación se hace especialmente patente en la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección¹⁵¹, cuya Exposición de Motivos llama la atención sobre la necesidad de una acción integral que aúne “tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad”. Asimismo, en el apartado II de aquélla, se alude, al definir el concepto de orden de protección, a “una misma resolución judicial que incorpore (...) las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima (...)”.

También la LO 15/2003 hace referencia a la finalidad de “evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento”¹⁵², para justificar la ampliación de la duración máxima de las penas de alejamiento y prohibición de comunicación, su cumplimiento simultáneo con la de prisión y su prolongación una vez cumplida esta última, apuntándose la necesidad de abordar una regulación separada de las tres modalidades de pena accesoria y de medida de seguridad equivalente “para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica”.

¹⁴⁸ COMES RAGA, I., JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J.: “Prisión provisional y el principio de proporcionalidad...”, cit., pp. 2-3.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: *La prisión...*, cit., pp. 59-60 y 112, indicando que ello no desnaturaliza su carácter cautelar, puesto que en todo caso la función tuitiva de la prisión provisional está vinculada a la de garantizar la efectividad de la actuación jurisdiccional penal.

¹⁵⁰ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., p. 242, autor que considera que ambas finalidades están “centradas en la tutela de las víctimas”.

¹⁵¹ Subraya el avance que dicha Ley supuso “de cara a dotar a los operadores del Derecho de los instrumentos adecuados para dar una mejor protección a las víctimas de violencia de género”, LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, *Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de Información y análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, nº 14, 2003, p. 5.

¹⁵² LAURENZO COPELLO indica que con esta previsión se trata de “evitar los actos de venganza del agresor a su salida del centro penitenciario” (*Ibidem*, cit., p. 12).

Por último, la LO 1/2004 llega incluso a utilizar indistintamente los conceptos “medidas de protección” y “medidas cautelares” equiparándolos, si bien la confusión del legislador, en su afán de posibilitar al juez la “garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso”, llega al punto de declarar que “cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 del Código Penal”¹⁵³.

La propia previsión, introducida por dicha LO, de castigar en todo caso con pena de prisión los quebrantamientos de las penas o medidas de alejamiento en los casos en que el ofendido sea alguna de las personas contempladas en el art. 173.2 del Código Penal tiene como finalidad, como se ha indicado, permitir acordar la medida de prisión provisional en los supuestos de vulneración de medida cautelar impuesta en relación a los mismos, cuyo objetivo último es el de proteger a la víctima durante la tramitación del proceso¹⁵⁴. E incluso el incremento punitivo previsto cuando el quebrantamiento de la pena o medida se comete en el ámbito de la violencia doméstica constituye por sí solo, en opinión de OTERO GONZÁLEZ, muestra patente de que “la indemnidad de la víctima es el motivo central de la imposición” de las penas y medidas previstas en el art. 48 del Código Penal¹⁵⁵.

También en la regulación como pena accesoria o como medida de seguridad de las prohibiciones de aproximación y comunicación se ha puesto de relieve por la doctrina el reforzamiento del carácter tuitivo de las mismas al que se orientan las

¹⁵³ Crítica tal impropiedad en el uso de los términos jurídicos ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., pp. 572-573; también, FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones problemáticas”, *Política criminal y reformas penales* (Puente Aba, Ramos Vázquez –Coord.-, Faraldo Cabana –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2007, pp. 250-252; GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de la Ley Integral: cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el Ordenamiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, p. 81; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, Biblioteca online Bosch, 2011, pp. 13-14; MAZA MARTÍN, J. M.: “La necesaria reforma del Código Penal...”, cit., p. 6, aludiendo no sólo a la “confusión dogmática” que entraña, sino también a la posibilidad de que recree “la categoría estigmatizante del “enfermo” para ciertos grupos de personas incurso en unas determinadas conductas”.

¹⁵⁴ DE ELENA MURILLO, V.: “La Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, *La Ley*, nº 6428, 23 feb. 2006, p. 20; FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 157; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., p. 95; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., pp. 53-54.

¹⁵⁵ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 48.

referidas reformas¹⁵⁶, inspiradas por criterios de prevención especial al constituir su objetivo neutralizar posibles ataques contra bienes de la víctima evitando el reencuentro de la misma con su agresor¹⁵⁷. En esta línea, MAGRO SERVET considera, incluso, que la pena de alejamiento “está más cualificada como una protección hacia la víctima que como una limitación real al penado, ya que en teoría es de fácil cumplimiento”¹⁵⁸, abogando MARTÍNEZ PARDO incluso por que en los delitos de violencia de género no se reduzca en un tercio dicha pena accesoria en los supuestos de conformidad, “al referirse a una pena de carácter proteccionista de la víctima”¹⁵⁹. Opinión con la que no estamos en modo alguno de acuerdo, no sólo porque las referidas prohibiciones constituyen penas o medidas limitativas o restrictivas de derechos, de cumplimiento especialmente gravoso precisamente en los supuestos de violencia doméstica y de género, donde en la mayoría de los casos comportan la salida del domicilio por parte del obligado, sino porque el art. 801 de la LECrim no distingue al regular la conformidad a qué tipo de penas afecta la reducción del tercio, por lo que no cabe realizar interpretaciones de dicha norma en contra del reo.

¹⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 304, indicando que la pena de alejamiento, a la vista de su actual regulación, “es una consecuencia jurídica que se articula particularmente partiendo de la necesidad básica de proteger a las víctimas del delito”, si bien dicha autora considera que “en cierta medida se está confundiendo cuál es su objetivo: castigar al autor o proteger a la víctima”, planteándose si sería idónea su imposición, a los solos efectos retributivos, cuando aquélla no precise tutela (*La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 310-311); en el mismo sentido, CERVELLO DONDERIS, V.: “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 15, 2001, p. 86; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De las penas...”, cit., p. 244, aludiendo a su “finalidad preventiva especial de tutela a la víctima”; DE URBANO CASTRILLO, E.: “El alejamiento del agresor...”, p. 4, indicando que dicha pena o medida de seguridad responden “a la idea de proteger a la víctima o su entorno durante un tiempo proporcional a la gravedad de los hechos objeto de condena y al peligro de nuevos episodios violentos entre las partes”; DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., pp. 519-520, afirmando que es una pena “de claro sabor victimológico”; alude también a su “finalidad preventiva” GARCÍA VITORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva –Dir.-), Edersa, 2002, p. 603; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., p. 135; VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P.: “La Comisión Técnica de Reforma...”, cit., p. 8, califica dicha pena como “claramente orientada a la protección de la misma [de la víctima]”, justificando así la ampliación de su duración operada por la reforma introducida por la LO 15/2003.

¹⁵⁷ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 3, que también alude a la finalidad de “evitar el factor criminógeno del reencuentro con la víctima”; MAZA MARTÍN, J. M.: “La necesaria reforma del Código Penal...”, cit., pp. 13-14, considera, como anteriormente se ha indicado, que, careciendo dichas prohibiciones de carácter terapéutico o curativo, deben regularse, en relación a su aplicación a sujetos inimputables o semiinimputables, no como medidas de seguridad, sino como obligaciones a cuyo cumplimiento condicionar la imposición de aquéllas.

¹⁵⁸ MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 77; en el mismo sentido, MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas...”, cit., p. 30.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas...”, cit., p. 31.

En contra, sin embargo, MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 76, al no distinguir la ley entre la naturaleza de las penas a rebajar.

E idéntica finalidad tuitiva ha advertido SUBIJANA ZUNZUNEGUI en la imposición con carácter obligatorio de las referidas prohibiciones como reglas de conducta en los supuestos de suspensión y, antes de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de sustitución de las penas privativas de libertad respecto de los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, compatibilizándose así la resocialización del condenado con la disminución del riesgo que la concesión de dichos beneficios puede comportar para la víctima¹⁶⁰, y basándose en el hecho de que, hasta la entrada en vigor de la referida LO el 1 de julio de 2015, en relación a los referidos delitos, la vulneración de dichas obligaciones entrañara automáticamente la revocación del beneficio concedido¹⁶¹.

Este cambio de orientación del legislador a la hora de configurar las prohibiciones de aproximación y comunicación como instrumentos de protección a las víctimas, que supuso la incorporación de fines preventivos en el ámbito procesal penal prácticamente obviados hasta entonces¹⁶², ha determinado que la doctrina, con carácter general, les atribuya una función no tanto punitiva como tuitiva, considerando que con ellas se trata de suplir las carencias de las que adolecía nuestro sistema procesal y penal a la hora de enfrentarse al reto que constituye la tutela de las víctimas¹⁶³, especialmente en los supuestos de violencia doméstica y de género, en los que a menudo el perjudicado no busca tanto la condena de su agresor como la evitación de ulteriores ataques por parte del mismo.

Así, MONTALBÁN HUERTAS indica que la redacción del art. 544 *bis* de la LECrim pone de manifiesto que el interés protegido por las órdenes de alejamiento “no es otro que el interés de la víctima y más específicamente, el derecho a no sufrir nuevos ataques contra su dignidad personal o integridad física”, aludiendo a un “derecho de la

¹⁶⁰ ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004...”, cit., pp. 29-30; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., pp. 153, 155 y 157; también, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 168-169, si bien esta última autora considera contradictoria esta regulación con el propio fundamento de la sustitución, ya que, en su opinión, la necesidad de protección de la víctima constituye una manifestación de la peligrosidad del condenado (*Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 186).

¹⁶¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., p. 155.

¹⁶² Prueba de ello, en opinión de VELASCO NÚÑEZ, es que las medidas cautelares no fueran mucho más allá, hasta bien avanzado el siglo XX, de las “drásticas soluciones de la prisión provisional y la libertad bajo fianza” (VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares en la Ley Integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal*, nº 15, 2005, p. 52).

¹⁶³ Reto para el que la Administración de Justicia no fue diseñada inicialmente, como señala RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “La violencia de género. Su tratamiento por la jurisdicción penal”, SP/DOCT/1663, Sepín, 2003, p. 1.

víctima a ser protegida por las instituciones”¹⁶⁴, priorizándose el objetivo de proteger a aquélla desde el inicio de las actuaciones penales y constituyendo fundamento de dichas medidas cautelares evitar que el agresor interfiera en el desarrollo de la vida personal, social y laboral de la persona perjudicada¹⁶⁵. En la misma línea, MORILLAS CUEVA señala que la utilización de estas penas y medidas, que califica “de protección”, estructura “una serie de actuaciones procesales de amparo y tutela que han de ser sumamente eficaces en la operatividad del sistema”, si bien alerta de los peligros de un uso desmesurado de dichos mecanismos¹⁶⁶. También MAPELLI CAFFARENA, refiriéndose a las penas accesorias de alejamiento y prohibición de comunicación y a las medidas de seguridad de idéntico contenido, las califica de “penas de contención de conductas no deseadas”, orientadas exclusivamente a “proteger a un círculo de personas que debido a las conflictivas relaciones que tienen con el condenado a raíz del delito cometido, merecen ser amparadas”, y dirigidas también en el ámbito de las medidas cautelares, y especialmente en supuestos de malos tratos en el seno de la familia, a posibilitar “una respuesta rápida y eficaz que permitiera el inmediato alejamiento del agresor”¹⁶⁷. Por su parte, MAGRO SERVET considera que dichas medidas cautelares tienen como función “proteger cautelarmente y en tanto no se haya enjuiciado el hecho a determinadas personas potencialmente víctimas de infracciones”¹⁶⁸.

MORENO CATENA va más allá y entiende que las medidas previstas en los arts. 544 *bis* y *ter* de la LECrim, así como las contempladas en los arts. 61 y siguientes de la LIVG, “desbordan la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal”, entendiendo que no constituyen medidas ordenadas para permitir la adecuada tramitación del proceso o la ejecución de una futura sentencia, sino que, siendo “instrumentos de protección excepcionales en la medida en que afectan a derechos fundamentales”, su función única y exclusiva es la de proteger a la víctima de futuras agresiones y garantizar su seguridad¹⁶⁹, por lo que los presupuestos para su

¹⁶⁴ MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Órdenes de alejamiento”, cit., p. 492.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, RUBIALES BÉJAR, E. E.: “Penas y medidas cautelares...”, cit., pp. 423, 426 y 445.

¹⁶⁶ MORILLAS CUEVA, L.: “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar – Coord.-), Dykinson, 2005, p. 652.

¹⁶⁷ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 243-244 y 251. También, MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, 2011, p. 311, indicando que constituyen “un ejemplo más de la Penología del control”.

¹⁶⁸ MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 164.

¹⁶⁹ MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., pp. 192-194. Entiende dicho autor, en apoyo de su argumentación, que por ese motivo el art. 61.1 de la LIVG prevé que las medidas

adopción difieren, de tal manera que el *periculum in mora* queda sustituido por un *periculum in damnum*, o peligro fundado en el daño que para la víctima podría esperarse si las medidas no se ordenaran¹⁷⁰. Otros autores como TIRADO ESTRADA, en similar sentido, consideran que el segundo presupuesto de adopción de dichas medidas, junto al de apariencia de buen derecho, es el de que concurra una finalidad de protección a la víctima¹⁷¹, o estiman, como ARAGONESES MARTÍNEZ, que aunque participen de características comunes a las medidas cautelares, al no constituir su fundamento el *periculum in mora*, sino la protección de la víctima, deben considerarse “simplemente medidas coercitivas personales”¹⁷².

Sin embargo, en nuestra opinión, las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación, aun estando orientadas a la protección de la víctima, no pierden su naturaleza cautelar, siendo idénticos los presupuestos para su adopción y rigiendo también respecto de ellas los principios de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad, proporcionalidad y necesidad, a los que alude el propio art. 68 de la LIVG¹⁷³, no pudiendo concebirse a día de hoy que la justicia cautelar se

judiciales de protección y seguridad contempladas en dicho texto legal “serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales”. Sin embargo, en nuestra opinión, también remite la LIVG a la regulación establecida en el art. 544 *ter* de la LECrim para la orden de protección, a la que no obstante otorga dicha exclusiva función tuitiva.

En similar sentido, entendiendo que las medidas contempladas en los arts. 61 y ss. de la LIVG constituyen “medidas varias de protección de las víctimas, pero no medidas cautelares”, SÁNCHEZ BARRIOS, I.: “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Sanz Mulas, González Bustos, Martínez Gallego –Coord.-), Iustel, 2005, p. 252; también considera que el objetivo de tutela de la víctima desvirtúa su naturaleza de medida cautelar, LEAL MEDINA, J.: “La prohibición de residir y de acudir...”, cit., p. 1309.

¹⁷⁰ MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 194.

¹⁷¹ TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar...”, cit., pp. 11-12; autor que, con anterioridad a las reformas del año 1999, ya apuntaba la conveniencia de regular las medidas cautelares de alejamiento a fin de “ubicar a los interesados en una situación de menor riesgo” (TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia en el hogar...”, cit., p. 946); en la misma línea, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 95, considera que la pena de alejamiento, a la vista de su actual regulación, “es una consecuencia jurídica que se articula particularmente partiendo de la necesidad básica de proteger a las víctimas del delito”; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: *Medidas judiciales de protección...*, cit., pp. 14 y 36-37, entendiendo que constituyen “medidas de protección” y equiparando el *periculum in mora* con la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima; MONGE FERNÁNDEZ y NAVAS CÓRDOBA indican que, en estos casos, el *periculum in mora* vendrá determinado por el “peligro físico y psíquico que supone para las víctimas la presencia en determinados lugares o la comunicación con aquéllas del imputado evitando la reiteración delictiva, junto con el peligro que supone su presencia en esos mismos lugares y comunicaciones en torno a frustrar la investigación en curso, mediante amenazas o coacciones que logren modificar sus testimonios” (MONGE FERNÁNDEZ, A., NAVAS CÓRDOBA, J. A.: “Malos tratos y prevención...”, cit., p. 206).

¹⁷² ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Las medidas...”, cit., pp. 415-416, valorando positivamente su introducción, “tanto por el fin que persigue, como por su adecuada regulación”.

¹⁷³ En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., pp. 572-573.

vertebre “de espaldas a las víctimas”¹⁷⁴, máxime a la luz de los instrumentos internacionales vigentes.

No debe olvidarse en tal sentido que la reparación y tutela de las víctimas constituye uno de los objetivos a los que ha de dirigirse el proceso penal; y así lo exige también la *Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, asistencia y tutela de las víctimas de delitos*¹⁷⁵, transpuesta a nuestro Ordenamiento en la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito*¹⁷⁶, y que sustituyó a la *Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, sobre el Estatuto Jurídico de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001*, avanzando en la tutela de aquéllas en el ámbito de la Unión Europea. Dicha Directiva, en el Capítulo 4, sobre “Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial”, declara en su art. 18 el “derecho a la protección” de las mismas, estableciendo la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para protegerlas, tanto a ellas como a sus familiares, frente, junto a otros extremos, “la intimidación o las represalias”, pudiendo incluir también “procedimientos establecidos en el Derecho Nacional” para su tutela¹⁷⁷. Derecho que por tanto no sólo comprende el de adoptar medidas tendentes a evitar la victimización secundaria y a tutelar la dignidad e intimidad de aquéllas, sino también el de que se articulen procedimientos que permitan su protección física¹⁷⁸.

También en el *Convenio nº 210 del Consejo de Europa, sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica*¹⁷⁹, ratificado por

¹⁷⁴ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., pp. 243-244.

¹⁷⁵ *Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo*, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de noviembre de 2012 y con entrada en vigor el 15 de noviembre de 2012.

¹⁷⁶ BOE de 28 de abril de 2015, con entrada en vigor a los seis meses de su publicación (Disposición Final Sexta).

¹⁷⁷ Art. 18 de la Directiva 2012/29/UE: “Sin perjuicio de los derechos de la defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen. Cuando sea necesario, esas medidas podrán incluir también procedimientos establecidos en el Derecho nacional para la protección física de las víctimas y sus familiares”.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “Posición jurídica de la víctima en el proceso penal a la luz de la Directiva 2012/29/UE”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2, 2014, pp. 39-40.

¹⁷⁹ *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011*, BOE de 6 de junio de 2014.

España y que entró en vigor el 1 de agosto de 2014, se establece como objetivo “proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica” (art. 1.1.a)), así como “concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y violencia doméstica” (art. 1.1.c)). En dicho instrumento se fija la obligación de los Estados parte de tomar las medidas necesarias para “prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación” del Convenio (art. 5.2), así como “para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia” (art. 18.1), sin que ello deba depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito (art. 18.4).

Asimismo, los arts. 50.1 y 52 del referido Convenio disponen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ofrezcan “protección adecuada e inmediata a las víctimas”, y para que “las autoridades competentes dispongan de la facultad de ordenar, en situaciones de peligro inmediato, que el autor del acto de violencia doméstica abandone la residencia de la víctima o de la persona en peligro por un período de tiempo suficiente y de prohibir que el autor entre en el domicilio de la víctima o de la persona en peligro o contacte con ella”, debiendo tales medidas “dar prioridad a la seguridad de las víctimas o personas en peligro”. Dichos “mandamientos u órdenes de protección”, según el art. 53, deben ofrecer una tutela inmediata sin que supongan “una carga económica o administrativa excesiva para la víctima”, pudiendo adoptarse en su caso incluso sin audiencia de la parte contraria, y deben ser “objeto de sanciones legales, efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

En cumplimiento de estas previsiones, la citada *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito*¹⁸⁰, declara en su art. 3 el derecho de la víctima a la protección durante todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado tras su conclusión con independencia del resultado del mismo¹⁸¹, y establece en su art. 19 la

¹⁸⁰ Sobre la incidencia de dicha Ley en el ámbito de la violencia de género, *vid.* MAGRO SERVET, V.: “Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, nº 8638, 4 noviembre 2015, pp. 1 y ss.

¹⁸¹ Art. 3.1 de la Ley 4/2015: “Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

obligación de las autoridades y funcionarios encargados de la investigación y enjuiciamiento de los delitos de adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con la LECrim, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, así como de su integridad física y psíquica, libertad, seguridad e indemnidad sexual¹⁸², teniendo derecho aquélla a que se le notifiquen, entre otras, “las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima” (art. 7.1.d)). Y la *Propuesta de Código Procesal Penal* elaborada por la Comisión institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 reconoce igualmente, en su art. 60.1, el derecho de la víctima “a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible”¹⁸³.

En suma, puede considerarse que las prohibiciones de aproximación y comunicación se erigen, a día de hoy y a la vista de la actual regulación de las mismas, en instrumentos de protección a las víctimas de delito, especialmente en los supuestos de violencia doméstica y de género¹⁸⁴; y ello tanto en su configuración como penas o medidas de seguridad, como cuando se imponen como medida cautelar o incluso como regla de conducta u obligación a la que condicionar la suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de la pena privativa de libertad¹⁸⁵. Hecho que, en nuestra opinión, incide directamente sobre cuál es el bien jurídico que tutela el art. 468.2 al castigar con pena de prisión el quebrantamiento de las penas, medidas

¹⁸² Art. 19 de la Ley 4/2015, regulador del “Derecho de las víctimas a la protección”: “Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”.

¹⁸³ www.mjusticia.gob.es.

¹⁸⁴ En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1411, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1948; LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma del arsenal...”, cit., pp. 2 y 9; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 5.

¹⁸⁵ ACALE SÁNCHEZ considera en este sentido que “la Penología ha depositado toda su confianza en el alejamiento físico entre agresor y víctima” (“Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 95, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 304); también PÉREZ RIVAS alude a la “multifuncionalidad” del alejamiento, calificando el mismo de “piedra angular sobre la que el legislador pretende construir el sistema de protección de la víctima” (PÉREZ RIVAS, N.: “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 24, nº 2, 2015, p. 22 y nota a pie de página nº 1, y “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia)”, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales* (Rodríguez Calvo, Vázquez-Portomeñe Seijas –Dir.-, Guinarte Cabada, Muñoz Barús –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 261-262).

cautelares o medidas de seguridad impuestas para la protección de los sujetos contemplados en el art. 173.2 del Código Penal. Pena de prisión, por cierto, que, como indica ACALE SÁNCHEZ, también va a desempeñar “el papel que la propia pena de alejamiento no ha sido capaz de cumplir: la separación física entre los sujetos implicados”¹⁸⁶.

¹⁸⁶ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 113, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 336. En el mismo sentido, en relación a la reforma operada por la LO 15/2003, que introdujo la pena de prisión en los supuestos de quebrantamiento de la de alejamiento, y criticando que alternativamente se estableciera la de trabajos en beneficio de la comunidad, por cuanto esta última pena “no afronta las necesidades de protección de la víctima”, CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229.

CAPÍTULO CUARTO.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La ubicación sistemática del art. 468 (Capítulo VIII –“Del quebrantamiento de condena”-, del Título XX –“Delitos contra la Administración de Justicia”-, del Libro II del Código Penal) sigue siendo la misma desde su redacción original¹⁸⁷, no habiéndose modificado tampoco en la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Dejando a un lado que, en nuestra opinión, el referido Capítulo debería titularse únicamente “*Del quebrantamiento*”, por cuanto desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se tipifica como tal no sólo el de condena en sentido propio, sino también el de medida cautelar¹⁸⁸, el problema fundamental que se presenta es el de determinar cuál es el bien jurídico que protege el precepto¹⁸⁹, singularmente el tipo previsto en su apartado 2.

Ninguna duda cabe acerca de que el mismo vendrá constituido en todo caso por el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, ya que así se deduce de la ubicación sistemática del tipo penal. Con diferentes formulaciones, la doctrina era pacífica en relación a este extremo con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la LO 14/1999¹⁹⁰, dado que, como señala SOTO NAVARRO, el tipo

¹⁸⁷ Título que ya se contenía en el *Texto Refundido del Código Penal de 1973*.

Sobre la sistemática de los delitos comprendidos como tales en dicho texto legal, *vid.* LUZÓN PEÑA, D. M.: “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, *Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 777-781.

¹⁸⁸ LUZÓN CUESTA hace notar en tal sentido que el contenido del Capítulo VIII es “más amplio que el indicado por la rúbrica” (LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 355); también, MACIÁ GÓMEZ, R., ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código Penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 759; MARES ROGER, F., y MARTÍNEZ LLUESMA, J.: “Quebrantamiento de condena”, *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución* (Ganzenmüller Roig, Escudero Moratalla, Frigola Vallina (-Coord.-), Bosch, 1998, p. 243, indicando que “el rótulo del capítulo se ve desbordado por su propio contenido”; SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, *cit.*, p. 306, con cita de VIVES ANTÓN; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, 2011, p. 911.

Considera que “es adecuado el rótulo”, si bien sugiere que la rúbrica del referido Capítulo sea “De los quebrantamientos de condena” o “Delitos de quebrantamiento de condena”, y que en el mismo se tipifiquen únicamente los incumplimientos de sentencias penales firmes, y no los de medidas cautelares, SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, Comares, 2000, pp. 184, 186 y 537.

¹⁸⁹ Sobre la imposibilidad de proporcionar un concepto unitario de bien jurídico y la propuesta de una concepción procedimental de dicha figura, *vid.* VIVES ANTÓN, T. S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n° 16, 2005, pp. 7 y ss.

¹⁹⁰ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, M.: “El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 114-115, con cita de QUINTANO RIPOLLÉS; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Quebrantamiento de condena y evasión de presos”, *Delitos contra la Administración de Justicia* (Serrano Butragueño y otros), Comares, 1995, p. 243, con cita de VIVES ANTÓN; MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena...”, *cit.*, p. 22, con cita de BUSTOS RAMÍREZ y QUINTERO OLIVARES, que alude como

sanciona conductas lesivas de la función jurisdiccional (entendida ésta como “función social básica” desempeñada por los órganos integrantes del Poder Judicial), en tanto “impiden u obstaculizan que la Administración de Justicia solucione un conflicto social”¹⁹¹, y considerándose en general que la legitimidad de dicho bien jurídico universal vendrá determinada por la sumisión del mismo al desarrollo personal del individuo¹⁹², en la medida en que, como indica GUARDIOLA GARCÍA, atiende a la tutela del “aparato estatal puesto para la realización del valor *justicia* (art. 1.1 CE), fundamentalmente encarnado en la *potestad jurisdiccional* del art. 117.3 CE”¹⁹³.

Interesante resulta en esta línea la postura de ALONSO ÁLAMO, que defiende que la protección de la función jurisdiccional “hay que situarla hoy en el marco de una (...) Administración de Justicia puesta al servicio de los ciudadanos e impregnada del contenido de los derechos”, extrayéndose de los arts. 117.1º, 3º y 4º de la CE¹⁹⁴ “la necesidad de protección penal de la función jurisdiccional frente a conductas que afectan a diferentes aspectos del ejercicio de dicha función, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, administrando bajo el imperio de la ley la justicia que emana del pueblo”, de tal modo que la fundamentación de la referida tutela penal “debe situarse en relación a “las condiciones que posibilitan el ejercicio de los derechos”, toda vez que la Administración de Justicia está al servicio de los ciudadanos¹⁹⁵. Y ello partiendo dicha autora de la premisa de que “el interés supraindividual, instrumental, al correcto funcionamiento de la Administración Pública y de la Administración de

bien jurídico protegido a “la justicia, ya sea entendida como función de resolver asuntos sociales o como deber de sumisión o de colaboración con ella”; MARES ROGER, F., y MARTÍNEZ LLUESMA, J.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 243, concretando el bien jurídico protegido en “el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales restrictivas de la libertad personal”; SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., pp. 304-305, con cita de LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, que define como tal “la protección de las funciones atribuidas constitucionalmente a la función jurisdiccional”.

¹⁹¹ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, pp. 266-267 y 322-323.

¹⁹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento en el Derecho Penal*, Dykinson, 1999, p. 10.

¹⁹³ GUARDIOLA GARCÍA, J.: *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 203-204.

¹⁹⁴ Art. 117 de la CE: “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

(...) 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

¹⁹⁵ ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los Derechos Humanos*. Estudios, Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, pp. 375-376.

Justicia emerge discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos como condiciones que posibilitan su realización”¹⁹⁶, constituyendo los derechos humanos “realidades históricas y dinámicas, prejurídicas, afirmadas incluso antes de su reconocimiento constitucional o en Declaraciones internacionales de derechos”, y siendo dicho marco referencial aquél del que han de extraerse los bienes jurídicos penales¹⁹⁷.

Sin embargo, el hecho de que, como acabamos de analizar, las sucesivas reformas operadas en materia de penas y medidas de alejamiento desde el año 1999 hayan venido fundamentalmente encaminadas a reforzar la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, y de que el propio art. 468 haya sido modificado tanto por la LO 15/2003 como por la propia LIVG, constituyendo actualmente su apartado 2º un subtipo agravado en función exclusivamente del sujeto pasivo del delito, ha determinado que se replantee doctrinal y jurisprudencialmente si el referido tipo penal del apartado 2 tutela además otros bienes jurídicos relacionados con dichas víctimas.

Así, autores como QUERALT JIMÉNEZ¹⁹⁸ o BENÍTEZ ORTÚZAR¹⁹⁹ consideran que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, en el que, de un lado, se protege el principio de autoridad y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y, de otro, la indemnidad de la víctima del delito cuya comisión (o presunta comisión) ha fundamentado la imposición de la pena o medida vulnerada²⁰⁰. Para el

¹⁹⁶ *Ibidem*, cit., p. 377.

¹⁹⁷ *Ibidem*, cit., pp. 43-45, 74-76, 96, 107, 320-327 y 370. En el mismo sentido, de la citada autora, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 102-104, “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 118-120, “Fundamentación prepositiva de los bienes jurídico-penales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, pp. 21 y 33, y “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo)”, *Revista Penal*, nº 32, Julio 2013, pp. 35-40, postulando una concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, entre los que cita el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

¹⁹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., p. 9, y “La respuesta penal...”, cit., pp. 156-157 y 161; también, COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1221. Sus argumentos se comparten por GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar...”, cit., p. 355. En la misma línea, MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6818, 12 nov. 2007, p. 3; TRILLO NAVARRO, J. P.: “Bienes jurídicos protegidos y mantenimiento de la falta del artículo 620 del Código Penal en la Ley de protección integral de la mujer”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6793, 4 oct. 2007, pp. 7-8.

¹⁹⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena de alejamiento...”, cit., p. 186.

²⁰⁰ En el mismo sentido, ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional...”, cit., p. 731; CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.:

primero de ellos, el incremento punitivo que entraña el apartado 2 del art. 468 respecto del régimen común contemplado en el apartado 1 del precepto, constituye una “muestra patente de que la indemnidad de la víctima (...) adquiere una centralidad como objeto de protección, que convierte a esta figura, en realidad, en un delito pluriofensivo”. Y, para el segundo, “el plus punitivo que prevé el apartado 2 respecto al apartado primero del artículo 468 (...), responde a la indemnidad de la víctima, constituyendo un delito pluriofensivo, en el que de un lado se sigue protegiendo la Administración de Justicia y de otro la indemnidad de la víctima de un delito preexistente”²⁰¹.

También MOLINA GIMENO postula la “auténtica pluriofensividad” del tipo que nos ocupa, “al coexistir el bien jurídico protegido [la Administración de Justicia] con otros como la salud física, psíquica y libertad individual de la víctima”²⁰². Con similar formulación, MAGRO SERVET indica que “el delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el art. 468 (...) es de naturaleza pluriofensiva, pues con él se pretende, primero, la protección de las víctimas de los delitos previstos en el art. 57 del Código Penal, pero también persigue el respeto debido a las resoluciones judiciales”²⁰³. Y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS califica dicho tipo penal como “pluriofensivo, que tiene que ver, primera y primordialmente, con la protección a las víctimas, pero también y principalmente (y por ello se encuadra dentro de los delitos contra la Administración de Justicia) con el respeto debido a las resoluciones judiciales y en especial con las garantías en la ejecución no ya de las penas, sino también de medidas cautelares tan puntualmente necesarias y precisas”²⁰⁴. De la misma opinión es CABALLERO GEA²⁰⁵ en aquellos supuestos en que lo que se impute al sujeto activo sea el incumplimiento de medidas de prohibición de acercamiento o comunicación, por entender que en estos casos, aunque el bien jurídico del tipo penal sea la efectividad y

“Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., pp. 10 y 16, aludiendo, junto al respeto debido a las resoluciones judiciales, a “la protección de las víctimas”; MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 78 y 179. También, en relación al delito de desacato del art. 240, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil chileno, VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento en la violencia intrafamiliar y la relevancia del consentimiento de la víctima en su quebrantamiento”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, nº 1, 2012, p. 169.

²⁰¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena de alejamiento...”, cit., nota a pie de página nº 25.

²⁰² MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma...”, cit., p. 3.

²⁰³ MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 179.

²⁰⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 10.

²⁰⁵ CABALLERO GEA, J. A.: “Quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, Violencia de Género, art. 468 CP”, *Violencia de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Penal y Civil: síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, 2013, p. 162.

acatamiento de las resoluciones judiciales, “al mismo tiempo se están tutelando los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida quebrantada”²⁰⁶.

La naturaleza pluriofensiva del delito también se ha aducido por ARROYO ZAPATERO para justificar el incremento punitivo operado en el delito del art. 468.2 por la LIVG, indicando a tal efecto que “este incremento resulta necesario y justificado desde el principio de proporcionalidad pues los quebrantadores de la pena y la medida de protección de alejamiento (...), no sólo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que pone (*sic*) en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros”²⁰⁷. Argumentos a los que ya recurría CID MOLINÉ en relación a la agravación del tipo operada por la LO 15/2003, aludiendo a los “bienes individuales de la víctima” como bien jurídico protegido por el precepto²⁰⁸.

A similar conclusión se llega en el *Informe del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, de 20 de abril de 2006, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, cuando, para justificar la atribución de competencia de estos casos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer (cuestión que analizaremos más adelante), declara que el bien jurídico protegido por el art. 468 del Código Penal, en los supuestos de víctimas de violencia de género, “no es sólo el que genéricamente le ha sido tradicionalmente atribuido (la Administración de Justicia), sino que coexiste con otros vinculados con el objeto de la Ley Orgánica 1/2004”²⁰⁹. Y, de forma más precisa, en el ulterior *Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004*, de enero de 2011, se indica que el bien jurídico protegido “no es sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino, asimismo, la indemnidad de las víctimas”²¹⁰.

²⁰⁶ En el mismo sentido, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: “Medidas cautelares y su quebrantamiento”, *Manual de lucha contra la violencia de género* (Marchal Escalona –Dir.-), Aranzadi, 2010, pp. 233-234.

²⁰⁷ ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional...”, cit., p. 731.

²⁰⁸ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229.

²⁰⁹ *Informe del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, de 20 de abril de 2006, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, p. 2. www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

²¹⁰ *Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004*, p. 26. www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

En suma, frente a la tradicional consideración del principio de autoridad o del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como único bien jurídico tutelado por la norma, las reformas legales operadas desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 en el tipo penal que nos ocupa, y singularmente la introducción del subtipo agravado del apartado 2 del art. 468, han determinado que a día de hoy se haya extendido la postura que considera que, junto al referido bien jurídico, de forma indirecta, es objeto también de tutela por el citado tipo penal la indemnidad de la víctima²¹¹.

Apunta también en esta línea ALONSO ÁLAMO la posibilidad de que, con la agravación de los tipos penales operada por la LIVG, en relación a la comisión de ciertos delitos respecto de un círculo restringido de personas que podría calificarse genéricamente de vulnerables, se esté dando entrada de forma aún imprecisa a un nuevo bien jurídico, cual es “el interés a ser tratado como igual, a alcanzar la igualdad real, precisamente por sujetos que sólo son iguales formalmente”²¹².

Incluso otros autores, como FARALDO CABANA²¹³, van más allá en el sentido de entender que hay un “interés distinto” y que predomina sobre el relativo a la tutela de las personas protegidas, cual es el “interés estatal en la reducción de la violencia familiar y de género”; interés que se pone de manifiesto en el hecho de que, en relación

²¹¹ Así, entre otros, COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1221; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 406; MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento de la medida cautelar y de la pena de alejamiento con el consentimiento del beneficiario de la misma”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 20/2007, pp. 1-2; SOLÉ RAMÓN, A. M.: “El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho UNED*, nº 6, 2010, p. 457; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, cit., p. 345, que hace notar el cambio de orientación en la lectura del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia a fin de justificar el tipo agravado del art. 468.2 y la equiparación punitiva entre el quebrantamiento de pena y el de medida cautelar.

²¹² ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género”, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, p. 10. En idéntico sentido, de la misma autora, “Protección penal de la igualdad y Derecho Penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, pp. 42 y 47-48. Se muestra de acuerdo con la postura mantenida por dicha penalista, con cita de la misma, FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “El sistema de tutela ante la violencia de género: Aspectos jurídicos y políticos”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 250-251.

En contra, sin embargo, de que la eliminación de la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se erija en bien jurídico-penal, BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02 (2007), p. 24.

²¹³ FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit., pp. 185-186. También, de la misma autora, “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 254, y *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 154, considerando que la tutela de la víctima no es más que una “excusa en esta extensión de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación” (*Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 204).

a la pena accesoria de alejamiento del art. 57.2 del Código Penal, no se contemplen mecanismos legales que permitan atender a las solicitudes de la víctima de que las medidas de protección se alcen o sustituyan.

Por el contrario, otro sector considera que el bien jurídico protegido por el precepto es exclusivamente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia²¹⁴. Así, LANZAROTE MARTÍNEZ, frente a la postura que defiende la pluriofensividad del tipo penal, afirma que “el bien jurídico protegido por el párrafo 2º del art. 468 del Código Penal es único: el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones judiciales en general, al igual que el del párrafo 1º, y en particular de las que prohíben el acercamiento entre la víctima de un delito de violencia en el ámbito familiar y su agresor como un mecanismo más de lucha contra este tipo de criminalidad, descansando la razón de la agravación de la penalidad que contiene en ese especial interés estatal en el cumplimiento de ese tipo de resoluciones que acuerdan con una finalidad muy concreta, la prohibición de aproximación como pena o medida”²¹⁵. Por su parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ indica que “la rúbrica del Título XX refleja que el bien jurídico protegido es, esencialmente, la protección de las funciones atribuidas constitucionalmente a la función jurisdiccional, dando respuesta penal a las infracciones que lesionan o quebrantan diversas etapas o estadios del ejercicio de dicha función, singularmente la etapa final de las mismas, la de su efectividad”²¹⁶. Y MORILLAS CUEVA alude como bien jurídico protegido a “la Administración de Justicia”, si bien “matizado específicamente por la necesidad de efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales que emanan de los Tribunales de Justicia”, haciendo especial

²¹⁴ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., pp. 609-610, justificando así que no deba conocer del mismo el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a fin de que no se produzca una “extensión no deseada del ya amplio marco competencial” del mismo; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Irrelevancia del consentimiento...”, cit., p. 2; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 10; MARTÍN AGRAZ, P.: *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*, Biblioteca online Bosch, 2011, p. 51; MÉNDEZ CORTÉS, C.: “Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género”, SP/DOCT/2902, Sepín, 2006, p. 36; MUÑOZ CUESTA, J.: “Quebrantamiento de condena”, *Los delitos contra la Administración de Justicia* (Hernández García - Coord.), Aranzadi, 2002, p. 298; PALOMO DEL ARCO, A.: “Del quebrantamiento de condena”, *Comentarios al Código Penal* (Gómez Tomillo –Dir.-), Lex Nova, 2011, p. 1716, que alude a “reforzar la eficacia de determinadas resoluciones judiciales acordadas en el curso de un proceso penal” y “procurar su efectiva ejecución”; RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “La violencia de género...”, cit., p. 5; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 912, indicando que el bien jurídico protegido es “el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en su última fase, que es el cumplimiento de ciertas resoluciones judiciales”; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., pp. 282 y 538, aludiendo al “interés estatal en el cumplimiento de las sentencias penales de condena”.

²¹⁵ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 10.

²¹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 291.

énfasis en la necesidad de “fortalecer al poder judicial, dentro de la necesaria división de poderes”, desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho²¹⁷.

Otros penalistas, como ZUGALDÍA ESPINAR o QUINTERO OLIVARES²¹⁸, aluden al carácter no pluriofensivo del delito a la hora de fundamentar la irrelevancia del consentimiento de la víctima en la comisión del tipo, indicando este último que “el bien jurídico protegido no es el interés de la víctima, aunque también venga afectado, sino la efectividad de las decisiones de la jurisdicción penal”²¹⁹. En esta línea, ARANGÜENA FANEGO invoca dicha carencia de pluriofensividad al objeto de justificar la falta de atribución por la LIVG del conocimiento para la instrucción de este delito al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, cifrando el bien jurídico tutelado por el precepto exclusivamente en “la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial”²²⁰.

²¹⁷ MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra la Administración de Justicia (II)”, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (Morillas Cueva –Dir.-), Dykinson, 2015, p. 1240.

²¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, 2009, Vol. II, p. 2024; QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia sobre la mujer”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 440-441. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7327, 25 enero 2010, p. 8; FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., p. 225; GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, cit., pp. 2273 y 2283, “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1406, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1944. Considera también que el único bien jurídico protegido es el interés en que se cumplan las resoluciones de los órganos judiciales, GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena”, *Derecho Penal Español: Parte Especial* (Cobo del Rosal –Coord.-), Dykinson, Madrid, 2005, p. 987, y “Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena”, *Derecho Penal Español: Parte Especial* (Morillas Cueva –Coord.-), Dykinson, 2011, p. 1054, en ambos casos con cita de SUÁREZ LÓPEZ; IGLESIAS LÓPEZ, M.: “Delitos de quebrantamiento de medida cautelar o de condena. Especial mención al consentimiento de la víctima en el quebrantamiento”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, p. 2; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 233; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 14; RILLO PERALTA, E.: “Quebrantamiento de condena (468 CP)”, *Probática Penal. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia* (de Miranda Vázquez –Coord.-), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 451; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 291 y 295; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento de condena*, Bosch, 2005, p. 7; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “De la desaparición a la expansión...”, cit., p. 938.

²¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal...”, cit., pp. 440-441; en la misma línea, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 233, que indica que, en tal sentido, “puede concretarse el bien jurídico en la efectividad de las resoluciones judiciales que imponen penas, medidas de seguridad o medidas cautelares”. También, FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., p. 225, que afirman que “el bien jurídico protegido por este delito es el interés del Estado en la efectividad de las resoluciones judiciales mencionadas en el mismo”.

²²⁰ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., pp. 609-610; en el mismo sentido, MARTÍN AGRAZ, P.: *Tutela penal de la violencia de género...*, cit., p. 51, señalando como bien jurídico protegido por el precepto el “principio de autoridad”.

CUGAT MAURI²²¹, con cita de GARCÍA ALBERO²²², declara también en tal sentido que “no puede confundirse bien jurídico con *ratio legis*”, así como que, aunque la protección de la víctima puede hallarse en la *ratio* del delito, no constituye el bien jurídico directamente protegido por el precepto, de tal manera que, salvo en los casos en que el quebrantamiento se cometa como medio para perpetrar otro (como sucede en los subtipos agravados de los arts. 153.3, 171.5 ó 172.2), la víctima no podrá personarse como acusación particular o como ofendida por el delito al amparo de lo dispuesto en el art. 110 de la LECrim, al no ser titular del bien jurídico afectado por el mismo. Precisamente la existencia de dichos subtipos agravados es la que esgrime LANZAROTE MARTÍNEZ a la hora de fundamentar que el objeto de tutela del art. 468.2 es exclusivamente el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones generales, por cuanto la protección de la víctima de ulteriores ataques contra bienes personales de la misma es precisamente el bien jurídico que los referidos subtipos protegen, radicando la agravación en la mayor peligrosidad que demuestra quien incumple el alejamiento impuesto para reincidir en la comisión de conductas violentas²²³. Cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante, al analizar con profundidad la problemática que los mismos suscitan.

También ACALE SÁNCHEZ considera que el hecho de que, en relación al art. 468.2, el legislador no haya previsto subtipos agravados por la circunstancia de que la conducta típica se lleve a cabo en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores o utilizando armas, pone de manifiesto que respecto de dicho delito “no tiene cabida la protección de bienes jurídicos personales de los que sea titular la víctima”, como sí ocurre sin embargo con los tipos penales de amenazas, coacciones, malos tratos y lesiones reformados por la LIVG; entendiendo también corroborado dicho planteamiento por la circunstancia de que el legislador no haya previsto para el delito de quebrantamiento la imposición de las prohibiciones de acercamiento y no comunicación, ni como pena ni como medida cautelar²²⁴. Otros autores, como

²²¹ CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1125-1127.

²²² GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1419, y “Del Quebrantamiento...”, cit., pp. 1955-1956.

²²³ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 6 y 14-15.

²²⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., pp. 43 y 50, entendiendo también dicha autora que, el hecho de que el delito del art. 468.2 se extienda a todas las formas de violencia doméstica, impide también que se pueda considerar como objeto de su tutela “el supuesto bien jurídico de carácter colectivo *pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino*”, que en todo caso también niega respecto de los restantes preceptos reformados por la LIVG (“Análisis del

ÁLVAREZ GARCÍA o CARDENAL MONTRAVETA, fundamentan dicha postura en el hecho de que la progresiva limitación de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares privativas de libertad exige, como contrapeso necesario en aras de garantizar que la reducción de la intervención del Derecho Penal no comporte una disminución de su eficacia preventiva, la protección del cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales en las que aquéllas se imponen mediante la punición de toda modalidad de autoquebrantamiento, erigiendo como bien jurídico exclusivo del precepto la tutela de la función preventiva del Derecho Penal y la del presupuesto de la misma constituido por el cumplimiento de las penas, las medidas de seguridad y las medidas cautelares²²⁵.

En cuanto a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, se puede observar una progresiva tendencia a considerar el tipo penal del art. 468.2 como un delito pluriofensivo, aludiendo algunas resoluciones, además de al principio de autoridad y a la debida observancia de las resoluciones dictadas por Juzgados y Tribunales, a otros bienes jurídicos que indirectamente protege el precepto, como son la vida e integridad de la víctima. Así, a título de ejemplo, podemos citar las *Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007* (ROJ STS 100/2007, Ponente Sr. Soriano Soriano), de *13 de julio de 2009* (ROJ STS 4716/2009, mismo Ponente)²²⁶ y de *26 de febrero de 2010* (ROJ STS 1475/2010, Ponente Sr. Sánchez Melgar), indicando la primera de ellas, cuyos argumentos se reproducen en las siguientes, que “(...) la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal -que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que

Código Penal...”, cit., pp. 66-67); también, de la misma autora, *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 276.

²²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Sobre quebrantamiento de condena, desobediencias, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2007, p. 29, y “Sobre quebrantamiento de condena, desobediencias, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y a citaciones judiciales”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés, Mariscal de Gante, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao –Coord.-), Edisofer, 2008, Vol. II, pp. 1788-1789; CARDENAL MONTRAVETA, S.: “Política criminal y regulación legal del quebrantamiento de condena”, *Política criminal y reforma penal* (Corcoy Bidasolo, Mir Puig –Dir.-, Gómez Martín –Coord.-), Edisofer, 2007, pp. 550-552 y 566-567, y “Política criminal y regulación legal del quebrantamiento de condena”, *La política criminal en Europa* (Corcoy Bidasolo, Gómez Martín, Mir Puig –Coord.-), Atelier, 2004, pp. 171-173 y 183-184.

²²⁶ Fundamento de Derecho Séptimo: “El bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes”.

directamente protege el precepto”²²⁷. Razonamientos que igualmente se reproducen, en orden a fundamentar la inadmisión del recurso de casación frente a Sentencias de condena por la comisión de un delito de quebrantamiento, en los *Autos del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011* (ROJ ATS 4431/2011, Ponente Sr. Soriano Soriano), de *24 de octubre de 2013* (ROJ ATS 10373/2013, Ponente Sr. Andrés Ibáñez), de *16 de octubre de 2014* (ROJ ATS 8900/2014, Ponente Sr. Del Moral García), y de *5 de marzo de 2015* (ROJ ATS 2744/2015, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón).

Por lo que respecta a los pronunciamientos de las *Audiencias Provinciales*, la naturaleza pluriofensiva del delito que nos ocupa se postula ya en resoluciones como la *SAP Cádiz, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2003* (ROJ SAP CA 135/2003, Ponente Sr. Marín Fernández) y la *SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008* (ROJ SAP TF 2584/2008, Ponente Sr. Astor Landete), afirmándose en esta última que “el delito de quebrantamiento es un delito pluriofensivo en la medida que tiene como bien jurídico protegido el normal funcionamiento de la administración de justicia, de una parte, y de otra la protección de las víctimas del delito, si bien habitualmente se señala a aquel como el único bien protegido”²²⁸. Argumentación que se reproduce en las *SSAP Tenerife, Sec. 2ª, de 1 de junio de 2009 y de 17 de marzo de 2014* (ROJ SAP TF 1711/2009 y ROJ SAP TF 287/2014 respectivamente, Ponente de ambas Sra. Soriano Vela), y en las *SSAP Málaga, Sec. 2ª, de 12 de junio de 2012 y de 22 de febrero de 2013* (ROJ SAP MA 774/2012 y ROJ SAP MA 993/2013, Ponente de ambas Sra. De la Hera Ruiz-Berdejo).

También la *SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 7 de marzo de 2005* (ROJ SAP T 480/2005, Ponente Sr. Perarnau Moya) declara que “analizando el tipo penal, se trata, sin duda, de un tipo que tutela un doble bien jurídico: a) La protección de la víctima de un presunto delito o falta, objetivo éste perseguido por la resolución judicial que adopta la orden de alejamiento u otra medida cautelar; y b) El debido, por todos, acatamiento y respeto de las resoluciones judiciales, motivo por lo que estamos ante un delito contra la Administración de Justicia, regulado dentro del Título XX del CP”²²⁹.

Más recientemente, cabe citar la *SAP Valencia, Sec. 2ª, de 10 de septiembre de 2014* (ROJ SAP V 3725/2014, Ponente Sr. Ortega Lorente), que establece que, si bien el

²²⁷ Fundamento de Derecho Segundo.

²²⁸ Fundamento de Derecho Segundo.

²²⁹ Fundamento de Derecho Primero.

delito de quebrantamiento está inserto en los delitos contra la Administración de Justicia, “no por ello podemos negarle un contenido pluriofensivo y que lo protegido por el tipo no sólo es la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme o de la medida cautelar decretada por el Juzgado o Tribunal del orden penal, sino el fin perseguido por una pena o medida cautelar”, concluyendo que “las prohibiciones de comunicación y aproximación no tienen tanto una finalidad sancionadora, cuanto preventiva -evitación de situaciones de proximidad espacial o comunicativa que, dadas las características del delito, pudieran favorecer nuevos episodios como el causante de la condena o como el que es objeto de imputación- y protectora de la víctima -garantizar la tranquilidad de la misma, evitándole el temor de reiteración de hechos similares que pudiera generarle la posibilidad irrestricta de que el agresor condenado o de aquél respecto del que existen motivos fundados para atribuirle determinados hechos delictivos, pudiera acercarse o comunicar con aquélla-”²³⁰. Argumentos que se reproducen en la *SAP Valencia, Sec. 2ª, de 13 de abril de 2016* (ROJ SAP V 1661/2016, Ponente Sr. Tomás y Tío), en la que además se afirma que lo que tutela el tipo penal que nos ocupa es también “el fin perseguido por una pena de características próximas a la medida de seguridad”²³¹.

Por su parte, la *SAP Zaragoza, Sec. 1ª, de 23 de octubre de 2014* (ROJ SAP Z 2206/2014, Ponente Sra. Alejandre Domenech), declara que “el tipo del art. 468 es pluriofensivo, siendo el bien jurídico protegido no sólo garantiza (*sic*) la seguridad de la persona a favor de quien se adoptó la medida de protección, sino también el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia, garantizando el cumplimiento de las resoluciones judiciales que imponen penas, medidas de seguridad o medidas cautelares”²³². La *SAP Barcelona, Sec. 10ª, de 27 de junio de 2015* (ROJ SAP B 7906/2015, Ponente Sra. Comas de Argemir Cendra), califica también de pluriofensivo el delito que nos ocupa, indicando que “el bien jurídico-penal específicamente protegido, además de la protección de los bienes jurídicos de las víctimas, es el cumplimiento de las órdenes y resoluciones judiciales como condición indispensable para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”²³³. La *SAP Tarragona, Sec. 4ª, de 13 de julio de 2015* (ROJ SAP T 905/2015, Ponente Sr. Mora Amante), invocada por la *SAP Zamora*,

²³⁰ Fundamento de Derecho Primero. Argumentos que ya se contenían en la *SAP Valencia, Sec. 2ª, de 25 de enero de 2013* (ROJ SAP V 227/2013, Ponente Sr. Ortega Lorente).

²³¹ Fundamento de Derecho Tercero.

²³² Fundamento de Derecho Primero.

²³³ Fundamento de Derecho Tercero.

Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2015 (ROJ SAP ZA 293/2015, Ponente Sr. Pérez Serna)²³⁴, señala como bienes jurídicos protegidos por el precepto “la seguridad de la víctima” y “en un Estado Constitucional, (...) el funcionamiento racional del ejercicio legítimo y proporcionado de las potestades públicas de ordenación y de coerción”²³⁵. Y la *SAP León, Sec. 3ª, de 8 de septiembre de 2015* (ROJ SAP LE 814/2015, Ponente Sra. Durán Seco) califica de “pluriofensivo” el delito del art. 468.2 del Código Penal, indicando que, al mismo tiempo que protege “la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales”, se están “tutelando los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida quebrantada”²³⁶. Extendiéndose en suma el criterio que predica la pluriofensividad de dicho tipo penal, y siendo minoritaria la postura, contenida en Sentencias como la *SAP Madrid, Sec. 15ª, de 13 de octubre de 2014* (ROJ SAP M 15271/2014, Ponente Sr. Pelluz Robles), que considera la Administración de Justicia como único bien jurídico protegido por el precepto²³⁷.

En nuestra opinión, todas las reformas legislativas a las que hemos hecho referencia, tendentes en última instancia a reforzar la tutela de las víctimas de violencia doméstica y de género, previendo la imposición de medidas cautelares dirigidas al exclusivo fin de protegerlas²³⁸, así como la aplicación de subtipos agravados cuando los delitos que se cometan en dicho ámbito se perpetren quebrantando una pena o medida

²³⁴ Fundamento de Derecho Cuarto.

²³⁵ Fundamento de Derecho Primero.

²³⁶ Fundamento de Derecho Segundo.

²³⁷ Fundamento de Derecho Cuarto: “El delito contenido en el artículo 468.2 del Código Penal si bien por algunos se ha calificado como pluriofensivo, dado que trata de tutelar dos bienes jurídicos complementarios: uno el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia y otro la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege. Sin embargo, dado su encasillamiento en el Código, el interés protegible con este delito no es tanto la víctima de la agresión a cuyo favor se estableció la medida cautelar, sino la Administración de Justicia en general”.

²³⁸ En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 750, 2008, p. 1; ARANGÜENA FANEGO considera que estas medidas cautelares persiguen también, aunque de forma tangencial, el fin típico de las cautelares clásicas, “toda vez que protegiendo a la víctima con alguna de las medidas acordadas se consigue que pueda desarrollarse con éxito el juicio oral, manteniendo alejada a la víctima tanto de nuevos malos tratos como de amenazas tendentes a conseguir una retractación en su inicial y veraz testimonio, y en consecuencia, abonando el campo para que en su día efectivamente pueda ser impuesta una debida sentencia de condena” (ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, cit., p. 243).

Para POLAINO-ORTS, sin embargo, las penas o medidas de alejamiento constituyen “un paradigma del Derecho penal del enemigo”, por cuanto “entrañan una restricción física de derechos fundamentales (...) que se impone (...) en todo caso anticipándose la actuación penal de manera prospectiva en cuanto atiende a un peligro futuro” (POLAINO-ORTS, M.: “Acusación y denuncia falsas. Simulación de delitos. Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena. Delitos contra la Administración de Justicia en la Corte Penal Internacional”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Polaino Navarrete –Dir.–), Tecnos, 2011, Vol. II, p. 417).

establecida a favor de aquéllas²³⁹, y equiparando a efectos punitivos el quebrantamiento de pena y medida cautelar si la víctima fuera alguna de las contempladas en el art. 173.2 del Código Penal (castigando dichas conductas en todo caso con pena de prisión), ponen de manifiesto que, por lo que respecta al art. 468.2, el bien jurídico que el mismo tutela tiene carácter pluriofensivo, siendo no sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino también la indemnidad de aquellas personas para cuya protección se ha acordado la pena o medida. Bien jurídico este último a cuya salvaguarda se dirigen las citadas reformas legales, que evidencian que el mismo se considera merecedor de la máxima protección jurídica.

Incluso la introducción, por la LO 1/2015, de un apartado 3º al art. 468 que tipifica como modalidad de quebrantamiento la manipulación o inutilización de los dispositivos técnicos impuestos para controlar el cumplimiento de penas y medidas de alejamiento parece obedecer a dicha finalidad, al indicarse en la Exposición de Motivos que con ello se intenta evitar que dichos actos queden impunes relacionando los mismos exclusivamente con los mecanismos de teledetección que se acuerdan “en materia de violencia de género”²⁴⁰, pese a que el precepto, cuyo contenido posteriormente analizaremos, no exige como elemento del tipo que el dispositivo se haya impuesto en relación a un delito cometido en el ámbito de dicho tipo de violencia. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, dada su importancia a la hora de analizar otros problemas, tales como los relativos a la competencia para conocer del citado tipo penal o los referentes a los llamados quebrantamientos inducidos o consentidos, en los que el bien jurídico juega un papel relevante, no tanto por el hecho de ser disponible o no para la víctima, que no lo es, sino por la necesidad de determinar si la conducta típica lo lesiona o no.

²³⁹ Agravación que, como indica QUERALT JIMÉNEZ, encuentra su fundamento en la mayor peligrosidad que evidencia quien desbarata la confianza tanto de la víctima como de la sociedad en la tranquilidad que debe conllevar el saber que el sujeto está sometido a una medida cautelar o definitiva de alejamiento (QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., p. 7; también en COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1216).

²⁴⁰ Apartado XXII, *in fine*: “Finalmente, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”.

CAPÍTULO QUINTO.- ANTIJURIDICIDAD.

Abordaremos a continuación el estudio de los elementos del delito contemplado en el art. 468.2 del Código Penal, tanto en lo referente a los sujetos activo y pasivo del mismo, aspecto este último en el que tendrá incidencia también la postura que se mantenga acerca del bien jurídico protegido por el precepto, como en la conducta típica y elementos objetivos del tipo, haciendo especial hincapié en el análisis de las resoluciones judiciales susceptibles de integrar el ámbito normativo del delito, en si el requerimiento al obligado constituye un elemento objetivo del mismo, y en la problemática que plantea la previsión contemplada en el art. 69 de la LIVG, para terminar analizando las causas de justificación que con mayor frecuencia se plantean en relación a esta figura y su aplicación jurisprudencial.

I.- ELEMENTOS DEL TIPO.

1.- Sujetos.

1.1.- Sujeto activo.

El *sujeto activo* (que, como hemos visto, se ha ido ampliando progresivamente desde la restrictiva mención que el art. 334 del Código Penal de 1973 hacía a los “sentenciados o presos”²⁴¹), vendrá determinado, en cuanto al tipo que nos ocupa, por la persona que infringe la condena, medida cautelar o de seguridad impuesta, sin que, a diferencia de otros preceptos reformados por la LIVG, se dé la circunstancia de que haya de ser necesariamente un hombre para que se aplique la agravación prevista en el art. 468.2 del Código Penal.

En este sentido, resulta cuando menos curioso que, en tanto en los restantes tipos penales objeto de modificación por la LIVG se exige que el sujeto activo sea un varón, en la medida en que, pese a que se utilicen las fórmulas “el que” o “los que”, las mismas han de integrarse con la previsión contenida en el art. 1 de dicho texto legal²⁴², en relación al delito de quebrantamiento del art. 468.2 no exista dicha restricción en cuanto

²⁴¹ Sobre la interpretación de dicha expresión, *vid.* GONZÁLEZ GUTIÁN, L.: “Dos problemas del artículo 334 del Código Penal (en torno al delito de quebrantamiento de condena)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 2, Santiago de Compostela, 1977-1978, pp. 283-287; también, LORENZO SALGADO, J. M.: “El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 4, Santiago de Compostela, 1977-1978, pp. 316-326; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Quebrantamiento de condena...”, *cit.*, pp. 244-252.

²⁴² ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, *cit.*, p. 41.

al ámbito subjetivo del precepto, ni en lo referente al sujeto activo ni, como veremos, por lo que respecta al sujeto pasivo. En base a ello, en nuestra opinión, y pese a encontrarnos ante un precepto reformado por una LO cuyo objetivo es el de erradicar la violencia de género, resultaría factible que fuera una mujer la que cometiera la conducta típica, en cuyo caso, siempre que el ofendido fuera alguna de las personas a las que refiere el art. 173.2 del Código Penal, se debería castigar a aquélla con pena de prisión de seis meses a un año.

Asimismo, constituye objeto de discusión doctrinal si nos encontramos ante un delito especial propio (como defienden autores como JIMÉNEZ DÍAZ) o si (como sostiene QUERALT JIMÉNEZ) nos hallamos ante un delito de propia mano²⁴³; no faltando tampoco autores que entienden que el delito de quebrantamiento de condena es un delito especial de deber que plantea importantes particularidades en su regulación²⁴⁴, o que consideran el tipo del art. 468.1 un delito especial propio o especial de deber y el tipo agravado del art. 468.2 un delito de posición, del que puede ser sujeto activo en calidad de autor cualquier persona que se encuentre en una posición idónea para

²⁴³ Consideran que es delito especial propio ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 111; BENEYTES MERINO, L.: “Del quebrantamiento...”, cit., pp. 1380 y 1382; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena de alejamiento...”, cit., p. 188; GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, cit., p. 2284, “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1419, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1956; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento de condena...”, cit., p. 348, haciendo suya la postura de SUÁREZ LÓPEZ; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 86; LALIGA MOLLÁ, M.: “Soluciones adoptadas...”, cit., p. 9, con cita de QUINTERO OLIVARES; MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Derecho Penal. Parte Especial* (Lamarca Pérez –Coord.-), Colex, Madrid, 2005, p. 640; MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, p. 6; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento “consensuado” entre víctima y agresor de órdenes de alejamiento dictadas en casos de violencia de género”, *Relación de Informes realizados por el Grupo de Investigación de Apoyo a la Fiscalía Superior de Andalucía*, 2010, pp. 8 y 11; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, cit., p. 350; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., p. 2024.

Por el contrario, entienden que nos encontramos ante un delito de propia mano CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2330; GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica en la reconciliación y cuestiones irresueltas sobre la competencia en la violencia de género”, *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, p. 2; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., p. 9; RILLO PERALTA, E.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 502; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento...*, cit., p. 11; SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 312; SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, nº 21, 2009, p. 10.

²⁴⁴ ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, 2006, p. 133 y nota a pie de página nº 161.

lesionar el bien jurídico protegido y, por tanto, también la persona beneficiaria de la pena o medida²⁴⁵.

En nuestra opinión, el tipo que nos ocupa es un delito especial propio, que únicamente puede cometer el obligado por la pena o medida cautelar, sin que la persona beneficiada por la misma pueda ser considerada autora del delito, aunque *de lege data*, como posteriormente analizaremos, pueda ser imputada a título de partícipe, cuestión ésta sobre la que volveremos al analizar la problemática suscitada en torno a la autoría y participación en este tipo penal.

1.2.- Sujeto pasivo.

Por lo que respecta al *sujeto pasivo*, la determinación de quién ostenta tal condición dependerá de la postura que se defienda en relación al bien jurídico protegido. Así, para los que defienden que el único bien jurídico tutelado por el precepto es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, será exclusivamente el Estado como titular del mismo²⁴⁶, sin que la víctima pueda invocar el art. 110 de la LECrim para ejercer la acusación particular a título de ofendido²⁴⁷. En tanto para los que consideramos que el tipo penal protege, no sólo dicho bien jurídico, sino también la indemnidad de las víctimas, lo será también la persona para cuya protección se haya establecido la pena o medida²⁴⁸, que deberá además tratarse de alguna de aquellas a las que hace referencia el art. 173.2²⁴⁹ del Código Penal²⁵⁰.

²⁴⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., pp. 20 y 23. Se basa la autora en el tenor literal del precepto, que en el apartado 1º refiere a los que quebranten “su” condena, medida cautelar o de seguridad, etc., mientras que en el apartado 2º castiga de forma genérica a “los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”. Criterio que hace suyo JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento consentido...”, cit., p. 144.

²⁴⁶ SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., pp. 373 y 539.

²⁴⁷ CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1126-1127, que indican también que al tipo que nos ocupa no le es aplicable por tal motivo la circunstancia agravante de parentesco (p. 1136).

²⁴⁸ Así, COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1225.

²⁴⁹ “(...) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

En este sentido, y como antes se ha indicado, el art. 468.2, pese a haber sido reformado por la LIVG, no obedece al fin que inspira dicha norma, por cuanto no se ciñe a las relaciones contempladas en el art. 1, sino que la agravación se aplicará siempre que el ofendido se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el referido art. 173.2, lo que supone, en palabras de LAURENZO COPELLO, ampliar el ámbito de aplicación del precepto a un “amplísimo espectro de relaciones familiares y de dependencia”²⁵¹. Esta circunstancia, como antes se apuntó, ha determinado que algunos autores consideren que dicha modificación no tenga encaje en la LIVG, al difuminar la respuesta penal entre todos los miembros de la unidad familiar y asimilados²⁵², en lugar de restringir la agravación a los supuestos de violencia de

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, el precepto aludía a “incapaces” en lugar de a “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Sobre el concepto “persona especialmente vulnerable” y su aplicación en la LIVG, *vid.* GONZÁLEZ PASTOR, C. P.: “Delimitación del concepto *persona especialmente vulnerable* en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal*, nº 17, junio 2005, pp. 1 y ss.

²⁵⁰ BENÍTEZ JIMÉNEZ, en relación con el delito del art. 173.2, entiende que por parte del legislador se ha procedido a una “excesiva ampliación” del círculo de sujetos pasivos que desvirtúa la esencia del tipo e incluso “desborda el ámbito familiar” (BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 198-199 y 212, con cita de TAMARIT SUMALLA); en similar sentido, indicando que la LO 11/2003 “agotó el ámbito de lo doméstico en sentido estricto (...) e incluso traspasó las fronteras” del mismo, PRIETO DEL PINO, A. M.: “La incidencia de la Ley Integral en el Derecho Penal sustantivo español”, *Género y Derecho: luces y sombras en el Ordenamiento jurídico español* (de la Fuente Núñez de Castro –Coord.-), Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, CEDMA, 2008, p. 211; también, RAMÓN RIBAS, E.: “Reflexiones sobre los delitos...”, *cit.*, p. 81, que en relación a la LO 11/2003 indica que ha ampliado tan significativamente el ámbito de aplicación del delito de violencia habitual “que ya no podrá adjetivarse, en modo alguno, como delito de violencia doméstica”.

Por el contrario, GARCÍA ALBERO considera injustificado que el tipo penal del art. 468.2 se limite a las personas enumeradas en el art. 173.2, entendiendo que debería asegurarse mediante pena de prisión el cumplimiento estricto de las penas o medidas cautelares con independencia de los vínculos existentes entre agresor y ofendido por el delito (GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, *cit.*, p. 2283).

Sobre los sujetos pasivos en relación con el delito de malos tratos en el ámbito familiar, *vid.* también FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva, Aránguez Sánchez –Coord.-), Edersa, 2002, pp. 81 y ss.

²⁵¹ LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, nota a final de página nº 3.

²⁵² ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, *cit.*, pp. 50-51, y *La discriminación hacia la mujer...*, *cit.*, p. 277; CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, *cit.*, p. 22, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, *cit.*, p. 40; también, en cuanto a la inclusión en la LIVG como sujetos pasivos a las “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”, MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia contra las mujeres; una revisión crítica de la Ley Integral”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, pp. 179-180, por entender que muchas de las previsiones legales contenidas en aquella se vuelven incongruentes y pierden su sentido cuando se aplican a dichos sujetos pasivos; MARÍN LÓPEZ, P.: “La constitucionalidad de la respuesta penal de la Ley Integral frente a la violencia machista”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 24, 2009, p. 46, indicando que el art. 468.2 no puede incluirse entre los tipos penales reformados por la LIVG desde la perspectiva de la violencia de género.

género, como sí se hizo en los demás tipos penales reformados por dicha norma y, como más adelante analizaremos, con los preceptos relativos a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. En opinión de ÍÑIGO CORROZA, la intención del legislador al extender la agravación a todos los sujetos contemplados en el citado precepto es la de sancionar de manera especial aquellos casos de quebrantamiento que más alarma social causan, cuales son los que se cometen en el ámbito de la violencia doméstica²⁵³. Por su parte, MANJÓN-CABEZA OLMEDA valora positivamente la mencionada reforma, dado que “no plantea ningún problema de vulneración del principio de igualdad, toda vez que refiere la nueva regulación al círculo amplio de la violencia doméstica del art. 173.2, sin exclusión de sujetos por razón de sexo”²⁵⁴.

Paralelamente, sin embargo, un sector doctrinal entiende, *ad sensu contrario*, que resulta injustificado que la agravación prevista en el art. 468.2 no pueda extenderse al resto de víctimas de delitos tan graves como los contemplados en el art. 57.2 del Código Penal²⁵⁵, y, sin embargo, sí se aplique en relación a todos los sujetos pasivos previstos en el art. 173.2 con independencia de la gravedad de los hechos que se hayan cometido contra los mismos²⁵⁶, pues no cabe olvidar que la pena o medida de alejamiento vulnerada puede haberse impuesto incluso con base en hechos constitutivos de delito leve, como se imponía, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, en relación a conductas subsumibles como falta.

A la luz de lo expuesto, y atendiendo al tenor literal del art. 173.2 del Código Penal, al que se remite el tipo agravado del art. 468.2, este delito podrá tener como

²⁵³ ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 45.

²⁵⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., p. 31.

²⁵⁵ CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 22, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 40; CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”, *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995* (Gómez Martín –Coord.-, Corcoy Bidasolo, Mir Puig –Dir.-), Madrid, 2006, p. 172; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 19, que considera que ello supone “un tratamiento privilegiado para los autores del delito de quebrantamiento”; GARCÍA ALBERO califica la limitación de “injustificada” (GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1418, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1955); MATA Y MARTÍN entiende que la ampliación del ámbito subjetivo del tipo al resto de personas no ligadas por una relación de convivencia en nada hubiera perjudicado a la protección dispensada a las víctimas de violencia doméstica (MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 53).

²⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra las personas...”, cit., p.172.

En contra, entendiendo que el art. 468.2 sólo será de aplicación si la pena o medida vulnerada se hubiera impuesto como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 del Código Penal, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 6. Opinión de la que discrepamos, por cuanto el precepto no distingue en cuanto a la calificación jurídica del hecho que determinó la imposición de la pena o medida quebrantada.

sujeto pasivo a cualquier persona que, en relación al sujeto activo (esto es, el obligado por la pena o medida), se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

-Sea o haya sido su cónyuge.

-Esté o haya estado ligada al mismo por una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, aun sin convivencia.

-Sea descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente.

-Sea menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección si convive con el sujeto activo o si se encuentra sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente del sujeto activo.

-Sea una persona amparada por cualquier otra relación por la que se halle integrada en el núcleo de la convivencia familiar del sujeto activo.

-Sea una persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En relación con esta última categoría de potenciales sujetos pasivos, ESCOBAR JIMÉNEZ ha hecho notar que la remisión genérica del art. 468.2 del Código Penal al art. 173.2 ha endurecido las condiciones para la aplicación del tipo agravado de quebrantamiento a este grupo, por cuanto no será bastante que se trate de una “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, como se establece respecto de los tipos agravados de maltrato de obra sin lesión (art. 153.1), amenazas (art. 171.4) y coacciones (art. 172.2), sino que deberá encontrarse sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados a causa de su especial vulnerabilidad. No concurriendo estos requisitos, se deberá castigar el quebrantamiento con pena de multa, tal y como dispone el art. 468.1 *in fine*²⁵⁷.

Por otro lado, si la pena o medida se estableció, no en relación a la víctima de un delito, sino de un familiar o persona vinculado con la misma respecto del que se consideró por el juzgador la conveniencia de acordar aquélla, entendemos que el quebrantamiento de dicha prohibición podrá dar lugar a la comisión del tipo del art. 468.2 sólo si, a su vez, dicho familiar o persona se encuentra comprendido en la relación

²⁵⁷ ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 19.

contenida en el art. 173.2 del Código Penal, pues en caso contrario debería entenderse ejecutado el delito tipificado en el apartado 1º del art. 468 del Código Penal.

Por último, debemos indicar que, en nuestra opinión, la subsunción en alguna de las situaciones contempladas en el referido precepto, y por tanto el vínculo con el sujeto activo en relación con alguna de ellas, deberá concurrir únicamente en el momento en el que se cometa la infracción penal de la que dimana la pena o medida objeto de quebrantamiento, siendo por tanto aplicable el tipo penal que nos ocupa aun cuando al tiempo de vulnerarse dicha pena o medida ya no subsistiera el referido vínculo; y ello en la medida en que el art. 468.2 alude a penas o medidas “impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2”²⁵⁸.

2.- Conducta típica.

La acción típica vendrá determinada por la vulneración o incumplimiento del concreto mandato impuesto en resolución judicial como pena, medida cautelar o de seguridad, por lo que, como ya se señalaba en relación al tipo penal en la redacción dada al mismo por el Código Penal de 1995, el contenido de la conducta típica deberá estar en conexión con lo que la referida resolución judicial disponga²⁵⁹, viniendo determinada aquélla, en el caso de quebrantamiento de penas o medidas privativas de derechos, por el ejercicio material de los mismos²⁶⁰.

OLMEDO CARDENETE se ha planteado la posibilidad de que el tipo se cometa por omisión, lo que a su juicio ocurrirá cuando el sujeto obligado no abandona el lugar al constatar la presencia en el mismo de la persona protegida²⁶¹. Criterio que se sigue también en la *SAP Barcelona, Sec. 8ª, de 27 de mayo de 2005* (ROJ SAP B 5550/2005, Ponente Sr. Barrientos Pacho), que declara que la conducta pasiva del obligado puede dar lugar a la comisión del delito de quebrantamiento si, conocedor de hallarse dentro

²⁵⁸ En idéntico sentido, CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1166.

²⁵⁹ SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 314, con cita de VIVES ANTÓN; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., p. 377.

²⁶⁰ BENEYTEZ MERINO, L.: “Del quebrantamiento...”, cit., p. 1381.

²⁶¹ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 10; en el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 166; LÓPEZ VALENCIA, E. M.: “Garantías procesales en los juicios rápidos y la orden de protección en procedimientos de violencia doméstica y de género”, *Segundas Jornadas sobre Violencia Familiar*, Zaragoza, 18 y 19 de noviembre de 2004, www.unizar.es/sociologia_juridica/jornadas/comunic/garantiasprocesales, p. 8.

del espacio de la prohibición, no hace todo lo que está a su alcance sin riesgo propio ni de tercero para ponerse fuera del radio de aproximación²⁶².

En nuestra opinión, sin embargo, la prohibición de aproximarse no lleva implícita una correlativa obligación de alejarse, por lo que si el obligado permanece en un lugar no afectado por la prohibición, no incurrirá en la comisión del tipo previsto en el art. 468.2, por cuanto entender lo contrario entrañaría una interpretación extensiva del precepto en contra del reo vedada por nuestro Ordenamiento²⁶³. Distinto sería que al sujeto le constara que dicho lugar es o puede ser frecuentado por la víctima, pero en tal caso la conducta típica consistiría en acudir al mismo pese a representarse la posibilidad de encontrarse con aquélla, cuestión esta última sobre la que volveremos al estudiar la posible concurrencia de dolo eventual.

Los *elementos* que (de forma pacífica para la doctrina) configuran la conducta típica son los siguientes:

a) *Normativo*, consistente en la existencia y vigencia de una resolución judicial que haya acordado la prohibición de residencia, o la de aproximación o comunicación con el sujeto pasivo, bien como pena o medida de seguridad, bien como medida cautelar, no siendo necesario en este último caso que la misma sea firme.

En este sentido, y como ya se ha indicado, las reformas introducidas en el precepto por la LIVG y por la LO 5/2010 extendieron la pena del quebrantamiento del que estuviera privado de libertad, no sólo a las penas accesorias del art. 57.2 del Código Penal, sino también a las previstas en el art. 48, a las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en relación a las víctimas de violencia doméstica o de género, y a la libertad vigilada.

En el caso de que la prohibición hubiera sido dejada sin efecto, pero dicha resolución no hubiera sido aún notificada a las partes, entendemos que, aunque el sujeto se haya acercado o comunicado con la víctima en la creencia de que la medida estaba vigente, no puede imputársele la comisión de un delito de quebrantamiento, al no

²⁶² Fundamento de Derecho Segundo: “No puede realizar el tipo penal del quebrantamiento de condena la conducta pasiva del sujeto obligado, en los casos, como el presente, en los que resulta ser la persona protegida por la prohibición la que, consciente o inconscientemente de la presencia del condenado, se acerca hacia éste; a menos que, conocedor el condenado de hallarse dentro del espacio de la prohibición, y pudiendo hacerlo sin riesgo propio o para tercero, no haga todo lo que esté a su alcance para ponerse fuera del radio al que tiene prohibida la aproximación”.

²⁶³ En idéntico sentido, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 13.

concurrir el elemento normativo consistente en que exista, en el momento de cometerse los hechos, una prohibición de aproximarse o comunicarse con aquélla²⁶⁴. Y, asimismo, si por parte de una persona se produjera un acercamiento o acto de comunicación antes de serle notificada la resolución en la que la prohibición se ha impuesto, tampoco podría entenderse cometido el delito, al faltar el dolo al que posteriormente aludiremos²⁶⁵.

b) *Objetivo*, determinado por el incumplimiento de la pena o medida, concretado en los actos materiales tendentes a infringir la concreta prohibición acordada, y sin que se exija que dicha vulneración cause daño alguno adicional o perjuicio o riesgo concreto para la persona respecto de la que se ha acordado aquélla, lo que según nuestro criterio determina que la concurrencia o no de dicho peligro o daño sean irrelevantes para la comisión del tipo que nos ocupa²⁶⁶.

En nuestra opinión, como ya hemos indicado, a diferencia del tipo contemplado en el apartado 1 del art. 468, el delito del art. 468.2 del Código Penal no admite formas omisivas de comisión, debiendo exigirse una conducta activa por parte del autor. Sin embargo, en relación a la prohibición de comunicación, es posible que ésta se establezca sin contenido oral, como ocurre por ejemplo en los supuestos en que el obligado por la pena o medida efectúa una llamada telefónica a la persona protegida y guarda silencio cuando ésta descuelga²⁶⁷; conducta que en todo caso habrá entrañado una actividad por parte del mismo dirigida a establecer contacto con el sujeto pasivo, y que por tanto no puede considerarse omisiva.

Asimismo, como analizaremos posteriormente, existen discrepancias doctrinales y jurisprudenciales acerca de si es necesario haber efectuado un requerimiento en forma al obligado para entender cometido el tipo penal, así como en relación a la interpretación que ha de darse al art. 69 de la LIVG.

Por último, aunque también sobre este tema tendremos ocasión de volver más adelante, debe hacerse hincapié en el hecho de que, en nuestra opinión, la ausencia de consentimiento en la vulneración de la pena o medida por parte de la persona protegida

²⁶⁴ Idéntico criterio se recoge en la *SAP San Sebastián, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2011* (ROJ SAP SS 179/2011, Ponente Sra. Nazara Lacambra).

²⁶⁵ CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “La violencia de género...”, cit., p. 1739.

²⁶⁶ En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 3015, con cita de la *SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 7 de marzo de 2005* (ROJ SAP T 480/2005, Ponente Sr. Perarnau Moya), a la que hemos hecho referencia en relación al bien jurídico protegido.

²⁶⁷ Alude a este ejemplo MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 252, que entiende que ello constituye “un acto de intimidación”; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 317.

por la misma no constituye en ningún caso elemento del tipo, por lo que en modo alguno puede considerarse atípica la conducta del que quebranta la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima con su aquiescencia²⁶⁸.

2.1.- Elemento normativo.

2.1.1.- Resoluciones judiciales susceptibles de integrar el ámbito normativo del precepto.

A la vista del tenor literal del precepto, y en base a lo expuesto, la resolución judicial susceptible de integrar el elemento normativo del art. 468.2 del Código Penal podrá venir constituida por alguna de las siguientes:

a) Sentencia de condena que imponga alguna de las penas contempladas en el art. 48 del Código Penal, esto es, privación del derecho a residir en determinados

²⁶⁸ Así lo advierte, calificando de “craso error” el hecho de que en la *STS de 26 de septiembre de 2005* (ROJ STS 5567/2005), que posteriormente analizaremos, se otorgue la categoría de elemento del tipo a la voluntad de la víctima, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 410. También, DÍAZ GONZÁLEZ, E.: “La reconciliación entre víctima y agresor durante la vigencia de la pena de alejamiento: conflicto entre realidad y norma jurídica”, *I Congreso Virtual sobre Historia de las Mujeres*, 15 a 31 octubre 2009, pp. 9-10; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 3015-3016, con referencia jurisprudencial; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 26; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 228; MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 2; MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género y delito de quebrantamiento de condena”, *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (Martín López, Velasco Retamosa –Coord.-), Civitas, 2014, p. 304, afirmando dicha autora que “desde el principio de tipicidad, el tipo penal del art. 468 del Código Penal no establece ninguna relevancia de dicho consentimiento”; MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la mujer beneficiaria de la misma. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 2005”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 26, 2005, p. 19. En el mismo sentido, *SAP Cádiz, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2003* (ROJ SAP CA 135/2003, Ponente Sr. Marín Fernández), *SAP Lleida, Sec. 1ª, de 25 de agosto de 2015* (ROJ SAP L 630/2015, Ponente Sr. García Navascués), y *SAP Coruña, Sec. 1ª, de 21 de enero de 2015* (ROJ SAP C 75/2015, Ponente Sra. Llamazares López).

Criterio contrario, sin embargo, como luego analizaremos, mantienen otros autores, como ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 2018, entendiendo que, en relación a las medidas cautelares, “podría admitirse que el tipo objetivo del delito del art. 468 requiere un elemento no escrito (implícito) en el mismo, como es el de que la aproximación de la víctima se lleve a cabo contra su voluntad, por lo que el consentimiento de la víctima excluiría la tipicidad del hecho”; también, GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., p. 362, con cita de ANADÓN JIMÉNEZ; MAGRO SERVET, V.: “La agravación específica del quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género (artículos 153, 171, 172 y 173.2 CP)”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6396, 10 enero 2006, p. 15, considerando que, si la iniciativa de reanudar la convivencia parte de la víctima, la conducta del obligado será atípica por falta de dolo; PÉREZ RIVAS, N.: “La problemática del quebrantamiento consentido de la prohibición de aproximación”, *Género y sistema penal: una perspectiva internacional* (Faraldo Cabana –Dir.-, Iglesias Skulj –Coord.-), Comares, 2010, p. 162; SÁNCHEZ PARRA, F. J.: “Delito de quebrantamiento de medida cautelar: alejamiento en vigor, cuya retirada fue solicitada por la víctima. La importancia de la convivencia”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008, p. 2; también, en relación al delito de desacato del art. 240 del Código de Procedimiento Civil chileno, y cuando se vulnera una medida cautelar (y no una pena), VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento...”, cit., p. 170.

lugares o acudir a ellos (que impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos²⁶⁹); prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (que impide al condenado acercarse a ellos, así como a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuenten); o prohibición de comunicarse con las referidas personas, que impide al penado establecer contacto con ellas por cualquier medio.

Llama la atención, por lo que respecta a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, que el legislador haya restringido a la víctima y a su familia el círculo de personas amparadas, sin permitir su extensión (como sí se prevé respecto de las prohibiciones de aproximación y comunicación) al lugar en el que residan otros sujetos que determine el juez o tribunal. Ello ha merecido, acertadamente, la crítica de MAPELLI CAFFARENA, que considera que dicha restricción “responde a una injustificada protección tribal de los parientes” que deja fuera a terceras personas cuya integridad o dignidad debió ser también tenida en cuenta²⁷⁰.

En cuanto a la prohibición de aproximación, FARALDO CABANA entiende que la relativa a acercarse al domicilio, lugar de trabajo u otro que sea frecuentado por aquéllos a los que refiere la pena ha de considerarse aplicable únicamente en los casos en que los mismos se encuentren en dichos sitios, ya que otra interpretación entrañaría “una importante restricción a la libertad de movimientos”²⁷¹. En nuestra opinión, sin embargo, el delito se cometerá si el sujeto obligado se acerca a cualquiera de dichos lugares a una distancia menor de la indicada, con independencia de que el sujeto respecto de quien tiene prohibida la aproximación se encuentre o no en el mismo. Y ello no sólo por el propio tenor literal del precepto, sino porque el hecho de que la prohibición entrañe la imposibilidad de acudir a los referidos lugares tiene por objeto en última instancia proteger a la víctima y proporcionarle la seguridad de que no se

²⁶⁹ MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 52, que entiende que, por extensión a la referencia que el art. 544 *bis* de la LECrim realiza a “un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma”, es posible definir en la sentencia un ámbito especial de prohibición en dichos términos; en el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 11.

²⁷⁰ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 250-251; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 315.

²⁷¹ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 72-73.

encontrará con el condenado en ninguna de las esferas de su vida personal y profesional²⁷².

Por otra parte, y en cuanto al elenco de delitos relacionados en el art. 57.1 del Código Penal y respecto de los que procede imponer la pena accesoria de prohibición de aproximación, se han planteado por la doctrina singularmente dos cuestiones: la primera consiste en encontrar paradójico que el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del art. 468.2 se halle excluido de la relación del art. 57.1 del Código Penal, en el que sí se contemplan sin embargo otros tipos penales que no protegen bienes personales de la víctima (como los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico); lo que impide imponer, en las condenas por delito de quebrantamiento, la referida pena accesoria, ni con carácter obligatorio ni de modo facultativo, pese a venir dicha condena determinada por la vulneración de una prohibición de igual naturaleza que se ha revelado ineficaz²⁷³.

La segunda plantea si es aplicable el precepto al delito de maltrato de obra sin lesión previsto y penado en el art. 153 del Código Penal, al no referir expresamente al mismo el art. 57.1. Cuestión que, con carácter general, ha recibido una respuesta favorable por parte de la doctrina²⁷⁴ al entender que la relación contenida en el art. 57.1 lo es en referencia a los Títulos correspondientes del Código Penal y encontrarse el art. 153 comprendido en el Título III del Libro II de dicho texto legal (“De las Lesiones”). Criterio que también se adoptó por los *Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género* en las *Conclusiones* elaboradas tras la celebración del *Seminario de Formación* organizado por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005²⁷⁵, si bien curiosamente no se siguió por el *Tribunal Supremo* en la *Sentencia de 22 de octubre de 2009* (ROJ STS 6468/2009, Ponente Sr. Ramos Gancedo), en la que se desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en el que solicitaba la imposición de la pena de alejamiento del art. 57.2 del Código Penal a un sujeto condenado por un delito del art.

²⁷² En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 322.

²⁷³ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 14.

²⁷⁴ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 13; MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 69-70; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 238; MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas...”, cit., pp. 15-16, con cita de MAGRO SERVET.

²⁷⁵ “73 criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género (Ferrer García y Magro Servet –Directores-)”, *Consejo General del Poder Judicial*, p. 15, www.poderjudicial.es.

153 de dicho texto legal, entendiendo que dicho tipo penal no se contempla entre los delitos relacionados en el art. 57.1²⁷⁶. Como señala MANJÓN-CABEZA OLMEDA, dicho razonamiento no sólo obvia, como antes se ha indicado, el hecho de que el art. 153 está ubicado en el Título “De las Lesiones”, y que a ellas refiere el art. 57, sino que “no deja de ser llamativo que el alejamiento obligatorio, que es el remedio estrella para los casos de violencia doméstica, no se aplique al art. 153, que es el buque insignia de ese tipo de violencia”²⁷⁷.

b) Sentencia de condena que imponga, en relación a sujetos declarados inimputables o semiinimputables y conforme a lo dispuesto en el art. 105 del Código Penal, alguna de las referidas prohibiciones como medida de seguridad no privativa de libertad. Prohibiciones que, tras la reforma operada por la *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*²⁷⁸, se contemplan, no con sustantividad propia, sino dentro de la medida de libertad vigilada²⁷⁹, y cuyo contenido material no difiere del de las homólogas penas privativas de derechos, aunque los criterios y presupuestos para su imposición varíen en función de que se acuerden (en atención a las circunstancias personales del sujeto, y particularmente a las intelecto-volitivas) como pena o como medida de seguridad²⁸⁰.

Algún autor entiende que carece de justificación extender el ámbito objetivo del delito de quebrantamiento al incumplimiento de las medidas de seguridad. Así, MAPELLI CAFFARENA considera que esta extensión constituye un ejemplo

²⁷⁶ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) El reproche no puede ser acogido porque, contra lo que sostiene el motivo casacional, entre los delitos previstos en el art. 57.1, no se contempla el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado, pues aunque el delito de maltrato en el ámbito familiar se incluya dentro del Título III del Libro II “De las lesiones” y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de “lesiones”, esta aplicación se tendrá que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada -como es el caso- se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro “sin causarle lesión”, constitutiva de delito”.

²⁷⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 238. En idéntico sentido, considerando que el delito del art. 153 guarda relación de homogeneidad con el de lesiones, y que “una interpretación distinta” resultaría “*contra legem*”, RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización. Perspectiva desde la práctica judicial”, *III Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Justicia y Seguridad. Nuevos retos*, 2012, www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias/Rubio-Encinas.pdf, pp. 28-29.

²⁷⁸ BOE de 23 de junio de 2010.

²⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA califica en este sentido la libertad vigilada de “macromedida” consistente en un “registro punitivo bajo el cual se recogen numerosas formas de restringir el ejercicio de derechos bajo el control judicial” (*Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 377-378; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 360).

²⁸⁰ RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (Rueda Martín, Boldova Pasamar –Coord.-), Atelier, 2004, p. 305, con cita de GRACIA MARTÍN.

paradigmático de los inconvenientes que supone regular en el Código Penal todo lo relativo a las medidas de seguridad, entendiéndose que se produce un “efecto contagio” de disposiciones que están pensadas exclusivamente para las penas²⁸¹. Y ello indicando además que es dudoso que el quebrantamiento de una medida de seguridad entrañe una lesión del bien jurídico protegido, “por cuanto el interés del Estado por reforzar la potestad jurisdiccional no presenta igual intensidad cuando se trata de una pena o una medida”²⁸². FARALDO CABANA afirma en este sentido que la deducción de dicho testimonio por quebrantamiento “simplemente servirá, en su caso, como presupuesto para la imposición de otra medida de seguridad”²⁸³. En nuestra opinión, sin embargo, es adecuada la previsión de extender el ámbito objetivo del delito a las medidas de seguridad, sin perjuicio de que, en sede de culpabilidad, se valore la situación intelecto-volitiva del sujeto en el momento de vulnerar la concreta prohibición impuesta; y ello habida cuenta que no todas las situaciones que afectan a la imputabilidad del sujeto tienen carácter permanente ni irreversible, y que, como apunta MAZA MARTÍN²⁸⁴, siendo uno de los requisitos de la inimputabilidad la relación entre la patología psíquica con el delito cometido, quien resulta exento de responsabilidad respecto de una infracción penal, no tiene por qué serlo forzosamente para el quebrantamiento de la medida que por razón de la comisión de aquella se le impuso.

c) Auto de Orden de Protección, dictado al amparo del art. 544 *ter* de la LECrim, en el que se acuerde alguna de las referidas prohibiciones como medida cautelar penal en relación a alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, tal y como exige el apartado 1 de aquel precepto.

d) Auto de medidas cautelares penales dictado con fundamento en los arts. 544 *bis* y 13 de la LECrim en relación a víctimas de alguno de los delitos contemplados en el art. 57 del Código Penal. Resolución susceptible de integrar el ámbito normativo del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal aunque el art. 544 *bis* de la LECrim prevea además un régimen especial de consecuencias, imponiendo la obligación, en caso de vulneración de las medidas adoptadas al amparo de dicho precepto, de convocar la comparecencia del art. 505 del referido texto legal a fin de

²⁸¹ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 391-392. Crítica también esta confusión entre penas y medidas, SANZ MORÁN, Á. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, 2003, p. 235.

²⁸² MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 391-392.

²⁸³ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 130.

²⁸⁴ MAZA MARTÍN, J. M.: “Medidas de seguridad...”, cit., p. 16.

acordar una orden de protección, medidas que comporten una mayor limitación de la libertad personal del obligado e incluso la prisión provisional²⁸⁵. Cuestión ésta sobre la que más adelante volveremos.

e) Auto de medidas cautelares dictado al amparo del art. 64 de la LIVG, en el que se acuerde, en relación a una víctima de violencia de género, a los descendientes de la misma o del agresor, o a los menores o personas con discapacidad que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la víctima, alguna o algunas de las siguientes medidas: salida del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo con la presunta víctima o tenga su residencia la unidad familiar, y prohibición de volver al mismo²⁸⁶; prohibición de aproximación a la persona protegida (que impedirá al inculcado acercarse a ella, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente); o prohibición de comunicación con la persona o personas que se indique²⁸⁷. Medidas que, a diferencia de las que se adoptan al amparo del art. 544 *bis* de la LECrim, podían acordarse, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, no sólo en

²⁸⁵ En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1417, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1954.

²⁸⁶ Dicha medida, ya implícita en el art. 544 *bis* de la LECrim, ha sido valorada positivamente por la doctrina, por cuanto expresamente “afianza la posición de la víctima” en orden a evitar que sea ella la que tenga que abandonar el domicilio para eludir ulteriores episodios de violencia (GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 88); MORENO CATENA considera en este sentido que la previsión legal “perfecciona y concreta su aplicación al ámbito específico de los delitos de violencia de género”, no haciendo depender la permanencia del obligado en el domicilio de lo que haga la víctima (MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., pp. 193 y 202); SÁNCHEZ BARRIOS entiende que la terminología utilizada por el legislador es “más clara, más entendible y accesible para todos”, y que la salida del inculcado por violencia de género del domicilio constituye “una importante medida preventiva a favor de las víctimas de este tipo de violencia” (SÁNCHEZ BARRIOS, I.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 258); por su parte, VELASCO NÚÑEZ afirma que la terminología utilizada en la LIVG, “menos técnica”, resulta “más accesible al ciudadano” (VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares...”, p. 63); sin embargo, dicho autor considera que la adopción de la medida de prohibición de aproximación “supone hacer redundante y superflua la de salida del domicilio del primer párrafo del art. 64” de la LIVG, “pues una está absorbida en la otra” (“Las medidas cautelares...”, cit., p. 64); también consideran que dicha previsión “no añade nada nuevo”, por cuanto es “primera consecuencia necesaria” de la ejecución de la medida de prohibición de aproximación, GONZÁLEZ ALCALÁ, M. J., SERRANO ROMERO, J. F.: “Las medidas cautelares en las causas de violencia de género. Especial referencia a su ejecución”, *La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, nº 40, abril 2007, p. 4; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Las medidas...”, cit., pp. 424-425; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: *Medidas judiciales de protección...*, cit., p. 20.

²⁸⁷ En relación a las tres últimas resoluciones referidas, ARANGÜENA FANEGO hace referencia a la existencia, en nuestro Ordenamiento jurídico, de “tres niveles de protección para las víctimas de violencia intrafamiliar”: uno general (arts. 13 y 544 *bis* de la LECrim), otro reforzado para supuestos de violencia doméstica (544 *ter* de la LECrim), y un tercer nivel de máxima tutela que añade la LIVG (ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 575).

relación a hechos constitutivos de presunto delito, sino también respecto de presuntas faltas²⁸⁸.

f) Auto reconociendo, en relación a víctimas de delitos que pongan en peligro la vida, la integridad física o psicológica, la dignidad, la libertad individual o la integridad sexual, una Orden Europea de Protección emitida por la autoridad de otro Estado miembro con fundamento en el art. 138 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*²⁸⁹. Resolución en la que se impondrá al imputado o condenado por alguno de los referidos delitos “cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida”, y, por tanto, cualquiera de las que se han indicado como medidas cautelares. Cuestión ésta, la del quebrantamiento de las medidas acordadas como consecuencia del reconocimiento de una Orden Europea de Protección, que analizaremos más adelante en profundidad.

g) Auto dictado en virtud de lo dispuesto en el art. 158.4º y 5º del Código Civil, tras su reforma por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*²⁹⁰, ordinales que habilitan respectivamente al juez para adoptar, dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, “la medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad”, y “la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”.

Sin embargo, en nuestra opinión, la vulneración de las medidas que se adopten al amparo de lo establecido en los apartados 4º y 5º del art. 158 del Código Civil tras la reforma del mismo por la *Ley 26/2015, de 28 de julio*, podrá ser constitutiva del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal únicamente cuando las mismas se

²⁸⁸ Así lo hace ver CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 73, si bien haciendo notar que las faltas contra las personas que pueden cometerse en el ámbito de la violencia de género difícilmente serán compatibles con la necesidad objetiva de peligro y proporcionalidad que se exigen para la adopción de las medidas cautelares.

²⁸⁹ BOE de 21 de noviembre de 2014, con entrada en vigor a los veinte días de su publicación (Disposición Final Cuarta).

²⁹⁰ BOE de 29 de julio de 2015, con entrada en vigor a los veinte días de su publicación (Disposición Final Vigésimoprimer).

hubieran acordado en un procedimiento penal, puesto que el referido tipo delictivo exige para su comisión que se vulnere una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal 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 art. 173.2 de dicho texto legal. En otro caso, esto es, cuando dichas medidas se hubieran adoptado en un procedimiento civil o de jurisdicción voluntaria, el tenor literal del precepto impide aplicar el citado apartado, aunque la conducta podría ser subsumible, bien en el art. 468.1 castigándose con pena de multa, bien en el art. 556.1, considerándose constitutiva de delito de desobediencia. Solución que sin embargo no resulta satisfactoria, por cuanto, de un lado, dichas medidas cautelares tienen la misma naturaleza que las penas contempladas en el art. 48 del Código Penal, y, de otro, es posible que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer adopte las mismas tanto en un procedimiento penal como en el civil de separación, divorcio o de medidas relativas a hijos menores (singularmente en los casos en que el primero se hubiera remitido al órgano competente para el enjuiciamiento), por lo que, siendo la resolución judicial idéntica en cuanto a su contenido, las consecuencias jurídicas de su quebrantamiento serían muy diferentes exclusivamente en función del tipo de procedimiento en el que la misma se hubiera acordado.

2.1.2.- Medidas excluidas del ámbito normativo del precepto.

Habida cuenta que el art. 468.2 hace referencia a alguna de las penas contempladas en el art. 48 del Código Penal o a una medida cautelar o de seguridad “de la misma naturaleza”, ha de entenderse, a la luz del tenor literal del precepto, que quedan excluidas de su ámbito de aplicación otro tipo de medidas, como las de naturaleza civil acordadas en Orden de Protección al amparo de lo dispuesto en el art. 544 *ter*, apartado 7, de la LECrim²⁹¹.

²⁹¹ En el mismo sentido, CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1128; CHARCO GÓMEZ, M. L.: “La orden de protección...”, cit., p. 19; DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Tutela Cautelar...*, cit., p. 368; GONZÁLEZ ALCALÁ, M. J., SERRANO ROMERO, J. F.: “Las medidas cautelares en las causas...”, cit., pp. 13-14; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., p. 21; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 10, que indica que las medidas civiles quedan “extramuros” del precepto; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 217, que entiende que en tal caso cabrá apreciar un delito de desobediencia; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, p. 363, extendiendo dicha consideración a todas las medidas de naturaleza civil;

La *Circular de la Fiscalía General del Estado n° 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección*, considera, en relación al incumplimiento de las referidas medidas civiles, que dichas conductas deben subsumirse en los delitos tipificados en los arts. 226 (abandono de familia) ó 227 (impago de pensiones) del Código Penal, o en el de desobediencia si concurrieran los demás requisitos fácticos exigidos en este tipo penal. Para llegar a dicha conclusión, la Circular se basa en que “al redactarse dicho precepto, se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de medidas cautelares penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles (...)”.

En nuestra opinión, también deberán excluirse por el mismo motivo las medidas cautelares contempladas en los arts. 65, 66 y 67 de la LIVG (suspensión de la patria potestad, del régimen de visitas y del derecho a la tenencia, porte y uso de armas), quedando incluidas en el ámbito material del precepto exclusivamente las reguladas en el art. 64 (salida del domicilio, alejamiento y suspensión de las comunicaciones), al ser las únicas que revisten la misma naturaleza que las previstas en el citado art. 48²⁹².

Tampoco la vulneración de las prohibiciones impuestas como condición para la suspensión de la pena privativa de libertad (o, con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 1/2015, para la sustitución de la misma), *ex* art. 83.2 (y, antes de la reforma operada por dicha norma, *ex* arts. 84.3 y 88.2 del Código Penal), que más adelante analizaremos, dará lugar en nuestra opinión a la comisión del tipo, al no referir el tenor

MÉNDEZ CORTÉS, C.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 18; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”, *Delitos de violencia en el ámbito familiar: las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 75-76, en relación a los subtipos agravados; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 321; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento...*, cit., p. 32; SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica...”, cit., p. 88.

²⁹² En contra, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 401-402, que entiende que todas las medidas contempladas en los arts. 64 a 67, ambos inclusive, de la LIVG, deben considerarse “de la misma naturaleza” que las previstas en el art. 48 a los efectos de integrar el tipo de quebrantamiento del art. 468.2 en caso de incumplimiento, “dado el espíritu que preside su inclusión en el Capítulo IV y la voluntad del legislador de 2004 de equipararlas y considerarlas todas medidas cautelares”. También aboga por la inclusión de dichas medidas JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (alcance de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, 2006, pp. 73-74.

literal del precepto a las mismas y no tener carácter de pena, medida de seguridad ni medida cautelar²⁹³.

Por último, consideramos que, por el mismo motivo, tampoco se entenderán comprendidas en el ámbito objetivo de aplicación del precepto las vulneraciones de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación previstas en los arts. 83 y 96.3 del Código Penal con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, cuando las mismas se imponían como reglas de conducta al amparo de lo dispuesto en el art. 90.2 de dicho texto legal por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al decretar la libertad condicional de un penado.

2.2.- Elemento objetivo.

2.2.1.- Exigencia de requerimiento.

No es pacífica, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, la cuestión relativa a si es preciso haber efectuado un requerimiento en forma al obligado para entender cometido el tipo penal que nos ocupa. Dicho de otra manera, si el referido requerimiento constituye también elemento objetivo del delito previsto y penado en el art. 468.2 del Código Penal.

MAGRO SERVET²⁹⁴ considera en este sentido, tanto en relación a la medida cautelar como respecto de la sentencia de condena, que basta la notificación personal de

²⁹³ En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 276; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 19; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 219; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 247, y MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 314; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 8; PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Tutela penal. Problemas de interpretación de algunos tipos penales en el ámbito de la violencia de género y doméstica”, *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, nº 2006, 2006, p. 18; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., p. 318.

En contra, analizando la reforma de los subtipos agravados del delito de violencia habitual del art. 173.2, que hace también referencia a “prohibición de la misma naturaleza”, CRUZ BLANCA, M. J.: “Los subtipos agravados...”, cit., p. 158; también, FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor”, *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, Ángela Figueruelo Burrieza, 2008, p. 116; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., p. 71.

²⁹⁴ MAGRO SERVET, V.: “Problemática en los actos de comunicación en las medidas cautelares y penas en la violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2011, pp. 2-15. También, del mismo autor, *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 191, “Criterios orientativos ante problemas en el juicio oral en materia de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 1, 2013, pp. 21-31, “No

la resolución en donde conste expresamente la pena o medida, sin necesidad de que medie un requerimiento expreso ni de que (caso de tratarse de sentencia firme condenatoria) se incoe ejecutoria y se practique liquidación de condena para, si se vulnera, entender cometido el delito, por cuanto entiende que basta a tales efectos que el imputado o condenado tenga conocimiento cabal y expreso de que existía la orden. En su opinión, en consecuencia, no se exige como elemento del tipo intimación o requerimiento alguno más allá de la mera notificación de la resolución en la que se acuerda la pena o medida, que acreditará en su caso que el sujeto activo tenía pleno conocimiento de la prohibición impuesta, constituyendo el requerimiento y la liquidación de condena meros actos formales de ejecución cuya ausencia no impide aplicar esta figura²⁹⁵. SALCEDO VELASCO va más allá incluso y considera que, por encima de la notificación personal, ha de primarse si el sujeto tenía conocimiento personal, formal o no, de la prohibición, pues dicho conocimiento puede probarse respecto de quien se encuentra en rebeldía para impedir la notificación formal de la resolución²⁹⁶.

Para un sector mayoritario, sin embargo, sí es preciso que, además de la notificación de la resolución, se practique el correspondiente requerimiento en el que se advierta al obligado de la responsabilidad en que puede incurrir en caso de incumplimiento²⁹⁷, con obligación, en caso de tratarse de sentencia firme, de practicar la

requerimiento al condenado en los casos de condena de orden de alejamiento: SAP Alicante, Sección 1ª, 19 junio 2012”, *La Ley Penal*, nº 8270, 2012, pp. 2-10, “Sentencias absolutorias en la violencia de género y medidas cautelares adoptadas: ¿hay que alzarlas o se mantienen hasta la firmeza?”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 101, 2013, pp. 2-5, “La no vigencia de las medidas de protección tras sentencia absolutoria (análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2012, de 13 de febrero de 2012)”, *La Ley Penal*, nº 94-95, 2012, pp. 2-3, “¿Es preciso que se practique al condenado en la pena o medida de alejamiento un requerimiento para entender que si la incumple ha cometido un delito de quebrantamiento de condena?”, SP/DOCT/4102, Sepín, 2009, pp. 6-7 y 10, y “Análisis de la STC 16/2012, sobre la no vigencia de las medidas de protección tras sentencia absolutoria”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 49, 2014, p. 186.

²⁹⁵ En el mismo sentido, CABALLERO GEA, J. A.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 160, si bien considera que ha de existir constancia en las actuaciones de la notificación fehaciente de la resolución y de que el destinatario conoce el tiempo y modo en que ha de cumplir la misma; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1128 y 1130, entendiendo que no basta que el obligado haya tenido conocimiento de la resolución por otros medios, sino que la notificación de la misma se erige en presupuesto normativo del delito; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden de protección”, SP/DOCT/18875, Sepín, 2014, pp. 5-6; GONZALO RODRÍGUEZ, M. T.: “Quebrantamiento de condena en los delitos de violencia de género: cuestiones prácticas”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 96-97, sept.-oct. 2012, p. 10.

²⁹⁶ SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 315.

²⁹⁷ Así, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: “Medidas cautelares...”, cit., p. 234. En el mismo sentido, FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., p. 119; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 20; JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el

correspondiente liquidación de condena y notificación de la misma al penado con indicación de la fecha a partir de la cual comienza la ejecución, del tiempo de abono de la medida cautelar en su caso y de la fecha de terminación.

En relación a este tema, la postura del Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial ha variado. Así, en el *Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de enero de 2011*²⁹⁸, se propuso adicionar un apartado 3º al art. 468 del Código Penal, al objeto de acabar con la inseguridad jurídica que entraña la falta de solución a este conflicto, con la redacción siguiente: “Se entenderá cometido el delito de quebrantamiento con la mera notificación al obligado al cumplimiento de la resolución que acuerde la pena o medida”. Sin embargo, dos años después, en la *Guía de criterios de actuación judicial contra la violencia de género; actualización 2013*, se consideró que era necesario, para entender cometido el delito de quebrantamiento de medida cautelar, que se documentara debidamente por el Secretario Judicial²⁹⁹ no sólo la notificación personal de la resolución al imputado, sino un requerimiento de cumplimiento con apercibimiento expreso de incurrir en el referido tipo penal³⁰⁰. Conclusión idéntica a la que se había alcanzado respecto de los quebrantamientos de condena en el *Seminario sobre Criterios de Interpretación de la*

quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, p. 127; JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar. Violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género: criterios de interpretación en sede de Juzgados de Violencia sobre la Mujer)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 33, 2009, p. 8; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 5; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. M.: “Problemas derivados de la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49) y de la pena de alejamiento (art. 57), así como de la suspensión de penas (arts. 83 y 84), en cuanto a la preceptiva remisión a los planes formativos. Experiencias prácticas”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 49, 2008, p. 13; SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento de la condena...”, cit., pp. 9 y 35, considerando que la apreciación de error de prohibición implica reconocer que el órgano judicial no ha realizado adecuadamente su labor desde el momento en que dicho requisito de requerimiento con apercibimiento no se ha cumplido.

²⁹⁸ Apartado II.5.3. www.poderjudicial.es.

²⁹⁹ Tras la entrada en vigor, el 1 de octubre de 2015, de la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE de 22 de julio de 2015), las referencias al Secretario Judicial deberán entenderse realizadas al Letrado de la Administración de Justicia.

³⁰⁰ www.poderjudicial.es: “(...) Para el supuesto de incumplimiento [de la medida cautelar], que pueda dar lugar a un presunto delito de quebrantamiento de medida cautelar, se hace preciso no sólo la notificación personal al imputado sino un requerimiento de cumplimiento efectuado por el/la Secretario/a Judicial, debidamente documentado, con el apercibimiento expreso de delito de quebrantamiento”.

Ley Integral en sede de enjuiciamiento, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009³⁰¹.

También la jurisprudencia se encuentra dividida a la hora de pronunciarse sobre la exigibilidad o no de dicho requisito. Así, a título de ejemplo, la *SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 13 de abril de 2009* (ROJ SAP CA 644/2009, Ponente Sr. Grosso de la Herrán), en relación al incumplimiento de una sentencia firme dictada con conformidad del acusado, confirma el pronunciamiento absolutorio en un supuesto en que dicho requerimiento no se había producido³⁰², declarando también la exigencia de dicho requerimiento con los apercibimientos oportunos la anteriormente citada *SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 7 de marzo de 2005* (ROJ SAP T 480/2005, Ponente Sr. Perarnau Moya)³⁰³, y la *SAP Barcelona, Sec. 7ª, de 26 de abril de 2005* (ROJ SAP B 4111/2005, Ponente Sr. Pérez Máiquez)³⁰⁴.

Por el contrario, la *SAP Málaga, Sec. 2ª, de 2 de mayo de 2007* (ROJ SAP MA 983/2007, Ponente Sr. Morales González), también en relación a la vulneración de una sentencia de conformidad, declara que no es preciso el acto formal del requerimiento para entender cometido el delito de quebrantamiento, bastando la notificación personal de la resolución en la que se establece la prohibición³⁰⁵. En el mismo sentido se pronunció la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 23 de mayo de 2007* (ROJ SAP B 8310/2007, Ponente Sra. Sotorra Campodarve), en relación a una medida cautelar³⁰⁶, y, *obiter dicta*, la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 18 de mayo de 2015* (ROJ SAP GR 917/2015, Ponente Sra. González Niño), que declara que, a efectos de entender cometido el referido tipo penal,

³⁰¹ Conclusión 38ª. www.poderjudicial.es.

³⁰² “(...) el principio de seguridad jurídica exige que el penado tenga puntual y expreso conocimiento no sólo de la existencia de la prohibición, sino además de la fecha de inicio de la condena, pues sólo de este modo puede conocer hasta cuándo impera el mandato prohibitivo, para lo cual resulta indispensable el requerimiento apuntado e incluso resulta aconsejable la notificación de la práctica de la liquidación de la pena que obligadamente ha de hacerse en la ejecutoria”.

En el mismo sentido, *SAP Madrid, Sec. 17ª, de 14 de febrero de 2006* (SAP M 1498/2006, Ponente Sr. Ventura Faci).

³⁰³ Fundamento de Derecho Primero.

³⁰⁴ Fundamento de Derecho Tercero.

³⁰⁵ Fundamenta dicha conclusión en el hecho de que ninguna norma procesal de las relativas a ejecución de las penas contempla la necesidad de un requerimiento, y entiende así que basta conocer el contenido de la prohibición para poder obrar de acuerdo con ella, por lo que “carece de sentido esperar una actuación del órgano judicial que redunde en ello, no siendo estrictamente necesaria la advertencia o apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena, pues no es elemento del tipo tal prevención” (Fundamento de Derecho Tercero).

³⁰⁶ Sin embargo, la misma Sección y Ponente, en *Sentencia de 9 de mayo de 2007* (SAP B 8296/2007), absuelve al acusado de un delito de quebrantamiento de condena por cuanto, al no haberse practicado el requerimiento y la liquidación, aquél no podía tener pleno conocimiento del alcance de la prohibición, de tal manera que “la simple notificación de la sentencia (...) resulta insuficiente para sustentar el veredicto condenatorio”.

“es irrelevante que no conste en la Causa el requerimiento expreso al cumplimiento de esa condena y la liquidación de la misma cuando existe prueba suficiente de que la prohibición estaba en vigor a la fecha de los autos y que el acusado conocía perfectamente esta circunstancia y el significado de esa pena y sus consecuencias”³⁰⁷.

Interesante resulta también a estos efectos la *STS de 1 de diciembre de 2010* (ROJ STS 6966/2010, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater)³⁰⁸, que, en relación a un supuesto en el que la Policía Local notificó una medida cautelar al acusado sin efectuar un requerimiento en forma, casó la sentencia de instancia, que había absuelto a aquél de un delito de quebrantamiento, condenándole por la comisión del tipo previsto en el art. 468.2 del Código Penal, indicando que los defectos formales que puede haber tenido el acto de la notificación no excluyen el conocimiento que de hecho tuvo el acusado de que no podía acercarse a la víctima, y que otra interpretación del referido delito “sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida”. No obstante, el Magistrado del Tribunal Supremo Sr. Varela Castro formuló un voto particular frente a la referida Sentencia, en el que, invocando, entre otros preceptos, el art. 64.5 de la LIVG y el art. 180 de la LECrim, concluye que “cuando la resolución judicial no ha sido debidamente notificada no tiene vigencia, no produciendo efectos”, y que por tanto el acusado “no había asumido el estatuto de sometido a medida cautelar”, conociera el mismo o no los términos de la misma.

También la *STS de 21 de junio de 2013* (ROJ STS 4110/2013, Ponente Sr. Sánchez Melgar), con cita de los argumentos recogidos en la anterior, sostiene el criterio de que el tipo objetivo del delito del art. 468.2 del Código Penal “sólo requiere que el autor sepa que era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima”, y que “el dolo, sólo presupone el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta lo incumple”³⁰⁹.

En nuestra opinión, la exigencia del requerimiento viene determinada por el principio de seguridad jurídica, por lo que es preciso que se haya efectuado en forma

³⁰⁷ Fundamento de Derecho Segundo.

³⁰⁸ Comparte los razonamientos contenidos en dicha Sentencia, citando otras resoluciones judiciales de Audiencias Provinciales que la invocan, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., p. 6.

³⁰⁹ Fundamento de Derecho Cuarto.

para entender cometido el tipo penal que nos ocupa. Distinto es que se haya notificado o no la liquidación de condena. Así, en las sentencias que se dictan por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer con conformidad del acusado, dicha liquidación (competencia del Juzgado de lo Penal) no se practica, pero sí, con carácter general, el requerimiento, comenzando a surtir efectos las prohibiciones contenidas en la sentencia desde el momento en que la misma se notifica al penado y se practica el mismo.

Además, en relación a las medidas cautelares, la LIVG, en el art. 64.3º, último párrafo, y 5º, recoge la exigencia de que, cuando se establezca la prohibición de aproximación o comunicación, se realice “bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal” en caso de incumplimiento³¹⁰, desplegando sus efectos aunque no hayan devenido firmes, de tal modo que los eventuales recursos que se interpongan contra las mismas tendrán únicamente efecto devolutivo (art. 766 de la LECrim).

2.2.2.- El art. 69 de la LO 1/2004. Problemática.

Las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre la vigencia de la medida de alejamiento aumentan en aquellos supuestos en que, con carácter previo a la sentencia firme de condena, se ha dictado una medida cautelar de prohibición de aproximación o comunicación y se ha previsto en el auto que estaría vigente durante la tramitación de la causa. Y ello fundamentalmente por ser divergentes las interpretaciones del art. 69 de la LIVG; precepto que establece la posibilidad de que se mantengan, tras la sentencia definitiva y durante la sustanciación de los eventuales recursos que contra la misma puedan interponerse, las medidas acordadas al amparo del Capítulo en el que está contenida la referida norma (esto es, el relativo a medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas), si bien condicionando dicha vigencia al hecho de que conste en la sentencia el mantenimiento de las mismas³¹¹.

FACHAL NOGUER y RAMOS VÁZQUEZ consideran superflua la previsión contemplada en dicha norma, pues entienden que no cabe cuestionar la vigencia de las medidas cautelares tras el dictado de sentencia condenatoria y mientras la misma no se

³¹⁰ Art. 64.3º, último párrafo, de la LIVG: “El Juez fijará una distancia mínima entre el inculcado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal”; art. 64.5º de la LIVG: “El Juez podrá prohibir al inculcado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal”.

³¹¹ Art. 69 de la LIVG: “Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas”.

declare firme, afirmando que, en consecuencia, el referido artículo carece de trascendencia práctica, siendo “connatural” al carácter cautelar de aquéllas su mantenimiento durante la tramitación de los eventuales recursos³¹².

Sin embargo, en nuestra opinión, resulta adecuado que el legislador exija un pronunciamiento expreso en sentencia, precisamente tras la valoración por el juzgador de las pruebas que se hayan articulado en el acto del juicio oral y habida cuenta que puede haber tenido lugar una variación en las circunstancias que determinaron la adopción de las medidas de protección que justifique dejar las mismas sin efecto aun en el caso en que recaiga sentencia condenatoria, debiendo además valorarse en este sentido las manifestaciones que haya realizado la víctima y su voluntad en orden al mantenimiento o no de las medidas cautelares acordadas para su tutela.

Así se concluyó también en el *Seminario sobre Criterios de Interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*³¹³, entendiéndose que en tal supuesto sería en todo caso necesario que la vigencia de las medidas se hubiera prorrogado expresamente en la sentencia, conforme exige el propio art. 69 citado.

La cuestión parecía haber quedado definitivamente resuelta tras la *STC 16/12, de 13 de febrero de 2012*³¹⁴, que, en relación a una sentencia absolutoria, declaró que la ausencia de pronunciamiento expreso sobre la prórroga de la medida cautelar comportaba la pérdida de vigencia de la misma³¹⁵. Sin embargo, incluso con posterioridad a dicha resolución, se pueden observar dos tendencias: la de un sector doctrinal y jurisprudencial que mantiene el criterio de que la previsión contenida en el art. 69 de la LIVG está concebida únicamente para el caso de que recaiga una sentencia

³¹² FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., pp. 248-253.

³¹³ Conclusión 39ª. www.poderjudicial.es.

En el mismo sentido, *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 10 de noviembre de 2011* (ROJ SAP M 16731/11, Ponente Sra. Chacón Alonso).

³¹⁴ BOE de 12 de marzo de 2012.

³¹⁵ Fundamento Jurídico Cuarto: “(...) es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal (...) conlleva la finalización de la vigencia de dicha medida en el momento en que tal Sentencia fue dictada. En consecuencia, la falta de este pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ello, su pérdida de eficacia, aunque la Sentencia dictada no fuera firme”. Establece también la Sentencia que “la argumentación utilizada (...), que viene a ligar de manera no justificada la falta de firmeza de la Sentencia absolutoria de instancia con la prórroga de la medida de alejamiento, resulta irrazonable al quebrantar el contenido del citado art. 69, siendo una interpretación inaceptable desde la perspectiva constitucional. (...) El mantenimiento de la orden de protección en este supuesto de sentencia absolutoria se supedita por el legislador (art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004), como hemos visto, a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida”.

absolutoria, sobreentendiéndose en caso contrario que la medida cautelar sigue desplegando sus efectos³¹⁶; y la de quienes entienden que la norma no es aplicable en ningún caso a las sentencias absolutorias, considerando, como MAGRO SERVET, que en dicho supuesto lo que procede es alzar de inmediato las medidas cautelares acordadas, al desaparecer el *fumus boni iuris* necesario para el mantenimiento de las mismas y no existiendo mejor constancia o prueba de que el peligro ha desaparecido objetivamente que el dictado de una sentencia absolutoria³¹⁷. Interpretación esta última que, en nuestra opinión, resulta en todo caso contradictoria con lo declarado por el propio Tribunal Constitucional en la referida Sentencia, cuyos razonamientos se invocan, en orden a entender no vigente la medida cautelar al no haberse acordado expresamente su mantenimiento en resoluciones absolutorias, por, entre otras, la *SAP Soria, Sec. 1ª, de 18 de septiembre de 2015* (ROJ SAP SO 156/2015, Ponente Sr. Sánchez Siscart)³¹⁸, y la *SAP Murcia, Sec. 3ª, de 14 de abril de 2016* (ROJ SAP MU 988/2016, Ponente Sra. Roig Angosto)³¹⁹. En la misma línea, el *AAP Cantabria, Sec. 3ª, de 2 de marzo de 2016* (ROJ AAP S 108/2016, Ponente Sra. Gallardo Monje), indica, invocando la STC 16/12, que “lo que no sería admisible sería el mantenimiento tácito de tales medidas [las cautelares de alejamiento] una vez recaída Sentencia absolutoria en la

³¹⁶ Este razonamiento es defendido por CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1169, entendiendo que el art. 69 de la LIVG afecta exclusivamente a las sentencias absolutorias, no siendo necesario, “pese a la literalidad del precepto, un pronunciamiento expreso sobre la continuidad de las medidas en caso de sentencia condenatoria”; también entiende aplicable la citada Sentencia del Tribunal Constitucional sólo a sentencias absolutorias, RIUS DIEGO, F. J.: “El quebrantamiento durante el recurso”, *La Ley Penal*, 2013, p. 5.

Se llega a dicha conclusión asimismo por la *AP Granada, Sec. 2ª, en Auto nº 644/13, de 18 de octubre de 2013* (Ponente Sr. Sáenz Soubrier), indicando que “(...) tal cosa [cancelar la medida pese a haber recaído sentencia condenatoria] sorprendería antes que nadie al reo, que no acertaría a entender cómo a partir del momento en que se le condena puede volver a aproximarse a la víctima salvo que expresamente se acuerde el mantenimiento de la medida a la que ya venía sujeto”. Y en el mismo sentido se pronuncian los *Autos de la AP Granada, Sec. 2ª, nº 71/11, de 11 de febrero de 2011* (Ponente Sr. Cuenca Sánchez), *nº 634/13, de 16 de octubre de 2013*, y *nº 759/13, de 10 de diciembre de 2013* (Ponente Sra. González Niño).

³¹⁷ MAGRO SERVET considera en este sentido que “con la absolución hay que alzar las medidas cautelares de inmediato”, calificando de “impensable” el supuesto contrario (MAGRO SERVET, V.: “Sentencias absolutorias en la violencia de género...”, cit., pp. 5 y 7-9, “La no vigencia de las medidas de protección...”, cit., pp. 3, 6-7, 10 y 12, *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 263, y “Análisis de la STC 16/2012, sobre la no vigencia...”, cit., pp. 187, 189-190 y 192); en el mismo sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares personales...*, cit., p. 313.

³¹⁸ Fundamento de Derecho Tercero: “(...) resulta evidente que en ningún caso podría concurrir la agravación específica prevista en el art. 171.5 *in fine*, tomada en cuenta en la instancia, por haberse cometido supuestamente el delito quebrantando una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, pues los hechos aquí enjuiciados sucedieron, al igual que en el supuesto de hecho examinado en la STC 16/2012, con posterioridad al dictado de la sentencia absolutoria por parte del Juzgado Penal, en fecha 10 de junio de 2015, dado que dicha sentencia no contenía pronunciamiento alguno relativo al mantenimiento de las medidas cautelares”.

³¹⁹ Fundamento de Derecho Tercero.

instancia”, pero que el art. 69 de la LIVG ampara la posibilidad de indicar en el Fallo de la misma que sólo una vez alcanzada la firmeza quedarán sin efecto aquéllas³²⁰.

También la *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 5 de octubre de 2015* (ROJ SAP M 13515/2015, Ponente Sr. Delgado Martín), revoca la condena de un sujeto por un delito de quebrantamiento invocando la citada STC y entendiendo que, al no haberse acordado expresamente en la sentencia en la que se le imponía la pena de alejamiento el mantenimiento de las medidas cautelares de la misma naturaleza, y no ser aquélla firme en el momento de tener lugar los hechos, no podía considerarse vigente la prohibición de aproximación a la víctima³²¹. Y con idéntico criterio, la *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 13 de octubre de 2015* (ROJ SAP M 14469/2015, Ponente Sr. Fernández de Marcos Morales), estima la petición del Ministerio Fiscal y acuerda expresamente en el Fallo condenatorio el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas durante la tramitación de los eventuales recursos que pudieran formularse, por estimar que “persisten las razones que llevaron a adoptar las medidas de protección de la víctima”³²².

En conclusión, no siendo pacífica la doctrina ni la jurisprudencia a la hora de determinar si cabe aplicar lo dispuesto en dicho precepto a las sentencias absolutorias, o si el mismo está pensado únicamente para las de condena³²³, y en la medida en que el legislador no distingue, consideramos que no cabe excluir las sentencias absolutorias del ámbito de aplicación del art. 69 de la LIVG, pudiendo además en todo caso estar

³²⁰ Razonamiento Jurídico Segundo.

³²¹ Fundamento de Derecho Segundo.

³²² Fundamento de Derecho Séptimo.

³²³ Entienden que es aplicable dicho precepto tanto a las sentencias absolutorias como a las condenatorias, CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1168; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 340, si bien esta autora apunta que dogmáticamente resulta difícil entender que tras una sentencia absolutoria se mantengan medidas cautelares; MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Presunción de inocencia y quebrantamiento de orden de alejamiento (exigencias constitucionales derivadas del art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre)”, *Diario La Ley*, nº 7902, 16 jul. 2012, pp. 3-4.

Sin embargo, DE LA ROSA CORTINA considera que, si la sentencia es absolutoria, debe cancelarse en todo caso la medida cautelar aunque se interponga recurso (DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 87, y *Las medidas cautelares personales...*, cit., p. 313). También FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO parece entender dicho precepto aplicable únicamente a las sentencias condenatorias (FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Perspectiva penal...”, cit., p. 12); en el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 594; CERES MONTÉS, J. F.: “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2005, p. 36; MÉNDEZ CORTÉS, C.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 12; MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 200; SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento...”, cit., p. 2; VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares...”, cit., pp. 68-69.

justificado el mantenimiento de las medidas cautelares pese a la existencia de una sentencia absolutoria y durante la tramitación de los recursos formulados frente a la misma. No hay más que pensar, en tal sentido, en los frecuentes supuestos en que dicho pronunciamiento absolutorio obedece al hecho de que la víctima se haya acogido en su declaración a la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim y en la ausencia, a juicio del juzgador de instancia, de otros indicios probatorios capaces de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

Distinto problema, sobre el que también conviene llamar la atención, es el que supone el lapso de tiempo, a veces prolongado, que transcurre entre el momento de firmeza de la sentencia de condena y el inicio de la ejecutoria. Se trata de un período en el que la víctima queda desprotegida, y que no salva la previsión contemplada en el art. 69 de la LIVG, aplicable únicamente a sentencias definitivas durante la tramitación de los eventuales recursos que pudieran interponerse contra las mismas³²⁴.

En relación a esta cuestión, el *Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial*, con postura que compartimos y en cuya elaboración participamos, propuso la modificación de dicho precepto a fin de que, de forma similar a la prevista en el art. 504.2 de la LECrim en relación a la prisión provisional, pudiera acordarse en la sentencia condenatoria la prórroga de la medida cautelar de prohibición de aproximación y/o comunicación hasta el límite de la mitad de la duración de las penas de igual naturaleza efectivamente impuestas en los casos en que no hubiera dado inicio la ejecución de la sentencia³²⁵. Sin embargo, a día de hoy dicha reforma no se ha abordado, por lo que la víctima continúa desprotegida durante el citado período de tiempo.

³²⁴ En el mismo sentido, CERES MONTÉS, J. F.: “Las reformas penales...”, cit., p. 36; MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., p. 295; TORRES ROSELL, N.: “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, p. 472.

³²⁵ *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, enero 2011, www.poderjudicial.es.

También propone la reforma del referido precepto RODRÍGUEZ CASTRO, a fin de continuar la protección de la víctima articulando la posibilidad de mantenimiento de las medidas desde la firmeza de la sentencia hasta el inicio de cumplimiento de la pena en la ejecutoria (RODRÍGUEZ CASTRO, J.: “El pronunciamiento sobre las medidas cautelares en procedimientos sobre violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7952, 26 oct. 2012, pp. 3-4).

II.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

En el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, las causas de justificación que pueden tener repercusión y que con relativa frecuencia se invocan en la práctica jurisprudencial son el estado de necesidad (art. 20.5º de dicho texto legal) y la de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7º). Comenzaremos analizando ambas en cuanto a su posible incidencia en la conducta de la persona obligada por la pena o medida, para con posterioridad plantear su problemática desde la óptica de la posible responsabilidad penal de la persona protegida por la prohibición que consiente la vulneración de la misma por el obligado.

1.- Incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida.

1.1.- Estado de necesidad. Art. 20.5º del Código Penal.

En aras de conseguir una exención o minoración de la responsabilidad criminal del sujeto obligado, se invoca con relativa frecuencia, en relación al delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, la circunstancia de estado de necesidad contemplada en el art. 20.5º del Código Penal³²⁶, si bien suele correr suerte desestimatoria al colegirse en general la falta de prueba de los requisitos necesarios para su apreciación, así como la posibilidad de poner remedio a la situación de urgencia o peligro alegada recurriendo a vías lícitas, como llamar a la Policía o a los servicios médicos.

Así ocurre en el supuesto objeto del *Auto del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2008* (ROJ ATS 1943/2008, Ponente Sr. Marchena Gómez), que inadmite el recurso de casación formulado contra una Sentencia que condenaba al sujeto como autor de un delito de quebrantamiento del art. 468.2, desestimando la eximente de estado de necesidad y considerando no acreditado que aquél acudiera al domicilio tras ser llamado por su hija obedeciendo a una situación de extrema urgencia que justificase la vulneración de la orden de alejamiento³²⁷.

³²⁶ Admite la posibilidad de apreciar dicha causa de justificación en estos casos MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit., pp. 3 y 7, indicando que, si no concurre, el consentimiento de la víctima no podrá operar por sí solo como circunstancia eximente; en idéntico sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 597.

³²⁷ Fundamentos de Derecho Tercero y Quinto: “(...) la Sala estimó como cierta la realización de una llamada de la hija del acusado a su padre, pero no consta cuál era su contenido ni que el mismo desvelase

El mismo criterio se sigue en numerosas Sentencias, tales como las que se mencionan a continuación: La *SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 2ª, de 29 de marzo de 2010* (ROJ SAP GC 789/2010, Ponente Sra. Verástegui Hernández), confirma la Sentencia de instancia que, condenando al acusado como autor de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, desestimaba la apreciación de la eximente de estado de necesidad por entender que, ante la llamada de auxilio de la víctima y persona protegida por la prohibición de aproximación, el obligado podía haber llamado a la Policía o a los servicios de emergencia sanitaria³²⁸. La *SAP Murcia, Sec. 3ª, de 24 de septiembre de 2010* (ROJ SAP MU 2112/2010, Ponente Sr. Morales Limia), no aprecia la concurrencia de estado de necesidad, como eximente ni como atenuante, entendiendo que la vulneración de la medida cautelar de alejamiento hubiera podido evitarse por el obligado enviando a un familiar al domicilio donde su hija se encontraba con fiebre o requiriendo telefónicamente asistencia médica para la menor³²⁹. La *SAP Madrid, Sec. 1ª, de 14 de febrero de 2011* (ROJ SAP M 125/2011, Ponente Sr. Pelluz Robles), tampoco aprecia la referida causa de justificación, indicando que el condenado, en el momento de ser detenido en el portal del edificio donde se encontraba el domicilio de su cónyuge, no invocó circunstancia alguna de necesidad, como tampoco en su declaración judicial en fase de instrucción, donde no mencionó “ninguna circunstancia excepcional”³³⁰. La *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 5 de julio de 2011* (ROJ SAP B

una situación de extrema necesidad que justificase, -en un juicio en controversia de los bienes jurídicos lesionados-, la vulneración y quebrantamiento de la orden de alejamiento que pesaba en su contra”.

³²⁸ Fundamento de Derecho Tercero: “En primer lugar, en relación al estado de necesidad, se destaca por la Jurisprudencia, (por todas, *STS 11 de julio de 2003*) que la eximente supone siempre la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que viene definido como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber.

Tal conflicto comporta dos exigencias: de un lado, la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto, real y efectivo, imperioso, grave e inminente, injusto e ilegítimo, y de otro lado, la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno. Requisito éste que no concurre en el caso de autos, en el que el acusado, al temer por la vida de su ex pareja no llama a la policía o busca asistencia sanitaria para que la atienda sino que acude personalmente a su domicilio a sabiendas de la existencia de una resolución judicial que se lo impide”.

³²⁹ Fundamento de Derecho Quinto: “(...) es difícil que pueda aplicarse dicha circunstancia cuando el acusado tenía alternativas diferentes en auxilio de su hija menor que la propia de incumplir la orden judicial de alejamiento presentándose en el domicilio de su esposa (ausente ese día del domicilio, pero ocupado por las dos hijas, la cuidadora y la abuela), como, por ejemplo, mandar a persona o familiar al domicilio de su esposa a interesarse por la situación de su hija y obrar razonablemente en consecuencia, o requerir directamente a un médico de su confianza, o de algún servicio de asistencia domiciliaria, para que se personara en la vivienda de su esposa e intentara reconocer a la niña, etc., soluciones todas éstas no demasiado complicadas a juicio de la sala que hubieran evitado cualquier acercamiento directo del propio acusado y que le hubieran permitido cumplir adecuadamente con sus deberes paterno filiales, si es que realmente hacía falta de alguna intervención (indirecta) por su parte”.

³³⁰ Fundamento de Derecho Segundo.

8708/2011, Ponente Sra. Iturmendi Ortega), desestima dicha causa de justificación en un supuesto en el que el acusado aducía que había tenido que acudir al domicilio de su pareja infringiendo la pena de prohibición de aproximación porque debía quedar al cuidado de una hija común menor de edad que se encontraba enferma³³¹. La *SAP Alicante, Sec. 1ª, de 5 de noviembre de 2013* (ROJ SAP A 4319/2013, Ponente Sr. Dura Carrillo), en un caso en que el obligado por la pena de alejamiento bajó a la calle e inició una discusión con la persona protegida en lugar de llamar a la Policía o permanecer en su domicilio³³². La *SAP Toledo, Sec. 2ª, de 1 de abril de 2014* (ROJ SAP TO 221/2014, Ponente Sr. Carrión Matamoros), igualmente desestima dicha causa de justificación entendiendo no sólo no acreditada la situación de necesidad de la persona protegida, sino concluyendo que en todo caso se podría haber respetado por el acusado la pena de alejamiento llamando al teléfono de emergencias en lugar de acudiendo al encuentro de aquella³³³. La *SAP Valencia, Sec. 1ª, de 15 de septiembre de 2014* (ROJ SAP V 3564/2014, Ponente Sra. Marrades Gómez), concluye que el obligado por la pena de prohibición de aproximación podía haber recurrido a un tercero para que le proporcionara a su pareja ayuda económica en lugar de acudir al domicilio de la misma³³⁴. La *SAP Granada, Sec. 2ª, de 29 de junio de 2015* (ROJ SAP GR 1039/2015, Ponente Sr. Sánchez Jiménez), confirma la Sentencia de instancia y desestima la concurrencia de estado de necesidad, tanto como eximente como en calidad de atenuante, en un supuesto en que la persona protegida había llevado en su vehículo al obligado para que cobrara una ayuda social, entendiendo que el mismo podía haber

³³¹ Fundamento de Derecho Segundo: “En cuanto a la prueba de la fuerza mayor o del estado de necesidad que, según el acusado y su mujer, motivó el quebrantamiento de la pena y que podría excluir la culpabilidad, incumbe, como hecho obstativo, a la defensa, y no a la acusación. Y, desde luego, no es suficiente para su acreditación con las interesadas declaraciones de acusado y testigo, sino que hubiera(n) hecho falta otras pruebas más objetivas e imparciales, como la declaración de la señora mayor a la que, según Brígida, ésta tuvo que ir a cuidar o, en su caso, el parte médico de urgencias del centro hospitalario al que, según dijo, se desplazaron en ambulancia”.

³³² Fundamento de Derecho Tercero: “Como indica la sentencia apelada, el acusado bajó voluntariamente a la calle manteniendo con ella [la persona protegida por la pena de alejamiento] incluso una discusión, quebrantando la pena impuesta, al bajar, discutir e incluso tener contacto con Juana menospreció la sentencia firme, podía haberse marchado o haber llamado a la policía, o permanecer en el domicilio y no bajar a enfrentarse a la misma”.

³³³ Fundamento de Derecho Primero: “No se puede hablar de estado de necesidad como causa de exención de la responsabilidad criminal en este caso cuando hubiera sido muy sencillo que ante una llamada tan supuestamente angustiosa se hubiera(n) requerido los servicios del 112, que seguramente hubieran prestado una ayuda a María Esther más especializada y rápida”.

³³⁴ Fundamento de Derecho Primero: “Alega también el apelante que concurre estado de necesidad, entendiendo la Sala que no queda probado en modo alguno, por cuanto, el hecho de que su ex pareja y sus hijos estuvieran pasando necesidades económicas no exigía en modo alguno que el hoy apelante quebrantara la orden de alejamiento y se acercara a ella, sino que perfectamente podía proporcionarle la misma ayuda a través de otra persona, como podía ser el cuñado al que había acudido para quedar con ella, sin necesidad de encontrarse”.

acudido en fecha distinta o utilizando otro medio de transporte, y no considerando tampoco probado que la falta de percepción de la prestación generara a la familia de forma efectiva e inminente un mal que no pudiera evitarse sino infringiendo la prohibición de aproximación³³⁵. Y la *SAP Ciudad Real, Sec. 2ª, de 1 de febrero de 2016* (ROJ SAP CR 86/2016, Ponente Sr. Velázquez de Castro Puerta), que considera que no concurre dicha causa de justificación en un caso en el que el condenado llamó varias veces a su esposa y acudió horas más tarde al domicilio familiar con la excusa de recoger una prótesis para la cavidad ocular porque en su caso debió recurrir a otras vías, como acudir a terceras personas o a agentes policiales, “para tratar de solucionar el problema sin violentar la pena impuesta”³³⁶.

Sin embargo, sí se aprecia el estado de necesidad como eximente en la *SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 22 de marzo de 2012* (SAP T 262/2012, Ponente Sra. Romero Adán), que revoca la Sentencia de instancia y absuelve al acusado del referido delito apreciando dicha causa de justificación en un supuesto en el que el mismo había dado cobijo en su domicilio a su esposa (respecto de la que tenía vigente una pena firme de alejamiento) y a su hija, a requerimiento de la primera, considerando la resolución probado que la reanudación de la convivencia en la vivienda del obligado se había producido con la finalidad de que el mismo auxiliara a su cónyuge y a la menor, y que en tal sentido podía entenderse que aquél “se representara como un deber que le era exigible el prestar a su pareja, y a la hija que tienen en común, el auxilio que aquélla demandaba”³³⁷. Y también se aprecia la citada eximente, revocándose la Sentencia que

³³⁵ Fundamento de Derecho Primero: “(...) lo que no está acreditado en modo alguno es que el acusado no pudiese ir a Santa Fe en fecha distinta a la que ocurrieron los hechos, que no tuviese otro medio de transporte que no fuese, precisamente, aquél del que no podía hacer uso por estarle prohibido acercarse a la conductora del vehículo, ni que el hecho de no cobrar la ayuda social generase, -de manera efectiva e inminente- a la familia un mal de consecuencias tan graves que no pudiese evitarse sino infringiendo lo acordado en su día, más cuando uno de los posibles beneficiarios del subsidio tenía capacidad económica suficiente para hacer uso del automóvil empleado para el transporte del acusado”.

³³⁶ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) la referida excusa expuesta tampoco justifica el quebranto de la pena impuesta ni la realización de toda una secuencia de llamadas con el propósito de que le devolviera la prótesis, por mucho que le fuese necesaria, no solo porque debió acudir a terceras personas o a agentes policiales para verificar tal gestión, habida cuenta que era pleno conocedor de la existencia y vigencia de la prohibición de comunicarse, tal y como expone la sentencia, sino porque no se trató de una sola comunicación, lo que podía ser comprensible en un momento determinado, sino de varias lo que le permite deducir que si no le cogía el teléfono no debía insistir en ese medio para contactar con aquella sino acudir a otras vías para tratar de solucionar el problema sin violentar la pena impuesta”.

³³⁷ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) no se infiere de lo manifestado por ambas partes que la víctima instara al acusado a reanudar la convivencia sin más y que aquél se aviniera a ello incumpliendo el mandato judicial, en cuyo caso, de acuerdo con lo dispuesto en la *STS 39/2009, de 29 de Enero*, tal consentimiento, como hemos venido reiterando en múltiples resoluciones de esta Sala, carecería de relevancia en orden a considerar atípica la conducta. Sino que, de las manifestaciones de ambas partes se desprende que la incorporación de la víctima al domicilio en el que residía el acusado lo fue con la

condenaba por delito de quebrantamiento de condena, en la *SAP Jaén, Sec. 2ª, de 11 de marzo de 2014* (ROJ SAP J 65/2014, Ponente Sr. Aguirre Zamorano), en un caso en relación al cual, si bien se afirma la irrelevancia del consentimiento de la persona protegida en orden a excluir la comisión del delito del art. 468.2 del Código Penal en base al *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*, se tiene en cuenta dicho consentimiento, así como el “interés de su esposa en convivir con él”, el “deterioro físico y psíquico” del acusado y el hecho de que “no tenía a donde ir”, para apreciar la concurrencia en el obligado de estado de necesidad valorando que el mismo tenía setenta y ocho años de edad y presentaba una salud muy mermada, y el deseo de su esposa de acogerlo en su domicilio al verlo a diario deambulando por la localidad en la que ambos residían³³⁸.

De especial interés resulta, por último, la *SAP Cantabria, Sec. 3ª, de 16 de octubre de 2012* (ROJ SAP S 1030/2012, Ponente Sr. Alonso Roca), que aprecia una eximente de estado de necesidad putativo, revocando la condena, por delito de quebrantamiento, a un sujeto que acudió al domicilio de su hermano, respecto del que tenía establecida judicialmente una prohibición de aproximación, a requerimiento del mismo y porque en dicha vivienda acababa de fallecer la madre de ambos³³⁹.

En nuestra opinión, si bien es factible la apreciación de la circunstancia de estado de necesidad, como causa de justificación, en relación al delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, su estimación, como es obvio,

finalidad de auxiliar a aquélla y a la hija común. Por lo tanto, no resulta dudoso considerar que, el acusado, se representara como un deber que le era exigible el prestar a su pareja y, a la hija que tienen en común, el auxilio que aquélla demandaba”.

³³⁸ Fundamento de Derecho Tercero: “(...) este Tribunal considera que dadas las circunstancias del caso es de aplicación la eximente de estado de necesidad del art. 20.5 del CP. Estas circunstancias son, en primer lugar, la edad del acusado -78 años-, su deterioro físico y psíquico que este Tribunal ha percibido a través del vídeo del juicio oral, el consentimiento e interés de su esposa en convivir con él, “en recogerlo” según sus palabras dado que no tenía a donde ir viéndolo todos los días deambulando por el pueblo, Bedmar y Garcéz de unos 3.200 habitantes. Todas estas circunstancias hacen que al menos el acusado se encontrara en un estado de necesidad subjetivo apreciado también por su esposa y convivieron juntos a pesar de la prohibición que pesaba sobre él por sentencia firme desde el año 2.006”.

Críticas a la referida Sentencia, así como referencias jurisprudenciales en relación a la eximente de estado de necesidad, se contienen en VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: “El estado de necesidad en el quebrantamiento de la orden de alejamiento”, SP/DOCT/18579, Sepín, 2014, pp. 1-3; autora que considera que, en relación al supuesto de hecho contemplado en aquélla, “con mayor acierto se podría haber aplicado una eximente incompleta, y atenuar la pena” (p. 3).

³³⁹ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) En esa situación, cuando se le dice a alguien que su madre acaba de morir de forma inesperada y repentina, la reacción *lógica y humana* de cualquier persona es acudir, inmediatamente y sin dilación alguna, al lugar en el que se encuentra la progenitora, para verla por última vez”.

Sentencia que considera además que la conducta del acusado estaría también amparada en todo caso por un error invencible de prohibición.

dependerá de la acreditación, por parte de la defensa del obligado por la pena o medida, de los requisitos que legal y jurisprudencialmente se exigen para aplicarla³⁴⁰. Acreditación que en la práctica se da con escasa frecuencia, bien por no estimarse por el Tribunal la concurrencia o pendencia de un mal de suficiente entidad y gravedad en el obligado o en un tercero, bien por considerarse que el acusado podía recurrir a otras vías lícitas en orden a acabar con la situación alegada.

1.2.- Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Art. 20.7º del Código Penal.

También se ha apuntado por algunas Sentencias la posibilidad de apreciar la causa de justificación consistente en obrar en el ejercicio legítimo de un derecho prevista en el art. 20.7º del Código Penal. Así, la *SAP Tarragona, Sec. 4ª, de 25 de julio*

³⁴⁰ A título de ejemplo, *STS de 19 de junio de 2008* (ROJ STS 2961/2008, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), Fundamento de Derecho Primero: “(...) el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semiximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito -*Sentencia del Tribunal Supremo de 26 enero 1999* -. Las *Sentencias de 29 de mayo de 1997, 14 de octubre de 1996, 23 enero, 9 y 27 abril 1998 y 20 mayo 1999*, siguiendo lo ya señalado por la *Sentencia de 5 de noviembre de 1994*, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente:

a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo.

b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.

c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia.

d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y;

e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones (...):

1º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo (*sic*) un mal al bien jurídico ajeno.

2º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa.

3º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna.

4º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente”.

En la misma línea, con cita de otras Sentencias, *vid. la STS de 6 de julio de 2011* (ROJ STS 4868/2011, Ponente Sr. Monterde Ferrer), Fundamento de Derecho Primero, y la *STS de 18 de octubre de 2012* (ROJ STS 8258/2012, Ponente Sr. Saavedra Ruiz), Fundamento de Derecho Tercero.

de 2008 (ROJ SAP T 1714/2008, Ponente Sr. Sánchez Siscart), indica que, en relación a las causas de justificación que pueden resultar relevantes en el delito de quebrantamiento, la referida circunstancia “resulta de especial interés”, habida cuenta que “por ejemplo, podría resultar aplicable (...) en los supuestos de reanudación de la convivencia de mutuo acuerdo”, citando al efecto la *STS de 26 de septiembre de 2005*, cuyo análisis abordaremos posteriormente. No obstante, la referida resolución matiza que “el ejercicio de dicho derecho, en cualquier caso, ha de ser legítimo, lo que no podría predicarse en los supuestos en los que se aprovecha la reanudación de la convivencia familiar para la comisión de nuevos delitos”, motivo por el que no aprecia la concurrencia de la citada causa de justificación en un supuesto en el que, tras la reanudación de la convivencia, el acusado había cometido contra la persona protegida por la medida de alejamiento sendos delitos de agresión sexual y detención ilegal³⁴¹.

Línea jurisprudencial que se ha mantenido incluso con posterioridad al *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*, al que posteriormente haremos referencia, en Sentencias como la *SAP Sevilla, Sec. 4ª, de 2 de febrero de 2015* (SAP SE 136/2015, Ponente Sr. Lledo González), que postula la aplicabilidad de la atenuante analógica de consentimiento de la víctima en los supuestos de reanudación voluntaria de los contactos pese a la vigencia de una pena o medida de alejamiento, aludiendo a la posibilidad de “añadir la referencia al ejercicio de un derecho del art. 20.7º por vía de la incompleta del artículo 21.1º, pues por más que (...) 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 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”³⁴².

³⁴¹ Fundamento de Derecho Tercero: “Entendemos, por tanto, que la reanudación de la convivencia familiar podría alcanzar efecto justificante en situaciones que aparezcan plenamente legitimadas por el derecho a la vida familiar, ante un mero incumplimiento formal de la prohibición establecida judicialmente, pero en modo alguno cuando se quebrantan los más elementales deberes derivados de la convivencia familiar, pues en estos casos no puede hablarse de un ejercicio legítimo de un derecho como causa excluyente de la antijuridicidad de la conducta típica”.

³⁴² Fundamento de Derecho Undécimo, con cita de Sentencia, de la misma Sección, de 31 de julio de 2013.

En nuestra opinión, sin embargo, y como posteriormente desarrollaremos a la hora de analizar las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales relativas a la incidencia que ha de darse al consentimiento de la persona protegida en relación a la posible responsabilidad penal del obligado por la pena o medida, no cabe esgrimir un hipotético derecho a convivir frente a la efectividad de resoluciones judiciales que imponen medidas restrictivas o privativas de la libertad de una persona, por cuanto aquél sólo puede hacerse valer en tanto no esté limitado o afectado por una pena o medida cautelar. Como indica la *STS de 28 de diciembre de 2006* (ROJ STS 8273/2006, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), “la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, constituye (...) una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede (*sic*) verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales”, debiendo tenerse en cuenta “exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada”³⁴³.

En esta misma línea, la *SAP Albacete, Sec. 2ª, de 28 de junio de 2013* (ROJ SAP AB 751/2013, Ponente Sr. Sánchez Purificación), en relación a un caso en el que una mujer, sobre la que pesaba una orden de protección que le prohibía comunicarse con su ex marido, le envió un mensaje reclamándole la pensión de alimentos de sus hijos, desestima la referida causa de justificación en la medida en que “el ejercicio de dicho derecho no exigía llevarlo a cabo comunicándose personalmente con quien era beneficiario de una orden de protección, es decir, no era necesario ejercer el derecho invocado infringiendo una orden judicial que le prohibía no tanto reclamar ningún derecho sino realizarlo mediante comunicación directa”³⁴⁴.

2.- Incidencia en la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.

2.1.- Estado de necesidad. Art. 20.5º del Código Penal.

Los Razonamientos contenidos en estas Sentencias son compartidos en la *SAP Bilbao, Sec. 6ª, de 28 de abril de 2015* (ROJ SAP BI 778/2015, Ponente Sra. San Miguel Bergareche), Fundamento de Derecho Cuarto.

³⁴³ Fundamento de Derecho Quinto.

³⁴⁴ Fundamento de Derecho Segundo.

También en relación a la persona protegida que resultara acusada como cooperadora necesaria por la comisión de un delito de quebrantamiento de pena o medida de alejamiento establecida respecto de ella, podría invocarse, en nuestra opinión, la concurrencia de haber obrado en estado de necesidad, si bien su apreciación dependerá, como es obvio, de la acreditación de la concurrencia de los requisitos que doctrinal y jurisprudencialmente se exigen para su aplicación.

Sin embargo, la práctica judicial demuestra que esta causa de justificación no suele estimarse en relación a la persona protegida por la pena o medida. Tan sólo se admite dicha posibilidad en la *SAP Murcia, Sec. 3ª, de 7 de julio de 2010* (ROJ SAP MU 1815/2010, Ponente Sra. Jover Carrión), que sin embargo confirma la condena de una mujer como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento de condena cometido por su marido por entender que no concurre en el caso de autos la referida causa de justificación en ninguno de los dos acusados³⁴⁵. Y ello pese a que la Sentencia impone a ambos la pena en su extensión mínima de seis meses de prisión (en lugar de los nueve meses a los que habían sido condenados en la de instancia), en atención a considerar probado que la comunicación entre los mismos obedeció al cuidado de sus hijas comunes³⁴⁶.

2.2.- Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Art. 20.7º del Código Penal.

También se ha defendido por algún autor la posible apreciación, en la conducta de la víctima que consiente el quebrantamiento de la pena o medida de alejamiento impuesta a su favor, de la causa de justificación consistente en obrar en el ejercicio legítimo de un derecho del que no está judicialmente privada (art. 20.7ª del Código Penal), entendiéndose que su actuar, si bien formalmente es típico, no es en base a dicha circunstancia antijurídico³⁴⁷.

Dicho razonamiento se recoge en la *SAP Valencia, Sec. 5ª, de 10 de mayo de 2005* (ROJ SAP V 2312/2005, Ponente Sra. Sifres Solanes), que corrobora el del

³⁴⁵ Fundamento de Derecho Cuarto.

³⁴⁶ Fundamento de Derecho Quinto: “Las circunstancias concurrentes en este caso, referidas a las necesidades familiares de los dos acusados, con hijas menores, y el hecho de obedecer la comunicación de los mismos, al cuidado de tales hijas comunes, permiten individualizar la pena en el mínimo legal previsto en el artículo 468.2 del Código Penal, concretado en 6 meses de prisión”.

³⁴⁷ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 8; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 8; también, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 86, aludiendo a la libertad de deambulación.

magistrado *a quo* al entender que procede en todo caso la absolución de la persona a cuyo favor se ha establecido la prohibición frente a su imputación como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento, “por concurrir en su actuar una causa de antijuridicidad (*sic*) (al amparo del art. 20.7^a del Código Penal) ya que ella no tenía limitada su libertad de deambulación ni restringidos sus derechos en forma alguna, por cuanto no era a ella a quien se le había impuesto la prohibición de acercamiento a su compañero”³⁴⁸.

Sin embargo, en nuestra opinión, y tal y como hemos expuesto en relación a la posible aplicabilidad al obligado de esta causa de justificación, no puede invocarse el ejercicio de un derecho por parte de la persona protegida por la pena o medida para justificar la vulneración de la orden de alejamiento impuesta en relación a la misma, habida cuenta que la resolución judicial vincula a ambas partes en la medida en que restringe el derecho de una de ellas a aproximarse y/o comunicarse con la otra, por lo que no puede primar la voluntad de la persona no obligada frente a la efectividad de los pronunciamientos judiciales.

³⁴⁸ Fundamento de Derecho Primero.

CAPÍTULO SEXTO.- CULPABILIDAD.

I.- IMPUTABILIDAD.

Como se exige para considerar responsable criminalmente a un sujeto respecto de cualquier delito, también en relación al de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal resulta necesario que aquél sea imputable, esto es, que goce de las cualidades intelectivas y volitivas que permiten al Derecho Penal atribuirle jurídicamente el acto realizado³⁴⁹. En su virtud, son aplicables las reglas generales sobre imputabilidad, y en concreto las causas de exención de responsabilidad criminal contempladas en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20 del Código Penal, con independencia de las especificaciones previstas en relación al elemento normativo del tipo, y concretamente al quebrantamiento de resoluciones judiciales que impongan, respecto de sujetos declarados inimputables o semiinimputables conforme a lo dispuesto en el art. 105 del Código Penal, una medida de seguridad³⁵⁰. CUGAT MAURI afirma en esta línea que el hecho de que, desde la entrada en vigor de la LO 15/2003, el art. 100 del Código Penal “prevea la posibilidad de deducir testimonio por quebrantamiento de medida de seguridad sin distinguir entre los plenamente inimputables y los semi inimputables, debe someterse a interpretación restrictiva”, de modo que sólo debería apreciarse el delito del art. 468.2 “cuando quien hubiere sido declarado inimputable al tiempo de la imposición de la medida de seguridad, hubiere dejado de serlo al tiempo de su incumplimiento”, ya que, en caso contrario, “ni la Administración de Justicia tiene necesidad de afirmarse ante ellos (...), ni está desprovista de medidas coercitivas para asegurar su eficacia material”³⁵¹.

En virtud de lo expuesto, con carácter general, y por lo que respecta al obligado por la pena o medida de alejamiento, las causas de exención de responsabilidad criminal contempladas en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20 del Código Penal determinan, en relación al art. 468.2 del Código Penal, como con cualquier otro delito, los supuestos de

³⁴⁹ Para un análisis del contenido de la imputabilidad y de las posibles causas que la excluyen, *vid.* JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Imputabilidad penal. Causas que la excluyen o modifican”, *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud* (García Valverde, Rivas Vallejo –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, 2009, pp. 1059 y ss.

³⁵⁰ Sobre la responsabilidad civil de las personas declaradas inimputables, *vid.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Ausencia de culpabilidad penal y presencia de responsabilidad civil. (Consideraciones sobre el artículo 118 del Código Penal)”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García* (Jiménez Liébana –Coord.-), Aranzadi, 2012, pp. 359 y ss.

³⁵¹ CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, *cit.*, pp. 1146-1147.

inimputabilidad³⁵². Así, a título de ejemplo, la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 11 de abril de 2016* (ROJ SAP GR 300/2016, Ponente Sr. Requena Paredes), en relación a una resolución judicial que había condenado a un sujeto por delito de quebrantamiento de pena apreciando en el mismo una “atenuante de trastorno psíquico”, considerando probado que aquél se hallaba diagnosticado de “un trastorno de tipo paranoide que limita, aunque no anula, sus facultades intelectivas y volitivas”, revoca la misma y aprecia en su lugar una “eximente incompleta de la responsabilidad penal por trastorno mental transitorio de carácter moderado a la fecha de comisión del delito”. Y ello basándose, de un lado, en el informe forense emitido en relación a los hechos que fundamentaron la imposición a aquél de la pena de alejamiento quebrantada sólo una semana después, en el que se indicaba que padecía un “trastorno paranoide con ideas delirantes (...), precisando tratamiento farmacológico y seguimiento por los servicios de Salud mental”, y, de otro, en la “agresividad, estado de nerviosismo, incoherencia de comportamiento y demás pautas de descontrol” manifestadas en los mismos días en que se produjo el incumplimiento de la prohibición de alejamiento³⁵³.

Por último, en cuanto a la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento de la pena o medida establecida para su protección, y en aras de fundamentar la impunidad de su conducta, se ha indicado por un sector doctrinal y jurisprudencial la posibilidad de apreciar la concurrencia en aquélla de un estado psicológico (“síndrome de la mujer maltratada”³⁵⁴) que la exima de responsabilidad criminal, posibilidad que es admitida por MONTANER FERNÁNDEZ entendiendo que, al amparo de la eximente prevista en el art. 20.1ª del Código Penal, podría

³⁵² Sobre la irrelevancia del error que recae sobre elementos de la culpabilidad que, como la imputabilidad, operan objetivamente, *vid.* ALONSO ÁLAMO, M.: “Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología: en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, Vol. 1, 1989, pp. 62-63.

³⁵³ Fundamento de Derecho Primero: “(...) Aquel informe forense recogía las valoraciones y diagnósticos emitidos en tal sentido por el Servicio de psiquiatría del Hospital Clínico de Granada (...), en el que (*sic*) fue trasladado y atendido en los mismos días en que ocurrieron los hechos sancionados penalmente, lo que revela el grado de afectación mental e influencia en la comisión delictiva, lo que junto a la agresividad, estado de nerviosismo, incoherencia de comportamiento y demás pautas de descontrol manifestado en las actuaciones, especialmente en el atestado policial y juicio oral, que determinan el apreciar un estado de semiimputabilidad, por afectación no leve, sino moderada en incapacidad de control de su voluntad y de comprensión, tal como consta en el único informe forense que obra en autos en el que el trastorno paranoide, obsesivo, en palabras de su esposa, y de claros síntomas de descompensación en aquellas fechas con ideas delirantes”.

³⁵⁴ Al respecto, *vid.* LORENTE ACOSTA, M., LORENTE ACOSTA, J. A., MARTÍNEZ VILDA, M. A.: “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 2, 2000, pp. 1 y ss; también, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica...*, cit., pp. 29-31.

exonerarse de responsabilidad penal a la persona que consiente el quebrantamiento “por la vía de la anormalidad motivacional bajo la que realiza dicha conducta”³⁵⁵, apuntándose también por JAVATO MARTÍN que la exención en tales casos “vendrá por la vía de una imputabilidad de la mujer disminuida en base al desequilibrio emocional que presenta a causa de su maltrato, y que puede ser causalmente relevante en la prestación del consentimiento”³⁵⁶. En esta línea, OLMEDO CARDENETE alude a la posibilidad de aplicar, como eximente o atenuante, el trastorno mental transitorio “allí donde, por ejemplo, el trastorno de estrés postraumático (...) alcance una especial intensidad”³⁵⁷. Y MONTANER FERNÁNDEZ afirma, en similar sentido, que el diagnóstico en la mujer maltratada de trastorno por estrés postraumático, catalogado en el DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) dentro del grupo de los trastornos mentales por ansiedad, permite recurrir a “la inimputabilidad de la mujer que quebranta la medida de protección”³⁵⁸ como “solución puntual para la exclusión de su responsabilidad penal”³⁵⁹.

Este criterio se admite en la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 4 de febrero de 2009* (ROJ SAP B 1799/2009, Ponente Sra. Zabalegui Muñoz), que sin embargo mantiene la condena de una mujer, respecto de la que se había acordado una medida cautelar de alejamiento, como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento cometido por su pareja, al considerar no acreditado que aquélla padeciera “alteración psicopatológica alguna, ni enfermedad alienante, ni trastorno de la personalidad, ni el mal llamado *síndrome de la mujer maltratada*”³⁶⁰.

II.- DELITO DOLOSO. IMPOSIBILIDAD DE LA ADMISIÓN DE LA IMPRUDENCIA.

³⁵⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., pp. 21-22, con cita de MIR PUIG.

³⁵⁶ JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 146, relacionando el “síndrome de la mujer maltratada” con la “falta de antijuridicidad material” en la conducta de la víctima que, padeciendo el mismo, consiente el quebrantamiento.

³⁵⁷ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 10.

³⁵⁸ En rigor se trataría de la mujer que consiente la vulneración por parte del obligado de la pena o medida.

³⁵⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., pp. 21-22.

³⁶⁰ Fundamento de Derecho Segundo: “Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Mariano sin la cual el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el obligado no se hubiera producido y sin que conste ningún elemento que nos permitiera concluir que Ana actuó con su voluntad alterada, como se mantiene en el escrito de recurso, dado que según el informe médico forense obrante en la causa (...), no padece alteración psicopatológica alguna, ni enfermedad alienante, ni trastorno de la personalidad, ni el mal llamado “síndrome de la mujer maltratada””.

En cuanto al elemento subjetivo, la doctrina es unánime a la hora de considerar que el delito objeto de estudio sólo es de posible ejecución en su forma dolosa, no siendo admisible su comisión imprudente³⁶¹. Dolo que ha de entenderse como voluntad consciente de vulnerar una pena o medida de las referidas por el tipo penal³⁶², y que debe ser objeto de prueba. Ésta comprenderá en todo caso la acreditación de que el sujeto conocía el elemento normativo del tipo y, pese a tener conciencia de la prohibición impuesta, infringió voluntariamente la misma.

Se trata de un dolo genérico, como indica la *STS de 1 de abril de 2003* (ROJ STS 2244/2003, Ponente Sr. Ramos Gancedo)³⁶³, limitado por tanto al conocimiento de los elementos objetivos del tipo y a la voluntad de vulnerarlos, no de un dolo de tendencia dirigido a una finalidad concreta³⁶⁴; el móvil u objetivo particular del autor en el momento de quebrantar la pena o medida impuesta es irrelevante a la hora de configurar el injusto típico³⁶⁵.

³⁶¹ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 595; BENEYTEZ MERINO, L.: “Del quebrantamiento...”, cit., p. 1382; CABALLERO GEA, J. A.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., pp. 161-162; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1169; GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1422, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1959; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., pp. 3-4; JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 127; MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 29; MARES ROGER, F., y MARTÍNEZ LLUESMA, J.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 245; MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra la Administración...”, cit., p. 641; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., p. 95; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., pp. 10 y 20; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento...*, cit., p. 7; SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 314; SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento de la condena...”, cit., p. 11; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., pp. 453 y 540.

³⁶² En el mismo sentido, *STS de 8 de abril de 2008* (ROJ STS 1334/2008, Ponente Sr. García Pérez): “(...) no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de la rotura de una de las penas previstas en el artículo 48”.

³⁶³ Fundamento de Derecho Octavo: “(...) elemento subjetivo requerido por el tipo, consistente en el dolo genérico de realizar la acción prohibida de manera consciente y voluntaria, es decir, sabiendo lo que se hace y haciendo lo que se quiere (...)”.

³⁶⁴ En el mismo sentido también, entre otras, *SSAP Madrid, Sec. 27ª, de 24 de abril de 2008* (ROJ SAP M 7407/2008, Ponente Sra. Romera Vaquero), y de *17 de septiembre de 2007* (ROJ SAP M 14263/2007, Ponente Sra. Rasillo López), no estimando necesario para la consumación del tipo “que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna”; también, *SAP Pamplona, Sec. 2ª, de 29 de junio de 2010* (ROJ SAP NA 621/2010, Ponente Sr. González González).

³⁶⁵ FARALDO CABANA, P.: “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 529, criticando las Sentencias que confunden móvil y dolo considerando la conducta atípica por faltar el dolo propio del quebrantamiento en los casos en que el acercamiento no supone un peligro para la persona protegida. Crítica que sin embargo no se recoge en otros artículos de la autora, en los que incluso comparte dicho criterio jurisprudencial (así, “Las penas de los delitos...”, cit., p. 189, y “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 256); JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 128; JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 7; MAGRO SERVET, V.: “Encuentros causales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 105, noviembre-diciembre 2013, p. 3; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p.

También cabe la comisión del tipo concurriendo dolo eventual, supuesto que se producirá por ejemplo en aquellos casos en que el obligado por la pena o medida acude a un lugar que le conste es frecuentado por la víctima, representándose y asumiendo la posibilidad de encontrarse con la misma³⁶⁶. En este sentido, por parte de un sector doctrinal se postula la necesidad de que en la resolución judicial se determinen de manera exacta los domicilios y lugares que resultan afectados por la prohibición, entendiendo que ello constituye una exigencia del principio de seguridad jurídica³⁶⁷, así como del principio de proporcionalidad, a fin de evitar la “satanización” del imputado imponiéndole restricciones injustificadas³⁶⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, no es preciso que la resolución establezca de forma exhaustiva todos los lugares frecuentados por la persona protegida por la prohibición, ya que, además de resultar muy dificultoso en la práctica, produciría el efecto de considerar excluidos los que por olvido no se hubieran hecho constar y a los que no obstante aquella acudiera asiduamente. Sin embargo, ninguna duda cabe acerca de que, cuanto más se delimiten dichos lugares en la resolución, más fácil resultará la prueba del elemento subjetivo en un eventual proceso ulterior por quebrantamiento, habida cuenta que no cabrá alegar, si el mismo venía expresamente reseñado en la resolución acordando la pena o medida, que se desconocía que era frecuentado por la víctima.

Se plantea sin embargo la cuestión de cómo tratar los casos en que se produce un encuentro entre el obligado y la persona respecto de la que está establecida la pena o medida en un lugar no frecuentado por la misma. Tratándose de un encuentro casual y siendo un delito doloso, la conducta en principio ha de reputarse impune³⁶⁹. No obstante, la doctrina no está de acuerdo a la hora de determinar si aquellos supuestos en

248; PÉREZ RIVAS, N.: “La problemática...”, cit., p. 162; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., pp. 460 y 540.

³⁶⁶ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 20; JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 128.

³⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 322; FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 73; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 11; MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 206.

³⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 245 y 250; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 315.

³⁶⁹ La SAP Granada, Sec. 2ª, de 26 de enero de 2015 (ROJ SAP GR 39/2015, Ponente Sr. Sáenz Soubrier), absuelve a un acusado del delito de quebrantamiento de condena aplicando en tal sentido el principio de intervención mínima del Derecho Penal y reputando atípica la conducta consistente en “incurrir fugazmente en el radio de exclusión cuando se circula en un vehículo por una vía urbana de carácter principal”, entendiendo también que la misma no evidencia “ninguna lesión para el bien jurídico protegido por el tipo penal aplicado (la autoridad de la cosa juzgada que dimana de una sentencia penal condenatoria)” (Fundamento de Derecho Primero).

que el obligado permanece en dicho lugar, sin abandonarlo, pese a constarle que la persona respecto de la que se ha acordado la prohibición de acercarse o comunicarse se encuentra en él, podrían subsumirse en el tipo penal por considerar que concurre en tal caso dolo eventual.

MAGRO SERVET considera que, en los casos en que es la persona protegida la que se acerca al sujeto obligado por la prohibición, no cabe hablar de delito de quebrantamiento al faltar el dolo específico de incumplir que se exige a aquél, ya que la pena o medida se infringe en tales casos por un acto de la propia víctima, y no del condenado o imputado³⁷⁰. En la misma línea, la *SAP Valencia, Sec. 2ª, de 17 de junio de 2005* (ROJ SAP V 3032/2005, Ponente Sra. Llombart Pérez), indica, invocando el principio de intervención mínima y la ausencia de dolo, que el hecho de no abandonar un lugar público al constatarse la llegada casual al mismo de la persona protegida no entraña la comisión del tipo del art. 468 del Código Penal, “puesto que dicho encuentro no fue buscado de propósito”³⁷¹.

Para OLMEDO CARDENETE, por el contrario, y como se indicó al tratar las cuestiones relativas a la acción típica, existe una obligación de retirarse del lugar por parte del sujeto al que se ha impuesto la pena o medida tan pronto como detecte la presencia en el mismo de la persona protegida, ya que en caso contrario puede cometer el tipo que nos ocupa por omisión; lo contrario, en opinión de este penalista, supondría amparar aquellos supuestos en que el obligado, conocedor de la posible presencia de aquélla en dicho lugar, se presenta allí con antelación para que sea la persona protegida

³⁷⁰ MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 78, si bien en las pp. 169 y 171 alude a que se daría una situación de “ausencia de antijuridicidad”. En similar sentido, PÉREZ RIVAS indica que “la orden judicial de alejamiento impone una obligación de abstención pero no, desde luego, una obligación positiva de abandonar el lugar en el que una persona se encuentra previamente, cuando es la persona protegida la que acude a ese lugar e inicia el contacto” (PÉREZ RIVAS, N.: “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia...” cit., p. 281).

³⁷¹ Fundamento de Derecho Segundo: “Hay que hacer referencia a que el recurrente fue el primero que entró en la discoteca, siendo la denunciante la que entró con posterioridad; que el encuentro fue casual, no buscado de propósito; que la orden de alejamiento le obliga a no aproximarse a la víctima, es decir, que el quebrantamiento de condena supone una conducta dolosa que se traduce en acercarse a la víctima con conocimiento específico de desobedecer y no atender la orden judicial. Todo ello evidencia que el recurrente, por el solo hecho de no abandonar un lugar público donde previamente se encontraba en compañía de unos amigos, al llegar casualmente la denunciante no incurre en el tipo del artículo 468 del Código Penal, puesto que dicho encuentro no fue buscado de propósito, por lo que, en atención al principio de mínima intervención y de proporcionalidad de la medida de alejamiento como medida restrictiva de derechos, procede acoger la tesis del recurso de apelación y revocar la resolución recurrida, dictando fallo absolutorio con todos los pronunciamientos favorables”.

quien se aproxime³⁷². En nuestra opinión, sin embargo, en estos casos la conducta típica consistiría en acudir a dicho lugar pese a constarle al sujeto activo que es o puede ser frecuentado por la víctima y representándose la posibilidad de encontrarse con ella, por lo que concurriría en todo caso dolo eventual; si el sitio al que ha acudido el obligado no es ninguno de los lugares a los que aquélla acude con asiduidad, como ya hemos indicado, la obligación de no aproximarse no entraña un correlativo deber de alejarse, y cualquier encuentro que pudiera producirse no sería punible por falta de dolo.

VELASCO NÚÑEZ considera incluso que, si la persona protegida y el obligado por la pena o medida trabajan en el mismo centro o acuden al mismo círculo de ocio, la prohibición no entrañaría la imposibilidad de aquél de continuar acudiendo a dichos lugares, sino solamente de no acercarse a la víctima, durante el tiempo que coincidan en los mismos, sin motivo justificado. Y ello indicando que lo contrario supondría “una auténtica expropiación de derechos”, además de “propiciar fraudes” e impedir el cumplimiento de los fines de “reinserción social del inculcado”³⁷³. Criterio éste sobre el que mostramos nuestro desacuerdo, ya que, tratándose de un lugar frecuentado por la víctima y afectado por la prohibición, el sujeto quedará obligado a no aproximarse al mismo con independencia de que la persona protegida pueda encontrarse o no en él, habida cuenta que la prohibición de acercarse al domicilio o a cualquier lugar frecuentado por la víctima o por la persona que designe el juez o tribunal es una medida autónoma, independiente de la prohibición de acercarse a sus personas y dirigida en última instancia a su tutela, por lo que su vigencia y efectividad no puede quedar condicionada al hipotético hecho, que además quedaría a nuestro juicio afectado por el dolo eventual, de que al obligado le pueda constar la no presencia de la persona protegida en dichos lugares.

III.- ERROR.

³⁷² OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 10; en el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 166; LÓPEZ VALENCIA, E. M.: “Garantías procesales en los juicios rápidos y la orden de protección en procedimientos de violencia doméstica y de género”, *Segundas Jornadas sobre Violencia Familiar*, Zaragoza, 18 y 19 de noviembre de 2004, www.unizar.es/sociologia_juridica/jornadas/comunic/garantiasprocesales, p. 8.

³⁷³ VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares...”, cit., pp. 64-65; en similar sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 72-73; SÁNCHEZ BARRIOS, I.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 259.

Con idéntica sistemática que la utilizada en relación a las causas de justificación, abordaremos el estudio de los supuestos de error de tipo y error de prohibición desde una doble perspectiva; la de la incidencia que los mismos pueden en la culpabilidad del obligado por la pena o medida, y la de su posible apreciación en la conducta de la persona protegida por aquéllas que consiente su quebrantamiento y resulta imputada como partícipe del delito de quebrantamiento.

1.- Incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida.

El error de tipo, en relación al delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, podría ser de aplicación en aquellos casos en que se acredite que el obligado desconocía la existencia de la resolución judicial, o que la misma estaba vigente. Se trata por tanto de un error que, al recaer sobre el elemento normativo del tipo, hace difícil su distinción respecto del error de prohibición³⁷⁴.

Esta circunstancia se planteará singularmente en aquellos casos en que no se haya practicado, o se haya practicado de forma incorrecta, la notificación al obligado de la resolución judicial en la que se establece la concreta prohibición, lo que entronca con la cuestión, antes analizada, relativa a la necesidad de notificación y requerimiento de la pena o medida como elemento objetivo del tipo, resultando difícilmente sostenible el error si el órgano judicial cumple su obligación de informar al obligado sobre los términos de la pena o medida y sobre las consecuencias de su incumplimiento³⁷⁵.

Así, la *STS de 16 de julio de 2004* (ROJ STS 5273/2004, Ponente Sr. Andrés Ibáñez), absuelve al acusado del delito de quebrantamiento por el que había sido condenado en instancia por no considerar acreditado que le hubiera escrito una carta desde el centro penitenciario a su ex pareja con posterioridad a haberle sido notificada la medida cautelar de prohibición de comunicación acordada por el Juzgado³⁷⁶. Y la *STS*

³⁷⁴ Así lo hace notar CUGAT MAURI en CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1131, con referencias jurisprudenciales.

³⁷⁵ LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., p. 23.

³⁷⁶ Fundamento de Derecho Tercero: “(...) el recurrente invoca la fecha (19 de diciembre de 2002) de la carta suscrita por él y dirigida a la denunciante, como elemento de prueba apto para desmentir la afirmación de los hechos de que la misma habría sido enviada con posterioridad al día (23 de diciembre de 2002) en que tuvo formal conocimiento del auto por el que se le prohibía toda comunicación verbal o escrita con aquélla. Y lo cierto es que en los hechos se explica que el envío desde el centro penitenciario en que se hallaba el acusado tuvo lugar el 10 de enero siguiente. Pues bien, (...) no hay razón para cuestionar que la carta no hubiera sido escrita en la fecha en que aparece datada; y, por otro lado, es cierto que la acción consistente en incorporarla al correo en un momento preciso es algo que no dependió de la

de 15 de octubre de 2009 (ROJ STS 6736/2009, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca) revoca la condena por delito de quebrantamiento en un supuesto en el que la prórroga de la medida cautelar de alejamiento había sido notificada al Procurador del acusado pero no personalmente a este último³⁷⁷. Criterio que también se sigue en la *SAP Jaén, Sec. 3ª, de 13 de abril de 2016* (ROJ SAP J 277/2016, Ponente Sra. Jurado Cabrera), que confirma la absolución de un sujeto que envió un mensaje al móvil de su esposa pese a habersele notificado horas antes una medida cautelar de alejamiento, considerando que su conducta no era dolosa por cuanto “el acusado desconocía el alcance de dicha medida cautelar y que no podía mantener ese tipo de comunicación, ya que no estaba presente su letrada al serle notificada y no consta acreditado que nadie le explicara el alcance de la referida medida”³⁷⁸. No obstante, ninguna de estas resoluciones alude expresamente a la existencia de error de tipo, aunque parece subyacer en la argumentación.

El consentimiento de la persona para cuya tutela se ha establecido la pena o medida de alejamiento, como posteriormente analizaremos de forma más exhaustiva, puede determinar también la existencia de error en la conducta del obligado, bien porque el mismo entienda que aquélla ya no estaba vigente en virtud de dicha circunstancia (error de tipo), bien porque actuara en la creencia de que la vulneración de la pena o medida con la aquiescencia de la persona respecto de la cual se impuso no era constitutiva de infracción penal (error de prohibición).

En relación a esta cuestión, por un sector doctrinal se ha defendido que, en función de la prueba que se practique y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, en los supuestos de inducción al quebrantamiento por parte de la persona protegida o de consentimiento por parte de la misma al incumplimiento de la resolución judicial, podría, bien apreciarse la concurrencia de error de tipo³⁷⁹, bien eximirse de responsabilidad penal al obligado, o atenuarse ésta en aplicación del art. 14.3 del

voluntad del interesado y que, en consecuencia, no debe reprochársele. Por ello no tendría que haber sido condenado por ese delito [de quebrantamiento] y ha de ser absuelto”.

³⁷⁷ Fundamento de Derecho Primero: “El artículo 544 ter.8 de la LECrim, exige que el Auto que acuerda la orden de protección sea notificado a las partes. De otro lado, la comisión de un delito de quebrantamiento de medida o de condena exige como elemento del tipo subjetivo que el sujeto tenga cabal conocimiento de las obligaciones que le impone la decisión que acuerda la medida cautelar o la condena. En consecuencia, no es suficiente la comunicación al procurador, siendo imprescindible el conocimiento por parte del acusado”.

³⁷⁸ Fundamento de Derecho Primero.

³⁷⁹ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., pp. 85-86, si bien considerando dicha solución “más que discutible”; también, OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., pp. 6 y 11.

Código Penal y en función del carácter vencible o invencible del mismo, por apreciarse la concurrencia en aquél de error de prohibición basado precisamente en dicho consentimiento como fundamento de la creencia del obligado de estar obrando lícitamente³⁸⁰, sobre todo en los supuestos en que dicho quebrantamiento tiene un carácter continuado y se da “en un ambiente de relajación constante y duradera de violación de la orden de alejamiento (con la voluntad de la víctima, en un clima de reconciliación de la pareja)”³⁸¹.

La jurisprudencia también ha recurrido con frecuencia a esta figura en los supuestos de quebrantamientos consentidos, singularmente con anterioridad al *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*, al que posteriormente haremos referencia, que, ante el carácter contradictorio de los pronunciamientos existentes en esta materia, declaró la irrelevancia del consentimiento de la víctima a efectos de la comisión del tipo que nos ocupa. Así, se aprecia un error invencible de prohibición en la *SAP Madrid, Sec. 17ª, de 19 de septiembre de 2005* (ROJ SAP M 10113/2005, Ponente Sr. Fernández Entralgo), en relación a un supuesto de reanudación voluntaria de la convivencia pese a la vigencia de una pena de alejamiento, valorando que las partes carecían de conocimientos jurídicos que permitieran al acusado considerar el carácter ilícito de su conducta³⁸². También, en la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 5 de junio de 2007* (ROJ SAP B 8330/2007, Ponente Sra. Domínguez Naranjo), que aplica el criterio del hombre medio para colegir la posibilidad

³⁸⁰ AGUILAR ROMO en CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1170; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 187; CABALLERO GEA, J. A.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 165; CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: “Medidas cautelares...”, cit., p. 236; DE URBANO CASTRILLO, E.: “Consentimiento y violencia familiar: consecuencias penales”, SP/DOCT/3297, Sepín, 2007, p. 13; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 26; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 6; IGLESIAS LÓPEZ, M.: “Delitos de quebrantamiento...”, cit., p. 3; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 407 y 419, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 85; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 10-11; MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 4, que entiende que en todo caso deberá hablarse de un error de prohibición vencible; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 11.

³⁸¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., pp. 189-190.

³⁸² Fundamento de Derecho Tercero: “Cuando, entre juristas, se discute la razonabilidad y constitucionalidad de una interpretación a ultranza de la literalidad de los términos legales que definen el contenido de la “pena de alejamiento”, cuestionándose (...) que tenga algún sentido su mantenimiento cuando se demuestra que el conflicto de fondo generador del hecho violento se ha resuelto o está en vías de resolución con un pronóstico favorable, como consecuencia de un acuerdo entre las partes de la relación deteriorada; cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos, parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho”.

de que el acusado, al vulnerar una pena de alejamiento con el consentimiento de la persona afectada por la misma, creyera que no estaba incurriendo en un ilícito penal³⁸³. Por su parte, la *SAP Badajoz, Sec. 1ª, de 12 de junio de 2007* (ROJ SAP BA 605/2007, Ponente Sr. Madrigal Martínez-Pereda), considera que, el hecho de que ambas partes, pese a la vigencia de una medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación, se telefonaran en varias ocasiones y quedaran para cenar, permite concluir, “precisamente por la actitud” de la persona protegida, que “existen razones para pensar que el acusado tuviera, fundadamente, la creencia de no regir la vigencia de la orden”³⁸⁴.

Igualmente, se aplica el error invencible de prohibición en la *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 29 de junio de 2007* (ROJ SAP M 12971/2007, Ponente Sra. Rasillo López), en un supuesto en el que se consideraba probado que las partes habían reanudado la convivencia a propuesta de la persona protegida por la pena firme de alejamiento³⁸⁵. En la *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 17 de septiembre de 2007* (ROJ SAP M 14263/2007, Ponente Sra. Rasillo López), en idéntico caso en relación a una medida cautelar³⁸⁶. Y en la *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 3 de abril de 2008* (ROJ SAP M 4420/2008, Ponente Sra. Chacón Alonso), al considerarse probado que, además de retomar la convivencia con el acusado, la persona amparada por la medida cautelar había comunicado al mismo que

³⁸³ Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) parece razonable -dada la naturaleza del ilícito objeto de acusación- el que, ante el consentimiento libre y voluntario de la persona tutelada por la prohibición, el acusado actuara en el pleno convencimiento de la licitud de su conducta, optando por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería ilógico, ni siquiera a una persona con conocimientos jurídicos (de los que carecen los acusados), al existir también razones para poder entender que dicho ilícito, en cuanto encaminado a conseguir un efecto de prevención especial, se pueda presuponer condicionado a que dichas personas tuteladas por la prohibición no hayan consentido consciente y libremente el encuentro personal y la comunicación con la protegida”.

³⁸⁴ Fundamento de Derecho Segundo: “Reconducir el tratamiento de los hechos enjuiciados a la doctrina del error permite mantener incólume el principio de ejecutividad de las resoluciones judiciales firmes que, a la vez que ahuyentar la tentación de pensar que, en casos como el presente, el consentimiento de la víctima pueda traerse a colación para neutralizar los efectos de aquel principio cuando no existe una previsión semejante en nuestro ordenamiento jurídico por más que, es cierto, contemple algunos supuestos de no ejecución de una pena concreta impuesta, de forma, ya interina, ya definitiva, como pueden ser los casos de remisión condicional o de indulto que, como es visto, no son al caso”.

³⁸⁵ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) el fallo absolutorio procedería por vía del error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal pues aparece como cuestionable la existencia del elemento subjetivo que conforma el delito, es decir, si existe dolo por parte del acusado cuando [había sido] la propia víctima quien le había propuesto seguir conviviendo”.

³⁸⁶ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) el fallo absolutorio procedería por vía del error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal pues aparece como cuestionable la existencia del elemento subjetivo que conforma el delito, es decir, si existe dolo por parte del acusado cuando la propia víctima es la que voluntariamente vuelve para seguir conviviendo con el acusado”.

había acudido al Juzgado para solicitar su alzamiento y que el órgano judicial había atendido su petición y dejado aquella sin efecto³⁸⁷.

Por último, en la ya citada *SAP Cantabria, Sec. 3ª, de 16 de octubre de 2012* (ROJ SAP S 1030/2012, Ponente Sr. Alonso Roca), que aprecia una eximente de estado de necesidad putativo, revocando la condena, por delito de quebrantamiento, a un sujeto que acudió al domicilio de su hermano, respecto del que tenía establecida judicialmente una prohibición de aproximación, a requerimiento del mismo y porque en dicha vivienda acababa de fallecer la madre de ambos, se afirma que la conducta del acusado hubiera estado también amparada en todo caso por un error invencible de prohibición³⁸⁸.

Por su parte, se aprecia la concurrencia de error vencible de prohibición en la *SAP Huesca, Sec. 1ª, de 18 de octubre de 2005* (ROJ SAP HU 382/2005, Ponente Sr. Gutiérrez Celma), en relación a un supuesto en el que ambas partes, compañeros sentimentales, tenían impuesta una medida cautelar que les prohibía recíprocamente aproximarse, indicándose en la resolución que los acusados “actuaron en la creencia de estar obrando legítimamente, por la normalidad que para ellos presentaba su recíproco y libre deseo de darse una nueva oportunidad como pareja”³⁸⁹; al igual que en la *SAP Cádiz, Sec. 8ª, de 18 de septiembre de 2007* (ROJ SAP CA 1542/2007, Ponente Sr. Lope Vega), que califica de vencible el error por estimar que el acusado, pese a haberle manifestado la persona protegida por la medida cautelar de alejamiento que había acudido al Juzgado para que la misma se alzara, pudo haber acudido al órgano judicial a comprobar si efectivamente la resolución judicial había sido dejada sin efecto³⁹⁰.

³⁸⁷ Fundamento de Derecho Cuarto: “Fallo absolutorio que entendemos en todo caso procedería por la vida (*sic*) del error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal ya que se desprende de las actuaciones y parece razonable inferir que el acusado ante el consentimiento libre y voluntario de la destinataria de la protección a la reanudación de la convivencia y continuación de las relaciones laborales que mantenían en el mismo establecimiento, así como ante las manifestaciones de aquella sobre su comparecencia en el Juzgado solicitando la retirada de la orden de alejamiento y el cese de la misma, actuara en la convicción de la licitud de su acción”.

³⁸⁸ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) En esa situación, cuando se le dice a alguien que su madre acaba de morir de forma inesperada y repentina, la reacción *lógica y humana* de cualquier persona es acudir, inmediatamente y sin dilación alguna, al lugar en el que se encuentra la progenitora, para verla por última vez”.

³⁸⁹ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) los hechos declarados probados por el Juzgado son constitutivos de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468.2 del Código del que son autores responsables, voluntarios, materiales y directos ambos acusados, (...) si bien, (...) actuaron en la creencia de estar obrando legítimamente, por la normalidad que para ellos presentaba su recíproco y libre deseo de darse una nueva oportunidad como pareja, procede dar entrada al error vencible de prohibición al que se refiere el artículo 14.3 del Código Penal”.

No explica sin embargo la Sentencia por qué califica de vencible el error apreciado.

³⁹⁰ Fundamento de Derecho Segundo: “Aunque el señor Rodrigo pudiese pensar que bastaba con esa “retirada” [de la medida de alejamiento, a petición de la persona protegida por el mismo], una diligencia

No obstante, la *STS de 28 de abril de 2004* (ROJ STS 2817/2004, Ponente Sr. Maza Martín), desestima la alegación de existencia en el obligado de error de prohibición en un supuesto de quebrantamiento consentido, indicando que no cabe apreciar su concurrencia “ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir una orden expresa del Juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada”³⁹¹. También la *STS de 20 de enero de 2006* (ROJ STS 701/2006) llega a esa conclusión, si bien entendiendo que lo que cabría apreciar, si se acreditara un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, sería un error invencible de tipo³⁹².

Con posterioridad al referido *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008*, aunque en *Sentencias del Tribunal Supremo* como la de *31 de enero de 2011* (ROJ STS 1307/2011, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar) o la de *28 de enero de 2010* (ROJ STS 636/2010, Ponente Sr. Marchena Gómez), se admite respectivamente la posibilidad de que concurra un error de prohibición³⁹³ o un error de tipo que excluya el dolo, se indica también en dichas resoluciones que su apreciación ha de resultar “de datos objetivos que lo acrediten”³⁹⁴; datos que cada vez resulta más difícil probar si se tiene en cuenta que, en muchos órganos judiciales, se advierte al obligado al notificarle la resolución que su incumplimiento, aun con el consentimiento de la persona para cuya protección se ha acordado, será constitutivo de delito de quebrantamiento. Y así, la segunda de las Sentencias citadas indica que “aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales”, y que “forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su

mínima por su parte habría exigido comprobar en el Juzgado si efectivamente la señora Montserrat había dirigido alguna petición al Juzgado y cuál había sido la resolución dictada”.

³⁹¹ Fundamento de Derecho Segundo.

En similar sentido, *STS de 8 de abril de 2008* (ROJ STS 1334/2008, Ponente Sr. García Pérez); también, *SAP Barcelona, Sec. 9ª, de 2 de mayo de 2005* (ROJ SAP B 4387/2005, Ponente Sr. García Muñoz); y *SSAP Cantabria, Sec. 1ª, de 27 de junio de 2007* (ROJ SAP S 867/2007, Ponente Sr. De la Hoz de la Escalera), y de *29 de septiembre de 2008* (ROJ SAP S 1294/2008, Ponente Sr. López del Moral Echeverría).

³⁹² Fundamento de Derecho Segundo: “Solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo”.

³⁹³ En el mismo sentido, *STS de 24 de febrero de 2009* (ROJ STS 924/2009, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Lurca), y *STS de 21 de octubre de 2010* (ROJ STS 5587/2010, Ponente Sr. Maza Martín).

³⁹⁴ Fundamento de Derecho Primero de la *STS de 31 de enero de 2011* (ROJ STS 1307/2011).

mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado”³⁹⁵.

En este sentido, también el *Auto del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2011* (ROJ ATS 3433/2011, Ponente Sr. Saavedra Ruiz) hace referencia a la imposibilidad de invocar el error de prohibición “en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente”³⁹⁶. Y el *Auto del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2010* (ROJ ATS 4886/2010, Ponente Sr. Martínez Arrieta) afirma que, a día de hoy, la “generalidad de los ciudadanos”, “y más en los tiempos actuales donde existe una gran sensibilización social ante el quebrantamiento de las medidas de alejamiento en el ámbito, eso sí, de los delitos de violencia de género”, conoce que dicho incumplimiento, aun siendo consentido, es ilícito.

Con fundamento en dichas consideraciones, se desestima la alegación de error de prohibición en la *SAP Valencia, Sec. 1ª, de 21 de diciembre de 2011* (ROJ SAP V 6437/2011, Ponente Sra. Llombart Pérez), en la que se indica que en todo caso “el recurrente tuvo a su alcance asesorarse a través de su letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado”³⁹⁷. En el mismo sentido se pronuncia la *SAP Zamora, Sec. 1ª, de 2 de febrero de 2012* (ROJ SAP ZA 16/2012, Ponente Sr. Pérez Serna), en relación a un supuesto en que el acusado había sido ya detenido en dos ocasiones anteriores por el mismo motivo³⁹⁸. A idéntica conclusión se llega en la *SAP Coruña, Sec. 1ª, de 21 de junio de 2012* (ROJ SAP C 1911/2012, Ponente Sr. Sánchez Jiménez), en la que se entiende probado que el condenado estaba escondido al llegar los agentes de Policía al domicilio de la víctima, y que ésta había acudido al Juzgado a solicitar que se dejara sin efecto la medida cautelar días después³⁹⁹. La *SAP Pontevedra,*

³⁹⁵ Fundamento de Derecho Decimotercero; razonamiento que reproduce, en su Fundamento de Derecho Cuarto, la *SAP Cádiz, Sec. 8ª, de 30 de enero de 2015* (ROJ SAP CA 43/2015, Ponente Sr. Rodríguez Bermúdez de Castro).

³⁹⁶ En la misma línea, pero haciendo referencia a la imposibilidad, en base a ello, de apreciar un error de tipo que excluya el dolo, *Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010* (ROJ ATS 16403/2010, Ponente Sr. Saavedra Ruiz).

³⁹⁷ Fundamento de Derecho Segundo.

³⁹⁸ Fundamento de Derecho Segundo: “Los argumentos contenidos en la resolución del juzgado son coherentes y suficientemente motivados, sobre todo en lo referido al conocimiento por parte del acusado de la vigencia de la medida, ya que había sido detenido con anterioridad dos veces por la misma razón, y a la inexistencia de error de prohibición en el mismo”.

³⁹⁹ Fundamento de Derecho Primero: “(...) la invocación del error de prohibición (en la modalidad exculpante (...)) no está acompañada de prueba alguna que la apoye, porque lo cierto es -así lo declaran todos los testigos y lo reconoce el propio apelante- que cuando los agentes policiales llegan al domicilio cuya presencia tenía aquél vedada lo encuentran escondido debajo de una de las camas allí existentes; y si

Sec. 2ª, de 10 de mayo de 2011 (ROJ SAP PO 1274/2011, Ponente Sra. Cimadevila Cea), que excluye el error de tipo al entender probado que el acusado conocía la vigencia de la orden de alejamiento y las consecuencias de su vulneración, y el error de prohibición pese a la concurrencia de consentimiento de la persona protegida por no reputarlo aceptable “en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente”⁴⁰⁰. La *SAP Pontevedra, Sec. 4ª, de 8 de febrero de 2008* (ROJ SAP PO 272/2008, Ponente Sra. Cid Guede), que considera evidente el contenido de la prohibición en un caso en que la sentencia conteniendo la pena de alejamiento, que además se había dictado con la conformidad del acusado, le había sido debidamente notificada⁴⁰¹. La *SAP Palencia, Sec. 1ª, de 15 de marzo de 2012* (ROJ SAP P 154/2012, Ponente Sr. Álvarez Fernández), que desestima la apreciación de error de prohibición pese a ser el condenado extranjero, invocando, de un lado, el carácter comprensible del mandato, y, de otro, el hecho de que la propia persona protegida hubiera acudido al Juzgado a comunicar que consentía la reanudación de la convivencia⁴⁰². La *SAP Sevilla, Sec. 4ª, de 17 de julio de 2012* (ROJ SAP SE 2643/2012, Ponente Sr. Lledó González), que en un supuesto de violencia doméstica desestima la apreciación de error de prohibición considerando que el acusado había sido “notificado, requerido y apercibido con claridad y contundencia acerca de la medida cautelar” de alejamiento de sus padres⁴⁰³. La *SAP*

días más tarde la protegida por la medida fue al Juzgado a retirarla es por las razones que explicó durante el juicio oral, dejando, eso sí, absolutamente claro que el día que ocurrieron los hechos la prohibición estaba vigente”.

⁴⁰⁰ Fundamento de Derecho Primero: “No puede sostenerse un error de tipo desde el momento en que conocía la orden de alejamiento que le obligaba a no acercarse a Victoria, conocía las consecuencias de su incumplimiento y que estaba vigente. Tampoco se deduce un error de prohibición o la creencia de que el consentimiento de Victoria excluía la ilicitud del acercamiento por su parte pues como dice la jurisprudencia del TS no es aceptable la invocación del error de prohibición “en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta” (STS 1171/1997 de 29 septiembre y STS 302/2003)”.

⁴⁰¹ Fundamento de Derecho Tercero: “No es posible, por otra parte, admitir un error de prohibición, (...) toda vez que [es] evidente el contenido de la condena para el acusado desde que se le notifica la sentencia que la impone, que además es de conformidad”.

⁴⁰² Fundamento de Derecho Segundo: “(...) el acusado, hoy recurrente, no puede alegar desconocimiento, aunque sea extranjero que ya lleva tiempo en este país, de lo que significaba la pena de alejamiento impuesta en la sentencia y de las consecuencias de incumplirla, lo que tampoco venía contradicho, sino más bien confirmado, por el hecho de que su compañera sentimental, la víctima del delito, pusiese en conocimiento del Juzgado de lo Penal de Palencia, a través del Juzgado de Paz de Aguilar de Campóo, más próximo a su domicilio, que consentía en reanudar la convivencia con quien había sido condenado en sentencia firme por maltratarla, puesto que tal comunicación demuestra que eran ambos conscientes de lo que estaba en juego, ya que caso contrario nada se hubiese tenido que participar”.

⁴⁰³ Fundamento de Derecho Primero: “(...) ni siquiera se describe dato o circunstancia alguna que permitiera al acusado razonablemente pensar que el consentimiento de sus padres excluía la punibilidad, (...); por el contrario, diversos datos obrantes en la causa hacen pensar que el tan citado acusado era plenamente consciente de la vigencia de la orden, y así por ejemplo cuando a la llegada de la Policía

Granada, Sec. 2ª, de 2 de marzo de 2015 (ROJ SAP GR 540/2015, Ponente Sra. González Niño), que llega a idéntica conclusión en un caso de quebrantamiento de la prohibición de comunicación por parte de la esposa, que había telefoneado a su marido para que le autorizara a retirar del domicilio unos enseres, calificando de “absurdo” el argumento de que tanto su abogado como un agente de la Guardia Civil la habían asesorado para que cometiera dicha conducta⁴⁰⁴. La *SAP Granada, Sec. 2ª, de 2 de marzo de 2015* (ROJ SAP GR 496/2015, Ponente Sr. Manzano Moreno), que no aprecia error de prohibición en un caso de reanudación de la convivencia entre esposos pese a ser el obligado por la pena de alejamiento un hombre de avanzada edad, por entender que en cualquier momento pudo haberse informado a través de su abogado de las consecuencias del incumplimiento⁴⁰⁵. La *SAP Oviedo, Sec. 3ª, de 12 de febrero de 2016* (ROJ SAP O 360/2016, Ponente Sra. Álvarez Rodríguez), que excluye la concurrencia de dicha figura en relación a un acusado al que le constaba una condena previa por quebrantamiento entendiendo que dicha circunstancia “le proveería de suficientes elementos de conocimiento acerca del alcance de la antijuricidad de su conducta”⁴⁰⁶. Y la *SAP Burgos, Sec. 1ª, de 11 de febrero de 2016* (ROJ SAP BU 116/2016, Ponente Sr.

reacciona diciendo que él ya se marchaba o cuando ante el Juez de Instrucción y en el plenario alega que tan sólo había ido a recoger sus medicinas”.

⁴⁰⁴ Fundamento de Derecho Segundo: “Y en cuanto al posible error de prohibición, coincidimos con el Juez de instancia en la inverosimilitud de los argumentos que (...) sostuvieron al unísono tanto la madre como la hija en juicio, pues se nos antoja un verdadero disparate por lo absurdo del planteamiento que fuera el propio abogado de la entonces imputada ahora recurrente el que le recomendara que hablara personalmente con su marido, consciente como tenía que serlo de la vigencia de la prohibición de comunicación impuesta a su patrocinada, y que abundara en el mismo consejo un sargento de la Guardia Civil del puesto del pueblo salvo que deliberadamente le ocultaran la existencia de la prohibición, e igualmente ilógico que ninguno de ellos les ofreciera la solución más sencilla a ese problema si es que realmente existía (lo que niega el perjudicado): acudir al Juzgado que impuso la prohibición para que con las garantías de control que estimase necesarias les autorizara a retirar del hogar familiar sus pertenencias”.

⁴⁰⁵ Fundamento de Derecho Primero: “(...) aunque ciertamente el acusado tenía ya una avanzada edad al tiempo de cometer los hechos (80 años) y el consentimiento de su esposa a la convivencia que reinició pudo haberle inducido a error respecto a la vigencia e imperatividad de la pena de alejamiento impuesta, no es menos cierto que fue en su momento requerido de manera personal por el juzgado a su cumplimiento con expresa (*sic*) apercibimiento de las consecuencias legales y que además, por si fuera poco, el acusado allí condenado seguía disponiendo de una asistencia letrada que le podría haber hecho desvanecer cualquier mínima duda sobre el particular durante ese largo tiempo que estuvo cohabitando nuevamente con su pareja hasta ser detenido por la policía”.

⁴⁰⁶ Fundamento de Derecho Primero: “Resulta inadmisibles que el recurrente desconociera la ilicitud de su conducta, como así se pretende, cuando resultó requerido judicialmente para que cumpliera la prohibición de aproximación a Paulina acordada en sentencia (...), sin que incida en tal consideración la circunstancia invocada, (...) que el acercamiento vino motivado por la conducta de Paulina, (...) teniendo en consideración que constituye jurisprudencia consolidada desde la adopción del Acuerdo de Plenario del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008, que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal, y ello sin obviar que, según el certificado de antecedentes penales obrantes en la causa, el recurrente ya contaba con una previa condena de quebrantamiento, que en cualquier caso le proveería de suficientes elementos de conocimiento acerca del alcance de la antijuricidad de su conducta”.

Redondo Argüelles), que también invoca la reincidencia en orden a considerar acreditado el conocimiento de la ilicitud de la conducta, en esta ocasión en relación a un ciudadano extranjero⁴⁰⁷.

Y, haciendo referencia a error de tipo, pero con idénticos argumentos, se excluye su aplicación, a título de ejemplo, en las siguientes resoluciones judiciales: La *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 14 de enero de 2011* (ROJ SAP M 3708/2011, Ponente Sra. Pérez Marugán), en relación a un supuesto en que se había reanudado la convivencia pese a la vigencia de una orden de protección al personarse la compañera sentimental del acusado en la casa del mismo con el hijo común, que reproduce los razonamientos contenidos en la antes citada *STS de 28 de enero de 2010* en orden a excluir la apreciación de un error de tipo⁴⁰⁸. Y en la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 30 de noviembre de 2015* (ROJ SAP GR 1738/2015, Ponente Sr. Ramos Almenara), que llega a idéntica conclusión en un caso en que el obligado por una pena de alejamiento y su pareja fueron sorprendidos intentando llevar a cabo un hurto en un establecimiento comercial, calificando al delito de quebrantamiento de infracción “cuya ilicitud es notoriamente evidente”⁴⁰⁹.

No obstante, en algunas resoluciones, aun con posterioridad al *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008*, se aprecia error invencible de prohibición. Así, cabe citar la *SAP León, Sec. 3ª, de 6 de noviembre de 2009* (ROJ SAP LE 1299/2009, Ponente Sr. Peñín del Palacio), en un caso de reanudación voluntaria de la convivencia a instancia de la víctima y pese a la vigencia respecto del acusado de una pena de alejamiento, considerando dicha Sentencia probado que este último “creía firmemente que actuaba lícitamente al convivir con su ex mujer (...), después de que ésta le ofreciera volver a convivir en el domicilio de ella”⁴¹⁰. Y la *SAP Córdoba, Sec. 2ª,*

⁴⁰⁷ Fundamento de Derecho Tercero: “(...) a pesar de su condición de ciudadano extranjero entendió perfectamente su contenido [el de la pena de prohibición de aproximación y comunicación], puesto que en juicio oral se comprobó que tenía suficiente dominio de la lengua castellana, unido al hecho de que el acusado es reincidente en la comisión de este tipo de delitos, y ello implica un conocimiento del alcance y sentido de la notificación que se le efectuó [y] de la trascendencia que ella tenía”.

⁴⁰⁸ Fundamento de Derecho Primero: “(...) aceptar el error del tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, que (*sic*) sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado”.

⁴⁰⁹ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) Se alega de modo confuso un error de tipo (...). Manifestación carente de contenido puesto que (...) el condenado conocía perfectamente la prohibición de acercamiento, y que no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente no cabiendo invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento”.

⁴¹⁰ Fundamento de Derecho Primero: “(...) valorando la prueba practicada y después del examen de las actuaciones, no tenemos el convencimiento de que el acusado haya tenido intención de quebrantar la

de 14 de abril de 2009 (ROJ SAP CO 639/2009, Ponente Sr. Carnerero Parra), que, considerando acreditado que el obligado había acudido al domicilio de su esposa, pese a tener impuesta una pena de prohibición de aproximación, a requerimiento de la misma, que le había llamado por teléfono para que le llevara dinero y ropa, concluye que aquél sufrió “una situación de error sobre la ilicitud de su conducta, que debe considerarse no vencible a tenor de la capacidad de comprensión de cualquier persona ajena al ámbito técnico del derecho”⁴¹¹.

Asimismo, también con posterioridad a dicho Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, se estima la concurrencia de error vencible de prohibición, entre otras, en la *SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008* (ROJ SAP TF 2584/2008, Ponente Sr. Astor Landete), en un supuesto en el que el propio obligado por la pena de alejamiento, tras la reanudación de la convivencia, pidió a su sobrina que llamara a la Policía tras mantener una discusión con su pareja, entendiendo que fue él mismo quien propició la intervención policial condicionado por el consentimiento y por la petición de entablar contacto de la persona protegida⁴¹². La *SAP Coruña, Sec. 1ª, de 9 de marzo de 2011* (ROJ SAP C 750/2011, Ponente Sr. Sánchez Jiménez), considerando probado que la persona protegida había pedido ayuda y manifestado al obligado que había acudido al Juzgado para retirar la pena de alejamiento “y que no había restricciones”, y teniendo en cuenta que el encuentro había tenido lugar durante la noche de un domingo para valorar la imposibilidad del obligado de comprobar si dichas manifestaciones eran ciertas⁴¹³. La *SAP Coruña, Sec. 1ª, de 9 de*

medida de prohibición de aproximarse a su ex mujer que le fue impuesta en sentencia condenatoria por violencia de género recaída en fecha 23 de mayo de 2007, sino que creía firmemente que actuaba lícitamente al convivir con su ex mujer Camila, después de que ésta le ofreciera volver a convivir en el domicilio de ella”.

⁴¹¹ Fundamento de Derecho Primero: “(...) este Tribunal comparte la tesis de la juez a quo en cuanto a que las circunstancias existentes motivaron que el acusado sufriese una situación de error sobre la ilicitud de su conducta, que debe considerarse no vencible a tenor de la capacidad de comprensión de cualquier persona ajena al ámbito técnico del derecho”.

⁴¹² Fundamento de Derecho Tercero: “El hecho de que haya sido el propio acusado el que propició la intervención policial nos debe llevar a afirmar la concurrencia del error (...). Por consiguiente consideramos que el acusado infringió la obligación impuesta en la resolución judicial condicionado por la petición y consentimiento de la persona protegida por la misma, lo que favoreció un error de prohibición vencible, pudiendo salvar dicho error ante el mismo juzgado que impuso la pena”.

⁴¹³ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) La Fiscalía (y la Juzgadora) construyen la tesis del conocimiento de la subsistencia de la medida por parte del agente en base a una especie de dolo eventual, esto es, por la mera conciencia de que el encuentro entre la pareja le generase problemas al acusado, según su inicial declaración. Pero, desde esa perspectiva, podría aquél asumir también de manera eventual que el hecho de que la mujer -inductora o cooperadora necesaria del quebrantamiento- abordara sin temor la cita constituía la prueba de que el Juzgado había dejado sin efecto la sanción. Ciertamente esa duda, no disimulada, del interdictado podría haberse disipado mediante la comprobación personal de lo realizado por el Juzgado ejecutor, pero nótese la hora y el día en que se producen los hechos enjuiciados (23 horas

septiembre de 2011 (ROJ SAP C 2555/2011, Ponente Sr. Sánchez Jiménez), que llega a idéntica conclusión en un supuesto en el que el condenado era extranjero, valorando la dificultad de conocer el alcance de la prohibición para alguien que continúa recibiendo llamadas de la persona respecto de la que tiene prohibido comunicarse, si bien apreciando el carácter vencible del error de prohibición ante la posibilidad de que el sujeto pudiera asesorarse en el propio Juzgado o a través de su Letrado⁴¹⁴. Y en la *SAP Soria, Sec. 1ª, de 22 de marzo de 2012* (ROJ SAP SO 78/2012, Ponente Sr. Rodríguez Greciano), que, en relación a un caso en que el acusado fue sorprendido con su pareja mientras circulaba con la misma en un vehículo pese a tener impuesta una medida cautelar de prohibición de aproximación, concluye que dicha figura, en su modalidad vencible, es aplicable con fundamento en la insistencia de la persona protegida en que su ex compañero sentimental la acompañara a una cita médica⁴¹⁵.

Por su parte, se estima un error vencible de tipo excluyente del dolo, que conlleva la absolución del acusado por no admitirse la comisión culposa del delito del art. 468.2 del Código Penal, en la *SAP Valladolid, Sec. 2ª, de 5 de marzo de 2012* (SAP VA 368/2012, Ponente Sr. De la Torre Aparicio), en un supuesto en el que los propios padres del acusado, para cuya tutela se había acordado la medida cautelar quebrantada, habían dicho a aquél que la misma había sido dejada sin efecto por el Juzgado⁴¹⁶.

de un domingo), así como el motivo que llevó a la mujer a pedir la ayuda del varón, circunstancias que nos llevan a dar entrada a la modalidad semiexculpatoria del error de prohibición”.

⁴¹⁴ Fundamento de Derecho Segundo: “Así las cosas, si añadimos (...) la nacionalidad de los concernidos por el mandato judicial, y la dificultad de conocer el alcance del mismo para quien, aun impuesto de la prohibición (...), continúa recibiendo llamadas telefónicas de la persona respecto a la cual se le ha prohibido comunicar y acercarse (...), lo que procede, en opinión de la Sala, es dar entrada al error de prohibición, en tanto el recurrente pudo haber entendido que no oponiéndose (incluso fomentándolos) la mujer a los encuentros la pena restrictiva de derechos quedaba sin contenido, encontrándonos ante el denominado error de prohibición "indirecto" que es el que "recae sobre la esencia, límites o presupuestos de las causas de justificación (vid. STS 02-04-09)", error que entendemos es vencible porque como ha venido reconociendo el acusado (...) sabía cuál era el contenido de la sanción, (...) pudiendo haber consultado, bien en el juzgado que la impuso, bien al letrado que le asesoró, las consecuencias de los encuentros tolerados a que nos venimos refiriendo”.

⁴¹⁵ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) nos encontraríamos ante un error vencible. En efecto, el acusado dijo que era conocedor de la imposición de una medida de alejamiento cautelar, pero ante la insistencia de su ex pareja en que la acompañara, además para una cita clínica, no tuvo más remedio que acompañarla. Pensando que con ello, no vulneraba la prohibición de aproximación impuesta judicialmente (...)”.

⁴¹⁶ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) el error consiste en la creencia, por parte del acusado, de que la orden de alejamiento respecto de sus padres y del domicilio de estos ya no estaba vigente, puesto que los padres le habían dicho que habían ido al Juzgado a retirarla y le habían afirmado que ya no estaba en vigor por lo que podía estar con ellos, de forma que así reanudaron y mantuvieron de nuevo la convivencia a lo largo de tres meses (...). Esta creencia errónea viene suficientemente justificada en que son sus propios padres, a favor de quienes se dictó la orden de protección, quienes le aseguran que han ido al Juzgado y que la prohibición ya dejó de tener eficacia y vigencia, todo ello unido a las características y limitaciones psíquicas del acusado. (...) Entendemos que es un error de tipo pues recae

Sin embargo, no deja de indicarse por un sector doctrinal que a menudo se invoca la apreciación del error, tanto de tipo como de prohibición, singularmente ante el carácter imperativo de la pena accesoria de alejamiento del art. 57.2 del Código Penal, “como último recurso para salvaguardar la justicia intrínseca del caso y evitar respuestas penales desproporcionadas”⁴¹⁷, forzándose “en muchas ocasiones la calificación legal de los hechos, con criterios más próximos a la teoría alternativa del derecho que a la realidad objetiva”⁴¹⁸.

Para CABALLERO GEA, además, tras el referido *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*, que consagró el criterio de punibilidad en base al art. 468 del Código Penal de los quebrantamientos consentidos, el error de prohibición es la única posibilidad excluyente o minorativa de responsabilidad criminal para el obligado por la pena o medida, al suponer el reconocimiento de que la falta de consentimiento de la víctima en la vulneración de aquélla no constituye en ningún caso elemento del tipo que nos ocupa⁴¹⁹, constituyendo, en opinión de OLMEDO CARDENETE, una de las “vías de impunidad” a las que recurre la jurisprudencia menor “frente a la rigurosa aplicación del criterio mantenido por el Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo”⁴²⁰.

A pesar de ello, en nuestra opinión, el error, tanto de tipo como de prohibición, vencible o invencible, será de difícil apreciación si en el Juzgado se ha practicado el requerimiento en forma informando al obligado del contenido de la pena o medida

sobre un elemento sustancial del delito como es la existencia de una orden judicial vigente que prohíba la proximidad y/o la comunicación. De modo que en base al error sobre este hecho el acusado cree obrar lícitamente. Dicho error afecta, por tanto, al elemento cognoscitivo del dolo. No estamos ante el caso en que sabiendo que la medida de alejamiento se halla vigente, el acusado considerase que -por el consentimiento de sus padres o cualquier otra circunstancia- esa conducta de estar con ellos no fuera ilícita penalmente. Sino que aquí el acusado está convencido de que la medida cautelar ya se había dejado sin efecto por el Juzgado, es decir que no tenía vigor por lo que ya no estaba obligado al alejamiento. Por lo tanto, se trata -a nuestro juicio- de un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal (existencia jurídica o vigencia de la medida cautelar) que, al ser vencible, excluye el dolo en la conducta del autor y solo puede inculparse como imprudente. Pero el delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal no admite su comisión culposa, por lo que tal conducta resulta atípica, dando lugar a la absolución por este primer delito”.

⁴¹⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, cit., pp. 348-349; en similar sentido, GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 4, que afirma que, si bien acudir al instituto del error constituye una solución que “pudiera servir para ponderar el conflicto, entre el interés del Estado en la efectividad del sistema punitivo y el del derecho de las víctimas protegidas al libre desarrollo de su personalidad (...), no parece razonable que lo que debiera ser excepción constituya criterio ordinario de interpretación de la norma hasta hacerla de efectiva inaplicación”.

⁴¹⁸ GIL RUBIO, J.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit. p. 5.

⁴¹⁹ CABALLERO GEA, J. A.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 165.

⁴²⁰ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 4, que tampoco considera descartable “la viabilidad de un error de tipo que igualmente aminore la dureza del criterio asumido por el Tribunal Supremo” (p. 6, con referencia jurisprudencial).

impuesta y advirtiéndolo al mismo de las consecuencias legales derivadas de su incumplimiento⁴²¹, y prácticamente de imposible estimación si, además, se ha advertido expresamente al sujeto acerca de la irrelevancia, a efectos de comisión del tipo, del consentimiento de la víctima⁴²²; aunque, como apunta JIMÉNEZ DÍAZ, “si la resolución de estos casos se muestra confusa para los distintos operadores jurídicos implicados, mucho más oscura puede presentarse para los directamente afectados, máxime existiendo resoluciones como la (...) STS de 26 de septiembre de 2005”⁴²³. Igualmente, como apunta LANZAROTE MARTÍNEZ, resultará difícil o imposible que por la defensa del obligado pueda invocarse nuevamente el error de prohibición tras el pronunciamiento de una sentencia absolutoria que lo hubiera apreciado como causa de exención de responsabilidad criminal⁴²⁴.

2.- Incidencia en la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.

En cuanto a la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento de la pena o medida impuesta para su tutela, un sector doctrinal, en aras de buscar argumentos que la eximan de aquella o la atenúen, también postula la posible aplicación a la misma del error de tipo, cuando se considera probado que creyó

⁴²¹ De la misma opinión es FARALDO CABANA, P.: “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., pp. 532-533, que indica que el eventual error de prohibición que pueda apreciarse será normalmente vencible (p. 537); también, LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación, problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 49, 2008, pp. 22-23; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Práctica y valoración de la prueba en violencia de género)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 9, 2009, p. 24; SANTOS DÍAZ indica en tal sentido que “no puede pasarse por alto que estimar que concurre un error de prohibición es prácticamente un reconocimiento de que los correspondientes órganos jurisdiccionales no han realizado adecuadamente su labor desde el momento que no han advertido suficientemente al condenado del contenido y duración [de las penas o medidas] impuestas así como de las consecuencias ligadas a su incumplimiento” (SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento de la condena...”, cit., p. 35).

⁴²² LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., p. 23; MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 4, que indica que podrá evitarse la aplicabilidad del error de prohibición “con la simple advertencia llevada a cabo por los Juzgados que adoptan la medida o la pena, de que la misma es indisponible por la víctima”; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Elementos de los tipos penales...”, cit., p. 24.

⁴²³ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 419, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., nota a pie de página nº 67.

⁴²⁴ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 11, que considera dicha circunstancia “el mayor inconveniente que presenta esta causa de exclusión de la culpabilidad para argumentar la impunidad de la conducta de quien quebranta la pena o medida de alejamiento con la autorización de la víctima”.

erróneamente que no resultaba obligada por la prohibición o que su conducta dejaba sin efecto la pena o medida impuesta⁴²⁵, o del error de prohibición, especialmente si se trata de personas extranjeras⁴²⁶, entendiéndose que en otro caso debería responder como inductora o cooperadora necesaria del delito del art. 468.2 del Código Penal⁴²⁷.

Así, la ya anteriormente citada *SAP Pontevedra, Sec. 2ª, de 10 de mayo de 2011* (ROJ SAP PO 1274/2011), aunque, a nuestro juicio erróneamente, considera que la mujer protegida no puede ser partícipe del delito de quebrantamiento (invocando al efecto la necesidad de interpretar las normas conforme a su espíritu y finalidad y la aplicación estricta de las leyes penales), indica que, aun aceptándose, “como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria”, concurriría en ella un error invencible de prohibición, al no ser la persona protegida la destinataria de la prohibición ni la obligada a su cumplimiento, ni haber sido tampoco requerida judicialmente para cumplir la misma ni advertida de las consecuencias del quebrantamiento⁴²⁸.

QUERALT JIMÉNEZ apunta en este sentido, admitiendo el carácter problemático de dichas soluciones, pero entendiéndose que se ajustan al margen que deja la vigente regulación, la posibilidad de apreciar en estos supuestos, bien un error invencible de prohibición, bien un error de tipo sobre los presupuestos de una causa de justificación fundado en la consideración por parte de la víctima de que no es necesaria la protección articulada en su favor⁴²⁹. Soluciones que ARANGÜENA FANEGO califica de “expedientes forzados para evitar la entrada en prisión de quienes se supone

⁴²⁵ Apunta esta solución ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal...”, cit., p. 88; JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento consentido...”, cit., p. 147; también, MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 21, que indica que, incluso si el error se calificara como vencible, conforme al art. 14.1 del Código Penal “se llegaría a la exclusión de la responsabilidad criminal de la mujer”; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 12.

⁴²⁶ CORCOY BIDASOLO, M.: “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 1244.

⁴²⁷ JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., p. 74; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 419, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 86; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 22; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 12, entendiéndose que, si no se exploran al máximo las posibilidades de atenuación o exención de la pena de la mujer o víctima que induce o coopera con el agresor para quebrantar el alejamiento, se profundizará en la “victimización” a las que el sistema penal las somete.

⁴²⁸ Fundamento de Derecho Segundo.

⁴²⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta...”, cit., p. 12, y “La respuesta penal...”, cit., p. 22; también en COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., pp. 1227-1228.

que son los beneficiarios de las medidas de protección acordadas”⁴³⁰, y que no sin razón considera “poco satisfactorias” FARALDO CABANA, por cuanto, en primer lugar, la apreciación del error de prohibición dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, no pudiendo afirmarse siempre, caso de concurrir, su carácter invencible, y castigándose en todo caso el error vencible de prohibición con la pena inferior en uno o dos grados, lo que entrañará la imposición de una pena de prisión a la persona para cuya tutela se estableció la pena o medida quebrantada; y, en segundo orden, no sólo porque el consentimiento no constituye causa de justificación⁴³¹, sino también porque, aun pudiendo admitirse la existencia de un error sobre los presupuestos fácticos del ejercicio legítimo de un derecho, puede en última instancia, tal y como ocurre en la solución alternativa propuesta, resultar condenada la persona que consiente el quebrantamiento del alejamiento acordado judicialmente a su favor⁴³².

IV.- CAUSAS DE INEXIGIBILIDAD.

Siguiendo la misma estructura con la que hemos abordado el estudio de las causas de justificación y la posible apreciación de error en el delito que nos ocupa, analizaremos las causas de inexigibilidad⁴³³ que son aplicables al mismo desde la doble vertiente del obligado y de la persona protegida; en primer lugar, estudiando su posible incidencia en la culpabilidad del sujeto sobre el que pesa la pena o medida de alejamiento, y, en segundo orden, comprobando si es factible su aplicación a la persona para cuya tutela se ha establecido la prohibición y que presta su consentimiento respecto de la vulneración de la misma.

1.- Incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida.

⁴³⁰ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 598, indicando que en aras de ello se recurre a menudo a aplicar “un error de prohibición que se sabe inexistente”.

⁴³¹ En el mismo sentido, FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., pp. 227-228, que consideran también “altamente improbable” la apreciación de un error de prohibición, “por lo menos en su versión de error invencible”.

⁴³² FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 161-162, “Las penas de los delitos...”, cit., pp. 193-194, “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., pp. 531-532, y “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 259; JIMÉNEZ DÍAZ apunta que, en tales casos, “quedaría expedita la vía del indulto y la pertinente suspensión” (JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 419, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 86).

⁴³³ Sobre este tema, *vid.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “La “exigibilidad” y la “no exigibilidad” de conductas adecuadas a las normas penales: cuestiones pendientes en la dogmática jurídico penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 106, 2012, pp. 153 y ss.

En algunos casos se ha invocado, respecto del delito que nos ocupa, la aplicación, como eximente o atenuante, de la circunstancia de obrar el sujeto activo impulsado por miedo insuperable, contemplada en el art. 20.6º del Código Penal⁴³⁴. No obstante, con carácter general la jurisprudencia desestima la misma por considerar que no se acredita la concurrencia de los elementos que se exigen para apreciarla. Así, en la anteriormente citada, en relación al estado de necesidad, *SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 2ª, de 29 de marzo de 2010* (ROJ SAP GC 789/2010, Ponente Sra. Verástegui Hernández), se concluye que la llamada de socorro de la persona protegida por la prohibición de aproximación no prueba por sí sola “la concurrencia de un temor tal que hubiera anulado o disminuido la capacidad electiva del recurrente cuando llevó a cabo su acción”, por lo que descarta aplicar la referida eximente⁴³⁵.

También se desestima la aplicación de miedo insuperable en la *SAP Málaga, Sec. 1ª, de 19 de julio de 2012* (ROJ SAP MA 1418/2012, Ponente Sra. Santos García de León), por entender no acreditado que el acusado acudiera a un hotel al encuentro de la persona respecto de la que se había acordado la medida cautelar de alejamiento “ante las amenazas de la denunciante”, y calificando de “sorprendente” que se arguya por el apelante que dichas admoniciones causaran una situación de temor en aquél que le llevara a incumplir la prohibición⁴³⁶. En la *SAP Almería, Sec. 3ª, de 2 de enero de 2013* (ROJ SAP AL 171/2013, Ponente Sra. Jiménez de Cisneros Cid), que considera que, el hecho de que el acusado acudiera a la localidad donde residía su ex pareja y a la que tenía prohibido entrar al objeto de recoger del buzón una notificación judicial, no determina que pueda apreciarse en el mismo la eximente de miedo insuperable, indicando que se desconoce “a qué tenía miedo supuestamente” aquél cuando “ni siquiera a ello alude en su declaración”⁴³⁷. En la *SAP Pontevedra, Sec. 4ª, de 12 de*

⁴³⁴ Sobre la incidencia del miedo en los diferentes elementos del delito, *vid.* ALONSO ÁLAMO, M.: “El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito”, *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (Pérez Álvarez –Ed.–, Núñez Paz, García Alfaraz –Coord.–), Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 23 y ss., postulando dicha penalista que la eximente de miedo insuperable constituye una causa de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto basada en el principio de inexigibilidad (pp. 35-36 y nota a pie de página nº 41).

⁴³⁵ Fundamento de Derecho Tercero.

⁴³⁶ Fundamento de Derecho Tercero.

⁴³⁷ Fundamento de Derecho Segundo, con cita de referencias jurisprudenciales: “Desconocemos a qué tenía miedo supuestamente el acusado pues ni siquiera a ello alude en su declaración justificando allí su presencia en la necesidad de recoger una correspondencia de correos, en concreto una notificación judicial. (...) Aun dando por bueno que la presencia obedeciese a recoger la notificación de correos, ello no excluye la punición de su conducta pues sabía y conocía que no podía regresar a Olula del Río y sin embargo sin mediar autorización judicial ni poner en conocimiento de las autoridades tal circunstancia se

marzo de 2013 (SAP PO 697/2013, Ponente Sra. Navares Villar), que considera que la mera acreditación de que el acusado padeciera, al tiempo de cometer los hechos y de encontrarse en el domicilio de su pareja pese a tener prohibido acercarse a la misma, un trastorno mixto de la personalidad y un cáncer linfático, no justifica que el mismo quebrantara la orden de alejamiento movido por la referida causa de inexigibilidad, por cuanto, en relación a esta última dolencia, “no nos hallamos en un supuesto de diagnóstico inicial donde el impacto psicológico es evidente, sino en el curso de un proceso con un desarrollo favorable y con pautas de mantenimiento, por lo que tendría que haberse acreditado de qué modo esa fase del tratamiento incidió en el comportamiento del recurrente (si es que lo hizo), lo que desde luego no se ha hecho”⁴³⁸. En la *SAP Madrid, Sec. 29ª, de 4 de julio de 2013* (ROJ SAP M 16730/2013, Ponente Sr. Ferrer Pujol), que desestima la aplicación de miedo insuperable y estado de necesidad, alegadas de forma conjunta por la defensa, al considerar no probado que el obligado por la medida cautelar de prohibición de aproximación tuviera que acudir, aquejado por un grave problema de salud, a una clínica dental próxima al domicilio de su esposa⁴³⁹. En la *SAP Bilbao, Sec. 6ª, de 31 de marzo de 2014* (ROJ SAP BI 854/2014, Ponente Sra. Rodríguez Puente), que, en relación a un delito de quebrantamiento de medida cautelar, considera que no concurren los requisitos que configuran dicha eximente, por cuanto “el contenido del sms que [el condenado] envió diciendo a la mujer con la que tenía prohibido comunicarse “estoy en casa porque me

dirigió al pueblo cuyo acercamiento le estaba prohibido por sentencia, pudiendo haber recogido la notificación por otros medios”.

⁴³⁸ Fundamento de Derecho Segundo, que por los mismos motivos desestima la causa de justificación de estado de necesidad: “(...) si ponemos en relación dicha enfermedad mental con el cáncer linfático que padecía el recurrente al tiempo de los hechos, la conclusión expuesta no se altera. Pretender, como hace la defensa, que dicho padecimiento le llevó a actuar como lo hizo amparado por un estado de necesidad y/o por un miedo insuperable, desde luego, no se compadece con la prueba practicada. En efecto, de la documental obrante en la causa se desprende que el cáncer linfático le fue diagnosticado en el año 2006, siendo tratado con quimioterapia en siete ciclos, obteniéndose remisión clínica de la enfermedad y que en mayo de 2011 lo que recibió fue una pauta de mantenimiento con quimioterapia, aconsejando el hematólogo, en agosto de 2011, continuar con el tratamiento al no existir evidencia clínica de enfermedad. Por lo tanto, no nos hallamos en un supuesto de diagnóstico inicial donde el impacto psicológico es evidente, sino en el curso de un proceso con un desarrollo favorable y con pautas de mantenimiento, por lo que tendría que haberse acreditado de qué modo esa fase del tratamiento incidió en el comportamiento del recurrente (si es que lo hizo), lo que desde luego no se ha hecho, circunstancia ésta que hace inviable la aplicación de las eximentes propuestas ni como completas ni como incompletas y, ni siquiera, como atenuantes analógicas”.

⁴³⁹ Fundamento de Derecho Cuarto, en el que se desestima también la causa de justificación de estado de necesidad: “En el caso, (...) los hechos base de sus pretendidas eximentes [del recurrente] no solo no han sido probados (*sic*), sino que se ha acreditado su no concurrencia: los policías declararon que no apreciaron sangrado alguno en el reo, éste es conducido a un centro médico horas después de su detención y no se reseñó otra cosa que la solicitud de continuar un tratamiento contra el dolor por parte del reo, siendo impensable que -de concurrir- no consignara el médico que le atendió una situación de hemorragia capaz de generar, al decir del recurrente, riesgo vital”.

cuelgas” no parece compatible ni con la existencia de la amenaza de un mal como el referido ni con temor alguno en el acusado”⁴⁴⁰. Y en la *SAP Oviedo, Sec. 2ª, de 6 de mayo de 2014* (ROJ SAP O 1270/2014, Ponente Sr. Lobejón Martínez), que no aprecia tampoco la concurrencia de miedo insuperable al no entender acreditado que el acusado tuviera que acudir al domicilio de su ex pareja a dejar una carta en su buzón como consecuencia de haber sido previamente agredido por dos conocidos de aquélla y a fin de rogarle que intercediera en aras de evitar ulteriores ataques⁴⁴¹.

Sin embargo, la *SAP Granada, Sec. 1ª, de 20 de marzo de 2015* (ROJ SAP GR 336/2015, Ponente Sr. Zurita Millán), sin indicar expresamente si aprecia miedo insuperable o estado de necesidad subjetivo, revoca la Sentencia de instancia, que condenaba a un hombre y una mujer respectivamente como criminalmente responsables en concepto de autor y cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento de condena, y absuelve a ambos acusados, en un supuesto en el que aquél había acudido al domicilio de la segunda a requerimiento de ella, que le había enviado sendos mensajes al teléfono móvil comunicándole su intención de quitarse la vida, y, al encontrársela encerrada en la azotea y con la bombona de butano abierta, dio inmediatamente aviso a la Policía Nacional. Y ello por entender que “el acusado, por inexigibilidad de una conducta distinta, ante el temor real, racional y fundado de que Vicenta se pudiera quitar la vida, tal y como le había expresado en aquellos dos sms que le envió, no tuvo otra alternativa más que acudir en su auxilio”⁴⁴².

En nuestra opinión, si bien cabría apreciar la circunstancia de miedo insuperable, como eximente, en el sujeto que quebranta una pena o medida de alejamiento, ello dependerá de que se acredite por parte del mismo la concurrencia de los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para su estimación, y que, en síntesis, como se recoge en Sentencias como la ya citada *STS de 19 de junio de 2008* (ROJ STS 2961/2008, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre)⁴⁴³, o la más reciente *STS de 12 de marzo de 2015* (ROJ

⁴⁴⁰ Fundamento de Derecho Tercero, que, con cita de la doctrina del TS sobre la eximente que nos ocupa, concluye que “en el presente caso no se ha probado la existencia un mal real, serio y de intensidad que lesionara o pusiera en peligro bienes jurídicos de la persona afectada lo que es necesario para apreciar tanto la eximente como la atenuante siendo así que a mayor abundamiento el contenido del sms que envió diciendo a la mujer con la que tenía prohibido comunicarse "estoy en casa porque me cuelgas" no parece compatible ni con la existencia de la amenaza de un mal como el referido ni con temor alguno en el acusado”.

⁴⁴¹ Fundamento de Derecho Segundo, también con cita de jurisprudencia del TS sobre los requisitos de la eximente de miedo insuperable.

⁴⁴² Fundamento de Derecho Segundo.

⁴⁴³ Fundamento de Derecho Segundo, con otras referencias jurisprudenciales.

STS 824/2015, mismo Ponente), son los siguientes: “a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) Que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales (...), huyendo de concepciones externas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes; y d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción”⁴⁴⁴. Requisitos que ciertamente hacen difícil la aplicación en la práctica de esta causa de inexigibilidad.

2.- Incidencia en la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.

Por último, en cuanto a la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento de la pena o medida establecida para su protección, y en aras de fundamentar la impunidad de su conducta, se ha indicado por un sector doctrinal y jurisprudencial la posibilidad de apreciar la existencia de miedo insuperable si se acredita en el caso concreto que la persona protegida accedió a reanudar la relación o a entablar contacto con el obligado por la pena o medida bajo intimidación o amenaza⁴⁴⁵.

En nuestra opinión, nada impediría apreciar la concurrencia de miedo insuperable, como eximente, en la persona protegida que fuera acusada como cooperadora necesaria en la comisión de un delito de quebrantamiento de la pena o medida establecida respecto de aquélla, si bien, como ocurre en relación al propio obligado, su estimación dependerá de la efectiva acreditación de los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para aplicarla, lo que entrañará en última instancia demostrar que la reanudación del contacto con aquél obedeció a presiones y/o conductas intimidatorias por parte del mismo o de un tercero de tal entidad que colocaran a la persona protegida en una situación de temor que determinara la anulación o minoración de su voluntad.

⁴⁴⁴ Fundamento de Derecho Octavo, con cita de otras Sentencias del Tribunal Supremo.

⁴⁴⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 22; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 10.

CAPÍTULO SÉPTIMO.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

I.- GRADOS DE EJECUCIÓN. CONSUMACIÓN DEL DELITO. ADMISIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

Dado el tenor literal del art. 468.2 del Código Penal, la consumación del delito se producirá cuando el sujeto activo realice la actividad prohibida en la resolución judicial⁴⁴⁶, esto es, cuando se infringe dolosamente la prohibición impuesta⁴⁴⁷. Con esas mismas palabras lo indica también el *Tribunal Supremo en Sentencias como la de 5 de mayo de 2003* (ROJ STS 3046/2003, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca). El delito se consumará, por tanto, cuando se vulnere la prohibición de aproximación o de comunicación, dado que se trata de un delito de mera actividad⁴⁴⁸, que alcanza su perfección cuando de forma consciente y voluntaria se infringe la prohibición impuesta en cada caso⁴⁴⁹, sin necesidad de que el incumplimiento del mandato comporte ningún resultado perjudicial complementario, pero siendo exigible que el mismo sea de tal entidad que prive de eficacia a la resolución judicial⁴⁵⁰.

También la jurisprudencia viene considerando en general este delito de mera actividad, pudiendo citar a título de ejemplo las *SSAP Tarragona, Sec. 4ª, de 10 de noviembre de 2010* (ROJ SAP T 1578/2010, Ponente Sra. Valdepérez Machi), y *Sec. 2ª, de 10 de julio de 2012* (ROJ SAP T 991/2012, Ponente Sra. Barcenilla Visus), y la *SAP Pamplona, Sec. 2ª, de 29 de junio de 2010* (ROJ SAP NA 621/2010, Ponente Sr. González González). Postura que se sostuvo también en el *Seminario sobre Criterios de*

⁴⁴⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 326-327, considerando por ello “prácticamente imposible la estimación de la frustración”.

⁴⁴⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 3027.

⁴⁴⁸ En el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código...*, cit., p. 2329; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1135; MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra la Administración...”, cit., p. 640; RILLO PERALTA, E.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 453; SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento de la condena...”, cit., p. 10; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., pp. 474 y 478-480, que entiende que el delito será de resultado si el sujeto está privado de libertad y de mera actividad en los demás casos.

En contra de dicho criterio, considerando que es un delito de resultado que admite formas imperfectas de ejecución, GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., p. 350; MOLINA MANSILLA, M. C.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, p. 3; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento...*, cit., p. 39.

Por su parte, considera que podrá tratarse de un delito de simple actividad o de resultado, en función de la naturaleza de la prohibición impuesta, MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., pp. 29-30.

⁴⁴⁹ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 914.

⁴⁵⁰ SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 314, con cita de VIVES ANTÓN.

Interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009⁴⁵¹.

En el ámbito de las formas imperfectas de ejecución, se discute si cabe la comisión de este delito en grado de tentativa, lo que en nuestra opinión dependerá de la naturaleza de la prohibición, pues, como señala MAPELLI CAFFARENA, el sentido último de quebrantar y, por ende, la consumación delictiva, vendrán determinados por el objeto, es decir, por la modalidad de cumplimiento impuesta, lo cual imposibilita resolver de forma unitaria la cuestión de las fases de ejecución⁴⁵².

SALCEDO VELASCO, en relación a la regulación del quebrantamiento contenida en la redacción inicial del Código Penal de 1995, consideraba que, tratándose de privaciones de derechos y medidas cautelares, la consumación tendría lugar cuando se realizara la actividad prohibida por la resolución judicial, estimando “prácticamente imposible la estimación de la frustración”⁴⁵³. También BENEYTEZ MERINO afirma que, en relación a penas o medidas privativas de derechos, “es difícil imaginar supuestos de ejecución imperfecta”⁴⁵⁴.

Tratándose de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, o de la de aproximación, la consumación se producirá cuando el obligado se persone en los referidos sitios en el primer caso, o se acerque a la persona protegida en un radio inferior al establecido en la resolución judicial en el segundo. En relación a la prohibición de comunicación, la cuestión se presenta especialmente problemática en aquellos supuestos en que la transmisión efectiva de información no llega a tener lugar, como ocurre en los casos en que, quedando constancia de la llamada telefónica, la víctima no ha llegado a contestar el teléfono, bien porque ha identificado al emisor o por otro motivo, o en aquellos otros en que la comunicación se realiza a través de formato de papel (así, mediante el envío de una carta), y la misma es interceptada en el propio centro penitenciario, si el sujeto activo se encuentra interno, o, por ejemplo, por terceras personas que la recogen del buzón de la víctima para evitar que la misma la lea.

⁴⁵¹ Conclusión 31ª. www.poderjudicial.es.

⁴⁵² MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., pp. 26 y 29.

⁴⁵³ SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 316, con cita de MANZANARES SAMANIEGO sobre la consideración de estos delitos como de simple actividad.

⁴⁵⁴ BENEYTEZ MERINO, L.: “Del quebrantamiento...”, cit., p. 1383.

En estos supuestos, si se considera que la transmisión efectiva de un mensaje entre esta última y el obligado constituye el último acto ejecutivo, podría calificarse como tentativa inacabada. Así, la *SAP Valencia, Sec. 2ª, de 27 de mayo de 2011* (ROJ SAP V 3253/2011, Ponente Sr. Ortega Lorente), condenó por un delito de quebrantamiento continuado de medida cautelar en grado de tentativa en un caso en el que, pese a efectuarse varias llamadas por el obligado, la persona protegida no había descolgado el teléfono⁴⁵⁵. Criterio que se comparte por un sector doctrinal que sin embargo considera que el delito se habrá consumado si el obligado deja un mensaje en el buzón de voz del teléfono de la persona protegida, por cuanto en tales casos se habrá producido comunicación aunque la víctima no llegue a escucharlo, ya que habrá existido la posibilidad de que lo haga⁴⁵⁶.

PERAMATO MARTÍN, si bien entiende que el hecho de dejar un mensaje grabado supone la consumación del delito, afirma que deberá reputarse impune la conducta del sujeto obligado que efectúa una o varias llamadas que no son atendidas por la persona protegida, siempre que aquél no deje mensaje alguno en el contestador, no reitere las llamadas o no acuda “a otros procedimientos como puede ser remitir un SMS”; y ello por considerar que constituye un supuesto de desistimiento voluntario incardinable en el art. 16.2 del Código Penal⁴⁵⁷.

Y no falta, por último, quien, como GARCÍA PÉREZ, sostiene que en ambos casos, esto es, tanto si se deja un mensaje en el buzón de voz por parte del sujeto obligado como si éste se limita a efectuar una llamada sin que la misma sea contestada, se entenderá consumado el delito solamente si la víctima identifica la llamada como

⁴⁵⁵ En el mismo sentido se pronuncia RILLO PERALTA, E.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 485.

Criterio contrario mantiene, sin embargo, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 81, entendiendo que en tal supuesto se habrá consumado el delito.

⁴⁵⁶ En este sentido, ALHAMBRA PÉREZ, P.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 1-2; MOLINA MANSILLA, M. C.: “Fijada la prohibición de comunicación...”, cit., p. 3; RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, p. 4.

⁴⁵⁷ PERAMATO MARTÍN, T.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, p. 6, indicando que, habiendo podido de otra forma –dejando un mensaje en el contestador, llamando nuevamente o enviando un mensaje al teléfono móvil-, “completar el proceso para conseguir su propósito inicial, no lo hace”.

procedente de aquél, entendiendo que se cometerá en grado de tentativa si la misma no llega a conocer que ha sido efectuada por él⁴⁵⁸. O quien, como GUTIÉRREZ ROMERO, afirma que, en ambos supuestos, se debe calificar siempre de delito de quebrantamiento en grado de tentativa⁴⁵⁹.

En nuestra opinión, en todos estos casos el delito se habrá consumado, se deje o no por el obligado mensaje en el buzón de voz del teléfono de la persona protegida, y reconozca esta última o no la llamada como efectuada por aquél, en la medida en que se trata de un delito de mera actividad y el obligado por la pena o medida ha llevado a cabo todos los actos dirigidos a infringir la prohibición, incumpléndose el mandato impuesto. No debe olvidarse además, de un lado, que, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, se define comunicación, en sus tres primeras entradas, como “acción y efecto de comunicar o comunicarse”, “trato, correspondencia entre dos o más personas” y “transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”, y, de otro, que en el estado actual de las telecomunicaciones, el receptor de una llamada puede conocer, sin necesidad de iniciar la conversación, la identidad de la persona emisora, sin que por el hecho de que no se produzca la efectiva comunicación o rehúse contestar no deje de haber existido una efectiva transmisión de mensajes a efectos de entender consumada la acción delictiva, pues la llamada en sí es ya un acto de comunicación en los términos descritos, pudiendo incluso resultar perturbador para la persona receptora, protegida por la pena o medida, que ve vulnerados su tranquilidad y sosiego en todo caso, máxime si identifica la llamada como procedente de la persona obligada por aquélla.

En conclusión, no cabría hablar de formas imperfectas de ejecución respecto de este tipo penal⁴⁶⁰. Criterio que se recoge en Sentencias como la *SAP Málaga, Sec. 2ª, de 12 de marzo de 2007* (ROJ SAP MA 416/2007, Ponente Sra. Alarcón Barcos), que considera consumado el delito de quebrantamiento de condena por el hecho de

⁴⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, J. C.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 7-8, aludiendo a que en tales casos no se ha provocado “ninguna clase de miedo o desasosiego en aquella”.

⁴⁵⁹ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, p. 8.

⁴⁶⁰ En el mismo sentido, como se ha indicado, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 81.

telefonar un sujeto a su esposa e hijas, respecto de las que tenía impuesta una pena firme de prohibición de comunicación, y dejar varios mensajes en el contestador, declarando que “no es posible que hablemos de un delito en grado de tentativa, por el hecho de dejar los mensajes en el contestador”, así como que “el delito se ha consumado, puesto que ha realizado cuantos actos establece el tipo penal, en concreto se ha comunicado, y evidentemente ha(n) recibido dicha comunicación las víctimas, y prueba de ello es que la oyeron, y tras ello denunciaron”⁴⁶¹. La *SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 21 de abril de 2009* (ROJ SAP CA 642/2009, Ponente Sra. Rubio Encinas), que, en relación a un supuesto en el que el condenado efectuó varias llamadas a la persona protegida por una medida cautelar de alejamiento, que no llegó a contestar a las mismas, declara que el mero hecho “de realizar la llamada a sabiendas de la existencia de prohibición de comunicación impuesta en sentencia firme es ya un delito de quebrantamiento de condena”⁴⁶². La *SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 20 de septiembre de 2013* (ROJ SAP CA 1218/2013, Ponente Sra. Rubio Encinas), que, en un caso idéntico al anterior y con cita de la referida resolución judicial, indica que “el efectuar la llamada telefónica supone la realización de la acción prohibida y por tanto la consumación del delito”, así como que, además, “la destinataria de la llamada ha podido comprobar que la persona que tiene prohibición de comunicarse con ella la está llamando por teléfono, y en definitiva ello ya quebranta su ánimo y su sosiego, que es lo que también se protege con esta pena”⁴⁶³. Y la *SAP Castellón de la Plana, Sec. 2ª, de 2 de febrero de 2016* (ROJ SAP CS 275/2016, Ponente Sr. Antón Blanco), que considera cometido el delito que nos ocupa por el hecho de enviar un mensaje al móvil en relación al hijo común de las partes pese a la vigencia de una medida cautelar de prohibición de comunicación señalando, *obiter dicta*, y pareciendo acoger la tesis del carácter pluriofensivo del delito de quebrantamiento, que “es totalmente discutible el que un mensaje aparentemente inocuo en su contenido no altere a la persona que ha de sentirse protegida”, puesto que “se trata de contactos sujetos a la relatividad y

⁴⁶¹ Fundamento de Derecho Primero.

⁴⁶² Fundamento de Derecho Tercero: “(...) Los hechos que son aceptados por todas las partes, son que el acusado realizó una llamada telefónica a Antonieta y esta al reconocer que el número de teléfono era de Santiago, decidió no descolgar el suyo. Entendemos que este sólo hecho de realizar la llamada a sabiendas de la existencia de prohibición de comunicación impuesta en sentencia firme es ya un delito de quebrantamiento de condena, pues ha supuesto el desobedecimiento de la prohibición y además la destinataria de la llamada ha podido comprobar que la persona que tiene la prohibición de comunicarse con ella la está llamando por teléfono y en definitiva ello ya quebranta su ánimo y su sosiego que es lo que también se protege con esta pena”.

⁴⁶³ Fundamento de Derecho Tercero.

circunstancialidad”, y “el solo hecho de provenir del alejado ya supone sentir que éste está ahí dispuesto a seguir comunicándose”, citando como ejemplo “la simple llamada a la puerta del domicilio, o un mero sonar del teléfono”, que “si es durante la madrugada, inquieta”⁴⁶⁴.

II.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

En nuestra opinión, y como antes se ha indicado, la persona a cuyo favor o para cuya protección se ha establecido la pena o medida no puede ser considerada en ningún caso sujeto activo del tipo que nos ocupa, ni siquiera en los supuestos en que se aproxima a la persona obligada a cumplir las prohibiciones o establece contacto con ella. El art. 468.2 alude expresamente a dicha persona como ofendido al circunscribir la posibilidad de serlo a las personas contempladas en el art. 173.2 del Código Penal, y no deja de ser un contrasentido que el mismo sujeto sea a la vez sujeto activo y ofendido y, (para los defensores de que nos hallamos ante un tipo pluriofensivo, entre los que nos incluimos), sujeto pasivo del mismo tipo penal.

Sin embargo, el determinar si nos encontramos ante un delito especial propio o ante un delito de propia mano sí tiene consecuencias, por cuanto en esta última clase de delitos la participación comporta mayores limitaciones, en tanto si, como sostenemos, el tipo que nos ocupa constituye un delito especial propio, serán aplicables las normas generales de autoría y participación, siendo técnicamente viable la imputación de la persona protegida por la pena o medida en calidad de partícipe, ya sea como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento.

Como antes se ha indicado, la mayoría de la doctrina, con criterio con el que nos alineamos, si bien entiende que la víctima no puede ser considerada autora del tipo penal objeto del presente estudio, sí sostiene que es viable su imputación como partícipe en el mismo, bien en calidad de inductora, bien como cooperadora necesaria, en función de su contribución a la vulneración por parte del sujeto activo de la pena o medida impuesta⁴⁶⁵. Pero, incluso entre los autores que defienden que el tipo del art. 468.2

⁴⁶⁴ Fundamento de Derecho Segundo, que concluye indicando que “por la misma razón todo SMS del “alejado” incumpliendo la orden judicial, aunque sean por interés o bajo pretexto del hijo, pueden objetivamente intranquilizar”.

⁴⁶⁵ Así, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 176; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., p. 360. También, con carácter general y refiriéndose a la participación de terceros en el delito de quebrantamiento, considerándolo delito especial del que sólo

constituye un delito de propia mano, las posturas discrepan a la hora de resolver cómo considerar los supuestos de intervención de terceros no obligados en la realización de la conducta típica, si aplicando el tipo previsto en el art. 470 del Código Penal (que claramente no resulta aplicable al apartado 2 del art. 468 del Código Penal dado su tenor literal, que tipifica únicamente la conducta consistente en “proporcionar la evasión”), o las reglas generales de participación⁴⁶⁶.

Interesante, aunque minoritaria, es la postura que sostiene ROBLES PLANAS, autor que, no compartiendo la tradicional distinción entre delitos especiales propios e impropios, y aludiendo a delitos de posición y delitos especiales de deber⁴⁶⁷, considera que el delito de quebrantamiento de condena es un delito especial de deber que presenta importantes particularidades en su regulación al haberse previsto “penalidades distintas en función de la clase de sujeto activo”, de tal modo que, mientras el condenado responde siempre por el art. 468, el particular que le proporciona la evasión lo hace por el art. 470 y el funcionario por el art. 471, en relación con el art. 470 del Código Penal. Y ello entendiendo que el particular que interviene en un quebrantamiento debe ser castigado únicamente (y en la medida en que el precepto lo permita, ya que dicho tipo penal no contempla los supuestos en los que el condenado no está privado de libertad) por el art. 470, sin que sea posible su incriminación como partícipe por delito del art. 468⁴⁶⁸, al defender dicho autor como regla general la impunidad de todo *extraneus* en los delitos especiales de deber, salvo en aquellos casos en que el legislador articule su responsabilidad criminal a través de la creación de tipos específicos en la Parte Especial del Código Penal⁴⁶⁹.

puede ser autor el preso o penado, MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 30; MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., p. 311.

⁴⁶⁶ Optan por la primera de las soluciones CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código...*, cit., p. 2330; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1136 y 1165; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento...*, cit., p. 11; SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 314. Por la segunda, GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra la Administración...”, cit., p. 971; también entiende que la conducta de la víctima “no tiene encaje en los apartados a) y b) del art. 28 del Código Penal”, GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 2.

⁴⁶⁷ Sobre los elementos distintivos de ambas categorías, *vid.* ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices...*, cit., pp. 129-141.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, cit., nota a pie de página nº 161.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, cit., pp. 133-140, y *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003, p. 243; fundamentando dicho autor su postura en la consideración de que, al no alcanzar al *extraneus* el deber especial presupuesto en el tipo, no puede lesionarlo, por lo que, al carecer de capacidad para lesionar el deber propio de la constitución del injusto, no puede admitirse el castigo de su intervención; y ello sin perjuicio de que el legislador tipifique expresamente en la Parte Especial del Código Penal, caso por caso, aquellas conductas de particulares que, interviniendo en la comisión de un delito especial de deber, puedan ser merecedoras de pena.

Cuestiones todas ellas sobre las que volveremos a la hora de analizar el tema de la posible responsabilidad penal de la víctima.

En todo caso, aunque sobre este tema incidiremos también posteriormente, conviene recordar que, considerando que son aplicables las reglas generales de participación, debe tenerse en cuenta al efecto lo dispuesto en el art. 65.3 del Código Penal, introducido por la LO 15/2003, que, “con pésima técnica” legislativa⁴⁷⁰, consagró legalmente la doctrina jurisprudencial que venía aplicando al partícipe en los delitos especiales propios una pena atenuada respecto de la que corresponde al autor, y que establece que “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”, dando de este modo cobertura legal a la posibilidad de atenuar facultativamente la pena para el *extraneus* partícipe en un delito especial propio⁴⁷¹.

III.- PROBLEMAS CONCURSALES Y CONTINUIDAD DELICTIVA.

1.- Problemas concursales.

⁴⁷⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Jurisprudencia, Constitución...”, cit., p. 151.

⁴⁷¹ Muy crítico con la referida disposición se muestra LANDROVE DÍAZ, G.: “Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 5, 2006, considerando que la misma busca la equiparación punitiva entre autor, inductor y cooperador necesario solamente en el ámbito de los delitos especiales, y no de los comunes (p. 13, con cita de CARBONELL MATEU), y que en España es minoritaria la doctrina que aboga por dicha atenuación por el hecho de que el partícipe no ostente la condición especial requerida, en la medida en que el mismo contribuye igualmente a la lesión del bien jurídico (p. 7, con cita de MUÑOZ CONDE); también, calificando de inadecuada la ubicación sistemática del precepto y criticando la reforma, entendiéndolo que no resuelve la cuestión relativa a la ruptura o no del título de imputación en los delitos especiales, PERIS RIERA, J. M.: “Algunas cuestiones conflictivas de la Parte General surgidas tras la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2005, pp. 362-365; postula también la supresión del precepto ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices...*, cit., pp. 150-155, con cita de QUINTERO OLIVARES, entendiéndolo que en todo caso el mismo no será aplicable a los delitos especiales de deber, ya que en ellos no cabe hablar de forma alguna de participación (*Garantes y cómplices...*, cit., p. 147, *La participación en el delito...*, cit., p. 241, y ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E. J.: “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, *La responsabilidad en los “delitos especiales”: El debate doctrinal en la actualidad* (Robles Planas –Dir.-), Buenos Aires, B de F, 2014, p. 88).

Vid. también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)”, *Actualidad Penal*, nº 2, 1996, pp. 19 y ss.; autora que valora positivamente la doctrina jurisprudencial que consagró la referida reforma (pp. 21-23, con citas de BACIGALUPO ZAPATER, CEREZO MIR y PÉREZ ALONSO).

1.1.- Regulación y fundamento de los subtipos agravados por cometerse la conducta típica quebrantando una pena o medida de las contempladas en el art. 48 del Código Penal.

Como anteriormente se ha indicado, la LO 11/2003 modificó la redacción de los arts. 153 y 173 del Código Penal, introduciendo sendos subtipos agravados y previendo la imposición de la pena en su mitad superior cuando las conductas descritas en dichos preceptos (o, en relación al art. 173, alguno o algunos de los actos de violencia) se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Idéntica agravación estableció posteriormente la LIVG en relación a los delitos de amenazas y coacciones (arts. 171.5 y 172.2, respectivamente, del Código Penal).

MAPELLI CAFFARENA considera que constituye un error del legislador el hecho de que sólo se haya previsto la agravación en los casos en que las prohibiciones se hayan impuesto como pena, medida cautelar o medida de seguridad, y no cuando se hayan acordado como deberes u obligaciones en los casos de suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de sustitución de la pena privativa de libertad⁴⁷².

Por su parte, MORILLAS CUEVA echa en falta que la agravación se prevea únicamente para el quebrantamiento de las prohibiciones del art. 48, y no para otras penas como la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, considerando además que en todo caso dichas conductas de quebrantamiento ya venían sancionadas en el art. 468 del Código Penal⁴⁷³.

⁴⁷² MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 248.

ACALE SÁNCHEZ sí entiende por el contrario que el subtipo agravado del art. 173.2, que alude también a “prohibición de la misma naturaleza”, contempla dichos supuestos (ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 271).

⁴⁷³ MORILLAS CUEVA, L.: “El Derecho Penal y la violencia doméstica”, *Encuentros Violencia Doméstica*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 275-276.

En este sentido, ASÚA BATARRITA considera que “la precipitación de la reforma se deja sentir en el elenco de cualificaciones que parecen responder a una improvisación poco meditada”, ajustándose los subtipos agravados “a las circunstancias que con mayor frecuencia se presentan en la práctica de violencia contra las mujeres en este ámbito” (ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 219). También ACALE SÁNCHEZ hace notar la “falta de cuidado puesta por el legislador” en el hecho de que la misma agravación, en relación al delito del art. 173.2 del Código Penal, aluda a una “prohibición de la misma naturaleza”, incluyendo dicha expresión en su opinión “aquellos supuestos en los que el alejamiento se impone como pauta de comportamiento a los efectos de la suspensión de la ejecución de la pena y de la sustitución de las penas de prisión por otras penas (artículos 83 y 88)” (ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 271); crítico se muestra también POLAINO NAVARRETE, quien considera que los criterios de agravación son “todos ellos objetables, por su superfluidad o por su inoportunidad”, constituyendo una “manifestación de simpleza

Sin embargo, PRIETO DEL PINO postula la supresión de estos subtipos agravados y el paralelo establecimiento de una pena más grave para el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal cuando el mismo se cometa en el ámbito de la violencia doméstica y de género en relación a hechos constitutivos de agresiones, amenazas y coacciones de escasa entidad, a fin de potenciar el efecto disuasorio respecto de posibles ulteriores episodios delictivos⁴⁷⁴.

El fundamento de la agravación contemplada en los referidos subtipos se encuentra, para un sector doctrinal con el que nos alineamos, en el mayor desvalor de la acción que entraña la realización de la conducta típica en cada caso prevista vulnerando alguna de las referidas prohibiciones; y ello en la medida en que dicha vulneración supone una frustración de las expectativas de seguridad de la víctima en el Ordenamiento, beneficiándose el sujeto activo para realizar aquélla de una “circunstancia inesperada por la víctima”⁴⁷⁵, que confía en la eficacia de la pena o medida acordada para su protección. Otros autores, sin embargo, lo sitúan en la intención de reforzar el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad tendentes a proteger a las víctimas de violencia de género y doméstica y a evitar nuevos episodios delictivos durante la tramitación del proceso y con posterioridad a su finalización⁴⁷⁶. No obstante, también se ha defendido que el fundamento de la agravación “no deriva de la mayor intensidad lesiva respecto a la víctima, sino del significado del propio quebrantamiento de la restricción impuesta”, frustrándose la contención del peligro que

normativa frente a un fenómeno criminal generador de singular alarma social” (POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003...*, cit., p. 55).

⁴⁷⁴ PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación de la mujer al amparo de las disposiciones penales de la Ley Integral”, *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (Heim, Bodelón González –Coord.-), Universitat Autònoma de Barcelona, Grupo Antígona, 2010, Vol. II, p. 102, y “La incidencia de la Ley Integral...”, cit., pp. 236-237, entendiendo dicha autora que el argumento decisivo a favor del endurecimiento de la sanción “es la necesidad de potenciar su efecto disuasorio respecto de potenciales agresiones”, pero que, para los supuestos de asesinato, homicidio o agresiones graves, “la realidad, desgraciadamente, avala la tesis de que la pena aplicable al quebrantamiento (...) no va a disuadir a quien está dispuesto a asumir un castigo mayor por matar o agredir gravemente a su pareja o ex pareja”.

⁴⁷⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., RUEDA MARTÍN, M. A.: “El nuevo tratamiento de la violencia...”, cit., p. 29, que indican que en estos supuestos no ha de considerarse que es mayor el desvalor del resultado por lesionarse el bien jurídico de la Administración de Justicia, ya que para ello entrará en juego el delito de quebrantamiento y serán de aplicación las reglas concursales; también, QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal...”, cit., pp. 152-153, indicando que el sujeto “demuestra una mayor peligrosidad que la primera vez que cometió su fechoría y desbarata la confianza tanto de la víctima (...) como del resto de la sociedad, en la tranquilidad que debe conllevar saber que el sujeto está sometido a una medida cautelar o definitiva de alejamiento o de prohibición de contacto”.

⁴⁷⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., REQUEJO NAVEROS, M. T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, 2006, p. 100.

constituye el fundamento de la orden de alejamiento⁴⁷⁷, de tal modo que “el incremento de injusto no proviene de ninguna particularidad del hecho cometido, sino más bien de un dato externo a la conducta agresiva que afecta a la Administración de Justicia, en concreto, el incumplimiento de un mandato judicial de alejamiento de la víctima”⁴⁷⁸. Circunstancia que, como a continuación analizaremos, puede tener relevancia a la hora de resolver los supuestos concursales que se producen entre el delito de quebrantamiento y los subtipos agravados.

Para MAGRO SERVET esta agravación ajusta mejor la penalidad al hecho cometido, por cuanto desde la entrada en vigor de la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección*, se habían incrementado en la práctica los supuestos en que concurría el tipo básico junto al quebrantamiento de medida cautelar o pena⁴⁷⁹. Sin embargo, otro sector, en el que se encuentra ASÚA BATARRITA, apunta que el cumplimiento efectivo de las órdenes de alejamiento no debe confiarse a la agravación de la conminación penal, sino articulando otros recursos como el uso de los dispositivos técnicos a los que posteriormente haremos referencia⁴⁸⁰.

No faltan sin embargo autores que, como CAMPOS CRISTÓBAL, consideran injustificada la previsión específica de este supuesto agravado, no sólo por estar ya contemplado el delito de quebrantamiento, pudiendo generar la duplicidad normativa “confusión o incoherencias”, “obligando a los jueces a tener que hacer verdaderos

⁴⁷⁷ ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 221.

⁴⁷⁸ LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 11; también parece situarse en esta línea PÉREZ FERRER, que, partiendo de que el fundamento de la agravación se basa en el mayor contenido de injusto del hecho en la medida en que “se realiza desobedeciendo una orden judicial”, considera falta de explicación que se agrave en estos casos la pena de un delito contra la libertad cuando en realidad lo que se está infringiendo es el art. 468 del Código Penal, con el consiguiente riesgo de vulnerar el principio *ne bis in idem* (PÉREZ FERRER, F.: “Repercusiones de la reforma de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 385 y 388-389, y “Violencia de género: valoración penal de las últimas reformas legislativas”, *Igualdad efectiva entre hombres y mujeres: diagnóstico y prospectiva* (Pérez Vallejo –Coord.-), Atelier, 2009, p. 245, en ambas con cita de DEL ROSAL BLASCO).

⁴⁷⁹ MAGRO SERVET, V.: “La agravación específica...”, cit., p. 2; también, en “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre)”, *La Ley Penal, Sección Estudios*, nº 2, febrero 2004, pp. 10-11, y en “La aplicación de los planes formativos de reeducación de maltratadores: una alternativa a la prisión en la lucha contra la violencia doméstica”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 5988, 1 abril 2004, p. 7.

⁴⁸⁰ ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 221 y nota a pie de página nº 40; ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas de la violencia de género”, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (Rueda Martín, Boldova Pasamar –Coord.-), Atelier, 2004, pp. 279-280, con cita de LAURENZO COPELLO.

malabarismos para no incurrir en un fácil *ne bis in idem*⁴⁸¹, sino porque el efecto agravatorio es más pretendido que real, en la medida en que, castigándose el delito de quebrantamiento cuando la víctima se encuentra comprendida en el círculo de personas contemplado en el art. 173.2 del Código Penal en todo caso con pena de prisión de seis meses a un año, es posible que, aplicando los subtipos agravados e imponiendo la pena prevista en cada caso en su mitad superior, pueda castigarse con la misma e incluso con menor pena a quien quebranta una prohibición de aproximación y amenaza, coacciona o agrede a su pareja, que al que meramente infringe la obligación impuesta sin cometer otro delito, habida cuenta además que para los subtipos agravados se prevé también un supuesto atenuado que permite la rebaja en un grado de la pena en atención a las circunstancias del hecho y a las personales del autor; atenuación que no se prevé en relación al delito de quebrantamiento⁴⁸².

Además, y como pone de manifiesto CRUZ BLANCA, con la regulación anterior a la LO 11/2003 estos supuestos recibían una respuesta penal más grave que la

⁴⁸¹ CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, *La nueva Ley contra la violencia de género: LO 1/2004, de 28 de diciembre*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 261 y 272-273; en similar sentido, entendiéndose que las discrepancias doctrinales a la hora de aplicar en estos casos las reglas concursales son “consecuencia directa de una técnica legislativa ilógica a la que se pretende dotar de sentido”, CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra las personas...”, cit., pp. 161-162; también, POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003...*, cit., pp. 55-56, entendiéndose que la referida circunstancia tiene “propia relevancia penal, por quebrantamiento de un deber jurisdiccional vinculante, susceptible de autónoma relevancia típica (cuya doble apreciación sería incompatible con el principio *ne bis in idem*)”.

⁴⁸² CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal...”, cit., p. 255; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., p. 80, indicando que el subtipo atenuado entraña la “paradoja” de que, pese a la contundencia con la que se castigan todas estas conductas, pueda llegar a imponerse en última instancia una pena inferior a la que era obligada antes de la reforma; PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación...”, cit., pp. 101-102, y “La incidencia de la Ley Integral...”, cit., p. 236;

En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, el “eventual sube y baja penal” que puede suponer la aplicación para un mismo supuesto del subtipo agravado y del atenuado “no deja de ser un contrasentido”, echando en falta mayor rigor y coraje político-criminal por parte del legislador, y entendiéndose que la actual regulación constituye “un mero ejercicio de la peor legislación simbólica” (QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal...”, cit., p. 153); hace suya dicha postura, con cita del mismo, RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., p. 292; en idéntico sentido, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley Integral contra la Violencia de Género y el principio de igualdad”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 321-322, que considera que estos tipos privilegiados “evidencian un claro uso simbólico del Derecho penal” y ponen de manifiesto que en la elaboración de la LIVG “primaron factores ajenos a la técnica jurídica y a la racionalidad de la norma”; OLMEDO CARDENETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, p. 369, que considera el supuesto atenuado “crítico por su absoluta indeterminación” y una muestra de las cautelas del legislador en orden a impedir una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 153 del Código Penal por infracción del principio de proporcionalidad; PÉREZ FERRER, F.: “Repercusiones de la reforma de la LO 1/2004...”, cit., pp. 386 y 389, y “Violencia de género: valoración penal...”, cit., p. 245, 246-247 y 248.

que dicha reforma introdujo, puesto que se venían sancionando con la aplicación de un delito de quebrantamiento en concurso real con el delito del art. 153 ó 173, lo que suponía, conforme a lo dispuesto en el art. 73 del Código Penal, castigar el hecho con la suma de las penas de cada una de las infracciones cometidas⁴⁸³. Dicha autora sin embargo entiende que la reforma introducida por la LO 11/2003 viene a plasmar legalmente la solución que en su opinión es más adecuada para resolver tales supuestos, cual es la de apreciar un concurso medial entre el delito de quebrantamiento y el de malos tratos, al ser el primero medio necesario para cometer el segundo, y debiendo por tanto castigarse el hecho imponiendo en su mitad superior la pena correspondiente a la infracción más grave, conforme dispone el art. 77 del Código Penal⁴⁸⁴, que es precisamente lo que se prevé en los subtipos agravados⁴⁸⁵.

Por último, resta señalar que, en nuestra opinión, la no concurrencia de ninguna de las agravantes previstas en tales preceptos no determina automáticamente la aplicación del subtipo atenuado que se prevé en los mismos, que deberá limitarse a los supuestos en que la pena a aplicar por el tipo básico resultara desproporcionada atendiendo a las circunstancias particulares del hecho y a las personales del autor⁴⁸⁶.

1.2.- Problemas concursales de los subtipos agravados con el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal.

El hecho de que la conducta típica descrita en el art. 468 del Código Penal sea a su vez circunstancia agravante en los tipos penales de maltrato de obra sin lesión (art. 153.3), amenazas (art. 171.5, *in fine*), coacciones (art. 172.2) y violencia habitual (art. 173.2, *in fine*), imponiendo una pena mayor (concretamente la pena prevista para el tipo básico en su mitad superior) en los supuestos en que la acción se cometa quebrantando una pena del art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma

⁴⁸³ CRUZ BLANCA, M. J.: “Los subtipos agravados...”, cit., pp. 158-160.

Opina, sin embargo, que los subtipos agravados suponen mayor pena que si se aplica un concurso ideal entre el tipo básico y el delito de quebrantamiento, MORILLAS CUEVA, L.: “El Derecho Penal...”, cit., p. 275.

⁴⁸⁴ En su redacción anterior a la LO 1/2015.

⁴⁸⁵ CRUZ BLANCA, M. J.: “Los subtipos agravados...”, cit., p. 161.

⁴⁸⁶ De la misma opinión es MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., p. 32.

En opinión de MATA Y MARTÍN, esta previsión de un subtipo atenuado, tras la regulación de modalidades que entrañan una “hiper o super agravación” y que habilita para aminorar la respuesta penal ante la posible imposición de consecuencias penales de intensidad excesiva, constituye una muestra del llamado Derecho Penal simbólico (MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 50, con cita de TAMARIT SUMALLA).

naturaleza, ha planteado, como acabamos de indicar, una serie de problemas concursales que deberán resolverse con respeto al principio *ne bis in idem*⁴⁸⁷.

Como regla general, se entiende que los subtipos agravados constituyen preceptos especiales, que por tanto se aplican de forma preferente en virtud del principio de especialidad establecido en el art. 8.1 del Código Penal⁴⁸⁸; solución por la que se optó en la *Circular nº 3/2003, de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección*⁴⁸⁹. Sin embargo, ESCOBAR JIMÉNEZ considera que el concurso de normas ha de resolverse aplicando el subtipo agravado al amparo del principio de consunción del art. 8.3 de dicho texto legal⁴⁹⁰, y PRIETO DEL PINO afirma que el concurso de leyes se solventará recurriendo al tipo agravado porque impone una pena mayor (prisión de nueve meses a un año), en base al principio de alternatividad contenido en el art. 8.4 del Código Penal⁴⁹¹.

Pese a ser mayoritario el criterio de resolver estos supuestos aplicando las reglas del concurso de normas, no falta quien advierte que a esta solución sólo puede llegarse si entendemos que el fundamento del subtipo agravado es el mismo que el del delito de

⁴⁸⁷ Un estudio exhaustivo de los mismos se contiene en MAGRO SERVET, V.: “La agravación específica...”, cit., pp. 7-12; también en OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Se realicen quebrantando...”, cit., pp. 75-86.

⁴⁸⁸ Así, CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1174-1175, que indican que, cuando el quebrantamiento concorra con otro delito que no cuente con análogo tipo cualificado, se deberá acudir a las reglas generales del concurso de delitos; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Perspectiva penal...”, cit., p. 7; GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 8; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., pp. 23-24; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 10; JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 15; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Se realicen quebrantando ...”, cit., pp. 85-86; PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 11; SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica...”, cit., p. 76; SANZ MULAS, N.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 174. También se pronuncia a favor de aplicar el concurso de leyes, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., p. 506; LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 11; OLMEDO CARDENETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves...”, cit., p. 366, si bien dicho autor entiende, de una parte, que resultaría indiferente a efectos penológicos aplicar un concurso ideal en los supuestos en que exista unidad de hecho entre el ejercicio puntual de la violencia y la vulneración de la pena o medida, puesto que se llegaría al mismo marco punitivo, y, de otra, que cabría aplicar un concurso real de delitos entre el subtipo agravado y el tipo de quebrantamiento cuando la vulneración no se lleva a cabo en unidad de acto con el ejercicio de la violencia, citando como ejemplo cuando previamente el sujeto activo realiza un estrecho seguimiento de la víctima buscando la ocasión más idónea para atentar contra ella.

⁴⁸⁹ Página 9. www.fiscal.es.

⁴⁹⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 14, aludiendo al “principio de absorción”.

⁴⁹¹ PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación...”, cit., p. 101, y “La incidencia de la Ley Integral...”, cit., p. 236; también acude a esta solución, en relación al concurso de normas que se planteaba entre el subtipo agravado del art. 173 y el tipo penal del art. 468, teniendo en cuenta las penas con las que estaban sancionados ambos delitos a la entrada en vigor de la LO 11/2003, MERLOS CHICHARRO, J. A.: “Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre...”, cit., p. 658.

quebrantamiento, esto es, la lesión que para la Administración de Justicia entraña la vulneración de la prohibición impuesta, ya que en otro caso, si consideramos que la agravación se basa en el mayor desvalor que entraña la frustración de las expectativas de seguridad de la víctima, debería apreciarse un concurso de delitos con el de quebrantamiento a fin de que con respecto a éste se pueda valorar la lesión al bien jurídico consistente en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia⁴⁹². Opinión de la que discrepamos, por cuanto, entendiendo que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento es también la indemnidad de la víctima, y viniendo constituido el subtipo agravado por la propia conducta típica contenida en el art. 468.2, la agravación ya contempla íntegramente el plus de desvalor del comportamiento, debiendo resolverse por tanto el conflicto a través de las reglas del concurso de normas con observancia del principio de especialidad previsto en el art. 8.1 del Código Penal, y por tanto aplicando los subtipos agravados que prevén la comisión de la acción típica quebrantando una pena del art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante, en caso de que el delito de quebrantamiento se cometiera en forma continuada, y por ser varias las ocasiones en que se lleva a cabo la conducta típica, se podría apreciar un concurso real entre el delito de quebrantamiento (continuado o simple) y el subtipo correspondiente que en su caso se hubiera ejecutado, en su modalidad agravada por cometerse quebrantando una pena o medida⁴⁹³.

Sin embargo, se plantean mayores problemas cuando la referida agravante concurre con otras de las previstas en los preceptos citados (cometer la acción típica en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores o utilizando armas), circunstancia que, como indica GÓMEZ NAVAJAS, ha de tenerse en cuenta a fin de respetar el principio de proporcionalidad y evitar “que la pena que corresponda sea la misma, independientemente del número de circunstancias de agravación descritas en el tipo que concurren”⁴⁹⁴. Una posible solución pasa por considerar que la agravante que

⁴⁹² ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas...”, pp. 280-281; en el mismo sentido, entendiendo que se trata “de delitos independientes y diferentes que atentan contra bienes jurídicos también distintos”, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 14.

⁴⁹³ Así se consideró en el *Seminario sobre Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009 (Conclusión 18ª). www.poderjudicial.es.

⁴⁹⁴ GÓMEZ NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004, p. 53; en idéntico sentido, con cita de la misma, ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación*

se aprecie conjuntamente con la de quebrantamiento calificará el subtipo agravado correspondiente, que se castigará en concurso medial con el delito de quebrantamiento del art. 468, con aplicación de lo dispuesto en el art. 77 del Código Penal⁴⁹⁵. Dicho criterio fue aplicado por el *Tribunal Supremo* en la *Sentencia de la Sala 2ª de fecha 2 de junio de 2009* (ROJ STS 4192/2009, Ponente Sr. Monterde Ferrer), en un supuesto en el que concurrían, en relación a un delito de maltrato del art. 153, la agravante de haberse utilizado arma blanca para su comisión, y la de haberse cometido el delito quebrantando una pena firme de prohibición de aproximación. El Tribunal Supremo concluye que en tales casos se está en presencia, no de un concurso de normas, sino de un concurso medial, bastando una sola circunstancia –el uso de armas- para aplicar el subtipo agravado y encontrándose el delito de quebrantamiento del art. 468 en relación de medio a fin⁴⁹⁶.

Otros autores, como PERAMATO MARTÍN, optan por entender que se trata de un concurso de normas entre el subtipo agravado y el delito de quebrantamiento que debe resolverse por el principio de consunción (art. 8.3 del Código Penal), entendiendo que ha de aplicarse el subtipo agravado, aunque sólo una de las circunstancias producirá el efecto agravatorio y las restantes se tendrán en cuenta a la hora de determinar la pena concreta a imponer dentro del tramo de la mitad superior⁴⁹⁷. Solución ésta que se

hacia la mujer..., cit., pp. 264-265; en la misma línea, PEREZ FERRER indica que que dichas circunstancias de agravación “no con acumulativas, de modo que concurren una o varias de las circunstancias, la ley obliga a imponer la pena en su mitad superior, al margen de que el juez o tribunal, pueda graduar la pena concreta a imponer, elevándola más o menos dentro del margen de arbitrio (PÉREZ FERRER, F.: “Violencia de género: valoración penal...”, cit., p. 248).

⁴⁹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., p. 507, aplicando en estos casos el concurso de delitos entre el subtipo agravado correspondiente y el quebrantamiento.

⁴⁹⁶ Fundamento de Derecho Quinto: “(...) No cabe duda que el quebrantamiento de la condena efectuado por el acusado, aproximándose a la mujer de la que estaba separado, lo fue para llevar a cabo el maltrato descrito y apreciado. Resultó así objetivamente necesario, dándose lugar con ello al concurso medial previsto en el art. 77 del Código Penal. (...) Estaríamos por tanto, no en un concurso de normas, sino en un supuesto de concurso medial, encontrándose ambas infracciones en relación de medio a fin”.

⁴⁹⁷ PERAMATO MARTÍN, T.: “Análisis de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: cuestiones sustantivas civiles, penales y procesales”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Granada, 23-24 febrero 2006, pp. 15-16, y “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 11, con cita de ESCOBAR JIMÉNEZ; abogan también por considerar el supuesto un concurso de normas, ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia de género”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés, Mariscal de Gante, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao –Coord.-), Edisofer, 2008, Vol. II, p. 1770; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 15, entendiendo que la anterior solución expuesta “conduce a la caprichosa elección de los tipos penales”; SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica...”, cit., p. 76.

recogió en la *Circular n° 4/2003, de la Fiscalía General del Estado, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica*⁴⁹⁸.

No obstante, la pena a imponer en uno y otro caso antes de la reforma operada por la LO 1/2015 era similar⁴⁹⁹, por cuanto en el primero procedería castigar los hechos con la pena prevista para la infracción más grave en su grado máximo, esto es, de diez meses y dieciséis días a un año de prisión, mientras que en el segundo la pena oscilaría entre los nueve meses y un día a un año, en función de las demás circunstancias agravantes que concurrieran. Tras la referida reforma, el margen de apreciación judicial para resolver el concurso medial es más amplio, habida cuenta que vendrá determinado por un mínimo (la pena concreta que se impondría a la infracción más grave) y un máximo (la suma de las penas concretas con que correspondería sancionar a los delitos para el supuesto de que se castigaran por separado), dentro de cuyo rango el juez o tribunal concretará la pena aplicando los criterios contemplados en el art. 66.1.6ª del Código Penal (gravedad del hecho y circunstancias personales del autor)⁵⁰⁰.

También es posible que la agravante de cometerse la conducta quebrantando una pena del art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza concurra conjuntamente en los tipos de amenazas, coacciones o maltrato de obra sin lesión y en el de violencia habitual⁵⁰¹. En este caso, la postura de la Fiscalía General del Estado ha variado, adaptándose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Así, en un primer momento, la *Circular n° 4/2003, de la Fiscalía General del Estado, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica*, a la que se remite la *Circular n° 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004*, indicaba que, al objeto de respetar el principio *ne bis in idem*, y siempre que no hubiera sido apreciada en un procedimiento anterior en relación a alguno de los actos concretos de violencia, la circunstancia agravante debería aplicarse al delito de violencia habitual del art. 173, en virtud de lo

⁴⁹⁸ www.fiscal.es.

⁴⁹⁹ Alude a esta escasa relevancia práctica, BOMBÍN PALOMAR, G. V.: “Problemas penales (procesales y sustantivos). Propuestas de modificación”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Aspectos sustantivos penales y civiles de la Ley Integral contra la Violencia de Género. Luces y sombras. Balance de su aplicación)*, Consejo General del Poder Judicial, n° 15, 2008, p. 13; también, PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 11.

⁵⁰⁰ Sobre esta materia y la redacción del art. 77 tras la reforma operada por la LO 1/2015, *vid. la Circular 4/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*. www.fiscal.es.

⁵⁰¹ En opinión de ACALE SÁNCHEZ, el hecho de que se prevean idénticas circunstancias agravatorias en relación al delito de violencia habitual entraña un “grave problema concursal” (ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., nota a pie de página n° 383).

expuesto en el art. 8.4^a del Código Penal (principio de alternatividad), al excluir el precepto penal más grave los que castiguen el hecho con pena menor⁵⁰². Conclusión a la que también se había llegado de forma unánime en el *Seminario sobre Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009⁵⁰³.

Esta solución comportaba sin embargo una pena mayor, y así lo indicaba la referida Circular, ya que la mitad superior de la pena prevista para el art. 173.2 oscila entre un año y nueve meses de prisión y tres años, mientras que la pena de los subtipos agravados previstos en los arts. 153, 171 y 172 del Código Penal es, al menos, de nueve meses de prisión.

Sin embargo, a raíz de la ya referida *STS de 2 de junio de 2009* (ROJ STS 4192/2009, Ponente Sr. Monterde Ferrer), la Fiscalía General del Estado, considerando que dicha doctrina ya se había reiterado en relación a otros tipos delictivos de igual construcción⁵⁰⁴, modificó su criterio en relación al tratamiento de las agravantes que, independientemente apreciadas, pudieran constituir un delito autónomo, por lo que, en las *Conclusiones del Seminario de Fiscales en materia de violencia de género* del año 2009⁵⁰⁵, se acordó que “en el caso de que concurran varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el art. 153, 171 ó 174 del Código Penal, que pudieran constituir un delito independiente, se aplicarán las normas del concurso medial previsto

⁵⁰² OLMEDO CARDENETE indica un argumento adicional en apoyo de esta postura, cual es el de que la realización sistemática de actos de violencia mediando al menos alguna de las circunstancias mencionadas en los subtipos agravados, es un hecho más grave que la realización de un acto de violencia ocasional cometido bajo tales circunstancias, por lo que “allí donde pueda estimarse que la mayor parte de los hechos se perpetraron en esas condiciones, deberá optarse necesariamente por esta solución en atención al principio de especialidad del concurso aparente de normas penales (art. 8.1^a CP)” (OLMEDO CARDENETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves...”, cit., p. 368).

⁵⁰³ Conclusión 16^a. www.poderjudicial.es.

En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., p. 508; ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas...”, cit., pp. 270-271; MAGRO SERVET, V.: “Criterios orientativos ante problemas en el juicio oral en materia de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, n° 1, año 2013, pp. 3-4, y *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 116-117, 120-121 y 203-204; OLMEDO CARDENETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves...”, cit., p. 368, si bien dicho autor entiende que también cabría apreciar el correspondiente subtipo agravado del delito de violencia habitual cuando el autor hubiera sido previamente condenado por un acto de violencia ocasional agravado por cometerse quebrantando una prohibición, y sin embargo ese episodio puntual no se integre en el período de violencia habitual tenido en cuenta por el juez o tribunal para condenar por el art. 173.2 del Código Penal.

⁵⁰⁴ Vid. *SSTS de 16 de febrero de 2007* (ROJ STS 1928/2007, Ponente Sr. Soriano Soriano), de *22 de julio de 2010* (ROJ STS 4372/2010, Ponente Sr. Ramos Gancedo), y de *30 de mayo de 2012* (ROJ STS 3726/2012, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón).

⁵⁰⁵ www.fiscal.es.

en el art. 77 del Código Penal (quebrantamiento de condena o medida cautelar, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas)”⁵⁰⁶. Criterio que, en nuestra opinión, determina la inaplicabilidad, y, por ende, el carácter superfluo, de los correspondientes subtipos agravados en la mayoría de los supuestos que puedan plantearse en la práctica, y sin duda en todos en los que la conducta se cometa quebrantando una pena del art. 48 del Código Penal o una medida de idéntica naturaleza en relación a sujetos contemplados en el art. 173.2 del Código Penal, por cuanto la referida circunstancia agravante siempre será subsumible en el tipo previsto en el art. 468.2 de dicho texto legal, al venir su propio tenor literal integrado por la acción típica de este último delito.

Por último, en los casos en que, además de quebrantarse la prohibición de aproximación al domicilio de la víctima, se produjera un acceso no consentido por ella en dicho domicilio, debe entenderse cometido un delito de quebrantamiento en concurso real con un delito de allanamiento de morada (para el que el legislador no ha previsto una agravación similar a las analizadas en este epígrafe), sin que a nuestro modo de ver pueda considerarse que la vulneración de la prohibición de acudir al domicilio de la víctima sea inherente al hecho de entrar en la vivienda. Y ello en la medida en que el delito de quebrantamiento no contempla el plus de desvalor que supone el ataque al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la CE, que es el bien jurídico que tutela el delito de allanamiento de morada del art. 202 del Código Penal⁵⁰⁷. Sí existiría, sin embargo, a nuestro juicio un concurso de normas en caso de que, en el interior del domicilio, se cometiera alguno de los delitos de violencia de género respecto de los que se ha previsto, como subtipo agravado, que se cometan en el domicilio de la víctima. En este caso, entendemos que no cabría apreciar dicha agravación, por cuanto

⁵⁰⁶ Sobre dicho cambio de criterio de la Fiscalía General del Estado, *vid.* PERAMATO MARTÍN, T.: “Algunas cuestiones de interés”, *Jornadas de Especialistas en Violencia sobre la Mujer*, Madrid, 11 y 12 de noviembre de 2014, pp. 8-10. www.fiscal.es.

⁵⁰⁷ En el mismo sentido, MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 180-182, indicando dicho autor que, si se optara por apreciar un concurso de normas, se estaría penando igual la conducta del que simplemente se acerca al domicilio de la víctima que la del que además accede al mismo sin consentimiento; también, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., p. 506, considerando que la voluntad contraria de la víctima a la entrada o permanencia en el domicilio entraña un incremento del desvalor de la acción que “consiente la doble punición, normalmente como concurso ideal”; MERLOS CHICHARRO, J. A.: “Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre...”, cit., p. 657.

el fundamento de la misma ya está comprendido en la propia conducta típica del delito de allanamiento de morada⁵⁰⁸.

2.- Continuidad delictiva.

El delito de quebrantamiento también admite sin reparos la fórmula de la continuidad delictiva⁵⁰⁹. Así se adoptó como conclusión en el *Seminario de Formación* organizado por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, dirigido a Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias en materia de violencia de género⁵¹⁰.

En este sentido, la *Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*⁵¹¹, establece en su apartado VII.2.2 una serie de criterios para apreciar o no la continuidad delictiva en los supuestos de quebrantamientos consentidos. Se considera en la Circular que *no habría continuidad delictiva*: a) “Cuando el agresor y la víctima reanudan la convivencia pese a la prohibición impuesta”; b) “Cuando esa convivencia reanudada cesa durante un tiempo, para restablecerse de nuevo una o varias veces” (en cuyo caso, según indica la referida Circular, habrá tantos delitos como número de veces se reanude aquella); y c) “Cuando en un único encuentro sin haberse interrumpido en el tiempo el acercamiento entre agresor y víctima, éste se ha extendido a varios y diferentes lugares”, afirmándose en la Circular que en tal caso se comete un único delito de quebrantamiento.

Por el contrario, *se apreciaría continuidad delictiva*: a) Cuando se producen múltiples y sucesivos encuentros y/o llamadas (según el contenido de la prohibición vigente) al margen del lugar, ocasión o cualquier otra circunstancia; y b) Cuando,

⁵⁰⁸ En idéntico sentido, MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 181-182.

⁵⁰⁹ DEL MORAL GARCÍA, A.: “Del quebrantamiento...”, cit., p. 2517; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., p. 350; MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 166; SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 316, con cita de CÓRDOBA RODA.

⁵¹⁰ “73 criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género (Ferrer García y Magro Servet –Directores-), *Consejo General del Poder Judicial*, Conclusión 34ª, www.poderjudicial.es.

⁵¹¹ *Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*, pp. 74-76. www.fiscal.es.

vigente una prohibición de comunicación, se producen repetidas llamadas, mensajes de texto o correos electrónicos⁵¹².

Sin embargo, por parte de doctrina y jurisprudencia se han esgrimido posturas discrepantes respecto de dicho criterio. Es el caso de MOLINA MANSILLA, quien considera que deben entenderse cometidos tantos delitos como llamadas se hayan efectuado o mensajes se hayan dejado en el buzón de voz del teléfono de la persona protegida⁵¹³. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, a título de ejemplo, la *STS de 3 de febrero de 2010* (ROJ STS 335/2010, Ponente Sr. Varela Castro) casa la sentencia de instancia en el sentido de no apreciar continuidad delictiva en un supuesto en el que se consideraba probado que el acusado había efectuado varias llamadas telefónicas a las personas protegidas por la prohibición de comunicarse con las mismas, indicando que, pese a la pluralidad de actos de comunicación, la condena no debe ser por delito continuado, por cuanto la conducta se consuma una vez que se produce la reanudación del contacto, “de tal suerte que la persistencia en ella no añade mayor antijuridicidad”, estando conjuntamente penados en el global comportamiento de incumplimiento del ordenado todos esos actos separables y tratándose por tanto de un caso de “unidad típica de acción”⁵¹⁴; considerándose además en la Sentencia que, para esta clase de prohibición, no cabe fijar un régimen sobre unidad o pluralidad de infracciones diverso del establecido para otras medidas como la prohibición de reanudar la convivencia⁵¹⁵.

Para CUGAT MAURI, además, el criterio contenido en la referida *Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado*, puede llevar a “soluciones

⁵¹² Este último criterio se comparte por MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 166; también por RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “Fijada la prohibición de comunicación...”, cit., p. 5.

Asimismo, se aplica en la anteriormente citada *SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 20 de septiembre de 2013* (ROJ SAP CA 1218/2013, Ponente Sra. Rubio Encinas), Fundamento de Derecho Cuarto.

⁵¹³ MOLINA MANSILLA, M. C.: “Fijada la prohibición de comunicación...”, cit., p. 3.

⁵¹⁴ Fundamento de Derecho Cuarto: “En todo caso, si la medida vulnerada era el veto de reanudar la comunicación con las personas indicadas -esposa e hijos de ésta-, una vez que tal reanudación se llevó a cabo, la vulneración queda definitivamente consumada. De tal suerte que la persistencia en ella no añade mayor antijuridicidad, ni cabe tener por existente una reiteración delictiva, en la medida que aquella ruptura no desaparece mientras no se repone el estado de preceptiva incomunicación que había sido ordenado (...). Todos esos actos separables están conjuntamente penados en el global comportamiento de incumplimiento de lo ordenado. Es decir se trata de un supuesto de unidad típica de acción”.

⁵¹⁵ Fundamento de Derecho Cuarto: “No cabe para tal medida un régimen sobre unidad o pluralidad de infracciones diverso del establecido para otras medidas como la prohibición de reanudar la convivencia, o fuera de tal ámbito, la prohibición de conducir vehículos de motor. Y es obvio que la duración de la convivencia o su fracción en actos múltiples, o la persistencia en el comportamiento de conducir vehículos, no puede entenderse que constituya sino un único incumplimiento de la única prohibición”.

insatisfactorias”⁵¹⁶, pues no deja de atender a un concepto estrictamente material del hecho, de tal modo que su aplicación comportaría apreciar un único delito en la conducta de quien reanuda la convivencia con la persona a cuyo favor se ha establecido el alejamiento, y varias infracciones penales en la de quien, en idéntico período de tiempo, la visitara o telefonara unas cuantas veces. Sin embargo, en nuestra opinión, la postura de la Fiscalía General del Estado no es desacertada, por cuanto tiene en cuenta la comisión de conductas típicas diferenciables, aunque merecedoras de un tratamiento común, y regidas por una única intención de vulnerar, en relación a dicha persona, las prohibiciones acordadas judicialmente, por lo que la realización en dicho contexto de una pluralidad de acciones que integran el tipo penal previsto en el art. 468.2 del Código Penal entraña la concurrencia de la regla especial para la aplicación de las penas prevista en el art. 74.1 de dicho texto legal.

Por otra parte, para los supuestos en que se aprecie la continuidad delictiva, deberá tenerse en cuenta, a efectos de prescripción, lo dispuesto en el art. 132.1 del Código Penal, que establece que en tales casos el plazo de prescripción se computará desde el día en que se realizó la última infracción⁵¹⁷.

IV.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se ha planteado la posibilidad de aplicar al delito de quebrantamiento de condena la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal como agravante⁵¹⁸. Así lo defiende CUGAT MAURI, si bien únicamente en los tipos pluriofensivos cualificados por el ejercicio de violencia cuando recayera sobre el familiar y no en relación exclusivamente al delito de quebrantamiento, por entender que, siendo un tipo de naturaleza colectiva, no puede considerarse que la persona protegida por la medida sea la víctima del delito, por lo que no puede apreciarse la referida agravante al exigir la

⁵¹⁶ CUGAT MAURI en CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1141.

⁵¹⁷ Sobre este tema, *vid.* NISTAL BURÓN, J.: “La prescripción del delito de quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley*, nº 7546, 13 enero 2011, pp. 1 y ss.

⁵¹⁸ Con carácter general, MESTRE DELGADO entiende que al delito de quebrantamiento le son aplicables todas las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en el Código Penal a excepción de la agravante de alevosía del art. 22.1ª de dicho texto legal, por ser la misma “propia y exclusiva –por decisión del Legislador- de los delitos contra las personas” (MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra la Administración...”, cit., p. 641).

misma para su aplicación que exista parentesco entre el autor y el agraviado por la infracción penal⁵¹⁹.

En nuestra opinión, en la medida en que consideramos que el tipo penal previsto en el art. 468.2 es un delito pluriofensivo, que no sólo tutela el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia sino también la indemnidad de la persona para cuya protección se ha acordado judicialmente la pena o medida, *a priori* podría admitirse la aplicación de dicha agravante en los supuestos de comisión exclusiva de un delito de quebrantamiento de los regulados en el referido precepto. Sin embargo, ello no resulta posible, dado que en el mismo ya se prevé que la persona respecto de la que se ha establecido la pena o medida sea alguna de las contempladas en el art. 173.2 del Código Penal, lo que a nuestro juicio impide que se aprecie en estos supuestos la agravante de parentesco, puesto que, al estar expresamente prevista la relación parental al describirse la conducta típica, ha de operar lo dispuesto en el art. 67 del referido texto legal⁵²⁰.

Asimismo, será posible aplicar la circunstancia agravante de reincidencia siempre que el sujeto activo, al tiempo de cometer el delito de quebrantamiento, tenga antecedentes penales no cancelados o cancelables por un delito similar previsto en el mismo Título⁵²¹. Y ello sin que sea preciso que exista identidad entre las penas y medidas objeto de quebrantamiento. Para ello, como indica la *STS de 7 de noviembre de 2007* (ROJ STS 7215/2007, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), con cita de otras Sentencias del mismo órgano judicial, en la sentencia de instancia deberán constar todos

⁵¹⁹ CUGAT MAURI en CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1136; haciendo referencia la autora a la *STS de 3 de mayo de 2010* (ROJ STS 2443/2010, Ponente Sr. Jorge Barreiro), que sin embargo, por aplicación del principio acusatorio, no entra a valorar si cabe apreciar la agravante de parentesco “en un delito contra la administración de justicia, cual es el delito de quebrantamiento de una medida cautelar”.

⁵²⁰ En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica...”, cit., p. 509; GARCÍA VITORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual...”, cit., p. 579; en la misma línea, pero refiriéndose a todas las infracciones cometidas en el ámbito de la violencia doméstica, MERLOS CHICHARRO, J. A.: “Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre...”, cit., pp. 652-653; también, en relación al art. 153 del Código Penal, PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 7; en relación a los arts. 153 y 173 del Código Penal, SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica...”, cit., p. 78, autora que entiende que, por el mismo motivo, no es aplicable a dichos tipos penales la agravante del art. 22.6ª de obrar con abuso de confianza, al hallarse “implícita en las relaciones que se encuentran protegidas por la norma” (p. 79).

⁵²¹ CUGAT MAURI en CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1137, que no obstante indica que “sólo queda vedada la posibilidad de considerar como antecedente computable a efectos de reincidencia el delito de quebrantamiento que hubiere dado lugar a la imposición de la pena quebrantada, pues, siendo presupuesto necesario del ulterior delito de quebrantamiento, volverlo a tener en cuenta como circunstancia agravante infringiría la prohibición del *ne bis in idem*” (p. 1137, con citas de CÓRDOBA RODA y SALCEDO VELASCO).

A título de ejemplo, *vid. SAP Murcia, Sec. 5ª, de 14 de febrero de 2013* (ROJ SAP MU 381/13, Ponente Sr. Nicolás Manzanares).

los datos de los que resulte dicha agravante (fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, delito por el que se dictó la condena, pena o penas impuestas y fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas)⁵²², habiéndose desestimado la aplicación de la misma por tal motivo, por ejemplo, en la *SAP Zaragoza, Sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2012* (ROJ SAP Z 2698/2012, Ponente Sr. Arenere Bayo)⁵²³.

No obstante, no cabrá aplicar dicha agravante (que operaría además únicamente cuando la prohibición quebrantada se hubiera impuesto en sentencia firme y ejecutoria y no en los casos de medida cautelar) cuando sea de aplicación alguno de los subtipos agravados previstos en relación a los delitos de los arts. 153, 173, 171 y 172 por cometerse la conducta descrita en los mismos quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, por lo que, en relación a dichos tipos penales, se aplicará el correspondiente subtipo por el principio de especialidad.

Por último, conviene hacer referencia al hecho de que en alguna ocasión se ha considerado el consentimiento de la víctima una circunstancia valorable para atenuar la responsabilidad del obligado por la pena o medida en el delito de quebrantamiento, singularmente cuando es la persona a cuyo favor se ha establecido la prohibición de alejamiento la que tiene la iniciativa de reanudar el contacto y de que aquél incumpla la misma⁵²⁴. En este sentido, la *SAP Madrid, Sec. 17ª, de 30 de marzo de 2009* (ROJ SAP

⁵²² Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia. (...) Por lo tanto (...) es imprescindible que consten en el *factum*: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación “contra reo” de cualquier precepto solo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE (ss. 12.3.98 y 16.5.98). Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición (SSTS. 11.7 y 19.9.95, 22.10, 22.11 y 16.12.96, 15 y 17.2.97), expresando la STC. 80/92 de 26.5, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva”.

⁵²³ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) no cabría apreciar la reincidencia con apoyo en los datos fácticos recogidos en la narración histórica, ya que en esta se dice que los hechos aquí enjuiciados son de 10 de octubre de 2010, lo que es un error mecanográfico, pues el atestado que da origen a las mismas es de 10 de octubre de 2011, y el 15 de diciembre de 2010 ya había sido condenado por quebrantamiento de medida; ahora bien la sentencia solo relata la fecha de las que lo condenan por quebrantamiento, pero no recoge la condena, incumpliendo así con la doctrina antes expuesta [la recogida en la citada *STS de 7 de noviembre de 2007*], por lo que procede revocarla en cuanto a la apreciación de dicha agravante”.

⁵²⁴ Alude a esta posibilidad, con referencias jurisprudenciales, JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento consentido...”, cit., pp. 141-142; también, DE LA RÚA NAVARRO, J.: “El delito de

M 3980/2009, Ponente Sra. Brobia Varona), que posteriormente analizaremos, aplica la atenuante analógica del art. 21.7ª del Código Penal, de provocación al incumplimiento, como muy cualificada en un supuesto en el que se consideró acreditado que la perjudicada había instado a quien había sido condenado a una pena firme de alejamiento a seguir viviendo juntos “por el bien de sus hijos”⁵²⁵. Y también la *SAP Madrid, Sec. 17ª, de 5 de noviembre de 2008* (ROJ SAP M 16796/2008, Ponente Sra. Carmena Castrillo), aplica la atenuante analógica respecto de las circunstancias que se recogen en el art. 21.1º, en relación con el art. 20.3º y 20.4º del Código Penal⁵²⁶.

No obstante, esta posibilidad ha sido rechazada por un sector doctrinal por dos razones. En primer lugar porque, constituyendo en todo caso el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento, siempre se verá conculcado con el incumplimiento de la pena o medida por parte del obligado, “lo que automáticamente impide que el consentimiento de la mujer pueda ser estimado positivamente para eximir o atenuar la pena del quebrantador”⁵²⁷. Y en segundo orden porque, como indica alguna de las resoluciones citadas, la atenuante analógica ha de guardar relación con otra atenuante, no recogiendo el Código Penal ninguna atenuante de provocación de la víctima⁵²⁸.

quebrantamiento de condena y medida cautelar. Provocación de la víctima”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 48, octubre 2013, p. 90; JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 23-24; PÉREZ RIVAS, N.: “La problemática...”, cit., p. 162 y nota a pie de página nº 26.

⁵²⁵ En similar sentido, *SSAP Madrid, Sec. 17ª, de 14 de enero de 2008* (ROJ SAP M 205/2008, Ponente Sra. Carmena Castrillo), y de *27 de noviembre de 2009* (ROJ SAP M 14727/2009, Ponente Sr. Sánchez Trujillano).

⁵²⁶ Fundamento de Derecho Quinto: “(...) Consideramos sin embargo, que este proceso de emparentar la circunstancia analógica con las típicas, no puede consistir en calcar cualquiera de las atenuantes típicas en la analógica que se aplica, y que debe ser suficiente el que se precise en esta última que los elementos que la constituyen están inmersos en cualquiera de las atenuantes típicas. En ese sentido precisamos que el total de las atenuantes típicas se pueden agrupar entre las que hacen referencia a los problemas de percepción o voluntad de los acusados, las que benefician al proceso o a los perjudicados y las que merecen precisamente atenuación por haberse realizado las conductas delictivas por el sujeto del delito como consecuencia de actitudes legítimas o ilegítimas de terceros intervinientes. Así podemos agrupar entre éstas las que se recogen en el número 1º del art 21 en relación con los números 3 y 4 del artículo 20 del Código Penal”.

⁵²⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 406-407.

⁵²⁸ DE LA RÚA NAVARRO, J.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 90-91, que indica que las citadas Sentencias salen al paso de dicha problemática recurriendo a la atenuante del art. 21.1ª del Código Penal y a la eximente incompleta de estado de necesidad o de legítima defensa.

CAPÍTULO OCTAVO.- SISTEMA SANCIONATORIO.

I.- LA PENA DEL ART. 468.2. EQUIPARACIÓN PUNITIVA.

La redacción dada al art. 468.2 por la LIVG supuso una doble equiparación punitiva⁵²⁹. De un lado, se igualó la pena de quien comete la conducta típica descrita en dicho apartado a la prevista en el apartado 1 para el quebrantamiento de las personas privadas de libertad. De otro, se equiparó a efectos punitivos (prisión de seis meses a un año, sin previsión de pena alternativa) la conducta de quebrantar una condena o una medida cautelar⁵³⁰. La pena, por tanto, dejó de venir determinada por el tipo de resolución quebrantada, siendo igualmente irrelevante el delito (o incluso, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la falta, puesto que, como se ha indicado anteriormente, era posible adoptar penas y medidas de alejamiento en los supuestos previstos en los derogados arts. 617 y 620 del Código Penal) del que deriva la misma, y atendiendo únicamente el precepto al hecho de que el ofendido sea alguna de las personas referidas en el art. 173.2 del Código Penal.

Para algunos autores, dicha agravación punitiva para todos los supuestos de quebrantamiento que se producen en el ámbito de la violencia doméstica y de género pone de manifiesto la intención del legislador de sancionar más duramente la vulneración de las prohibiciones de alejamiento en el ámbito familiar, considerándola justificada ante la alarma social que generan estos casos en la práctica⁵³¹.

Sin embargo, esta doble equivalencia punitiva ha sido criticada por un amplio sector doctrinal⁵³². Así, y en cuanto a la primera de las equiparaciones a las que hemos

⁵²⁹ En COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: "La violencia de género: política criminal...", cit., p. 1222, se indica en este sentido que "el quebranto de las medidas o condenas en materia de violencia de género es dos veces desigual. Primero entre sí y luego con el resto de medidas y condenas".

⁵³⁰ ÁLVAREZ GARCÍA propone, en relación al art. 468.1, elevar la pena de seis meses a un año de prisión actualmente prevista, imponiendo adicionalmente la de multa combinada con inhabilitaciones en el caso de sujetos especiales; y ello sin diferenciar entre quebrantamiento de resolución que afecte a la libertad y a otros derechos, y entendiendo que la pena actual no es suficiente "para lograr el efecto intimidatorio pretendido en atención a la extraordinaria importancia del bien jurídico puesto bajo su protección" (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: "Sobre quebrantamiento de condena...", cit., pp. 35-37, y "Sobre quebrantamiento de condena...", cit., pp. 1793-1795).

Postura contraria mantiene BENÍTEZ JIMÉNEZ, para quien no resulta oportuno que todo quebrantamiento de una pena de alejamiento comporte obligatoriamente pena de prisión (BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: "Las violencias habituales...", cit., pp. 209-210 y 212).

⁵³¹ ÍÑIGO CORROZA, E.: "Aspectos penales de la LO 1/2004...", cit., p. 45; RUEDA MARTÍN, M. A.: "Modernas tendencias punitivas...", cit., p. 303.

⁵³² Crítica se muestra también, ante el "incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género", LAURENZO COPELLO, P.: "La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, p. 8, y en

aludido, al igualarse la conducta del que no está privado de libertad a la acción típica de quien sí está privado de ella, se está infringiendo el principio de proporcionalidad, diseñándose, en palabras de JIMÉNEZ DÍAZ, “una misma respuesta punitiva para casos que presentan distinta gravedad”⁵³³. Circunstancia que, para GUARDIOLA GARCÍA, sólo encuentra una justificación razonable desde la perspectiva de la tutela de las víctimas, lo que en su opinión “obligará, probablemente, a importantes redefiniciones en cuanto al bien jurídico protegido por este precepto”, que, sin dejar de venir constituido por la garantía de efectividad de determinadas resoluciones judiciales, deberá analizarse, no desde la perspectiva de la prevención general entendida como confianza de los ciudadanos en la vigencia del Ordenamiento, sino desde la óptica de la prevención especial, en la medida en que el quebrantamiento frustra la finalidad tuitiva de la pena o medida en cuestión respecto del sujeto concreto al que se le impuso. Por ello, en opinión de este autor, se produce la equiparación punitiva sólo en relación a las penas o medidas de clara orientación tuitiva, y no respecto de todas las penas impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas del art. 173.2 del Código Penal⁵³⁴.

En cuanto a la segunda, para un amplio sector doctrinal infringe también dicho principio de proporcionalidad, al no revestir la misma gravedad quebrantar una sentencia firme de condena que vulnerar una medida cautelar, de tal modo que su diferente naturaleza jurídica debería justificar la imposición de una pena menor al

“La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y Derecho* (Laurenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio Castro –Coord.-), p. 329, refiriéndose a la LIVG como “último peldaño de la escalada punitivista” en esta materia.

⁵³³ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 397-398, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 55. También, FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit., p. 190, “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 527, y “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 257, que critica el hecho de que se castigue con pena de prisión el quebrantamiento de una pena o medida no privativa de libertad; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., p. 350; REQUEJO NAVEROS, M. T.: “La violencia de género en el Código penal: constatación de una regulación polémica”, *Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social* (Crespo Garrido y Moretón Sanz –Dir.-), Colex, 2010, p. 329; SANZ MULAS, N.: “Quebrantamiento de condena”, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Sanz Mulas, González Bustos, Martínez Gallego –Coord.-), Iustel, 2005, pp. 174-175, tildando de desproporcionada y de “inadmisibles en la mayoría de los supuestos” dicha pena, y entendiendo que “el legislador, una vez más, ha acudido a una solución fácil y precipitada, sin reparar en que el problema de la desobediencia de las órdenes de alejamiento no se debe tanto a la existencia de lagunas legales como a la falta de medios materiales y humanos para hacer efectivos esos mandatos judiciales”.

⁵³⁴ GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 928 y 932-933.

quebrantamiento de esta última⁵³⁵. Además, para el quebrantamiento de medida cautelar ya se prevenían otras consecuencias en el Ordenamiento, si bien es cierto que las mismas no comportaban ni la imposición de pena privativa de libertad (pues el quebrantamiento de medida cautelar se castigaba, antes de la entrada en vigor de la redacción dada por la LIVG, con pena de multa), ni la posibilidad de acordar la prisión provisional del presunto quebrantador.

FARALDO CABANA apunta también que tipificar expresamente como delito de quebrantamiento la vulneración de una pena o medida establecida a favor de los sujetos relacionados en el art. 173.2 del Código Penal puede entrañar una vulneración del principio *ne bis in idem*, en la medida en que los arts. 153, 171, 172 y 173 ya prevén subtipos agravados cuando las conductas típicas descritas en los mismos se cometan quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza⁵³⁶. Criterio del que discrepamos, por cuanto, de una parte, no sólo dichos delitos pueden dar lugar a la imposición de una

⁵³⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 191; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., pp. 1221 y 1226; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1139 y 1149-1150; FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 158-159, sugiriendo aplicar en los supuestos de incumplimiento de medida cautelar la imposición del control electrónico “como sanción”, y no como forma de control de la ejecución; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, pp. 351 y 362; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., pp. 84-85, y “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 398 y 413, si bien advierte que dicho tratamiento paritario entre penas, medidas cautelares y de seguridad a efectos del delito de quebrantamiento tiene su origen en la configuración que el Código Penal de 1995 dio a este delito; MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., p. 285, con cita de JIMÉNEZ DÍAZ; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 23; en similar sentido, considerando que estos mecanismos podrían usarse “como refuerzo” para conseguir el cumplimiento de las medidas cautelares de alejamiento, y así “evitar la desproporción” que entraña que se castigue su incumplimiento con la misma pena que se prevé para el quebrantamiento de sentencia firme, OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., pp. 56-57; POLAINO NAVARRETE, M.: “Entre el Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada “violencia de género””, *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, Colex, 2006, p. 706, si bien entiende que merece una crítica positiva el hecho de que el vigente art. 468.2 simplifique la sistemática de las hipótesis contempladas en su descripción normativa; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta...”, cit., p. 9, y “La respuesta penal...”, cit., pp. 157 y 161; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “De la desaparición a la expansión...”, cit., pp. 938 y 941.

También, en relación al delito de quebrantamiento en la redacción dada al mismo por el Código Penal de 1995, se mostró crítico con el hecho de que se previera el mismo castigo para el quebrantamiento de una pena que para el de una medida cautelar, SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 357; autor que también consideraba que debió haberse incorporado al Código Penal una regla limitativa de la penalidad del quebrantamiento que atienda a la gravedad del castigo previsto para el hecho previo, no porque exista conexión entre ambos, ya que el quebrantamiento es un delito autónomo, sino porque el injusto del quebrantamiento de una pena derivada de un delito más grave es mayor, al entrañar una superior lesión de la eficacia preventivo-general de la pena (SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 358).

⁵³⁶ FARALDO CABANA, P.: “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 257, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 159, y “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 529.

pena o medida susceptible de quebrantarse en el ámbito de la violencia doméstica y de género, y, de otra, porque en su caso se aplicarán las reglas concursales, tal y como hemos analizado anteriormente. Y ello sin que el hecho de que se regule idéntica conducta como tipo penal con entidad propia y como circunstancia agravante de otro delito entrañe, *per se*, una vulneración del principio *ne bis in idem*, aunque pueda constituir un ejemplo de defectuosa técnica legislativa⁵³⁷.

No faltan tampoco penalistas que sugieren tipificar la vulneración de una medida cautelar como delito de desobediencia, y no como quebrantamiento⁵³⁸, o bien una reforma del art. 468.2 que atienda a la doble vertiente valorativa que el mismo abarca (Administración de Justicia e indemnidad de la persona protegida⁵³⁹), criticando que se prevea obligatoriamente la imposición de pena de prisión a todo quebrantamiento y considerando que ello entraña desconocer tanto la opinión de la mujer al respecto como que no toda vulneración de la pena o medida representa una nueva agresión o riesgo para aquélla⁵⁴⁰. Sin que deba olvidarse tampoco la propuesta doctrinal de que la pena impuesta por el delito de quebrantamiento no revista nunca mayor entidad que la correspondiente al hecho previo, no porque exista dependencia entre ambas infracciones, sino porque históricamente se ha considerado que el contenido de injusto es menor si la pena o medida quebrantada se acordó en relación a una infracción de inferior gravedad⁵⁴¹.

Sin embargo, para otro sector doctrinal resulta adecuado que se castigue con pena de prisión el delito de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento, considerando justificada la equiparación punitiva en la medida en que “el mismo peligro

⁵³⁷ En este sentido, GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., p. 351.

⁵³⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 350-351 y 362; RUBIALES BÉJAR, E. E.: “Penas y medidas cautelares...”, cit., pp. 444-445 y 447, haciendo suya la postura de SUÁREZ LÓPEZ; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento...*, cit., p. 283, si bien en la fecha de publicación de dicha obra, anterior también a la reforma operada por la LO 15/2003 y a la introducción del apartado 2 del art. 468 del Código Penal, no se contemplaban las medidas cautelares de alejamiento en nuestro Ordenamiento.

⁵³⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 191.

⁵⁴⁰ LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, *La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género, Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, nº 2, 2005, p. 177, considerando dicha autora que “la respuesta penal peca de uniforme al no prever los distintos supuestos y reafirmar la idea de que todos, absolutamente todos, son igual de graves”, y criticando también que no se tenga en cuenta “la opinión de la mujer que ha acudido al sistema penal”; de la misma autora, *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, 2007, p. 97.

⁵⁴¹ CORCOY BIDASOLO, M.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 163; de la misma autora, criticando la regulación del quebrantamiento incorporada por la LIVG al no considerar justificada la agravación en todos los casos en que concurra entre las partes una de las relaciones previstas en el art. 173.2 del Código Penal y sea cual fuere el delito cometido, “Delitos contra las personas...”, cit., p. 172.

se deriva para la víctima si se vulnera la medida cautelar como la pena”⁵⁴², y que en ambos casos el incumplimiento incrementa el peligro de agresión por el sujeto hasta límites que el Estado, que tiene la “obligación de proteger a la víctima de agresiones ulteriores”, considera intolerables⁵⁴³.

En nuestra opinión, si bien nos parece correcto que el quebrantamiento de una medida cautelar se castigue con pena de prisión (incluso en aquellos casos en que la misma se hubiera acordado en relación a hechos constitutivos de delito leve o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de presunta falta), por cuanto, de un lado, permite la posibilidad de acordar en caso de incumplimiento la prisión provisional como medida de protección de la víctima, y, de otro, la conducta, en cuanto al bien jurídico consistente en la indemnidad de aquélla, tiene idéntico contenido lesivo en ambos casos, entendemos que debería haberse previsto una pena de prisión de duración distinta y menor para los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar respecto de la establecida para el quebrantamiento de condena. Ciertamente es que a día de hoy el órgano sentenciador tiene un amplio rango de pena (de seis meses a un año) para individualizar la misma atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, siendo una de ellas la naturaleza de la resolución infringida. No obstante, hubiera sido preferible fijar sendas penas de prisión con distinta gravedad para el quebrantamiento de condena y el de medida cautelar.

Pese a ello, ninguna modificación del precepto en sus apartados 1º y 2º se abordó en la LO 1/2015, que sí introdujo en el mismo un apartado 3º al que anteriormente hicimos referencia y que analizaremos más adelante, por lo que esta problemática continuará planteándose en el futuro.

II.- REFERENCIA AL ART. 57.2 CP Y AL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA ACCESORIA DE ALEJAMIENTO.

⁵⁴² MAGRO SERVET, V.: “La agravación específica...”, cit., p. 8.

⁵⁴³ FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 116-117 y nota a pie de página nº 12, entendiendo dicha autora que el fundamento de la pena de prisión reside, tanto en el quebrantamiento de condena como en el de medida cautelar, “en la peligrosidad del sujeto y en el riesgo de una posible reiteración de la agresión”, así como en el carácter público de la pena o medida impuesta.

1.- Reflexiones sobre la naturaleza de la pena accesoria prevista en el art. 57 del Código Penal.

Pese a la configuración de las prohibiciones previstas en el art. 57 del Código Penal como penas accesorias, la doctrina ha discutido que realmente ostenten dicha naturaleza. Así, numerosos autores califican de impropia dicha accesoriedad, pues la misma no depende de ninguna otra pena que la lleve aparejada, como establece el art. 54 del Código Penal⁵⁴⁴, sino de la comisión de los delitos que se relacionan en aquel precepto⁵⁴⁵, no dependiendo tampoco su duración de la de la pena principal, sino prolongándose más allá de la finalización de esta última, y teniendo como fin concreto el de la protección efectiva de las víctimas⁵⁴⁶.

Para BARQUÍN SANZ, calificar las prohibiciones contempladas en el art. 57 del Código Penal como penas accesorias “produce confusión”, pues a su juicio, y pese a que así se califiquen por el legislador, no son tales, sino penas principales que se regulan a través de una cláusula punitiva genérica en lugar de preverse particularmente para cada tipo, y que son adicionales a las previstas directamente por los tipos penales afectados por la referida norma⁵⁴⁷.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA aboga por considerarlas, no penas, sino consecuencias accesorias del delito⁵⁴⁸, categoría que sin embargo no tiene encaje en nuestro Ordenamiento penal, por lo que resulta de escasa trascendencia práctica.

⁵⁴⁴ Art. 54 del Código Penal: “Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo”.

⁵⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 316, la califica de “pena accesoria *sui generis*”; CERES MONTÉS, J. F.: “Las reformas penales...”, cit., p. 32; DE ELENA MURILLO, V., AYALA COLL, A. M.: “Artículo 57”, *Código Penal, Parte General. Doctrina jurisprudencial* (Amadeo Gadea –Coord.-), Factum Libri Ediciones, 2007, Tomo I, p. 339; FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 49; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 6; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 2-3; MAPELLI CAFFARENA, B.: “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *Revista de Estudios Penitenciarios (Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús)*, nº extra 1, 2006, p. 72, y *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 247; MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 59; PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 20; SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica...”, cit., p. 69.

⁵⁴⁶ PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 20; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De las penas...”, cit., p. 244; en similar sentido, considerando la accesoriedad de dichas penas “un tanto extraña”, y entendiendo que su objetivo es el de evitar futuros delitos, LEAL MEDINA, J.: “La prohibición de residir y de acudir...”, cit., p. 1308.

⁵⁴⁷ BARQUÍN SANZ, J.: “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 58, 2000, p. 199, haciendo suya en la nota a pie de página nº 63 la postura de VALLDECABRES ORTIZ al respecto.

⁵⁴⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Las penas privativas...”, cit., p. 129.

MAPELLI CAFFARENA apunta que, en tanto el sentido de las penas previstas en el art. 48 es el de evitar que, en delitos que afectan a bienes jurídicos personalísimos, el condenado vuelva a entrar en contacto con la víctima al menos hasta que cumpla la pena, dicho “fundamento peligrosista” las asemeja más a una medida de seguridad que a una pena⁵⁴⁹. Sin embargo, dicho autor opta por inclinarse a favor de considerarlas penas principales, incluso cuando se aplican en sede de libertad vigilada a sujetos declarados inimputables o semiinimputables, y ello en base, en primer lugar, a que el legislador las recoge en el catálogo general del art. 33 del Código Penal, donde se relacionan las penas principales, y, en segundo orden, porque su imposición depende de la comisión de determinados delitos, teniendo igualmente su duración propia y no vinculada más que indirectamente a la de otras penas⁵⁵⁰. A pesar de ello, considera que, aunque las revisiones post-sentencia de estas prohibiciones sólo están previstas cuando se aplican como medida de seguridad dentro de la libertad vigilada (art. 106.3 del Código Penal), resulta “lógico que el órgano judicial en un procedimiento contradictorio seguido a instancia de parte pueda, en fase de ejecución de sentencia, modificar, cesar o sustituir – incluso, con efectos materiales agravatorios- los contenidos de estas penas”, citando como ejemplo la muerte de la persona protegida e indicando que tal hecho determinaría un cambio sustancial en las circunstancias que fundamentaron la obligación que la vacía de contenido y hace injustificable su mantenimiento⁵⁵¹.

En similar sentido, aunque alcanzando distinta conclusión, FARALDO CABANA afirma que las prohibiciones de aproximación y comunicación no son sino “medidas de carácter asegurativo o inocuizador, fundadas en la peligrosidad criminal y orientadas a la prevención de futuras infracciones, aplicables a delincuentes imputables considerados peligrosos”⁵⁵². Y ello pese a que formalmente el legislador las haya configurado en el art. 39 del Código Penal como penas accesorias privativas de derechos, calificación con la que tampoco se muestra de acuerdo, entendiendo que más

⁵⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, B.: “Las penas accesorias...”, cit., pp. 72 y 348.

⁵⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 244 y 246, considerando dicho autor que constituye un “grave atentado a la seguridad jurídica” que el legislador haya omitido, tanto en relación a las “penas accesorias” del art. 57 como a las “medidas de seguridad” del art. 106 del Código Penal, “la vigencia de las reglas generales de determinación de las penas y los límites mínimos con los que debe trabajar el órgano judicial”. No obstante, entiende el citado penalista que, impuestas como medidas de seguridad, al menos el juez se asegura la operatividad del art. 97 del Código Penal, que permite el cese, suspensión o sustitución de las mismas si las circunstancias lo aconsejan (*Ibidem*, cit., pp. 349-350).

⁵⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 245-246; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 312.

⁵⁵² FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 43-44 y 209.

bien son restrictivas del derecho a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional recogido en el art. 19 de la CE⁵⁵³. Viene a colegir así dicha autora que nos encontramos ante medidas de seguridad aplicables a sujetos plenamente imputables⁵⁵⁴, postura que, en opinión de OTERO GONZÁLEZ, permite plantear la conveniencia de que, aun en los casos en que su imposición venga determinada por imperativo legal, pueda ser sometida a revisiones periódicas si se constatará la desaparición del peligro y la víctima manifestara su interés en que se dejara sin efecto⁵⁵⁵.

Interpretación, la de asimilar estas penas a las medidas de seguridad, que encuentra también cierto reflejo jurisprudencial, habida cuenta que el *Tribunal Supremo*, en *Sentencia de 11 de marzo de 2004* (ROJ STS 1666/2004, Ponente Sr. Martín Pallín), ya consideró, en relación al debate doctrinal sobre si la prohibición de alejamiento regulada en el art. 57 del Código Penal constituye una pena accesoria o una medida de seguridad, que el hecho de que se condicione su imposición a la concurrencia de determinadas circunstancias (gravedad del hecho y peligro que el delincuente represente), “abona la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena”⁵⁵⁶. Razonamientos que se comparten por autores como DÍAZ ROCA y LEAL MEDINA⁵⁵⁷, y que se reproducen en la *STS de 15 de julio de 2011* (ROJ STS 5361/2011, Ponente Sr. Sánchez Melgar⁵⁵⁸), si bien en esta resolución se indica que el hecho de que se condicione su aplicación a dichas circunstancias

⁵⁵³ *Ibidem*, cit., pp. 49 y 145; también las considera penas restrictivas de la libertad ambulatoria, MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 241, y MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 311.

⁵⁵⁴ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 49.

⁵⁵⁵ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., pp. 45 y 53.

⁵⁵⁶ Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) Al producirse la determinación taxativa de la duración máxima de esta cautela, fijándola en cinco años, se estima por alguna sentencia de esta Sala, que nos encontramos ante una pena accesoria, que sólo se podía imponer a personas declaradas previamente culpables. Otros sectores doctrinales consideran que nos encontramos ante una medida de seguridad, equiparable a las que se toman en otros casos, como los previstos en el artículo 105 del vigente Código Penal. (...) El hecho de que el artículo 57 del Código Penal considere que se trata de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, abona la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena”.

⁵⁵⁷ DÍAZ ROCA, R.: “Un paso atrás en la regulación de los malos tratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 663, 2005, p. 2; LEAL MEDINA, J.: “La prohibición de residir y de acudir...”, cit., pp. 1303, 1307 y 1310, considerando que, ya se regulen como penas, como medidas de seguridad, como medidas cautelares o como obligaciones en caso de suspensión o sustitución de la pena, siempre cumplen una idéntica función y finalidad, cual es la de prevenir la comisión de futuros delitos. En el mismo sentido, MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 58, aunque reconoce que obsta a dicha consideración el hecho de que para algunos supuestos sea obligatoria actualmente su imposición; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., p. 142.

⁵⁵⁸ Penalista que considera que esta pena privativa de derechos “participa propiamente, más bien, de la naturaleza de medida de seguridad” (SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Comentario Artículo 468...”, cit., p. 3).

“abona, *por algunos autores*, la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena”⁵⁵⁹, no haciendo suya por tanto el Alto Tribunal la referida conclusión. Asimismo, la anteriormente citada *SAP Valencia, Sec. 2ª, de 13 de abril de 2016* (ROJ SAP V 1661/2016, Ponente Sr. Tomás y Tío), al aludir al carácter pluriofensivo del delito de quebrantamiento, afirma que “lo protegido por el tipo no sólo es la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme o de la medida cautelar decretada por el Juzgado o Tribunal del orden penal, sino el fin perseguido por una pena de características próximas a la medida de seguridad”, concluyendo que “las prohibiciones de comunicación y aproximación no tienen tanto una finalidad sancionadora, cuanto preventiva (...) y protectora de la víctima”⁵⁶⁰.

2.- Carácter imperativo de la pena accesoria de alejamiento. Problemática.

Con carácter previo a abordar la cuestión relativa al tratamiento de los quebrantamientos consentidos, y a la posible responsabilidad penal de la víctima, conviene hacer una específica referencia al art. 57.2 del Código Penal⁵⁶¹, en la medida en que el carácter imperativo de la pena accesoria de prohibición de aproximación⁵⁶² en los casos de condena por alguno de los delitos mencionados en el apartado 1 del precepto y cometidos, entre otras personas, contra quien sea o haya sido cónyuge o haya estado ligado al condenado por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, sin tener en cuenta la voluntad del sujeto pasivo ni los criterios previstos en este último apartado (gravedad de los hechos y peligrosidad del condenado), presumiendo *iuris et de iure* la concurrencia de los mismos⁵⁶³, ha determinado y sigue determinando en la

⁵⁵⁹ La cursiva es nuestra.

⁵⁶⁰ Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁶¹ Un estudio exhaustivo de las penas accesorias, con especial referencia a la que nos ocupa, se contiene en VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias, prohibiciones...”, cit., pp. 325-342, considerando que la obligatoriedad en su aplicación “está resultando perturbadora para la correcta individualización de las penas y resulta carente de proporcionalidad en algunos supuestos”.

⁵⁶² No, sin embargo, la de residir o acudir ni la de comunicar, que en su caso podrán imponerse adicionalmente por el juez o tribunal con carácter facultativo.

⁵⁶³ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 110, que indica que la gravedad de los hechos y la peligrosidad del delincuente podrán tenerse en cuenta “para calcular la duración de la pena en el tiempo”, si bien, en nuestra opinión, el margen de discrecionalidad para el juzgador es escaso en cuanto al límite mínimo de duración de la pena, dada la previsión legal al respecto; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 76, con cita de GARCÍA ALBERO; FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit., p. 181, “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 522, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 148, y “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 251; GARCÍA ALBERO, R.: “Comentarios...”, cit., p. 2283; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias, prohibiciones...”, cit., p. 341.

práctica un considerable aumento de los supuestos de quebrantamiento producidos con la aquiescencia o el consentimiento de la víctima⁵⁶⁴.

El carácter imperativo de su imposición no afecta sin embargo a las medidas de seguridad de idéntica naturaleza que se impongan a sujetos declarados inimputables o semiinimputables. En estos casos, los límites temporales previstos en el art. 57 del Código Penal sólo funcionarán como límites máximos, sin que sea aplicable a estos supuestos la taxatividad y rigidez del mencionado precepto cuando los delitos que se refieren en el mismo tengan lugar en el ámbito de la violencia doméstica y de género⁵⁶⁵.

La reforma legislativa a la que se ha hecho referencia, operada, como anteriormente se indicó, por la LO 15/2003, parece encontrar su fundamento en la circunstancia de que, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma, la aplicación práctica por parte de juzgados y tribunales de la pena accesoria prevista en tal apartado era escasa⁵⁶⁶. Pero la solución adoptada y vigente, si bien ha resuelto dicho problema al acordar la imposición imperativa de dicha pena, lo ha realizado a costa de impedir cualquier tipo de valoración de los hechos por parte del juez, extendiendo la aplicación de la pena accesoria a supuestos de escasa gravedad y generando, en suma, otro conflicto de entidad superior al atajado, que dio lugar al planteamiento de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad⁵⁶⁷.

En opinión de FARALDO CABANA, dicha imposición, como la que condiciona obligatoriamente la suspensión y, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género al cumplimiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación, constituye una manifestación de la introducción en nuestro

⁵⁶⁴ Para LALIGA MOLLÁ, M.: “Soluciones adoptadas...”, cit., p. 11, en esta aplicación preceptiva de la prohibición de aproximación reside el origen más inmediato de los supuestos de quebrantamiento consentido; en el mismo sentido, CRUZ BLANCA, M. J.: “De un Derecho Penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho Penal de género. Una posible interpretación constitucional de los nuevos tipos penales relativos a la violencia de género”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz – Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 272-273 y nota a pie de página nº 27.

⁵⁶⁵ Así lo hace notar ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 114, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 338; también, ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 208.

⁵⁶⁶ Así, FARALDO CABANA alude a una lucha “contra la actitud abstencionista que ha caracterizado a un sector de la judicatura cuando se enfrentaba a la violencia de género” o a los malos tratos en el ámbito familiar (FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit., p. 182, “Las penas previstas...”, cit., p. 252, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 149, y “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 523).

⁵⁶⁷ Una relación de las mismas se contiene en OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., Anexo.

Ordenamiento penal de estrategias actuariales basadas en la presunción *iuris et de iure* de peligrosidad del condenado, estandarizando la respuesta penal a las conductas violentas en el hogar o contra la mujer sin valorar las circunstancias de cada caso y estereotipando a las partes, pudiendo, en suma, “repercutir negativamente en la propia víctima, en particular cuando la misma sólo desea el fin de la violencia y no la ruptura de su relación sentimental con el agresor”⁵⁶⁸.

Además, al preverse la imposición de una pena con carácter obligatorio, con independencia de la gravedad de los hechos y de las circunstancias concurrentes en cada caso, consideramos que resulta inevitablemente afectado el principio de proporcionalidad, que opera en el momento de aplicación judicial de la pena, al no quedar otra opción al juez o tribunal que acordar el establecimiento de aquélla, aunque en su opinión vulnera en el supuesto concreto dicho principio de proporcionalidad, y posteriormente acudir a la posibilidad prevista en el art. 4.3 del Código Penal y solicitar el indulto⁵⁶⁹. Esta vía, tal y como pone de relieve AGUADO CORREA, no es suficiente para asegurar la vigencia del mencionado principio, al dejar en manos del poder ejecutivo algo que debería ser resuelto por los poderes legislativo y judicial⁵⁷⁰.

Lo cierto es que, pese a que el referido precepto ha sido declarado constitucional en la *STC n° 60/2010, de 7 de octubre de 2010* (BOE n° 262, de 29 de octubre de

⁵⁶⁸ FARALDO CABANA, P.: “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (Muñoz Conde –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, pp. 737, 743 y 748-749; de la misma autora, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 20, 139, 142 y 201-202.

⁵⁶⁹ Artículo 4 del Código Penal:

“1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

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

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

⁵⁷⁰ AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 314-322, proponiendo dicha autora que se articule legalmente la posibilidad de que “el Juez o Tribunal prescinda de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria” (p. 322, con cita de QUINTERO OLIVARES).

2010)⁵⁷¹, a cuyos razonamientos se remiten las sentencias posteriores dictadas por dicho órgano en relación al mismo⁵⁷², y que ha sido avalada la imposición con carácter preceptivo de las penas de alejamiento con una duración mínima por el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (Sala Cuarta), en su *Sentencia de 15 de septiembre de 2011* (TJCE 2011\265)⁵⁷³, la obligatoriedad de la pena accesoria de alejamiento ha sido criticada desde diversos foros, por entender que vulnera el derecho de libertad y de libre autonomía de la voluntad de las víctimas, y que puede resultar ofensiva para su dignidad⁵⁷⁴. En base a ello, se reclama de forma prácticamente unánime la modificación del artículo 57.2 del Código Penal en el sentido de restablecer el carácter facultativo de dicha pena⁵⁷⁵, haciendo depender su imposición de los criterios de peligrosidad y

⁵⁷¹ Analiza exhaustivamente la misma, criticando que el Tribunal Constitucional haya declarado la constitucionalidad del art. 57.2 del Código Penal, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., pp. 239-250.

⁵⁷² SSTC 81/2010, de 3 de noviembre de 2010, 82/2010, de 3 de noviembre de 2010, 83/2010, de 3 de noviembre de 2010, 84/2010, de 3 de noviembre de 2010, 85/2010, de 3 de noviembre de 2010, 86/2010, de 3 de noviembre de 2010 (todas ellas en BOE nº 292, de 3 de diciembre de 2010), 115/2010, de 24 de noviembre de 2010, 116/2010, de 24 de noviembre de 2010, 117/2010, de 24 de noviembre de 2010, 118/2010, de 24 de noviembre de 2010 y 119/2010, de 24 de noviembre de 2010 (todas ellas en BOE nº 312, de 24 de diciembre de 2010). En relación a las mismas, vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., pp. 59-63.

⁵⁷³ Un estudio exhaustivo de ambas Sentencias se contiene en GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El castigo penal del quebrantamiento de prohibiciones penales de aproximación y comunicación contrarias a la voluntad de la persona protegida (Jurisprudencia del Tribunal Supremo, STC de 7 de octubre de 2010, STJUE de 15 de septiembre de 2011): status quaestionis y apunte de algunas consecuencias graves”, ReCrim2011 (www.uv.es/recrim), pp. 213-234; autor que concluye que, detrás del modelo avalado por las referidas resoluciones, “está una instrumentación (*sic*) de las víctimas (que no sólo de los autores condenados) en beneficio de un interés general” (p. 236).

⁵⁷⁴ Califican dicha disposición de “paternalista”, ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Reflexiones sobre las medidas penales...”, cit., p. 1766; por su parte, MARTÍN LÓPEZ afirma que aquélla “priva de autonomía a la víctima al carecer su consentimiento de relevancia”, considerando que la norma constituye “uno de los posibles supuestos de paternalismo jurídico” (MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., pp. 281 y 287).

⁵⁷⁵ Así, ABEL SOUTO, M.: “Quebra del sistema penal...”, cit., pp. 81-82; ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 112, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 334; ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C.: “Reflexiones sobre las medidas penales...”, cit., p. 1766; ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal...”, cit., p. 12; ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., pp. 207-208 y 227, criticando específicamente el carácter imperativo del precepto en los episodios puntuales de violencia doméstica y tildándolo de “despropósito manifiesto”; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Las violencias habituales...”, cit., p. 212; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 191, que remite a los criterios del art. 57.1; BOLDOVA PASAMAR, M. A., RUEDA MARTÍN, M. A.: “El nuevo tratamiento de la violencia...”, cit., p. 48; BOMBÍN PALOMAR, G. V.: “Problemas penales...”, cit., p. 18; CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Tratamiento de la violencia de género respecto de la mujer inmigrante”, *Diario La Ley*, nº 6940, 7 mayo 2008, p. 10; CAZORLA PRIETO, S.: “La jurisprudencia de la Sala Segunda sobre los delitos de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 35, 2009, p. 9; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., pp. 1226-1227, aludiendo a “censurable imposición del legislador (...). Este automatismo *ope legis* es contrario al principio de culpabilidad, desproporcionado y supone un trato cruel”; CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra las personas...”, cit., p. 166; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 156; DÍAZ ROCA,

R.: “Un paso atrás en la regulación...”, cit., p. 6; FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit., p. 202; GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, cit., p. 409, que indica que dicha prohibición de toda suerte de arbitrio judicial en esta materia “ha acabado contaminando múltiples ámbitos en los que no está en juego el problema del maltrato familiar”, por cuanto el elenco de delitos contemplados en el art. 57, que tampoco distingue entre tipos dolosos e imprudentes, “resulta excesivamente amplio como para que opere *ex lege* tan drástica pena accesoria”; GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 96; GIL RUBIO, J.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit., p. 4, considerando que “ha supuesto un quebradero de cabeza para los juristas desde el primer momento”; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 139, 2007, p. 216; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 418, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 84, reclama una reforma legal urgente en el sentido de permitir una modificación facultativa de la pena en función de la existencia o no de situación objetiva de riesgo para la víctima; LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer...”, cit., p. 176, y *Criminología crítica...*, cit., p. 96; LAURENZO COPELLO, P.: “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 9, 2007, pp. 35 y 38, “La violencia de género en el Derecho Penal...”, cit., p. 340, calificando la medida de “tan rígida como poco realista”, y “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., p. 12, criticando que la medida se aplique a delitos de naturaleza patrimonial como la estafa o la apropiación indebida; MAGRO SERVET, V.: “Casuística actual de la pena de alejamiento en los casos de reanudación voluntaria de la convivencia por la víctima tras la STS de 26 de septiembre de 2005”, SP/DOCT/2903, Sepín, 2006, p. 7; autor este último que, ya con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/1999, consideraba que la pena de prohibición de aproximación no debía regularse como pena principal para el delito del art. 153 del Código Penal, sino como accesoria a imponer de forma facultativa al amparo del art. 57 de dicho texto legal y de acuerdo con los criterios de gravedad y peligrosidad, “por cuanto la restricción de movimientos al agresor debe adoptarse ponderando las especiales circunstancias que puedan darse en el caso concreto” (MAGRO SERVET, V.: “El Congreso rechaza las enmiendas...”, cit., p. 8); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 223 y nota a pie de página nº 17, que indica que el legislador “se equivocó al establecer la obligatoriedad de la pena de alejamiento en ciertos supuestos (...) y después se ha equivocado el TC al declarar conforme a la Constitución (...) el art. 57.2 CP”; de la misma autora, “La mujer víctima...”, cit., p. 68, entendiéndose que la norma entraña una “vinculación en el tiempo de la capacidad de autodeterminación de la víctima”; MAPELLI CAFFARENA, B.: “Las penas accesorias...”, cit., p. 74, quien tilda de “contradictorio que se impongan estas penas cuando resulten del todo innecesarias”; del mismo autor, *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 247 y 351, obra en la que el citado penalista apuntaba que las incoherencias que entrañaba dicha pena accesoria en relación a tan amplio elenco de delitos sólo quedaban paliadas por el carácter potestativo de su imposición con anterioridad a la reforma operada por la LO 15/2003, y que por tanto su obligatoriedad está reñida con su fundamento; también, MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 313; MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia de género; entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 08-02, 2006, p. 9, “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007, p. 27, y “La violencia contra las mujeres...”, cit., p. 185; MARÍN LÓPEZ, P.: “10 años de la Ley Integral. Balance y propuestas de reforma y de actuación”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2015, p. 18, que alternativamente sugiere “la reducción de la extensión mínima de la pena de prohibición de aproximación” y de comunicación “en supuestos de escasa levedad (*sic*)”, entendiéndose que ello “podría ser suficiente para posibilitar un espacio de reflexión y de seguridad para la víctima”; MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., pp. 301 y 315; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., pp. 361 y 363; MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma...”, cit., p. 6; PÉREZ RIVAS, N.: “La problemática...”, cit., pp. 165-166, si bien dicha autora, en “Sanciones orientadas a la protección de la víctima...”, cit., p. 44, y en “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia...”, cit., pp. 299-300, aboga por que las Unidades de Valoración Integral asistan al órgano judicial en la constatación de la existencia o inexistencia de riesgo para la víctima, y advierte de que “la supresión del régimen de imposición preceptiva no serviría, con todo, para solventar los problemas que se derivan de la inexistencia de mecanismos de revisión durante su ejecución”; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 23; MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 49; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Elementos de los tipos penales...”, cit., pp. 23 y 25; PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 20; QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal...”, cit., p. 442; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta...”, cit.,

gravedad previstos en el art. 57.1 del Código Penal (lo cual permitiría también analizar si nos encontramos ante un hecho puntual o ante una situación de violencia habitual) y teniendo en cuenta la voluntad de la víctima⁵⁷⁶, articulando al efecto legalmente un trámite de audiencia con carácter previo a la determinación judicial de la pena a fin de valorar las manifestaciones que realice la persona que en última instancia se va a ver directamente involucrada en el cumplimiento de la pena de alejamiento⁵⁷⁷. Voluntad de

p. 11, y “La respuesta penal...”, cit., p. 161; RASILLO LÓPEZ, P.: “El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, pp. 5 y 7; RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización...”, cit., p. 29, indicando que este carácter obligatorio de la pena constituye una de las “situaciones en que puede producirse victimización secundaria”, provocando en la víctima la “incertidumbre de si será perseguida como autora o cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento de condena en caso de que propicie o realice un acercamiento con el condenado” (p. 26); RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., pp. 300-301; SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento...”, cit., pp. 36-37, entendiendo que vulnera lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; SOLÉ RAMÓN, A. M.: “El consentimiento...”, cit., p. 462; TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales...”, cit., p. 248; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, cit., pp. 348-350 y 352-353; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2026 y 2030, recordando sin embargo, con cita de QUERALT JIMÉNEZ, que el hecho de que la imposición del legislador sea censurable y errónea no significa sin más que también sea arbitraria, ya que el sistema anterior a la reforma de 2003 también generaba en la práctica un automatismo de signo contrario.

Se mostraba sin embargo favorable a la previsión de la pena de alejamiento como pena principal en los supuestos de maltrato doméstico y sustraída al arbitrio judicial, BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 52, 1999, p. 449, si bien, como se ha indicado, dicha autora aboga actualmente por suprimir el carácter imperativo de la norma; también, GARCÍA VITORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual...”, cit., p. 604; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 4-5, apuntando que corresponde al legislador determinar el tipo de sanción con que hacer frente a los comportamientos que lesionan los bienes que se estiman deben ser protegidos, y que otras sanciones penales afectan también, aunque no tan directamente, los intereses y expectativas de personas ajenas al hecho delictivo; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., REQUEJO NAVEROS, M. T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas...”, cit., p. 89, indicando que ello resulta “altamente positivo de cara a la efectiva prevención de este tipo de injustos para los que la privación de libertad se ha revelado insuficiente”; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 45, que considera justificada la obligatoriedad de la pena de alejamiento en aras de controlar “el primer contacto entre autor y víctima tras el cumplimiento de la pena de prisión” y de evitar posibles coacciones, y entendiendo también que de este modo se subsanan los problemas que determinaba que su imposición quedara sujeta al principio acusatorio, siempre que la prohibición pueda ser objeto de revisiones posteriores caso de producirse un cambio en las circunstancias.

⁵⁷⁶ Abogan por prever un trámite de audiencia específico de la víctima, ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal...”, cit., pp. 81-82; ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., pp. 98-99; FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, p. 202, “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 540, “Estrategias actuariales...”, cit., p. 754, y “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 266; LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer...”, cit., p. 176; MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., p. 301; PÉREZ RIVAS, N.: “La problemática...”, cit., p. 166, y “Sanciones orientadas a la protección de la víctima...”, cit., p. 50; RASILLO LÓPEZ, P.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 6-7; RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización...”, cit., p. 29; TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales...”, cit., p. 248; VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento...”, cit., p. 174; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., p. 2030.

⁵⁷⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., pp. 98-99, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 332; DE ELENA MURILLO y AYALA COLL llegan a afirmar en este sentido que el párrafo 2 del art. 57 del Código Penal “implica la imposición a la víctima de una pena privativa de derechos, debiendo tener presente que la pena prescrita no sólo afecta al condenado, sino también a otras

la víctima que en nuestra opinión, si bien habría de recabarse de forma preceptiva, no debe ser vinculante para el órgano judicial⁵⁷⁸. Éste deberá tener en cuenta, a la hora de resolver, además de aquélla, las circunstancias que hayan concurrido en el caso concreto y la entidad de los hechos por los que se procede, pudiendo además acordar la práctica de las pruebas que estime oportunas a fin de verificar que dicha voluntad no está condicionada ni viciada.

Esta crítica al carácter imperativo de la imposición de la pena accesoria se contiene también indirectamente en alguna resolución jurisprudencial; así, la ya comentada *STS de 15 de julio de 2011* (ROJ STS 5361/2011), con cita de la también referenciada *STS de 11 de marzo de 2004* (ROJ STS 1666/2004), declara que, teniendo como fundamento dicha pena el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males que podrían derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, su establecimiento debe estar suficientemente motivado por las circunstancias del caso, “sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica sólo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por el que se condena”⁵⁷⁹.

Por otra parte, la propuesta de supresión del carácter imperativo del establecimiento de la pena de alejamiento se viene reclamando también desde las instancias judiciales desde la entrada en vigor de la LIVG. Así, en el año 2006, se elaboró un *Informe por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial*⁵⁸⁰ en el que se concluía que dicha obligatoriedad “conduce a soluciones indeseadas desde todas las perspectivas posibles, en cuanto impide en todos los supuestos la comunicación entre determinadas personas unidas por

personas a las que teóricamente se está intentando proteger” (DE ELENA MURILLO, V., AYALA COLL, A. M.: “Artículo 57”, cit., p. 342).

⁵⁷⁸ En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, p. 202, “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 540, “Estrategias actuariales...”, cit., p. 754, y “Las penas previstas por delitos...”, cit., p. 266, justificando su propuesta en el hecho de que “no hay que dar incentivos al agresor para que intimide a la mujer”.

⁵⁷⁹ Fundamento de Derecho Tercero: “(...) La prohibición de acudir a determinados lugares, se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales (STS 369/2004, de 11 de marzo) que pudieran derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, y supone una limitación de la posibilidad de libre circulación que correspondería al acusado una vez cumplida en su integridad la pena privativa de libertad, por lo que debe estar suficientemente justificada por las características del caso, sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica sólo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por el que se condena”.

⁵⁸⁰ *Informe, de 20 de abril de 2006, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*. www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

lazos de afectividad, sin permitir al/a juzgador/a ponderar el conjunto de circunstancias que concurren y, con ello, el dictado de una resolución proporcionada en el caso concreto, lo que sí permite el apartado 1 del mismo precepto en las mismas figuras delictivas cuando no están relacionadas con la violencia doméstica”.

También en el Seminario sobre *Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009, se concluyó la necesidad “de que se produzca una reforma del artículo 57 del Código Penal en el sentido de no ser precisa la imposición obligatoria de penas que prevé su número 2, lo que facilitaría mucho las cosas y acabaría con situaciones difíciles y no deseadas por la víctima”⁵⁸¹.

Por último, la Fiscalía General del Estado, desde la *Memoria correspondiente al año 2005*⁵⁸², ha reclamado también la modificación del art. 57.2 del Código Penal en el sentido de añadirle, como inciso final, que “no obstante, el juez o tribunal sentenciador podrá dejar de imponer tal pena en supuestos excepcionales”.

Sin embargo, y pese a todas las voces que se han alzado solicitando la reforma del precepto, la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, mantiene, en cuanto a su carácter obligatorio y a la duración de estas penas, la redacción del art. 57.2 operada por la LO 15/2003, previéndose únicamente (tal y como se contemplaba en su redacción anterior respecto de las faltas de los arts. 617 y 620 del Código Penal desde la reforma introducida por la LO 14/1999) la posibilidad de imponer las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, “por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves” (art. 57.3)⁵⁸³.

3.- Propuestas y alternativas a la ejecución de la pena de alejamiento.

En aras de atenuar los efectos que comporta la imperativa aplicación de la pena de alejamiento en los supuestos contemplados en el art. 57.2 del Código Penal, se han

⁵⁸¹ Conclusión 33ª.

⁵⁸² Páginas 644 y 648, “sobre la reforma del art. 57.2 CP”.

⁵⁸³ En el *Proyecto de reforma del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013*, se establecía sin embargo que la duración de la pena de alejamiento no sería superior a un año si la pena fuera leve, por lo que se ampliaba en relación a este tipo de infracciones el límite máximo de la misma.

realizado diversas propuestas doctrinales que en algún caso, como veremos, han encontrado reflejo jurisprudencial. Propuestas que van desde articular fórmulas alternativas a la ejecución de aquella que incluso puedan comportar en determinados supuestos el recurso a la mediación, a aplicar a dicha pena accesoria el régimen de las medidas de seguridad o el previsto legalmente para la suspensión de las penas privativas de libertad.

3.1.- La mediación. Art. 44.5 de la LO 1/2004.

En orden a mitigar la rigidez del art. 57.2 del Código Penal, no faltan autores que proponen fórmulas alternativas a la ejecución de la pena de alejamiento, como derivar temporalmente a los servicios sociales el seguimiento de la pareja a fin de garantizar la protección de la víctima respetando su voluntad y prestándole el apoyo necesario⁵⁸⁴, o recurrir a la posibilidad de mediación cuando se considere que puede ser eficaz para prevenir nuevos episodios de violencia⁵⁸⁵, abogando por atenuar la taxativa prohibición de utilizar dicho mecanismo de resolución de conflictos que se contiene en el art. 44.5º de la LO 1/2004⁵⁸⁶, en la medida en que, como indica LARRAURI

⁵⁸⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p 112, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 334.

⁵⁸⁵ LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., pp. 8 y 12-13; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7255, 5 oct. 2009, pp. 6-7, proponiendo una reforma legal en la línea de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B.: “La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”, *La Ley Penal*, nº 44, diciembre 2007, p. 13; PÉREZ GINÉS, C. A.: “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género “o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento””, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7397, 7 mayo 2010, p. 5, proponiendo que se tutelen a través de este mecanismo los intentos de reconciliación de las partes; PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J.: “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6273, 13 junio 2005, pp. 29-30, que, tras criticar que el precepto no especifique a qué tipos de mediación refiere ni a qué supuestos se aplica la prohibición, indica que en todo caso la misma no puede extenderse a la mediación judicial como faceta de la potestad jurisdiccional; TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales...”, cit., pp. 268-269.

⁵⁸⁶ Un exhaustivo estudio sobre este tema se contiene en ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 119 y ss; autora que plantea muchas cautelas a la hora de extrapolar al Ordenamiento español la normativa de otros países de nuestro entorno tendente a aplicar dicha institución a los supuestos de violencia de género más leves y cuyos autores presentaran un grado de peligrosidad menor (ESQUINAS VALVERDE, P.: “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal, Praxis*, Barcelona, nº 18, 2006, pp. 95-96).

Por su parte, MANJÓN-CABEZA OLMEDA entiende que la prohibición establecida en dicho precepto refiere únicamente a la mediación civil (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima...”, cit., p. 68), considerando dicho precepto una muestra de “paternalismo legal” (“Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., nota a pie de página nº 60, *in fine*).

PIJOAN, constituye un ejemplo más de que la LIVG “parece operar con sólo una imagen de mujer maltratada”, siendo este concepto una “etiqueta que esconde realidades y necesidades muy diversas”⁵⁸⁷. Reforma legislativa del art. 44.5º que también se ha sugerido reiteradamente desde distintos foros, singularmente en relación a estudiar la posibilidad de acudir a la mediación en supuestos ocasionales o de carácter leve producidos en el ámbito de la violencia contra la mujer⁵⁸⁸.

El carácter taxativo de la prohibición de la mediación contenida en el art. 44.5º de la LIVG fue cuestionado en el Seminario *Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid en octubre de 2010, donde se declaró la conveniencia de “reflexionar acerca de la prohibición absoluta de mediación en los supuestos de violencia de género”, por estimarse que este recurso, convenientemente planteado, “podría producir efectos muy beneficiosos en la resolución del conflicto,

Por el contrario, se muestra favorable a la prohibición del art. 44.5 de la LIVG en materia civil LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: Valoración político-criminal”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2005, p. 6.

⁵⁸⁷ LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, p. 105.

⁵⁸⁸ En opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, esta prohibición de la mediación es incomprensible (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., p. 2031). Propone también la aplicación de la mediación en los supuestos más leves de violencia de género, CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Tratamiento de la violencia...”, cit., pp. 9-10; también en contra de la taxativa prohibición contenida en el precepto, CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 64, aconsejando el recurso a la mediación con “extrema prudencia” y únicamente en los “estadios iniciales de los conflictos, en ausencia de violencia, y cuando existe una voluntad de ambas partes y una perspectiva razonable de continuar la vida en común”; en la misma línea, entienden que “no debería descartarse la reflexión prudente pero seria sobre la posibilidad de ofrecer el recurso de la mediación en el ámbito de la violencia de género en una selección de delitos caracterizados, al menos para comenzar, por ser ocasionales y de poca gravedad”, en orden a “mejorar y reforzar la tutela de los derechos de la mujer como víctima de la violencia” y a “visibilizar experiencias restaurativas practicadas”, CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 173.2 y 173.4)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (Matallín Evangelio, Górriz Royo –Coord.-, González Cussac –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 517-518; MAQUEDA ABREU, M. L.: “¿Es la estrategia penal...”, cit., p. 27, si bien en “La violencia de género...”, cit., pp. 7-8, dicha autora se muestra crítica con el recurso a la mediación previa a la vía penal en este ámbito; SOLETO MUÑOZ, H.: “Cuestiones procesales relacionadas...”, cit., p. 14, con cita de CARBALLO CUERVO; a favor de aplicar este recurso en supuestos de carácter leve y ocasional, preferentemente durante la fase de instrucción pero admitiendo que se plantee incluso antes del juicio oral o como cuestión previa al inicio de la vista, VILAPLANA RUIZ, J.: “Mediación y violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 8340, 2014, pp. 5-6, con cita de RODRÍGUEZ LÁINZ.

Por el contrario, entiendo justificada la prohibición en el ámbito penal, aunque no en el civil, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La tutela judicial (introducida...”, cit., pp. 7-8. También FERNÁNDEZ PANTOJA expresa sus “recelos respecto a soluciones no ensayadas”, manifestando su “reserva” y “respeto” ante la mediación penal, por cuanto “puede encubrir un miedo perpetuo, un perdón ya desterrado de un derecho penal en el que la mujer era la víctima “por excelencia”” (FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “El sistema de tutela ante la violencia...”, cit., p. 251).

procurando una más adecuada satisfacción a las víctimas y permitiendo una más eficaz rehabilitación de los agresores”⁵⁸⁹.

Específicamente se ha defendido también que, dentro de los delitos que se cometen en el ámbito de la violencia doméstica y de género, dicho recurso puede revelarse eficaz en los supuestos de quebrantamiento de prohibiciones de alejamiento, habida cuenta que, siendo frecuentes los casos en que dicha vulneración se produce con el consentimiento de la persona protegida, “la mediación penal podría ser el instrumento ideal para controlar extrajudicialmente la Orden de Protección, confirmando la voluntariedad de la víctima y pareja, en lo relativo al cumplimiento de la misma”⁵⁹⁰.

Además, como indica ESTIRADO DE CABO, incluso en los supuestos en que nos encontráramos ante un episodio de carácter leve o aislado susceptible en principio de ser derivado a mediación, los propios profesionales podrían determinar desde la primera sesión si entre las partes existe un desequilibrio de poder que impida la aplicación de este mecanismo de resolución de conflictos, suspendiendo en tal caso su aplicación⁵⁹¹. Y, en la línea apuntada por GARCÍA TORRES, podrían plantearse legalmente en todo caso las cautelas oportunas, como evitar la confrontación personal y directa entre ambas partes⁵⁹².

En nuestra opinión, esta prohibición legal de recurrir a la mediación debe ser objeto de revisión, articulando la posibilidad de que, en ciertos supuestos (por ejemplo en aquéllos en que recaiga auto de sobreseimiento provisional, en que se enjuicien infracciones leves, o en los delitos contra los derechos y deberes familiares), pueda acudir a este recurso. En todo caso, y como sugiere BARQUÍN SANZ, la solución extrajudicial deberá consistir “en un acuerdo equitativo y no en el simple y llano perdón privado”, que procesalmente repercutiría en la retirada de la denuncia o en la

⁵⁸⁹ Conclusión 22ª.

⁵⁹⁰ GARCÍA TORRES, M. L.: “La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares”, *La Ley Penal, Sección Estudios*, nº 73, julio 2010, pp. 13-14; en el mismo sentido, PÉREZ GINÉS, C. A.: “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)”, *La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, nº 71, mayo 2010, p. 5.

⁵⁹¹ ESTIRADO DE CABO, C.: “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 136, 2007, pp. 210-211; autor que relaciona la prohibición absoluta de mediación con la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, como manifestaciones de un “modelo superprotector” que no considera a la mujer víctima de estos delitos con capacidad para intervenir en el proceso ni tiene en cuenta su voluntad.

⁵⁹² GARCÍA TORRES, M. L.: “La mediación penal...”, cit., pp. 13 y 16.

incomparecencia al acto del juicio oral⁵⁹³. Sólo de esta forma se permitirá a la víctima participar de forma activa en la resolución del conflicto y se contribuirá a una mejor reparación, la cual no siempre ha de pasar por una mayor gravedad en la respuesta penal, sino que deberá tener en cuenta las manifestaciones y necesidades de aquélla⁵⁹⁴.

Cierto es que el *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica*, suscrito en Estambul el 11 de mayo de 2011, declara en su art. 48.1 la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias “para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio”. Sin embargo, según entendemos, dicho precepto veta la posibilidad de que se establezca por un Estado miembro la imposición de acudir a dichos mecanismos de forma imperativa, pero no impide que se regulen los mismos como alternativa a elegir libre y facultativamente por las partes implicadas en los supuestos para los que legalmente se previera su aplicabilidad.

Además, y como acertadamente indica LARRAURI PIJOAN, las ventajas e inconvenientes de la mediación son aún objeto de reflexión y discusión doctrinal, por lo que, el hecho de que la ley adopte en relación a esta figura una prohibición tan tajante no sólo es prematuro, sino que impide investigar en qué casos puede estar indicada, favoreciéndose “un regreso infinito a la especulación”, y resultando paradójico que entre los principios informadores de la LIVG esté el de la resolución pacífica de los conflictos y, sin embargo, dicha LO excluya de raíz el recurso a este mecanismo que en muchos casos permite solventarlos con plena satisfacción para las partes implicadas⁵⁹⁵.

3.2.- Aplicación del régimen de las medidas de seguridad. Art. 97 del Código Penal.

Algunos autores sugieren configurar estas prohibiciones, cuando se impongan en sentencia, como medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables, a fin de poder

⁵⁹³ BARQUÍN SANZ, J.: “Algunas medidas preventivas de la violencia contra las mujeres posiblemente menos ineficaces que el aumento de las penas y la disminución de las garantías constitucionales de los acusados”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 3, 2001, p. 10.

⁵⁹⁴ Sobre la necesidad de conocer la opinión de la mujer que desea recurrir a la mediación, LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer...”, cit., p. 175, y *Criminología crítica...*, cit., p. 105, indicando además, con cita de BRAITHWAITE, que “la mediación no es neutral”, por cuanto “su presupuesto es que el agresor reconozca los hechos y además comporta una censura al autor”.

⁵⁹⁵ LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, p. 106, con citas de CURTIS-FAWLEY y DALY, y de CARMENA CASTRILLO.

adecuar su cumplimiento a las vicisitudes de cada caso, como ocurre con las medidas de seguridad al amparo de lo dispuesto en el art. 97 del Código Penal, permitiendo adaptar la respuesta penal a la gravedad y grado de peligrosidad que se evidencien durante la ejecución, pudiendo llevarse a cabo al efecto sucesivos diagnósticos de la situación⁵⁹⁶. Y ello por entender que, bajo el rótulo de penas, el legislador ha regulado lo que no constituyen sino medidas de seguridad, impuestas con carácter obligatorio y duración predeterminada en base a una presunción legal de peligro que no admite ulteriores modificaciones aunque deje de ser pertinente su mantenimiento⁵⁹⁷.

FARALDO CABANA, ya con anterioridad a que, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, se haya previsto legalmente la posibilidad de que medidas de seguridad como la libertad vigilada se apliquen a sujetos imputables, consideraba en este sentido que una reforma de nuestro Ordenamiento penal que permitiera tal posibilidad no supondría sino reconocer y regular “lo que ya se ha introducido en la práctica por vías espurias, dando lugar a que un sector doctrinal afirme que nos encontramos ante una manifestación del Derecho penal del enemigo”⁵⁹⁸. En línea similar, OTERO GONZÁLEZ defiende que estas prohibiciones se configuren como medidas de seguridad, entendiendo que, si bien resulta justificada su inicial imposición obligatoria en el ámbito de la violencia doméstica, así como su no consideración de penas

⁵⁹⁶ MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., pp. 316-317; PÉREZ RIVAS, N.: “Sanciones orientadas a la protección de la víctima...”, cit., pp. 48-50, y “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia...”, cit., pp. 302-303; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, cit., pp. 141-142, reconociendo que sin embargo a día de hoy esta propuesta no es factible al amparo del principio de legalidad.

⁵⁹⁷ Extensamente sobre este tema, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 216-217. En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., pp. 208 y 227; también, proponiendo aplicar a los delitos cometidos en este ámbito las medidas de seguridad y curación alternativas y complementarias de la pena a los autores plenamente imputables, CUELLO CONTRERAS, J., CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, p. 268; DÍAZ ROCA, R.: “Un paso atrás en la regulación...”, cit., p. 6; GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 5, entendiendo que esta solución “se convendría bien con la consideración del agresor como enfermo social necesitado de reeducación y tratamiento psicológico”; VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento...”, cit., p. 173.

⁵⁹⁸ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 217.

Sobre la consideración de dichas penas accesorias (y de la regulación española de la violencia de género tras la LO 1/2004) como una manifestación de Derecho Penal del enemigo, POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M.: “Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos”, *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez –Coord.-), Edisofer, 2006, Vol. II, pp. 609-611 y 625-629.

susceptibles de suspensión⁵⁹⁹, en aras de proteger a la víctima y de controlar el primer contacto de aquélla con el obligado evitando posibles coacciones, sí resulta conveniente que durante la ejecución puedan ser objeto de revisión y modificación al amparo de lo dispuesto en el art. 97 del Código Penal cuando se acredite la desaparición del peligro o la víctima manifieste su deseo de que se dejen sin efecto, concluyendo que “esta obligatoriedad inicial no es incompatible con la revisión posterior, atendiendo al cumplimiento de los fines para los que se impuso, dada la naturaleza mixta pena-medida, si, de acuerdo con la víctima, se constata con alta probabilidad que el peligro ya no existe”⁶⁰⁰.

En nuestra opinión, sin embargo, esta propuesta desnaturaliza lo que deberían constituir las medidas de seguridad, cuya aplicación, antes de la LO 1/2015, sólo estaba prevista, *ex art.* 95 del Código Penal, a los sujetos contemplados en el Capítulo II del Título IV del Libro I de dicho texto legal, y comporta una confusión entre aquéllas y las penas a la que no debe continuar dándose carta de naturaleza, por cuanto ambas responden a fundamentos y finalidades diferentes. Máxime si se tiene en cuenta que existen otras vías, como la que analizaremos a continuación, que permitirían flexibilizar el cumplimiento de dichas prohibiciones en ejecución de sentencia sin dejar de considerarlas penas no privativas de libertad.

3.3.- Aplicación del régimen de suspensión de las penas privativas de libertad.

Un sector doctrinal ha defendido, por último, la propuesta de extender a estas penas privativas de derechos el régimen previsto legalmente para la suspensión de las penas privativas de libertad⁶⁰¹. Propuesta que igualmente se ha apuntado en *Sentencias*

⁵⁹⁹ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 38 y nota a pie de página n° 45, con cita de CID MOLINÉ.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, cit., pp. 45-46 y nota a pie de página n° 67; autora que entiende que esa naturaleza mixta pena-medida de la prohibición se pone de manifiesto también en el hecho de que la LIVG considere constitutivas de quebrantamiento, no sólo la vulneración de penas o medidas cautelares, sino también de las medidas de seguridad de idéntica naturaleza (pp. 47-48).

⁶⁰¹ Así, CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229; apunta también la necesidad de reflexionar sobre la procedencia de reformar el Código Penal para incluir la posibilidad de sustituir la pena accesoria por otra distinta o de suspenderla cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 83; GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., pp. 4-5; GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 96; también defiende la procedencia de extender los efectos de la suspensión condicional de la pena de prisión a las accesorias, si bien centrándose de forma más específica en las previstas en el art. 56 del Código Penal, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: “Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias”, *La Ley*, n° 6114, 26 octubre 2004, p. 11, considerando dicha autora que, pese a la falta de previsión legal expresa al respecto, no existe obstáculo

como la de la *Audiencia Provincial de Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008* (ROJ SAP TF 2584/2008, Ponente Sr. Astor Landete)⁶⁰².

Esta sugerencia de reforma legislativa se planteó asimismo por el *Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial* en el *Informe del año 2006*, en el que, frente al carácter imperativo de la imposición de la pena accesoria del art. 57.2 del Código Penal, se señalaba que la última alternativa que cabe frente a dicho pronunciamiento es la petición de indulto parcial, apuntándose la posibilidad de extender “a estas penas accesorias, con las cautelas que se consideren oportunas, el régimen de suspensión de las penas privativas de libertad”. E idénticas propuestas se reiteraron en el *Informe de enero de 2011*⁶⁰³.

Sin embargo, ZUGALDÍA ESPINAR considera que, si se reformara el art. 57.2 reservando la imposición de la pena de alejamiento a los casos más graves de violencia doméstica y de género, no sería ya “conveniente ni necesario introducir una previsión específica de suspensión de la ejecución” de la misma. Y ello por entender que con la reforma del precepto se habrían eliminado “las raíces y las causas del problema”, así como que los sustitutivos penales “surgen desde, por y para la pena de prisión”, quedando desnaturalizados si se extendieran a la ejecución de cualquier otra pena⁶⁰⁴.

En nuestra opinión, la extensión a las penas privativas de derechos del régimen legal de suspensión de las privativas de libertad permitiría interrumpir su aplicación en los supuestos en que la víctima manifestara su voluntad de reanudar la convivencia con

alguno que impida extender la suspensión acordada en relación a la pena de prisión a las accesorias, al ser las mismas dependientes de la pena principal; JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., p. 66; MAGRO SERVET, V.: “Casuística actual de la pena de alejamiento...”, cit., pp. 6-7, y *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 174; MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 55; MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 62; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 11, calificando de “sugestiva” en este sentido la citada *SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008*, a la que ya aludimos en relación al bien jurídico protegido; RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., pp. 303-304.

⁶⁰² Fundamento de Derecho Segundo, *in fine*: “(...) A la vista de la problemática sociológica que se viene derivando de la complejidad de las respuestas personales en el ámbito de la relación de convivencia, donde el derecho penal ha entrado para proteger determinados bienes e intereses relevantes, como consecuencia de una amplia demanda social, pero cuya respuesta estereotipada puede derivar en consecuencias jurídicas no deseadas, en la medida en que pueden resultar lesionados otros derechos e intereses dignos de análoga protección y en particular de la propia víctima protegida y de la descendencia, nos debemos preguntar si no sería idóneo establecer en esta materia el régimen de suspensión de la ejecución de la pena, análogo al regulado en los artículos 80 y siguientes del Código Penal. De tal modo que el juzgador, a petición de parte legitimada y oída la víctima, pueda recabar los informes médicos, psicológicos y sociológicos que considere oportunos para dictar la resolución procedente”.

⁶⁰³ También propone hacer extensivo el régimen de la suspensión a las penas privativas de derechos, JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., p. 66.

⁶⁰⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2030-2031.

el condenado y se constatará por el juzgador la ausencia de riesgo para la misma, y abriría la posibilidad de subordinar dicha suspensión a las condiciones que se estimaran oportunas de las referidas en los arts. 83 y 84 del Código Penal (de las que paralelamente deberían excluirse por coherencia las obligaciones o deberes de alejamiento, a fin de que la reanudación del contacto entre las partes no entrañara la revocación de dicho beneficio), y singularmente a la conveniencia de someter al condenado a programas formativos de reeducación y tratamiento psicológico, por lo que consideramos que dicha reforma resultaría positiva.

Además, como apunta MAGRO SERVET⁶⁰⁵, caso de que, durante el plazo de suspensión de la prohibición, se produjera un nuevo episodio de violencia de género, podría revocarse dicho beneficio de forma inmediata y reanudar la ejecución de la pena de alejamiento sin que la víctima tuviera que interesar de nuevo su adopción, si bien en tales supuestos el referido delito no se entendería cometido en concurso con un quebrantamiento. Con todo, dicha solución no podría aplicarse como regla general a los condenados que tuvieran antecedentes penales, por impedir el art. 80.2.1ª del Código Penal⁶⁰⁶ en principio, y con la excepción prevista en el art. 80.3 de dicho texto legal, la aplicación en tales casos de la suspensión de condena, por lo que la utilidad práctica de esta propuesta resultaría muy mermada en la práctica, en la medida en que muchos de los casos de quebrantamiento lo son de una pena impuesta en sentencia firme⁶⁰⁷.

III.- DISPOSITIVOS DE TELEDETECCIÓN. PROBLEMÁTICA.

1.- Fundamento de los dispositivos de teledetección.

El art. 48.4 del Código Penal, desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 15/2003, establece la posibilidad de que, en los casos en que se acuerde la pena de prohibición de aproximación a la víctima, su control pueda efectuarse a través

⁶⁰⁵ MAGRO SERVET, V.: “Casuística actual de la pena de alejamiento...”, cit., p. 7, y *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 174.

⁶⁰⁶ Y, con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 81.1ª del Código Penal.

⁶⁰⁷ Así lo hace notar también GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 5.

de “aquellos medios electrónicos que lo permitan”⁶⁰⁸. Asimismo, y en relación a las medidas cautelares de alejamiento adoptadas en el ámbito de la violencia de género, el art. 64.3 de la LIVG prevé que “podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”, lo cual ha sido valorado positivamente por la doctrina, pues entraña una habilitación legal para recurrir a estos dispositivos durante la tramitación del procedimiento penal⁶⁰⁹.

No obstante, en nuestra opinión, resulta criticable que, fuera de los supuestos amparados por la LIVG, no exista cobertura legal para utilizar dichos mecanismos al objeto de garantizar el cumplimiento de las medidas cautelares⁶¹⁰. Máxime teniendo en cuenta que el art. 24 de la *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia* declara el derecho del ciudadano que sea víctima de un delito “a ser protegido de forma inmediata y efectiva por los Juzgados y Tribunales, especialmente frente al que ejerce violencia física o psíquica en el ámbito familiar”, y establece que “se facilitará el uso de aquellos medios técnicos que resulten necesarios para la debida protección de la víctima, tales como los instrumentos de localización de personas, los mecanismos de teleasistencia y otros similares”⁶¹¹. De forma más genérica, el *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica*, suscrito en Estambul el 11 de mayo de 2011⁶¹², dispone además en su art. 45 la obligación de los Estados parte de adoptar, en relación a los delitos previstos en dicho instrumento, además de “sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas”, “otras medidas en relación con los autores” de aquéllos, tales como “el seguimiento o la vigilancia de la persona condenada”.

⁶⁰⁸ Un estudio exhaustivo de las clases de dispositivos electrónicos, así como de su regulación en Derecho comparado, se contiene en TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el derecho comparado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 19, 2008, pp. 71 y ss.

⁶⁰⁹ En el mismo sentido, MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 203, que estima que hubiera sido inviable la aplicación extensiva de las previsiones contenidas en el art. 48.4 del Código Penal a las medidas cautelares. También, CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 48, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 74; FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., pp. 242-243.

Considera sin embargo VELASCO NÚÑEZ que, en tanto los dispositivos “sean un bien escaso, serán de preferente uso penitenciario, por lo que su estigmatización pueda suponer de vulnerador de la presunción de inocencia en los supuestos en que se pretenda su uso con carácter preventivo” (VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares...”, p. 65).

⁶¹⁰ En el mismo sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Tutela Cautelar...*, cit., pp. 156 y 169-170; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: *Medidas judiciales de protección...*, cit., p. 23; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 65.

⁶¹¹ Aprobada por el Congreso el 16 de abril de 2002 y elaborada en el seno del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001. www.poderjudicial.es/...ciudadanos/Carta_de_Derechos_de_los_Ciudadanos.

⁶¹² Publicado en el BOE el 6 de junio de 2014.

La utilidad de los dispositivos⁶¹³ ha sido puesta de manifiesto no sólo por la doctrina, sino desde diversos organismos. Así, ACALE SÁNCHEZ indica que su incorporación a la ejecución de la pena cumple una doble finalidad: que la víctima confíe en la respuesta penal, y que el condenado se sienta verdaderamente sometido al control formal que supone el Derecho Penal, asegurándose de este modo de forma efectiva la ejecución de las penas de alejamiento⁶¹⁴, que hasta hace pocos años resultaba más teórica que real ante la no disponibilidad de dichos dispositivos pese a la previsión introducida en el Ordenamiento por la LO 15/2003⁶¹⁵. En similar sentido, ARANGÜENA FANEGO afirma que la norma contenida en la LIVG que habilita para recurrir al empleo de dichos mecanismos a fin de verificar el cumplimiento de las medidas cautelares de alejamiento evita que estas últimas, al carecer de efectos disuasorios, se conviertan en una muestra del llamado “Derecho Penal simbólico”⁶¹⁶. En general, por tanto, resulta pacífico que el recurso a los referidos dispositivos supone un paso más en la protección de las víctimas de delitos⁶¹⁷, permitiendo a las Fuerzas y

⁶¹³ Sobre la utilización de los mismos como alternativa a la pena de prisión, *vid.* GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Cárcel electrónica, de la cárcel física a la cárcel mental”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 79, 2005, pp. 105 y ss., y, del mismo autor, “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 2005, 2004-2005, pp. 51 y ss.

⁶¹⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, *cit.*, p. 108, y *La discriminación hacia la mujer...*, *cit.*, p. 326; en la misma línea, CHARCO GÓMEZ, M. L.: “La orden de protección...”, *cit.*, p. 20; ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas...”, *cit.*, p. 280; FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, *cit.*, p. 220, calificando el control del cumplimiento de la prohibición de “talón de Aquiles de todo el sistema basado en el alejamiento impuesto” (*Las prohibiciones de residencia...*, *cit.*, p. 234 y nota a pie de página nº 484); FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.: “Primeras diligencias...”, *cit.*, p. 37, con anterioridad a las reformas del año 2003; LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, *cit.*, p. 11, confiando en que su utilización, al amparo de la reforma operada por la LO 15/2003, incrementa la eficacia en el control de las penas de alejamiento; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, *cit.*, p. 56; SANTOS PÉREZ, M. Á.: “Evolución de la implantación de los dispositivos telemáticos en el seguimiento y control de la orden de alejamiento en violencia de género”, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, del Pozo Pérez –Dir.-), Comares, 2015, p. 273; alude también a la mayor seguridad de la víctima, unida al “gravamen notoriamente inferior a la prisión provisional” que el uso de dichos mecanismos entraña, SERRANO FRÍAS, I.: “Registros y medios telemáticos como garantía de cumplimiento de penas y medidas de seguridad. Consecuencias de su infracción”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2015, p. 19; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas...*, *cit.*, nota a pie de página nº 28.

⁶¹⁵ LÓPEZ VALENCIA indicaba en tal sentido que dichos dispositivos se encontraban “únicamente en la letra de la ley, y no en la realidad”, denunciando la falta de recursos personales y materiales (LÓPEZ VALENCIA, E. M.: “Garantías procesales en los juicios rápidos...”, *cit.*, p. 10). También reclaman la necesidad de “medios materiales y humanos sin restricciones” para que las medidas cautelares sean “reales y efectivas”, QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal...”, *cit.*, p. 143; RUBIALES BÉJAR, E. E.: “Penas y medidas cautelares...”, *cit.*, p. 444.

⁶¹⁶ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, *cit.*, p. 590.

⁶¹⁷ CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “La violencia de género...”, *cit.*, p. 1740; CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, *cit.*, p. 217, haciendo referencia al “deficiente control” existente con anterioridad a la reforma introducida por la LO 15/2003; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización

Cuerpos de Seguridad reaccionar de forma inmediata ante el quebrantamiento de las prohibiciones de alejamiento y atajar las situaciones de riesgo que dichos incumplimientos suponen para la víctima⁶¹⁸, si bien CID MOLINÉ ha apuntado que el recurso a estas “medidas incapacitadoras” ha de acompañarse de la adopción de otras de naturaleza rehabilitadora, en aras de evitar la reiteración delictiva⁶¹⁹.

Por otra parte, en el Seminario *Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid en octubre de 2010, se concluyó que “el control telemático de las medidas cautelares de prohibición de aproximación constituye un recurso excepcional de extraordinaria eficacia en la protección de las víctimas de la violencia de género”⁶²⁰, recordando también la *Circular nº 6/2011 de la Fiscalía General del Estado* su eficacia a la hora de verificar el cumplimiento de las prohibiciones de aproximación impuestas en las resoluciones judiciales, proporcionando información sobre las incidencias que se produzcan y entrañando en su caso una prueba documental de los incumplimientos que puedan tener lugar⁶²¹.

Para VALEIJE ÁLVAREZ, la importancia de estos mecanismos de control de la efectividad de penas y medidas en relación a este último extremo es tal que afirma que sólo será posible el cumplimiento de las mismas con plenas garantías cuando se cuente con medios telemáticos de control que permitan comprobar con independencia de los testimonios de las personas afectadas que el condenado incumplió⁶²². Opinión que, sin menospreciar la eficacia de dichos mecanismos, no compartimos, puesto que, como cualquier otro instrumento técnico, no son infalibles, debiendo en todo caso ser valorada la prueba documental a la que hace referencia la citada Circular (consistente en las incidencias remitidas por el Centro que gestiona el funcionamiento de los dispositivos) con el fin de determinar si las actualmente denominadas “*entradas en la zona de exclusión*” (constituida por la distancia de alejamiento establecida en la resolución

permanente...”, cit., pp. 12-13; MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 203; LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma del arsenal...”, cit., p. 10.

⁶¹⁸ Sobre la importancia de los dispositivos GPS en la gestión del riesgo y la valoración del mismo, *vid.* LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, pp. 207-208.

⁶¹⁹ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., pp. 230 y 231.

⁶²⁰ TARDÓN OLMOS, M., GÓMEZ VILLORA, J. M.: *Colección “Conclusiones de Seminarios”*, Consejo General del Poder Judicial, nº 16, 2010, Conclusión 17ª, www.poderjudicial.es.

⁶²¹ Página 61. www.fiscal.es.

⁶²² VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, cit., p. 342. También, MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 316.

judicial), obedecen a una conducta intencionada por parte del imputado o condenado en orden a vulnerar la prohibición de aproximación, o si por el contrario se producen de forma casual⁶²³. Encuentros fortuitos que por otra parte se minimizan gracias al uso de estos dispositivos⁶²⁴ y de acuerdo con su actual funcionamiento, ya que el obligado recibe una alerta por parte del Centro de gestión cuando se adentra en la llamada “zona de proximidad o de preaviso”, delimitada por una distancia un veinte por ciento superior a la fijada en la resolución judicial, a fin de que cambie la dirección y no vulnere la prohibición impuesta.

En todo caso, no cabe duda de que los dispositivos de teledetección constituyen a día de hoy instrumentos de extraordinaria utilidad, no sólo en aras de verificar los incumplimientos de las prohibiciones de aproximación impuestas como pena o como medida cautelar, constituyendo la constatación de una entrada en la zona de exclusión un indicio del quebrantamiento de las mismas⁶²⁵, sino singularmente a fin de proteger de forma efectiva a la víctima respecto de la que dichas prohibiciones se han impuesto⁶²⁶. En el mismo sentido, sería deseable que pudieran habilitarse cuanto antes mecanismos tecnológicos adecuados para controlar el cumplimiento de las prohibiciones de comunicación, ya que, ante la proliferación de posibilidades de entablar contacto tanto a través de aplicaciones telefónicas como informáticamente (correo electrónico, redes sociales...), se genera un problema al que se enfrentan la

⁶²³ BUENO DE MATA considera que “los fallos de esta tecnología, aunque son puntuales, existen”, por lo que nunca se garantiza “una seguridad absoluta ni una protección total”, lo que en su opinión constituye una posible causa de la “falta de implementación de las pulseras electrónicas” (BUENO DE MATA, F.: “¿Puede optimizarse el control telemático de las órdenes de alejamiento?”, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, del Pozo Pérez –Dir.-), Comares, 2015, p. 9); en el mismo sentido, ORTEGA CALDERÓN, J. L.: “Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *La Ley*, nº 5, 2005, p. 984 y nota a pie de página nº 6; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 61, advirtiendo que “no debe dejarse en manos de estos aparatos (...) la “capacidad” para discernir el dolo del afectado por la medida al situarse cerca de la víctima”; TARDÓN OLMOS, M.: “Especialidades de ejecución de las penas en procedimientos por delitos relacionados con la violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 1, 2013, pp. 18-19.

⁶²⁴ ACALE SÁNCHEZ ya auguraba que la utilización de medios telemáticos de control ayudaría a evitar encuentros fortuitos (ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 106, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 323).

⁶²⁵ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 63.

⁶²⁶ Alude a ambas finalidades, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia: la nueva modalidad de delito de quebrantamiento de condena”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (Morillas Cueva –Dir.-), Dykinson, 2015, p. 853.

Justicia y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con una falta de medios inversamente proporcional al desarrollo de las nuevas tecnologías⁶²⁷.

No obstante, y en cuanto a la cobertura legal de un eventual control por medios tecnológicos del cumplimiento de las prohibiciones de comunicación, si bien entendemos que gozaría de la misma en el caso de que se impusieran como pena, habida cuenta que el art. 48.4 del Código Penal se refiere a todas las reguladas en dicho precepto (prohibición de residir o acudir a determinados lugares, de aproximación y comunicación)⁶²⁸, no ocurre lo mismo con las que se acordaran como medida cautelar, ya que el art. 64.3 de la LIVG prevé la utilización de dichos mecanismos únicamente en relación a la prohibición de aproximación, pero no respecto de la de comunicación, que se regula en el apartado 5 del mismo. En nuestra opinión, sería preciso por tanto reformar la LO 1/2004 para contemplar expresamente el control por mecanismos técnicos de esta última prohibición cuando la misma se acordara como medida cautelar.

2.- Regulación legal. Ausencia de la misma.

La regulación de la imposición de los referidos dispositivos está contenida únicamente en sendos *Protocolos, de 8 de julio de 2009*⁶²⁹ y de *11 de octubre de 2013*⁶³⁰, echándose en falta una normativa más exhaustiva que, entre otros extremos, debería contemplar el tratamiento de la negativa de una o ambas partes a la utilización de dichos mecanismos⁶³¹, y articular vías de coordinación entre Administración de Justicia y Penitenciaria en los casos en que deba acordarse la desinstalación del

⁶²⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 845. Llama la atención sobre la imposibilidad de controlar el cumplimiento de estas prohibiciones “en un mundo dominado por los medios de comunicación”, MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 252, y MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 316; también, TORRES ROSELL, N.: “La desprotección de la víctima...”, cit., pp. 497-498, indicando que, a su juicio, los eventuales mecanismos de control que pudieran articularse al efecto deberían pasar por aceptar que fuera la propia víctima quien voluntariamente tuviera que asumir también la restricción de algunos de sus derechos constitucionales.

⁶²⁸ MOTA BELLO entiende también en este sentido que la previsión contenida en el art. 48.4 del Código Penal resulta aplicable a todas las modalidades de privación de derechos, por lo que ampararía la imposición de procedimientos electrónicos de control para verificar el cumplimiento de la prohibición de comunicación (MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., pp. 60-61).

⁶²⁹ *Protocolo de actuación para la implantación del Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género*, suscrito por el Ministerio de Interior, el Ministerio de Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado.

⁶³⁰ *Protocolo de actuación del Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género*.

⁶³¹ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 66.

dispositivo en el supuesto de ingreso del obligado en Centro Penitenciario por otra causa distinta a la que motivó su imposición⁶³².

Normativa que además, en nuestra opinión, debería abordarse a través de Ley Orgánica, por cuanto su imposición afecta a derechos fundamentales como la intimidad o la dignidad⁶³³, y cuya actual ausencia, al referir la cuestión a aspectos tan sensibles, puede determinar que se acuerden imposiciones que posteriormente se declaren nulas por vulnerar alguno de los mencionados derechos, lo que además de entrañar una desprotección a la víctima puede dejar sin efecto el valor probatorio de los informes remitidos por el Centro de gestión de los dispositivos cuando se producen entradas del sujeto en las zonas de exclusión⁶³⁴.

Todo lo cual viene a poner de manifiesto, como señala TORRES ROSELL, que la introducción de estas tecnologías en nuestro Ordenamiento se ha efectuado sin el debate previo necesario sobre el marco y los límites que deben someter a estas nuevas formas de control de los ciudadanos, de modo que se garantice el cumplimiento de los principios y garantías de nuestro sistema penal⁶³⁵.

⁶³² Llama la atención sobre este tema, y sobre la desprotección de la víctima que puede entrañar, SOLAR CALVO, P.: “Prohibición de acercamiento: el papel de la Administración Penitenciaria”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7554, 25 enero 2011, p. 7.

⁶³³ En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 581; DÍAZ CABIALE, J. A.: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 12, 1996, p. 70, que alude a “intromisión en la intimidad”; DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal...”, cit., p. 9; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel Portal Derecho, 2008, p. 195, y “La protección cautelar penal...”, cit., p. 355; NIEVA FENOLL, J.: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 77, 2004, Consejo General del Poder Judicial, pp. 208-212, “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación (TICs)* (Plaza Penadés –Coord.-), Aranzadi, 2006, pp. 354-358, y “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*, Marcial Pons, 2009, pp. 709-712; también indica RUEDA MARTÍN que la regulación que aborde esta materia deberá tener en cuenta “la afeción producida sobre los derechos del condenado y/o de las víctimas” (RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., pp. 301-302); SENÉS MOTILLA, C.: “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6644, 5 feb. 2007, p. 5; VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares...”, p. 56, indicando que la regulación de los dispositivos debe desarrollarse “para evitar que en aras de la Prevención se vulneren conquistas constitucionales irrenunciables”.

Considera sin embargo que basta que su imposición se acuerde por ley ordinaria, aunque no a través de disposiciones reglamentarias, pese a entender que pueden afectar a la dignidad e intimidad del sujeto, GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 90.

⁶³⁴ Apunta dicha posibilidad MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La tutela judicial (introducida...”, cit., p. 8, autora que entiende que el uso de los medios tecnológicos de control constituye “uno de los retos más importantes que le queda al legislador por desarrollar”, considerando que hubiera sido “loable” que se hubiese acordado su regulación en la propia LIVG (*Ibidem*, cit., p. 29).

⁶³⁵ TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados...”, cit., p. 72.

La aplicación del primero de los *Protocolos* citados, de 8 de julio de 2009, quedaba en principio restringida a los casos en que el alejamiento se estableciera como medida cautelar, y no como pena, lo que generaba distorsiones, como la imposibilidad de imponer el dispositivo en el supuesto de que se dictara sentencia de conformidad por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o el hecho de que se tuviera que retirar el mismo, tras recaer sentencia firme de condena, a quien lo había portado durante la tramitación del procedimiento como medida cautelar⁶³⁶. Por ello, ya en el Seminario *Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, se indicó la necesidad de que se extendiera “su aplicación al control de las penas de la misma naturaleza en que la peligrosidad criminal del penado puede advertirse, incluso, como más evidente”⁶³⁷.

Asimismo, en el *Informe del Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de enero de 2011*⁶³⁸, se advirtió la necesidad de que se desarrollaran y concretaran las previsiones contenidas en el art. 48.4 del Código Penal para el control telemático de las penas de prohibición de aproximación, considerándose insuficiente el Protocolo que introdujo los dispositivos para el control de cumplimiento de las medidas cautelares de prohibición de aproximación al no incluir su extensión al control de las penas de la misma naturaleza, y entendiendo que ello es necesario singularmente en los supuestos en que, vigente una medida cautelar respecto de un sujeto, el mismo resulta condenado por los hechos que determinaron la imposición de aquella⁶³⁹.

En este sentido, BUENO DE MATA critica el “caos legislativo que hace que los juzgadores tengan una amalgama de textos excesivamente heterogéneos a la hora de utilizar estos dispositivos”, lo que a su juicio determina que no se recurra con más frecuencia a los mismos, proponiendo dicho autor la “unificación de textos legales con el fin de aclarar la naturaleza jurídica” de aquéllos “y las distintas posibilidades de implantación”, así como de “establecer una cobertura legal que otorgue la seguridad jurídica que no existe a día de hoy” (BUENO DE MATA, F.: “¿Puede optimizarse el control telemático...”, cit., pp. 9 y 12).

⁶³⁶ Apunta SERRANO FRÍAS que quizá dicha limitación del uso de los referidos mecanismos al ámbito de las medidas cautelares se realizara “pensando en que tras la presentación de la denuncia es cuando tenía más riesgo la víctima” (SERRANO FRÍAS, I.: “Registros y medios telemáticos como garantía...”, cit., p. 23).

⁶³⁷ Conclusión 17ª.

⁶³⁸ *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*. www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

⁶³⁹ Esta recomendación se contiene también en la “*Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Actualización 2013*”, publicada por el Consejo General del Poder Judicial y

El segundo de los *Protocolos* mencionados, de 11 de octubre de 2013, ya recoge expresamente la posibilidad, que venía aplicándose *de facto* en algunos casos, de imponer los referidos dispositivos a los condenados por hechos relacionados con la violencia de género, pero a día de hoy sigue echándose en falta una regulación exhaustiva de los mismos en los términos indicados. Laguna legal que, como veremos a continuación, la LO 1/2015 palía de forma muy somera.

En todo caso, y como advierte SENÉS MOTILLA⁶⁴⁰, la legitimidad de la utilización de estos instrumentos parte de las siguientes premisas: a) Habida cuenta que los mismos no constituyen por sí solos una pena ni una medida cautelar o de seguridad, sino un instrumento para verificar el cumplimiento de las mismas⁶⁴¹, su utilización dependerá de que estas últimas se hayan adoptado; b) Su imposición deberá acordarse judicialmente⁶⁴², con sometimiento a los principios de necesidad y proporcionalidad⁶⁴³, lo cual quiere decir que no necesariamente deberá mantenerse durante todo el tiempo de duración de la pena o medida, sino que se podrá disponer su retirada si se entiende que ha dejado de concurrir un peligro grave para la víctima⁶⁴⁴; c) Sólo serán admisibles sistemas de vigilancia activos, esto es, los que activen la alarma cuando el obligado infrinja la prohibición de acercamiento⁶⁴⁵; d) Si bien los dispositivos están destinados a la protección y asistencia inmediata de la víctima, su finalidad primordial es acreditar el incumplimiento de la orden de alejamiento. Cuestión esta última sobre la que mostramos nuestro desacuerdo, entendiendo que el objetivo de la imposición del

elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género de dicho Organismo. www.poderjudicial.es.

⁶⁴⁰ SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento...”, cit., pp. 3-4.

⁶⁴¹ En idéntico sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 137; GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 90; MONTESINOS GARCÍA, A.: “Pulseras electrónicas y derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Valenciana*, nº 26, 2008, p. 108; NIEVA FENOLL, J.: “Las pulseras telemáticas...”, cit., pp. 212-213, “Las pulseras telemáticas...”, cit., pp. 358-359, y “Las pulseras telemáticas...”, cit., p. 713; TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados...”, cit., p. 88, entendiendo que estos sistemas no deben entrañar un “contenido punitivo adicional”.

⁶⁴² En contra, admite su imposición por agentes policiales, en casos de flagrancia delictiva y sin necesidad de autorización judicial, CHARCO GÓMEZ, M. L.: “La orden de protección...”, cit., p. 18.

⁶⁴³ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 355; TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados...”, cit., p. 90.

⁶⁴⁴ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 230.

⁶⁴⁵ En este sentido, SIMÓN CASTELLANO indica que, en orden a garantizar la eficacia de una pena o medida de alejamiento, únicamente ha de ser necesario “restringir el acceso al seguimiento que la tecnología GPS permite, (...) siendo totalmente prescindible el conocimiento exacto de la ubicación del interno, paradero que sólo debe ser accesible a ojos ajenos en caso de que salte la alarma por incumplir la orden de alejamiento” (SIMÓN CASTELLANO, P.: “Administración de Justicia e inclusión digital: los límites constitucionales del uso de las pulseras telemáticas en España”, *La administración electrónica como herramienta de inclusión digital* (Lasala Calleja -Ed.-), Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011, pp. 195-196).

dispositivo, aunque indirectamente sirva en algunos casos como prueba de la vulneración de la prohibición, debe resultar acorde con el de la pena o medida a la que acompañan: si se trata de una pena o una medida de seguridad, la prevención especial negativa o disuasión en orden a la comisión de nuevos hechos delictivos; y si se impone en relación a una medida cautelar, la protección de la persona respecto de la que se ha acordado su establecimiento y la evitación de nuevas agresiones contra ella⁶⁴⁶.

Premisas a las que otros autores añaden la necesidad de que la propia persona protegida consienta la imposición del dispositivo, por cuanto en la medida en que a la misma no se le ha restringido, en virtud de resolución judicial, ningún derecho, no debe ser obligada a portar un instrumento telemático que, al poner de manifiesto públicamente su condición, puede comportar una victimización secundaria al afectar a su imagen, intimidad y dignidad⁶⁴⁷. No obstante, como advierte ARANGÜENA FANEGO, supeditar la imposición del dispositivo a la voluntad de la víctima dejaría indirectamente en sus manos la decisión sobre la adopción como medida cautelar de la prisión provisional del imputado, ante la necesidad de buscar, a causa de su negativa a portar el dispositivo, otro mecanismo de protección de aquélla, lo cual viene a evidenciar la conveniencia de que se aborde de forma inmediata una regulación exhaustiva de dichos extremos⁶⁴⁸.

Por último, debemos indicar, como apunta GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS⁶⁴⁹, que los dispositivos también pueden poner de manifiesto la existencia de quebrantamientos consentidos por la víctima, con las consiguientes

⁶⁴⁶ En similar sentido, TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados...”, cit., p. 89.

⁶⁴⁷ ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal...”, cit., p. 11; ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 591; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 13; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La tutela judicial...*, cit., 196, y “La protección cautelar penal...”, cit., p. 353.

Postura contraria mantiene sin embargo BUENO DE MATA, que indica que han de ponderarse los intereses en juego y entender que el hecho de que la persona protegida deba portar el dispositivo no deja de ser una medida de seguridad encaminada a reforzar su tutela, y que, desde esta perspectiva, resulta justificada la limitación de los derechos de libertad e intimidad de las víctimas (BUENO DE MATA, F.: “¿Por qué los jueces españoles no establecen las pulseras electrónicas como medida preventiva en los casos de violencia de género?”, *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* (Figueroa Burrieza, del Pozo Pérez, León Alonso –Dir.–), Andavira Editora, 2012, p. 21, y “¿Puede optimizarse el control telemático...”, cit., p. 7); en similar sentido, OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 64, que considera que la afectación a la intimidad de la víctima se compensa con la seguridad que se proporciona a la misma evitando el recurso a medidas, como su ingreso en un centro de acogida, que suponen alejarla del entorno donde desarrolla su vida.

⁶⁴⁸ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 592; en el mismo sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 356, afirmando que ello resultaría “inconcebible” en nuestro sistema procesal penal.

⁶⁴⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 16.

consecuencias no sólo para el obligado por la pena o medida, sino también para la persona protegida y que como hemos indicado puede técnicamente ser perseguida como cooperadora necesaria o inductora en la comisión del delito; quebrantamientos consentidos cuya problemática analizaremos en profundidad más adelante.

3.- Tipificación de las conductas destinadas a inutilizar los dispositivos de teledetección.

Otro problema que planteaba, hasta la reforma operada por la LO 1/2015, la falta de regulación legal de los referidos dispositivos, era el de calificar penalmente las conductas del imputado o condenado tendentes a inutilizarlos.

En relación a esta cuestión, la *Circular nº 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*, distinguía los siguientes supuestos:

- Casos en que el dispositivo deja de funcionar como consecuencia de una acción voluntaria del imputado o condenado (por ejemplo, no cargar la batería). La Circular consideraba que en estos supuestos nos encontraríamos ante un presunto delito de desobediencia, siempre que se haya efectuado el correspondiente requerimiento al obligado para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo, con apercibimiento de incurrir en otro caso en dicho delito⁶⁵⁰.

- Casos en que el imputado fractura intencionadamente el dispositivo (bien para que deje de funcionar, o bien para retirárselo). En este caso, la Circular establecía que podrá imputársele igualmente un delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal siempre que se hubiera efectuado el requerimiento con apercibimientos al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, y un delito o falta de daños (arts. 263 ó 625 del Código Penal)⁶⁵¹, en función del valor de tasación de los mismos⁶⁵².

La Circular entendía por último que, en todo caso, tales conductas no podían subsumirse en el delito de quebrantamiento, pues no entrañan el incumplimiento de la prohibición de acercamiento impuesta en la resolución judicial. Criterio que por otra

⁶⁵⁰ Llega a idéntica conclusión, SERRANO FRÍAS, I.: “Registros y medios telemáticos como garantía...”, cit., p. 28.

⁶⁵¹ Tras la derogación, por la LO 1/2015, del art. 625 del Código Penal, ambas conductas se subsumirían en los dos párrafos del art. 263.1 del referido texto legal.

⁶⁵² En el mismo sentido, SERRANO FRÍAS, I.: “Registros y medios telemáticos como garantía...”, cit., p. 28.

parte se mantuvo por la jurisprudencia en Sentencias como la *SAP Castellón de la Plana, Sec. 2ª, de 4 de julio de 2012* (ROJ SAP CS 980/2012, Ponente Sr. Antón Blanco), que, en relación a un supuesto en el que un condenado a portar el dispositivo había dejado que la batería del mismo se descargara pese a haber sido avisado de que pusiera el GPS en carga, confirmó la sentencia absolutoria de instancia y desestimó el recurso del Ministerio Fiscal (que, pese a lo indicado en la Circular nº 6/2011, formulaba acusación por delito de quebrantamiento), indicando que en su caso sólo cabría una posible inculpación por delito de desobediencia, pero no por el de quebrantamiento de condena, al no haber existido vulneración de la pena de alejamiento⁶⁵³. La *SAP Guadalajara, Sec. 1ª, de 20 de diciembre de 2012* (ROJ SAP GU 521/2012, Ponente Sra. Martínez Sánchez), que llegó a idéntica conclusión en un supuesto en el que el acusado había manipulado el dispositivo llegando a desactivarlo, entendiendo que no cabía la condena por la comisión de un delito de desobediencia por aplicación del principio acusatorio y a fin de no vulnerar el derecho de defensa de aquél⁶⁵⁴. Por su parte, la *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 29 de junio de 2012* (ROJ SAP M 12581/2012, Ponente Sra. Romera Vaquero), consideró constitutivo de delito continuado de desobediencia del art. 556 el hecho de que el acusado se hubiera arrancado el dispositivo de teledetección que se le había impuesto para el control de la medida cautelar de alejamiento⁶⁵⁵. Por último, la *SAP Ciudad Real, Sec. 2ª, de 4 de abril de 2013* (ROJ SAP CR 366/2013, Ponente Sr. Tapia Chinchón), entendió que la conducta consistente en quitarse el GPS sería constitutiva de delito de desobediencia (por el que el Ministerio Fiscal había formulado acusación con carácter alternativo), pero absolvió al acusado porque no se había practicado al mismo requerimiento en forma apercibiéndole de las consecuencias de la retirada del dispositivo⁶⁵⁶.

A la misma conclusión (tipificar tal conducta como delito de desobediencia, y no como quebrantamiento) se llegó en el Curso *Unificación de criterios en materia de violencia de género, en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid entre el 30 de mayo y el 2 de junio de 2010,

⁶⁵³ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) lo que no puede percibirse es un delito de quebrantamiento de condena de forma automatizada si el comportamiento del penado a una prohibición de acercamiento a una persona o lugar, fue meramente obstruccionista o descuidado en el sistema de control GPS en el que debe colaborar, pero sin incidencia en la pena en concreto cuando no se haya aproximado a la persona protegida o lugar prohibido”.

⁶⁵⁴ Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, con numerosas referencias jurisprudenciales.

⁶⁵⁵ Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁵⁶ Fundamento de Derecho Quinto.

haciéndose hincapié en la necesidad de que se haya realizado el previo requerimiento en forma con los correspondientes apercibimientos legales⁶⁵⁷. Y este criterio también es el que mantuvo el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el *Informe de enero de 2011*, en el que se propuso adicionar un nuevo párrafo al art. 468 del Código Penal con el siguiente contenido: “La manipulación, por parte del obligado al cumplimiento de la pena o medida, de los dispositivos electrónicos cuya imposición se haya acordado para controlar aquél, será constitutiva de delito de desobediencia grave, y se castigará con las penas previstas en el artículo 556 del presente Código”.

No faltan sin embargo opiniones, como las de COMAS D´ARGEMIR CENDRA y QUERALT JIMÉNEZ, que postulan que dichas conductas deben reputarse constitutivas de delito de quebrantamiento⁶⁵⁸, y no subsumibles en el tipo penal de desobediencia.

Pues bien, la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ha optado por tipificar tal conducta como delito de quebrantamiento, introduciendo un párrafo 3º al art. 468 con el siguiente tenor literal: “Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Conclusión 2ª. www.poderjudicial.es.

En el mismo sentido, MAGRO SERVET, V.: “La implantación de las pulseras electrónicas en la ejecutoria penal a penados por delitos de violencia de género que han cumplido la pena de prisión y tienen pendiente la pena de alejamiento”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 7792, 7 feb. 2012, p. 5.

⁶⁵⁸ COMAS D´ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1226, refiriéndose a la conducta consistente en “anular los efectos de las medidas de control telemático”; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta...”, cit., p. 11, y “La respuesta penal...”, cit., p. 161; en el mismo sentido, MAGRO SERVET, V.: “Reforma Del Código Penal afectante a la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 8539, 14 mayo 2015, p. 14, pese a que en “La implantación de las pulseras electrónicas...”, cit., p. 5, defiende que se subsuman en el delito de desobediencia; REGOJO BALBOA, J. P.: “Presente y futuro de los medios de control telemáticos en el Derecho Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 877, 23 enero 2014, p. 10.

⁶⁵⁹ En opinión de ABEL SOUTO, este nuevo párrafo 3º del art. 468 constituye “un paradigmático ejemplo de la torpeza y precipitación de la reforma penal llevada a cabo en 2015” (ABEL SOUTO, M.: “Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas (art. 468)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (Matallín Evangelio, Górriz Royo –Coord.-, González Cussac –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2015, p. 1229), autor que considera además que la redacción típica es “farragosa y amplísima”, y que vulnera “la taxatividad dimanante del principio de legalidad” (*Ibidem*, cit., p. 1233). En similar sentido, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO alude a la “deficiente redacción, mala ubicación y dudosa necesidad (*sic*)” del precepto (DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la

En el apartado XXII de la Exposición de Motivos se indica que, habida cuenta los problemas planteados acerca de la calificación penal de las conductas tendentes a hacer ineficaces “los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género” (lo que ya evidencia una mala praxis legislativa, por cuanto el precepto no se aplica sólo en el ámbito de la violencia sobre la mujer⁶⁶⁰), “se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”⁶⁶¹. Calificación jurídica que no deja de resultar llamativa si se tiene en cuenta que, en el apartado XIX de la Exposición de Motivos del *Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, de 5 de abril de 2013*, se hacía constar que dichas conductas no eran “subsumibles en el tipo penal de quebrantamiento del vigente artículo 468 del Código Penal, por cuanto dichos dispositivos no constituyen en sí el contenido de la pena o medida, siendo únicamente un instrumento para controlar el cumplimiento de la misma”. No obstante, el referido Anteproyecto, pese a declarar que aquéllas, “en su caso, podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia, en la medida en que la imposición de estos instrumentos de detección de proximidad se ha acordado en una resolución judicial”, terminaba tipificándolas como una modalidad de delito de quebrantamiento⁶⁶², e idéntica redacción a la actualmente vigente se mantuvo, no sólo en el citado Anteproyecto de Ley, sino en el *Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013*.

En nuestra opinión, y discrepando de la opción finalmente adoptada por el legislador de calificar las conductas dirigidas a inutilizar o perturbar el normal

Administración de Justicia...”, cit., p. 845). MORILLAS CUEVA, con cita de DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, indica que los verbos típicos presentan tres “dimensiones”: inutilizar o perturbar, no llevar consigo los dispositivos, u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, afirmando además que nos encontramos ante “un delito doloso, en el que cabe el dolo eventual, no así, la imprudencia, por decisión legislativa que no por el contenido y naturaleza de la conducta” (MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra la Administración...”, cit., pp. 1241-1242).

⁶⁶⁰ En el mismo sentido, aludiendo a la existencia de “una manifiesta discordancia con el texto articulado”, ABEL SOUTO, M.: “Inutilización de dispositivos...”, cit., p. 1230; también, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 845, autora que considera que, si la finalidad declarada del precepto era “proporcionar una protección reforzada frente a las manifestaciones de violencia de género, (...) no se entiende (...) qué ha llevado a los impulsores del Texto a realizar una incriminación de máximos, aplicable a cualquier dispositivo técnico utilizado por el Estado al imponer la pena o al ejecutarla” (DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 846).

⁶⁶¹ Idéntica argumentación se contenía en el apartado XXIII del *Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013*.

⁶⁶² Tilda dicha contradicción de “claro sinsentido”, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 854.

funcionamiento de los dispositivos de teledetección como delito de quebrantamiento, entendemos que las mismas deberían haberse tipificado como constitutivas de delito de desobediencia. La reforma, por tanto, lejos de solucionar una laguna legal, viene a generar nuevos problemas⁶⁶³; sobre todo si se tiene en cuenta que la pena (alternativa a la de multa de seis a dieciocho meses) prevista en el art. 556 del Código Penal tras su reforma por la LO 1/2015 es de prisión de seis meses a un año⁶⁶⁴, lo que permitiría no castigar dichas conductas con pena de multa cuando se cometan en el ámbito de la violencia de género. Sin embargo, la aplicación del delito de quebrantamiento en estos casos puede comportar en última instancia un perjuicio económico para las víctimas al mermar la solvencia del obligado en orden a hacer efectivas sus responsabilidades patrimoniales en el ámbito familiar⁶⁶⁵, dado que, en relación a este delito, se ha establecido únicamente una pena de multa, sin que se contemple una previsión similar a la contenida en el art. 84.2 del Código Penal, por lo que la multa se impondrá aunque entre las partes existan relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.

Por otra parte, consideramos que la ubicación sistemática de dicha conducta típica en la LO 1/2015 como una nueva modalidad de delito de quebrantamiento, amplía el ámbito objetivo del precepto hasta desdibujarlo, por cuanto, como se ha indicado, los dispositivos no constituyen en sí mismos pena ni medida cautelar o de seguridad, por lo que su manipulación no puede entrañar por sí sola una vulneración de las mismas ni implica necesariamente una acción dirigida a quebrantarlas⁶⁶⁶. Distinto sería que, como

⁶⁶³ Así lo considera también DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., pp. 845 y 854, que indica que la incorporación de dicho tipo penal generará “un buen número de problemas interpretativos y aplicativos”.

⁶⁶⁴ Con anterioridad a la entrada en vigor de dicha LO, la única pena con la que se castigaba el delito de desobediencia del art. 556.1 del Código Penal era la de prisión de seis meses a un año.

⁶⁶⁵ CUGAT MAURI y AGUILAR ROMO consideran que la tipificación como quebrantamiento de estas acciones en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, “supone la elevación a delito de una conducta que, a lo sumo, podría tener la estructura de acto preparatorio y, en todo caso, ya podía sancionarse por la vía del delito de desobediencia” (CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1134); también aboga por considerarlas constitutivas de delito de desobediencia, ABEL SOUTO, M.: “Inutilización de dispositivos...”, cit., p. 1233; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., pp. 854-855 y 857.

⁶⁶⁶ En similar sentido, CUGAT MAURI, M., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Delitos contra la Administración de Justicia: inutilización de dispositivos electrónicos de control de cumplimiento de penas y medidas: art. 468 CP”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (Álvarez García –Dir.-, Dopico Gómez-Aller –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 929-930, que proponen la supresión del precepto al entender que no cubre ningún vacío de punibilidad, al poder castigarse ya como delito de desobediencia, y habida cuenta que la inutilización o perturbación de los dispositivos por sí mismos no implican una voluntad de aprovecharse de su mal funcionamiento para quebrantar la pena o medida; también, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., pp. 855, 857 y 859; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Hacia un nuevo Código Penal: breves comentarios

sugiere FARALDO CABANA, se regulara su utilización como pena a fin de acordar su imposición en los casos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar⁶⁶⁷, supuesto en el que su vulneración sí podría tipificarse como constitutiva de delito de quebrantamiento.

En todo caso, el hecho de que se cometa la conducta tipificada en el apartado tercero del art. 468 no impedirá, en nuestra opinión, que la misma pueda llevarse a cabo en concurso, real o medial, con los delitos previstos en los dos primeros números del precepto si, además de inutilizarse o perturbarse el funcionamiento del dispositivo, se ha infringido la pena o medida para cuyo control se impuso el mismo y en función de que el sujeto pasivo se encuentre o no comprendido en la relación contemplada en el art. 173.2 del Código Penal. En este sentido se pronuncia también DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, autora que sostiene que dicha tesis es viable partiendo de considerar el delito del art. 468.3 como un delito de desobediencia y excluyendo por tal motivo un eventual concurso del mismo con el tipificado en el art. 556 del Código Penal⁶⁶⁸.

Otra cuestión respecto de la que existe una laguna legal es la relativa a cómo tipificar la conducta del obligado por la pena o medida de alejamiento que se niega a que le sea impuesto el dispositivo de teledetección. En nuestra opinión, únicamente cabría considerar dicho comportamiento como constitutivo de un presunto delito de desobediencia en aquellos casos en que se haya acordado la imposición del dispositivo en sentencia o auto firme y, practicada la correspondiente notificación y requerimiento, el sujeto se negara a que aquélla se llevara a cabo. CID MOLINÉ entiende, sin embargo, que dicha conducta sería constitutiva de un delito de quebrantamiento de condena⁶⁶⁹; postura que no se comparte por OTERO GONZÁLEZ, para quien, no concurriendo los requisitos de este tipo penal, la duda sobre si debe imponerse algún tipo de sanción a este comportamiento evidencia la necesidad de abordar el desarrollo normativo de esta

a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995”, SP/DOCT/19012, Sepín, 2015, p. 26.

⁶⁶⁷ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 158-159, criticando que la vulneración de las medidas cautelares de alejamiento y prohibición de comunicación se castigue con pena de prisión, y considerando más adecuado “endurecer las condiciones de ejecución de las penas restrictivas de derechos, previendo como refuerzo en caso de incumplimiento la imposición del control electrónico como sanción, no como forma de control de la ejecución como ocurre ahora”; también sugería su aplicación como pena, cuestionando la viabilidad de la de prohibición de aproximación “por las dificultades de su efectivo cumplimiento”, JORGE BARREIRO, A.: “La violencia doméstica...”, cit., p. 162.

⁶⁶⁸ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., pp. 859-860.

⁶⁶⁹ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 230, indicando que en tal caso nos encontraríamos ante un “incumplimiento de la pena”.

materia⁶⁷⁰. ACALE SÁNCHEZ considera en este sentido que el silencio que guarda el art. 48.2 del Código Penal en torno a la cuestión de si para la imposición del control telemático es preciso el consentimiento del penado, ha de interpretarse en el sentido de que no es preciso que concurra el mismo, ya que en otros casos, como el previsto en el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, se exige expresamente, para evitar que el condenado en tercer grado tenga que estar un mínimo de ocho horas en el establecimiento penitenciario, la aceptación voluntaria por parte de aquél del control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados, entendiendo la mencionada autora que la no exigencia de dicha aceptación en el supuesto contemplado en el citado art. 48.2 no convierte a la pena de alejamiento controlada por estos medios en denigrante si se tiene en cuenta que ya se ha impuesto la pena mayor, esto es, el alejamiento físico, sin su consentimiento⁶⁷¹.

LUZÓN PEÑA advierte que, en todo caso, en los supuestos de prohibiciones de aproximarse a ciertos lugares, constituye una “tendencia peligrosa” el hecho de que la Justicia pueda “imponer la carga del control electrónico-informático sin dejar elección al condenado (o encausado)”, pudiendo resultar dañadas la intimidad y dignidad del sujeto si no se establecen los necesarios límites legales⁶⁷². En nuestra opinión, a efectos de preservar tales derechos fundamentales, resultaría oportuno que, en la regulación que abordase el uso de los dispositivos de teledetección, se garantizara que únicamente se facilitarán datos relativos a la ubicación geográfica del sujeto obligado por la pena o medida, y no de otras circunstancias personales que pudieran ponerse de manifiesto⁶⁷³.

⁶⁷⁰ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 66.

⁶⁷¹ ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 328, y “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (de Hoyos Sancho –Coord.-), Lex Nova, 2009, p. 75. Comparte dicha postura, con cita de la misma, SANTOS PÉREZ, M. Á.: “Evolución de la implantación de los dispositivos...”, cit., p. 270.

⁶⁷² LUZÓN PEÑA, D. M.: “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, pp. 63-64, considerando que puede producirse “la tentación orwelliana para el Estado de convertirse en el Gran Amigo que vigile y controle por medios tecnológicos (...) todos los movimientos y comportamientos y manifestaciones (...), al menos de los delincuentes y sospechosos”; en idéntico sentido, OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 107.

⁶⁷³ En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 252, y MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 316, haciendo referencia expresa al consumo de alcohol o drogas y a la captación de imágenes del sujeto; también, TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados...”, cit., p. 90, que hace hincapié en la necesidad de regular el tema de la protección de los datos de carácter personal consignados durante la práctica de la monitorización (sujetos que deben hacerse cargo de su tutela, condiciones de acceso a los mismos...).

Por el contrario, si la imposición del dispositivo se hubiera acordado en un auto adoptando una medida cautelar de prohibición de aproximación y la misma no fuera firme, entendemos que, no siendo posible llevar a efecto lo acordado contra la voluntad del imputado, y partiendo del hecho de que el supuesto fáctico en que se fundamenta el auto ha de revestir la necesaria gravedad, podría convocarse la comparecencia del art. 505 de la LECrim, en la que, bien el Ministerio Fiscal o la acusación particular, podrían solicitar la prisión provisional u otra medida tendente a asegurar de otro modo la protección de la víctima (por ejemplo, la prohibición de acudir a la localidad en la que la misma resida)⁶⁷⁴.

Por último, y al no revestir carácter de pena ni de medida cautelar, entendemos que no cabe acordar la imposición de dichos dispositivos para asegurar el cumplimiento de la prohibición de aproximación impuesta como condición para la suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de una pena privativa de libertad, al no venir contemplada tal posibilidad ni en el art. 48.4 del Código Penal ni en el art. 64.3 de la LIVG⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ En idéntico sentido, SOLETO MUÑOZ, H.: “Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica”, SP/DOCT/2531, Sepín, 2005, p. 4; también, MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 61, que igualmente entiende que, ante la negativa a portar el dispositivo durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad (por ejemplo en régimen abierto o durante los permisos de salida), podrían revocarse dichos beneficios penitenciarios, si bien dicho autor se plantea qué sanción cabe imponer cuando la negativa se exprese tras el cumplimiento de la pena de prisión, y si cabría considerar la misma constitutiva de delito de quebrantamiento aunque por sí misma no entrañe un incumplimiento de la prohibición.

⁶⁷⁵ JAÉN VALLEJO considera sin embargo que su utilización resultaría muy eficaz para controlar el cumplimiento de dicha condición (JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., pp. 67-68); también entienden que puede plantearse su uso en tales casos, MONTESINOS GARCÍA, A.: “Pulseras electrónicas...”, cit., p. 113; POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 65, 2002, p. 111, si bien esta última autora indica que para ello deberá autorizarse por Ley Orgánica “el control de los sustitutivos penales, con conformidad del reo, mediante sistemas de vigilancia electrónica”; TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 256. Apunta también la utilización de estos dispositivos ante incumplimientos que no hayan supuesto un peligro importante para la víctima, y como medida previa a la revocación de la suspensión, CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229, con cita de LARRAURI PIJOAN.

PARTE TERCERA.-
EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.

Uno de los problemas fundamentales que plantea el delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia doméstica y de género, es el del tratamiento que ha de darse a aquellos supuestos en que la pena o medida se infringe con el consentimiento de la persona respecto de la que aquélla se ha establecido. Problema que, como antes hemos apuntado, se agravó desde que, en virtud de la LO 15/2003, la referida pena accesoria se estableció por el legislador con carácter imperativo en relación a los delitos cometidos en dichos ámbitos, pues hasta entonces, desde la instauración de la citada sanción en nuestro Ordenamiento⁶⁷⁶, la misma se imponía discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

El automatismo en la aplicación de esta pena accesoria, con independencia de la gravedad de los hechos, de la situación objetiva de riesgo en que pueda encontrarse la víctima e incluso de la voluntad de la persona protegida, ha determinado un considerable aumento del número de casos en que las partes, pese a la vigencia de la misma, deciden voluntariamente reanudar la convivencia. Esta situación, cuya regulación tampoco se abordó en la LIVG⁶⁷⁷, origina situaciones perturbadoras para la práctica judicial, no sólo desde la óptica de la responsabilidad criminal del obligado por la pena o medida, sino también desde la perspectiva de una posible responsabilidad penal de la víctima, que, como antes hemos indicado, resulta viable al menos técnicamente para la generalidad de la doctrina. Y ello porque, como gráficamente indica ACALE SÁNCHEZ, “el alejamiento es una pena incomprensible si no se parte de que en su ejecución están implicadas dos personas, (...) de forma que (...) *ambos quedan condenados a no acercarse*”, de tal forma que, si la víctima decide aproximarse a su agresor, “el alejamiento obligatorio se convierte en pena para ambos”⁶⁷⁸.

Por ello, analizaremos a continuación la posible relevancia del consentimiento de la víctima desde ambas perspectivas, la de la responsabilidad del obligado por la pena o medida y la de la posible responsabilidad de la persona protegida, haciendo

⁶⁷⁶ Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶⁷⁷ Éste es uno de los motivos por los que consideran que la regulación contenida en la LIVG no es “especialmente cuidadosa” MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., p. 149.

⁶⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., pp. 110-111, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 332.

referencia a los distintos criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre esta materia, para finalmente exponer nuestras propias conclusiones.

**CAPÍTULO NOVENO.- CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA Y
RESPONSABILIDAD DEL OBLIGADO.**

I.- TRATAMIENTO DOCTRINAL.

1.- Diferentes tesis sobre la posible incidencia del consentimiento de la víctima.

La relevancia que ha de darse al consentimiento de la víctima en la responsabilidad criminal del obligado por la pena o medida ha sido objeto de amplio tratamiento doctrinal, llegándose a conclusiones tan dispares como las que, como luego veremos, se han seguido por la jurisprudencia.

Las distintas tesis y argumentos pueden sistematizarse del siguiente modo:

a) Considerar que *debe negarse cualquier tipo de virtualidad al consentimiento de la víctima*, con independencia de que nos encontremos ante una pena o ante una medida cautelar. Este criterio se fundamenta principalmente en el hecho de que, siendo en todo caso el tipo que nos ocupa un delito contra la Administración de Justicia, y ostentando el bien jurídico protegido por el mismo una naturaleza pública, ajena a cualquier tipo de disponibilidad por las partes, la infracción se cometerá con independencia de que la conducta típica haya sido o no consentida por la persona beneficiaria de la pena o medida⁶⁷⁹. También se fundamenta en la circunstancia de que,

⁶⁷⁹ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 597; CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra las personas...”, cit., p. 167, haciendo hincapié en la necesidad de hacer saber al obligado que cualquier acercamiento, incluso consentido por la víctima, será constitutivo de delito de quebrantamiento; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1165, admitiendo la posibilidad de plantear el error (p. 1170); CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: “Medidas cautelares...”, cit., p. 236; DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal...”, cit., p. 8; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 19; FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., p. 226; FARALDO CABANA, P.: “Las penas previstas...”, cit., p. 262, y “Las penas de los delitos...”, cit., p. 198, aunque sostiene criterio contrario si se trata de una medida cautelar, abogando por la sustitución de la misma, en “El quebrantamiento...”, cit., pp. 534-535 y 540-541, entendiéndose que se comete delito de quebrantamiento en todo caso si la prohibición se contiene en sentencia firme; FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., p. 123; GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, cit., p. 2284, “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1420, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1957; JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., p. 74; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., pp. 72-73 y 85, y “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 407, 413 y 417-419, indicando asimismo que, aunque se considere que es un delito pluriofensivo que también tutela la indemnidad de la mujer, este último bien jurídico es igualmente indisponible e irrenunciable; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 10, más allá de que admita que en algún caso puede apreciarse error de prohibición (pp. 10-11); LÓPEZ VALENCIA, E. M.: “Garantías procesales en los juicios rápidos...”, cit., pp. 8-9; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., pp. 221, 227-228 y 233, y “La mujer víctima...”, cit., pp. 70-71, afirmando que al juez sólo le queda en estos casos “solicitar el indulto y/o manifestar al Gobierno la conveniencia de una modificación legal”; MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., pp. 3-4; MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit. p. 7; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”,

tanto la pena como la medida cautelar, pese a su diferente naturaleza, revisten un carácter público e indisponible en su ejecución.

Ésta es la postura que mantiene asimismo la *Fiscalía General del Estado* desde el año 2005, y que ha recogido en sus *Conclusiones de Seminarios de Fiscales Delegados*, indicándose que en tales casos se interesaría la deducción de testimonio por la posible comisión por parte del obligado de un delito de quebrantamiento “sin perjuicio de la valoración de los hechos en instrucción”, y reiterándose dicho criterio en el año 2008, tras el *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008* al que posteriormente aludiremos, en el sentido de considerar que “el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, ni aun en el caso de que medie consentimiento de la víctima”, y que este último “no excluye el delito a los efectos del artículo 468 del Código Penal”⁶⁸⁰.

b) Estimar que, *si se evidencia que el quebrantamiento no ha supuesto un peligro para la persona protegida, la conducta debe reputarse atípica*⁶⁸¹. Este criterio suele encontrar su fundamento en la apreciación del delito que nos ocupa como tipo pluriofensivo, y llega a tal conclusión en la medida en que en tales casos la conducta no ha lesionado ni puesto en peligro el bien jurídico consistente en la indemnidad de la víctima. Pero, en nuestra opinión, dicha postura obvia que el tipo penal tutela también el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que en todo caso va a resultar vulnerado.

cit., p. 14; MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., pp. 154-155; MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 61; MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Quebrantamiento de medida...”, cit., p.20; QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal:...”, cit., pp. 439-441; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, p. 1236; SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento...”, cit., pp. 4 y 6; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, pp. 342 y 344, aunque en p. 347 parece distinguir entre pena y medida cautelar.

⁶⁸⁰ *Resumen de Conclusiones de Seminarios de Fiscales 2005-2010*, pp. 3-4 y 20. www.fiscal.es.

⁶⁸¹ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229; FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit. p. 189, “Las penas previstas...”, cit., pp. 256 y 261, y *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 157-158. Curiosamente, la autora parece defender ambos posicionamientos, para finalmente distinguir en función de que nos hallemos ante una pena o una medida en “El quebrantamiento...”, cit., pp. 534-535 y 540-541; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 967; PÉREZ GINÉS, C. A.: “La mediación penal...”, cit., p. 5, para quien el intento de restaurar la vida en común adoptado por ambas partes “no constituye una lesión ni una puesta en peligro de la resolución judicial”, sino que supone “un aspecto laudable y digno de ser tenido en cuenta”.

c) Entender que *la conducta debe considerarse atípica por no concurrir dolo*⁶⁸², considerando que el consentimiento de la víctima determina la no existencia del elemento subjetivo del delito. Postura que no compartimos, pues, como antes se ha indicado, el dolo se limita, en el tipo penal que nos ocupa, al conocimiento de los elementos objetivos del tipo y a la voluntad de vulnerarlos, siendo cuestión distinta que, en función de las circunstancias del caso, pueda apreciarse en algún supuesto la concurrencia de error⁶⁸³, pero sin que pueda equipararse con carácter general la existencia del consentimiento de la persona protegida con la ausencia de dicho elemento subjetivo. A estos efectos, se apunta también por GARCÍA PÉREZ como posible solución recoger una comparecencia de la víctima en el órgano judicial en la que conste su voluntad de reanudar la convivencia, a efectos de que se sopesen la posible persecución de un delito de quebrantamiento y de que exista un medio de prueba de la eventual ausencia de dolo en la conducta del sujeto⁶⁸⁴.

Dentro de esta corriente, algunos autores defienden que, en los supuestos en que se produce un acercamiento por parte de la víctima al obligado, no cabe hablar de delito de quebrantamiento al faltar el dolo específico de incumplir que se exige a este último, ya que la vulneración de la prohibición se ha producido, no por un acto del mismo, sino de la propia víctima⁶⁸⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, en estos supuestos, y como anteriormente hemos apuntado, la conducta debe considerarse atípica, pero no por el hecho de que no concurra dolo, sino porque por parte del sujeto obligado no se ha llevado a cabo acción alguna en sentido jurídico-penal dirigida a infringir la pena o medida impuesta y que pueda entenderse incardinable o subsumible en el tipo penal que nos ocupa.

d) *Distinguir entre pena y medida cautelar*, postulando la irrelevancia del consentimiento en el caso de que la prohibición vulnerada se hubiera impuesto en

⁶⁸² ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal...”, cit., p. 12; GONZÁLEZ ALCALÁ, M. J., SERRANO ROMERO, J. F.: “Las medidas cautelares en las causas...”, cit., p. 6.

⁶⁸³ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 26, que entiende que es en el elemento subjetivo donde puede incidir el consentimiento de la víctima, pudiendo en algunos casos aplicarse el error de prohibición.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, cit., pp. 14 y 30.

⁶⁸⁵ MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 78, si bien en las pp. 169 y 171 indica que se trata de una situación de “ausencia de antijuricidad”; MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas...”, cit., pp. 31-32; MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 54.

sentencia firme⁶⁸⁶ y considerando, en los supuestos de medida cautelar, que la conducta del obligado debe reputarse atípica por no existir puesta en peligro de la indemnidad de la víctima⁶⁸⁷. En esta línea, PERAMATO MARTÍN considera que, tratándose de medida cautelar (y nunca de pena), no existirá delito de quebrantamiento por entender que la reanudación de la convivencia determina la finalización de aquélla siempre que no se haya cometido acto alguno de violencia de género, ya que en otro caso ha de aplicarse el subtipo agravado de cometerse el referido acto quebrantando una medida

⁶⁸⁶ JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento consentido...”, cit., p. 142, si bien en p. 147 no distingue, al proponer dicha solución, entre pena o medida; también parece defender esta postura, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “El quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, p. 92, y “La protección cautelar penal...”, cit., pp. 360 y 362, considerando “lógica” la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de septiembre de 2005, que seguidamente analizaremos; OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., pp. 52-53, indicando que, para solucionar estos casos, ha de profundizarse “en la relevancia del error que pueda sufrir la víctima, más que en el hecho de que su voluntad haga desaparecer su prohibición”; en la misma línea, ROCA AGAPITO, L.: *El sistema de sanciones en el Derecho Penal español*, Bosch, 2007, p. 231; RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “La violencia de género...”, cit., p. 5, que, si bien entiende que procede la condena en casos de quebrantamiento de pena, no llega a dicha conclusión en el de medida cautelar por considerar que en las mismas prima más “su naturaleza de medida protectora, lo que hace más relevante el consentimiento de la víctima”; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., p. 2016, admitiendo la relevancia del consentimiento en relación a las medidas cautelares.

⁶⁸⁷ COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., pp. 1223-1225, indicando que tampoco en estos casos concurre “lesión o puesta en peligro de la seriedad del cumplimiento de los resueltos judiciales ni quiebra la confianza del público en la Administración de Justicia”; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., pp. 120-121, si bien entiende que, constatada la reanudación voluntaria de la convivencia y la no reiteración de agresiones, deberá acordarse el archivo de las diligencias, ya se trate de quebrantamiento de medida cautelar, ya de sentencia de condena, librando oficio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que cesen en el control de la medida o pena y dejando sin efecto en su caso la medida cautelar (p. 128), por considerar que, en estos supuestos, el consentimiento de la víctima y su renuncia a aquélla “incide, debilitándolo, tanto en el *fumus boni iuris* como especialmente (...) en el *periculum in mora*” (p. 54); FARALDO CABANA, P.: “El quebrantamiento...”, cit., pp. 535-535 y 540-541 (*vid.* las anteriores notas a pie de página referidas a dicha autora en este epígrafe); GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 360-362, afirmando sin embargo que con ello “quedaría en precario la validez de los mandatos judiciales”, pero entendiendo preferible dicha solución a fin de eximir de responsabilidad a la víctima; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 249, que indica que “invocar como bien jurídico protegido el principio de autoridad, en un sentido formal, con independencia de los objetivos de las resoluciones judiciales que se pretenden proteger por el Derecho penal, casa mal con la naturaleza democrática de las instituciones del Estado”, y que ello “resulta más evidente aún cuando nos referimos a medidas cautelares cuyo único objetivo es la protección de la víctima”, concluyendo que “cuando el quebrantamiento se ocasiona dolosamente por un comportamiento indisciplinado de la víctima (...) la irrelevancia penal adquiere mayores argumentos” (*vid.* también, en relación a esta última afirmación, MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., pp. 314-315); MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 19, declara que “quizá ésta sea la solución correcta o, mejor dicho, deseable para algunos casos”; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., pp. 10-11, aludiendo a la falta de antijuridicidad, y “La respuesta penal...”, cit., pp. 159-160; RASILLO LÓPEZ, P.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 5.

cautelar⁶⁸⁸. Viene así dicha autora a admitir parcialmente la tesis sostenida en la *STS de 26 de septiembre de 2005*, que a continuación analizaremos.

ZUGALDÍA ESPINAR argumenta, también en apoyo de esta postura, que las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una medida cautelar ya están previstas en el art. 544 *bis* de la LECrim, en cuanto prevé la posibilidad de acordar la prisión provisional, una orden de protección u otra medida cautelar que entrañe mayor limitación de la libertad personal del obligado, dejando el apartado 4 del mismo la vía de condenar, además, por un delito de quebrantamiento de medida cautelar que, en su opinión, sólo procederá cuando la misma se haya vulnerado sin el consentimiento de la víctima. Entiende dicho autor que, en tal sentido, ha de admitirse que el tipo del art. 468.2 requiere un elemento implícito en el mismo, cual es el de que el quebrantamiento se produzca contra la voluntad de la persona protegida, excluyéndose la tipicidad cuando su comisión fuera consentida por aquélla⁶⁸⁹.

SOLÉ RAMÓN, a efectos de defender este criterio, considera extrapolables los argumentos de quienes, como JIMÉNEZ DÍAZ, defienden un tratamiento diferenciado en cuanto a las penas a aplicar en el quebrantamiento de pena y de medida cautelar, y concluye que, en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar producidos con el consentimiento de la víctima, el comportamiento del autor es típico pero no antijurídico⁶⁹⁰. Sin embargo, no estamos de acuerdo con dicha argumentación, por cuanto una cosa es que se postule la imposición de una pena menor en el delito de quebrantamiento de medida cautelar, y otra muy distinta concluir que, mediando consentimiento de la víctima, queda excluida la antijuridicidad del hecho, cuando además estamos hablando de bienes jurídicos respecto de los que aquélla no puede disponer⁶⁹¹.

2.- Propuestas de reforma.

⁶⁸⁸ PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 21.

⁶⁸⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., p. 2017.

⁶⁹⁰ SOLÉ RAMÓN, A. M.: “El consentimiento de la víctima...”, cit., pp. 448-449, 456-457 y 461-462, abogando por considerar el consentimiento en los casos de quebrantamiento de medida cautelar como una causa de justificación.

⁶⁹¹ Nótese que la propia JIMÉNEZ DÍAZ, citada por SOLÉ RAMÓN para apoyar su argumentación, si bien critica la equiparación punitiva entre el quebrantamiento de pena y el de medida cautelar, entiende que, a efectos de comisión del tipo que nos ocupa, el consentimiento de la víctima es irrelevante, desplegando ambas resoluciones idénticos efectos en su ejecución.

En relación a las penas de alejamiento, como posible solución *de lege data*, se apunta la ofrecida en la *Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*⁶⁹², de *solicitar o informar favorablemente*, en los supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia, *el indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, interesando simultáneamente la suspensión de la ejecución conforme al art. 4.4 del Código Penal*⁶⁹³. Solución que, como la que propugna alzar las medidas cautelares de la misma naturaleza previa comparecencia de la víctima y tras la adopción de las cautelas o diligencias de prueba que se estimen necesarias en aras de verificar que el consentimiento prestado por aquélla no está viciado⁶⁹⁴, no resuelve sin embargo en nuestra opinión el eventual quebrantamiento que ya haya podido producirse durante la vigencia de la pena o medida impuesta. Además, aunque hipotéticamente se suspendiera la pena accesoria durante la tramitación del indulto, seguirían vigentes en la mayoría de los casos las prohibiciones de aproximación y comunicación acordadas como condición para la suspensión o sustitución de la pena, cuyo incumplimiento podría determinar (y determinaba automáticamente con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015) la revocación del beneficio concedido, por lo que la solución propuesta tampoco resuelve el conflicto planteado⁶⁹⁵.

En todo caso, y como ya hemos apuntado, la posterior *Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado*, en línea con el *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008* al que a continuación haremos referencia, ha excluido cualquier clase de eficacia al consentimiento expreso o

⁶⁹² www.fiscal.es.

⁶⁹³ Califica dicha propuesta de “acertada”, aunque “no exenta de problemas”, FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 128-129; también entiende dicha solución como la “mejor fundada” entre las que se plantean, GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 4; en similar sentido, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., pp. 30-31; MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 61; PÉREZ RIVAS, N.: “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia...”, cit., p. 298.

⁶⁹⁴ FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 129-131; PÉREZ RIVAS, N.: “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia...”, cit., p. 297.

⁶⁹⁵ Así lo hace ver también PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 18.

tácito otorgado por la víctima para la reanudación de los encuentros o de la convivencia⁶⁹⁶.

GUARDIOLA GARCÍA sugiere que, sin que sea posible otorgar un tratamiento diferenciado a la pena y a la medida cautelar, podría en estos casos sostenerse la *aplicabilidad de la modalidad básica castigada con pena de multa*, en la medida en que, aunque en virtud del consentimiento “no puedan alegarse razones de prevención especial, sí subsiste una ineficacia de disposiciones judiciales que puede tener negativos efectos desde una perspectiva preventivo-general”⁶⁹⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha postura confunde la renuncia de la víctima a ser protegida con la no necesidad de protección: el consentimiento no excluye que, desde el punto de vista preventivo-especial, se haya frustrado en todo caso con el quebrantamiento la eficacia que mediante la imposición de la pena o medida se pretendía en orden a proteger a un sujeto. En consecuencia, concurra o no aquél, se habrá vulnerado el bien jurídico consistente en la efectividad de las resoluciones judiciales, tanto desde la perspectiva de la prevención general como desde la óptica de la prevención especial. Además, de aceptarse dicha solución, se abriría la puerta a la posibilidad de imponer en estos supuestos penas de multa en relación a delitos que se cometen en el ámbito de la violencia doméstica y de género, con la posible victimización secundaria que ello podría comportar para la persona perjudicada.

También *de lege data*, OLMEDO CARDENETE sugiere *analizar en cada caso concreto las posibilidades de apreciar error de prohibición o de tipo*, tanto vencible como invencible, para excluir o atenuar la pena del infractor, sin que sea óbice para atenuar o excluir el injusto del hecho o la culpabilidad de aquél la aplicación del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008. Y ello entendiendo que la insistencia de la persona protegida en reencontrarse con aquél “debe tener, al menos, alguna consecuencia penológica beneficiosa para éste”⁶⁹⁸. No obstante, como ya expusimos anteriormente, en nuestra opinión resultará difícil apreciar la concurrencia de error, en cualquiera de sus

⁶⁹⁶ Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, apartado IV.F.

⁶⁹⁷ GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., pp. 935-937, considerando que dicha solución es preferible a la de “condenar por la modalidad más grave para acudir luego a un error de prohibición o una atenuante por analogía”.

⁶⁹⁸ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 11; también entiende que el desvalor de la acción es menor, y que ello debe incidir en el grado de antijuricidad material, VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento...”, cit., p. 170.

modalidades, si por el Juzgado se ha practicado en forma el requerimiento al obligado informándole del contenido de la pena o medida impuesta y advirtiéndole de las consecuencias legales derivadas de su incumplimiento, sobre todo si además se le ha hecho saber expresamente que el consentimiento de la persona protegida resulta irrelevante en orden a entender cometido el tipo penal que nos ocupa.

De lege ferenda, podría plantearse, tal y como más adelante expondremos, la *introducción de un subtipo atenuado en el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal en los mismos términos que se prevé en la LIVG en relación al maltrato de obra sin lesión, las amenazas y las coacciones*, previendo la imposición de la pena inferior en grado, de forma motivada, y en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho. Así lo sugería ACALE SÁNCHEZ, indicando además que, caso de plantearse la inconstitucionalidad del precepto, podría recurrirse por el Tribunal Constitucional, como “argumento salvador” en aras de garantizar la proporcionalidad de la respuesta penal, a que el juez pudiera recurrir a la aplicación de dicho subtipo⁶⁹⁹.

Otra propuesta, también *de lege ferenda*, que compartimos, sería *prever la posibilidad de que en estos supuestos pudiera imponerse una pena alternativa a la de prisión*, como la de trabajos en beneficio de la comunidad, a fin de que la persona que comete el delito de quebrantamiento con el consentimiento de la víctima no se vea abocada imperativamente a ser condenada a una pena privativa de libertad que además, en la mayoría de los casos, no va a poder suspenderse por no concurrir el requisito de ser delincuente primario⁷⁰⁰.

II.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

1.- Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁶⁹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., pp. 43-44; y ello en la medida en que dicha autora entiende que el consentimiento no impide que el obligado sea condenado como autor responsable de un delito de quebrantamiento, lo que considera criticable (“Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 111).

⁷⁰⁰ Apunta esta posibilidad, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., pp. 11-12, al indicar que la rigidez de la pena prevista en el art. 468.2 determina que “los Tribunales se muestren renuentes y recelosos a aplicar el rigor legal y meter al quebrantador (que actúa con la aquiescencia de su mujer) en prisión”, y entendiendo que la pena de prisión en estos casos es “desproporcionada” (pp. 16-17).

Si bien hasta la sentencia a la que a continuación aludiremos el Tribunal Supremo mantuvo en general el criterio de que el consentimiento de la persona beneficiada por la pena o medida era irrelevante a los efectos de entender cometido el delito de quebrantamiento, por considerarse indisponible el bien jurídico protegido por la pena o la medida cautelar⁷⁰¹, pudiendo citarse a título de ejemplo la *STS de 16 de mayo de 2003* (ROJ STS 3323/2003, Ponente Sr. Jiménez Villarejo)⁷⁰², la muy comentada y criticada (no sin razón) *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005* (ROJ STS 5567/2005, Ponente Sr. Giménez García)⁷⁰³, vino a

⁷⁰¹ Así lo hace notar MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 2.

⁷⁰² Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) La medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el art. 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos, aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar”.

⁷⁰³ Comentarios y críticas a dicha Sentencia se contienen en, ARENERE BAYO, J.: “Seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por los órganos jurisdiccionales del orden penal”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 35, 2009, p. 14; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., pp. 184-189; DE URBANO CASTRILLO, E.: “Consentimiento y violencia...”, cit., p. 12; DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal...”, cit., pp. 8-9; FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 112-113, 120 y 123-128; GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., pp. 2-3; GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1421, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1957; GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., pp. 95-96; GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., pp. 24-26; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., pp. 10-11; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., pp. 1-3; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 407-411, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., pp. 67-70; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 8-11, que alude a la “llamativa sobriedad de argumentaciones dogmáticas” contenidas en la misma en aras de resolver el supuesto planteado; LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., pp. 10-11; MAGRO SERVET, V.: “Casuística actual de la pena de alejamiento...”, cit., pp. 5-6, “Nuevo criterio del Tribunal Supremo respecto al delito de quebrantamiento de condena mediando consentimiento de la víctima”, SP/DOCT/3646, Sepín, 2008, pp. 7-9, y *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 80-82, aunque entiende que *de facto* solucionaba el problema de los quebrantamientos consentidos; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima...”, cit., pp. 70-71, y “La protección...”, cit., pp. 226-228, aludiendo a que en dicha Sentencia se hace “destrucción jurisprudencial del Derecho”; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., pp. 135-140; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., pp. 15-16 y 18; MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., pp. 153-155; MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Quebrantamiento de medida...”, cit., pp. 20-22; PÉREZ RIVAS, N.: “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia...”, cit., pp. 266-268; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “Sobre el consentimiento...”, cit., pp. 1230-1236; SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento...”, cit., pp. 4-6; VARAS CICALLELLI, G.: “La orden de alejamiento...”, cit., p. 171; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2012-2014, que a su juicio sostiene la “tesis de la impunidad”.

Sin embargo, (y aunque en MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., pp. 154-155, esta última autora entiende que la solución alcanzada por el Tribunal Supremo es “técnicamente inadmisibles”), considera “lógica la conclusión a la que se llega en la Sentencia”, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 362;

constituir un punto de inflexión en esta materia, a partir del cual, y al menos hasta el *Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008*, se generaron interpretaciones en todos los sentidos por parte, no sólo de dicho órgano judicial, sino de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con la consiguiente merma en el principio de igualdad y en el de seguridad jurídica⁷⁰⁴, base del Estado de Derecho y uno de cuyos presupuestos viene precisamente constituido por la previsibilidad y la continuidad de la respuesta de los Tribunales⁷⁰⁵, debiéndose, como indica ZUGALDÍA ESPINAR, buscar un punto de equilibrio entre el anquilosamiento jurisprudencial y el extremo opuesto que conduce “al vacío, al caos y a la absoluta dispersión”⁷⁰⁶.

En la citada *STS de 26 de septiembre de 2005*, en relación a un supuesto de reanudación voluntaria de la convivencia estando vigente una medida cautelar de alejamiento, y pese a hacer constar expresamente que tanto las penas como las medidas cautelares “se imponen para ser cumplidas”, se declara que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida”⁷⁰⁷. La Sentencia

compartiendo también los argumentos contenidos en la misma, CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Tratamiento de la violencia...”, cit., pp. 6-7; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 124; PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Violencia de Género. Quebrantamiento de medida cautelar de protección o de condena a pena privativa de derechos y el consentimiento de la víctima”, *Revista CEF Legal*, nº 87, 2008, pp. 152-153, que hace extensivos sus razonamientos a la sentencia de condena; PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., pp. 20-21, que, como antes hemos indicado, considera lógica la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sólo en el caso de que, quebrantándose de forma consentida una medida cautelar, no se haya producido durante el tiempo en que tiene lugar dicha vulneración un nuevo acto de violencia de género; POLAINO-ORTS, M.: “Acusación y denuncia falsas...”, cit., p. 418; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 319; SÁNCHEZ PARRA, F. J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 1-2; TRILLO NAVARRO, J. P.: “Bienes jurídicos protegidos...”, cit., p. 6, autor que también considera que el criterio sostenido en la misma es aplicable a las penas.

⁷⁰⁴ JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 125, alude, no sin razón, a un auténtico “caos jurisprudencial”; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 229; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “El quebrantamiento de las medidas cautelares”, *Esquemas sobre procesos por violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 92, indica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia es “contradictoria”; también QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal:...” cit., p. 438, tilda la posición jurisprudencial de “confusa”; alude, además de a “inseguridad jurídica”, a “victimización secundaria”, RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización...”, cit., p. 27; habla de “jurisprudencia contradictoria” el propio Magistrado del Tribunal Supremo SÁNCHEZ MELGAR (SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Comentario Artículo 468...”, cit., p. 4); SOLÉ RAMÓN, A. M.: “El consentimiento de la víctima...”, cit., p. 449; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2011-2012.

Situación que por otra parte no parece ser exclusiva de nuestro país, aludiendo a la existencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales contradictorios en esta materia en el sistema chileno, VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento...”, cit., pp. 166-169.

⁷⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 34, 2001, p. 134.

⁷⁰⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Jurisprudencia, Constitución...”, cit., p. 146.

⁷⁰⁷ Se invoca dicha Sentencia al objeto de absolver a una mujer que había sido condenada como autora de un delito de quebrantamiento en un supuesto en el que el obligado por la medida cautelar era su hijo,

concluía, pues, que la reanudación de la convivencia suponía *de facto* el decaimiento de la medida cautelar, lo que abría la puerta a un marco de inseguridad jurídica, además de dejar exclusivamente en manos de la víctima el control sobre la vigencia y duración de aquélla. La referida resolución, en suma, parece desconocer el ciclo de la violencia familiar⁷⁰⁸, en una espiral que atraviesa las fases de agresión, arrepentimiento, reconciliación, “*luna de miel*”, culpabilización de la víctima, tensión y nuevamente agresión, y que determina en muchas ocasiones la necesidad de mantener la vigencia de la medida de alejamiento, incluso contra la voluntad de la víctima, con el fin de ayudarla a salir de dicha espiral y sobre todo de protegerla.

Con todo, las principales críticas doctrinales a dicha Sentencia se fundamentan principalmente en las circunstancias siguientes: a) Que se hace depender la vigencia de la medida cautelar de la exclusiva voluntad de la víctima para cuya protección se acuerda⁷⁰⁹, atribuyéndole un poder de decisión en relación a bienes jurídicos que tienen carácter indisponible y viniendo a dar viabilidad a una suerte de perdón del ofendido no prevista en el Ordenamiento para estos supuestos *ex art. 130 del Código Penal*⁷¹⁰; b) Que mantiene, a la hora de aludir a la posible responsabilidad de la víctima, un concepto confuso de autoría y participación en el delito para terminar declarando, sin indicar las razones que fundamentan dicha conclusión, que no cabe imputar a la víctima que consiente en el quebrantamiento⁷¹¹; c) Que concluye que el consentimiento de la víctima determina la ausencia de riesgo y, por ende, de la necesidad de la protección⁷¹²; d) Que

haciendo extensivos sus argumentos a la relación maternofilial, en la *SAP Coruña, Sec. 1ª, de 8 de mayo de 2006* (ROJ SAP C 997/2006, Ponente Sr. Sánchez Jiménez) (Fundamento de Derecho Segundo).

⁷⁰⁸ LORENTE ACOSTA, M.: “El concepto “integral” en la violencia de género”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 139, 2007, p. 10.

⁷⁰⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., pp. 185-187, indicando que esto supone una “privatización de la respuesta penal”; FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 112-113, 120 y 125; GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 2; GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 96; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, p. 409; LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 9-10; LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., p. 10; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 228; MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., p. 154; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “Sobre el consentimiento...”, cit., p. 1235; SENÉS MOTILLA, C.: “Consideraciones sobre las medidas...”, cit., p. 5; SOLÉ RAMÓN, A. M.: “El consentimiento de la víctima...”, cit., pp. 454-455.

⁷¹⁰ OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 49; VIDAL CASTAÑÓN, A.: *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Bosch, 2006, pp. 146-147.

⁷¹¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., p. 187; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 408; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “Sobre el consentimiento...”, cit., p. 1232.

⁷¹² DE URBANO CASTRILLO, E.: “Consentimiento y violencia...”, cit., p. 12; FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., p. 113; GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El castigo penal...”, cit., p.

otorga un tratamiento diferenciado a los quebrantamientos que se subsumen en el art. 468.2 del Código Penal frente a los que tienen lugar fuera del ámbito de la violencia doméstica y de género, a los que no son extrapolables los argumentos de la referida Sentencia sobre el derecho a vivir juntos⁷¹³; e) Que da primacía al derecho a vivir juntos de la pareja frente a la efectividad de las resoluciones penales, obviando que el referido derecho sólo podrá hacerse valer en tanto no esté limitado por una pena o medida cautelar, y reconduciendo nuevamente el fenómeno de la violencia de género al ámbito privado, al menos en la fase de ejecución de la medida de alejamiento y sin perjuicio de retomar la concepción pública del fenómeno si se vuelve a denunciar⁷¹⁴.

Críticas a las que algunos autores como JIMÉNEZ DÍAZ añaden además la de que la Sentencia concede la categoría de elemento del tipo a la voluntad de la víctima en relación a un delito que, sea cual sea la postura que se mantenga en cuanto al bien jurídico protegido, tutela intereses indisponibles⁷¹⁵.

Con todo, GARCÍA PÉREZ considera que la referida Sentencia retoma el planteamiento defendido en la anteriormente citada *STS de 11 de marzo de 2004* (ROJ STS 1666/2004), que venía a considerar que la prohibición de alejamiento regulada en el art. 57 del Código Penal constituía en realidad una medida de seguridad, susceptible por tanto de ser objeto de modificación e incluso de quedar sin efecto durante el desenvolvimiento de la misma, entendiendo que resulta interesante que se recuerde dicha postura que *de lege ferenda* podría solucionar la mayoría de los supuestos de quebrantamientos consentidos⁷¹⁶.

204; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 18; QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal:...”, cit., p. 439; SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento...”, cit., p. 4.

⁷¹³ FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 112-113.

⁷¹⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, pp. 408-409; LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., p. 10; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 10.

⁷¹⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, p. 410, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 70. En la misma línea, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 26; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 13, indicando que la Sentencia considera “núcleo” del delito “la voluntad de persistencia de la medida por su beneficiaria”; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 228; MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit., p. 5; MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Quebrantamiento de medida...”, cit., pp. 19-20; SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento...”, cit., p. 5; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2013-2014, si bien posteriormente (p. 2016), aboga por un tratamiento diferenciado entre pena y medida cautelar dando entrada a la relevancia del consentimiento en relación a esta última, para acabar postulando (pp. 2017-2018), la existencia de dicho elemento implícito en el tipo penal del art. 468.2.

⁷¹⁶ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., pp. 7 y 30.

Con posterioridad a dicha resolución, y antes del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda al que a continuación aludiremos, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en cuatro ocasiones más sobre el tema, en otras tantas Sentencias, manteniendo criterios contradictorios⁷¹⁷:

En la primera de ellas, *STS de 20 de enero de 2006* (ROJ STS 701/2006, Ponente Sr. Sánchez Melgar), se declara que “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”⁷¹⁸. No obstante, la referida Sentencia apunta la posible relevancia del consentimiento de la víctima (que en el caso de autos no considera acreditado que concurriera), al declarar que “solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo”⁷¹⁹.

Posteriormente, en la *STS de 3 de noviembre de 2006* (ROJ STS 6953/2006, Ponente Sr. Maza Martín), y en relación a un delito de quebrantamiento de medida cautelar en un supuesto de violencia doméstica, se confirma la condena por entender que “la aceptación de la convivencia por parte de la víctima es posterior a la consumación de ese delito”, lo que *ad sensu contrario* viene a determinar la relevancia del consentimiento (en la línea expuesta en la Sentencia de 26 de septiembre de 2005) si el mismo se hubiera prestado con carácter previo al acercamiento.

Con criterio contrario al sostenido en la anterior resolución, en la *STS de 19 de enero de 2007* (ROJ STS 100/2007, Ponente Sr. Soriano Soriano), se indica, en relación a un delito de quebrantamiento de medida cautelar, que “el consentimiento de la

⁷¹⁷ Un exhaustivo estudio de las mismas, hasta el año 2011, se contiene en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden...”, cit., pp. 67-80; comentarios a ellas también se recogen en MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 82-83.

⁷¹⁸ En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2014-2015, esta Sentencia recoge la “teoría de la punición”.

⁷¹⁹ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, p. 411, llama la atención sobre el hecho de que la vía del error de tipo (en todo caso discutible, por los motivos antes indicados) sería factible justo en la hipótesis contraria, esto es, cuando no existiendo un consentimiento firme y relevante el sujeto obligado entendiera que sí concurría el mismo. También GALINDO AYUDA indica que el razonamiento de la referida Sentencia no deja de basarse en una ficción sobre el error de tipo, en cuanto existe conciencia de la imposición de la pena o medida y no se cumple por la voluntad contraria de acatarla, no porque no se desconozca ni exista posibilidad de comprobar su subsistencia. Dicho autor considera que a la misma irrelevancia penal conduciría el error vencible, dado que el delito de quebrantamiento no es susceptible de comisión culposa (GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 3); GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 3, considera que esta Sentencia asume, *obiter dicta* e implícitamente, los razonamientos expuestos en la de 26 de septiembre de 2005, postura de la que discrepamos, por cuanto la relevancia que da al consentimiento es por vía del error de tipo, y no considerando al mismo un elemento del delito.

ofendida en este caso no podría eliminar la antijuricidad del hecho”, por cuanto, de un lado, el mismo se consideraba viciado por “presiones de la familia”, y, de otro, el consentimiento no enerva la vigencia del bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento, “ya que se ofende el principio de autoridad”, añadiendo la Sentencia que hay otros bienes que indirectamente protege el delito de quebrantamiento y para cuya tutela se establece la medida, cuales son la vida e integridad de la víctima, que tampoco son disponibles por parte de la misma⁷²⁰.

Por último, en la *STS de 28 de septiembre de 2007* (ROJ STS 6386/2007, Ponente Sr. Maza Martín)⁷²¹, se establece que “una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad, que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, (...) y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aun tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados”. Se vuelve así por tanto a distinguir entre medida cautelar y pena, atribuyendo únicamente relevancia al consentimiento de la ofendida en el primero de dichos casos⁷²².

Posteriormente, en la *STS de 8 de abril de 2008* (ROJ STS 1334/2008, Ponente Sr. García Pérez), se apunta la posibilidad de apreciar, en los supuestos de

⁷²⁰ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal -que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto”.

⁷²¹ Comentario de la misma, y de la *STS de 19 de enero de 2007* a la que acabamos de referirnos, se contiene en, FUENTES SORIANO, O.: “Sobre el quebrantamiento consentido del alejamiento (2ª Parte: Jurisprudencia)”, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel (Breviario Jurídico), 2009, pp. 302-304; también, sobre la primera de ellas, en MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 3; por su parte, considera que la citada *STS de 28 de septiembre de 2007* “expone de forma magistral” la distinción entre quebrantamiento de pena y de medida cautelar, DE URBANO CASTRILLO, E.: “Responsabilidad penal. Agravantes. Reincidencia. Quebrantamiento de la condena de alejamiento a pesar de la reanudación voluntaria de la convivencia. TS, Sala 2ª, 775/2007, de 28 de septiembre”, SP/DOCT/3557, Sepín, 2009, p. 1.

⁷²² Para ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2015-2016, esta Sentencia es exponente de la por él denominada “teoría de la distinción”, que califica de “punto de vista intermedio”, considerando la misma (frente a las anteriormente expuestas) “preferible porque flexibiliza el tema de la adopción y de la ejecución del alejamiento dando entrada, hasta donde parece admisible (ámbito de las medidas cautelares acordadas en fase de instrucción), a la voluntad de la víctima y negándose allí donde ya no parece admisible (ámbito de la pena estatal impuesta en sentencia firme)”; también valora positivamente el razonamiento contenido en la referida Sentencia, GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Irrelevancia del consentimiento...”, cit., pp. 2-3.

quebrantamiento consentido por la víctima, un error de prohibición⁷²³, si bien en el caso concreto se confirma la condena por no considerarse acreditado que la mujer consintiera el acercamiento⁷²⁴.

Tras el *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*⁷²⁵, en el que, en relación a la cuestión relativa a la “interpretación del art. 468 del Código Penal en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima”, se estableció, por una mayoría de catorce votos frente a cuatro, que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal”, la cuestión parece haberse resuelto, al menos desde el punto de vista de la seguridad jurídica⁷²⁶. Pero dicha unificación de criterios, en la que además debía haberse sustituido el término “mujer” por el de “víctima” o “persona” a fin de no restringir su aplicación a los supuestos de violencia de género⁷²⁷, se realiza a costa de criminalizar la conducta del obligado por la pena o medida aun en los supuestos en que ha retomado el contacto o reanudado la convivencia con la persona protegida por aquélla con su consentimiento e incluso en ocasiones a instancia de esta última⁷²⁸, por lo que, como indica OLMEDO CARDENETE, “subsisten dudas más que razonables acerca de la generalización de un criterio semejante”⁷²⁹, pese a que su contenido “se adapta sin duda al régimen legal vigente”⁷³⁰. Y ello por la “draconiana respuesta punitiva” que comporta el hecho de que no quepa aplicar en estos casos otra pena distinta a la de prisión⁷³¹. Con todo, el referido

⁷²³ Criterio que comparte IGLESIAS LÓPEZ, M.: “Delitos de quebrantamiento...”, cit., p. 3, si bien indica que deberá analizarse su concurrencia en cada caso concreto.

⁷²⁴ Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) En el art. 468.2 CP, relativo al quebrantamiento de penas en causa por violencia de genérico (*sic*) no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de la rotura de una de las penas previstas en el art. 48. Ciertamente que, en el caso de rotura del alejamiento consentida por la mujer, podría plantearse la existencia de un error de prohibición; mas no se describe en el *factum* (además de no constar probado) que la mujer consintiera en el quebranto del alejamiento, induciendo o cooperando a ello o de cualquier otra manera”.

⁷²⁵ www.poderjudicial.es.

⁷²⁶ Postulaba la necesidad de dicho Acuerdo, a la vista de la disparidad de criterios mantenidos por la jurisprudencia y ante la necesidad de “buscar soluciones y unificar doctrina en esta materia”, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 12.

⁷²⁷ En el mismo sentido, indicando que el Acuerdo olvida que las medidas de protección no se dan en exclusiva en el ámbito de la violencia de género, MARTÍNEZ MOLLAR, R.: “Quebrantamiento de condena o medida”, *Noticias jurídicas*, Artículos Doctrinales: Derecho Penal, junio 2009, p. 3.

⁷²⁸ MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 83-84, indicando que “el Derecho no puede quedar al margen de la realidad”.

⁷²⁹ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 2.

⁷³⁰ *Ibidem*, cit., p. 11.

⁷³¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 11, pese a considerar que el Acuerdo era necesario en aras de terminar con el grado de inseguridad jurídica al que se había llegado (p. 13), y que la solución a la que se llega en el mismo es “técnicamente irreprochable” (p.16).

Acuerdo, vinculante a la luz de lo dispuesto en el *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006*⁷³², ha determinado desde entonces el criterio aplicable en esta materia⁷³³.

MAPELLI CAFFARENA considera que dicho Acuerdo se refiere exclusivamente a las medidas cautelares, aunque afirma que debe hacerse extensivo a las penas e incluso a las prohibiciones de aproximación o comunicación que se imponen como obligación o deber en los supuestos de suspensión o sustitución de la pena⁷³⁴. GUTIÉRREZ ROMERO, por el contrario, entiende que su ámbito de aplicación comprende las medidas cautelares y cualquier otra medida de protección regulada en los arts. 61 a 69 de la LIVG⁷³⁵.

En nuestra opinión, sin embargo, y pese a que en el asunto tratado en el mismo se hace referencia únicamente a las medidas cautelares, el referido Acuerdo es aplicable tanto a éstas como a las penas y medidas de seguridad; de un lado, porque el tenor literal del Acuerdo propiamente dicho no distingue entre unas y otras, y, de otro, porque, como afirma GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, implícitamente el silencio al respecto ha de interpretarse “como un *a fortiori* de su no destipificación”⁷³⁶. En cambio, consideramos que no puede hacerse extensivo a las obligaciones o deberes de alejamiento que se imponen en los supuestos de suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de sustitución de la pena, porque la vulneración de los mismos, como antes hemos defendido, nunca va a dar lugar a la comisión de un delito de quebrantamiento.

En todo caso, y como ya se ha indicado, el contenido del Acuerdo ha determinado la línea jurisprudencial seguida desde entonces en esta materia. Así, la *STS de 29 de enero de 2009* (ROJ STS 421/2009, Ponente Sr. Delgado García), ya invoca el

⁷³² “Segundo Punto. Acuerdo: Los Acuerdos de Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”. www.poderjudicial.es.

⁷³³ En contra del carácter vinculante de estos Acuerdos, *vid.* MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?: (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10, 2008, pp. 1 y ss., indicando dicha autora que, no teniendo dicho carácter el de 18 de julio de 2006 citado, no puede “obligar a obligar” (p. 25).

⁷³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 249.

⁷³⁵ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Irrelevancia del consentimiento...”, cit., pp. 4-5, considerando que, respecto de las penas, se entiende vigente la doctrina contenida en la *STS de 28 de septiembre de 2007* antes comentada.

⁷³⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 14.

referido Acuerdo⁷³⁷ en relación a un supuesto constitutivo de delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, haciendo referencia a la irrelevancia del perdón del ofendido salvo en los casos en que la ley expresamente lo prevé. No obstante, los Magistrados Sres. Bacigalupo Zapater y Maza Martín formularon un voto particular en el que afirman que es preciso distinguir entre el quebrantamiento de una pena y el de una medida cautelar, habida cuenta que la función social de la pena, entendida como ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, al no constituir un interés individual, mientras que la relevancia del consentimiento de la víctima en relación a medidas cautelares adoptadas a su instancia y para su protección viene dada desde la perspectiva constitucional del derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10 de la CE, concluyendo que no se entró a analizar las circunstancias en que el consentimiento se había prestado, sino que “en la Sentencia de la Audiencia se ha presumido la incapacidad de consentir de la esposa”, de tal modo que “limita más allá de lo constitucionalmente admisible el derecho de aquélla a intentar reanudar la vida matrimonial, mediante la amenaza de una pena de prisión para el marido”. Además, se indica en el referido voto particular que, si la víctima hubiera solicitado el levantamiento de la medida, dicha solicitud “no podría ser denegada por ningún juez, toda vez que ello implicaría, en primer lugar, una limitación del derecho constitucional acordado en el artículo 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 (artículo 10 CE)”⁷³⁸.

Curiosamente, en la misma fecha, *29 de enero de 2009*, y por el mismo Ponente, Sr. Delgado García, se dicta además otra *Sentencia por la Sala 2ª del Tribunal Supremo* (ROJ STS 920/2009), sin formulación de votos particulares a la misma, en la que se confirma la condena por delito de quebrantamiento de medida cautelar.

⁷³⁷ Se cita la misma como jurisprudencia que lo desarrolla en SAAVEDRA RUIZ, J.: “Acuerdos de Sala General, año 2008-2009”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 35, 2009, pp. 8-9.

⁷³⁸ Una interesante crítica a dicho voto particular, y al hecho de que se erija la voluntad de la víctima en único y vinculante criterio a la hora de resolver sobre las medidas cautelares, se contiene en CAZORLA PRIETO, S.: “La jurisprudencia de la Sala Segunda...”, cit., p. 7: “Frente a esta postura sigo considerando que [las mujeres víctimas de violencia de género] no son desvalidas a modo de incapaces para guiar sus vidas o bienes, pero sí que se encuentran o pueden encontrarse en situación de desvalimiento, consecuencia propia del ataque padecido a su dignidad y a otros derechos fundamentales, lo que puede limitar el conocer el riesgo que corren”.

También se aplica el referido Acuerdo no jurisdiccional sin invocarlo expresamente en la *STS de 24 de febrero de 2009* (ROJ STS 924/2009, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca), que confirma la sentencia de condena por un delito de quebrantamiento de pena en un supuesto en el que el obligado por la prohibición de aproximación terminó asesinando a la víctima prendiéndole fuego⁷³⁹.

En todo caso, dicha Sentencia vuelve a apuntar, *obiter dicta*, la conveniencia de que las prohibiciones de alejamiento se regularan como medida de seguridad⁷⁴⁰, ante la necesidad de establecer límites a la intervención del Estado en las esferas propias de la intimidad, dado que su cumplimiento podría ajustarse durante la ejecución a las circunstancias reales de las personas afectadas, aunque declara que, a día de hoy, y contemplando la legislación vigente aquéllas como penas, las mismas deben ser cumplidas en los términos establecidos en la sentencia que las impone⁷⁴¹.

Igualmente, en la *STS de 30 de marzo de 2009* (ROJ STS 1651/2009, Ponente Sr. Puerta Luis), se confirma la condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar declarándose expresamente que el criterio recogido en la *STS de 26 de septiembre de 2005* “ya ha sido abandonado por esta Sala”, y que en modo alguno el cumplimiento de la resolución judicial puede quedar al arbitrio de los particulares afectados. Idéntico criterio (de irrelevancia del consentimiento de la víctima en orden a dejar sin efecto una pena firme de alejamiento) al que se contiene en la ya citada *STS de*

⁷³⁹ Fundamento de Derecho Primero: “El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella”.

⁷⁴⁰ En opinión de MANJÓN-CABEZA OLMEDA, se critica así “la opción legal de pena irreversible” (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección mediante...”, cit., p. 236).

⁷⁴¹ Fundamento de Derecho Primero: “Es cuestionable que los intereses públicos y privados afectados estén mejor protegidos con una pena, en principio irreversible en cuanto a su cumplimiento, que a través de una medida de seguridad que podría ajustarse durante la ejecución a las circunstancias reales de las personas afectadas, una vez valoradas, a través de las pertinentes decisiones judiciales. Sobre todo si se tiene en cuenta la conveniencia, e incluso, la necesidad, de establecer límites a la intervención del Estado en esferas propias de la intimidad individual y del derecho de cada uno de regir su vida en libertad. Parece excesivo, desde este punto de vista, impedir a dos personas un nuevo intento de compartir su vida, imponiendo el alejamiento, sin posible revisión, siempre que se hayan adoptado las precauciones necesarias para garantizar que esa decisión se ha tomado de forma consciente y con libertad por ambos interesados.

En cualquier caso, en el momento actual, la legislación vigente contempla la prohibición de acercamiento como una pena, que debe ser cumplida en los términos establecidos en la sentencia y en las normas que establecen sus efectos. El legislador ha resuelto de esta forma la concurrencia del derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora, con esta forma de satisfacer el interés público en la protección de los más débiles. Y, una vez dictada la sentencia, igualmente es de considerar el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el artículo 118 de la Constitución”.

24 de febrero de 2009 (ROJ STS 924/2009, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarda).

Asimismo (en esta ocasión en relación a una medida cautelar de alejamiento recíproca), la *STS de 8 de junio de 2009* (ROJ STS 4793/2009, Ponente Sr. Puerta Luis) casa la sentencia de instancia, que había absuelto a ambos acusados del delito de quebrantamiento que se les imputaba invocando la STS de 26 de septiembre de 2005, y declara, con cita de la STS de 19 de enero de 2007, que la resolución judicial es de obligado cumplimiento, como “lógica exigencia del Estado de Derecho y, por supuesto, de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, cuya efectividad quedaría abolida si dicho cumplimiento quedase al arbitrio de las personas obligadas”.

Y, también en relación a una medida cautelar, la *STS de 13 de julio de 2009* (ROJ STS 4716/2009, Ponente Sr. Soriano Soriano), afirma que “la voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante” en relación a la comisión por parte del obligado a ello de un delito de quebrantamiento, argumentando como sustento de dicha afirmación lo siguiente: a) Que el bien jurídico protegido es el principio de autoridad, y que en todo caso la víctima tampoco puede disponer de otros bienes jurídicos para cuya tutela se establece la medida cautelar, como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes; b) Que el consentimiento de la víctima no permite eximir de responsabilidad a quien comete un delito perseguible de oficio; c) Que el Derecho Penal en materia de violencia de género tiene unos fines que no podrían conseguirse si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas en su favor por la autoridad judicial; y d) Que la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la ex pareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos y falsas promesas⁷⁴².

Durante el año 2010 se consolida la aplicación del referido Acuerdo no jurisdiccional. Así, podemos citar la *STS de 28 de enero de 2010* (ROJ STS 636/2010, Ponente Sr. Marchena Gómez), que confirma la condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar invocando el mismo. No obstante, declara dicha resolución que “la idea de una exclusión condicional, siempre y en todo caso, de la

⁷⁴² GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El castigo penal...”, cit., p. 211, considera que este último argumento debería ser objeto de prueba caso por caso, ya que de otro modo se estaría cuestionando la capacidad de las víctimas para consentir “en una suerte de incapacitación sobrevenida por victimación (*sic*) -y sin admisión de prueba en contrario- que no respeta las mínimas garantías del Estado de Derecho”.

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. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad”⁷⁴³. Asimismo, concluye la Sentencia que dicho consentimiento, aparte de carecer de eficacia derogatoria respecto de la vigencia de la orden de alejamiento, no pudo generar en el condenado un error de tipo que excluyera el dolo, por cuanto aquél conocía (y así lo admitió en el acto del juicio) la vigencia de la orden de alejamiento, “siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado”, y formando ello parte “de la experiencia comúnmente aceptada”.

También se invoca el citado Acuerdo en las *SSTS de 3 de febrero de 2010* (ROJ STS 335/2010, Ponente Sr. Varela Castro), de *12 de febrero de 2010* (ROJ STS 1005/2010, Ponente Sr. Sánchez Melgar), y de *26 de febrero de 2010* (ROJ STS 1475/2010, Ponente Sr. Sánchez Melgar). En la primera de ellas, pese a hacerse referencia a que en la Sentencia objeto de casación no se indica expresamente si la prohibición de comunicar había sido impuesta como medida cautelar o en sentencia, se considera irrelevante que hubiera habido llamadas telefónicas previas al acusado por parte de las personas protegidas que luego recibieron las suyas, por cuanto aquél establece que el consentimiento no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal⁷⁴⁴. Irrelevancia del consentimiento que se declara también en las otras dos resoluciones judiciales, en relación, respectivamente, a un supuesto de quebrantamiento de medida cautelar en el que las partes habían reanudado la convivencia de mutuo acuerdo pese a la vigencia de una orden de protección, y a una vulneración de pena firme de alejamiento, indicando la última de las Sentencias citadas, con referencia a la

⁷⁴³ DE LA RÚA NAVARRO critica el hecho de que el Tribunal Supremo no concrete tras dicha afirmación ni en qué supuestos ni con qué argumentos jurídicos se podría dar relevancia al consentimiento de la víctima (DE LA RÚA NAVARRO, J.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 86); gráficamente, MANJÓN-CABEZA OLMEDA considera que en esta Sentencia el Tribunal Supremo quiere matizar la tesis sostenida en el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, “si bien de forma un tanto confusa al dar *una de cal y otra de arena*, para finalmente alcanzar la misma solución condenatoria” (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección...”, cit., p. 231).

⁷⁴⁴ Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) Y en cuanto a la supuesta efectividad excluyente de responsabilidad penal por razón de la precedencia de llamadas al acusado por parte de las personas protegidas, que luego recibieron las suyas, basta recordar lo dicho en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda en su sesión del 25 de noviembre de 2008: El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal”.

de 29 de enero de 2009 (ROJ STS 421/2009), que “es claro que si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, tal función no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, en la medida en que no se trata de un interés individual”, e incidiéndose en que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento, tanto si refiere a una pena como a una medida cautelar, es el principio de autoridad, no siendo la vida e integridad de la víctima los valores directamente tutelados por el referido tipo penal⁷⁴⁵.

Afirma la irrelevancia del consentimiento de la mujer por referir el supuesto de autos a un quebrantamiento de condena, aunque sin fundamentarse en el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, la *STS de 21 de octubre de 2010* (ROJ STS 5587/2010, Ponente Sr. Maza Martín), en la que reitera el Ponente su tesis relativa a que sí podría darse cierta relevancia al consentimiento de la víctima en los casos en que el quebrantamiento se haya producido en relación a una medida cautelar⁷⁴⁶.

Y también afirman la irrelevancia del consentimiento la *STS de 26 de noviembre de 2010* (ROJ STS 7295/2010, Ponente Sr. Marchena Gómez), que, en relación a un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, reproduce la argumentación contenida en la Sentencia antes citada de 28 de enero de 2010, del mismo ponente⁷⁴⁷, y el previamente mencionado *Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010* (ROJ ATS 16403/2010, Ponente Sr. Saavedra Ruiz), que, en un supuesto de delito de quebrantamiento de medida cautelar, invoca el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 y declara que el consentimiento de la víctima carece de “eficacia derogatoria respecto de la vigencia de la orden de alejamiento”, y que tampoco puede generar un error de tipo que excluya el dolo, por cuanto es “notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado”.

Posteriormente, las *SSTS de 31 de enero de 2011* (ROJ STS 1307/2011, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar) y de *14 de diciembre de 2011* (ROJ STS 9353/2011, Ponente Sr. Ramos Gancedo) vuelven a reafirmar, aplicando el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, la irrelevancia del consentimiento de la

⁷⁴⁵ Fundamento de Derecho Segundo.

⁷⁴⁶ Fundamento de Derecho Tercero.

⁷⁴⁷ Estos mismos argumentos se reproducen, con cita de ambas Sentencias, en el *Auto del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2012* (ROJ ATS 9070/2012, Ponente Sr. Varela Castro), referido a un supuesto de quebrantamiento de medida cautelar en un caso de violencia doméstica (siendo la víctima hermana del condenado).

víctima en los supuestos de quebrantamiento (en sendos casos relativos a una medida cautelar). No obstante, en la misma fecha de la primera de las dos Sentencias citadas, *31 de enero de 2011*, recayó otra (ROJ STS 387/2011, Ponente Sr. Soriano Soriano), contradictoria con la anterior, en la que, en relación a una medida cautelar, se vuelve a sostener la posible relevancia del consentimiento de la víctima a la hora de eximir de responsabilidad al obligado por una prohibición⁷⁴⁸.

Los argumentos antes expuestos y recogidos en las resoluciones citadas de 28 de enero de 2010, 26 de noviembre de 2010, 22 de diciembre de 2010 y 20 de septiembre de 2012, se reproducen en la *STS de 21 de diciembre de 2012* (ROJ STS 8789/2012, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre) en relación a un delito de quebrantamiento de pena firme de alejamiento, excluyéndose en dicha Sentencia no sólo la apreciación del error de tipo por los argumentos antes expuestos, sino también el error de prohibición invocado por el recurrente, por considerar que “no puede ser admitido tal error ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir una orden expresa del Juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada”, y que “el recurrente tuvo a su alcance asesorarse a través de su letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta, y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado”⁷⁴⁹. E igualmente se reproducen en los *Autos del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2013* (ROJ ATS 2725/2013, Ponente Sr. Sánchez Melgar) y *de 11 de abril de 2013* (ROJ ATS 4329/2013, Ponente Sr. Saavedra Ruiz), en ambos casos en relación a un delito de quebrantamiento de medida cautelar.

Y asimismo, se menciona el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 y la Sentencia antes mencionada de 29 de enero de 2009 (ROJ STS 421/2009), en los *Autos del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2013* (ROJ ATS 10373/20013, Ponente Sr. Andrés Ibáñez) y *de 21 de noviembre de 2013* (ROJ ATS 11303/2013, mismo Ponente), en relación, respectivamente, a un delito de quebrantamiento de medida cautelar y de sentencia firme de condena.

⁷⁴⁸ Fundamento de Derecho Séptimo: “(...) Si se acreditase una inducción eficaz de la víctima a la desobediencia, quizás pudiera excluir de responsabilidad criminal al acusado, pero jamás podría responder de forma autónoma la ofendida, porque a ella no se le impuso ninguna conducta o comportamiento, sino que el único obligado por el apercibimiento judicial era el acusado, esto es, la orden le afectaba exclusivamente al mismo, que es al único que se le requiere, ya que dicha medida se establece para impedir conductas violentas contra la protegida, que lógicamente es la beneficiaria de la resolución judicial y no la obligada”.

⁷⁴⁹ Fundamento de Derecho Octavo.

En los años 2014, 2015 y 2016, el Acuerdo no jurisdiccional y las Sentencias que lo aplican, y a las que hemos hecho referencia, se han invocado también por el Tribunal Supremo en orden a acordar la inadmisión de recursos de casación formulados frente a resoluciones que condenaban al recurrente como autor de un delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar y fundamentados, con fines exculpativos, en el consentimiento de la persona protegida a la vulneración de la prohibición impuesta. Así, cabe citar, en relación al quebrantamiento de sendas medidas cautelares, los *Autos del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014* (ROJ ATS 3898/2014, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar), y *de 16 de octubre de 2014* (ROJ ATS 8900/2014, Ponente Sr. Del Moral García); en relación a un delito de quebrantamiento de condena, los *Autos del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014* (ROJ ATS 5441/2014, Ponente Sr. Soriano Soriano), y *de 11 de junio de 2015* (ROJ ATS 5226/2015, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón); y, en relación a una vulneración de una medida cautelar de alejamiento, el *Auto del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016* (ROJ ATS 2782/2016, Ponente Sr. Marchena Gómez).

Por último, las *SSTS de 2 de julio de 2014* (ROJ STS 2702/2014, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), y *de 9 de diciembre de 2015* (ROJ STS 5785/2015, Ponente Sr. Del Moral García)⁷⁵⁰, en relación, respectivamente, a un delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar, invocan el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, relacionando algunas de las Sentencias ya citadas que lo aplican, considerando irrelevante el consentimiento prestado por la víctima (respecto de la que finalmente fue condenado el obligado por un delito de homicidio en grado de tentativa por atentar contra aquella en la primera de ellas, y por un delito de agresión sexual en la segunda), excluyendo además la de 2 de julio de 2014, con cita de la referida STS de 28 de enero de 2010, la posibilidad de apreciar el error de tipo al considerar “notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas o suprimidas por los jueces y tribunales que las han dictado y no por las personas afectadas por las mismas”, formando “parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano judicial que la haya dictado”; y

⁷⁵⁰ Fundamento de Derecho Sexto: “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”.

excluyendo igualmente dicha resolución la aplicabilidad del error de prohibición ante un mandato “tan elementalmente comprensible” cual es el de no “contravenir una orden expresa del Juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada”, pudiendo en todo caso el obligado haberse asesorado a través de su Letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta, y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado⁷⁵¹.

2.- Otras soluciones jurisprudenciales al tema del quebrantamiento consentido.

La jurisprudencia menor, por su parte, ha intentado articular otras vías, con disparidad de criterios, sobre todo con anterioridad al Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo al que nos hemos referido en el apartado anterior, a fin de tratar de resolver los supuestos de quebrantamiento producidos con el consentimiento de la víctima, pero también con posterioridad al mismo, en la búsqueda de “vías de impunidad frente a la rigurosa aplicación del criterio mantenido” en el citado Pleno⁷⁵². Todas ellas, en nuestra opinión, con vistas a resolver el conflicto humano que suponen estos casos con el menor castigo a las partes y huyendo de la aplicación estricta del tenor literal del precepto y de las reglas generales sobre participación. Lo que no viene sino a poner de manifiesto la desproporción del castigo previsto para tales casos y la ausencia de solución legal al tema de los quebrantamientos consentidos, que determinan cierta reluctancia a aplicar la norma por parte de los tribunales y la paralela búsqueda de subterfugios que pueden terminar vaciando de contenido el tipo penal⁷⁵³.

Así, a título de ejemplo, la *SAP Madrid, Sec. 17ª, de 13 de abril de 2009* (ROJ SAP M 3990/2009, Ponente Sra. Coronado Buitrago), invocando las ya citadas SSTS de 26 de septiembre de 2005 y 20 de enero de 2006, y obviando el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, concluye que en el caso de autos no concurre el elemento subjetivo del tipo del delito de quebrantamiento que exige el conocimiento de la vulneración de la obligación, y que el consentimiento de la víctima y

⁷⁵¹ Fundamento de Derecho Sexto.

⁷⁵² OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 4.

⁷⁵³ Así lo considera con carácter general, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., p. 57, con cita de GONZÁLEZ RUS referida al delito del art. 153 del Código Penal; también alude a una “jurisprudencia que no acaba de asumir este clima de constante agravación de penas que rodea al tema de la violencia doméstica”, CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal...”, cit., p. 266; en similar sentido, GIL RUBIO, J.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit. p. 5, que indica que estos criterios jurisprudenciales se muestran “más próximos a la teoría alternativa del derecho que a la realidad objetiva”.

la falta de respuesta por parte del Juzgado (que no se había pronunciado sobre la cancelación de la medida cautelar solicitada) permiten apreciar la concurrencia de un error invencible de prohibición, que determina la exención de responsabilidad criminal⁷⁵⁴. Solución que aplican también la anteriormente citada *SAP Madrid, Sec. 27ª, de 3 de abril de 2008* (ROJ SAP M 4420/2008, Ponente Sra. Chacón Alonso)⁷⁵⁵; la igualmente referida *SAP Córdoba, Sec. 2ª, de 14 de abril de 2009* (ROJ SAP CO 639/2009, Ponente Sr. Carnerero Parra)⁷⁵⁶; y, en relación a un supuesto de violencia doméstica, la *SAP Barcelona, Sec. 8ª, de 8 de septiembre de 2009* (ROJ SAP B 9467/2009, Ponente Sr. Albiñana Olmos)⁷⁵⁷.

En la línea de aplicar el error de prohibición se sitúan también otras Sentencias como la *SAP León, Sec. 1ª, de 16 de marzo de 2006* (SAP LE 579/2006, Ponente Sr. González Sandoval), que aprecia el error invencible de prohibición en relación a un delito de quebrantamiento de condena; la *SAP Barcelona, Sec. 9ª, de 20 de abril de 2005* (ROJ SAP B 3795/2005, Ponente Sr. Callejo Hernanz), que llega a la misma solución en relación a un delito de quebrantamiento de medida cautelar; la ya citada *SAP Huesca, Sec. 1ª, de 18 de octubre de 2005* (ROJ SAP HU 382/2005, Ponente Sr. Gutiérrez Celma), que aplica un error vencible de prohibición en sendos delitos de quebrantamiento de medida cautelar cometidos por dos acusados respecto de los que regía una prohibición recíproca de alejamiento; y la anteriormente referida *SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008* (ROJ SAP TF 2584/2008, Ponente Sr.

⁷⁵⁴ Fundamento de Derecho Tercero: “(...) Efectivamente, el acusado conocía la norma prohibitiva para su conducta, pero mediante la decisión de su compañera sentimental de reanudar la convivencia y el planteamiento de la situación ante el Juzgado, entendió que existía una causa de justificación que autorizaba su acción”.

⁷⁵⁵ Fundamento de Derecho Cuarto: “(...) se desprende de las actuaciones y parece razonable inferir que el acusado, ante el consentimiento libre y voluntario de la destinataria de la protección a la reanudación de la convivencia, (...) actuara en la convicción de la licitud de su acción”.

⁷⁵⁶ Fundamento de Derecho Primero: “Desde la perspectiva de un ciudadano medio, la circunstancia de que se establezca una pena de prohibición de acercamiento y comunicación que trata de proteger a determinadas personas, cuando precisamente son éstas las que buscan al penado y le transmiten su consentimiento buscando una finalidad distinta para satisfacción de un interés personal, puede entenderse que conduce a una convicción absoluta de que esa conducta de aproximación no sea ilícita. (...) Lo lógico es que cualquier persona crea que si se le impone una pena de prohibición de aproximarse o comunicarse con una persona, y es ésta quien precisamente lo busca con manifiesta intención de no querer en un momento determinado ser objeto de esa protección a la que en última instancia van dirigidas tanto la medida cautelar como la pena, crea que ese consentimiento deja sin efecto para ese supuesto, bien la medida cautelar, bien la sanción penal”.

⁷⁵⁷ Fundamento de Derecho Segundo: “Y ante la importancia que tiene para el recurrente y su madre la información que reciben del órgano judicial consultado, se debe calificar el error como invencible. Porque no admite otra fuente de información superior. Es el Juzgado que precisamente está ejecutando la medida cautelar, y, si un funcionario de este órgano afirma que, no obstante, el acusado puede convivir con su madre, ambos estarán absolutamente convencidos de estar obrando sin antijuricidad alguna”.

Astor Landete), que llegó a idéntica conclusión en relación a un supuesto en el que la víctima solicitó al obligado que reanudaran la convivencia pese a la vigencia de una sentencia firme con pena de alejamiento.

Dichas resoluciones parten de la premisa de que, si bien el consentimiento de la víctima no puede implicar la atipicidad de la conducta del obligado a cumplir la pena o medida cautelar de alejamiento, sí puede tener relevancia a la hora de valorar si determinó en el mismo la creencia fundada de que había devenido ineficaz. No obstante, no puede dejar de tenerse en cuenta que, si bien en los primeros momentos de aplicación de la LIVG estos razonamientos podrían tener alguna virtualidad, a día de hoy resulta con carácter general incontrovertido que el consentimiento de la víctima no afecta a la existencia de la pena o medida cautelar, y que el delito de quebrantamiento se comete en todo caso, siendo muchos los Juzgados que, al notificar la pena o medida cautelar al obligado y realizar el oportuno requerimiento, hacen constar expresamente en el mismo que el delito de quebrantamiento se cometerá aunque la persona protegida consienta el acercamiento, por lo que entendemos que dicha doctrina ha perdido vigencia, y que a lo sumo podría apreciarse en algún supuesto concreto un error vencible de prohibición, puesto que el acusado conoce en todo caso (si se ha realizado la notificación y requerimiento en forma de la medida) que pesa sobre él una prohibición de acercarse a la víctima cuya efectividad no se verá afectada ni aun en el supuesto en que aquélla renuncie a la misma, y no debiendo olvidarse tampoco que durante el procedimiento penal ha contado necesariamente con asistencia letrada.

Así lo indican la anteriormente citada *SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2008* (ROJ SAP S 1294/2008, Ponente Sr. López del Moral Echeverría) en relación a un supuesto de quebrantamiento de condena, considerando probado que el acusado había sido informado por el agente encargado de la protección de la víctima de que el delito de quebrantamiento se consumaría aun con la anuencia de la persona ofendida en el hecho de reanudar la convivencia; la también referida *SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 27 de junio de 2007* (ROJ SAP S 867/2007, Ponente Sr. De la Hoz de la Escalera)⁷⁵⁸; y la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 14 de marzo de 2012* (ROJ SAP B

⁷⁵⁸ Dicha Sentencia establece que, en términos generales, no puede considerarse que “por dicho consentimiento el condenado actúe con error de prohibición”, puesto que “no puede soslayarse que conforme a normas culturales elementales, conociendo que la orden de incomunicación o alejamiento ha sido impartida por el juez, no es razonable pensar que pueda quedar sin efecto antes de cumplirse el plazo impuesto sin necesidad de una nueva decisión judicial y por la sola voluntad de una persona que no es el juez. Y, en fin, aun en la tesis más favorable al reo, es difícil admitir que éste no albergara o debiera

6510/2012, Ponente Sra. Zabalegui Muñoz), que considera que cualquier ciudadano medio, que además ha contado con asesoramiento de Letrado durante la tramitación de la causa, no puede invocar error de prohibición en relación a la vigencia de una medida cautelar si se le notificó la resolución personalmente con advertencia de las consecuencias del incumplimiento de la misma⁷⁵⁹.

Por último, consideramos preciso hacer referencia a otra línea jurisprudencial minoritaria de la que es ejemplo la *SAP Madrid, Sec. 17ª, de 30 de marzo de 2009* (ROJ SAP M 3980/2009, Ponente Sra. Brobia Varona). Dicha Sentencia aplica, con interpretación en nuestra opinión un tanto desacertada⁷⁶⁰, la atenuante analógica del art. 21.6ª del Código Penal, hoy ubicada como 7ª, de provocación al incumplimiento, como muy cualificada. Se indica en la resolución que no puede juzgarse la conducta del acusado (quebrantamiento de una pena firme de prohibición de aproximación) “olvidando la provocación de la perjudicada a instarle a seguir viviendo juntos en la unidad familiar por el bien de sus hijos”, ni la solicitud de indulto formulada por la propia perjudicada. Partiendo de dicha consideración, la Sentencia, aludiendo, por un lado, a la desaparición, desde el 16 de julio de 1983, de la circunstancia atenuante de provocación, y, por otro, a la necesidad de atenuar la responsabilidad criminal del acusado, opta por apreciar como muy cualificada la atenuante analógica del art. 21.6ª de provocación al incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima, realizando el siguiente razonamiento: “(...) Aunque es habitual que cuando se aplica una atenuante analógica se haga en referencia a alguna de las previstas en el art. 21 del Código Penal, en este caso concreto, preferimos destacar de manera genérica que la vinculación analógica de ésta con las otras atenuantes hace referencia a aquéllas que contemplan hechos o impulsos exteriores que inciden en la conducta del sujeto limitando su responsabilidad. En ese sentido vinculamos esta atenuante analógica de provocación al incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima a aquéllas que contempla el nº 1 del art. 21 del Código Penal que pudieran tener una génesis similar (hechos exteriores e influyentes en la conducta del agente) a las atenuantes analógicas relacionadas con las eximentes incompletas de legítima defensa y

albergar cuando menos una duda al respecto, excluyente (...) del error de prohibición” (Fundamento de Derecho Primero).

⁷⁵⁹ En similar sentido, *SAP Tenerife, Sec. 5ª, de 25 de mayo de 2012* (ROJ SAP TF 892/2012, Ponente Sr. Mulero Flores).

⁷⁶⁰ Comparte la crítica acerca de que la atenuante analógica se debe poner en relación con otra atenuante existente, DE LA RÚA NAVARRO, J.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 90.

de estado de necesidad (en este mismo sentido la Sentencia de esta Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 2008 Recurso: 330/2007 y la de 05 de noviembre de 2008 Recurso: 367/2008. Ponente: Sra. Carmena Castrillo)⁷⁶¹.

Sin embargo, dicha interpretación ha sido refutada por el *Tribunal Supremo en Sentencias como la anteriormente mencionada de 2 de julio de 2014* (ROJ STS 2702/2014, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), declarando, con cita de numerosa jurisprudencia, que, aunque en la interpretación de las circunstancias atenuantes ha de mantenerse un criterio flexible, han de darse siempre los requisitos básicos para que alguna de ellas se estime concurrente, no pudiendo introducirse, por la vía del actual art. 21.7^a del Código Penal, supuestos en los que faltan absolutamente dichos requisitos, y entendiendo que en todo caso el consentimiento de la víctima sí podría tenerse en cuenta (como así se indica que se hizo en la resolución recurrida) en el “juicio de punibilidad al individualizar la pena”⁷⁶².

III.- VALORACIÓN.

En nuestra opinión, la voluntad de la víctima, incluso en los supuestos en que nos hallemos ante una medida cautelar, no debe erigirse en criterio único y vinculante a la hora de resolver sobre la concesión o mantenimiento de una medida cautelar, olvidando la función tuitiva de la misma y la necesidad de protección que justifica su establecimiento, y obviando que tanto la LECrim como la LIVG permiten acordar estas medidas cautelares de oficio. No debemos olvidar que muchas veces la víctima ha normalizado la situación en la que se encuentra inmersa, y no percibe el riesgo en el que puede encontrarse, que puede haberse puesto de manifiesto a través de otros factores (entidad de las lesiones por las que en su caso haya sido asistida, admoniciones de muerte proferidas por parte del presunto agresor ante terceras personas y no encontrándose presente aquélla...).

Con todo, y aun admitiendo la posibilidad de que las medidas cautelares se dejen sin efecto si, solicitado su alzamiento por parte de la víctima, se comprobara la no concurrencia de las circunstancias que determinaron su adopción, ello no determina que dicho consentimiento pueda eximir de responsabilidad al obligado por la medida. En los

⁷⁶¹ Fundamento de Derecho Segundo.

⁷⁶² Fundamento de Derecho Séptimo.

casos en que la misma se vulnere aun con la anuencia de la víctima, se cometerá un delito de quebrantamiento de medida cautelar y el consentimiento únicamente será relevante, como lo sería si nos encontráramos ante una pena firme, a efectos de dar entrada a un hipotético (y cada día menos justificable) error de prohibición, o de imponer una pena menor al obligado en función de las circunstancias concurrentes.

De hecho, los argumentos que citan los autores que defienden la irrelevancia del consentimiento sólo en el supuesto de que nos encontremos ante una pena firme (indisponibilidad por parte de la persona protegida del bien jurídico tutelado en todo caso por el delito de quebrantamiento, necesidad de respetar las resoluciones y mandatos judiciales, tutela del principio de seguridad jurídica) son plenamente extrapolables al quebrantamiento de las medidas cautelares, por lo que en nuestra opinión carece de sentido justificar la relevancia del consentimiento en relación a estas últimas arguyendo que en tales casos no concurre un elemento del tipo implícito en el mismo o que no se ha producido vulneración de la indemnidad de la víctima.

En suma, y a los efectos que nos ocupan –posible relevancia del consentimiento de la víctima en la responsabilidad del obligado–, consideramos que no ha de haber ninguna distinción entre pena y medida cautelar, y que en ambos supuestos ha de predicarse la irrelevancia de aquél.

Una vez acordada y notificada en forma, la resolución judicial (sea cual sea su naturaleza, ya se trate de sentencia firme o de auto acordando medidas cautelares) reviste idéntica eficacia, y su incumplimiento entrañará siempre una vulneración del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia tutelado por el art. 468.2 del Código Penal, por lo que el delito se cometerá con independencia de que haya sido consentido dicho incumplimiento por la persona en relación a la cual se impuso la prohibición. Ausencia de consentimiento que además no constituye en nuestra opinión (ni implícita ni mucho menos explícitamente) elemento del tipo que nos ocupa, por lo que en modo alguno puede predicarse en estos casos la atipicidad de la conducta o la concurrencia de un error de tipo.

Con todo, y como posibles soluciones, podrían contemplarse, como antes se ha apuntado, dos diferentes: una, la introducción de un subtipo atenuado en relación al tipo penal del art. 468.2 que, de forma similar a como prevé la LIVG en relación a los delitos de maltrato de obra sin lesión, amenazas y coacciones, permitiera imponer la pena inferior en grado en atención a las circunstancias concurrentes, y fundamentalmente a la

apreciación de la existencia de un consentimiento libre, prestado por la persona protegida en orden a reanudar el contacto con el obligado por la pena o medida; otra, la previsión de una pena alternativa a la de prisión y distinta a la de multa, como la de trabajos en beneficio de la comunidad, a fin de evitar que en los supuestos de quebrantamiento consentido el obligado se vea abocado a cumplir una pena privativa de libertad que además, en la mayoría de los casos, no va a poder ser suspendida ni, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, sustituida.

CAPÍTULO DÉCIMO.- POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA.

I.- TRATAMIENTO DOCTRINAL.

Como anteriormente hemos analizado, la mayoría de la doctrina, entendiendo que nos encontramos ante un delito especial propio, considera que son aplicables al art. 468.2 las reglas generales sobre la participación, y que, en base a ello, la víctima podría técnicamente ser imputada como inductora o cooperadora necesaria en la comisión del tipo⁷⁶³. No obstante, admite que esto conduciría a situaciones absurdas e indeseadas por el Ordenamiento⁷⁶⁴, por lo que tratan de argumentar la posible falta de responsabilidad de la misma⁷⁶⁵, o al menos de “explorar al máximo las posibilidades de atenuación o

⁷⁶³ Como ya hemos apuntado, no falta quien considera que incluso sería factible imputar a la víctima en concepto de autora: MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., pp. 13-14 y 20, si bien indica que la pena a imponer sería “desproporcionada”.

En contra de esta postura, al entender que nos encontramos ante un delito especial propio que sólo puede cometer en concepto de autor el obligado por la pena o medida, OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., pp. 7-8 y 11.

⁷⁶⁴ Así, ABEL SOUTO, M.: “Quebra del sistema penal...”, cit., p. 88; ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., nota a pie de página nº 42, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 332-333; CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Tratamiento de la violencia...”, cit., pp. 6-7, entendiendo que “sería paradójico imponer una sanción penal por incumplimiento de tal medida precisamente a la persona para cuya protección y seguridad se dictó”, y considerando que ello comportaría una “victimización secundaria”; CRUZ BLANCA, M. J.: “De un Derecho Penal discriminatorio...”, cit., p. 273 y nota a pie de página nº 27; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 123, que apunta a una “a todas luces indeseable criminalización de la víctima”; DÍAZ ROCA, R.: “Un paso atrás en la regulación...”, cit., p. 5; FARALDO CABANA, P.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 531, “Las penas previstas...”, cit., p. 259, “Las penas de los delitos...”, cit., p. 193, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 161, y “Estrategias actuariales...”, cit., p. 753; FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “El sistema de tutela ante la violencia...”, cit., p. 251; GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El castigo penal...”, cit., p. 234, que considera que ello es “disparatado, pero no imposible”, apuntando también la posibilidad de que se impute a la víctima como autora de un delito de desobediencia a la autoridad judicial; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 11, indicando que ello sería “socialmente insostenible”, al convertir al Derecho Penal en un “instrumento para perseguir tanto a verdugos como a víctimas”, si bien afirma que quizás fuera una vía adecuada para que las mujeres “se concienciaran de la gravedad (y las enormes repercusiones) que se esconden detrás de la medida cautelar de alejamiento” (p. 14); JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 419, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 86; LALIGA MOLLÁ, M.: “Soluciones adoptadas...”, cit., p. 11, declarando que se produciría una “nueva victimización”; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 359, considerando inadecuado que se proceda a la persecución de la denunciante “dada la enrevesada situación en la que se encuentra y siendo lógico pensar que lo que necesita es tiempo para lograr convencerse y salir de dicha situación”, si bien apunta que la Administración tiene “obligación de apereibir a ambas partes de las consecuencias de la infracción”; OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., pp. 2 y 7, que entiende que ello supone profundizar aún más en la “victimización de las mujeres víctimas de violencia de género” por parte de un “anómalo funcionamiento del sistema penal”, considerando “preocupante” la “extensión que, con un excesivo rigor punitivo, realiza la jurisprudencia menor al hacer a la denunciante/víctima corresponsable del quebrantamiento cometido por la persona que debe cumplir el alejamiento”; PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral...”, cit., p. 20; PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación...”, cit., pp. 89 y 102-103, y “La incidencia de la Ley Integral...”, cit., p. 237; QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal:...” cit., pp. 442-443; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 318.

⁷⁶⁵ MAGRO SERVET, V.: “Criterios orientativos...”, cit., p. 20, indica que “la mujer no será imputada por inducción a cometer este delito”, afirmando también en “Análisis de la STC 16/2012, sobre la no

exención de la pena” a fin de no profundizar en la victimización a la que el sistema penal las somete⁷⁶⁶.

Y ello también entendiendo, como defienden muy críticamente autoras como FARALDO CABANA⁷⁶⁷, LARRAURI PIJOAN⁷⁶⁸ o MAQUEDA ABREU⁷⁶⁹, que el verdadero problema al que se enfrenta el sistema es el de cómo controlar los quebrantamientos no consentidos, y no el de cómo criminalizar los consentidos, en la medida en que castigar penalmente a la mujer que desea reanudar su relación con el agresor o mantener contacto con él pese a la vigencia de una pena o medida de alejamiento, además de entrañar un desconocimiento de la dinámica de las relaciones de pareja, supone una revictimización de aquélla que, incluso, puede producir el efecto perverso de alejarla del sistema penal al percibir que, desde el momento de interposición de la denuncia, se le van a imponer determinadas decisiones que, sin tener en cuenta su voluntad, van a condicionar su vida personal y hasta a redundar penalmente en perjuicio suyo⁷⁷⁰. Sistema penal al que paradójicamente acudieron en busca de protección y que sistemáticamente desoye a aquellas víctimas de violencia doméstica o de género que, si bien desean que cese la situación de violencia, no siempre quieren finalizar la relación que las vincula con quien en última instancia mantienen lazos afectivos, familiares o de otra índole. En palabras de LAURENZO COPELLO⁷⁷¹, el sistema, paradójicamente, se vuelve de esta manera en contra de la víctima a la que pretende tutelar hasta el punto de imponerle su protección bajo amenaza de sanción penal.

vigencia...”, cit., p. 186, que no existe “un posible régimen de inducción al quebrantamiento de la orden de alejamiento de las víctimas hacia los que la deben cumplir”, pero no expone las razones en que fundamenta tal conclusión.

⁷⁶⁶ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 12.

⁷⁶⁷ FARALDO CABANA, P.: “Estrategias actuariales...”, cit., pp. 753-754, y *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 24-26 y 206.

⁷⁶⁸ LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer...”, cit., pp. 171, 176 y 178-179; en similar sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 331-332, mostrándose crítica con el hecho de que el legislador ofrezca una respuesta única para supuestos de distinta naturaleza, como son los quebrantamientos consentidos y los no consentidos, “dirigida a impedir los segundos a costa de sacrificar los primeros”.

⁷⁶⁹ MAQUEDA ABREU, M. L.: “¿Es la estrategia penal...”, cit., p. 25, y “La violencia contra las mujeres...”, cit., p. 186, considerando la posibilidad de que la víctima pueda verse inculpada por complicidad en el delito de quebrantamiento un ejemplo de “colonización legal” de las mujeres, y entendiendo que dicha “situación absurda” obliga a los jueces “a recurrir a expedientes forzados para evitar la entrada en prisión de quienes se supone que son los beneficiarios de las medidas de protección adoptadas, tales como argumentar con un error de prohibición que se sabe inexistente o la petición de indulto parcial (...)”.

⁷⁷⁰ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 334; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., pp. 15-16.

⁷⁷¹ LAURENZO COPELLO, P.: “Violencia de género y Derecho Penal de excepción...”, cit., pp. 39 y 49-50, y “La violencia de género en el Derecho Penal...”, cit., pp. 341-342 y 356.

1.- Criterios sobre la posible responsabilidad de la víctima.

Ante esta situación, y en orden a buscar argumentos dirigidos a la exculpación de la víctima, algunos autores, como BENÍTEZ ORTÚZAR o MARTÍ CRUCHAGA, consideran que, pese a ser materialmente posible su imputación a título de partícipe, ello no implica que la misma pueda ser castigada, entendiendo (en nuestra opinión erróneamente si se parte de la premisa expuesta) que su conducta es atípica al no estar sujeta a ninguna limitación de su libertad y no ser destinataria de la prohibición ni haber sido por tanto apercibida de incumplimiento⁷⁷².

En esta misma línea, se defiende también por LANZAROTE MARTÍNEZ que, pese a ser formalmente posible la imputación de la víctima como inductora o cooperadora necesaria, su conducta resulta en todo caso amparada por una causa de justificación, por lo que dicho actuar, formalmente típico, no es sin embargo antijurídico. Y ello considerando aplicable la eximente prevista en el art. 20.7ª del Código Penal de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, en la medida en que la persona protegida por la pena o medida no tiene limitada su libertad de deambulación ni restringidos sus derechos de forma alguna⁷⁷³. Criterio que se siguió en la anteriormente citada *SAP Valencia, Sec. 5ª, de 10 de mayo de 2005* (ROJ SAP V 2312/2005, Ponente Sra. Sifres Solanes)⁷⁷⁴.

⁷⁷² BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., pp. 187-188; MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 4; en el mismo sentido, MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Quebrantamiento de medida...”, cit., p. 21; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, pp. 342 y 350-351, indicando que, al no ser la orden bilateral, no puede ser considerada autora ni partícipe en el delito de autoquebrantamiento, como tampoco autora de un delito de desobediencia.

En contra de este argumento, tildándolo de “peregrino y farisaico”, y entendiendo que difícilmente puede desdibujarse en estos casos la comisión de un ilícito penal, “debiendo ser el legislador el que tome cartas en este asunto aportando algún tipo de solución”, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 16.

⁷⁷³ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 8; autor que apunta también a la atipicidad por ausencia de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, entendiendo que, en tales casos, “ni padece el respeto debido a las resoluciones judiciales ni la indemnidad de la víctima” (“El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., pp. 8-9).

⁷⁷⁴ Fundamento de Derecho Primero: “Desde luego, el magistrado *a quo*, en relación con la acusación contra su compañera sentimental, por cooperación necesaria, ha entendido que procedía su absolución por dos razones: Una, por concurrir en su actuar una causa de antijuridicidad (al amparo del art. 20-7 C.P.) ya que ella no tenía limitada su libertad de deambulación ni restringidos sus derechos en forma alguna, por cuanto no era a ella a quien se le había impuesto la prohibición de acercamiento a su compañero. Y otra, por aplicación de la figura del error del art. 14 C.P., por actuar en la creencia de que su conducta era lícita, al estimar que la pena de prohibición de aproximación impuesta a Juan María, sólo tenía eficacia si ella no quería que él se le aproximara”.

En similar sentido, aunque no admitiendo la imputación ni a título de autora ni de partícipe, FUENTES SORIANO entiende que el comportamiento de la víctima es penalmente irrelevante, por cuanto la conducta típica consistente en incumplir el alejamiento depende única y exclusivamente de la voluntad del obligado, concurra o no también la de la víctima, y concluyendo que sólo cabría considerarla cooperadora necesaria si la pena o medida consistiera en una “prohibición de convivencia”⁷⁷⁵. En esta línea, también se ha apuntado por MAPELLI CAFFARENA que la persona protegida que se acerca voluntariamente al condenado no puede ser castigada como autora de delito de desobediencia, porque la prohibición no es bilateral, ni como partícipe de un delito de quebrantamiento, porque en tales casos no cabe hablar tampoco de comisión de este delito⁷⁷⁶.

Este último es el criterio que se sostuvo por los *Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género* en las *Conclusiones* elaboradas tras la celebración del *Seminario de Formación* organizado por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005⁷⁷⁷, que se pronunciaron en contra de imputar a la víctima como responsable de un delito de quebrantamiento basándose en el carácter atípico de su comportamiento, derivado de la atipicidad de la conducta del obligado por la pena o medida, y entendiendo que es la víctima quien en esos casos lleva a cabo el acercamiento⁷⁷⁸. Además, en dichas Conclusiones se cita y se asumen los argumentos contenidos en la ya comentada *STS de 26 de septiembre de 2005*. No obstante, en nuestra opinión dicha conclusión no es válida para todos los supuestos: no cabe duda de que, si es la persona beneficiada por la pena o medida la que acude al encuentro del obligado, la conducta de éste se ha de reputar atípica; la prohibición de aproximación, en este sentido, no entraña, como ya hemos indicado, una correlativa obligación de alejamiento. Pero dicho argumento no es extrapolable a los casos (en la práctica mayoritarios) en que el obligado por la pena o medida la infringe iniciando contactos con la víctima y persuadiendo a la misma de la

⁷⁷⁵ FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., pp. 119-120; en similar sentido, MAGRO SERVET, V.: “La no vigencia de las medidas de protección...”, cit., p. 2.

⁷⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 249; también, en MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 315.

⁷⁷⁷ “73 criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género (Ferrer García y Magro Servet –Directores-)”, *Consejo General del Poder Judicial*, Conclusión 37ª, www.poderjudicial.es.

⁷⁷⁸ Hacen suya dicha postura, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 26; MAGRO SERVET, V.: “Casuística actual de la pena de alejamiento...”, cit., pp. 2-3, y *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 78, 169 y 172; MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 54.

idea de reanudar la convivencia. En estos supuestos, entendemos que no puede considerarse atípica la conducta de aquél, y por tanto el razonamiento expuesto no resulta aplicable. Distinto será que se haya impuesto una pena o medida de prohibición de alejamiento recíproca, en cuyo caso, al estar ambas partes mutuamente obligadas a no aproximarse y/o comunicarse entre sí, si se produjera un acercamiento consentido sí cabría técnicamente hablar de autoría de cada uno de los dos obligados en relación a un delito de quebrantamiento cometido respecto del otro⁷⁷⁹.

Por parte de otro sector, integrado por penalistas como FARALDO CABANA o GARCÍA ALBERO, se defiende que el comportamiento de la víctima no es constitutivo de delito alguno, por cuanto el legislador ha tipificado expresamente la conducta del particular que proporciona la evasión a un condenado, preso o detenido como única forma de participación que merece una respuesta penal, recogiendo así el art. 470 del Código Penal un tipo de participación limitada que impide la aplicación de las reglas generales sobre esta materia⁷⁸⁰. Postura que se fundamenta también en el hecho de que admitir lo contrario supondría que la víctima que consiente la vulneración de la pena o medida de alejamiento o no comunicación sería sancionada con más pena que si le hubiera proporcionado la evasión al obligado, así como en que el precepto citado sólo tiene sentido si entendemos que en el quebrantamiento no rigen las reglas generales de participación, pues en otro caso resultaría superfluo.

Esta posición fue la que se asumió en el Seminario sobre *Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de

⁷⁷⁹ En opinión de OLMEDO CARDENETE, con carácter general “estos casos no deben ser juzgados con la misma laxitud, puesto que es evidente que aquí ninguno de los afectados puede alegar que el alejamiento no se dirigía contra él” (OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., pp. 10-11).

⁷⁸⁰ FARALDO CABANA, P.: “El quebrantamiento...”, cit., p. 533, “Las penas previstas...”, cit., p. 260, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 163, y “Las penas de los delitos...”, cit., p. 194, pese a admitir también dicha autora, como se ha indicado, la posible imputación de la víctima como inductora o cooperadora necesaria; GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios...*, cit., pp. 2283-2284, “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1419, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1956; en la misma línea, CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 1136, 1165 y 1186; GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 993, y “Delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 1060; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Elementos de los tipos penales...”, cit., p. 26; ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento...*, cit., pp. 11 y 47; TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales...”, cit., p. 247; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias...”, cit., pp. 351-352.

En contra, MARTÍN LÓPEZ considera que, respecto de los demás supuestos de participación en un delito de quebrantamiento no contemplados en los arts. 470 y 471 del Código Penal, “el legislador, con su silencio, está remitiéndose a las normas generales de autoría y participación” (MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., pp. 312-313).

2009, concluyéndose que no debería haber sanción para la víctima por los siguientes motivos: a) Primero, por entender que no concurre dolo en la actuación; b) Y en siguiente lugar, porque el legislador no ha previsto que dicha conducta sea punible, “pues cuando ha querido condenar a los que ayuden a otra persona a quebrantar una condena lo ha dicho expresamente, como ocurre en el artículo 470 del Código Penal”⁷⁸¹. Afirmaciones ambas respecto de las que discrepamos, tanto por los motivos que acabamos de exponer, como por considerar que, siendo el tipo que nos ocupa un delito especial propio, resulta posible aplicar al mismo las reglas generales sobre participación.

No faltan tampoco quienes, como GALINDO AYUDA, consideran que las reglas generales de participación no son aplicables al delito de quebrantamiento por ser el mismo de propia mano, no siendo admisible en su comisión ni la inducción ni la cooperación, y no teniendo por tanto encaje la conducta de la víctima en los apartados a) y b) del art. 28 del Código Penal⁷⁸².

E igualmente, partiendo de la consideración de que el delito de quebrantamiento es un delito especial de deber que presenta importantes particularidades en su regulación, ROBLES PLANAS entiende que no cabe admitir forma alguna de participación en el delito del art. 468, siendo únicamente punible la conducta del particular que sea subsumible en el tipo penal del art. 470 (que, como se ha indicado, no contempla los supuestos en los que el condenado no está privado de libertad); y ello por entender que la conducta del *extraneus* que participa en un delito de dicha naturaleza es impune salvo en aquellos casos en que el legislador, por estimar que la misma es merecedora de reproche penal, la tipifica expresamente en la Parte Especial⁷⁸³.

También se ha apuntado por OLMEDO CARDENETE que, técnicamente, la víctima que consiente el quebrantamiento no es partícipe de dicho delito “en el sentido de los arts. 27 a 29 del Código Penal, sino más bien como partícipes necesarios del delito que deben quedar impunes en la medida en que la *ratio* del precepto penal (en este caso, el art. 468.2) es protegerlos y no incriminarlos”⁷⁸⁴. Se entiende en este sentido por dicho autor que la prohibición contenida en el precepto no se dirige contra este tipo de intervinientes en el hecho punible, por lo que “decae el fundamento mismo de la

⁷⁸¹ Conclusión 33ª.

⁷⁸² GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 2.

⁷⁸³ ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices...*, cit., pp. 133-140 y nota a pie de página nº 161.

⁷⁸⁴ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 12.

punibilidad del partícipe”, no pudiendo en consecuencia el mismo ser castigado penalmente⁷⁸⁵.

Otra corriente doctrinal, dentro de la que cabe citar, entre otros, a MONTANER FERNÁNDEZ y a QUERALT JIMÉNEZ, opta por distinguir entre pena y medida cautelar, de tal modo que, si la vulneración afecta a una prohibición impuesta cautelarmente, debe considerarse no antijurídico el quebrantamiento con la anuencia de la víctima, al no lesionarse ningún bien jurídico relativo a la misma⁷⁸⁶. Conclusión en nuestra opinión errónea, no sólo porque en todo caso se está conculcando el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino porque quienes mantienen esta postura entienden que, si concurre el consentimiento de la víctima, la situación de peligro que justificó la adopción de la medida deja de existir, lo que la práctica en muchas ocasiones ha demostrado que no es cierto. En todo caso, además, dicho consentimiento debería a nuestro juicio operar en el plano de la tipicidad, y no en el de la antijuricidad, por entrañar (para los que defienden dicha postura) una desaparición del objeto de tutela y una ausencia de imputación objetiva que en todo caso no resulta admisible en el supuesto que estamos analizando, por cuanto los bienes jurídicos tutelados no son disponibles para la persona que presta aquél⁷⁸⁷.

Por último, un sector en el que se encuentran, entre otros, ARANGÜENA FANEGO y BIELSA CORELLA, sostiene el criterio que considera que ha de castigarse en todo caso a la mujer como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento⁷⁸⁸, a cuyo efecto se indica la conveniencia de que se comunique la

⁷⁸⁵ *Ibidem*, cit., p. 12.

⁷⁸⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 19, que entiende que “quizá ésta sea la solución correcta o, mejor dicho, deseable para algunos casos”; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., pp. 10-11, y “La respuesta penal...”, cit., pp. 159-160, considerando que “una actuación del Estado excesivamente tuitiva (...) se vuelve contra los propios ciudadanos”, y tildando estos supuestos de mero “quebrantamiento formal”; también, en COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., pp. 1223-1225; en idéntico sentido, GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 360 y 364.

⁷⁸⁷ Sobre este tema, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento...*, cit., pp. 8-14; también, MACHADO RODRÍGUEZ, C. I.: “La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 31, nº 90, 2010, pp. 89 y ss; QUINTERO OLIVARES, G.: “El consentimiento en el Derecho Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XVIII-XX, 1993, pp. 1 y ss; SEGURA GARCÍA, M. J.: “El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra los bienes jurídicos individuales”, *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Zugaldía Espinar, López Barja de Quiroga –Coord.-), Marcial Pons, 2004, Vol. I, pp. 827 y ss.

⁷⁸⁸ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 597, que también entiende que la conducta de la víctima será punible si existe prueba plena de que su consentimiento fue libre y

liquidación de condena a los beneficiarios del alejamiento, no sólo para que conozcan el período durante el cual el penado no se les puede acercar o comunicarse con ellos, sino también “para que comprendan que si acceden o provocan el acercamiento con el penado, podrían colaborar en la comisión de un delito de quebrantamiento de condena”⁷⁸⁹. No obstante, como apuntan algunos de los autores que se alinean con esta postura, para llegar a dicha conclusión sería necesario verificar que el consentimiento de la víctima se prestó de forma libre y voluntaria y no obedeció a presiones de su entorno, siendo posible también que el mismo esté viciado por padecer aquélla alguna patología vinculada a una situación de maltrato continuado, como el trastorno de estrés postraumático, cuya concurrencia podría determinar una atenuación o exención de su responsabilidad, por ejemplo a través de la circunstancia de miedo insuperable prevista en el art. 20.6ª del Código Penal⁷⁹⁰, o de la de trastorno mental transitorio⁷⁹¹.

2.- Propuestas de reforma.

En orden a evitar la posible imputación de la víctima a título de cooperadora o inductora en el delito de quebrantamiento del art. 468.2, se han apuntado por algunos autores posibles soluciones. Las primeras, *de lege data*, se pronuncian en la línea de: a)

determinante de la acción del quebrantador; BIELSA CORELLA, M. C.: “Instrumentalización de la víctima del quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley*, nº 7689, 7 sept. 2011, pp. 3-5; en la misma línea, GARCÍA VITORIA, A.: “El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 8, 2005, p. 53, si bien entiende que deberían incoarse en tales casos “diligencias penales contra las víctimas, por si incurrieran en un delito de falso testimonio”, y ello “como llamada de atención” y “para protegerlas de sí mismas”; FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., pp. 224-228, rebatiendo dichos autores los argumentos de COMAS D’ARGEMIR CENDRA Y QUERALT JIMÉNEZ, si bien se plantean *in fine* si dicha solución es la más adecuada desde el punto de vista político-criminal; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima...”, cit., pp. 70-71; MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento...”, cit. p. 8, aunque afirma que debería huirse de automatismos y analizar si concurren los requisitos de la inducción y si el consentimiento de la ofendida es libre y determinante de la acción del quebrantador; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “Sobre el consentimiento...”, cit., p. 1236. También apunta esta posibilidad de considerar responsable a título de partícipe a la víctima, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2024-2026, si bien considera que la misma podría beneficiarse de la atenuación prevista para el no cualificado en el art. 65.3 del Código Penal, e indica que habría que indagar previamente en relación a si el consentimiento se había prestado libre y voluntariamente.

⁷⁸⁹ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. M.: “Problemas derivados de la imposición...”, cit. p. 13; también, sin llegar a dicha conclusión, pero entendiendo que “debe apercibirse a ambas partes de las consecuencias de la infracción de la medida”, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La tutela judicial (introducida...”, cit., p. 31, y “La protección cautelar penal...”, cit., p. 359.

⁷⁹⁰ *Vid.* extensamente sobre este tema, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva –Dir.-), Edersa, 2002, pp. 287 y ss.

⁷⁹¹ OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 10.

Solicitar el indulto y la subsiguiente suspensión de la pena; b) Aplicar una concepción laxa de la no exigibilidad; c) Considerar error de tipo el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, partiendo de la premisa de que la persona protegida no considera necesaria la tutela y coadyuva con su comportamiento a la vulneración de la pena o medida; o d) Aplicar a dichos supuestos el error de prohibición⁷⁹². Soluciones que, en nuestra opinión, dependerán siempre de las circunstancias del caso concreto, siendo a día de hoy escasa su viabilidad práctica, sobre todo, respecto de las relativas a apreciar error, si se tiene en cuenta que en general las partes no desconocen, y así se les ha de advertir en sede judicial⁷⁹³, que la reanudación voluntaria de los contactos no impedirá la comisión del tipo penal que nos ocupa.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES, admitiendo la posibilidad de imputar a la mujer “como inductora o cómplice”, sugiere, también *de lege data*, soluciones que apunten a una “racionalización del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, dotándole de poder suficiente para decidir si en esos casos concurre o no interés suficiente como para iniciar la persecución”⁷⁹⁴.

Precisamente en este sentido, la postura de la *Fiscalía General del Estado*, conforme consta en las *Conclusiones del Seminario de Fiscales en materia de violencia de género* del año 2005⁷⁹⁵, es la de que por su parte no se interese en ningún caso la deducción de testimonio contra la víctima que consienta el quebrantamiento por el referido delito, “ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, por entenderse que su conducta no es subsumible en los apartados a y b del artículo 28.2 del Código Penal”. ZUGALDÍA ESPINAR afirma esta aseveración, no sin razón, aunque “absolutamente bienintencionada”, carente “de apoyo jurídico y fundamento dogmático”⁷⁹⁶, opinión que compartimos plenamente, si bien consideramos que dicha

⁷⁹² BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena...”, cit., pp. 189-190; COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1227; JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., p. 74; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., p. 419, y “Mujer, maltratador y orden...”, cit., p. 86; QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal...”, cit., p. 162, autor que no obstante considera, no sin razón, “poco satisfactorias” las referidas soluciones propuestas.

⁷⁹³ Así lo indica también FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., p. 123.

⁷⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal:...” cit., pp. 442-443.

⁷⁹⁵ www.fiscal.es.

⁷⁹⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., p. 2025; en la misma línea, MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género...”, cit., p. 311, que indica que dicho criterio “plantea dos objeciones, una de carácter material, pues legalmente no hay base para excluir su responsabilidad penal por partícipe del delito de quebrantamiento (...) y, segunda, de carácter procesal, puesto que (...) es un delito público, (...) por lo que aunque el Fiscal no acuse es posible que concorra denuncia de otra persona”; también, considerando afortunada la decisión de Fiscalía, pero

instrucción ha permitido que en la práctica no se hayan multiplicado los supuestos de condena a la víctima del delito, lo cual no deja de ser loable.

En todo caso, como propuesta *de lege data*, conviene indicar que, a la víctima que fuera condenada como inductora o cooperadora necesaria, le sería en todo caso de aplicación la atenuante prevista en el art. 65.3 del Código Penal y a la que anteriormente hemos hecho referencia⁷⁹⁷; atenuante que prevé la imposición de la pena inferior en grado al partícipe extraño en un delito especial propio cuando en el mismo no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor. Supuesto que sería el que acontece en estos casos, en los que, como se ha indicado, la víctima no puede ser autora del tipo al no venir obligada al cumplimiento de la prohibición impuesta y no concurrir por tanto en ella las características personales exigidas al sujeto activo. En estos casos, como indica la *Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, la atenuación de la pena deberá acordarse en función de la mayor o menor proximidad del *extraneus*, en relación a su contribución fáctica, “al dominio de la situación del hecho que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo”.

De lege ferenda, el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe de enero de 2011, propuso, tras admitir la posibilidad de que la mujer resulte imputada como inductora o cooperadora necesaria en la comisión de un delito de quebrantamiento, la adición de un nuevo párrafo al art. 468.2 del Código Penal con el siguiente contenido: “En estos supuestos, el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará responsabilidad penal para el mismo”⁷⁹⁸. En esta misma línea, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS ha apuntado la conveniencia de que, a fin de evitar la condena de la mujer como inductora o cooperadora necesaria en el delito de quebrantamiento, se subsane legalmente dicha laguna jurídica “bien mediante una

admitiendo que otra de signo contrario se hubiera ajustado a lo prescrito en la ley, PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación...”, cit., p. 103, y “La incidencia de la Ley Integral...”, cit., pp. 237-238.

⁷⁹⁷ En el mismo sentido, OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento...”, cit., p. 11; también, como se ha indicado, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones...”, cit., pp. 2024-2026.

⁷⁹⁸ Apartado II.5.3. www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

excusa absolutoria, bien mediante un apartado adicional en el tipo”, o “sirviéndose de cualquier otra técnica de destipificación”⁷⁹⁹.

Sin embargo, no se contiene ninguna previsión al respecto en la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, por lo que la situación a día de hoy sigue sin recibir una respuesta jurídica adecuada. En todo caso, es preciso insistir en la necesidad de que durante el procedimiento penal en todas sus fases se preste el apoyo psicológico a las víctimas que las mismas requieran, ofreciéndoles y garantizándoles el oportuno tratamiento asistencial a fin de minimizar los supuestos en que el consentimiento prestado por ellas en orden a vulnerar las prohibiciones impuestas para su protección esté viciado por su propia situación personal o por presiones externas de cualquier índole⁸⁰⁰.

II.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

Como antes hemos indicado, el Tribunal Supremo apuntó la posibilidad de imputar a la víctima que consiente, acepta o incluso provoca la vulneración de la pena o medida de alejamiento establecida para su protección en la ya citada *Sentencia de 26 de septiembre de 2005* (ROJ STS 5567/2005)⁸⁰¹. Y dicha posibilidad se materializó en el *Auto del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010* (ROJ ATS 802/2010, Ponente Sr. Saavedra Ruiz), que inadmitió a trámite el recurso de casación formulado por una mujer que había sido condenada, entre otros delitos, por un quebrantamiento de la pena que pesaba sobre su compañero sentimental. Se trataba de un supuesto en que, habiendo sido impuesta a este último en sentencia firme una prohibición de acercamiento, se reanudó la convivencia entre el mismo y la recurrente, lo que en última instancia dio lugar a que el obligado cometiera abusos sexuales sobre la hija menor de edad de ella

⁷⁹⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., pp. 14 y 16.

⁸⁰⁰ Incide también en la necesidad de organizar “cursos para las víctimas del maltrato” sobre la base de la voluntariedad y a fin de reparar los efectos que en ellas causa la violencia de género sufrida, VELASCO NÚÑEZ, E.: “La protección a las víctimas del maltrato...”, cit., p. 148; en la misma línea, entendiéndose que debe evitarse una generalizada respuesta punitiva que sustituya “la necesaria labor de estudio y evaluación de los servicios sociales”, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo...”, cit., p. 17.

⁸⁰¹ Fundamento de Derecho Quinto: “(...) si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en (*sic*) al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerda (*sic*) las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras”.

(delito por el que la recurrente también es condenada por entender que intervino en comisión por omisión). El citado Auto declara que, “con independencia de quién fuere el sujeto sobre el que recaía la pena de alejamiento”, es plenamente predicable la participación de la mujer en los hechos “como autora del delito del art. 468.2 del Código Penal, o más propiamente como cooperadora necesaria conforme a lo dispuesto en el art. 28, según párrafo b), -figura asimilada a la autoría-, dada la acreditación de su conocimiento, es decir, que conocía no sólo la existencia de la prohibición de aproximación, sino también su alcance y tiempo de duración. (...) Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Eusebio sin la cual el delito de quebrantamiento de condena por el obligado (ni a mayor abundamiento la continuidad en los abusos sexuales) no se hubiera producido”.

Es probable que el criterio del Tribunal Supremo viniera también determinado en este caso por el hecho de que la conducta de la recurrente coadyuvara en última instancia a la lesión de bienes jurídicos de personas menores de edad. También QUERALT JIMÉNEZ considera en este sentido que si el quebrantamiento de la prohibición redundara en perjuicio de menores, no cabría excluir en tales casos “una condena por inducción o cooperación necesaria de una esposa en la quiebra de las medidas”, por cuanto la protección de los menores es indisponible por la beneficiaria adulta⁸⁰².

Asimismo, la jurisprudencia menor ha condenado en varias ocasiones a la beneficiaria de la pena o medida como cooperadora necesaria en el delito de quebrantamiento del obligado. A título de ejemplo, podemos citar la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 15 de junio de 2012* (ROJ SAP GR 1089/2012, Ponente Sr. Cuenca Sánchez), que confirma la condena de una mujer como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento de condena cometido por su compañero sentimental, considerando probado que fue aquélla la que telefoneó al obligado para reanudar el contacto, siendo posteriormente sorprendidos por la Policía mientras circulaban en un vehículo. La Sentencia, además de desestimar el error de prohibición invocado por los dos condenados, considerando probado que conocían el alcance y contenido de la

⁸⁰² QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., nota a final de página nº 59, y “La respuesta penal...”, cit., nota a final de página nº 55; también, COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., nota a pie de página nº 80. Apunta también la posible responsabilidad de la víctima en estos casos, GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El quebrantamiento de condena...”, cit., p. 934, entendiendo que, fuera de los mismos, constituye un “sinsentido pretender castigar a alguien por protegerse de otro”.

prohibición infringida, estima que la conducta de la mujer contribuyó necesaria y esencialmente para la ejecución del hecho por parte del coacusado, al haber sido aquella quien telefoneó y concertó el encuentro entre ambos⁸⁰³. Admite también dicha posibilidad, llegando a calificar a la persona protegida de “inductora o cooperadora necesaria del quebrantamiento”, la anteriormente citada *SAP Coruña, Sec. 1ª, de 9 de marzo de 2011* (ROJ SAP C 750/2011, Ponente Sr. Sánchez Jiménez)⁸⁰⁴.

También cabe citar la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 21 de febrero de 2007* (ROJ SAP B 1051/2007, Ponente Sr. Pérez Máiquez), que revocó la sentencia de instancia, que había absuelto a ambos acusados, y condenó, en relación a un delito continuado de quebrantamiento de condena, al obligado como autor del mismo y a la persona protegida “en concepto de inductora y de cooperadora necesaria”, considerando acreditado que la misma había telefoneado a aquél proponiéndole la reanudación de la convivencia⁸⁰⁵. Y la anteriormente referida *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 4 de febrero de 2009* (ROJ SAP B 1799/2009, Ponente Sra. Zabalegui Muñoz), que mantuvo la condena de la mujer como cooperadora necesaria pese a no constar probado quién había telefoneado a la otra parte para concertar una cita, afirmando que, “partiendo del encuentro voluntario, (...) su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Mariano sin la cual el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el obligado no se hubiera producido”⁸⁰⁶.

Por su parte, la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 23 de noviembre de 2009* (ROJ SAP B 14252/2009, Ponente Sra. Domínguez Naranjo), confirma la condena de la mujer como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento entendiendo acreditado

⁸⁰³ Esta posibilidad de condenar a la mujer como cooperadora necesaria o al menos como inductora del delito de quebrantamiento cometido por el obligado se apuntaba ya en la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 26 de noviembre de 2010* (ROJ SAP GR 2115/2010, Ponente Sr. Ramos Almenara), que no obstante no condenó a la persona protegida por no haberse formulado acusación contra la misma, y se admite también en la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 7 de febrero de 2014* (ROJ SAP GR 146/2014, Ponente Sra. González Niño), que no condena a aquella por el mismo motivo. Asimismo, se alude también a dicha consecuencia en la *SAP Zamora, Sec. 1ª, de 25 de febrero de 2013* (ROJ SAP ZA 60/2013, Ponente Sr. Pérez Serna), que sin embargo no condena por reputar atípica la conducta del obligado por la medida cautelar.

⁸⁰⁴ Fundamento de Derecho Segundo.

⁸⁰⁵ Fundamento de Derecho Tercero: “De dicho delito de quebrantamiento de condena es responsable en concepto de autor el acusado Víctor Manuel por haber realizado directamente los hechos constitutivos del mismo conforme al artículo 28 del C. P. y también lo es María Virtudes en concepto de inductora y de cooperadora necesaria pues antes de que se reanudara (*sic*) la convivencia entre ambos pese a la existencia y conocimiento de que se impuso a aquel una pena de prohibición de acercamiento y comunicación con esta en sentencia firme y en ejecución, María Virtudes llamó por teléfono a Víctor Manuel proponiéndole la reanudación de la convivencia y éste, que no lo tenía antes resuelto, aceptó la proposición y así reanudar la convivencia en el domicilio de ella (...), lo que constituye a la vez inducción y cooperación necesaria del delito cometido materialmente por el acusado”.

⁸⁰⁶ Fundamento de Derecho Segundo.

que la misma, concedora de la existencia y vigencia de la pena de alejamiento por cuanto se había personado como acusación particular en el procedimiento en el que se impuso, acudió a un encuentro con el obligado y le envió varios mensajes al móvil⁸⁰⁷. Y la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 7 de enero de 2013* (ROJ SAP B 539/2013, Ponente Sr. Pérez Máiquez), desestimó el recurso interpuesto por la mujer condenada como cooperadora necesaria de un delito continuado de quebrantamiento de condena en un supuesto en el que además se indica que la misma había sido requerida por el Juzgado que había dictado la resolución vulnerada “para que facilitara el cumplimiento de dicha pena de prohibición de acercamiento y comunicación (...), con apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena por cooperación necesaria”⁸⁰⁸.

Sin embargo, la misma *Sec. 20ª de la AP Barcelona, en Sentencia de 26 de marzo de 2013* (ROJ SAP B 5816/2013, Ponente Sr. Pirla Gómez), rechaza condenar a la beneficiaria de la medida cautelar como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento, invocando la citada STS de 26 de septiembre de 2005 y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 para justificar la irrelevancia del consentimiento de la víctima a todos los efectos⁸⁰⁹. Y también califica de atípica su conducta, revocando la Sentencia de instancia que la había condenado como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, la *SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 20 de noviembre de 2015* (ROJ SAP B 12287/2015, Ponente Sra. Manzano Meseguer), en la que, con criterio en nuestra opinión erróneo, se indica que “la conducta de la acusada no tiene encaje en la figura de la cooperación necesaria pues se trata de un delito [el de quebrantamiento] de propia mano que sólo puede cometer el obligado por la medida cautelar”⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Fundamento de Derecho Segundo.

⁸⁰⁸ Fundamento de Derecho Tercero.

⁸⁰⁹ Fundamento de Derecho Tercero: “La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 declaró como penalmente atípico el incumplimiento de medida cautelar de alejamiento cuando concurre el consentimiento de la víctima, resolución que, desde luego y en ningún caso conduciría a considerar, su posible responsabilidad penal que sólo se le puede atribuir si su intervención fue relevante en orden a la consumación del delito de quebrantamiento de condena cuando lo cierto es que el mismo es claramente irrelevante atendido el Acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2008 al establecer que el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal, ni siquiera en los supuesto(s) de medidas cautelares de alejamiento”.

⁸¹⁰ Fundamento de Derecho Segundo: “En el presente caso la conducta de la acusada no tiene encaje en la figura de la cooperación necesaria pues se trata de un delito de propia mano que solo puede cometer el obligado por la medida cautelar. Nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia, el consentimiento por parte de la mujer es irrelevante en aras a (*sic*) convertirla en cooperadora necesaria del citado delito, pues en caso contrario resultaría también típica, en relación al quebrantamiento de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor, la conducta de la persona que le pidiera al penado

Interesante es también el razonamiento contenido en la *SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 23 de febrero de 2012* (ROJ SAP T 195/2012, Ponente Sr. Sánchez Siscart), que revoca la sentencia de instancia, que había condenado a la persona protegida como cooperadora necesaria en un delito de quebrantamiento de medida cautelar, indicando que “la naturaleza de la infracción típica limita las posibilidades de aportación causal al hecho de otro” exigidas para el partícipe, “pues la mera aproximación traspasando el perímetro lineal de protección consumaría la conducta típica”; por lo que, “aunque el cónyuge beneficiado franquease la puerta de su domicilio, o accediese a entablar una conversación, o descolgase el teléfono, la aportación del partícipe se produciría en la fase de agotamiento del delito, (...) sin aporte material en el *iter causal*”⁸¹¹.

Por último, resulta especialmente curiosa la *SAP Granada, Sec. 2ª, de 4 de abril de 2016* (ROJ SAP GR 386/2016, Ponente Sr. Cuenca Sánchez), que, en un supuesto en el que la persona protegida había sido condenada en instancia como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento por haber consentido la reanudación de la convivencia con su pareja, absuelve a la misma en apelación por aplicación del principio acusatorio en la medida en que el Ministerio Fiscal, que en fase de instrucción había solicitado la imputación de aquella y había formulado en fase intermedia acusación contra la misma, manteniéndola en el juicio oral, en apelación se adhirió al recurso formulado por la defensa de la condenada⁸¹², “haciéndose eco no sólo de lo que entiende [la] doctrina mayoritaria en torno a la posibilidad de condenar también como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento de condena a la persona para cuya protección se acordó la prohibición quebrantada por el autor directo, sino porque dicho

que le acompañara en coche como conductor. Lo cierto es que el penado conoce que se le ha impuesto la medida de prohibición de acercamiento, que fue requerido para su cumplimiento y advertido de las consecuencias del quebrantamiento, por lo que el hecho de que la mujer consienta en el acercamiento al acudir al domicilio de éste no cumple los parámetros de la cooperación necesaria.

Tampoco podemos hablar de coautoría por inducción. (...) En este caso en modo alguno existe una incitación intensa y adecuada, ni en el supuesto de que la mujer llame o acuda a la persona contra la que se ha dictado la orden de protección”.

⁸¹¹ Fundamento de Derecho Segundo.

Es de significar también que la referida Sentencia revoca también la de instancia para absolver al obligado por la medida cautelar del delito de quebrantamiento por el que había sido condenado, apreciando la existencia de un error invencible de prohibición, y considerando relevante en tal sentido, de una parte, que el Juzgado no se hubiera pronunciado expresamente sobre la solicitud de alzamiento de aquella deducida por la víctima, y, de otra, que los hechos hubieran ocurrido con carácter previo al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008.

⁸¹² Fundamento de Derecho Segundo: “El Ministerio Fiscal apoya el recurso, de forma un tanto sorprendente y contradictoria con su previa actitud respecto de la recurrente, pues en la fase de instrucción solicitó su imputación (incluso cuando el Juzgado de Instrucción ya había acordado seguir el procedimiento abreviado sólo respecto del coimputado) y formuló acusación contra ella, que fue mantenida en el acto de la vista oral”.

criterio negacionista es también el mantenido por la Fiscalía Especial para la Violencia de Género”⁸¹³. En base a ello, concluye la Sentencia que “la adhesión al recurso por parte del Ministerio Fiscal viene a constituir una especie de retirada de la acusación *a posteriori*, en vía de recurso, respecto de la recurrente”⁸¹⁴.

En todo caso, GARCÍA ALBERO relaciona esta proliferación de condenas por inducción o cooperación necesaria de la persona protegida (que en su opinión se atajarían, “sin necesidad de recurrir al socorrido expediente del error de prohibición”, si se adoptara el criterio del régimen especial de participación en los delitos de quebrantamiento defendido por el mismo), con la consagración por el Tribunal Supremo de la irrelevancia absoluta de la voluntad de aquélla en la comisión del delito de quebrantamiento⁸¹⁵.

III.- VALORACIÓN.

Considerando el tipo penal que nos ocupa como un delito especial propio, resultan de plena aplicación al mismo las reglas generales de la participación, por lo que resultaría factible imputar, como inductora o cooperadora, a la persona que consintiera el quebrantamiento de la pena o medida establecida judicialmente en relación a la misma o que indujera al obligado a incumplirla. A ello no obsta, entendemos, el hecho de que el art. 470 del Código Penal castigue al particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido sin contemplar otras formas de participación, ya que dicho precepto se refiere únicamente al tipo penal recogido en el art. 468.1 del Código Penal, que alude a los que quebrantaren “su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”.

De hecho, los argumentos que doctrinal y jurisprudencialmente se han aportado para justificar la exención de responsabilidad de la víctima, si bien son defendibles desde el punto de vista humano, presentan fisuras desde una óptica estrictamente legal, de tal manera que, si no se ha generalizado la imposición de condenas penales a las víctimas en estos casos es porque en la mayoría de ellos (y debido al criterio seguido

⁸¹³ Fundamento de Derecho Tercero.

⁸¹⁴ Fundamento de Derecho Tercero.

⁸¹⁵ GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1421, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1958, calificando dicho fenómeno de “efecto indeseado”.

por Fiscalía) no se ha promovido acción penal contra aquéllas y, por tanto, por mera aplicación del principio acusatorio.

Por tal razón, admitiendo que la exigencia de responsabilidad penal a quien no deja de ser sujeto pasivo del delito de quebrantamiento conduce a situaciones que jurídicamente rayan el absurdo y que humanamente resultan inadmisibles, consideramos, compartiendo la propuesta del *Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial*, que debería añadirse al art. 468.2 del Código Penal un párrafo en el que se establezca expresamente que el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará responsabilidad penal para el mismo.

Mientras dicha reforma legal no sea abordada por el legislador, entendemos que habría de reclamarse la aplicación de la atenuante antes indicada y prevista en el art. 65.3 del Código Penal a la víctima que fuera condenada como inductora o cooperadora necesaria, no teniendo constancia de que se esté recurriendo actualmente en la práctica a dicha norma para rebajar la pena a la persona protegida que participa en la comisión de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal.

PARTE CUARTA.-
ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES CON
RELEVANCIA PENAL.

**CAPÍTULO UNDÉCIMO.- COMPETENCIA PARA CONOCER DEL
DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ART. 468.2 DEL CÓDIGO PENAL.**

Pese a que la LIVG modificó la redacción del art. 468.2 del Código Penal, su art. 44 no otorgó competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de este delito, de modo que el mismo no figuraba en el listado de infracciones cuya instrucción se atribuyó por la referida LO a dicho órgano⁸¹⁶. Esta falta de atribución competencial expresa determinó que, con criterio unánime, tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales se pronunciaran acerca de la competencia del Juzgado de Instrucción para conocer de este delito⁸¹⁷, salvo que se cometiera, en virtud de alguno de los criterios de conexidad previstos en el art. 17 bis de la LECrim (introducido por el art. 60 de la LIVG), de forma conjunta con una infracción penal de aquellas cuyo conocimiento se atribuía al Juzgado de Violencia sobre la Mujer⁸¹⁸.

Así, los *Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género*, en las *Conclusiones* elaboradas tras la celebración del *Seminario de Formación* organizado por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005⁸¹⁹, declararon que “el delito de quebrantamiento de condena es competencia del Juzgado de Instrucción, salvo que se cometa al mismo tiempo uno de los delitos contemplados en el art. 87 ter.1.a) de la LOPJ, en cuyo caso sería competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer”. Conclusión a la que ya se había llegado en el *II Seminario de Formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas*, organizado por el Consejo

⁸¹⁶ DE LA ROSA CORTINA califica de “curiosa” dicha falta de atribución al Juzgado de Violencia sobre la Mujer del conocimiento de un tipo penal, como el de quebrantamiento, que “con frecuencia se comete en conexidad con delitos relacionados con la violencia de género” (DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 404). También ACALE SÁNCHEZ hace notar la circunstancia de que la LIVG excluya de la competencia de este órgano precisamente uno de los delitos que reforma (ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 359).

⁸¹⁷ Así, a título de ejemplo, *Auto TS de 22 de mayo de 2014* (ROJ ATS 4816/2014, Ponente Sr. Martínez Arrieta); y *Auto AP Granada, Sec. 2ª, de 9 de diciembre de 2005* (ROJ AAP GR 875/2005, Ponente Sr. Ramos Almenara): “(...) descartado que el delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar sea un delito contra la libertad, máxime al haberse incluido en el apartado dos, en el artículo 468 del Código Penal, (...) el conocimiento de las presentes diligencias está atribuido al Juzgado de Instrucción”.

⁸¹⁸ En el mismo sentido, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., pp. 7-9, que también entiende que debe conocer de dicho delito el Juzgado de Violencia sobre la Mujer; MAGRO SERVET, V.: “Criterios orientativos...”, cit., p. 9, “La agravación específica...”, cit., pp. 14-15, y *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 165 y 234, abogando por que se aborde una modificación legislativa para que se atribuya su conocimiento al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en p. 173; MARÍN LÓPEZ, P.: “La constitucionalidad de la respuesta penal...”, cit., pp. 46-47, aunque dicha autora se muestra crítica con dicha solución en “10 años de la Ley Integral...”, cit., pp. 12-13; MÉNDEZ CORTÉS, C.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., p. 36.

⁸¹⁹ “73 criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género (Ferrer García y Magro Servet –Directores-)”, *Consejo General del Poder Judicial, Conclusión 6ª*, www.poderjudicial.es.

General del Poder Judicial y celebrado en Santander los días 20 y 21 de octubre de 2005⁸²⁰.

Por lo que se refiere a la doctrina, algunos autores entienden que el único bien jurídico protegido por el delito que nos ocupa es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, y que por ello el legislador omitió expresamente incluir el quebrantamiento entre los delitos cuyo conocimiento atribuye al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por lo que consideran que la competencia para conocer de este delito, cuando se cometa de forma autónoma, ha de corresponder al Juzgado de Instrucción⁸²¹.

Sin embargo, la mayoría aboga por que el conocimiento de este delito corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando la prohibición vulnerada se hubiera acordado en un procedimiento de violencia de género⁸²², para lo que ofrecen diferentes razones. Así, LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA entiende que, si bien por razón de su ubicación sistemática la conducta tipificada en el art. 468.2 del Código Penal no puede técnicamente ser calificada como constitutiva de violencia de género, ni atribuirse su conocimiento al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, al no haberse previsto entre el elenco de delitos a los que hace referencia el art. 87 *ter* de la LOPJ, no

⁸²⁰ *Conclusiones del II Seminario de Formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas* (Cruz Moratones, C., Tena Franco, I. –Directores–), Conclusión 14ª. www.poderjudicial.es.

⁸²¹ GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 8, haciendo suyos los argumentos que se dan al respecto en la *Circular nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado*, a la que a continuación aludiremos; parece también alinearse con esta postura, a la que tilda de mayoritaria, GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L.: “La instrucción en los delitos de violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, p. 163; JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 5, considerando que el referido bien jurídico “se aleja demasiado de los motivos que propiciaron la LO 1/2004”.

⁸²² Entre otros que a continuación citaremos, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 609; CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, cit., pp. 28-29, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 48; DEL POZO PÉREZ, M.: “Luces y sombras de la Ley Orgánica 1/2004 en su décimo aniversario”, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas* (Gallardo Rodríguez –Coord.–, del Pozo Pérez –Dir.–), Comares, 2015, pp. 36-37; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 2, tildando de “incomprensible” esta exclusión, cuando el propio supuesto de hecho del art. 468.2 constituye una de las especies agravadas de los tipos recogidos en los apartados 1 y 2 del art. 153 del Código Penal; GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 365-366; GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, 2007, TOL 1.082.424, www.tirantloblanch.com, aludiendo al “enfoque reduccionista” de la LIVG en este sentido; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., p. 9, “al menos por lo que se refiere al quebrantamiento de medida cautelar”; MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 173; MONTALBÁN HUERTAS, I.: “La Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, p. 58; MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., pp. 149-151; SANCHEZ MELGAR, J.: “Comentario Artículo 468...”, cit., p. 3, y “La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, SP/DOCT/2564, Sepín, 2005, pp. 12 y 24, indicando que a su juicio constituye una “exclusión inexplicable”.

cabe desconocer que “en muchas ocasiones el quebrantamiento de una medida o pena de alejamiento constituye una clara manifestación de la violencia de género”, llamando la atención además sobre el hecho de que de estas causas conocerán en fase de enjuiciamiento y apelación órganos unipersonales o Secciones de Audiencia Provincial no especializadas⁸²³. Otros autores, como BOMBÍN PALOMAR, estiman que dicha atribución competencial posibilitaría “una mejor valoración del riesgo a la vista de los antecedentes obrantes en el propio Juzgado”⁸²⁴. También se han esgrimido el carácter pluriofensivo del delito que nos ocupa, que tutela también la indemnidad de la víctima; la necesidad de evitar el peregrinaje judicial de la misma con la consiguiente victimización secundaria⁸²⁵; la consideración de que de esta manera se “solucionaría alguno de los problemas que surgen en la práctica respecto del órgano competente para la celebración de la comparecencia prevista en el párrafo último del art. 544 *bis* de la LECrim”⁸²⁶; y razones de economía procesal, evitando la remisión de testimonios por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer al Juzgado de Instrucción competente⁸²⁷. Argumento este último con el que no estamos de acuerdo, por cuanto parece olvidar que, en muchos casos, el quebrantamiento lo será de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal o de un auto de medidas cautelares acordado por el Juzgado de Instrucción, competente con carácter general para resolver sobre la adopción de las mismas fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por lo que la remisión de exhortos y testimonios entre órganos judiciales deviene en muchos casos inevitable⁸²⁸.

En nuestra opinión, y al hilo de las consideraciones que anteriormente hemos efectuado en relación al bien jurídico protegido, entendiendo que este último no viene constituido únicamente por el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia,

⁸²³ LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., pp. 3-4 y 6.

⁸²⁴ BOMBÍN PALOMAR, G. V.: “Problemas penales (procesales y sustantivos)...”, cit., pp. 12-13; en el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 609, que alude a “una mejor tutela de la víctima”; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., p. 9; LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida...”, cit., p. 6; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., pp. 364-365; MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma...”, cit., p. 3.

⁸²⁵ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 609; CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 29, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 48.

⁸²⁶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., p. 9.

⁸²⁷ MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma en materia penal...”, cit., p. 6.

⁸²⁸ GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L.: “La instrucción en los delitos...”, p. 163, considera en tal sentido que, por este motivo, no siempre el procedimiento por quebrantamiento se podrá sustanciar por el cauce de las Diligencias Urgentes, sino que será preciso tramitarlo por Diligencias Previas.

sino que el tipo penal protege indirectamente otros bienes, cuales son la vida y la integridad de la víctima, el conocimiento del delito de quebrantamiento, en aquellos casos en que venga determinado por la vulneración de una pena o medida cautelar impuesta por un delito competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, debe corresponder a este órgano judicial. Además, no debe olvidarse en tal sentido que los supuestos en los que se va a conocer de este delito, sin conexión con otro de aquellos cuya competencia se atribuye al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, van a ser mayoritariamente aquellos en los que se produce una reanudación de la convivencia voluntaria o consentida por la víctima, ya que fuera de ellos, y excluidos los encuentros fortuitos y por tanto atípicos, resulta difícil pensar en un caso en que la comisión del delito de quebrantamiento no vaya unida a otro delito (o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, falta) que determine, por aplicación del artículo 17 *bis* de la LECrim, la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Ya el *Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial*, en su *Informe de fecha 20 de abril de 2006*⁸²⁹, consideraba necesaria la inclusión de este tipo penal dentro del catálogo de delitos cuya competencia se atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y ello por tres motivos: (I) Porque es ese órgano el que mejor puede “valorar la situación de riesgo para la víctima siempre que se ha producido un quebrantamiento, así como las circunstancias en las que se ha cometido”; (II) Porque podrá celebrar “la comparecencia para la adopción de otra medida cautelar del art. 544 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, evitando que la víctima peregrine de un Juzgado a otro cuando ésta es la testigo principal del delito de quebrantamiento”; (III) Porque “el bien jurídico protegido por el art. 468 del Código Penal en estos supuestos no es sólo el que genéricamente le ha sido tradicionalmente atribuido (la Administración de Justicia), sino que coexiste con otros vinculados con el objeto de la Ley Orgánica 1/2004”.

Y esta propuesta de modificación legislativa se reiteró en el *Informe de enero de 2011*⁸³⁰, que recoge diversas sugerencias de reforma “para acabar con los problemas

⁸²⁹ *Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan.* www.poderjudicial.es.

⁸³⁰ *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan.* www.poderjudicial.es.

técnicos existentes en la aplicación de la Ley Integral”, entendiendo que en estos supuestos el bien jurídico protegido “no es sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino, asimismo, la indemnidad de las víctimas”.

También en la *Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*⁸³¹, se establece que, si bien la no inclusión del delito de quebrantamiento entre los expresamente atribuidos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer puede tener su razón de ser tanto en el bien jurídico protegido (“la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial”) como en el hecho de que la solución contraria “podría suponer una extensión no deseada del ya amplio marco competencial de dichos Juzgados”, considera que hay diversas razones que aconsejan la atribución del conocimiento del delito a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando la pena o medida vulnerada se hubiera adoptado con ocasión de la comisión de alguna de las infracciones penales previstas en el art. 87 *ter*.1. a) de la LOPJ. Siendo las referidas razones las siguientes: (I) El Juzgado de Violencia sobre la Mujer es quien mejor puede valorar la situación de riesgo en que se encuentra la víctima, por cuanto en muchos casos estará conociendo del acto de violencia de género del que la prohibición que se quebranta trae causa; (II) Motivos de economía procesal; (III) Evitar la victimización secundaria y el peregrinaje de la víctima de un Juzgado a otro, cuando ésta es la testigo principal del delito de quebrantamiento⁸³².

Este criterio se ha reiterado en la *Circular nº 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*, indicándose en la misma que algunos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como los Juzgados de lo Penal de Madrid con competencia exclusiva en materia de violencia de género, están conociendo del delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar impuestas como consecuencia de actos de violencia de género. Postura que sin embargo en ese momento carecía de respaldo legal, pese a lo cual, mediante *Acuerdo de 25 de noviembre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial*⁸³³, se atribuyó a determinados Juzgados de lo Penal creados y constituidos por *Real Decreto 819/2010, de 25 de junio*, el conocimiento, con carácter

⁸³¹ Apartado VI.- A.6. www.fiscal.es.

⁸³² Hace suyos estos argumentos, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento...”, cit., pp. 3024-3025.

⁸³³ BOE de 27 de diciembre de 2010.

exclusivo, del enjuiciamiento y fallo de los delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar relacionados con el ámbito de la Violencia sobre la Mujer⁸³⁴.

Se puede argumentar, en contra del criterio que reclama la atribución de dicho delito al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que dicha solución abriría la posibilidad de que el juez que dictó la resolución objeto del quebrantamiento y el que instruya la causa por su presunta vulneración sean el mismo, lo que infringiría el derecho a un juez imparcial⁸³⁵. Sin embargo, esta posibilidad se da en la práctica con bastante frecuencia se opte por una u otra solución, especialmente en aquellos partidos judiciales en los que no existe un Juzgado con competencia exclusiva en materia de Violencia sobre la Mujer, e incluso en aquellos donde sí existen estos Juzgados, en la medida en que, como antes hemos indicado, es el Juzgado de Instrucción el que, fuera de las horas de audiencia, se pronuncia con carácter general sobre la adopción de dichas medidas.

En todo caso, y como recuerda la *Circular de la Fiscalía General del Estado n° 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, con cita de las *Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (ROJ STS 5013/2004) y 8 de marzo de 2004 (ROJ STS 1559/2004)*, y de la *Sentencia del Tribunal Constitucional n° 35/2000, de 14 de febrero*, las discrepancias interpretativas sobre la normativa legal que distribuye las competencias entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no se traducen necesariamente y sin más en infracciones del derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley ni rebasan el plano de la legalidad ordinaria, careciendo por tanto de relevancia constitucional.

Finalmente, el legislador se ha hecho eco de dichas sugerencias de reforma, por cuanto en la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*⁸³⁶, se prevé la atribución al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de la competencia para conocer “de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya

⁸³⁴ Este Acuerdo ha sido criticado por RODRÍGUEZ CASTRO, por entender que dicha atribución se ha efectuado sin más argumento que en razón a la carga de trabajo que soportan los demás Juzgados de lo Penal (RODRÍGUEZ CASTRO, J.: “El pronunciamiento sobre las medidas...”, cit., p. 3).

⁸³⁵ Así, JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., pp. 4-5.

⁸³⁶ BOE de 22 de julio de 2015, con entrada en vigor para el precepto indicado el 1 de octubre de 2015 (Disposición Final Décima).

sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”⁸³⁷.

Redacción que, siendo idéntica a la que se contenía en el art. 23 del *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de 27 de febrero de 2015*, mejora y completa la del *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, de 3 de abril de 2014*, que hacía referencia exclusivamente al quebrantamiento de condena, y no al de medida cautelar ni al de medida de seguridad⁸³⁸, lo que sin duda hubiera generado conflictos y cuestiones de competencia⁸³⁹, y que se justifica, según se hace constar en el apartado VII de la Exposición de Motivos, en la consideración de que “se obtendrá una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima”, porque el Juzgado de Violencia sobre la Mujer “tendrá muchos más datos que cualquier otro Juez para valorar la situación de riesgo”⁸⁴⁰.

Por último, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en virtud de la citada LO 7/2015, cabía plantearse, en relación a los casos en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer conocía del delito de quebrantamiento por haberse cometido de forma conexa con otra infracción penal cuya competencia le venía legalmente atribuida, si, acordado el sobreseimiento respecto del delito o falta competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, este órgano debía o no continuar

⁸³⁷ Art. 25 de la LO 7/2015, que añade una nueva letra g) al apartado 1 del art. 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁸³⁸ El art. 130.1.e) del Anteproyecto atribuía al Juzgado de Violencia sobre la Mujer competencia para conocer “de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena se haya quebrantado sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad judicialmente complementada que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”.

⁸³⁹ Curiosamente, en la Nota de Prensa publicada el 7 de abril de 2014 en la web del Ministerio de Justicia, sobre el “Encuentro interministerial para mejorar la respuesta ante la violencia de género”, se indicó que, “a través del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, se ampliarían las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para que conocieran, entre otros delitos, de los de “quebrantamiento de condena o de la medida cautelar impuesta en casos de violencia de género”, por lo que la redacción del Anteproyecto ponía de manifiesto una defectuosa técnica legislativa, al aludir únicamente a “delito cuya condena se haya quebrantado”. www.mjusticia.gob.es.

⁸⁴⁰ Considera también que la reforma “permitirá aclarar y superar disfunciones y el diferente mosaico de competencias que el Consejo General del Poder Judicial había atribuidos (*sic*) en esta materia a los Juzgados de lo Penal especializados en el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género”, MARÍN LÓPEZ, P.: “10 años de la Ley Integral...”, cit., pp. 12-13.

conociendo del delito de quebrantamiento cuya competencia le correspondía exclusivamente por el criterio de conexidad previsto en el art. 17 *bis* de la LECrim.

JEREZ GARCÍA consideró que en estos casos el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no perdía competencia para conocer del delito de quebrantamiento, “porque una vez admitida la competencia, o no rechazada expresamente en el auto de incoación del procedimiento, no puede perderse por dicha circunstancia”⁸⁴¹. Sin embargo, en nuestra opinión, la firmeza del auto de sobreseimiento entrañaba una pérdida sobrevenida de competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, al no estar entonces el delito de quebrantamiento expresamente atribuido al conocimiento de dicho órgano⁸⁴². Así se concluyó también en el *II Seminario de Formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas*⁸⁴³. Y ello en la misma medida en que, *ad sensu contrario*, el Juzgado de Instrucción acordaría la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer si, durante la instrucción de un procedimiento por quebrantamiento, se revelara que, de forma conexas a él y en base a alguno de los criterios previstos en el art. 17 *bis* de la LECrim, se hubiera cometido una infracción penal competencia de este último órgano.

⁸⁴¹ JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 7.

⁸⁴² Igual criterio mantuvimos en CUETO MORENO, C.: “Delimitación de competencias del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en relación con los Juzgados de Instrucción y de Familia”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, p. 430.

⁸⁴³ Conclusión 7ª.

**CAPÍTULO DUODÉCIMO.- CONSECUENCIAS PROCESALES.
COMPARECENCIA DEL ART. 544 *BIS*, *IN FINE*, DE LA LECRIM.**

El art. 544 *bis* de la LECrim, en redacción dada por la *LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, establece, en su último párrafo, que “en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 *ter* o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”⁸⁴⁴.

La obligación de convocar la comparecencia regulada en el art. 505 de la LECrim en estos supuestos se introdujo en virtud de lo dispuesto en la *LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*⁸⁴⁵, excluyendo también la *LO 15/2003* la aplicación de un límite mínimo de pena para acordar dicha medida cautelar en los casos en que la misma se adoptara con el fin de “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal” (art. 503.3.c)⁸⁴⁶.

Ello no excluye sin embargo que deban observarse en todo caso las demás exigencias constitucionales que sirvieron de fundamento a las citadas reformas y que se sintetizan en la *STC 47/2000, de 17 de febrero*⁸⁴⁷. CHIRINOS RIVERA considera en tal sentido que dicha finalidad y la exclusión, en relación a la misma, del requisito del *quantum* de la pena, entrará en juego con carácter general únicamente en los casos en

⁸⁴⁴ Para SOLETO MUÑOZ, dicha previsión no es sino una “concreción del principio *rebus sic stantibus* que rige en las medidas cautelares” (SOLETO MUÑOZ, H.: “Cuestiones procesales relacionadas...”, cit., p. 5).

⁸⁴⁵ En opinión de DE LA ROSA CORTINA, la obligatoriedad de la convocatoria de la comparecencia, cuando se descarte desde el primer momento la adopción de la prisión provisional, “puede ser perturbadora” (DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., p. 107).

⁸⁴⁶ La regulación original del precepto, introducido por la *LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, establecía de forma facultativa la posibilidad de adoptar medidas cautelares más gravosas: “El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

⁸⁴⁷ BOE de 17 de marzo de 2000.

que previamente se hayan adoptado medidas cautelares no privativas de libertad que hayan devenido ineficaces, y ello al objeto de evitar “que uno de los fines posibles de la prisión provisional lo convirtamos en el único de sus requisitos”⁸⁴⁸. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha finalidad puede apreciarse sin que previamente se haya adoptado una medida cautelar de alejamiento y/o prohibición de comunicación, siendo posible que la prisión provisional se acuerde directamente para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima si de las circunstancias concurrentes en el momento de resolver sobre su adopción se infiere indiciariamente que existe un riesgo para la integridad de aquélla y pese a que el presunto delito esté sancionado con pena inferior a dos años de prisión.

Ad sensu contrario, como indica ARANGÜENA FANEGO⁸⁴⁹, el mero incumplimiento de una medida de alejamiento no debe determinar, de forma automática, que se adopte la prisión provisional en la referida comparecencia, sino que deberá concurrir, y motivarse así en el auto en que en su caso se acuerde, un peligro cierto para la víctima, del que la vulneración de la prohibición sólo será en su caso un indicio más⁸⁵⁰. Así lo indicó, en su Fundamento Jurídico Quinto⁸⁵¹, la *STC 62/2005, de 14 de marzo de 2005*⁸⁵². Sin embargo, no cabe duda de que, especialmente si dicho quebrantamiento no es consentido por la persona para cuya protección se ha acordado la medida, será probable que el supuesto de hecho se reconduzca a la referida finalidad

⁸⁴⁸ CHIRINOS RIVERA, S.: “La Prisión Provisional y los delitos contra la Violencia de Género”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 365-369.

⁸⁴⁹ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 607.

⁸⁵⁰ En similar sentido, considerando que la previsión legal de acordar nuevas medidas que impliquen una mayor limitación de libertad personal no ha de verse como una consecuencia necesariamente anudada a dicho incumplimiento, COMES RAGA, I., JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J.: “Prisión provisional y el principio de proporcionalidad...”, cit., pp. 11, 14 y 17; GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1417, y “Del Quebrantamiento...”, cit., p. 1954.

No obstante, en opinión de RAMOS MÉNDEZ, la insistencia con que se recuerda en la ley, en relación con las medidas cautelares, la audiencia del art. 505, evidencia que “inconscientemente el legislador está incitando al uso de la prisión provisional como receta contra la violencia doméstica” (RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento criminal...*, cit., p. 293).

⁸⁵¹ “(...) no cabe presuponer que existe [peligro para la víctima] de manera automática cada vez que se produzca el quebrantamiento de una orden de alejamiento”.

⁸⁵² Sobre dicha Sentencia, *vid.* CATALINA BENAVENTE, M. Á., OUBIÑA BARBOLLA, S.: “Prisión provisional: ¿una solución a los malos tratos? Comentario a la STC, Sala 2ª, 62/2005, 14.03.2005”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2005, pp. 1 y ss.

legitimadora de la prisión provisional⁸⁵³, por cuanto se estará poniendo de manifiesto la insuficiencia de dichas medidas cautelares en orden a garantizar la tutela de la víctima.

En los casos en los que el quebrantamiento se produce con la aquiescencia o consentimiento de la persona protegida, MARTÍNEZ GARCÍA considera “excesivo” que se acuerde la privación de libertad del obligado por la medida, ante la ausencia de *periculum in mora*, si no se ha cometido de forma conexa al mismo otra infracción penal⁸⁵⁴. En todo caso, y reconociendo que estos supuestos son los que en la práctica plantean mayores dificultades, entendemos que habría que analizar las circunstancias concurrentes en cada situación concreta, no sólo en orden a determinar si dicho consentimiento se ha prestado de forma libre y voluntaria, sino también si el quebrantamiento ha supuesto una puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por la prohibición (piénsese en los casos en que la misma es extensiva por ejemplo a los hijos menores). Y ello valorando la posibilidad de acordar otras opciones que, sin llegar a la privación de libertad, entrañan una mayor restricción de derechos sin dejar desprotegida a la víctima, como la imposición de un dispositivo de teledetección para garantizar el cumplimiento del alejamiento acordado⁸⁵⁵.

En todo caso, tras la reforma introducida por la LO 15/2003, parece incontrovertido que la convocatoria de la comparecencia prevista en el art. 505 de la LECrim, con independencia de lo que en ella se resuelva y de las alegaciones que en la misma realicen las partes, es obligatoria para el juez, si bien debe indicarse que el art. 544 *bis* hace únicamente referencia al supuesto en que se incumpla una medida cautelar, pudiendo apreciarse una contradicción con lo dispuesto en el art. 505.1º del mismo texto legal, que en principio resultaría aplicable al incumplimiento de una condena firme y

⁸⁵³ ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 607; también, considerando la prisión “especialmente adecuada cuando el imputado ha incumplido otra medida cautelar”, SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Las reformas del proceso penal...*, cit., p. 198.

⁸⁵⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La tutela judicial (introducida...”, cit., p. 30, y “La protección cautelar penal...”, cit., p. 358.

⁸⁵⁵ Así lo sugiere también MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., pp. 353 y 355; en similar sentido, considerando que es más probable que el imputado consintiera la imposición de dicho dispositivo ante la posibilidad de que en caso contrario se acordara la prisión provisional del mismo, MÉNDEZ CORTÉS, C.: “Medidas judiciales de protección...”, cit., pp. 26-27; SOLETO MUÑOZ, H.: “Cuestiones procesales relacionadas...”, cit., p. 4.

En esta línea, TORRES ROSELL afirma que “la posibilidad de aplicar los sistemas de monitorización electrónica debería plantearse como alternativa a la prisión provisional y sólo excepcionalmente como elemento adicional en la libertad provisional” (TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados...”, cit., p. 89).

que permite al juez acordar la libertad provisional sin fianza sin convocar la referida audiencia⁸⁵⁶.

En caso de quebrantamiento de condena, en la medida en que el art. 468.2 no distingue, resultará irrelevante que la pena se hubiera dictado en relación a un delito leve (o, con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, a una falta), infracciones respecto de las que, como ya se ha estudiado, pueden también potestativamente imponerse las prohibiciones de aproximación y comunicación. Para COMES RAGA y JORDÁN DÍAZ-RONCERO resulta desproporcionado acordar la prisión provisional cuando la prohibición presuntamente quebrantada deriva de una causa por falta, argumento que sería extrapolable a día de hoy al delito leve previsto y penado en el art. 173.4 del Código Penal, considerando que infringe el principio de proporcionalidad que se imponga una medida cautelar tan restrictiva ante el incumplimiento de una condena que no lleva aparejada pena de prisión⁸⁵⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, y siempre que concurren los requisitos para acordar la prisión provisional, será irrelevante que la condena presuntamente vulnerada dimanase de un hecho constitutivo de la antigua falta o del actual delito leve, y ello por dos razones: en primer lugar, teniendo en cuenta que el quebrantamiento es un delito autónomo, con pena de prisión de seis meses a un año si se comete en el ámbito de la violencia doméstica y de género; y, en segundo orden, por cuanto el mismo riesgo en abstracto para la víctima evidencia la vulneración no consentida de las medidas establecidas a su favor en un procedimiento por delito que por falta o por delito leve⁸⁵⁸.

Mayores problemas plantea determinar quién es el juez competente para convocar y celebrar dicha comparecencia: si el que dictó la pena o medida cautelar presuntamente quebrantada, o el que está conociendo del presunto delito de quebrantamiento. JEREZ GARCÍA entiende que debe ser competente para convocar dicha comparecencia el juez que acordó la medida cautelar o la pena presuntamente quebrantada. Fundamenta su criterio, de un lado, en el hecho de que es dicho juez quien

⁸⁵⁶ Art. 505.1 de la LECrim: “Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza”.

Como anteriormente se ha indicado, el sustantivo “imputado” se ha sustituido por el de “investigado o encausado” en virtud de la reforma operada por la *LO 13/2015, de 5 de octubre*.

⁸⁵⁷ COMES RAGA, I., JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J.: “Prisión provisional y el principio de proporcionalidad...”, cit., p. 11.

⁸⁵⁸ En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 608.

mejor puede valorar si procede modificar aquélla adoptando otra más restrictiva de derechos, y, de otro, en la circunstancia de que, de otra manera, aquél no tendría conocimiento del presunto incumplimiento⁸⁵⁹. Éste es el criterio que parece seguirse también en la *Circular n° 4/2005, de la Fiscalía General del Estado*⁸⁶⁰.

Sin embargo, en nuestra opinión, dicha comparecencia debe celebrarla el juez que esté conociendo del presunto delito de quebrantamiento, sin perjuicio de que remita testimonio de lo actuado, a los efectos oportunos, al órgano que hubiera impuesto la pena o medida presuntamente quebrantada⁸⁶¹, y ello por las siguientes razones: primero, porque podría correrse el riesgo de emitir resoluciones contradictorias entre el referido juez y aquél que dictó la medida presuntamente quebrantada; en segundo lugar, porque al ser la víctima el principal testigo del delito de quebrantamiento, vendría obligada a comparecer o declarar ante los dos órganos judiciales, con la correspondiente victimización secundaria; en tercer extremo, porque es posible que dicha medida cautelar hubiera sido impuesta por un juez de otro partido judicial distinto (a menudo meses antes de su presunto quebrantamiento); juez que desconocería las circunstancias del presunto delito de quebrantamiento (y que además podría haber ya elevado la causa al órgano sentenciador), y al que habría que remitir testimonio de lo actuado; y en cuarto orden, porque es el juez a cuya disposición ha sido puesto el detenido o imputado quien mejor puede apreciar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y el riesgo en que en su caso puede encontrarse la víctima.

⁸⁵⁹ JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento...”, cit., p. 13. También parecen llegar a dicha conclusión, GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica...”, cit., p. 8, entendiendo que de ese modo también se minimizaría la inconveniencia que supone para la víctima el hecho de que no sea el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el que conozca del delito de quebrantamiento; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden...”, cit., pp. 2-3; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 357.

⁸⁶⁰ Apartado VI.- A.6: “Ciertamente el apartado último del art. 544 *bis* LECrim prevé que en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará una comparecencia para la adopción de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, con lo que sin duda tendrá cumplido conocimiento del incumplimiento y sus circunstancias (...)”.

⁸⁶¹ A dicha conclusión parece llegar también ARANGÜENA FANEGO cuando indica que la comparecencia deberá convocarla el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o, fuera de las horas de audiencia de este órgano, el Juzgado de Guardia (ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales...”, cit., p. 609); también, GONZÁLEZ ALCALÁ, M. J., SERRANO ROMERO, J. F.: “Las medidas cautelares en las causas...”, cit., pp. 8-9, que afirman que la comparecencia del art. 505 la convocará el Juez de Guardia cuando sea puesto el detenido a su disposición; MARÍN LÓPEZ, P.: “El papel de la jurisdicción frente a la violencia contra las mujeres: obligaciones de jueces y juezas”, *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (Rivas Vallejo, Barrios Baudor – Dir.-), Aranzadi, 2007, pp. 253-254, que alude al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

**CAPÍTULO DECIMOTERCERO.- CUESTIONES PROCESALES EN
MATERIA DE SUSPENSIÓN DE CONDENA.**

I.- IMPOSICIÓN IMPERATIVA DE CONDICIONES. DUPLICIDAD DE CONSECUENCIAS.

Como antes se ha indicado, la LIVG modificó los arts. 83, 84 y 88 del Código Penal, estableciendo un régimen especial de suspensión y sustitución de la pena para los “delitos relacionados con la violencia de género”, condicionando de forma imperativa, y sin tener en cuenta la voluntad de la víctima⁸⁶², la concesión de los referidos beneficios no sólo a las mismas prohibiciones de aproximación y comunicación (reglas 1ª y 2ª del art. 83.1 del Código Penal) que ya se fijaron en la LO 15/2003 en relación a los delitos de maltrato de obra sin lesión y de violencia habitual (cuestión esta última, la del ámbito de aplicación de la norma, que analizaremos a continuación), sino también al cumplimiento por parte del penado de programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico (regla 5ª del apartado 1 de dicho precepto)⁸⁶³.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que cambió el sistema estableciendo un único régimen de suspensión con diversas alternativas, mantiene sin embargo el carácter imperativo de las obligaciones a las que condicionar dicho beneficio, al disponer el vigente art. 83.2 del Código Penal que “cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del apartado anterior”, esto es, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos⁸⁶⁴, o de comunicar con los mismos por cualquier medio; la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda [el condenado] encontrar la ocasión o motivo

⁸⁶² Se muestra crítica con el desconocimiento, también en este ámbito, de la voluntad de la víctima, LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, cit., p. 94.

⁸⁶³ En el caso del derogado régimen de sustitución, si bien no se hacía mención a la regla 5ª del art. 83.1, se hacía referencia directa en el art. 88 a que, cuando se otorgue dicho beneficio, se impondrán las obligaciones previstas en las reglas 1ª y 2ª de aquel precepto, “además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico”.

⁸⁶⁴ Considera que esta referencia a los “lugares habitualmente frecuentados” por la víctima o las personas que se determinen por el juez o tribunal reviste “mayor dosis de indeterminación” que la redacción anterior del precepto, CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: “Violencia de género...”, cit., p. 515.

para cometer nuevos delitos⁸⁶⁵; y la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares⁸⁶⁶.

La LO 1/2015 vuelve así a limitar en este ámbito la discrecionalidad judicial, con la finalidad de proteger a la víctima⁸⁶⁷, en relación a figuras jurídicas, como la suspensión o la extinta sustitución, cuya aplicación debiera siempre requerir un margen de apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁸⁶⁸, lo que, según

⁸⁶⁵ Tilda también de “discutible” esta última referencia, CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: *Ibidem*, cit., p. 515.

⁸⁶⁶ Califica de “acertada” la inclusión expresa de programas de igualdad de trato y no discriminación, CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: *Ibidem*, cit., p. 515.

⁸⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 115; LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo...”, cit., p. 336; PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación...”, cit., p. 91, y “La incidencia de la Ley Integral...”, cit., p. 215.

Considera que la finalidad principal de estas obligaciones o deberes es asegurar el cumplimiento de la condición principal, que es la de no volver a delinquir, y favorecer la resocialización del penado, RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., p. 295.

⁸⁶⁸ En opinión de ABEL SOUTO, en dicha obligatoriedad “subyace un automatismo despreciable” (ABEL SOUTO, M.: “Discordancias y errores...”, cit., pp. 74-75), que “contradice la flexibilidad de la suspensión, que exige analizar detenidamente cada caso” (ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal...”, cit., p. 81). También se muestran contrarios a dicho carácter imperativo, BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Las violencias habituales...”, cit., pp. 206-207, que entiende que “debería estudiarse la posibilidad de valorar residenciar en el juzgador o juzgadora la facultad de ponderar en todos los supuestos las circunstancias concurrentes y, en especial, las relativas a la valoración del riesgo que aconsejaran o no la imposición de estos deberes”; LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, cit., pp. 94 y 102, que critica que el legislador presuma que todos los supuestos tienen idéntica gravedad y desconozca la voluntad de la víctima; MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 276, indicando que el propio sentido de dichas obligaciones, “asociadas a razones preventivas y de protección de las víctimas o sus allegados, hacen exigible que su imposición vaya, no predeterminada por el legislador –como lo está, ahora-, sino precedida de una valoración de las circunstancias concurrentes por parte del órgano judicial”; SANZ MULAS, N.: “Suspensión y sustitución de penas”, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Sanz Mulas, González Bustos, Martínez Gallego –Coord.-), Iustel, 2005, p. 159, indicando que “lo reprochable (...) es la imposición automática de las reglas 1ª, 2ª y 5ª a que obliga el legislador, preconizando un sistema legal desequilibrado que propicia de modo creciente dinámicas de alejamiento y prescinde de las que facilitan la aproximación y la conciliación en la gestión de conflictos”; TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales...”, cit., pp. 231-232.

Sin embargo, las amplias posibilidades de sustituir y suspender la pena para delinquentes primarios compensan, en opinión de FARALDO CABANA, la dureza con que castiga el legislador los actos en que se materializa la violencia de género (FARALDO CABANA, P.: “Las penas principales de los delitos relacionados con la violencia de género”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 572-573); también OTERO GONZÁLEZ justifica la obligatoriedad en la imposición de estas reglas de conducta en aras de la protección integral de la víctima, entendiendo que debería haberse previsto idéntico carácter imperativo en su observancia a la hora de decretar la libertad condicional de los penados por esta clase de delitos *ex art. 90.2 del Código Penal* (OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados...*, cit., p. 44).

ACALE SÁNCHEZ, constituye una muestra de la “pérdida de confianza del legislador en la labor judicial”⁸⁶⁹.

Así, el vigente art. 80 del Código Penal establece que, para adoptar la resolución relativa a la suspensión de la pena, “el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Y los arts. 80 y 88 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, exigían respectivamente que la suspensión se acordara “atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”, y que la sustitución debería adoptarse en función de “las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado”.

En nuestra opinión, dicho régimen general de suspensión, tanto en la vigente como en la derogada redacción, hubiera debido bastar para ponderar si es factible conceder alguno de los mencionados beneficios sin merma de la seguridad de la víctima del delito y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones⁸⁷⁰. Máxime teniendo en cuenta que, cuando estos delitos relacionados con la violencia de género, o, según el texto vigente, cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o haya mantenido con ella una análoga relación de efectividad, aun sin convivencia, sean además alguno o algunos de los establecidos en el art. 57.1 del Código Penal, se habrá impuesto ya preceptivamente una pena accesoria de prohibición de aproximación, de tal manera que dicho régimen doblemente imperativo va a determinar que en muchos casos el cumplimiento de dichas prohibiciones (de casi idéntico contenido pero diferente

⁸⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal...”, cit., p. 44, “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 115, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 341; en el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 171 y 178.

⁸⁷⁰ En similar sentido, FARALDO CABANA indica que esta estandarización de la respuesta penal casa mal con el fundamento de la suspensión, que exige un análisis de cada caso para adecuar la respuesta penal al supuesto concreto (FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 171, con cita de PRATS CANUT y TAMARIT SUMALLA, que aluden a un “automatismo perturbador de la concepción flexible que animaba las reglas de conducta”).

naturaleza⁸⁷¹) se va a yuxtaponer en el tiempo, con las consecuencias que a continuación expondremos.

En consecuencia, aunque es posible, como seguidamente analizaremos, que ambas prohibiciones no coincidan en el tiempo, hubiera sido preferible que el legislador hubiese contemplado expresamente en estos casos una previsión idéntica a la que se establecía, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, en el primer párrafo del art. 88.1 del Código Penal en relación a la sustitución, que habilitaba al juez o tribunal para imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de dicho texto legal “de no haberse establecido como penas en sentencia”⁸⁷². Posibilidad, por cierto, que ya defendió en su día BARQUÍN SANZ cuando sostuvo que la pena de alejamiento del art. 57.1 del Código Penal podría funcionar como sustitutivo de la prisión si se aplicara con buen criterio, por cuanto en todo el rango de delitos de dicho precepto se puede imponer la misma como pena accesoria y como condición para la suspensión de la de prisión⁸⁷³.

En esta línea, se ha indicado también por FERNÁNDEZ PÉREZ que la imposición de estas prohibiciones de alejamiento como deberes o condiciones para la suspensión de la pena únicamente tendrá sentido en los delitos relativos a los derechos y deberes familiares, que, estando relacionados con la violencia de género, no llevan aparejada la pena accesoria de la misma naturaleza (cuestión ésta, la del ámbito de aplicación de dicha normativa, que abordaremos seguidamente), y en aquellos supuestos en que el plazo de duración de dicha pena sea inferior al de suspensión, en cuyo caso

⁸⁷¹ Así, a título de ejemplo, el art. 83, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, no aludía a la “prohibición de residir en determinados lugares”, sino sólo a la de acudir, ni hacía referencia expresa, como tampoco la hace el vigente art. 83.1, al lugar donde se cometió el delito o a aquél en que resida la víctima o su familia.

Hace notar estas divergencias parciales en el contenido de las prohibiciones, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 94; en el mismo sentido, considerando que hubiera sido necesario que se hubiese unificado la regulación de la misma consecuencia (el alejamiento), ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 118.

⁸⁷² En idéntico sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 118; FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 81, 86 y 101.

⁸⁷³ BARQUÍN SANZ, J.: “Sistema de sanciones...”, cit., p. 198.

En similar sentido, COMAS D’ARGEMIR CENDRA, analizando la LO 14/1999, aconsejaba que la imposición de las reglas de conducta referidas se estableciera obligatoriamente en caso de suspensión de la pena privativa de libertad cuando en la condena no se hubiera impuesto la pena accesoria del art. 57 del Código Penal (COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999...”, cit., p. 232).

podría imponerse la prohibición como deber durante el tiempo que faltara hasta alcanzar el lapso temporal por el que se ha acordado la concesión de dicho beneficio⁸⁷⁴.

En la medida, pues, en que las prohibiciones de aproximación y comunicación también constituyen deberes a cuyo cumplimiento ha de condicionarse necesariamente la suspensión de condena cuando derive de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, *ex art. 83.2 del Código Penal* (o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, *ex art. 83.1, in fine*, o, en relación a la sustitución, *ex art. 88.1, in fine*, del mismo texto legal), si las mismas se infringen, y en función del momento en que haya tenido lugar dicho incumplimiento, podremos encontrarnos ante un delito de quebrantamiento de condena y/o ante una posible causa de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad previamente otorgada. Revocación que, con anterioridad a la LO 1/2015, limitaba nuevamente la discrecionalidad judicial, al excepcionar el art. 84.3 del Código Penal, antes de ser reformado por dicha norma, la regla general contenida en el mencionado precepto y que preveía, en caso de incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas, la posibilidad, en función de las circunstancias del caso, de sustituir la obligación infringida por otra, prolongar el plazo de duración de la suspensión y, sólo en caso de incumplimiento reiterado, revocar dicho beneficio⁸⁷⁵. E indicamos que el incumplimiento de las prohibiciones de alejamiento impuestas como deberes o condiciones puede suponer la comisión de un delito de quebrantamiento y/o la revocación del beneficio concedido, porque, como hemos señalado, no necesariamente han de coincidir el tiempo de duración de la pena accesoria con aquél por el que se haya acordado la suspensión de la pena.

⁸⁷⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, P.: “Violencia de género, violencia contra la mujer. Especial mención de la suspensión de condenas”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, n° 2, 2005, p. 225.

⁸⁷⁵ Reclamaba que se estableciera en esta materia un régimen común y flexible de revocación que permitiera valorar todas las circunstancias del caso y que diera opciones al cambio de unas prohibiciones por otras durante la ejecución, FARALDO CABANA, P.: “Estrategias actuariales...”, *cit.*, p. 754; también consideraba “infundado” el carácter preceptivo de la revocación y “desmedido” el hecho de que se asimilara la vulneración de la condición a la comisión de un nuevo delito, reclamando que se permitiera al juez “sondear si esa vulneración entraña un peligro real para la mujer o si es reflejo de un deseo de acercamiento común de la pareja”, ROIG TORRES, M.: “La suspensión y la sustitución...”, *cit.*, p. 128.

Algunos autores consideran inaceptable esta duplicidad de consecuencias⁸⁷⁶, afirmando que puede entrañar una vulneración del principio *ne bis in idem*⁸⁷⁷. CID MOLINÉ entiende en relación a esta cuestión, no sólo que carece de sentido y conculca dicho principio condenar al infractor por quebrantamiento si paralelamente se le va a revocar el beneficio concedido, sino que incluso esta última previsión es demasiado rígida, sugiriendo, ante incumplimientos que no entrañen un peligro importante para la víctima, que se acuerde la sumisión a una obligación de tratamiento o la imposición de un mecanismo de control electrónico del sujeto⁸⁷⁸.

Sin embargo, otro sector doctrinal la considera justificada por estimar que los plazos de imposición de ambas no tienen por qué coincidir ni, de hecho, muchas veces coinciden, en la medida en que con bastante frecuencia habrá que abonar al tiempo de duración de la pena el de la medida cautelar de igual clase acordada durante la instrucción, de modo que, con esta normativa, se puede prolongar la protección a la víctima durante todo el plazo de suspensión en caso de cumplirse con anterioridad la pena privativa de derechos⁸⁷⁹. Además, también se apuntaba, con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, que, al vincularse al incumplimiento de estas obligaciones o deberes la automática revocación del beneficio concedido, se aseguraría el ingreso en prisión del infractor con independencia de la responsabilidad penal que esa conducta conllevara⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ Así, FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos...”, cit., pp. 198-199, “Las penas previstas por delitos...”, pp. 262-263, *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 86 y 175-177, y “El quebrantamiento de la prohibición...”, cit., p. 537, autora que hace referencia a una “duplicidad innecesaria de penas y obligaciones con el mismo contenido pero distinta naturaleza jurídica y duración”, y a una “duplicidad superflua de consecuencias en caso de incumplimiento que, como poco, deja perplejo al intérprete”; alude al “problema de su compatibilidad con las penas accesorias de obligada imposición”, GOYENA HUERTA, J.: “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, 2015, p. 7; la tilda de paradójica, MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente...”, cit., p. 60; TARDÓN OLMOS, M.: “Especialidades de ejecución de las penas...”, cit., pp. 18 y 39; también, TORRES ROSELL considera en estos casos “superflua” la imposición de obligaciones de contenido idéntico a la de la pena accesoria (TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales...”, cit., p. 249).

⁸⁷⁷ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229; en la misma línea, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 180.

⁸⁷⁸ CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad...”, cit., p. 229, y nota a pie de página nº 22, con cita de LARRAURI PIJOAN.

⁸⁷⁹ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 17; GONZALO RODRÍGUEZ, M. T.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., p. 8; también considera acertada esta duplicidad, pero partiendo de la premisa inexacta de que la suspensión de la pena de prisión entraña la paralela suspensión de la pena accesoria de alejamiento, MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., p. 66.

⁸⁸⁰ CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 24, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 41, considerando que la imposición obligatoria de estos deberes pese a ser imperativa la imposición de pena de igual contenido no es “estéril”.

En todo caso, conviene tener presente que en ningún supuesto la vulneración de dichas reglas de conducta impuestas al acordar la suspensión o, antes de la entrada en vigor de la citada LO, la sustitución de la pena privativa de libertad, podrá fundamentar la comisión del delito de quebrantamiento, al referirse el tipo penal únicamente a penas, medidas de seguridad y medidas cautelares⁸⁸¹. Cuestión distinta es que simultáneamente se esté cumpliendo la pena accesoria de idéntico contenido, cuya infracción sí será subsumible en el art. 468.2 del Código Penal⁸⁸². Pero si el plazo de duración de la pena accesoria de alejamiento o prohibición de comunicación ha finalizado, en el supuesto de que se produzca un incumplimiento, únicamente se podrá revocar en su caso el beneficio de suspensión concedido.

El régimen de revocación contenido en el reformado art. 84.3 del Código Penal⁸⁸³, que, introducido por el legislador en la LO 15/2003, establecía que el incumplimiento de los deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinaría la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos relacionados con la violencia de género, había sido criticado por un sector doctrinal, por cuanto constituía una nueva muestra de la limitación por parte del legislador de la discrecionalidad judicial⁸⁸⁴, y porque entrañaba un “automatismo incompatible con la suspensión”⁸⁸⁵, así como una “asimetría en el sistema de revocación” de la misma⁸⁸⁶, dejándose sin efecto dicho beneficio aunque el incumplimiento de las prohibiciones de aproximación y/o comunicación no hubiera sido

⁸⁸¹ En el mismo sentido, ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal...”, cit., p. 11; CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento...”, cit., p. 1152; LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: “Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7673, 14 jul. 2011, p. 6.

En contra, considerando que el incumplimiento de dichos deberes es constitutivo de delito de quebrantamiento de medida de seguridad del art. 468 del Código Penal, CRUZ BLANCA, M. J.: “Los subtipos agravados...”, cit., p. 158; FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento...”, cit., p. 116; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., p. 71.

⁸⁸² Así lo recuerdan JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 404-405, y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas...”, cit., p. 8. También insiste en la necesidad de distinguirlas, MAGRO SERVET, V.: “La revocación de la medida de suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de las medidas acordadas con base en el art. 83.1.5º *in fine* del CP en la violencia de género”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 93, mayo 2012, p. 8.

⁸⁸³ Art. 84.3 del Código Penal, con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015: “En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

⁸⁸⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 342.

⁸⁸⁵ ABEL SOUTO, M.: “Discordancias y errores...”, cit., p. 75, para quien “tamaño régimen excepcional de revocación para los malos tratos resulta injustificable” y “sólo atiende a un Derecho penal simbólico”.

⁸⁸⁶ ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal...”, cit., p. 83; SANZ MULAS, N.: “Suspensión y sustitución...”, cit., p. 160.

reiterado o no hubiese entrañado peligro para la víctima⁸⁸⁷, y viniendo en consecuencia a equipararse *de facto* la vulneración de dichas reglas de conducta al incumplimiento de la condición principal de no delinquir, habida cuenta que ambos comportamientos conllevaban el ingreso en prisión del obligado como consecuencia de la revocación de la suspensión⁸⁸⁸.

Además, ni en la LO 15/2003 ni en la LIVG daba respuesta el legislador a la cuestión de qué consecuencias jurídicas aplicar cuando se incumplían las condiciones impuestas para la concesión de la sustitución de la pena privativa de libertad. Y ello porque no había ninguna remisión a la norma contenida en el art. 84 para los supuestos de suspensión de condena. En opinión de un sector doctrinal, debió preverse, a fin de asemejar el tratamiento de ambas materias, la revocación de la sustitución en caso de que se incumplieran las obligaciones consistentes en prohibiciones de aproximación y comunicación⁸⁸⁹. FARALDO CABANA entendía en este sentido, con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, que debería revocarse el beneficio de la sustitución porque, en los delitos relacionados con la violencia de género, al haberse impuesto también obligatoriamente la prohibición como pena accesoria al amparo del art. 57.2 del Código Penal, su vulneración habría comportado la comisión de un delito de quebrantamiento⁸⁹⁰. Sin embargo, como antes hemos apuntado, ello no tenía por qué ocurrir, en la medida en que ambas prohibiciones no necesariamente habían de coincidir en el tiempo. En todo caso, no cabía aplicar lo dispuesto en el art. 88.2 del Código Penal para los supuestos de incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva, porque, como señalaba la *Circular nº 1/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*⁸⁹¹, el propio precepto declaraba la incompatibilidad de dichas reglas con las obligaciones o deberes impuestos, siendo de distinta naturaleza, y porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida a la de prisión inicialmente

⁸⁸⁷ LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, cit., pp. 94-95, tildando de “desproporcionada” esta sanción como única respuesta ante cualquier infracción de la regla de conducta.

⁸⁸⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 117.

⁸⁸⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 117, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 343; MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., pp. 71-72.

⁸⁹⁰ FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., p. 187.

⁸⁹¹ Apartado XIV.-3. www.fiscal.es.

impuesta no eran extrapolables a las citadas obligaciones, para las que no se había previsto regla alguna de conversión⁸⁹².

Tras la reforma del régimen de suspensión abordada por la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, se ha suprimido dicho régimen especial de revocación de la suspensión de la pena, por lo que el incumplimiento de los deberes previstos en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 del Código Penal e imperativamente impuestos, *ex art.* 83.2 de dicho texto legal, en relación a delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se regirá por el régimen común previsto en el art. 86, que como regla general exige un incumplimiento grave o reiterado de aquéllos para que se deje sin efecto el beneficio y se ordene la ejecución de la pena (art. 86.1.b)), y que habilita al juez o tribunal, si la vulneración de las obligaciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, para imponer al penado nuevas prohibiciones, modificar las ya impuestas o prorrogar el plazo de suspensión sin que pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado (art. 86.2), no pudiendo acordarse la revocación de la suspensión y el inmediato ingreso en prisión del condenado sino “cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima” (art. 86.4)⁸⁹³.

En nuestra opinión, resulta más adecuado que el incumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos en virtud de lo establecido en el art. 83.2 del Código Penal se someta al régimen de revocación de la suspensión de penas privativas de libertad previsto con carácter general en el art. 86 de dicho texto legal⁸⁹⁴, por cuanto dicho precepto permite al juez o tribunal ponderar (previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, y acordando las diligencias de comprobación necesarias e

⁸⁹² En el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 18.

⁸⁹³ Considera que con este régimen se refuerza la discrecionalidad judicial a la hora de resolver sobre la revocación de la suspensión, MAGRO SERVET, V.: “Reforma Del Código Penal...”, cit., pp. 7-8.

CORELLA MIGUEL califica esta última previsión de “innecesaria, o más bien improcedente”, pues a su juicio, si hay riesgo de reiteración delictiva o para la víctima, no debería haberse concedido el beneficio de la suspensión (CORELLA MIGUEL, J. J.: “La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 8552, 2 junio 2015, p. 9). Sin embargo, en nuestra opinión, dicha postura obvia la posibilidad, frecuente en la práctica, de que con posterioridad al otorgamiento de la suspensión se produzca una modificación de las circunstancias que concurrían en el momento de resolverse sobre la misma.

⁸⁹⁴ En contra, tildando de “preocupante” que el incumplimiento de los deberes a los que se condiciona la suspensión no entrañe la automática revocación del beneficio y el inmediato ingreso en prisión, CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: “Violencia de género...”, cit., p. 515.

incluso la celebración de vista oral *ex art. 86.4*), las circunstancias concurrentes en cada caso (entre ellas, si dicha vulneración se produjo con el consentimiento o aquiescencia de la persona respecto de la que dicha obligación se acordó), así como el carácter grave o reiterado de la vulneración producida, en orden a adoptar la consecuencia jurídica más adecuada. Revocación que por tanto deja de operar con carácter general de forma automática sin que ello redunde en detrimento de la víctima, habida cuenta que, como se ha indicado, podrá acordarse aquélla con el inmediato ingreso en prisión del obligado cuando, entre otros fines, se considere imprescindible para asegurar la protección de la misma.

Por último, como ya apuntamos *ut supra*, si bien el art. 85, tras la reforma operada por la LO 1/2015, habilita al juez o tribunal para modificar la decisión que se hubiera adoptado conforme a los arts. 83 y 84 a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas para su imposición, acordando “el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”, y aunque ello podría erigirse en una posible solución para aquellos supuestos en que, durante la ejecución, y una vez extinguida la pena de alejamiento, las partes afectadas por la obligación de no aproximarse o comunicarse decidieran libremente retomar el contacto o reanudar la convivencia, consideramos que dicho precepto no es aplicable a los delitos de violencia de género contemplados en el citado art. 83.2 del Código Penal, ya que el carácter imperativo de la imposición de dichos deberes en tales supuestos casa mal con la posibilidad de dejar los mismos sin efecto en base a una modificación de circunstancias que además el legislador no permite tener en cuenta para su establecimiento.

II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. “DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO”. LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LO 1/2015.

Finalmente, resulta necesario hacer mención al hecho de que los arts. 83 y 88 del Código Penal, tras su modificación por la LIVG y antes de la reforma operada por la LO 1/2015, se refirieran a cualquier delito “*relacionado con la violencia de género*” a los efectos de prever que, cuando se condenara por la comisión de los mismos, se debiera condicionar la suspensión o la sustitución de la pena privativa de libertad al cumplimiento en todo caso de las obligaciones contenidas en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del

art. 83.1 del Código Penal. Tras la entrada en vigor de la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, como anteriormente se ha indicado, la aplicación imperativa de dichos deberes se prevé, en el art. 83.2, en relación a los “delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia”. Cambio en la redacción del ámbito objetivo del precepto que, en opinión de CERVELLÓ DONDERIS y CHAVES PEDRÓN, si bien evita las dudas sobre el alcance de la expresión “violencia de género”, ampliándolo a más supuestos de los contemplados por la LIVG, lo hace a costa de suprimir un concepto legal ya consolidado que “simboliza la visibilidad de la violencia sobre la mujer por el hecho de serlo”⁸⁹⁵.

ABEL SOUTO, con argumentación extrapolable a la vigente redacción, indica que, la introducción de la expresión “delitos relacionados con la violencia de género”, “amplía y restringe a la vez” el ámbito de aplicación del régimen de suspensión (y, antes de la LO 1/2015, de la sustitución), que desde la entrada en vigor de la LO 15/2003 alcanzaba a todas las víctimas de malos tratos (*ex arts. 153 y 173.2 del Código Penal*), y, tras la reforma operada por la LO 1/2004, limita aquél a los supuestos de violencia del hombre contra la mujer, pero la extiende a todos estos casos con independencia de su gravedad, introduciendo por otra parte una categoría “de difícil delimitación”⁸⁹⁶. En opinión de ACALE SÁNCHEZ, también aplicable al vigente art. 83.2, se ha restringido el ámbito objetivo de dicha regulación excluyéndose de la misma los supuestos de violencia doméstica, sin que el legislador haya ofrecido “justificación alguna del motivo por el cual lleva a cabo semejantes restricciones”⁸⁹⁷; lo cual supone, en palabras de CARBALLO CUERVO, una desprotección para las víctimas de violencia doméstica y

⁸⁹⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: “Violencia de género...”, cit., p. 514.

⁸⁹⁶ ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal...”, cit., pp. 80-81 y 84. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia...*, cit., pp. 171-172; LAURENZO COPELLO, P. “El modelo de protección reforzada...”, cit., p. 100, y nota a pie de página nº 20, indicando que este tipo de imprevisiones legislativas abona el terreno para quienes injustamente reprochan a la LIVG un contenido tendencioso y discriminatorio; de la misma autora, “Violencia de género y Derecho Penal de excepción...”, cit., p. 50, aludiendo a “manifestaciones de excepcionalidad que han pasado casi inadvertidas a los críticos”; también, MAGRO SERVET, V.: “Nuevo régimen de las medidas alternativas a la prisión en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6726, 1 jun. 2007, p. 13, que, en relación al régimen de sustitución, propone adicionar los casos de violencia doméstica.

⁸⁹⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género...”, cit., p. 117, y *La discriminación hacia la mujer...*, cit., p. 342; en el mismo sentido, RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., pp. 296-297.

la consideración de las que lo son por violencia de género de víctimas privilegiadas⁸⁹⁸. Muy crítica se muestra también MANJÓN-CABEZA OLMEDA, que indica que la reforma operada por la LIVG “no incluye a nadie y excluye a casi todos, dejando la obligatoriedad de las mayores garantías sólo a favor de la mujer víctima de su marido o compañero”⁸⁹⁹, así como que ello, “lejos de suponer un avance, es un retroceso” que “no se traduce en mayor amparo para las mujeres”, que ya estaban incluidas con la redacción anterior, “sino en menor amparo para todos los demás”⁹⁰⁰.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, la expresión acuñada por el legislador en la LIVG no excluía a los delitos de violencia doméstica, por entender que los mismos están relacionados con la violencia de género, razonamiento que sin embargo no es aplicable al vigente art. 83.2, que alude exclusivamente a los delitos cometidos sobre la mujer por su cónyuge o persona que mantenga con ella análoga relación de afectividad. En esta línea, ESCOBAR JIMÉNEZ afirma que la expresión “delitos relacionados con la violencia de género”, “puede y debe aplicarse a más delitos” de los que se recogen en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer *ex art. 87 ter* de la LOPJ, de tal modo que entiende que aquélla abarca también al delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal y a los delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica, esto es, aquellos cuyos sujetos pasivos sean las personas que menciona el art. 153 por referencia al art. 173.2 del Código Penal⁹⁰¹. En similar sentido, GUTIÉRREZ ROMERO considera que la citada expresión ha de interpretarse de forma extensiva, de modo que comprenda no sólo los delitos de los arts. 153 y 173.2 del Código Penal, sino también los tipos penales de lesiones agravadas, amenazas, coacciones y quebrantamiento de condena que introduce la LIVG⁹⁰². Por su parte,

⁸⁹⁸ CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 24, y “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas...”, cit., p. 42; en el mismo sentido, considerando que el legislador ha sido “prisionero de los planteamientos exclusivistas para la llamada violencia de género apartándose de la atención a otros posibles sujetos pasivos”, MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 57.

⁸⁹⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima...”, cit., p. 67.

⁹⁰⁰ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., pp. 20-21 y 24.

⁹⁰¹ ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., pp. 1-3.

⁹⁰² GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos”, *Sección de Estudios del Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1990, 1 junio 2005, p. 20; en el mismo sentido, LEGANÉS GÓMEZ, S.: “Las penas y el tratamiento de los maltratadores”, *La Ley Penal*, nº 34, enero 2007, p. 13, si bien el mismo autor, en p. 14, indica que la imposición de las condiciones será facultativa para los sujetos pasivos del art. 173.2 del Código Penal que no sean la mujer que tiene o ha tenido relación matrimonial o análoga con el condenado; en línea similar, pero añadiendo a los delitos de los arts. 153 y 173.2 únicamente los de amenazas del art. 171.4, 5 y 6 y los

FACHAL NOGUER y RAMOS VÁZQUEZ, si bien entienden comprendidos en la expresión “delitos relacionados con la violencia de género” el de violencia habitual del art. 173.2, los delitos previstos y penados en los arts. 148, 153, 171 y 172, y la falta contemplada en el art. 620, todos ellos del Código Penal⁹⁰³, señalan sin embargo que el delito de quebrantamiento “no puede incluirse dentro del concepto violencia de género”⁹⁰⁴. En parecida línea interpretativa, y excluyendo el delito de quebrantamiento, se sitúa GARCÍA PÉREZ, estimando incluidos en la expresión los delitos de maltrato de obra del art. 153, amenazas leves del art. 171 y coacciones leves del art. 172 cuando la víctima sea una mujer en los términos que dispone el art. 1 de la LIVG, o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor⁹⁰⁵.

También MANJÓN-CABEZA OLMEDA excluye el delito de quebrantamiento de los relacionados con la violencia de género. Dicha autora, tras afirmar que el legislador de la LIVG hizo uso de una expresión de difícil delimitación práctica⁹⁰⁶, indica que será el contenido de la condena por hechos manifestación de la violencia de género, instruidos o juzgados por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el que actúe como filtro o límite, si bien entiende que deberán excluirse en todo caso de dicha expresión los delitos contra los derechos y deberes familiares, al no caracterizarse los mismos por la violencia⁹⁰⁷. Otros autores, como POLAINO NAVARRETE o

de coacciones del art. 172.2 del Código Penal, SANZ MULAS, N.: “Suspensión y sustitución...”, cit., pp. 159 y 160-161.

⁹⁰³ En nuestra opinión, la inclusión de la falta es inadecuada, por cuanto la norma refiere expresamente a “delitos”. Excluye también las faltas por el mismo motivo, ROIG TORRES, M.: “La suspensión y la sustitución...”, cit., p. 123.

⁹⁰⁴ FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., p. 216.

⁹⁰⁵ GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente...”, cit., p. 16.

⁹⁰⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., pp. 21-23; en el mismo sentido, ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004...”, cit., p. 30; ROIG TORRES, M.: “La suspensión y la sustitución...”, cit., p. 119.

En contra, considerando injustificada la crítica de falta de taxatividad formulada por esta última autora, LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo...”, cit., nota a final de página nº 50.

⁹⁰⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva...”, cit., pp. 21-23.

En la misma línea, conjugando el art. 1.3 de la LIVG con el art. 87 *ter* de la LOPJ, DE ELENA MURILLO, V.: “La Ley sobre Medidas de Protección...”, cit., p. 16; MARCOS AYJÓN, M.: “La violencia de género...”, cit., pp. 67-69, entendiendo que el concepto abarca los delitos comprendidos en los ocho primeros Títulos del Código Penal, salvo el Quinto (delitos relativos a la manipulación genética), así como a cualquier otro que se cometa con violencia e intimidación, y excluyendo los delitos contra los derechos y deberes familiares; RAMÓN RIBAS, E.: “Reflexiones sobre los delitos...”, cit., pp. 102-103 y 110-113, afirmando que la expresión comprende no sólo los delitos de los arts. 153 y 173.2, sino cualquier otro cometido con violencia, física o psicológica, en los términos descritos en el art. 1.1 de la LIVG, exigiendo expresamente que el acto de violencia constituya “una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”; ROIG TORRES, M.: “La suspensión y la sustitución...”, cit., pp. 119-123; RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas...”, cit., pp. 284-285; VALLDECABRES ORTIZ, I.: “La tutela penal en

LAURENZO COPELLO, integran tal concepto exclusivamente con la descripción legal contenida en el apartado 3º del art. 1 de la LIVG, considerando delito relacionado con la violencia de género exclusivamente “todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”⁹⁰⁸, quedando por tanto en principio excluido de dicha definición el delito de quebrantamiento.

Tampoco entiende comprendido este delito en la referida expresión la *Circular nº 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que indica que la categoría “delitos relacionados con la violencia de género” debe integrarse conjugando el art. 1 de la LIVG en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no quedando por tanto amparados en aquélla los demás sujetos a los que se alude en el art. 173.2 del Código Penal, “ya que otro entendimiento supondría extender el ámbito de aplicación de las normas procesales de competencia a supuestos sustantivos condicionantes de la ejecución de la pena”⁹⁰⁹; conclusión que se sigue por autores como ACALE SÁNCHEZ y FERNÁNDEZ PÉREZ⁹¹⁰.

En nuestra opinión, la utilización de dicha expresión por el legislador de la LIVG, por lo demás genérica y ambigua, como lo evidencia la multiplicidad de interpretaciones doctrinales que se han dado de la misma, permite dar cabida en ella, no sólo a los delitos cuya competencia viene atribuida *ex art. 87 ter* de la LOPJ al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sino también a otros tipos penales vinculados a este fenómeno, y particularmente al delito de quebrantamiento cuando venga determinado

la Ley Integral”, *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 34-36, indicando que lo son los previstos en los arts. 148.4, 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 del Código Penal si se cometen por un hombre contra una mujer en los términos que prevé el art. 1 de la LIVG.

⁹⁰⁸ POLAINO NAVARRETE, M.: “Entre el Derecho Penal simbólico...”, cit., p. 697; LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo...”, cit., p. 349, considerando “claramente censurable” la ampliación del ámbito de aplicación de estas restricciones a infracciones de muy distinta gravedad, y tildando “el exceso de celo del legislador” de “notorio y desproporcionado” (p. 351); en el mismo sentido, JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas...”, cit., pp. 68 y 72-73; como hemos indicado, FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial...”, cit., p. 216; MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 89, exigiendo que la víctima sea mujer.

⁹⁰⁹ Apartado IV.G. www.fiscal.es.

⁹¹⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer...*, cit., pp. 342-343; FERNÁNDEZ PÉREZ, P.: “Violencia de género, violencia contra la mujer...”, cit., p. 224, autora que por tanto excluye de la aplicación de la normativa los delitos cometidos contra los descendientes, menores e incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque sean competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

por la vulneración de una pena o medida impuesta en un procedimiento de esta naturaleza. En esta misma línea, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN apunta que también podrían ser considerados delitos relacionados con la violencia de género, no sólo el de quebrantamiento de pena o medida cautelar impuesto en el seno de un procedimiento competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sino también los de impago de pensiones, descubrimiento y revelación de secretos, allanamiento de morada y los delitos contra el honor⁹¹¹.

En consecuencia, entendemos que, si el delito de quebrantamiento hubiera tenido su origen en la vulneración de una pena o medida impuesta en un procedimiento competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, debe considerarse, a los referidos efectos, relacionado con la violencia de género. Y consideramos asimismo que esta interpretación es aplicable a la vigente redacción del art. 83.2 tras la reforma operada por la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, habida cuenta que, en la medida en que mantenemos que el bien jurídico protegido por el art. 468.2 no es sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino también la indemnidad de aquellas personas para cuya protección se ha acordado la pena o medida, y afirmando que estas últimas son sujeto pasivo del tipo que nos ocupa, cabe concluir que el delito contemplado en dicho precepto puede cometerse sobre una mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia.

De esta manera se articularía además la posibilidad de que el condenado realizara cursos de reeducación y tratamiento psicológico, así como de imponerle, como condición para la suspensión de la pena, las prohibiciones de aproximación de las reglas 1ª y 4ª del art. 83.1 del Código Penal, lo que adquiere una singular relevancia si se tiene

⁹¹¹ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. M., “Problemas derivados de la imposición...”, cit., pp. 14-15.

Incluyen también el delito de quebrantamiento dentro de la expresión “delitos relacionados con la violencia de género”, como hemos indicado, ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004...”, cit., p. 2; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “La nueva Ley de Violencia de Género...”, cit., p. 20; LEGANÉS GÓMEZ, S.: “Las penas y el tratamiento...”, cit., p. 8; MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas...”, cit., pp. 17 y 19, que indica que el sujeto pasivo deberá ser una mujer en los términos que establece el art. 1 de la LIVG, excluyéndose los demás sujetos referidos en el art. 173.2 del Código Penal, y considerando que los delitos que comprende dicha expresión son, no sólo los tipificados en los arts. 153 y 173.2 del Código Penal, sino también los tipos penales de lesiones agravadas, amenazas, coacciones y quebrantamiento que reformó la LIVG; RAYÓN BALLESTEROS, C.: “Protección integral contra la Violencia de Género...”, cit., pp. 7-8.

en cuenta que el delito de quebrantamiento no lleva aparejada la pena accesoria de alejamiento del art. 57.2 del Código Penal.

**CAPÍTULO DECIMOCUARTO.- CALIFICACIÓN ALTERNATIVA POR
DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN RELACIÓN A LOS SUBTIPOS
AGRAVADOS.**

Un tema que se plantea en la práctica con cierta frecuencia es el relativo a si puede el Juzgado de lo Penal condenar por un delito de quebrantamiento del art. 468.2 en aquellos supuestos en que únicamente se ha formulado acusación en relación a alguno de los subtipos agravados (de maltrato de obra, amenazas o coacciones), y, si bien no se estima la existencia de prueba de cargo en relación al tipo básico, sí existe respecto al hecho del quebrantamiento. Se trata de aquellos casos en los que no se ha formulado acusación alternativa por el delito de quebrantamiento, planteándose si en los mismos podría condenarse al acusado por la comisión de este tipo penal sin vulnerar su derecho a la defensa ni causarle indefensión.

MAGRO SERVET considera que es posible condenar en tales hipótesis por el delito de quebrantamiento, aun en ausencia de calificación alternativa, sin vulnerar el principio acusatorio, por entender que entre los tipos penales que nos ocupan (el de quebrantamiento y los subtipos agravados previstos en la LIVG) concurre una relación de homogeneidad, compartiendo idénticos elementos esenciales. Y ello argumentando que “la agravación específica contenida en cada uno de los tres preceptos integra de forma autónomamente considerada el delito de quebrantamiento de condena del art. 468, aunque el legislador haya querido otorgarle en el tratamiento de la violencia de género una consideración específica como agravación en cada uno de los tipos penales en lugar de acudir, por ejemplo, a situaciones concursales”⁹¹².

Esta interpretación ha sido aplicada en Sentencias como la *SAP León, Sec. 3ª, de 23 de septiembre de 2014* (ROJ SAP LE 829/2014, Ponente Sr. Álvarez de Toledo Quintana)⁹¹³, y la *SAP León, Sec. 3ª, de 24 de mayo de 2016* (ROJ SAP LE 500/2016, Ponente Sr. Amez Martínez), que reproduce los razonamientos contenidos en la anterior, además de contener otras referencias jurisprudenciales⁹¹⁴. Sin embargo, criterio

⁹¹² MAGRO SERVET, V.: “Criterios orientativos...”, pp. 5-6, *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., pp. 118-120 y 176-178, y “La agravación específica...”, cit., pp. 12-14; en el mismo sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar...*, cit., pp. 117-118.

⁹¹³ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) La imputación de un delito autónomo de quebrantamiento de medida cautelar no puede decirse que sea heterogénea respecto del concreto delito de amenazas que se le imputó (...), pues (...) se le acusaba de un delito de amenazas en el ámbito familiar previsto y penado en el artículo 171.4 y 5, último párrafo, del Código Penal. (...) Así pues, la acusación por un delito autónomo del art. 468 del Código Penal (...), no pudo ser sorpresiva para la Defensa ni para el propio acusado; pues, tanto en la fase de instrucción como en la fase intermedia del proceso, esa cuestión había centrado el debate en todo momento. No se ha producido, en consecuencia, ninguna lesión del derecho de defensa del art. 24 de la Constitución Española”.

⁹¹⁴ Fundamento de Derecho Tercero.

contrario mantienen numerosas resoluciones; así, la *SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 27 de julio de 2009* (ROJ SAP CA 1138/2009, Ponente Sr. Feliz Martínez), que absuelve por el delito de quebrantamiento por entender que no existe homogeneidad entre los tipos delictivos contemplados en los arts. 153, 171, 172 y 173 del Código Penal y el delito de quebrantamiento, por tutelar bienes jurídicos diferentes y al ser este último un delito contra la Administración de Justicia. La Sentencia, partiendo de la doctrina jurisprudencial que considera que no se infringe el principio acusatorio ni el derecho a la defensa cuando exista identidad del hecho punible y homogeneidad entre los dos delitos, concluye que, habiendo sido absuelto el acusado del delito de amenazas agravadas con quebrantamiento que se le imputaba, y no existiendo calificación alternativa por el delito de quebrantamiento, no cabe imponer una condena con fundamento en el art. 468 del Código Penal al no existir homogeneidad entre el delito de amenazas, contra la libertad, y el de quebrantamiento, contra la Administración de Justicia⁹¹⁵. A esta misma solución se llegó en el Seminario sobre *Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009⁹¹⁶.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta la doctrina del *Tribunal Constitucional* expuesta en *Sentencias como la 278/2000, de 27 de noviembre* (BOE 4 de enero de 2001)⁹¹⁷, sería posible condenar por delito de quebrantamiento sin vulnerar el referido principio aunque únicamente se hubiera formulado acusación por el subtipo agravado, siempre que no haya prueba de la acción típica que constituye el tipo simple (del art. 153, 171 ó 172), pero sí del incumplimiento de la pena o medida cautelar impuesta en relación a la víctima. Y ello aunque se defendiera la naturaleza no pluriofensiva del delito de quebrantamiento, habida cuenta que, el hecho de que la fórmula del subtipo agravado sea idéntica a la acción típica del delito del art. 468 (“*quebrantando*”) determina que se deban acreditar en el juicio todos y cada uno de los elementos del

⁹¹⁵ Fundamento de Derecho Segundo.

⁹¹⁶ Conclusión 32ª. www.poderjudicial.es.

⁹¹⁷ La referida Sentencia, con cita de la *19/2000, de 31 de enero* (Fundamento Jurídico 4º), viene destacando “el carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, (...) sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa”, indicando que lo que resulta “esencial al principio acusatorio” es únicamente “que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (Fundamento Jurídico 17º).

referido tipo penal, lo que en suma implicará que el acusado habrá tenido oportunidad de articular una defensa adecuada en relación a dicho precepto y de proponer los medios de prueba pertinentes, quedando así garantizada la oportuna contradicción. Además, en el subtipo agravado no sólo se tutelan bienes como la vida o la integridad de la víctima, sino también el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, pues precisamente el fundamento de la agravación lo constituye el hecho de que se haya infringido la pena o medida cautelar impuesta en relación a aquélla⁹¹⁸.

⁹¹⁸ En palabras de QUERALT JIMÉNEZ, el sujeto activo “demuestra una mayor peligrosidad que la primera vez que cometió su fechoría y desbarata la confianza tanto de la víctima, en primer lugar, como del resto de la sociedad, en la tranquilidad que debe conllevar el saber que el sujeto está sometido a una medida cautelar o definitiva de alejamiento o de prohibición de contacto” (QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal...”, cit., p. 7).

**CAPÍTULO DECIMOQUINTO.- PRUEBA DE LA COMISIÓN DEL TIPO EN
LOS SUPUESTOS EN QUE LA VÍCTIMA SE ACOGE A LA DISPENSA DEL
ART. 416 LECRIM.**

Conviene hacer referencia también a un problema que se da con bastante frecuencia en la práctica, cual es el de acreditar la comisión del delito en aquellos casos en que la víctima se acoge a la dispensa de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la LECrim⁹¹⁹. Dispensa que, paralelamente al desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial del tratamiento procesal-penal de la violencia doméstica y de género, ha adquirido un papel protagonista en este ámbito⁹²⁰.

En un primer momento, la *Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado*⁹²¹, consideró que no podían acogerse a la referida dispensa, ni las relaciones de noviazgo, ni las conyugales extinguidas por divorcio o las de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se había producido la ruptura de la violencia por voluntad propia, exigiendo también para aplicar la misma que el vínculo familiar o de afectividad existente entre las partes concurriera en el momento en que la víctima es llamada a prestar declaración. Sin embargo, el *Tribunal Supremo, en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2013*, determinó que dicha exención alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto (con excepción de la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto, así como de los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso)⁹²². Acuerdo que ya se invoca en Sentencias como la *STS de 26 de abril de 2013 (ROJ STS 2435/2013, Ponente Sr. Granados Pérez)*⁹²³, que entendió que la dispensa no era aplicable a una mujer que había roto la relación sentimental que la unía con el

⁹¹⁹ Art. 416.1 de la LECrim: “Están dispensados de la obligación de declarar: Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

⁹²⁰ Así lo advierte HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar...”, cit., p. 190, denominando a este fenómeno de acogimiento a la dispensa “autodesprotección institucionalizada de personas que acuden al sistema de Justicia penal en la condición de presuntas víctimas de violencia cometida por parientes” (p. 214).

⁹²¹ *Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*, Conclusiones 12ª y 13ª. www.fiscal.es.

⁹²² Se muestra crítico con el hecho de que el referido Acuerdo no especifique si el concepto “disolución” se ha de interpretar de forma jurídica o fáctica, GUIMERÁ FERRER-SAMA, R.: “Algunas cuestiones acerca de la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de la violencia de género”, SP/DOCT/17513, Sepín, 2013, p. 2.

⁹²³ Fundamento de Derecho Primero.

denunciado años antes de que tuvieran lugar los hechos por los que este último había sido acusado.

En base a ello, la Fiscalía General del Estado modificó el criterio sostenido en la referida Circular, de tal modo que, aun extinguido el vínculo o cesada la relación de convivencia, el ex cónyuge o ex pareja podrá acogerse a la dispensa siempre que el hecho objeto de investigación o enjuiciamiento se hubiere cometido con anterioridad a la disolución del matrimonio o de la ruptura de aquélla, si bien matizándose que quedan excluidos de dicha posibilidad aquellas personas que, en el momento de prestar declaración, se hayan constituido como acusación particular⁹²⁴.

Cierto es que en muchas ocasiones la víctima se acoge a la dispensa del art. 416 de la LECrim obedeciendo a presiones del entorno familiar o del propio victimario. Y cierto es también que, por este motivo, por varios autores y desde diversos foros se ha postulado la reforma del precepto en el sentido de que el mismo no se aplique en los supuestos de violencia de género o a los testigos que a su vez sean perjudicados por el delito⁹²⁵. Así, en el *Informe, de 20 de abril de 2006, del Grupo de Expertos en Violencia*

⁹²⁴ Sobre este cambio de criterio, *vid.* PERAMATO MARTÍN, T.: “Algunas cuestiones...”, cit., p. 18.

⁹²⁵ Así, COLUMNA HERRERA, L. M.: “Problemas en la declaración de la víctima y su amparo en el art. 416 LECrim”, *Conclusiones de Seminarios (Seminario “La dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim”)*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 2; MAGRO SERVET, V.: “Los Juzgados de Violencia contra la Mujer: una propuesta de mejora”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 19, 2006, pp. 524-525. También, Conclusiones 22ª y 23ª del Seminario *La dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid durante los días 20 a 22 de mayo de 2009, proponiendo alternativamente la lectura, *ex art.* 730 LECrim y como prueba preconstituida, de la declaración sumarial de la víctima (MORALES ORTEGA, R., MAGRO SERVET, V.: *Colección “Conclusiones de Seminarios”*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2009, www.poderjudicial.es); MARÍN LÓPEZ, P.: “10 años de la Ley Integral...”, cit., pp. 20-21, entendiendo que “el mantenimiento de la dispensa (...) es un obstáculo formidable en la investigación y enjuiciamiento de estos delitos y hurta al/a la juzgador/a la posibilidad de contar con una prueba fundamental en el enjuiciamiento: la de la principal testigo de los hechos”; MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma...”, cit., pp. 8-9.

En contra de la reforma del precepto se muestran, sin embargo, entre otros, LÓPEZ CANDELA, I.: “Problemas de aplicación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2010, p. 3; LÓPEZ TEBAR, E.: “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 85, 2007, p. 27; OLAIZOLA NOGALES, I.: “Elementos de los tipos penales...”, cit., p. 6; RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización...”, cit., p. 19.

Por su parte, DEL POZO PÉREZ, si bien considera que “es necesario reflexionar” acerca del “alcance y posibilidades de utilización” de la dispensa, indica que ello ha de llevarse a cabo “sin olvidar que si se elimina por completo podríamos colocar a la mujer en la situación de tener que mentir (...) y, por lo tanto, de correr el riesgo de ser imputada por un presunto delito de falso testimonio” (DEL POZO PÉREZ, M.: “Luces y sombras de la Ley Orgánica 1/2004...”, cit., p. 36).

*Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial*⁹²⁶, se sugirió que la dispensa no se aplicara al testigo que tuviera la condición de víctima o perjudicado del delito o falta cometido frente a él por quien se encuentre en alguna de las relaciones de parentesco que se citan en el referido artículo, pues en otro caso se estaría facilitando la impunidad de los hechos, habida cuenta que en muchas ocasiones es dicho perjudicado el único testigo de los mismos. Y dichas conclusiones se reiteraron en el *Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de enero de 2011*, proponiéndose alternativamente reformas que permitan la lectura en el acto del juicio de las declaraciones que pudieran haber realizado dichos testigos en fase de instrucción.

También la *Fiscalía General del Estado* ha propuesto, bien suprimir la dispensa en caso de que nos hallemos ante víctimas del delito, bien, preferiblemente, impedir acogerse a aquélla a quienes, debidamente informados, renunciaron a la misma⁹²⁷. Solución esta última que proponen autores como MARTÍNEZ MORA para las personas que, instruidas de la dispensa en sede policial, deciden no acogerse a la misma y formular denuncia⁹²⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, debe mantenerse la actual redacción del precepto, si bien garantizando en todo momento la asistencia psicológica oportuna a la víctima en aras de que su decisión sea libre, y no condicionada por presiones de su presunto agresor o de su entorno⁹²⁹, por cuanto excluir al testigo perjudicado que se encuentre en alguno de los supuestos amparados por el mismo de la posibilidad de no declarar contra su presunto agresor podría dar lugar a imputarle, bien por un delito de obstrucción a la justicia o desobediencia grave a la autoridad (si persiste en su negativa), bien por un delito de falso testimonio (si del análisis de otros elementos probatorios se

⁹²⁶ *Informe, de 20 de abril de 2006, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*. www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

⁹²⁷ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2008. www.fiscal.es.

⁹²⁸ MARTÍNEZ MORA, G.: “La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2176, marzo de 2015, p. 19, considerando que “el arraigo de la violencia sobre la mujer en nuestra sociedad hace inexcusable la remoción de obstáculos que impidan al juzgador la protección de las víctimas”.

⁹²⁹ En el mismo sentido, recomendando instar a las Administraciones competentes para que se incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima en orden a “evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad”, MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 299; también, considerando “importante dotar a las víctimas de servicios asistenciales de apoyo que las ayuden a tomar sus decisiones con madurez sin estar influidas por miedo, intimidación o represalias”, RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización...”, cit., p. 19.

colige que ha faltado a la verdad en su intento de exculpar a ultranza a aquél), lo que sin duda conduciría a consecuencias indeseables⁹³⁰. Consecuencias cuya aplicación sin embargo, a nuestro juicio de forma incomprensible, sí reclama GARCÍA VITORIA, entendiendo que, aun cuando resulte duro, es adecuado, “como llamada de atención a las víctimas, y para protegerlas de sí mismas”, incoar diligencias penales contra ellas por presunto delito de falso testimonio cuando mientan para exculpar al agresor o minimizar los hechos “contradiendo los testimonios de terceras personas que relatan verídicamente lo ocurrido”⁹³¹.

Como señala HERNÁNDEZ GARCÍA, el acogerse a la facultad de abstención constituye a día de hoy para la perjudicada “la única posibilidad de ejercicio de autonomía en un entramado institucional que no sólo castiga al victimario, sino que además modifica sin posibilidad alguna de intervención de la propia víctima aspectos fundamentales de su vida privada y familiar”⁹³². Por ello, suprimir la dispensa del deber de declarar entrañaría, en nuestra opinión, no sólo una revictimización de la mujer que puede incluso terminar por criminalizarla de forma similar a como hemos analizado en relación a los quebrantamientos consentidos⁹³³, sino también un motivo más para que la misma huya del sistema penal y busque otras vías para solucionar el conflicto que no pasen por sustraerle toda posibilidad de intervenir en su desarrollo y resolución⁹³⁴.

En base a lo expuesto, y sin que deba cargarse únicamente sobre los hombros de la persona perjudicada por el delito la responsabilidad de una eventual condena, como tampoco vincular una automática absolución, o una sistemática denegación de medidas

⁹³⁰ Advierte de estas negativas consecuencias, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial”, *III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género*, www.poderjudicial.es, p. 16; también, DEL POZO PÉREZ, M.: “Luces y sombras de la Ley Orgánica 1/2004...”, cit., p. 36; LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica...*, cit., p. 103; PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 24, mayo 2011, p. 113; RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización...”, cit., p. 19, indicando que ello constituiría un supuesto de “victimización secundaria”.

⁹³¹ GARCÍA VITORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual...”, cit., p. 535.

⁹³² HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar...”, cit., p. 215.

⁹³³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *Ibidem*, cit., p. 216; MAQUEDA ABREU, M. L.: “¿Es la estrategia penal...”, cit., pp. 29-30.

⁹³⁴ En el mismo sentido, LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer...”, cit., pp. 166 y 179; LAURENZO COPELLO, P.: “Violencia de género y Derecho Penal de excepción...”, cit., pp. 39 y 50, y “La violencia de género en el Derecho Penal...”, cit., pp. 342 y 356; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima...”, cit., p. 72, entendiendo que esta medida limitaría la libertad de la mujer, y que “sólo desde un paternalismo estatal (...) cabría articular la derogación de la dispensa de declarar como testigo”.

cautelares de protección⁹³⁵, al hecho de que aquélla se acoja a la dispensa del deber de declarar⁹³⁶, máxime habida cuenta que a menudo dicha perjudicada no se habrá constituido como acusación particular en el procedimiento, deberá agotarse la instrucción acudiendo a otros elementos probatorios que permitan desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia⁹³⁷. Diligencias que pueden consistir en practicar la declaración de los posibles testigos del quebrantamiento⁹³⁸ o de los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que en su caso pudieran haber sido comisionados al lugar de los hechos; solicitar de la compañía telefónica correspondiente los listados de llamadas efectuadas en el período durante el que presuntamente se ha incumplido la prohibición de comunicación; o, si se ha acordado la imposición de un dispositivo de teledetección para verificar el cumplimiento de la pena o medida, recabar los informes del Centro de Control para acreditar las entradas del obligado en la zona de exclusión⁹³⁹. Y ello en la medida en que nos encontramos ante delitos públicos, cuya persecución se rige por el principio de legalidad, y no por el de oportunidad⁹⁴⁰.

Se ha planteado también, en el referido intento de buscar elementos que puedan fundamentar una sentencia de condena en los casos en que la víctima se acoge a la mencionada dispensa legal en el acto del juicio oral, la posibilidad de aplicar lo dispuesto en los arts. 714 ó 730 de la LECrim⁹⁴¹ al objeto de dar entrada en el plenario a

⁹³⁵ Advierte sin embargo sobre la dificultad de que se acuerde la prisión provisional, y de la posible responsabilidad patrimonial del Estado si finalmente el proceso finaliza con sobreseimiento libre o sentencia absolutoria, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal...”, cit., p. 366.

⁹³⁶ LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer...”, cit., p. 167; MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas...*, cit., p. 296; MARÍN LÓPEZ, P.: “El papel de la jurisdicción...”, cit., pp. 247-248; TARDÓN OLMOS, M.: “Dificultades probatorias en los procedimientos por delitos de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 12, 2014, p. 12.

⁹³⁷ Considera sin embargo que el acogimiento por parte de la perjudicada a la dispensa del art. 416 de la LECrim hace “inviabile una sentencia de condena por ausencia de prueba de cargo” en los procedimientos por quebrantamiento consentido, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida...”, cit., p. 9; también afirma que la hace “muy difícil”, QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal...”, cit., p. 160.

⁹³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* RILLO PERALTA, E.: “Quebrantamiento de condena...”, cit., pp. 475-481.

⁹³⁹ Para COMAS D’ARGEMIR CENDRA y QUERALT JIMÉNEZ, la existencia de la dispensa del art. 416 de la LECrim constituye un argumento práctico de índole procesal a la hora de defender la atipicidad del quebrantamiento consentido de medida cautelar, por cuanto indican que el acogimiento a la misma por parte de la víctima y los familiares del encausado dificulta en gran medida la investigación y posterior condena por este delito (COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal...”, cit., p. 1225).

⁹⁴⁰ TARDÓN OLMOS, M.: “Dificultades probatorias...”, cit., p. 12.

⁹⁴¹ Art. 714 de la LECrim: “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

las declaraciones efectuadas por la misma en fase de instrucción⁹⁴². Sin embargo, esta posibilidad ha sido rechazada por la jurisprudencia. Así, la *STS de 21 de diciembre de 2012* (ROJ STS 8789/2012, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), que resume la doctrina existente en cuanto a las consecuencias que se derivan del acogimiento por parte de la víctima a la dispensa del art. 416 de la LECrim y al valor de las declaraciones realizadas con anterioridad a la celebración del juicio oral, concluye que ninguno de los citados preceptos puede invocarse para dar entrada a dichas declaraciones en el plenario, al no estar previstos para tal supuesto e impedir a la defensa someter a cuestionamiento la credibilidad de la prueba mediante interrogatorio realizado ante el órgano enjuiciador⁹⁴³. En el mismo sentido se ha pronunciado

Art. 730 de la LECrim: “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

⁹⁴² MONTERO AROCA y MARTÍNEZ GARCÍA tildan dicho planteamiento de “absurdo jurídico”, por no referir el art. 730 de la LECrim al supuesto que se plantea, considerando que no es una cuestión de interpretación de la norma, sino un “intento de desconocer un principio esencial del proceso”; asimismo, dichos autores entienden que la formulación de denuncia no entraña una renuncia tácita al derecho a acogerse en su momento a la dispensa (MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...”, cit., pp. 147-148); en el mismo sentido, SOLAZ SOLAZ, E.: “Contenido y alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 49, 2008, pp. 18-25, con referencias jurisprudenciales. En la misma línea, DÍAZ CABIALE aboga por una interpretación restrictiva de ambos preceptos, partiendo de la premisa de que “la actividad probatoria debe producirse en el juicio oral como si el órgano jurisdiccional fuera la primera vez que va a tomar conocimiento de la misma, manteniendo la ficción de que éste no cuenta en su poder con todas las actuaciones anteriores”, y de que “esta es la única manera de conservar el carácter acusatorio de nuestro proceso” (DÍAZ CABIALE, J. A.: “Prueba documental y documentación de actividades en el Procedimiento Abreviado”, *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al Procedimiento Abreviado)* (Moreno Verdejo –Coord.-), Comares, 1995, pp. 326-327 y 367; del mismo autor, en el sentido de rechazar la introducción de oficio por el juzgador de hechos en el acto del juicio oral por la vía de los citados preceptos, *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Comares, 1996, pp. 378-379).

También en el *Seminario sobre Criterios de Interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009, se concluyó que dichos preceptos no habilitaban para introducir en el juicio oral las declaraciones de la víctima que se acoge a la dispensa (Conclusiones 6ª y 7ª).

⁹⁴³ Fundamento de Derecho Tercero: “En definitiva, reconocido, con base en las razones que ya han quedado expuestas, el derecho de la denunciante a eximirse de prestar declaración en el acto del Juicio oral, haciendo uso de la dispensa que al respecto le otorga el artículo 707 de la Ley procesal, en relación con el 416.1 de ese mismo Cuerpo legal, con la clara y voluntaria intención de que sus manifestaciones no constituyan elementos de incriminación contra su esposo, resulta de todo punto evidente que carecería de sentido acudir a lo declarado por ella en la fase de Instrucción como sustento del pronunciamiento condenatorio, no sólo contraviniendo con ello la eficacia del ejercicio de ese derecho, legalmente reconocido, sino, lo que es más, privando de tal modo al acusado, como consecuencia de la decisión de un tercero, de garantías tan básicas para su defensa como la de someter a cuestionamiento la credibilidad de la prueba mediante el interrogatorio practicado a presencia del Tribunal que ha de conocer del enjuiciamiento de los hechos que se le atribuyen, máxime cuando tal situación no tiene cabida en ninguno de los supuestos, existencia de contradicciones entre lo afirmado en la investigación y lo declarado en el Juicio oral ni imposibilidad de práctica de la prueba en dicho acto, que habilitan, con carácter excepcional y tasado (arts. 714 y 730 LECr), la posibilidad de valoración de material probatorio distinto del producido con regularidad, de forma oral, pública, contradictoria e inmediata, ante el propio Juzgador”.

posteriormente la *STS de 25 de marzo de 2014* (ROJ STS 1215/2014, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón).

El referido criterio jurisprudencial, unido al que mantiene el Alto Tribunal sobre la validez de los testimonios prestados por testigos de referencia⁹⁴⁴, determinan que en la práctica se reduzcan considerablemente las posibilidades probatorias que pueden sustentar una condena cuando la víctima se acoge a la dispensa de declarar contra el presunto agresor⁹⁴⁵. Pero, en nuestra opinión, ello no ha de ser óbice para agotar las posibilidades instructoras, singularmente en relación a testigos directos de los hechos, como son las personas que ayudan a la víctima o acuden a socorrerla (personas que, como indica la *STS de 12 de julio de 2007* -ROJ STS 5286/2007, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater-, tienen la consideración de testigos directos, y no de referencia, de todo lo que perciben con sus sentidos⁹⁴⁶), y al testimonio de los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que intervienen de forma inmediata cuando tienen lugar los mismos en auxilio de la víctima y a requerimiento de ella o de un tercero. Diligencias de investigación que, como indica la jurisprudencia en Sentencias como la *STS de 5 de mayo de 2010* (ROJ STS 2132/2010, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre)⁹⁴⁷, pueden constituir prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

⁹⁴⁴ Por ejemplo, en la *STS de 30 de octubre de 2005* (ROJ STS 6640/2005, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre), Fundamento de Derecho Segundo: “(...) En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia sí puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral”.

En el mismo sentido, *STS de 26 de junio de 2009* (ROJ STS 4843/2009, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar), Fundamento de Derecho Tercero.

⁹⁴⁵ De la misma opinión se muestra TARDÓN OLMOS, M.: “Dificultades probatorias...”, cit., p. 15.

⁹⁴⁶ Fundamento de Derecho Único: “(...) Los testigos de referencia son los que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refieren al Tribunal manifestaciones de otras personas que no comparecen como testigos. En este sentido es preciso aclarar que es errónea la apreciación de la Audiencia al considerar a las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima como testigos de referencia. Esas personas son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos”.

⁹⁴⁷ Fundamento de Derecho Segundo: “(...) Las declaraciones testificales en el plenario de los agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia”.

**CAPÍTULO DECIMOSEXTO.- QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN
EUROPEA DE PROTECCIÓN.**

I.- CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OEP.

La *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la Orden Europea de Protección*, cuyo plazo de transposición finalizó el 11 de enero de 2015 (art. 21), ha abierto la puerta a la posibilidad de que, en virtud de dicho título, se dote de eficacia en otro u otros Estados de la Unión Europea⁹⁴⁸ a una pena o medida de alejamiento y/o prohibición de comunicación⁹⁴⁹. Transpuesta a nuestro Ordenamiento en virtud de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*⁹⁵⁰, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (Disposición Final 4^a), ha permitido que, a día de hoy, los Juzgados y Tribunales españoles acuerden penas y medidas de alejamiento y prohibición de comunicación que extiendan su vigencia más allá de nuestras fronteras y que, paralelamente, reconozcan en nuestro territorio las adoptadas por otros Estados miembros⁹⁵¹.

La referida Ley adapta a nuestro Ordenamiento, entre otras órdenes europeas, la de protección, regulada en la citada Directiva, dedicando a la OEP el Título VI (arts. 130 a 142)⁹⁵², si bien el Título Preliminar y el Título I establecen, respectivamente, un régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (arts. 1 a 6), y una serie de disposiciones generales relativas a la emisión, reconocimiento y ejecución de las mismas (arts. 7 a 33), aplicables también por tanto a la OEP y que completan la regulación contenida específicamente en el título VI, siendo subsidiariamente aplicable, como régimen jurídico supletorio y en defecto de disposiciones específicas, el de la LECrim (art. 4, que se remite también a lo dispuesto

⁹⁴⁸ Un estudio sobre la transposición de la referida Directiva a los distintos Estados de la Unión Europea se contiene en FREIXES, T., ROMÁN, L. (-Eds.-): *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Estudio preliminar de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección*, UAB, URV, Tarragona, 2014.

⁹⁴⁹ Sobre el proceso legislativo que culminó en la aprobación de la Directiva, *vid.* MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, nº 39, 2011, pp. 415-422.

⁹⁵⁰ BOE de 21 de noviembre de 2014.

⁹⁵¹ Un estudio de la Directiva, y de la transposición de la misma a nuestro Ordenamiento en los Anteproyectos y Proyecto de Ley que culminaron en la actual norma, se contiene en CUETO MORENO, C.: “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 21, 2014.

⁹⁵² El Capítulo I, arts. 130 a 132, prevé una serie de disposiciones generales; el Capítulo II, arts. 133 a 137, lo relativo a la emisión y transmisión de una OEP; y el Capítulo III, las cuestiones referentes a la ejecución en España de una OEP dictada por la autoridad de otro Estado miembro, arts. 138 a 142.

en las normas de la Unión Europea y a los Convenios internacionales vigentes en los que España sea parte).

La OEP, que se define en el art. 130.1 de la Ley como “una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio”, permite extender la eficacia territorial tanto de penas como de medidas cautelares de protección a otros Estados de la Unión Europea, concretamente a aquel o aquellos Estados en los que la persona protegida decida residir o permanecer, o permanezca o resida ya efectivamente⁹⁵³ (art. 6 de la Directiva y 133.b de la Ley).

A la vista de dicho concepto, se pone de manifiesto, de una parte, que este instrumento no está únicamente diseñado para la protección de las mujeres ni para ser exclusivamente utilizado en el ámbito de la violencia doméstica y de género, sino que se puede aplicar a cualquier persona física que sea sujeto pasivo de alguno de los delitos referidos en dicho precepto⁹⁵⁴; y, de otra, que el contenido de la OEP ha de ser exclusivamente penal, sin que pueda incorporar medidas de otra naturaleza, a diferencia de la orden de protección regulada en el art. 544 *ter* de la LECrim⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Alude a esta eficacia territorial limitada de la OEP y a la inexistencia de un instrumento jurídico que, acordado por un Estado miembro, despliegue sus efectos en todo el territorio de la Unión Europea, RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “La Orden Europea de Protección”, *Diario La Ley*, nº 7854, 2012, p. 6; en la misma línea, BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 8427, 24 noviembre 2014, p. 3, que indica que “la OEP no significa la institución de un título válido en todo el territorio de la Unión Europea”.

⁹⁵⁴ Como indica PÉREZ MARÍN, “la orden de protección europea no ha sido pensada exclusivamente para la protección de mujeres, sino que su ámbito de cobertura se amplía para garantizar la protección de cualquier persona física –hombre, mujer o niño– porque tampoco se refiere a las medidas de protección frente a actos de violencia específica contra las mujeres sino a las medidas de protección que deban acordarse frente a cualquier delito” (PÉREZ MARÍN, M. Á.: *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una Jurisdicción Penal común*, Ed. Atelier, Madrid, 2013, p. 268); en el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, G.: “La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: La Orden Europea de Protección”, *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, nº 4, 2012, p. 3; MERINO I SANCHO, V.: “La concepción de la violencia de género en los Ordenamientos de los Estados miembros”, *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género* (Oliveras i Jané, Vañó Vicedo –Coord.–, Freixes Sanjuán, Román Martín –Dir.–), Tecnos, 2015, p. 46.

⁹⁵⁵ En este sentido, indicando que no puede incorporar medidas de orden civil o asistencial, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: “La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 8022, 13 feb. 2013, p. 5.

Por otro lado, es de significar que el legislador no ha establecido un catálogo de delitos que justifiquen la adopción de una OEP, por lo que, ante la falta de regulación expresa, podría estarse a la ubicación sistemática contenida en el Código Penal respecto de cada uno de los bienes jurídicos referidos en dicho precepto. No obstante, esta solución plantea en nuestra opinión algún problema; singularmente, que el art. 544 *bis* de la LECrim permite la adopción de medidas cautelares de protección “en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal”, y este último precepto alude a bienes jurídicos, como el derecho a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio y al honor, que no se contemplan en los arts. 2.2) de la Directiva y 130.1 de la Ley, lo que en principio excluiría la posibilidad de adoptar una OEP en relación a delitos como el de descubrimiento y/o revelación de secretos, el allanamiento de morada o las injurias⁹⁵⁶.

La medida de protección, de cuya vigencia depende en última instancia la OEP⁹⁵⁷, vendrá constituida (art. 2.2 de la Directiva) por cualquier resolución en materia penal, adoptada en el Estado de emisión con arreglo a su Derecho interno, por la que se impone a una persona física (a la que se identifica como causante del peligro), como pena privativa de derechos o como medida cautelar en un proceso penal, una o más de las prohibiciones o restricciones previstas en el art. 5 de la Directiva, y que son las siguientes: a) Prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o frecuenta; b) Prohibición o reglamentación de mantener cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, correo electrónico, postal, fax o cualquier otro

Se muestra crítica con esta circunstancia, entendiendo que hubiera sido preferible “contar con un único instrumento que garantizase a las víctimas un estatuto integral de protección”, incluyendo también medidas de naturaleza civil y asistencial, SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “La Orden de Protección Europea”, *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense* (Vegas Aguilar –Coord.-, Martínez García –Dir.-), Aranzadi, 2012, p. 505; también, afirmando que ello entraña una quiebra de “la idea de tutela integral” en la normativa europea, DEL POZO PÉREZ, M.: “Análisis crítico de la Orden Europea de Protección desde la perspectiva de las víctimas de violencia de género”, *Igualdad: retos para el siglo XXI* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, Figueruelo Burrieza, del Pozo Pérez, León Alonso –Dir.-), Andavira Editora, 2012, p. 28.

⁹⁵⁶ Así lo consideramos también, en relación al Proyecto de Ley, en CUETO MORENO, C.: “La Orden Europea de Protección. Análisis de la Directiva 2011/99/UE. Su transposición en el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 12, 2014, p. 7, sin que la redacción del texto haya cambiado con la aprobación de la Ley 23/2014.

⁹⁵⁷ Carácter instrumental de la OEP al que también hace referencia MOLINA MANSILLA, M. C.: “La protección de la víctima en el espacio europeo: La Orden Europea de Protección”, *La Ley Penal*, nº 92, 2012, p. 13.

medio; c) Prohibición o reglamentación de acercarse a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida⁹⁵⁸.

En nuestra opinión, y habida cuenta que el art. 130.2 de la Ley, que transpone el art. 5 de la Directiva, alude a que dichas prohibiciones deberán imponerse en relación a “medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal” o a “penas privativas de derechos”, no cabrá emitir una OEP para que se reconozcan en otro Estado miembro dichas prohibiciones si se han acordado como obligaciones o deberes a cuyo cumplimiento se ha condicionado la suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de la pena privativa de libertad.

Emitida la OEP por un Estado miembro, el Estado de ejecución (esto es, aquél en el que la persona protegida permanezca o resida, o tenga intención de hacerlo), si concurren los requisitos legales y no aprecia causa de denegación, deberá acordar una resolución que reconozca aquella y por la que se adopte cualquiera de las medidas previstas en su Derecho nacional para un caso análogo a fin de garantizar la tutela de la persona protegida (art. 9.1 de la Directiva)⁹⁵⁹. Causas de denegación entre las cuales se encuentra la de que “la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución” (art. 10.1.c de la Directiva, transpuesto en el 140.1.b de la Ley⁹⁶⁰), que, en nuestra opinión, y respondiendo al principio de doble incriminación, entraña una afirmación de soberanía contraria a la confianza entre Estados que debe sustentar el principio de reconocimiento mutuo. Falta de confianza que además se hace especialmente patente en el caso de la OEP, frente a otras órdenes europeas reguladas en la Ley, pues, en tanto el art. 20 establece en su apartado 1 un listado de delitos en los que se excluye el control de la doble tipificación (algunos de los cuales, como la agresión con lesiones graves o la violación, podrían fundamentar una OEP), el apartado 3 del mismo precepto establece expresamente que “el reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes europeas de protección se

⁹⁵⁸ Se muestra crítica con el hecho de que se haya elaborado una lista tan “tasada y restrictiva” de medidas protectoras penales, fuera de las cuales no habrá posibilidad de emitir o reconocer una OEP, DEL POZO PÉREZ, M.: “Análisis crítico de la Orden Europea de Protección...”, cit., p. 30.

⁹⁵⁹ Como indica OLIVERAS I JANÉ, “el criterio a seguir (...) no es, pues, la identidad de las medidas de protección, sino la garantía, en el Estado de destino, de una protección equivalente a la del Estado de emisión de la persona protegida” (OLIVERAS I JANÉ, N.: “La Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección”, *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género* (Oliveras i Jané, Vañó Vicedo –Coord.-, Freixes Sanjuán, Román Martín –Dir.-), Tecnos, 2015, pp. 39-40.

⁹⁶⁰ Art. 140.1.b) de la Ley 23/2014: “Que la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en España”.

efectuará siempre con control de la doble tipificación”, lo que no resulta justificado, singularmente en relación a los delitos referidos en el listado del mencionado precepto⁹⁶¹; delitos que además coinciden sustancialmente con los que son competencia de Europol y con aquellos respecto de los que se excluye el control de doble incriminación en relación a la Orden Europea de Detención, por lo que se entiende que todos los Estados miembros tienen en sus respectivos Ordenamientos tipificadas infracciones que se corresponden a dichas categorías, y que por tanto ese control de doble incriminación se habrá efectuado *a priori*.

Además, y particularmente por lo que respecta a hechos constitutivos de violencia de género, es posible que esta causa de denegación del reconocimiento pueda invocarse por aquellos Estados que no han tipificado expresamente como delito autónomo este tipo de conductas, lo que colocaría a las víctimas o presuntas víctimas de estos hechos en una situación de desprotección en caso de desplazarse a dichos países⁹⁶².

II.- INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS AL AMPARO DE UNA OEP.

En cualquier caso, y en la medida en que la OEP, y, por ende, la resolución que la reconozca, va a incorporar las referidas prohibiciones de aproximación y/o comunicación adaptándolas a la normativa del Ordenamiento del Estado en el que vaya a permanecer o residir la persona protegida, es posible, y así lo prevé la propia Directiva, que las mismas sean objeto de quebrantamiento.

Partiendo de dicha premisa, analizaremos separadamente los supuestos que pueden producirse en función de que la OEP haya sido emitida o reconocida por las

⁹⁶¹ Alude a esta circunstancia, indicando que en tal sentido la OEP constituye “el ejemplo perfecto de las disfunciones que puede originar en la práctica el reconocimiento mutuo sin previa armonización”, dadas las “importantes diferencias entre las legislaciones de los distintos Estados miembros”, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: “La orden europea de protección como instrumento de cooperación judicial penal en la Unión Europea”, *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género* (Oliveras i Jané, Vañó Vicedo –Coord.-, Freixes Sanjuán, Román Martín –Dir.-), Tecnos, 2015, p. 74.

⁹⁶² Así lo entiende también PEYRÓ LLOPIS, A.: “La protección de las víctimas en la Unión Europea: las dificultades de fondo” (PEYRÓ LLOPIS, A.: “La protección de las víctimas en la Unión Europea: las dificultades de fondo”; *Revista de Derecho Europeo*, Civitas, nº 46, 2013, p. 26); en el mismo sentido, e indicando que debería informarse a la víctima sobre este extremo, PANDO ECHEVARRÍA, I.: “Capítulo VI. Orden Europea de Protección”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 19, 2015, p. 9.

autoridades judiciales españolas. En este sentido, el art. 131 de la Ley establece cuáles son las autoridades competentes en España para emitir y reconocer una OEP, disponiendo al respecto lo siguiente:

a) Para la emisión y transmisión de una OEP son competentes “los Jueces y Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección”. Pudiendo tratarse, como hemos visto, tanto de una sentencia de condena como de una medida cautelar, podrán ser competentes en virtud de lo expuesto para la emisión y transmisión de la OEP tanto el Juez de Instrucción o el Juez de Violencia sobre la Mujer, como el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, no determinándose en el precepto si, en caso de que los autos se hayan remitido al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial para enjuiciamiento, o si los mismos se encuentran en fase de ejecución, la competencia correspondería al órgano instructor, al que haya dictado la pena o medida cautelar, o al que esté tramitando la Ejecutoria. En nuestra opinión, la competencia deberá atribuirse en estos supuestos al órgano judicial que esté conociendo del procedimiento en el momento en que se solicite la OEP, pues, aparte de garantizarse la inmediatez en la resolución, dicho juzgado o tribunal será el que se encuentre en mejor situación para valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto en el momento de resolver sobre la emisión del instrumento de reconocimiento mutuo⁹⁶³.

b) Para el reconocimiento y ejecución de una OEP acordada por otro Estado miembro, serán competentes “los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo”, si bien se indica en el art. 131.2, *in fine*, que “cuando se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, el mismo Juez o Tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones”⁹⁶⁴. La referida norma, si bien

⁹⁶³ Así lo indicamos en CUETO MORENO, C.: “La Orden Europea de Protección. Análisis...”, cit., p. 8.

⁹⁶⁴ En relación con esta materia, el *Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, de 14 de marzo de 2014*, modificó sustancialmente las dos redacciones contenidas en las dos versiones del Anteproyecto. Así, la contemplada en la versión de *8 de febrero de 2013* (art. 143) atribuía al Ministerio Fiscal la competencia para el reconocimiento y ejecución de las OEP adoptadas por otro Estado miembro y, sólo cuando el mismo entendiera que procedía la denegación, al Juez o Tribunal competente en España para emitir este tipo de órdenes (el art. 151 establecía que la remisión se efectuaría a favor del “Juez o Tribunal que, en un caso análogo en España, fuera competente para la emisión de la orden de protección”). Esta redacción vulneraba en nuestra opinión lo establecido en el art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que, en consonancia con la garantía de exclusividad de la potestad jurisdiccional, art. 117 CE, expresamente establece que las diligencias que puede llevar a cabo u

supone una descentralización en lo relativo al reconocimiento y ejecución de este instrumento de reconocimiento mutuo frente al esquema seguido en nuestro Ordenamiento en relación a la Orden Europea de Detención, entraña a nuestro juicio una mayor proximidad a la persona protegida, que se refuerza con la previsión de que la competencia territorial venga determinada por el lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo (debiendo haberse hecho mención también a la mera permanencia, tal y como prevé el art. 133.b de la Ley), superando así las ambigüedades interpretativas a las que, como hemos visto, se prestaban las anteriores redacciones del texto legal⁹⁶⁵.

En todo caso, conviene indicar que uno de los apartados de la OEP, cuya forma y contenido deberán ajustarse al art. 7 de la Directiva y que se recoge en el formulario que obra al Anexo VIII de la Ley, es el relativo a la constancia en su caso de utilización de un dispositivo técnico que se haya suministrado a la persona protegida o a la persona causante del peligro como medio para hacer cumplir la medida de protección, por lo que

ordenar el Ministerio Fiscal “no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos”, que es lo que entraña en cualquier caso la resolución que reconoce una OEP, afectando a derechos fundamentales como los contenidos en los arts. 17 y 19 de la CE.

Por su parte, en la versión del *Anteproyecto de Ley de 11 de julio de 2013* (art. 129), se atribuía la competencia para reconocer y ejecutar las OEP remitidas por otro Estado al “Juez o Tribunal competente en España para emitir este tipo de medidas”, sin que se delimitara claramente quién era en última instancia el juez competente para decidir sobre la emisión o sobre el reconocimiento de una concreta OEP, y pareciendo exigirse el análisis de la misma en cada caso a fin de determinar quién sería el Juez o Tribunal que, en un caso análogo en España, tendría competencia para su emisión y transmisión, planteándose la duda de si, en aquellos casos en que la OEP venía constituida por una pena, la competencia debería corresponder al Juez Central de lo Penal por aplicación analógica de lo dispuesto en dicha versión del Anteproyecto en relación a las órdenes europeas de libertad vigilada (art. 101), cuyo contenido podía ser coincidente con el de la OEP.

⁹⁶⁵ En el mismo sentido nos pronunciamos en CUETO MORENO, C.: “La Orden Europea de Protección. Análisis...”, cit., p. 91, y en “Órdenes de Protección. Especial referencia a la Orden Europea de Protección”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2015, p. 4.

El criterio por el que finalmente ha optado el legislador ya había sido postulado por autoras como DEL POZO PÉREZ, que consideraba que la competencia, tanto en relación a la emisión y transmisión de la OEP, como por lo que respecta a su reconocimiento y ejecución, debía corresponder, bien al Juzgado de Instrucción, bien al de Violencia sobre la Mujer si se refiere a un delito competencia de este último, pero en ningún caso al Juzgado Central de Instrucción ni a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, “que nada tienen que ver con la materia de violencia de género” (DEL POZO PÉREZ, M.: “La Orden Europea de Protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, p. 178, y “Análisis crítico de la Orden Europea de Protección...”, cit., p. 32). También LÓPEZ GIL entendía que la competencia para la ejecución debía corresponder a los Juzgados de Instrucción, pues aunque ello introdujera una “gran descentralización en esta materia”, frente al esquema introducido por la orden europea de detención, permitía una mayor “cercanía y proximidad del órgano judicial a la persona protegida” (LÓPEZ GIL, M.: “La Orden Europea de Protección”, *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un Código Modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana* (Robles Garzón –Dir. Coord.-), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 225). Sobre este tema, *vid.* también OUBIÑA BARBOLLA, S.: “La orden europea de protección: realidad o ilusión”, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación* (Catalina Benavente –Coord.-, Castillejo Manzanares –Dir.-), La Ley, 2011, pp. 271-275.

se legitima la utilización de estos instrumentos para asegurar la efectividad de la pena o medida objeto de la OEP.

En cuanto a la vulneración de las prohibiciones acordadas en una OEP emitida por autoridad judicial española, nada dice la Ley acerca de qué actuaciones concretas debe realizar el juez o tribunal español que conozca del procedimiento penal en el que se emitió la OEP cuando tenga constancia de que se ha incumplido en el territorio de otro Estado miembro la prohibición acordada como pena o medida cautelar en la referida causa seguida en España. El art. 12 de la Directiva establece al respecto que “la autoridad competente del Estado de ejecución notificará a la autoridad competente del Estado de emisión o del Estado de supervisión cualquier incumplimiento de la medida o medidas adoptadas en virtud de la orden europea de protección”, utilizando al efecto el modelo normalizado que figura en el Anexo II de aquélla. La notificación podrá por tanto ser remitida tanto a un Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer como a un Juzgado de lo Penal e incluso a la Audiencia Provincial, por cuanto, como antes se ha indicado, la OEP puede dimanar tanto de una medida cautelar personal como de una pena.

Recibida la comunicación, entendemos que deberá remitirse testimonio al Juzgado competente para conocer del presunto delito de quebrantamiento y proceder en su caso conforme dispone el art. 544 *bis, in fine*, de la LECrim. No obstante, y habida cuenta que el art. 11 de la Directiva faculta al Estado de ejecución en esos casos para “imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando el incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución”, habrá que analizar cada supuesto concreto en relación con la normativa de dicho Estado a fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*.

El Estado de ejecución está facultado además, en base al mismo precepto, para adoptar “cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento” y “las oportunas medidas provisionales urgentes” para poner fin al mismo, “a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión”, que es quien mantiene la competencia exclusiva para acordar la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección y, por ende, de la OEP (arts. 137.1.a de la Ley y 13 de la Directiva).

En el supuesto de que la autoridad judicial española actúe como Estado de ejecución de una OEP emitida por otro Estado miembro, deberá haber dictado un auto en el que se habrán impuesto a la persona causante del peligro “cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida”; resolución que contendrá también las instrucciones oportunas, dirigidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por el cumplimiento de las medidas recogidas en la OEP y para su inscripción en los registros que correspondan (art. 138 de la Ley).

En cuanto a la ley aplicable, el art. 21 de la Ley, acorde con lo dispuesto en el art. 11.1 de la Directiva, establece que “la ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española”. No obstante, se prevé expresamente que, tanto la medida de protección que se adopte por el juez o tribunal español al reconocer la OEP, como la que se pueda acordar posteriormente en caso de incumplimiento, “se ajustarán en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión” (art. 138.2), lo cual no viene sino a constituir una manifestación más del principio de reconocimiento mutuo que preside la normativa en materia de cooperación judicial penal.

Caso de que se incumpla alguna de las medidas de protección acordadas en el auto por el que se reconozca la OEP emitida por otro Estado miembro, el art. 139 de la Ley faculta a la autoridad judicial española (que será el Juez de Instrucción o, en casos de violencia de género, el Juez de Violencia sobre la Mujer del lugar en el que la víctima resida) para: a) Imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento, cuando el mismo constituya una infracción penal con arreglo al Derecho español; b) Adoptar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento; y c) Adoptar las medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión, previsión esta última contenida en el art. 11.2 de la Directiva.

En nuestra opinión, esta vulneración, si afectara a los sujetos pasivos reseñados en el art. 173.2 del Código Penal, sería constitutiva de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 de dicho texto legal. No obstante, no cabe olvidar que el círculo de personas que pueden resultar protegidas por una OEP es más amplio que el elenco contemplado en el citado art. 173.2, al no circunscribirse el ámbito de este instrumento, como hemos

indicado, al de la violencia doméstica y de género. LÓPEZ GIL considera en este sentido que, si la víctima no se encuentra entre las que recoge dicho precepto, “el quebrantamiento de la medida de protección quedaría huérfano de consecuencias jurídico penales”, al resultar discutible para dicha autora la aplicación analógica del art. 468.2⁹⁶⁶. Sin embargo, estimamos que la conducta sería subsumible en el art. 468.1, por lo que en todo caso sería constitutiva de delito de quebrantamiento, si bien castigado con una pena más leve.

En todo caso, y como apunta OLIVERAS I JANÉ, podría también plantearse en este ámbito el incumplimiento de las medidas adoptadas en ejecución de una OEP con consentimiento o inducción por parte de la propia persona protegida, “aspecto altamente problemático” que, según dicha autora, deberá resolverse aplicando la normativa interna del Estado de ejecución, apuntando asimismo la posibilidad de acordar en estos supuestos la suspensión de aquella⁹⁶⁷.

Todo ello sin olvidar, como antes hemos indicado, el debido respeto al principio *ne bis in idem*, que exigirá una constante coordinación con la autoridad competente de emisión a fin de evitar que el incumplimiento se sancione penalmente en ambos Estados⁹⁶⁸. A tal efecto, la vulneración de la prohibición deberá notificarse por la autoridad judicial española a la autoridad competente del Estado de emisión a través del certificado que figura como Anexo IX de la Ley (art. 139.2, que transpone el art. 13 de la Directiva).

También se plantearía, por último, el problema de determinar qué autoridad judicial española debería conocer del presunto delito de quebrantamiento cuando la pena o medida infringida y que ha servido de fundamento a la OEP se hubiera impuesto en un procedimiento de violencia de género, si el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer; cuestión ésta que enlaza directamente con la antes mencionada, relativa a la competencia de este último órgano para conocer del delito de quebrantamiento, y que en nuestra opinión ha quedado resuelta con la reforma del art. 87 *ter*, apartado 1, de la LOPJ, operada en virtud de la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de*

⁹⁶⁶ LÓPEZ GIL, M.: “La Orden Europea...”, cit., pp. 227-228.

⁹⁶⁷ OLIVERAS I JANÉ, N.: “La Directiva 2011/99/UE...”, cit., p. 44; también, OUBIÑA BARBOLLA, S.: “La orden europea de protección...”, cit., pp. 297-298.

⁹⁶⁸ Reclama esta “imperiosa necesidad de coordinación entre autoridades judiciales de varios Estados miembros”, incluyendo no sólo las de los Estados de emisión y ejecución, sino también la del Estado que en su caso supervise la libertad vigilada o las medidas de vigilancia como alternativas a la prisión provisional, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: “La orden europea de protección...”, cit., p. 76.

julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de tal modo que corresponderá al Juzgado de Violencia sobre la Mujer la competencia para conocer de dicho delito cuando la persona ofendida por la infracción cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido esposa del presunto autor, o mujer que esté o haya estado ligada al mismo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTAS.

Muchos y variados son los temas abordados en el presente trabajo, sobre todos los cuales se ha aportado una postura personal que no siempre ha resultado fácil adoptar. Con objeto de facilitar la comprensión de las principales cuestiones suscitadas por el delito tipificado en el art. 468.2 del Código Penal, a continuación se ofrecerá una sintética revisión general del estudio realizado, incidiendo en nuestra interpretación acerca de cada materia analizada, a través de la que fundamentalmente se perseguirá que quede clara nuestra posición en cada uno de los aspectos tratados. Finalizada dicha revisión general, se procederá a la presentación sistematizada de las diferentes propuestas, tanto *de lege data* como *de lege ferenda*, dirigidas a contribuir a la resolución de los problemas prácticos que entraña la aplicación del referido tipo penal.

I.- En la Parte Primera del trabajo, dedicada a las **Cuestiones Previas**, se ha analizado el delito de quebrantamiento tanto desde la **perspectiva histórica (antecedentes, incorporación al Ordenamiento y posterior evolución)** como desde la óptica del Derecho Comparado.

1.- Comenzando por la primera, dado que el referido tipo penal no se introdujo en nuestro sistema hasta el año 2003, se ha realizado un repaso de la regulación del delito de quebrantamiento genérico tanto en la Codificación penal española como en el Derecho Proyectado.

En siguiente orden, nos planteábamos al inicio de la investigación, de un lado, con qué finalidad ha configurado progresivamente el legislador las prohibiciones de aproximación y comunicación, no sólo como penas y medidas de seguridad, sino también como medidas cautelares y como obligaciones a las que condicionar, imperativamente en el ámbito de la violencia de género, la suspensión (y, antes de la reforma abordada por la LO 1/2015, la sustitución) de la pena; y, de otro, qué objetivo último tiene la tipificación como delito autónomo del quebrantamiento de dichas prohibiciones cuando las mismas se imponen como pena, medida de seguridad o medida cautelar, y su agravación cuando se establecen en el ámbito de la violencia doméstica y de género. Con el objeto de ofrecer respuesta a ambas cuestiones, y tras analizar los principales hitos legislativos que las sustentan, se ha constatado que, tras la introducción, por la *LO 11/1999*, de la pena de prohibición de aproximación y comunicación del condenado con la víctima o su familia, la *LO 14/1999* previó la posibilidad de que las penas accesorias de alejamiento se impusieran también respecto

de terceras personas a determinar por el juez o tribunal (lo que entrañó un avance en el tratamiento legal de la violencia doméstica y de género, en el que con relativa frecuencia allegados de la persona perjudicada se exponen también a potenciales ataques del obligado por la pena o medida), e instauró en nuestro Ordenamiento la posibilidad de acordar, desde las primeras diligencias y como medida cautelar, el alejamiento del presunto agresor respecto de aquélla y de otras personas en relación a las cuales se revelara la conveniencia de su adopción a través del art. 544 *bis* de la LECrim; piedra angular del cambio de paradigma de las medidas cautelares, que por primera vez se utilizan como instrumento de protección de las víctimas de delitos graves, y cuya extensión a los supuestos constitutivos de falta se articuló a través de la *Ley 27/2003*.

Asimismo, la *LO 11/2003* introdujo en los arts. 153 y 173 del Código Penal sendos subtipos agravados cuando los delitos (o, en relación al art. 173, alguno o algunos de los actos de violencia), se realizaran, entre otras circunstancias, quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de dicho texto legal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. También la *LO 13/2003* supuso un punto de inflexión en la regulación de la prisión provisional, al incorporar, como uno de los fines que se ha de perseguir para justificar la adopción de esta medida cautelar, el de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal.

Fue la *LO 15/2003* la que incorporó al Código Penal el delito de quebrantamiento de órdenes de alejamiento, mediante la introducción de un apartado 2º al art. 468 del Código Penal en el que se castigaba con pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad a quien quebrantara las prohibiciones a que se refiere el art. 57.2 del Código Penal, que a su vez remitía al elenco de sujetos pasivos contemplados en el art. 173.2 de dicho texto legal. Se constituyó así por vez primera dicha figura delictiva como instrumento de lucha contra la violencia doméstica y de género. Además, la citada LO reformó el art. 57.2 del texto punitivo estableciendo, con carácter imperativo, la pena accesoria de prohibición de aproximación en los supuestos de condena por alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 y cometidos en el referido ámbito. Tutela que se completa con la *LO 1/2004*, al reformar el referido art. 468.2 castigando en todo caso con pena de prisión a los que quebrantaren una pena de las

contempladas en el art. 48 del 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 art. 173.2 del mismo texto legal, y con la *LO 1/2015*, que añade un tercer apartado al art. 468 del Código Penal a fin de tipificar, como una modalidad de quebrantamiento, la inutilización o cualquier forma de perturbación del funcionamiento de los dispositivos técnicos dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares.

A la luz de todas las referidas reformas, que desde el año 1999 se han llevado a cabo tanto en orden penal como en el procesal penal, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

De un lado, que el legislador, al regular las prohibiciones de alejamiento, tanto cuando las configura como pena o medida de seguridad, como cuando las erige en medidas cautelares o en deberes u obligaciones a los que condicionar la suspensión o, antes de la reforma operada por la *LO 1/2015*, la sustitución de la pena, las configura como instrumentos de protección a las víctimas y de tutela tanto de los ofendidos y perjudicados por el delito como de sus familiares y personas allegados a los mismos, y ello singularmente en relación a las infracciones penales cometidas en el ámbito de la violencia doméstica y de género. Sin embargo, esta circunstancia no desnaturaliza dichas prohibiciones, ni cuando se regulan como pena ni cuando se prevé su adopción como medida cautelar, por cuanto en última instancia se someten a idénticos criterios para su adopción, no constituyendo el hecho de que dichos mecanismos se orienten a la tutela de las víctimas sino una manifestación más del derecho a la protección que las mismas tienen reconocido en virtud, entre otras normas, de los instrumentos internacionales vigentes.

De otro, que el delito de quebrantamiento previsto y penado en el art. 468.2 del Código Penal, subtipo agravado en función exclusivamente del sujeto pasivo del mismo, se convierte también en instrumento de tutela de las víctimas de violencia doméstica y de género, tanto desde su introducción por la *LO 15/2003* como singularmente tras su reforma y agravación por la *LO 1/2004*, castigándose desde la entrada en vigor de dicha norma en todo caso con pena de prisión la vulneración de las penas, medidas de seguridad y medidas cautelares de alejamiento cuando se imponen en un proceso penal en relación a los sujetos contemplados en el art. 173.2 del Código Penal.

2.- Desde una **perspectiva de Derecho Comparado**, ha sido analizado el **quebrantamiento de órdenes de alejamiento en algunos países de Europa e Iberoamérica**, exponiendo cómo se castiga en sus Ordenamientos la vulneración de las penas y medidas de alejamiento acordadas judicialmente, y vertebrando nuestro estudio en función de si en sus respectivas normativas se prevé algún régimen especial si el quebrantamiento de aquéllas se produce en el ámbito de la violencia doméstica o de género. Así, se ha puesto de relieve que, en Europa, únicamente Bulgaria y Grecia contemplan un régimen específico en tal sentido, que se articula, en relación al primero de dichos países, a través de la *Ley 27/2005, para la Protección en materia de Violencia Doméstica*, que prevé la posibilidad de adoptar, como medidas de protección, prohibiciones de aproximación y comunicación, sancionando su vulneración con pena de multa o prisión, y en el caso de Grecia en virtud de la *Ley 3500/2006, en materia de lucha contra la violencia doméstica*, que permite acordar prisión provisional en los supuestos de quebrantamiento de medidas cautelares de alejamiento adoptadas en relación a delitos graves.

Por lo que respecta a Iberoamérica, la previsión de un régimen especial de infracción de órdenes de alejamiento en el ámbito de la violencia doméstica y de género se contempla en Argentina, a través de la *Ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar*, aprobada en 1994, y de la *Ley 26.485, de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, de 2009, que habilita para adoptar medidas de alejamiento y salida del domicilio común, pudiéndose en caso de incumplimiento proceder penalmente por delito de desobediencia o imponer la realización de cursos de reeducación. Asimismo, se articula dicha posibilidad en Chile, en virtud de la *Ley n° 20.066, de Violencia Intrafamiliar*, promulgada en 2005, que regula las prohibiciones de alejamiento no sólo como medida cautelar, sino también como “medida accesoria” en caso de sentencia de condena, sancionándose su incumplimiento con pena de reclusión menor. Y en Perú, donde rige la *Ley n° 26260, de Protección frente a la Violencia Familiar*, promulgada en 1993, que castiga con pena de multa el incumplimiento de las medidas de alejamiento, constitutivo de delito de desobediencia.

Del análisis se deduce que son mayoritarios los Estados europeos que no prevén un régimen especial para el tratamiento del quebrantamiento de órdenes de alejamiento en el ámbito de la violencia doméstica y de género. Así, en Alemania, las conductas que

podieran incardinarse en el mismo se castigan con arreglo a la *Ley para la protección civil frente a hechos violentos y acosos*, de 11 de diciembre de 2001, que se aplica a todo tipo de víctimas frente a lesiones contra el cuerpo, la salud o la libertad, habilitando para adoptar medidas cautelares de alejamiento, cuya vulneración se castiga con pena de multa o prisión. En Francia, el quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación a las víctimas de delito, que pueden imponerse como pena y como medida cautelar, se sanciona, únicamente si se imponen en sentencia de condena, con pena de prisión y multa, sin que se prevea un régimen distinto cuando la vulneración se produce en el ámbito de la violencia doméstica y/o de género. Previsión específica que tampoco se contiene en el Ordenamiento italiano, si bien en el mismo también se contemplan las prohibiciones de aproximación y comunicación como pena y como medida cautelar. Idénticas consideraciones cabe hacer en relación al Reino Unido, donde, si bien se regulan de forma prolija las órdenes de alejamiento, cuyo incumplimiento puede dar lugar a que se acuerde el arresto y la prisión preventiva del obligado, y se castiga con pena de prisión y/o multa desde la entrada en vigor de la Ley de Protección contra el Acoso (*Protection from Harassment Act, 1997*), no existe un régimen especial de quebrantamiento de dichas prohibiciones en relación a víctimas de violencia doméstica y de género, como tampoco se prevé el mismo en Dinamarca, Eslovaquia, Suecia, Finlandia y la República Checa.

Por último, tampoco se contempla especificidad alguna en tal sentido en los Ordenamientos jurídicos de Colombia y México, pese a contar ambos países con legislación en materia de violencia contra las mujeres que permite la adopción de medidas de alejamiento para garantizar su tutela.

II.- El **análisis del delito tipificado en el art. 468.2 del Código Penal** ha suscitado asimismo cuestiones relevantes, tales como las siguientes:

1.- En primer lugar, constatada la configuración de las órdenes de alejamiento como instrumentos de protección a las víctimas, han sido elaboradas una serie de **consideraciones sobre la naturaleza y fundamento de las prohibiciones de aproximación y comunicación**, cuya introducción en el Ordenamiento ha entrañado la incorporación de fines preventivos en el ámbito procesal penal y la atribución a aquellas de una función no tanto punitiva como tuitiva, constituyendo las mismas elementos esenciales de tutela de las víctimas, singularmente de las de violencia doméstica y de género, y piedra angular en la lucha contra ese tipo de violencia, en cuyo seno el

perjudicado busca a menudo no tanto la condena de su agresor como la evitación de posteriores ataques por parte del mismo. Y ello tanto cuando se imponen como penas o medidas de seguridad, como cuando se adoptan como medida cautelar o incluso como regla de conducta u obligación a la que condicionar la suspensión o, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, la sustitución de la pena privativa de libertad.

2.- Las anteriores reflexiones inciden directamente sobre cuál es el **bien jurídico protegido** por el art. 468.2 del Código Penal, que no sólo tutela el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, como se desprende en todo caso de su ubicación sistemática en dicho texto legal, sino que, configurado como tipo penal agravado en función exclusivamente del sujeto pasivo del delito, reviste un carácter pluriofensivo. Todas las reformas legislativas a las que se ha hecho referencia, tendentes en última instancia a reforzar la tutela de las víctimas de violencia doméstica y de género, previendo la imposición de medidas cautelares dirigidas al exclusivo fin de protegerlas, así como la aplicación de subtipos agravados cuando los delitos que se cometan en dicho ámbito se perpetren quebrantando una pena o medida establecida a favor de aquéllas, y equiparando a efectos punitivos el quebrantamiento de pena y medida cautelar si la víctima fuera alguna de las contempladas en el art. 173.2 del Código Penal (castigando dichas conductas en todo caso con pena de prisión), ponen de manifiesto que, por lo que respecta al art. 468.2, el bien jurídico que el mismo tutela no es sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino también la indemnidad de la persona para cuya protección se ha acordado la pena o medida; bien jurídico este último a cuya salvaguarda se dirigen las citadas reformas legales, que evidencian que el mismo se considera merecedor de la máxima protección jurídica.

3.- Por lo que respecta a los **elementos del delito tipificado en el art. 468.2 del Código Penal**, y centrándonos en los **sujetos activo y pasivo** del mismo, si bien dicho precepto fue reformado por una LO, la 1/2004, cuyo fin último es el de erradicar la violencia de género, en nuestra opinión nada impedirá que el sujeto activo sea una mujer, viniendo la agravación contenida en dicho apartado determinada únicamente por el hecho de hallarse el perjudicado en la relación contemplada en el art. 173.2 de dicho texto legal. Perjudicado que, además, y en base a la postura que defendemos sobre el bien jurídico tutelado por el delito, ostentará, junto al Estado, la condición de sujeto pasivo, y que no puede ser considerado autor, al encontrarnos ante un delito especial propio que únicamente puede cometer el obligado por la pena o medida, aunque sí

podría resultar condenado a título de partícipe en aquellos casos en que indujera al incumplimiento o cooperara en el mismo.

4.- En cuanto a los **elementos normativo y objetivo del delito** regulado en el art. 468.2 del Código Penal, del análisis realizado se pueden extraer las siguientes conclusiones, con sus subsiguientes consecuencias prácticas:

En primer lugar, que el Auto que reconociera una Orden Europea de Protección emitida por otro Estado miembro de la Unión Europea con fundamento en la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, acordando en ejecución de la misma cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la tutela de la persona protegida, será susceptible de ser considerado elemento normativo del precepto.

En segundo orden, que, debido al tenor literal del citado art. 468.2, que exige que las penas o medidas quebrantadas se hayan acordado “en procesos criminales”, la vulneración de las medidas que se adopten al amparo de lo establecido en los apartados 4º y 5º del art. 158 del Código Civil tras la reforma del mismo por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, podrá ser constitutiva del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal únicamente cuando las mismas se hubieran impuesto en un procedimiento penal, y no cuando se adopten en un proceso civil o en un expediente de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso su incumplimiento podrá ser subsumible, bien en el art. 468.1, bien en el art. 556.1 del Código Penal. Soluciones ambas sin embargo insatisfactorias, por cuanto no cabe olvidar que dichas medidas tienen idéntico contenido que las penas contempladas en el art. 48 de dicho texto legal, y que es posible que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer las adopte indistintamente tanto en un proceso penal como civil, por lo que las consecuencias jurídicas de su quebrantamiento serían muy diferentes en función exclusivamente del tipo de procedimiento en el que las mismas se hubieran acordado.

En tercer extremo, que habrán de excluirse del ámbito normativo del precepto, por no revestir la misma naturaleza que las penas contempladas en el art. 48 del Código Penal, las medidas civiles acordadas en orden de protección y las medidas cautelares contempladas en los arts. 65, 66 y 67 de la LIVG (suspensión de la patria potestad, del régimen de visitas y del derecho a la tenencia, porte y uso de armas). E idéntico criterio sostenemos en relación a las prohibiciones impuestas como condición para la

suspensión o, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, para la sustitución de la pena, al no tener las mismas carácter de pena, medida de seguridad ni medida cautelar.

En cuarto lugar, que para entender cometido el delito que nos ocupa es preciso, como elemento objetivo del tipo, haber efectuado un requerimiento en forma al obligado por la pena o medida, si bien no es necesario, en el primero de tales casos, que se haya practicado y notificado la liquidación de condena. Y ello no sólo por el principio de seguridad jurídica, sino habida cuenta que, en relación a las medidas cautelares, la LO 1/2004, en su art. 64.3º, último párrafo, y 5º, recoge la exigencia de que, cuando se establezca la prohibición de aproximación o comunicación, se realice “bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal” en el supuesto de incumplimiento.

Y, por último, que en ningún caso cabe erigir como elemento del tipo del art. 468.2 del Código Penal a la ausencia de consentimiento en la vulneración de la pena o medida por parte de la persona protegida por la misma, por lo que en modo alguno puede considerarse atípica la conducta del que quebranta la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima con su aquiescencia o a su instancia.

Asimismo, y en relación a la problemática suscitada acerca de la interpretación del art. 69 de la LO 1/2004, que establece la posibilidad de que se mantengan tras la sentencia definitiva y durante la sustanciación de los eventuales recursos que contra la misma puedan interponerse las medidas de protección acordadas al amparo del Capítulo en el que está contenido dicha norma, si bien condicionando dicha vigencia al hecho de que conste en la sentencia el mantenimiento de las mismas, consideramos que dicho precepto exige un pronunciamiento expreso tanto si la sentencia es condenatoria como absolutoria, no sólo en la medida en que la norma no distingue, sino a la luz de la *STC 16/12, de 13 de febrero de 2012*. La referida norma, por otra parte, no salva la desprotección que entraña para la víctima el lapso de tiempo, a veces prolongado, que transcurre entre el momento de firmeza de la sentencia de condena y el inicio de la ejecutoria, por lo que entendemos que debería articularse legalmente la posibilidad de que en sentencia condenatoria pudiera acordarse la prórroga de la medida cautelar de prohibición de aproximación y/o comunicación hasta el límite de la mitad de la duración de las penas de igual naturaleza efectivamente impuestas en los casos en que no hubiera dado comienzo la ejecución de aquélla.

5.- En cuanto a las **causas de justificación** que con más frecuencia se invocan en los procedimientos por delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, ha sido analizado su tratamiento doctrinal y jurisprudencial tanto en relación a su incidencia en la conducta del obligado por la pena o medida, como en cuanto a su aplicabilidad en orden a eximir de responsabilidad a la víctima que consiente el quebrantamiento y que, como hemos sostenido, puede ser condenada como partícipe, prestando atención singularmente a la circunstancia de estado de necesidad del art. 20.5ª del Código Penal, y a la de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7ª de dicho texto legal). No obstante, la aplicación de dichas causas de justificación suele correr suerte desestimatoria, al colegirse en general por la jurisprudencia la falta de acreditación de los requisitos necesarios para su apreciación. Así, en cuanto al estado de necesidad, con relativa frecuencia, bien no se estima la concurrencia o pendencia de un mal de suficiente entidad y gravedad en el obligado o en un tercero, bien se considera que cabía recurrir a otras vías lícitas en orden a acabar con la situación alegada. Y en cuanto a la circunstancia de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, suele concluirse que no cabe esgrimir un hipotético derecho a convivir frente a la efectividad de resoluciones judiciales que imponen medidas restrictivas o privativas de la libertad de una persona, por cuanto aquél sólo puede hacerse valer en tanto no esté limitado o afectado por una pena o medida cautelar.

6.- Por lo que respecta a la **culpabilidad**, en primer lugar, en sede de **imputabilidad**, ha sido abordada la posible aplicación, en relación al delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, de las causas de exención de responsabilidad criminal contempladas en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20 del Código Penal, también desde la doble perspectiva de su incidencia en el obligado por la prohibición de alejamiento y su posible apreciación en la persona protegida que presta su consentimiento a la vulneración de aquélla, analizando especialmente, en relación a esta última, la posibilidad de apreciar, en los casos en que padezca “síndrome de la mujer maltratada” o trastorno por estrés postraumático debido a la situación de violencia física y/o psíquica padecida, alguna de las referidas eximentes.

7.- Por otra parte, siendo unánime la consideración del delito que nos ocupa como **delito doloso**, y de la **imposibilidad de la admisión de la imprudencia** en relación al mismo, tratándose además en todo caso de un dolo genérico y limitado por tanto al conocimiento de los elementos objetivos del tipo y a la voluntad de vulnerarlos,

admitimos la posibilidad de que concurra un dolo eventual, por ejemplo en los casos en que el obligado por la pena o medida acude a un lugar que le conste es frecuentado por la víctima, representándose y asumiendo la posibilidad de encontrarse con la misma. Y ello partiendo de la premisa de considerar que no es preciso que la resolución judicial que establece la prohibición indique de forma exhaustiva todos los lugares frecuentados por la persona protegida, ya que ello, además de resultar muy dificultoso en la práctica, produciría el efecto de considerar excluidos aquellos que por olvido no se hubieran hecho constar y a los que no obstante acudiera habitualmente aquella. En todo caso, la prohibición de aproximarse no lleva implícita una correlativa obligación de alejarse, lo que tiene especial relevancia en aquellos supuestos en que se produce un encuentro entre el obligado por la pena o medida y la persona respecto de la que la misma se ha establecido en un lugar no frecuentado por esta última. Entender lo contrario entrañaría a nuestro juicio una interpretación extensiva del precepto en contra del reo, vedada por nuestro Ordenamiento.

8.- En cuanto a la aplicabilidad del **error**, tanto de tipo como de prohibición, se ha analizado la posible estimación de su concurrencia, no sólo en relación a la conducta del obligado por la pena o medida, sino también respecto de la persona protegida por aquélla que consiente su quebrantamiento. En relación al sujeto obligado, puede constatarse que su estimación no se ciñe únicamente a los supuestos en que no se haya practicado, o se haya efectuado incorrectamente, la notificación a aquel de la resolución judicial en la que se acuerda la prohibición, sino también a aquellos en que media un consentimiento de la persona para cuya tutela se ha establecido la pena o medida, habida cuenta que el mismo puede generar en el sujeto activo la creencia de que la misma ya no estaba vigente o la de que su incumplimiento no era constitutivo de infracción penal. Sin embargo, no se nos escapa que, en muchas ocasiones, el recurso a esta figura, singularmente a la del error de prohibición, que es a la que se ha constatado que se recurre más frecuentemente en la práctica, tiene por objeto evitar respuestas penales desproporcionadas, singularmente en los casos de quebrantamientos consentidos, bien en orden a eximir a la víctima de su posible responsabilidad a título de partícipe, bien al objeto de mitigar los efectos que para el obligado se derivan tras el *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*.

9.- Por último, también desde la doble óptica de la responsabilidad del obligado y de la posible imputación de la persona protegida a título de partícipe del delito de quebrantamiento, se ha analizado la posible aplicación de **causas de inexigibilidad**, en concreto la circunstancia de obrar impulsado por miedo insuperable prevista en el art. 20.6º del Código Penal. No obstante, la invocación de dicha eximente no suele prosperar en la práctica, por cuanto por la jurisprudencia suele concluirse la falta de acreditación de los requisitos que se exigen para su apreciación.

10.- En cuanto a las **formas de aparición del delito**, comenzando por el análisis del **grado de ejecución** alcanzado, y partiendo de que nos encontramos ante un tipo de simple actividad, que se consume cuando de forma voluntaria y consciente se infringe la prohibición impuesta sin necesidad de que el incumplimiento del mandato comporte ningún resultado perjudicial complementario, la admisibilidad de la tentativa vendrá determinada por la naturaleza de aquélla. En este sentido, plantea una singular problemática la prohibición de comunicación en los supuestos en que el contacto efectivo entre el obligado y la persona protegida por la pena o medida no llega a tener lugar, entendiendo que en todo caso el delito se habrá consumado si por el obligado se han efectuado todos los actos dirigidos a infringir la prohibición aunque la comunicación efectiva no llegue a producirse, por cuanto siempre se habrá vulnerado el mandato impuesto, no considerando admisibles en relación al tipo penal que nos ocupa formas imperfectas de ejecución.

11.- Por lo que respecta a la **autoría y participación** en el delito de quebrantamiento del art. 468.2, entendemos que nos encontramos ante un delito especial propio, siendo viable, al resultar aplicables al mismo las reglas generales de participación, la imputación de la persona protegida por la pena o medida en calidad de partícipe, ya sea como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento, en función de su conducta a la hora de consentir la vulneración por parte del sujeto activo de la prohibición impuesta, y sin que pueda obviarse la aplicabilidad de la regla de atenuación de la pena prevista para el *extraneus* partícipe de un delito especial propio en el art. 65.3 del Código Penal.

12.- Asimismo, se ha abordado el estudio de los **problemas concursales**, partiendo del análisis de la regulación y fundamento de los subtipos agravados por cometerse la conducta quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Subtipos

introducidos por la LO 11/2003 en relación a los arts. 153 y 173, y que la LO 1/2004 extendió a los delitos de amenazas y coacciones previstos y penados en los arts. 171.5 y 172.2 del Código Penal. Y ello centrándonos tanto en el fundamento de la agravación, que entendemos se encuentra en el mayor desvalor de la acción que supone la realización de la conducta típica en cada caso prevista vulnerando alguna de las referidas prohibiciones, por cuanto entraña una frustración de las expectativas de seguridad de la víctima en el Ordenamiento, como en los problemas concursales que plantean, tanto en relación al delito del art. 468.2 como con otros tipos penales.

Consideramos también que la no concurrencia de ninguna de las agravantes previstas en tales preceptos no determina automáticamente la aplicación del subtipo atenuado que se prevé en los mismos, que deberá limitarse a los supuestos en que la pena a aplicar por el tipo básico resultara desproporcionada atendiendo a las circunstancias particulares del hecho y a las personales del autor.

A la luz de las conclusiones expuestas, y como regla general, defendemos que los concursos entre los subtipos agravados y el delito de quebrantamiento del art. 468.2 constituyen concursos de normas que han de resolverse a favor de los primeros en base al principio de especialidad contenido en el art. 8.1 del Código Penal, en la medida en que, siendo la indemnidad de la víctima uno de los bienes jurídicos protegidos por el delito de quebrantamiento, e integrándose el subtipo agravado por la propia conducta típica contenida en el art. 468.2, la agravación ya contempla íntegramente el plus de desvalor de la conducta.

No obstante, si además de quebrantarse la prohibición de aproximación al domicilio de la víctima, se produjera un acceso no consentido por ella en ese lugar, debe entenderse cometido un delito de quebrantamiento en concurso real con un delito de allanamiento de morada, sin que en nuestra opinión pueda considerarse que la vulneración de la prohibición de acudir al domicilio de la víctima sea inherente al hecho de entrar en la vivienda. Y ello en la medida en que el delito de quebrantamiento no contempla el plus de desvalor que supone la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la CE, que es el bien jurídico que tutela el delito de allanamiento de morada del art. 202 del Código Penal. Existiría sin embargo, a nuestro juicio, un concurso de normas en caso de que, en el interior del domicilio, se cometiera alguno de los delitos de violencia de género respecto de los que se ha previsto, como subtipo agravado, que se cometan en el domicilio de la víctima. En este caso,

consideramos que no cabría apreciar dicha agravación, por cuanto el fundamento de la misma ya está comprendido en la propia conducta típica del delito de allanamiento de morada.

13.- Por lo que respecta a la **continuidad delictiva** en la comisión del delito del art. 468.2, entendemos que deberá apreciarse cuando se produzcan conductas típicas diferenciadas (por ejemplo, sucesivos encuentros y/o llamadas) pero regidas por una única intención de vulnerar las prohibiciones acordadas judicialmente respecto de una misma persona.

14.- Asimismo, por lo que respecta a las **circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**, consideramos que la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal no es aplicable al tipo penal que nos ocupa, dado que el art. 468.2 ya contempla que la persona respecto de la que se ha establecido la pena o medida sea alguna de las previstas en el art. 173.2 del Código Penal, de tal modo que opera lo dispuesto en el art. 67 de dicho texto legal al estar expresamente prevista la relación parental al describirse la conducta típica.

15.- En relación al **sistema sancionatorio** del art. 468.2 del Código Penal, consideramos adecuado que se equipare a efectos punitivos la comisión de la conducta típica contemplada en el mismo con la descrita en el apartado 1 del precepto para el quebrantamiento de las personas privadas de libertad. Asimismo, nos parece correcto que se castigue con pena de prisión tanto el quebrantamiento de pena como el de medida cautelar, con independencia de que la prohibición se hubiera impuesto en relación a hechos constitutivos de falta o de delito leve, por cuanto de ese modo cabe acordar la prisión provisional del presunto quebrantador y en la medida en que, por lo que respecta al bien jurídico protegido consistente en la indemnidad de la víctima, la conducta tiene idéntico contenido lesivo. No obstante, entendemos que debería haberse previsto una pena de prisión de duración distinta y menor para los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar respecto de la establecida para el de condena.

16.- Especial atención ha sido prestada en la investigación a la necesidad de abordar una reforma legal que suprima la **obligatoriedad de imponer la pena accesoria de alejamiento del artículo 57.2** del Código Penal en los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género, teniendo en cuenta en todo caso, no sólo los criterios de peligrosidad y gravedad previstos en el apartado 1 del precepto, sino también la voluntad de la víctima a la hora de resolver sobre su imposición. Y ello

en aras de atajar, al menos parcialmente, los supuestos de desproporcionalidad de la pena y ausencia de necesidad de la misma en determinados casos, con las consecuencias que ello entraña, no ya para el obligado por la pena o medida en los supuestos de quebrantamiento consentido de una prohibición a cuyo cumplimiento en todo caso está constreñido, sino para la propia víctima que se expone a ser imputada o condenada a título de partícipe.

17.- Lo anterior sin olvidar otras **propuestas y alternativas a la ejecución de la pena de alejamiento**, como reflexionar acerca de la prohibición absoluta de mediación en los supuestos de violencia de género articulando la posibilidad de que, en ciertos casos y con las necesarias cautelas legales, pueda preverse la opción de acudir a este mecanismo para, entre otros extremos, permitir a la víctima participar de forma activa en la resolución del conflicto y contribuir a una mejor reparación; o la extensión a las penas privativas de derechos del régimen legal de suspensión de las privativas de libertad, al objeto de permitir interrumpir su aplicación en los supuestos en que la víctima manifestara su voluntad de reanudar la convivencia con el condenado y se constatará por el juzgador la ausencia de riesgo para la misma, y de abrir la posibilidad de subordinar dicha suspensión a las condiciones que se estimaran oportunas de las referidas en los arts. 83 y 84 del Código Penal.

18.- Finalmente, ha sido desarrollado el estudio de los **dispositivos de teledetección** cuya imposición puede acordarse para controlar el cumplimiento de las penas y medidas de prohibición de aproximación. En relación a los mismos, y si bien entendemos que constituyen instrumentos de extraordinaria eficacia en orden a garantizar la debida protección de la víctima y de acreditar la existencia de posibles incumplimientos, echamos en falta una regulación más exhaustiva que, a través de Ley Orgánica, al afectar a derechos fundamentales, contemple, entre otros extremos, la expresa posibilidad de acordar su imposición en relación a medidas cautelares en supuestos distintos a los amparados por la LO 1/2004 (máxime a la luz de instrumentos internacionales como la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia), así como en relación a las medidas cautelares de prohibición de comunicación. Igualmente, abordamos el tratamiento de la negativa de una o ambas partes a la utilización de dichos mecanismos, considerando que sólo cabrá tipificar la conducta del obligado como constitutiva de delito de desobediencia en aquellos casos en que se haya acordado la imposición del dispositivo en sentencia o auto firme y, practicada la correspondiente

notificación y requerimiento, el sujeto se negara a la imposición del dispositivo, pudiéndose en los demás supuestos convocar la comparecencia del art. 505 de la LECrim al objeto de que se solicite, bien la prisión provisional de aquél, bien otra medida tendente a asegurar de otro modo la protección de la víctima.

Asimismo, en cuanto al fundamento de su establecimiento, si se acuerda en relación a una pena o medida de seguridad, entendemos que, más que residir en el control de cumplimiento de las penas y medidas de alejamiento, se encuentra en la prevención especial negativa o disuasión en orden a la comisión de nuevos hechos delictivos. Y, si se adopta en relación a una medida cautelar, en la protección de la persona respecto de la que se ha acordado su imposición.

Por último, nos parece inadecuado que la reforma operada por la LO 1/2015 haya tipificado como una nueva modalidad de quebrantamiento, a raíz de la introducción de un apartado 3º en el art. 468 del Código Penal, las conductas tendentes a inutilizar o a perturbar el normal funcionamiento de dichos dispositivos. Su subsunción en el delito de desobediencia del vigente art. 556 del Código Penal, de un lado, permitiría, con la actual regulación, excluir la posibilidad de que se castigue dicha conducta con pena de multa en los supuestos en que se cometa en el ámbito de la violencia de género, al preverse una pena alternativa de prisión. Y, de otro, evitaría ampliar el ámbito objetivo del tipo de quebrantamiento hasta desdibujarlo, ya que, como se ha indicado, los referidos mecanismos en ningún caso constituyen por sí mismos pena ni medida cautelar o de seguridad, sino que únicamente son instrumentos para controlar su cumplimiento.

III.- La Parte Tercera del presente trabajo se dedica al estudio del **consentimiento de la víctima** y del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los llamados “**quebrantamientos consentidos**”, en los que la vulneración de la pena o medida de alejamiento se realiza con el consentimiento de la persona respecto de la que aquélla se ha establecido. Y ello desde la doble perspectiva de la relevancia que a dicho consentimiento ha de darse en relación a la responsabilidad del obligado por la prohibición, y respecto de la posible imputación de la víctima que muestra su aquiescencia e incluso induce al incumplimiento.

1.- En cuanto a la incidencia del consentimiento de la víctima en la **responsabilidad del obligado** por la pena o medida, consideramos que es irrelevante a efectos de comisión del tipo que nos ocupa, no siendo factible hacer distinciones en

función de que nos encontremos ante una pena o una medida cautelar. Una vez acordada y notificada en forma, la resolución judicial (sea cual sea su naturaleza, ya se trate de sentencia firme o de auto acordando medidas cautelares) reviste igual eficacia e idéntico carácter público indisponible, y en todo caso su incumplimiento entrañará una vulneración del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia tutelado por el art. 468.2 del Código Penal, por lo que el delito se cometerá con independencia de que dicho incumplimiento haya sido consentido por la persona en relación a la cual se impuso la prohibición. Ausencia de consentimiento que además, como anteriormente hemos indicado, no constituye, ni implícita ni mucho menos explícitamente, elemento del tipo que nos ocupa, por lo que en modo alguno puede predicarse en estos casos la atipicidad de la conducta.

No desconociendo sin embargo que ello podría entrañar respuestas penales desproporcionadas, planteamos la posibilidad de que se introduzca un subtipo atenuado en relación al tipo penal del art. 468.2 que permita imponer la pena inferior en grado en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y fundamentalmente a la apreciación de la existencia de un consentimiento libre prestado por la persona protegida en orden a reanudar el contacto con el obligado por la pena o medida. Así como la previsión en dicho precepto de una pena alternativa a la de prisión y distinta a la de multa, como la de trabajos en beneficio de la comunidad, a fin de evitar que, en los supuestos de quebrantamiento consentido, el obligado se vea abocado a cumplir una pena privativa de libertad que además, en la mayoría de los casos, no va a poder ser suspendida.

2.- En cuanto a la **posible responsabilidad de la víctima** que consiente el quebrantamiento de la prohibición establecida a su favor, entendemos que, en tanto no se aborde una reforma legal que prevea expresamente la exención de responsabilidad criminal para el ofendido por el delito de quebrantamiento que consintiera expresa o tácitamente la comisión del mismo, sería posible imputar y/o condenar a aquélla a título de partícipe como inductora o cooperadora necesaria, con las subsiguientes consecuencias, que jurídicamente rayan el absurdo y humanamente resultan inadmisibles. Mientras tanto, no han de olvidarse las posibilidades que, en orden a atenuar la pena, ofrece el art. 65.3 del Código Penal, ni la necesidad de insistir en que se preste, en todas las fases del procedimiento penal, apoyo psicológico a las víctimas, garantizándoles el oportuno tratamiento asistencial a fin de minimizar los supuestos en

que el consentimiento prestado por ellas en relación a la vulneración de las prohibiciones impuestas para su protección esté viciado por su propia situación personal o por presiones externas de cualquier índole.

IV.- Por último, y por lo que refiere a la Parte Cuarta, dedicada al estudio de **algunas cuestiones procesales con relevancia penal**, se han obtenido las siguientes conclusiones:

1.- En primer lugar, y en cuanto a la **competencia para conocer del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal**, hemos defendido el criterio que no asumió la LO 1/2004, y que finalmente ha acogido el legislador en la *LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, de que el conocimiento del delito de quebrantamiento, en aquellos casos en que venga determinado por la vulneración de una pena o medida cautelar impuesta en relación a un delito competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, debe corresponder a este órgano judicial, no sólo por entender que el bien jurídico tutelado en el delito del art. 468.2 es también la indemnidad de la víctima, sino por considerar que dicho órgano judicial es el que se encuentra en mejor posición para valorar la situación de riesgo al que pueda hallarse expuesta aquélla en los supuestos de quebrantamientos consentidos (que en la práctica eran mayoritariamente los casos cuyo conocimiento venía atribuido a los Juzgados de Instrucción), y si dicho consentimiento se está efectivamente prestando por la persona protegida de forma libre y voluntaria.

2.- También, y en relación a la obligatoria celebración de la **comparecencia** prevista en el art. 505 de la LECrim que prevé el **art. 544 bis, in fine**, de dicho texto legal tras su reforma por la LO 15/2003 en caso de incumplimiento de las medidas cautelares adoptadas al amparo del mismo, sostenemos que ha de tener lugar ante el juez que esté conociendo del presunto delito de quebrantamiento, y no del que acordó la prohibición vulnerada, al que en su caso podrá remitirse testimonio de lo actuado. Y ello a fin de evitar el dictado de resoluciones contradictorias; de impedir que se produzca la victimización secundaria que entrañaría que la persona perjudicada tuviera que comparecer ante dos órganos judiciales; y de favorecer la inmediatez en la respuesta judicial. Todo ello partiendo de la consideración de que el juez a cuya disposición ha sido puesto el detenido o investigado es además quien mejor puede apreciar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y el riesgo al que puede estar expuesta la víctima.

3.- En cuanto a las **cuestiones procesales** que se suscitan en materia de **suspensión de condena**, y, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de sustitución de la misma, por lo que respecta a la imposición imperativa de las prohibiciones de alejamiento en relación a determinados delitos como condición para acordar dichos beneficios, consideramos criticable que también en este ámbito se prescinda de tener en cuenta la voluntad de la víctima en relación a figuras jurídicas cuya aplicación requiere un margen de apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Tanto la vigente regulación que con carácter general se establece en esta materia como la derogada redacción hubieran bastado, sin necesidad de prever regímenes específicos ni condiciones imperativas a las que subordinar su adopción, para ponderar si es factible, en los delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica y de género, conceder alguno de dichos beneficios sin merma de la seguridad de la víctima del delito y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones. Máxime teniendo en cuenta que, cuando estos delitos sean además alguno o algunos de los establecidos en el art. 57.1 del Código Penal, se habrá impuesto ya preceptivamente una pena accesoria de prohibición de aproximación, de tal manera que dicho régimen doblemente imperativo va a determinar que, en muchos casos, el cumplimiento de dichas prohibiciones (de casi idéntico contenido pero diferente naturaleza) se vaya a yuxtaponer en el tiempo. No obstante, entendemos que la reforma introducida en esta materia por la LO 1/2015 es adecuada por lo que refiere a someter al régimen general de revocación previsto en el art. 86 el incumplimiento de los deberes previstos en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 del Código Penal e imperativamente impuestos, *ex* art. 83.2 de dicho texto legal, en relación a delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, por cuanto el primero de los preceptos citados permite al juez o tribunal ponderar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, y acordando las diligencias de comprobación necesarias e incluso la celebración de vista oral *ex* art. 86.4, las circunstancias concurrentes en cada caso (entre ellas, si dicha vulneración se produjo con el consentimiento o aquiescencia de la persona respecto de la que dicha obligación se acordó), así como el carácter grave o reiterado de la vulneración producida, en orden a adoptar la consecuencia jurídica más adecuada. Revocación que, en consecuencia, deja de operar con carácter general de forma automática sin que ello redunde en detrimento de la víctima, por cuanto, como se ha indicado, podrá acordarse aquélla con

el inmediato ingreso en prisión del obligado cuando, entre otros fines, se considere imprescindible para asegurar la protección de la misma.

Asimismo, si bien el art. 85, tras la reforma operada por la LO 1/2015, habilita al juez o tribunal para modificar la decisión que se hubiera adoptado conforme a los arts. 83 y 84 a la vista de la posible variación de las circunstancias valoradas para su imposición, disponiendo “el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”, y aunque ello podría erigirse en una posible solución para aquellos supuestos en que, durante la ejecución, y una vez extinguida la pena de alejamiento, las partes afectadas por la obligación de no aproximarse o comunicarse decidieran libremente retomar el contacto o reanudar la convivencia, consideramos que dicho precepto no es aplicable a los delitos de violencia de género contemplados en el citado art. 83.2 del Código Penal, ya que el carácter imperativo de la imposición de los referidos deberes en tales casos casa mal con la posibilidad de dejar los mismos sin efecto en base a una modificación de circunstancias que además el legislador no permite tener en cuenta para su establecimiento.

En cuanto al ámbito de aplicación del art. 83.2 del Código Penal, la LO 1/2015 sustituyó la expresión “delitos relacionados con la violencia de género” por la de “delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia”. No obstante, en nuestra opinión, ambas redacciones permiten dar cabida en las mismas al delito de quebrantamiento cuando venga determinado por la vulneración de una pena o medida impuesta en un procedimiento de esta naturaleza. Interpretación que permite articular la posibilidad de que, caso de suspenderse la pena, el condenado realice cursos de reeducación y tratamiento psicológico, así como de imponerle, como condición para disfrutar del referido beneficio, las prohibiciones de aproximación de las reglas 1ª y 4ª del art. 83.1 del Código Penal, lo que adquiere una singular relevancia si se tiene en cuenta que el delito de quebrantamiento no lleva aparejada la pena accesoria del art. 57.2 del Código Penal.

4.- Por lo que respecta a la **problemática que en el orden procesal plantean los subtipos agravados** por cometerse quebrantando una pena de alejamiento o una medida de idéntica naturaleza cuando sólo se ha formulado acusación en relación a alguno de ellos sin calificación alternativa por delito de quebrantamiento y, si bien no se

estima la existencia de prueba de cargo en relación al tipo básico, sí existe respecto al hecho del incumplimiento de la prohibición, sostenemos que sería posible condenar por delito de quebrantamiento sin vulnerar el derecho de defensa del acusado aunque se sustentara la naturaleza no pluriofensiva del delito del art. 468.2, habida cuenta que, el hecho de que la fórmula del subtipo agravado sea idéntica a la acción típica del delito del art. 468 (“*quebrantando*”) determina que se deban acreditar en el juicio todos y cada uno de los elementos del referido tipo penal, lo que en suma implicará que el acusado habrá tenido oportunidad de articular una defensa adecuada en relación a dicho precepto y de proponer los medios de prueba pertinentes, quedando así garantizada la oportuna contradicción. Además, en el subtipo agravado no sólo se tutelan bienes como la vida o la integridad de la víctima, sino también el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, pues precisamente el fundamento de la agravación lo constituye el hecho de que se haya infringido la pena o medida cautelar impuesta en relación a aquélla.

5.- En cuanto a la problemática que entraña la **dispensa del art. 416 de la LECrim** en orden a acreditar la comisión del delito que nos ocupa, defendemos la actual redacción del precepto, si bien garantizando en todo momento la asistencia psicológica oportuna a la víctima en aras de que su decisión sea libre, y no condicionada por presiones del presunto agresor o de su entorno, por cuanto excluir al testigo perjudicado que se encuentre en alguno de los supuestos amparados por el mismo de la posibilidad de no declarar contra su presunto agresor podrá dar lugar a imputarle, bien por un delito de obstrucción a la justicia o desobediencia grave a la autoridad (si persiste en su negativa), bien por un delito de falso testimonio (si del análisis de otros elementos probatorios se colige que ha faltado a la verdad en su intento de exculpar a ultranza a aquél), lo que sin duda conduciría a consecuencias indeseables. No obstante, sin que deba cargarse únicamente sobre los hombros de la persona perjudicada por el delito la responsabilidad de una eventual condena, como tampoco vincular una automática absolución, o una sistemática denegación de medidas cautelares de protección, al hecho de que aquélla se acoja a la dispensa del deber de declarar, deberá agotarse la instrucción acudiendo a otros elementos probatorios que permitan desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, tales como practicar la declaración de los posibles testigos del quebrantamiento o de los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que en su caso pudieran haber sido comisionados al lugar de los hechos; solicitar de la compañía

telefónica correspondiente los listados de llamadas efectuadas en el período durante el que presuntamente se ha incumplido la prohibición de comunicación; o, si se ha acordado la imposición de un dispositivo de teledetección para verificar el cumplimiento de la pena o medida, recabar los informes del Centro de Control para acreditar las entradas del obligado en la zona de exclusión. Y ello en la medida en que nos encontramos ante delitos públicos, cuya persecución no se rige por el principio de oportunidad.

6.- Para finalizar, en cuanto al **quebrantamiento de una Orden Europea de Protección**, la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, que transpone la *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la Orden Europea de Protección*, articula la posibilidad tanto de que las penas y medidas de alejamiento (no, en nuestra opinión, los deberes de idéntico contenido a los que se condiciona la suspensión de la pena) adoptadas por jueces y tribunales españoles, tengan eficacia en otro u otros Estados de la Unión Europea, como que las que se acuerden en otro Estado miembro desplieguen sus efectos en España. En la medida en que la resolución que reconozca una OEP va a incorporar las penas o medidas cautelares de alejamiento acordadas por el Estado de emisión adaptándolas a la normativa del Ordenamiento del Estado de ejecución, es posible, y así lo prevé la propia Directiva, que las mismas sean objeto de quebrantamiento.

Si se vulneran las prohibiciones acordadas en una OEP emitida por autoridad judicial española, entendemos que, una vez el órgano judicial español reciba la comunicación del incumplimiento por parte del Estado de ejecución, deberá remitirse testimonio al Juzgado competente para conocer del presunto delito de quebrantamiento y proceder en su caso conforme dispone el art. 544 *bis, in fine*, de la LECrim. No obstante, y habida cuenta que el art. 11 de la Directiva faculta al Estado de ejecución en esos casos para “imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida”, habrá que analizar cada caso concreto en relación con la normativa de dicho Estado a fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*.

En el supuesto contrario, esto es, cuando la autoridad judicial española actúe como Estado de ejecución de una OEP emitida por otro Estado miembro, deberá haber dictado un auto en el que se habrán impuesto a la persona causante del peligro

“cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida”. Caso de que se incumpla alguna de las medidas de protección acordadas en dicha resolución, el art. 139 de la Ley 23/2014 faculta a la autoridad judicial española para imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento, cuando el mismo constituya una infracción penal con arreglo al Derecho español.

En nuestra opinión, esta vulneración, si afectara a los sujetos pasivos reseñados en el art. 173.2 del Código Penal, sería constitutiva de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 de dicho texto legal. No obstante, no cabe olvidar que el círculo de personas que pueden resultar protegidas por una OEP es más amplio que el elenco contemplado en el citado art. 173.2, al no circunscribirse el ámbito de este instrumento al de la violencia doméstica y de género, por lo que, si se produjera en relación a otros sujetos pasivos distintos, estimamos que la conducta sería subsumible en la modalidad prevista en el art. 468.1, y en consecuencia sería también constitutiva de delito de quebrantamiento, si bien castigado con una pena más leve.

Por último, y en cuanto a la cuestión relativa a determinar qué autoridad judicial española debería conocer del presunto delito de quebrantamiento cuando la pena o medida infringida y que ha servido de fundamento a la OEP se hubiera impuesto en un procedimiento de violencia de género, si el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer, la misma enlaza directamente con la antes mencionada, relativa a la competencia de este último órgano para conocer del delito de quebrantamiento, y que en nuestra opinión ha quedado resuelta con la reforma del art. 87 *ter*, apartado 1, de la LOPJ, operada en virtud de la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, de tal modo que corresponderá al Juzgado de Violencia sobre la Mujer el conocimiento de dicho delito cuando la persona ofendida por la infracción cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido esposa del presunto autor, o mujer que esté o haya estado ligada al mismo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Para finalizar esta investigación, corresponde ahora presentar de forma sistematizada las diferentes **propuestas, de lege data y de lege ferenda**, que consideramos necesario efectuar a fin de tratar de resolver algunos problemas prácticos que a día de hoy sigue planteando el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal. Todas ellas complementan la interpretación aportada respecto de esta figura delictiva:

PROPUESTAS.

DE LEGE DATA.

1ª) Ha de garantizarse la prestación de apoyo psicológico y tratamiento asistencial a las víctimas de violencia de género en todas las fases del procedimiento penal.

Al objeto de minimizar los supuestos en que el consentimiento prestado por las víctimas en orden a vulnerar las penas o medidas de alejamiento impuestas para su protección esté viciado por su propia situación personal o por presiones externas de cualquier índole, es preciso insistir en la necesidad de que se garantice, en todas las fases del procedimiento penal, el necesario apoyo psicológico a aquéllas y el oportuno tratamiento asistencial de las mismas.

2ª) Siendo viable la imputación de la persona protegida por la pena o medida en calidad de partícipe en la comisión del delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, habrá de recurrirse en su caso a la aplicación de la atenuación prevista en el art. 65.3 de dicho texto legal, que facultativamente habilita al juzgador para imponer la pena inferior en grado al *extraneus* que sea considerado partícipe de un delito especial propio.

En la medida en que nos encontramos ante un delito especial propio al que son aplicables las reglas generales de participación, y que por tanto a día de hoy es posible que la persona protegida por la pena o medida de alejamiento resulte imputada y, por ende, condenada, como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento en función de su conducta a la hora de consentir la vulneración por parte del sujeto activo de la prohibición impuesta, habrá de aplicarse lo dispuesto en el

art. 65.3 del Código Penal, norma introducida por la LO 15/2003 a la que no se está recurriendo en la práctica y que prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate cuando en el inductor o cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor.

3ª) Considerar el delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal, cuando venga determinado por la vulneración de una pena o medida acordada en un procedimiento de violencia de género, comprendido en la expresión “delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia” que se contiene en el art. 83.2 del Código Penal.

Dicha interpretación permitiría articular la posibilidad de que, caso de suspenderse la pena, el condenado realizara cursos de reeducación y tratamiento psicológico, así como de imponerle, como condición para disfrutar el referido beneficio, las prohibiciones de aproximación contenidas en las reglas 1ª y 4ª del art. 83.1 del Código Penal, lo que adquiere una singular relevancia si se tiene en cuenta que el delito de quebrantamiento no lleva aparejada la pena accesoria del art. 57.2 del Código Penal.

4ª) En relación a la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim, ha de garantizarse igualmente la asistencia psicológica oportuna a las víctimas, sin que el hecho de que las mismas se acojan a lo establecido en dicho precepto obste a que deba agotarse la instrucción o a que se adopten, si se revela necesario, las medidas de protección necesarias.

El apoyo psicológico a la víctima se revela también especialmente necesario en relación a la dispensa del art. 416 de la LECrim, a fin de garantizar que la decisión que adopte respecto de lo establecido en dicho precepto sea libre, y no condicionada por presiones de su presunto agresor o de su entorno. Y ello sin que el hecho de que la misma se acoja a la referida dispensa obste a que deba agotarse la instrucción acudiendo a otros elementos probatorios que permitan desvirtuar en su caso el derecho a la presunción de inocencia, ni a que se adopten, si del contenido de las actuaciones se revela causa para ello, las medidas cautelares de tutela que se estimen necesarias para la protección de aquélla.

DE LEGE FERENDA.

1ª) Reformar el art. 69 de la LO 1/2004 a fin de que pueda acordarse en la sentencia condenatoria la prórroga de la medida cautelar de prohibición de aproximación y/o comunicación hasta el límite de la mitad de la duración de las penas de igual naturaleza efectivamente impuestas en los casos en que no hubiera dado inicio la ejecución de aquélla.

A día de hoy existe un lapso de tiempo, a veces prolongado, cual es el que transcurre entre el momento de firmeza de la sentencia de condena y el inicio de la ejecutoria, en el que las medidas cautelares de alejamiento en su caso acordadas pierden vigencia, entrañando una desprotección de la víctima que no palía la previsión contenida en el vigente art. 69 de la LO 1/2004, y ello porque el mismo sólo es aplicable a sentencias definitivas y durante la tramitación de los eventuales recursos que pudieran interponerse contra las mismas. Con la modificación de dicha norma, y de forma similar a la prevista en el art. 504.2 de la LECrim en relación a la prisión provisional, podría salvarse dicho ámbito de desprotección en el referido período de tiempo.

2ª) Introducir un subtipo atenuado en relación al delito del art. 468.2 del Código Penal, así como prever, en relación a dicho tipo penal, la posibilidad de imponer una pena alternativa a la de prisión y distinta a la de multa.

En aras de evitar las gravosas consecuencias penales que conlleva para el obligado el hecho de que el consentimiento de la víctima sea irrelevante en orden a la comisión del delito del art. 468.2 del Código Penal, tanto en los supuestos de quebrantamiento de pena y medida de seguridad como en los de medida cautelar, debería introducirse un subtipo atenuado en relación a dicha infracción que, de forma similar a como prevé la LO 1/2004 respecto de los delitos de maltrato de obra sin lesión, amenazas y coacciones, permitiera imponer la pena inferior en grado en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y fundamentalmente a la apreciación de la existencia de un consentimiento libre prestado por la persona protegida al objeto de reanudar el contacto con el obligado por la pena o medida. Asimismo, debería incluirse en el referido tipo penal una pena alternativa a la de prisión y distinta a la de multa, como la de trabajos en beneficio de la comunidad, a fin de evitar que, en los supuestos de quebrantamiento consentido, el obligado se vea abocado a cumplir una pena privativa de libertad que además, en la mayoría de los casos, no va a poder ser objeto de suspensión.

3ª) Suprimir la obligatoriedad de imponer la pena accesoria de alejamiento del art. 57.2 del Código Penal en los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género, teniendo en cuenta en todo caso la voluntad de la víctima a la hora de resolver sobre su imposición.

Con la modificación del precepto en el sentido de dejar la imposición de la pena accesoria a criterio de la autoridad judicial y previa audiencia de la víctima, se evitarían en nuestra opinión los supuestos de desproporcionalidad de la pena y ausencia de necesidad de la misma en determinados casos. Situación que ha abocado en última instancia a que a menudo se haya recurrido a diversos expedientes y subterfugios legales al objeto, no sólo de tratar de atenuar o anular los efectos penales que comporta para el obligado el quebrantamiento consentido por la víctima de una pena o medida a cuyo cumplimiento en todo caso está obligado, sino de intentar argumentar a favor de la impunidad de aquélla cuando consiente o incluso induce a dicho quebrantamiento.

4ª) Reflexionar acerca de la prohibición absoluta de mediación en los supuestos de violencia de género.

El art. 44.5º de la LO 1/2004, tras enumerar las competencias en el orden jurisdiccional penal y civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, establece de forma terminante que “en todos estos casos está vedada la mediación”. No puede olvidarse en este sentido que el concepto de violencia de género del que se parte en el art. 1 de la referida LO presupone la concurrencia de una situación de desigualdad y de dominación del hombre hacia la mujer, situación que excluye de antemano la posibilidad de acudir a este mecanismo reparador. Sin embargo, esta taxativa prohibición legal, en relación a una institución que, en el ámbito penal, carece de regulación en nuestro Ordenamiento, debe en nuestra opinión ser objeto de revisión, articulando la posibilidad de que, en ciertos supuestos (por ejemplo en aquellos casos en que recaiga auto de sobreseimiento provisional, en los delitos contra los derechos y deberes familiares o en los casos en que se enjuicien hechos constitutivos de presunto delito leve), pueda acudirse a la mediación, que además permitirá a la víctima participar de forma activa en la resolución del conflicto y contribuirá a una mejor reparación, que no siempre ha de pasar por una mayor gravedad en la respuesta penal y que podrá tener en cuenta sus manifestaciones y necesidades.

5ª) Permitir la extensión a las penas privativas de derechos del régimen de suspensión del de las privativas de libertad.

En la medida en que, a día de hoy, la única posibilidad (más teórica que real) de suspender la ejecución de la pena es la prevista, en relación a la solicitud de indulto, en el art. 4.4 del Código Penal, la extensión a las penas privativas de derechos del régimen legal de suspensión de las privativas de libertad permitiría interrumpir su aplicación en los supuestos en que la víctima manifestara su voluntad de reanudar la convivencia con el condenado y se constatará por el juzgador la ausencia de riesgo para la misma, y abriría la posibilidad de subordinar dicha suspensión a las condiciones que se estimaran oportunas de las referidas en los arts. 83 y 84 del Código Penal (de las que, paralelamente, deberían excluirse por coherencia las obligaciones o deberes de alejamiento, a fin de que la reanudación del contacto entre las partes no entrañara la revocación de dicho beneficio), y singularmente a la conveniencia de someter al condenado a programas formativos de reeducación y tratamiento psicológico. Además, caso de que, durante el plazo de suspensión de la pena, se produjera un nuevo episodio de violencia de género, podría revocarse dicho beneficio de forma inmediata y reanudar la ejecución de la pena de alejamiento sin que la víctima tuviera que interesar de nuevo su adopción.

6ª) Abordar una regulación exhaustiva y a través de Ley Orgánica del uso de dispositivos de teledetección en orden a controlar el cumplimiento de las penas y medidas de alejamiento.

Regulación que debería contemplar, de una parte, la previsión expresa de la posibilidad de acordar su imposición en relación a medidas cautelares adoptadas en supuestos distintos a los amparados por la LO 1/2004. De otra, otorgar cobertura legal a su establecimiento respecto de medidas cautelares de prohibición de comunicación; el tratamiento de la negativa de una o ambas partes a la utilización de dichos mecanismos. Y, por último, establecer la articulación de vías de coordinación entre la Administración de Justicia y Penitenciaria en los casos en que deba acordarse la desinstalación del dispositivo en el supuesto de ingreso del obligado en Centro Penitenciario por otra causa distinta a la que motivó su imposición.

7ª) Tipificar la conducta descrita en el vigente art. 468.3 del Código Penal como una modalidad de desobediencia del art. 556. Subsidiariamente, articular la imposición con carácter alternativo de una pena de prisión e introducir una previsión similar a la contenida en el actual art. 84.2 de dicho texto legal.

La reforma operada por la LO 1/2015 tipifica como una nueva modalidad de quebrantamiento, introduciendo un apartado 3º en el art. 468 del Código Penal, las conductas tendentes a inutilizar o a perturbar el normal funcionamiento de los dispositivos impuestos para verificar la ejecución de las penas y medidas de alejamiento. Ello desdibuja el ámbito objetivo del precepto, por cuanto los referidos mecanismos no constituyen en sí mismos pena ni medida cautelar, sino instrumentos dirigidos a controlar el cumplimiento de éstas. La subsunción de dichas conductas como delito de desobediencia del art. 556 permitiría, con la actual regulación, excluir la posibilidad de que las mismas se castiguen con pena de multa en los supuestos en que se cometan en el ámbito de la violencia de género, al preverse una pena alternativa de prisión.

Subsidiariamente, cabría incorporar al actual art. 468.3 una pena alternativa de prisión, así como una previsión similar a la contenida en el art. 84.2 del Código Penal, de tal modo que la pena de multa sólo pudiera imponerse, en el ámbito de la violencia de género, cuando entre las partes no existan relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.

8ª) Propuesta de reforma legislativa que exima expresamente de responsabilidad a la víctima que consiente el quebrantamiento o que induce al incumplimiento por parte del obligado por la prohibición.

Admitiendo que, a día de hoy, es posible, aplicando las reglas generales de participación, imputar y, por ende, condenar a la víctima como inductora o cooperadora del delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar acordada en relación a aquella, y en orden a impedir esta hipotética exigencia de responsabilidad penal a quien no deja de ser sujeto pasivo del delito de quebrantamiento, que conduciría a situaciones que jurídicamente rayan el absurdo y que humanamente resultan inadmisibles, consideramos que debería añadirse al art. 468.2 del Código Penal un párrafo en el que se estableciera expresamente que el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará responsabilidad penal para el mismo.

9ª) Suprimir la obligatoriedad de condicionar la suspensión de la pena, en los delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun

sin convivencia, al cumplimiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación.

Con la modificación de dicha regulación en el sentido de someter la suspensión de la pena privativa de libertad al régimen general, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, entre ellas, la voluntad de la víctima, cabría ponderar si es factible en dicho ámbito conceder el referido beneficio al condenado sin merma de la seguridad de aquélla y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones. Máxime teniendo en cuenta que, cuando estos delitos sean además alguno o algunos de los establecidos en el art. 57.1 del Código Penal, se habrá impuesto ya preceptivamente una pena accesoria de prohibición de aproximación, de tal manera que dicho régimen doblemente imperativo va a determinar que, en muchos casos, el cumplimiento de dichas prohibiciones (de casi idéntico contenido pero diferente naturaleza) se vaya a yuxtaponer en el tiempo.

Con las propuestas realizadas, modestamente, consideramos que hemos cumplido los objetivos planteados al inicio de la investigación, aportando soluciones que, desde una perspectiva práctica, pueden contribuir a una más satisfactoria interpretación y aplicación del delito tipificado en el art. 468.2 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M.: “Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo”, *La Ley Penal*, nº 11, diciembre 2004, pp. 63 y ss.

ABEL SOUTO, M.: “Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 75 y ss.

ABEL SOUTO, M.: “Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas (art. 468)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (Matallín Evangelio, Górriz Royo –Coord.-, González Cussac –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1229 y ss.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, *Mujer, violencia y Derecho* (Cervilla, Fuentes –Coord.-), Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 93 y ss.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Colección de Derecho Penal, Editorial Reus, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (de Hoyos Sancho –Coord.-), Lex Nova, 2009, pp. 65 y ss.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de violencia contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, nº 7, 2009, pp. 37 y ss.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “La reforma del delito de quebrantamiento de condena”, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Álvarez García, González Cussac –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2010, pp. 497-498.

AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999.

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial”, *III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género*, www.poderjudicial.es, pp. 1 y ss.

ALHAMBRA PÉREZ, P.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 1 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología: en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, 1989, Vol. 1, pp. 59 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género”, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, pp. 1 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito”, *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (Pérez Álvarez –Ed.-, Núñez Paz, García Alfaraz –Coord.-), Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 23 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y Derecho Penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, pp. 19 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 61 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 91 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, pp. 1 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo)”, *Revista Penal*, nº 32, Julio 2013, pp. 23 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los Derechos Humanos. Estudios*, Ediciones Universidad de Valladolid, 2014.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C.: “Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia de género”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés, Mariscal de Gante, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao –Coord.-), Edisofer, 2008, Vol. II, pp. 1761 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Sobre quebrantamiento de condena, desobediencias, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2007, pp. 11 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Sobre quebrantamiento de condena, desobediencias, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y a citaciones judiciales”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés, Mariscal de Gante, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao –Coord.-), Edisofer, 2008, Vol. II, pp. 1773 y ss.

ANADÓN JIMÉNEZ, M. Á.: “Análisis de la protección penal y procesal penal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004”, *Diario La Ley*, nº 6457, 6 abril 2006, pp. 1 y ss.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: “Las medidas cautelares”, *Derecho Procesal Penal* (de la Oliva Santos, Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza, Tomás García), Editorial universitaria Ramón Areces, 2007, pp. 393 y ss.

ARANGÜENA FANEGO, C.: “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis”, *Actualidad Penal La Ley, Sección Doctrina*, nº 11, 2000, pp. 237 y ss.

ARANGÜENA FANEGO, C.: “Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional”, *Tutela*

jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales (de Hoyos Sancho –Coord.-), Lex Nova, 2009, pp. 565 y ss.

ARENERE BAYO, J.: “Seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por los órganos jurisdiccionales del orden penal”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 35, 2009, pp. 1 y ss.

ARROYO ZAPATERO, L.: “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (Muñoz Conde –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, pp. 707 y ss.

ASÚA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, 2004, pp. 201 y ss.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 34, 2001, pp. 131 y ss.

BARQUÍN SANZ, J.: “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 58, 2000, pp. 171 y ss.

BARQUÍN SANZ, J.: “Algunas medidas preventivas de la violencia contra las mujeres posiblemente menos ineficaces que el aumento de las penas y la disminución de las garantías constitucionales de los acusados”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 3, 2001, pp. 1 y ss.

BENEYTEZ MERINO, L.: “Del quebrantamiento de condena”, *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia* (Conde-Pumpido Ferreiro –Dir.-), Bosch, 2004, Vol. 2, pp. 1378 y ss.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 52, 1999, pp. 403 y ss.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163 y ss.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “Quebrantamiento de la pena de alejamiento y prohibición de acercamiento o comunicación en delitos relacionados con la violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad”, *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar* (Fernández Pantoja, Cruz Blanca –Coord.-), Universidad de Jaén, 2007, pp. 169 y ss.

BIELSA CORELLA, M. C.: “Instrumentalización de la víctima del quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley*, nº 7689, 7 sept. 2011, pp. 1 y ss.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 8427, 24 noviembre 2014, pp. 1 y ss.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., RUEDA MARTÍN, M. A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, 2004, pp. 11 y ss.

BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02 (2007), pp. 1 y ss.

BOMBÍN PALOMAR, G. V.: “Problemas penales (procesales y sustantivos). Propuestas de modificación”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Aspectos sustantivos penales y civiles de la Ley Integral contra la Violencia de Género. Luces y sombras. Balance de su aplicación)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 15, 2008, pp. 1 y ss.

BUENO DE MATA, F.: “¿Por qué los jueces españoles no establecen las pulseras electrónicas como medida preventiva en los casos de violencia de género?”, *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* (Figuero Burrieza, del Pozo Pérez, León Alonso –Dir.-), Andavira Editora, 2012, pp. 17 y ss.

BUENO DE MATA, F.: “¿Puede optimizarse el control telemático de las órdenes de alejamiento?”, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, del Pozo Pérez –Dir.-), Comares, 2015, pp. 3 y ss.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: “La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 8022, 13 feb. 2013, pp. 1 y ss.

CABALLERO GEA, J. A.: “Quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, Violencia de Género, art. 468 CP”, *Violencia de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Penal y Civil: síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, 2013, pp. 159 y ss.

CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, *La nueva Ley contra la violencia de género: LO 1/2004, de 28 de diciembre*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 251 y ss.

CANO PAÑOS, M. Á.: “Los delitos de violencia doméstica en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (Morillas Cueva –Dir.-), Dykinson, 2015, pp. 413 y ss.

CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, SP/DOCT/2313, Sepín, 2004, pp. 1 y ss.

CARBALLO CUERVO, M. Á.: “Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Violencia Doméstica, Guía Práctica*, Sepín, 2005, pp. 11 y ss.

CARDENAL MONTRAVETA, S.: “Política criminal y regulación legal del quebrantamiento de condena”, *La política criminal en Europa* (Corcoy Bidasolo, Gómez Martín, Mir Puig –Coord.-), Atelier, 2004, pp. 169 y ss.

CARDENAL MONTRAVETA, S.: “Política criminal y regulación legal del quebrantamiento de condena”, *Política criminal y reforma penal* (Corcoy Bidasolo, Mir Puig –Dir.-, Gómez Martín –Coord.-), Edisofer, 2007, pp. 547 y ss.

CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”, *La Ley*, nº 3, 2004, pp. 1732 y ss.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Tratamiento de la violencia de género respecto de la mujer inmigrante”, *Diario La Ley*, nº 6940, 7 mayo 2008, pp. 1 y ss.

CATALINA BENAVENTE, M. Á., OUBIÑA BARBOLLA, S.: “Prisión provisional: ¿una solución a los malos tratos? Comentario a la STC, Sala 2ª, 62/2005, 14.03.2005”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2005, pp. 1 y ss.

CAZORLA PRIETO, S.: “La jurisprudencia de la Sala Segunda sobre los delitos de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 35, 2009, pp. 1 y ss.

CERES MONTÉS, J. F.: “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2005, pp. 1 y ss.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 15, 2001, pp. 75 y ss.

CERVELLÓ DONDERIS, V., CHAVES PEDRÓN, C.: “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 173.2 y 173.4)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (Matallín Evangelio, Górriz Royo –Coord.–, González Cussac –Dir.–), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 501 y ss.

CID MOLINÉ, J.: “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 12, 2004, pp. 215 y ss.

COLUMNA HERRERA, L. M.: “Problemas en la declaración de la víctima y su amparo en el art. 416 LECrim”, *Conclusiones de Seminarios (Seminario “La dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim”)*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 1 y ss.

COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 5, 2001, pp. 201 y ss.

COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La violencia de género: política criminal y ley penal”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1185 y ss.

COMES RAGA, I., JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J.: “Prisión provisional y principio de proporcionalidad: a propósito de la regulación en materia de violencia doméstica”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008, pp. 1 y ss.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De las penas accesorias”, *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia* (Conde-Pumpido Ferreiro –Dir.-), Bosch, 2004, Vol. 1, pp. 241 y ss.

CORCOY BIDASOLO, M.: “El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 113 y ss.

CORCOY BIDASOLO, M.: “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1229 y ss.

CORCOY BIDASOLO, M.: “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”, *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995* (Gómez Martín –Coord.-, Corcoy Bidasolo, Mir Puig –Dir.-), Madrid, 2006, pp. 141 y ss.

CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CORELLA MIGUEL, J. J.: “La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 8552, 2 junio 2015, pp. 1 y ss.

COSSÍO ARRIBAS, I.: “Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 679, 2005, pp. 1 y ss.

CRUZ BLANCA, M. J.: “Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 82, 2004, pp. 131 y ss.

CRUZ BLANCA, M. J.: “De un Derecho Penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho Penal de género. Una posible interpretación constitucional de los nuevos tipos penales relativos a la violencia de género”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 265 y ss.

CUELLO CONTRERAS, J., CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, pp. 251 y ss.

CUETO MORENO, C.: “Delimitación de competencias del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en relación con los Juzgados de Instrucción y de Familia”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 421 y ss.

CUETO MORENO, C.: “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 21, 2014, pp. 221 y ss.

CUETO MORENO, C.: “La Orden Europea de Protección. Análisis de la Directiva 2011/99/UE. Su transposición en el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 12, 2014, pp. 1 y ss.

CUETO MORENO, C.: “Órdenes de Protección. Especial referencia a la Orden Europea de Protección”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2015, pp. 1 y ss.

CUGAT MAURI, M. y AGUILAR ROMO, M.: “Quebrantamiento de condena”, *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial* (Álvarez García –Dir.-, Manjón-Cabeza Olmeda, Ventura Püschel –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2013, Vol. III, pp. 1121 y ss.

CUGAT MAURI, M., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Delitos contra la Administración de Justicia: inutilización de dispositivos electrónicos de control de cumplimiento de penas y medidas: art. 468 CP”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (Álvarez García –Dir.-, Dopico Gómez-Aller –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 929-930.

CHARCO GÓMEZ, M. L.: “La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica: Ley 27/2003, de 31 de julio”, *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2004, pp. 1 y ss.

CHIRINOS RIVERA, S.: “La Prisión Provisional y los delitos contra la Violencia de Género”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*

(Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 355 y ss.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: “Medidas cautelares y su quebrantamiento”, *Manual de lucha contra la violencia de género* (Marchal Escalona –Dir.-), Aranzadi, 2010, pp. 221 y ss.

DE ELENA MURILLO, V.: “La Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, *La Ley*, nº 6428, 23 feb. 2006, pp. 1 y ss.

DE ELENA MURILLO, V., AYALA COLL, A. M.: “Artículo 57”, *Código Penal, Parte General. Doctrina jurisprudencial* (Amadeo Gadea –Coord.-), Factum Libri Ediciones, 2007, Tomo I, pp. 338 y ss.

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Tutela Cautelar de la Víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*, Thomson Aranzadi, 2008.

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, 2015.

DE LA RÚA NAVARRO, J.: “El delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar. Provocación de la víctima”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 48, octubre 2013, pp. 81 y ss.

DE URBANO CASTRILLO, E.: “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *La Ley*, nº 5248, 2001, pp. 1 y ss.

DE URBANO CASTRILLO, E.: “Consentimiento y violencia familiar: consecuencias penales”, SP/DOCT/3297, Sepín, 2007, pp. 1 y ss.

DE URBANO CASTRILLO, E.: “Responsabilidad penal. Agravantes. Reincidencia. Quebrantamiento de la condena de alejamiento a pesar de la reanudación voluntaria de la convivencia. TS, Sala 2ª, 775/2007, de 28 de septiembre”, SP/DOCT/3557, Sepín, 2009, pp. 1 y ss.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “Del quebrantamiento de condena”, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, 2002, pp. 2513 y ss.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica: la actuación del Ministerio Fiscal”, *Encuentros de Violencia Doméstica*, 2004, pp. 457 y ss.

DEL MORAL GARCÍA, A. (Coord.): “Encuesta Jurídica: El quebrantamiento de una medida de alejamiento o una prohibición de comunicación, adoptadas cautelarmente en el curso de un proceso penal, ¿integra el subtipo agravado del inciso final del art. 468.2 del Código Penal?”, *Violencia doméstica*, 2005, pp. 115 y ss.

DEL POZO PÉREZ, M.: “La Orden Europea de Protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, pp. 157 y ss.

DEL POZO PÉREZ, M.: “Análisis crítico de la Orden Europea de Protección desde la perspectiva de las víctimas de violencia de género”, *Igualdad: retos para el siglo XXI* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, Figueruelo Burrieza, del Pozo Pérez, León Alonso –Dir.-), Andavira Editora, 2012, pp. 13 y ss.

DEL POZO PÉREZ, M.: “Luces y sombras de la Ley Orgánica 1/2004 en su décimo aniversario”, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, del Pozo Pérez –Dir.-), Comares, 2015, pp. 31 y ss.

DÍAZ CABIALE, J. A.: “Prueba documental y documentación de actividades en el Procedimiento Abreviado”, *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al Procedimiento Abreviado)* (Moreno Verdejo –Coord.-), Comares, 1995, pp. 299 y ss.

DÍAZ CABIALE, J. A.: *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Comares, 1996.

DÍAZ CABIALE, J. A.: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 12, 1996, pp. 67 y ss.

DÍAZ GONZÁLEZ, E.: “La reconciliación entre víctima y agresor durante la vigencia de la pena de alejamiento: conflicto entre realidad y norma jurídica”, *I Congreso Virtual sobre Historia de las Mujeres*, 15 a 31 octubre 2009, pp. 1 y ss.

DÍAZ ROCA, R.: “Un paso atrás en la regulación de los malos tratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 663, 2005, pp. 1 y ss.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley Integral contra la Violencia de Género y el principio de igualdad”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 297 y ss.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Los delitos contra la Administración de Justicia: la nueva modalidad de delito de quebrantamiento de condena”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (Morillas Cueva –Dir.-), Dykinson, 2015, pp. 843 y ss.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7327, 25 enero 2010, pp. 1 y ss.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, SP/DOCT/2693, Sepín, 2005, pp. 1 y ss.

ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas de la violencia de género”, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (Rueda Martín, Boldova Pasamar –Coord.-), Atelier, 2004, pp. 259 y ss.

ESQUINAS VALVERDE, P.: “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal, Praxis*, Barcelona, nº 18, 2006, pp. 55 y ss.

ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ESTIRADO DE CABO, C.: “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 136, 2007, pp. 207 y ss.

FACHAL NOGUER, N., RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La tutela penal y judicial en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones problemáticas”, *Política criminal y reformas penales* (Puente Aba, Ramos Vázquez –Coord.-, Faraldo Cabana –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2007, pp. 205 y ss.

FARALDO CABANA, P.: “Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, *Abogacía*, nº 0, 2008, pp. 231 y ss.

FARALDO CABANA, P.: “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (Muñoz Conde –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, pp. 737 y ss.

FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2008.

FARALDO CABANA, P.: “Las penas principales de los delitos relacionados con la violencia de género”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 569 y ss.

FARALDO CABANA, P.: “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (Puente Aba –Dir.-), Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 2010, pp. 153 y ss.

FARALDO CABANA, P.: “El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto”, *Violencia de género y Justicia* (Castillejo Manzanares –Dir.-), Universidade de Santiago de Compostela, 2013, pp. 509 y ss.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: “Quebrantamiento de condena y pena de prisión: consecuencias y actuaciones. Análisis especial de la cuestión de competencia para dictar la orden de detención”, *Jornadas de especialistas en Vigilancia Penitenciaria*, Estudios Jurídicos, Plan de Formación Continua para el Ministerio Fiscal, 2011, pp. 1 y ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6308, 16 agosto 2005, pp. 1 y ss.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.: “Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, CEJAR, Instituto de la Mujer, 2000, Vol. 2, pp. 19 y ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva, Aránguez Sánchez –Coord.-), Edersa, 2002, pp. 81 y ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “El sistema de tutela ante la violencia de género: Aspectos jurídicos y políticos”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 243 y ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “La “exigibilidad” y la “no exigibilidad” de conductas adecuadas a las normas penales: cuestiones pendientes en la dogmática jurídico penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 106, 2012, pp. 153 y ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Ausencia de culpabilidad penal y presencia de responsabilidad civil. (Consideraciones sobre el artículo 118 del Código Penal)”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García* (Jiménez Liébana –Coord.-), Aranzadi, 2012, pp. 359 y ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, P.: “Violencia de género, violencia contra la mujer. Especial mención de la suspensión de condenas”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, nº 2, 2005, pp. 219 y ss.

FONTÁN TIRADO, R.: “Medidas frente a la violencia familiar y los malos tratos”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-215, 2001, pp. 1 y ss.

FREIXES, T., ROMÁN, L. (-Eds.-): *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Estudio preliminar de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección*, UAB, URV, Tarragona, 2014.

FUENTES SORIANO, O.: “Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor”, *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, Ángela Figueruelo Burrieza, 2008, pp. 111 y ss.

FUENTES SORIANO, O.: “Sobre el quebrantamiento consentido del alejamiento (2ª Parte: Jurisprudencia)”, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel (Breviario Jurídico), 2009, pp. 302 y ss.

GALINDO AYUDA, J. L.: “Hacia una imprescindible seguridad jurídica en la reconciliación y cuestiones irresueltas sobre la competencia en la violencia de género”, *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, pp. 1 y ss.

GALLEGO SÁNCHEZ, G.: “La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: La Orden Europea de Protección”, *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, nº 4, 2012, pp. 1 y ss.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Quebrantamiento de condena”, *Práctica Jurisprudencial del Código Penal* (Garberí Llobregat –Dir.-), Bosch, 2006, Vol. 4, pp. 3010 y ss.

GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento de condena”, *Comentarios al nuevo Código Penal* (Quintero Olivares –Dir.-, Morales Prats –Coord.-), Thomson-Aranzadi, Cizur, 2005, pp. 2272 y ss.

GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento de condena”, *Comentarios al Código Penal Español* (Quintero Olivares –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, Vol. 2, pp. 1405 y ss.

GARCIA ALBERO, R.: “Artículo 100”, *Comentarios al Código Penal Español*, (Quintero Olivares –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, Vol. 1, pp. 658 y ss.

GARCÍA ALBERO, R.: “Del Quebrantamiento de condena”, *Comentarios al Código Penal Español* (Quintero Olivares –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, Vol. 2, pp. 1943 y ss.

GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género: incumplimiento de las “órdenes de protección” con el consentimiento de la víctima”, *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI* (Abril Stoffels, Uribe Otalora –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2010, pp. 335 y ss.

GARCÍA ORTIZ, L.: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de la Ley Integral: cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el Ordenamiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, pp. 66 y ss.

GARCÍA PÉREZ, J. C.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 6 y ss.

GARCÍA PÉREZ, M. F.: “La pena de localización permanente y la pena de prohibición de residencia, aproximación y comunicación con la víctima”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 14, 2006, pp. 1 y ss.

GARCÍA PÉREZ, M. F.: “Posición jurídica de la víctima en el proceso penal a la luz de la Directiva 2012/29/UE”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2, 2014, pp. 1 y ss.

GARCÍA TORRES, M. L.: “La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares”, *La Ley Penal, Sección Estudios*, nº 73, julio 2010, pp. 1 y ss.

GARCÍA VITORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva –Dir.-), Edersa, 2002, pp. 529 y ss.

GARCÍA VITORIA, A.: “El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 8, 2005, pp. 51 y ss.

GIL RUBIO, J.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima. ¿Resulta punible la aproximación consentida en el alejamiento?”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, pp. 1 y ss.

GÓMEZ NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004, pp. 45 y ss.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, 2007.

GONZÁLEZ ALCALÁ, M. J., SERRANO ROMERO, J. F.: “Las medidas cautelares en las causas de violencia de género. Especial referencia a su ejecución”, *La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, nº 40, abril 2007, pp. 1 y ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *Revista Xurídica Galega*, nº 38, 2003, pp. 13 y ss.

GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L.: “La instrucción en los delitos de violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, pp. 141 y ss.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L.: “Dos problemas del artículo 334 del Código Penal (en torno al delito de quebrantamiento de condena)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 2, Santiago de Compostela, 1977-1978, pp. 279 y ss.

GONZÁLEZ PASTOR, C. P.: “Delimitación del concepto *persona especialmente vulnerable* en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal*, nº 17, junio 2005, pp. 1 y ss.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena”, *Derecho Penal Español: Parte Especial* (Cobo del Rosal –Coord.-), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 969 y ss.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena”, *Derecho Penal Español: Parte Especial* (Morillas Cueva –Coord.-), Dykinson, 2011, pp. 1035 y ss.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. Á.: “Incumplimiento de la orden de protección”, SP/DOCT/18875, Sepín, 2014, pp. 1 y ss.

GONZALO RODRÍGUEZ, M. T.: “Quebrantamiento de condena en los delitos de violencia de género: cuestiones prácticas”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 96-97, sept.-oct. 2012, pp. 1 y ss.

GOYENA HUERTA, J.: “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, 2015, pp. 1 y ss.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, 2003.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Cuerda Arnau –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2009, Vol. I, pp. 923 y ss.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: “El castigo penal del quebrantamiento de prohibiciones penales de aproximación y comunicación contrarias a la voluntad de la persona

protegida (Jurisprudencia del Tribunal Supremo, STC de 7 de octubre de 2010, STJUE de 15 de septiembre de 2011): *status quaestionis* y apunte de algunas consecuencias graves”, *ReCrim2011* (www.uv.es/recrim), pp. 200 y ss.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 2005, 2004-2005, pp. 51 y ss.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Cárcel electrónica, de la cárcel física a la cárcel mental”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 79, 2005, pp. 105 y ss.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Consecuencias jurídicas del Acuerdo del Pleno del TS, Sala Segunda, de 25 de noviembre de 2008 sobre quebrantamiento de la medida cautelar de protección con el consentimiento de la víctima”, SP/DOCT/3898, Sepín, 2009, pp. 1 y ss.

GUIMERÁ FERRER-SAMA, R.: “Algunas cuestiones acerca de la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de la violencia de género”, SP/DOCT/17513, Sepín, 2013, pp. 1 y ss.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: “Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias”, *La Ley*, nº 6114, 26 octubre 2004, p. 1 y ss.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: *La prisión provisional*, Aranzadi, 2004.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos”, *Sección de Estudios del Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1990, 1 junio 2005, pp. 7 y ss.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Novedades introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6389, 29 Dic. 2005, pp. 1 y ss.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Irrelevancia del consentimiento de la víctima en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar”, SP/DOCT/4114, Sepín, 2009, pp. 1 y ss.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, Biblioteca online Bosch, 2011.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, p. 8.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Hacia un nuevo Código Penal: breves comentarios a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995”, SP/DOCT/19012, Sepín, 2015, pp. 1 y ss.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 139, 2007, pp. 189 y ss.

IGLESIAS LÓPEZ, M.: “Delitos de quebrantamiento de medida cautelar o de condena. Especial mención al consentimiento de la víctima en el quebrantamiento”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, pp. 1 y ss.

ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales* (Muerza Esparza –Coord.-, Íñigo Corroza, Sempere Navarro), Aranzadi, 2005, pp. 13 y ss.

JAÉN VALLEJO, M.: “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (alcance de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.

JAVATO MARTÍN, M.: “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, pp. 123 y ss.

JEREZ GARCÍA, C.: “El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar. Violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género: criterios de interpretación en sede de Juzgados de Violencia sobre la Mujer)*, Consejo General del Poder judicial, nº 33, 2009, pp. 1 y ss.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva –Dir.-), Edersa, 2002, pp. 287 y ss.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (-Coord.-): *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, 2009.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 395 y ss.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Imputabilidad penal. Causas que la excluyen o modifican”, *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud* (García Valverde, Rivas Vallejo –Dir.-), Aranzadi Thomson-Reuters, 2009, pp. 1059 y ss.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Mujer, maltratador y orden de alejamiento. Un problema sin resolver”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 107, 2012, pp. 51 y ss.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-08, 2014, pp. 1 y ss.

JORGE BARREIRO, A.: “La violencia doméstica y los límites de la intervención del Derecho Penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, 1999, pp. 151 y ss.

LALIGA MOLLÁ, M.: “Soluciones adoptadas por el sistema jurídico penal español ante el incumplimiento de la prohibición de aproximación previa inducción o consentimiento por parte de las mujeres inmersas en la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 11 sept. 2013, pp. 1 y ss.

LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma del arsenal punitivo español”, *La Ley*, nº 5912, 2003, pp. 1 y ss.

LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma de las medidas de seguridad”, *La Ley*, nº 5985, 2004, pp. 1 y ss.

LANDROVE DÍAZ, G.: “Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 5, 2006, pp. 1 y ss.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005”, SP/DOCT/2757, Sepín, 2006, pp. 1 y ss.

LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, *La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género, Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, nº 2, 2005, pp. 157 y ss.

LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, 2007.

LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, *Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de Información y análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, nº 14, 2003, pp. 4 y ss.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, pp. 1 y ss.

LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: Valoración político-criminal”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2005, pp. 1 y ss.

LAURENZO COPELLO, P.: “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, pp. 335 y ss.

LAURENZO COPELLO, P.: “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 9, 2007, pp. 31 y ss.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y Derecho* (Laurenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio Castro –Coord.-), 2008, pp. 329 y ss.

LEAL MEDINA, J.: “La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7, 2001, pp. 1303 y ss.

LEGANÉS GÓMEZ, S.: “Las penas y el tratamiento de los maltratadores”, *La Ley Penal*, nº 34, enero 2007, pp. 1 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Las penas privativas de derechos”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 53, 1999, pp. 127 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento en el Derecho Penal*, Dykinson, 1999.

LÓPEZ CANDELA, I.: “Problemas de aplicación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2010, pp. 1 y ss.

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L.: “Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación, problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 49, 2008, pp. 1 y ss.

LÓPEZ GIL, M.: “La Orden Europea de Protección”, *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un Código Modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana* (Robles Garzón –Dir. Coord.-), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 215 y ss.

LÓPEZ TEBAR, E.: “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 85, 2007, pp. 1 y ss.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: “Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7673, 14 jul. 2011, pp. 1 y ss.

LÓPEZ VALENCIA, E. M.: “Garantías procesales en los juicios rápidos y la orden de protección en procedimientos de violencia doméstica y de género”, *Segundas Jornadas sobre Violencia Familiar*, Zaragoza, 18 y 19 de noviembre de 2004, www.unizar.es/sociologia_juridica/jornadas/comunic/garantiasprocesales, pp. 1 y ss.

LORENTE ACOSTA, M., LORENTE ACOSTA, J. A., MARTÍNEZ VILDA, M. A.: “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 2, 2000, pp. 1 y ss.

LORENTE ACOSTA, M.: “El concepto “integral” en la violencia de género”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 139, 2007, pp. 1 y ss.

LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, pp. 185 y ss.

LORENZO SALGADO, J. M.: “El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 4, Santiago de Compostela, 1977-1978, pp. 311 y ss.

LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 355 y ss.

LUZÓN PEÑA, D. M.: “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, *Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 777 y ss.

LUZÓN PEÑA, D. M.: “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, pp. 55 y ss.

MACIÁ GÓMEZ, R., ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código Penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1996.

MACHADO RODRÍGUEZ, C. I.: “La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 31, nº 90, 2010, pp. 89 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “El Congreso rechaza las enmiendas del Senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del Proyecto de Ley inicial”, *La Ley*, nº 4811, 1999, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la Ley 14/1999 de 9 de junio y su incidencia en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas”, *La Ley*, nº 4850, 1999, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre)”, *La Ley Penal, Sección Estudios*, nº 2, febrero 2004, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “La aplicación de los planes formativos de reeducación de maltratadores: una alternativa a la prisión en la lucha contra la violencia doméstica”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 5988, 1 abril 2004, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “El incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 13, febrero 2005, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6244, 3 mayo 2005, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “La agravación específica del quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género (artículos 153, 171, 172 y 173.2 CP)”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6396, 10 enero 2006, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Los Juzgados de Violencia contra la Mujer: una propuesta de mejora”, *Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, nº 19, 2006, pp. 497 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Casuística actual de la pena de alejamiento en los casos de reanudación voluntaria de la convivencia por la víctima tras la STS de 26 de septiembre de 2005”, SP/DOCT/2903, Sepín, 2006, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Nuevo régimen de las medidas alternativas a la prisión en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6726, 1 jun. 2007, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Nuevo criterio del Tribunal Supremo respecto al delito de quebrantamiento de condena mediando consentimiento de la víctima”, SP/DOCT/3646, Sepín, 2008, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas*, Sepín, 2009.

MAGRO SERVET, V.: “¿Es preciso que se practique al condenado en la pena o medida de alejamiento un requerimiento para entender que si la incumple ha cometido un delito de quebrantamiento de condena?”, SP/DOCT/4102, Sepín, 2009, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Problemática en los actos de comunicación en las medidas cautelares y penas en la violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2011, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “La implantación de las pulseras electrónicas en la ejecutoria penal a penados por delitos de violencia de género que han cumplido la pena de prisión y tienen pendiente la pena de alejamiento”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 7792, 7 feb. 2012, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “La revocación de la medida de suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de las medidas acordadas con base en el art. 83.1.5º *in fine* del CP en la violencia de género”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 93, mayo 2012, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “La no vigencia de las medidas de protección tras sentencia absolutoria (análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2012, de 13 de febrero de 2012)”, *La Ley Penal*, nº 94-95, 2012, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “No requerimiento al condenado en los casos de condena de orden de alejamiento: SAP Alicante, Sección 1ª, 19 junio 2012”, *La Ley Penal*, nº 8270, 2012, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Criterios orientativos ante problemas en el juicio oral en materia de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 1, 2013, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Sentencias absolutorias en la violencia de género y medidas cautelares adoptadas: ¿hay que alzarlas o se mantienen hasta la firmeza?”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 101, 2013, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Encuentros causales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena”, *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, nº 105, noviembre-diciembre 2013, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Análisis de la STC 16/2012, sobre la no vigencia de las medidas de protección tras sentencia absolutoria”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 49, 2014, pp. 185 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Reforma Del Código Penal afectante a la violencia de género”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 8539, 14 mayo 2015, pp. 1 y ss.

MAGRO SERVET, V.: “Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, nº 8638, 4 noviembre 2015, pp. 1 y ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, 2006, pp. 11 y ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?: (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10, 2008, pp. 1 y ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La mujer víctima de la violencia de género. (Legislación penal y sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)”, *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente* (Martínez Francisco, García-Pablos de Molina, Miranda de Avena –Coord.-), Comares, 2009, pp. 43 y ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “La protección mediante el alejamiento”, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación* (Catalina Benavente –Coord.-, Castillejo Manzanares –Dir.-), La Ley, 2011, pp. 209 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Quebrantamiento de condena y evasión de presos”, *Delitos contra la Administración de Justicia* (Serrano Butragueño y otros), Comares, 1995, pp. 231 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7255, 5 oct. 2009, pp. 1 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B.: “Quebrantamiento de condena y evasión de presos”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 244, 1991, pp. 11 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B.: “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *Revista de Estudios Penitenciarios (Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús)*, nº extra 1, 2006, pp. 59 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

MAPELLI CAFFARENA, B., CUELLO CONTRERAS, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, 2011.

MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia de género; entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 08-02, 2006, pp. 1 y ss.

MAQUEDA ABREU, M. L.: “La violencia contra las mujeres; una revisión crítica de la Ley Integral”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, pp. 176 y ss.

MAQUEDA ABREU, M. L.: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007, pp. 1 y ss.

MARCOS AYYÓN, M.: “La violencia de género y el Código Penal”, *La Ley Penal*, nº 16, 2005, pp. 66 y ss.

MARES ROGER, F., y MARTÍNEZ LLUESMA, J.: “Quebrantamiento de condena”, *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución* (Ganzenmüller Roig, Escudero Moratalla, Frigola Vallina (-Coord.-), Bosch, 1998, pp. 243 y ss.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)”, *Actualidad Penal*, nº 2, 1996, pp. 19 y ss.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, 2001.

MARÍN LÓPEZ, P.: “El papel de la jurisdicción frente a la violencia contra las mujeres: obligaciones de jueces y juezas”, *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (Rivas Vallejo, Barrios Baudor –Dir.-), Aranzadi, 2007, pp. 230 y ss.

MARÍN LÓPEZ, P.: “La constitucionalidad de la respuesta penal de la Ley Integral frente a la violencia machista”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 24, 2009, pp. 39 y ss.

MARÍN LÓPEZ, P.: “10 años de la Ley Integral. Balance y propuestas de reforma y de actuación”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 25, 2015, pp. 1 y ss.

MARTÍ CRUCHAGA, V.: “El quebrantamiento de la medida cautelar y de la pena de alejamiento con el consentimiento del beneficiario de la misma”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 20/2007, pp. 1 y ss.

MARTÍN AGRAZ, P.: *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*, Biblioteca online Bosch, 2011.

MARTÍN LÓPEZ, M. T.: “Consentimiento de la víctima de violencia de género y delito de quebrantamiento de condena”, *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (Martín López, Velasco Retamosa –Coord.-), Civitas, 2014, pp. 279 y ss.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, nº 39, 2011, pp. 407 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La tutela judicial (introducida por la nueva ley de protección integral) contra la violencia de género”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 14, 2005, pp. 5 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Boix Reig, Martínez García –Coord.-), Iustel, 2005, pp. 319 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, pp. 319 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “El quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2008, pp. 363 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel Portal Derecho, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “El quebrantamiento de las medidas cautelares”, *Esquemas sobre procesos por violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 91 y ss.

MARTÍNEZ MOLLAR, R.: “Quebrantamiento de condena o medida”, *Noticias jurídicas*, Artículos Doctrinales: Derecho Penal, junio 2009, pp. 1 y ss.

MARTÍNEZ MORA, G.: “La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2176, marzo de 2015, pp. 1 y ss.

MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La ejecución de las penas en los delitos de violencia doméstica y de género”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, Aranzadi, nº 1, 2006, pp. 1 y ss.

MATA Y MARTÍN, R. M.: “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006, pp. 39 y ss.

MAZA MARTÍN, J. M.: “Medidas de seguridad: Incidencia de las últimas reformas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2005, pp. 77 y ss.

MAZA MARTÍN, J. M.: “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 14, 2006, pp. 1 y ss.

MÉNDEZ CORTÉS, C.: “Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género”, SP/DOCT/2902, Sepín, 2006, pp. 1 y ss.

MERINO I SANCHO, V.: “La concepción de la violencia de género en los Ordenamientos de los Estados miembros”, *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género* (Oliveras i Jané, Vañó Vicedo – Coord.-, Freixes Sanjuán, Román Martín –Dir.-), Tecnos, 2015, pp. 46 y ss.

MERLOS CHICHARRO, J. A.: “Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, nº 4, 2003, pp. 627 y ss.

MESTRE DELGADO, E.: “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho Penal”, *La Ley Penal*, nº 1, 2004, pp. 1 y ss.

MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Derecho Penal. Parte Especial* (Lamarca Pérez –Coord.-), Colex, Madrid, 2005, pp. 607 y ss.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Presunción de inocencia y quebrantamiento de orden de alejamiento (exigencias constitucionales derivadas del art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre)”, *Diario La Ley*, nº 7902, 16 jul. 2012, pp. 1 y ss.

MIRAT HERNÁNDEZ, P., y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007.

MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6818, 12 nov. 2007, pp. 1 y ss.

MOLINA MANSILLA, M. C.: “La protección de la víctima en el espacio europeo: La Orden Europea de Protección”, *La Ley Penal*, nº 92, 2012, pp. 1 y ss.

MOLINA MANSILLA, M. C.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 2 y ss.

MONGE FERNÁNDEZ, A., NAVAS CÓRDOBA, J. A.: “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, *Actualidad Penal*, nº 9, 2000, pp. 179 y ss.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Órdenes de alejamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, pp. 487 y ss.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: “La Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2006, pp. 1 y ss.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, pp. 1 y ss.

MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer

que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2007, pp. 1 y ss.

MONTERO AROCA, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (Gómez Colomer –Coord.-), Col·lecció Estudis Jurídics, Castelló de la Plana, nº 13, 2007, pp. 133 y ss.

MONTESINOS GARCÍA, A.: “Pulseras electrónicas y derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Valenciana*, nº 26, 2008, pp. 101 y ss.

MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Granada, 23-24 febrero 2006, pp. 187 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva, Aránguez Sánchez –Coord.-), Edersa, 2002, pp. 659 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-09, 2002, pp. 1 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “El Derecho Penal y la violencia doméstica”, *Encuentros Violencia Doméstica*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 229 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, pp. 645 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Delito de omisión y violencia doméstica habitual”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1609 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 19 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra la Administración de Justicia (II)”, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (Morillas Cueva –Dir.-), Dykinson, 2015, pp. 1219 y ss.

MORILLAS CUEVA, L.: “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 34, nº 1, 2016, pp. 1 y ss.

MOTA BELLO, J. F.: “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 2005, pp. 43 y ss.

MUERZA ESPARZA, J.: “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales* (Muerza Esparza –Coord.-, Íñigo Corroza, Sempere Navarro), Aranzadi, 2005, pp. 47 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CUESTA, J.: “Quebrantamiento de condena”, *Los delitos contra la Administración de Justicia* (Hernández García -Coord.-), Aranzadi, 2002, pp. 297 y ss.

MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la mujer beneficiaria de la misma. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 2005”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 26, 2005, pp. 17 y ss.

NIEVA FENOLL, J.: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 77, 2004, Consejo General del Poder Judicial, pp. 201 y ss.

NIEVA FENOLL, J.: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación (TICs)* (Plaza Penadés –Coord.-), Aranzadi, 2006, pp. 347 y ss.

NIEVA FENOLL, J.: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*, Marcial Pons, 2009, pp. 703 y ss.

NISTAL BURÓN, J.: “La prescripción del delito de quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley*, nº 7546, 13 enero 2011, pp. 1 y ss.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., REQUEJO NAVEROS, M. T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección

integral contra la violencia de género”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, 2006, pp. 75 y ss.

OLAIZOLA NOGALES, I.: “Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Práctica y valoración de la prueba en violencia de género)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 9, 2009, pp. 1 y ss.

OLIVERAS I JANÉ, N.: “La Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección”, *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género* (Oliveras i Jané, Vañó Vicedo –Coord.-, Freixes Sanjuán, Román Martín –Dir.-), Tecnos, 2015, pp. 35 y ss.

OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier Penal, 2001.

OLMEDO CARDENETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 343 y ss.

OLMEDO CARDENETE, M.: “Informe sobre el quebrantamiento “consensuado” entre víctima y agresor de órdenes de alejamiento dictadas en casos de violencia de género”, *Relación de Informes realizados por el Grupo de Investigación de Apoyo a la Fiscalía Superior de Andalucía*, 2010, pp. 1 y ss.

ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B.: “La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”, *La Ley Penal*, nº 44, diciembre 2007, pp. 1 y ss.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”, *Delitos de violencia en el ámbito familiar: las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 75 y ss.

ORTEGA CALDERÓN, J. L.: “Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *La Ley*, nº 5, 2005, pp. 976 y ss.

OTERO GONZÁLEZ, M. P.: *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Tirant lo Blanch, 2008.

OUBIÑA BARBOLLA, S.: “La orden europea de protección: realidad o ilusión”, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación* (Catalina Benavente –Coord.-, Castillejo Manzanares –Dir.-), La Ley, 2011, pp. 263 y ss.

PALOMO DEL ARCO, A.: “Del quebrantamiento de condena”, *Comentarios al Código Penal* (Gómez Tomillo –Dir.-), Lex Nova, 2011, pp. 1716 y ss.

PANDO ECHEVARRÍA, I.: “Capítulo VI. Orden Europea de Protección”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 19, 2015, pp. 1 y ss.

PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Violencia de Género. Quebrantamiento de medida cautelar de protección o de condena a pena privativa de derechos y el consentimiento de la víctima”, *Revista CEF Legal*, nº 87, 2008, pp. 151 y ss.

PERAMATO MARTÍN, T.: “Análisis de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: cuestiones sustantivas civiles, penales y procesales”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Granada, 23-24 febrero 2006, pp. 1 y ss.

PERAMATO MARTÍN, T.: “La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Tutela penal. Problemas de interpretación de algunos tipos penales en el ámbito de la violencia de género y doméstica”, *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, nº 2006, 2006, pp. 1 y ss.

PERAMATO MARTÍN, T.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 5 y ss.

PERAMATO MARTÍN, T.: “Algunas cuestiones de interés”, *Jornadas de Especialistas en Violencia sobre la Mujer*, Madrid, 11 y 12 de noviembre de 2014, pp. 1 y ss.

PÉREZ FERRER, F.: “Repercusiones de la reforma de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 375 y ss.

PÉREZ FERRER, F.: “Violencia de género: valoración penal de las últimas reformas legislativas”, *Igualdad efectiva entre hombres y mujeres: diagnóstico y prospectiva* (Pérez Vallejo –Coord.-), Atelier, 2009, pp. 239 y ss.

PÉREZ FERRER, F.: “La evolución legislativa del delito de violencia doméstica: artículo 172.2 y 3 del Código Penal español”, *Derecho y mujer* (Alemán Monterreal, Martínez Ruano –Coord.-), Universidad de Almería, 2009, pp. 79 y ss.

PÉREZ FERRER, F.: “Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 30, 2012, pp. 1 y ss.

PÉREZ GINÉS, C. A.: “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género “o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento””, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7397, 7 mayo 2010, pp. 1 y ss.

PÉREZ GINÉS, C. A.: “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)”, *La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, nº 71, mayo 2010, pp. 1 y ss.

PÉREZ MARÍN, M. Á.: *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una Jurisdicción Penal común*, Ed. Atelier, Madrid, 2013.

PÉREZ RIVAS, N.: “La problemática del quebrantamiento consentido de la prohibición de aproximación”, *Género y sistema penal: una perspectiva internacional* (Faraldo Cabana –Dir.-, Iglesias Skulj –Coord.-), Comares, 2010, pp. 153 y ss.

PÉREZ RIVAS, N.: “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (Especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia)”, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales* (Rodríguez Calvo, Vázquez-Portomeñe Seijas –Dir.-, Guinarte Cabada, Muñoz Barús –Coord.-), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 261 y ss.

PÉREZ RIVAS, N.: “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 24, nº 2, 2015, pp. 21 y ss.

PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J.: “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6273, 13 junio 2005, pp. 1 y ss.

PERIS RIERA, J. M.: “Algunas cuestiones conflictivas de la Parte General surgidas tras la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2005, pp. 353 y ss.

PEYRÓ LLOPIS, A.: “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la Orden Europea de Protección”; *Revista de Derecho Europeo*, Civitas, nº 46, 2013, pp. 9 y ss.

PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 24, mayo 2011, pp. 91 y ss.

POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, 2004.

POLAINO NAVARRETE, M.: “Entre el Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada “violencia de género””, *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, Colex, 2006, pp. 673 y ss.

POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M.: “Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos”, *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez –Coord.-), Edisofer, 2006, Vol. II, pp. 591 y ss.

POLAINO-ORTS, M.: “Acusación y denuncia falsas. Simulación de delitos. Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena. Delitos contra la Administración de Justicia en la Corte Penal Internacional”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Polaino Navarrete –Dir.-), Tecnos, 2011, Vol. II, pp. 395 y ss.

POZA CISNEROS, M.: “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 65, 2002, pp. 59 y ss.

PRIETO DEL PINO, A. M.: “La incidencia de la Ley Integral en el Derecho Penal sustantivo español”, *Género y Derecho: luces y sombras en el Ordenamiento jurídico español* (de la Fuente Núñez de Castro –Coord.-), Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, CEDMA, 2008, pp. 209 y ss.

PRIETO DEL PINO, A. M.: “La paradójica discriminación de la mujer al amparo de las disposiciones penales de la Ley Integral”, *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (Heim, Bodelón González –Coord.-), Universitat Autònoma de Barcelona, Grupo Antígona, 2010, Vol. II, pp. 89 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 22, 2005, pp. 141 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6420, 13 febrero 2006, pp. 1 y ss.

QUINTERO OLIVARES, G.: “El consentimiento en el Derecho Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XVIII-XX, 1993, pp. 1 y ss.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia sobre la mujer”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 421 y ss.

RAMÓN RIBAS, E.: “Reflexiones sobre los delitos de violencia doméstica y violencia de género”, *Política criminal y reformas penales* (Puente Aba, Ramos Vázquez – Coord.-, Faraldo Cabana –Dir.-), Tirant lo Blanch, 2007, pp. 77 y ss.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Ed. Atelier, 2011.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, pp. 1227 y ss.

RASILLO LÓPEZ, P.: “El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido”, *Diario La Ley*, nº 6998, 28 julio 2008, pp. 1 y ss.

RAYÓN BALLESTEROS, C.: “Protección integral contra la Violencia de Género: Análisis a la luz de la Ley Orgánica”, *La Ley Abogados de Familia*, nº 44, 2007, pp. 1 y ss.

REGOJO BALBOA, J. P.: “Presente y futuro de los medios de control telemáticos en el Derecho Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 877, 23 enero 2014, p. 10.

REIG REIG, J. V.: *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: su incidencia en el Libro I del Código Penal*, Dijusa, 2004.

REQUEJO NAVEROS, M. T.: “La violencia de género en el Código penal: constatación de una regulación polémica”, *Discriminación por razón de edad y de sexo*.

Retos pendientes del Estado Social (Crespo Garrido y Moretón Sanz –Dir.-), Colex, 2010, pp. 303 y ss.

RILLO PERALTA, E.: “Quebrantamiento de condena (468 CP)”, *Probática Penal. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia* (de Miranda Vázquez –Coord.-), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 449 y ss.

RIUS DIEGO, F. J.: “El quebrantamiento durante el recurso”, *La Ley Penal*, 2013, pp. 1 y ss.

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

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

ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E. J.: “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, *La responsabilidad en los “delitos especiales”: El debate doctrinal en la actualidad* (Robles Planas –Dir.-), Buenos Aires, B de F, 2014, pp. 59 y ss.

ROCA AGAPITO, L.: *El sistema de sanciones en el Derecho Penal español*, Bosch, 2007.

RODRÍGUEZ CASTRO, J.: “El pronunciamiento sobre las medidas cautelares en procedimientos sobre violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 7952, 26 oct. 2012, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “La Orden Europea de Protección”, *Diario La Ley*, nº 7854, 2012, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 8524, 2015, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Quebrantamiento de condena”, *Delitos contra la Administración de Justicia: cuando el delito deriva del propio sistema de justicia* (Rodríguez López, Sobrino Martínez), Bosch, 2008, pp. 289 y ss.

RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “La violencia de género. Su tratamiento por la jurisdicción penal”, SP/DOCT/1663, Sepín, 2003, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ VELASCO, M. G.: “Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si esta no le atiende o si aquel deja mensaje en el buzón de voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?”, *Encuesta Jurídica*, SP/DOCT/16705, Sepín, 2012, pp. 3 y ss.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: “La orden europea de protección como instrumento de cooperación judicial penal en la Unión Europea”, *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género* (Oliveras i Jané, Vañó Vicedo –Coord.-, Freixes Sanjuán, Román Martín –Dir.-), Tecnos, 2015, pp. 58 y ss.

ROIG TORRES, M.: “La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006, pp. 113 y ss.

ROVIRA TORRES, O.: *El quebrantamiento de condena*, Bosch, 2005.

RUBIALES BÉJAR, E. E.: “Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (Morillas Cueva –Coord.-), Madrid, 2002, pp. 411 y ss.

RUBIO ENCINAS, A. M.: “La doble victimización. Perspectiva desde la práctica judicial”, *III Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Justicia y Seguridad. Nuevos retos*, 2012, www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias, pp. 1 y ss.

RUEDA MARTÍN, M. A.: “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (Rueda Martín, Boldova Pasamar –Coord.-), Atelier, 2004, pp. 283 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. M.: “Problemas derivados de la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49) y de la pena de alejamiento (art. 57), así como de la suspensión de penas (arts. 83 y 84), en cuanto a la preceptiva remisión a los planes formativos. Experiencias prácticas”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Balance de la especialización en materia de género. Unificación de jurisprudencia en segunda instancia)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 49, 2008, pp. 1 y ss.

SAAVEDRA RUIZ, J.: “Acuerdos de Sala General, año 2008-2009”, *Cuadernos Digitales de Formación (número monográfico Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal)*, Consejo General del Poder Judicial, nº 35, 2009, pp. 1 y ss.

SALCEDO VELASCO, A.: “El quebrantamiento de condena: los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 1997, pp. 303 y ss.

SÁNCHEZ BARRIOS, I.: “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Sanz Mulas, González Bustos, Martínez Gallego –Coord.-), Iustel, 2005, pp. 249 y ss.

SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “La Orden de Protección Europea”, *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense* (Vegas Aguilar –Coord.-, Martínez García –Dir.-), Aranzadi, 2012, pp. 481 y ss.

SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, SP/DOCT/2564, Sepín, 2005, pp. 1 y ss.

SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Comentario Artículo 468. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, SP/DOCT/14849, Sepín, 2011, pp. 1 y ss.

SÁNCHEZ PARRA, F. J.: “Delito de quebrantamiento de medida cautelar: alejamiento en vigor, cuya retirada fue solicitada por la víctima. La importancia de la convivencia”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008, pp. 1 y ss.

SANTOS DÍAZ, L. J.: “El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, nº 21, 2009, pp. 1 y ss.

SANTOS PÉREZ, M. Á.: “Evolución de la implantación de los dispositivos telemáticos en el seguimiento y control de la orden de alejamiento en violencia de género”, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas* (Gallardo Rodríguez –Coord.-, del Pozo Pérez –Dir.-), Comares, 2015, pp. 267 y ss.

SANZ DÍAZ, L.: “La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2, 2005, pp. 53 y ss.

SANZ MORÁN, Á. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, 2003.

SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M. Á., MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (-Coord.-): *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005.

SANZ MULAS, N.: “Quebrantamiento de condena”, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Sanz Mulas, González Bustos, Martínez Gallego –Coord.-), Iustel, 2005, pp. 173 y ss.

SANZ MULAS, N.: “Suspensión y sustitución de penas”, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Sanz Mulas, González Bustos, Martínez Gallego –Coord.-), Iustel, 2005, pp. 158 y ss.

SEGURA GARCÍA, M. J.: “El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra los bienes jurídicos individuales”, *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Zugaldía Espinar, López Barja de Quiroga –Coord.-), Marcial Pons, 2004, Vol. I, pp. 827 y ss.

SENÉS MOTILLA, C.: “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6644, 5 feb. 2007, pp. 1 y ss.

SENÉS MOTILLA, C.: “Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 750, 2008, pp. 1 y ss.

SERRANO FRÍAS, I.: “Registros y medios telemáticos como garantía de cumplimiento de penas y medidas de seguridad. Consecuencias de su infracción”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 3, 2015, pp. 1 y ss.

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, 2011.

SIMÓN CASTELLANO, P.: “Administración de Justicia e inclusión digital: los límites constitucionales del uso de las pulseras telemáticas en España”, *La administración electrónica como herramienta de inclusión digital* (Lasala Calleja -Ed.-), Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011, pp. 179 y ss.

SOLAR CALVO, P.: “Prohibición de acercamiento: el papel de la Administración Penitenciaria”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7554, 25 enero 2011, pp. 1 y ss.

SOLAZ SOLAZ, E.: “Contenido y alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 49, 2008, pp. 1 y ss.

SOLÉ RAMÓN, A. M.: “El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho UNED*, nº 6, 2010, pp. 447 y ss.

SOLETO MUÑOZ, H.: “Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica”, SP/DOCT/2531, Sepín, 2005, pp. 1 y ss.

SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios Rápidos. Prisión provisional y Orden de Protección. El Juicio de Faltas*, Aranzadi, 2004.

SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, Comares, 2000.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “De la desaparición a la expansión del autoquebrantamiento de condena”, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Carbonell, Del Rosal, Morillas, Orts, Quintanar –Coord.-), Dykinson, 2005, pp. 925 y ss.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección a las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, 2006.

TARDÓN OLMOS, M., GÓMEZ VILLORA, J. M.: *Colección “Conclusiones de Seminarios”*, Consejo General del Poder Judicial, nº 16, 2010, www.poderjudicial.es.

TARDÓN OLMOS, M.: “Especialidades de ejecución de las penas en procedimientos por delitos relacionados con la violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 1, 2013, pp. 1 y ss.

TARDÓN OLMOS, M.: “Dificultades probatorias en los procedimientos por delitos de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 12, 2014, pp. 1 y ss.

TÉLLEZ AGUILERA, A.: “La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas”, *La Ley Penal*, nº 1, enero 2004, pp. 1 y ss.

TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal”, *Sección de Estudios del Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1820, 1 mayo 1998, pp. 939 y ss.

TIRADO ESTRADA, J. J.: “Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley*, nº 4888, 1999, pp. 1 y ss.

TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género”, *Violencia de género y sistema de justicia penal* (Villacampa Estiarte –Coord.-), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 217 y ss.

TORRES ROSELL, N.: “La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el derecho comparado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 19, 2008, pp. 71 y ss.

TORRES ROSELL, N.: “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* (Jiménez Díaz –Coord.-), Dykinson, 2009, pp. 471 y ss.

TRILLO NAVARRO, J. P.: “Bienes jurídicos protegidos y mantenimiento de la falta del artículo 620 del Código Penal en la Ley de protección integral de la mujer”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 6793, 4 oct. 2007, pp. 1 y ss.

VALEIJE ÁLVAREZ, I.: “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 26, 2006, pp. 321 y ss.

VALLDECABRES ORTIZ, I.: “La tutela penal en la Ley Integral”, *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 29 y ss.

- VARAS CICARELLI, G.: “La orden de alejamiento en la violencia intrafamiliar y la relevancia del consentimiento de la víctima en su quebrantamiento”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, nº 1, 2012, pp. 149 y ss.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: “La protección a las víctimas del maltrato en España y en derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2, 2005, pp. 131 y ss.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: “Las medidas cautelares en la Ley Integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal*, nº 15, 2005, pp. 50 y ss.
- VIDAL CASTAÑÓN, A.: *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Bosch, 2006.
- VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: “El estado de necesidad en el quebrantamiento de la orden de alejamiento”, SP/DOCT/18579, Sepín, 2014, pp. 1 y ss.
- VILAPLANA RUIZ, J.: “Mediación y violencia de género”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, nº 8340, 2014, pp. 1 y ss.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P.: “La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas y la reforma penal del año 2003”, *La Ley*, nº 6010, 2004, pp. 1 y ss.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 16, 2005, pp. 7 y ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Jurisprudencia, Constitución y proceso penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 92, 2007, pp. 143 y ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima”, *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, 2009, Vol. II, pp. 2007 y ss.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE de 15 de septiembre de 2011 (TJCE 2011\265)

Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC 19/00, de 31 de enero de 2000.

STC 35/00, de 14 de febrero de 2000.

STC 47/00, de 17 de febrero de 2000.

STC 278/00, de 27 de noviembre de 2000.

STC 62/05, de 14 de marzo de 2005.

STC 60/10, de 7 de octubre de 2010.

STC 81/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 82/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 83/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 84/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 85/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 86/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 115/10, de 24 de noviembre de 2010.

STC 116/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 117/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 118/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 119/10, de 3 de noviembre de 2010.

STC 16/12, de 13 de febrero de 2012.

Resoluciones del Tribunal Supremo (Sala 2ª):

STS de 1 de abril de 2003 (ROJ STS 2244/2003)

STS de 5 de mayo de 2003 (ROJ STS 3046/2003)

STS de 16 de mayo de 2003 (ROJ STS 3323/2003)

STS de 8 de marzo de 2004 (ROJ STS 1559/2004)

STS de 11 de marzo de 2004 (ROJ STS 1666/2004)

STS de 28 de abril de 2004 (ROJ STS 2817/2004)

STS de 12 de julio de 2004 (ROJ STS 5013/2004)

STS de 16 de julio de 2004 (ROJ STS 5273/2004)

STS de 26 de septiembre de 2005 (ROJ STS 5567/2005)

STS de 30 de octubre de 2005 (ROJ STS 6640/2005)

STS de 20 de enero de 2006 (ROJ STS 701/2006)

STS de 3 de noviembre de 2006 (ROJ STS 6953/2006)

STS de 28 de diciembre de 2006 (ROJ STS 8273/2006)

STS de 19 de enero de 2007 (ROJ STS 100/2007)

STS de 16 de febrero de 2007 (ROJ STS 1928/2007)

STS de 12 de julio de 2007 (ROJ STS 5286/2007)

STS de 28 de septiembre de 2007 (ROJ STS 6386/2007)

STS de 7 de noviembre de 2007 (ROJ STS 7215/2007)

STS de 8 de abril de 2008 (ROJ STS 1334/2008)

Auto TS de 17 de abril de 2008 (ROJ ATS 1943/2008)

STS de 19 de junio de 2008 (ROJ STS 2961/2008)

STS de 29 de enero de 2009 (ROJ STS 421/2009)

STS de 29 de enero de 2009 (ROJ STS 920/2009)

STS de 24 de febrero de 2009 (ROJ STS 924/2009)

STS de 30 de marzo de 2009 (ROJ STS 1651/2009)

STS de 2 de junio de 2009 (ROJ STS 4192/2009)

STS de 8 de junio de 2009 (ROJ STS 4793/2009)

STS de 26 de junio de 2009 (ROJ STS 4843/2009)

STS de 13 de julio de 2009 (ROJ STS 4716/2009)

STS de 15 de octubre de 2009 (ROJ STS 6736/2009)

STS de 22 de octubre de 2009 (ROJ STS 6468/2009)

Auto TS de 28 de enero de 2010 (ROJ ATS 802/2010)

STS de 28 de enero de 2010 (ROJ STS 636/2010)

STS de 3 de febrero de 2010 (ROJ STS 335/2010)

STS de 12 de febrero de 2010 (ROJ STS 1005/2010)

STS de 26 de febrero de 2010 (ROJ STS 1475/2010)

Auto TS de 8 de abril de 2010 (ROJ ATS 4886/2010)

STS de 3 de mayo de 2010 (ROJ STS 2443/2010)

STS de 5 de mayo de 2010 (ROJ STS 2132/2010)

STS de 22 de julio de 2010 (ROJ STS 4372/2010)

STS de 21 de septiembre de 2010 (ROJ STS 4835/2010)

STS de 21 de octubre de 2010 (ROJ STS 5587/2010)

STS de 26 de noviembre de 2010 (ROJ STS 7295/2010)

STS de 1 de diciembre de 2010 (ROJ STS 6966/2010)

Auto TS de 22 de diciembre de 2010 (ROJ ATS 16403/2010)

STS de 31 de enero de 2011 (ROJ STS 1307/2011)

STS de 31 de enero de 2011 (ROJ STS 387/2011)

Auto TS de 24 de marzo de 2011 (ROJ ATS 3433/2011)

Auto TS de 14 de abril de 2011 (ROJ ATS 4431/2011)

STS de 6 de julio de 2011 (ROJ STS 4868/2011)

STS de 15 de julio de 2011 (ROJ STS 5361/2011)

STS de 14 de diciembre de 2011 (ROJ STS 9353/2011)

STS de 30 de mayo de 2012 (ROJ STS 3726/2012)

Auto TS de 20 de septiembre de 2012 (ROJ ATS 9070/2012)

STS de 18 de octubre de 2012 (ROJ STS 8258/2012)

STS de 21 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8789/2012)

Auto TS de 7 de marzo de 2013 (ROJ ATS 2725/2013)

Auto TS de 11 de abril de 2013 (ROJ ATS 4329/2013)

STS de 26 de abril de 2013 (ROJ STS 2435/2013)

STS de 21 de junio de 2013 (ROJ STS 4110/2013)

Auto TS de 24 de octubre de 2013 (ROJ ATS 10373/20013)

Auto TS de 21 de noviembre de 2013 (ROJ ATS 11303/2013)

STS de 25 de marzo de 2014 (ROJ STS 1215/2014)

Auto TS de 27 de marzo de 2014 (ROJ ATS 3898/2014)

Auto TS de 22 de mayo de 2014 (ROJ ATS 4816/2014)

Auto TS de 29 de mayo de 2014 (ROJ ATS 5441/2014)

STS de 2 de julio de 2014 (ROJ STS 2702/2014)

Auto TS de 16 de octubre de 2014 (ROJ ATS 8900/2014)

Auto TS de 5 de marzo de 2015 (ROJ ATS 2744/2015)

STS de 12 de marzo de 2015 (ROJ STS 824/2015)

Auto TS de 11 de junio de 2015 (ROJ ATS 5226/2015)

STS de 9 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5785/2015)

Auto TS de 10 de marzo de 2016 (ROJ ATS 2782/2016)

Resoluciones de Audiencias Provinciales:

SAP Albacete, Sec. 2ª, de 28 de junio de 2013 (ROJ SAP AB 751/2013)

SAP Alicante, Sec. 1ª, de 5 de noviembre de 2013 (ROJ SAP A 4319/2013)

SAP Almería, Sec. 3ª, de 2 de enero de 2013 (ROJ SAP AL 171/2013)

SAP Badajoz, Sec. 1ª, de 12 de junio de 2007 (ROJ SAP BA 605/2007)

SAP Barcelona, Sec. 9ª, de 20 de abril de 2005 (ROJ SAP B 3795/2005)

SAP Barcelona, Sec. 7ª, de 26 de abril de 2005 (ROJ SAP B 4111/2005)

SAP Barcelona, Sec. 9ª, de 2 de mayo de 2005 (ROJ SAP B 4387/2005)

SAP Barcelona, Sec. 8ª, de 27 de mayo de 2005 (ROJ SAP B 5550/2005)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 21 de febrero de 2007 (ROJ SAP B 1051/2007)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 9 de mayo de 2007 (ROJ SAP B 8296/2007)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 23 de mayo de 2007 (ROJ SAP B 8310/2007)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 5 de junio de 2007 (ROJ SAP B 8330/2007)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 4 de febrero de 2009 (ROJ SAP B 1799/2009)

SAP Barcelona, Sec. 8ª, de 8 de septiembre de 2009 (ROJ SAP B 9467/2009)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 23 de noviembre de 2009 (ROJ SAP B 14252/2009)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 5 de julio de 2011 (ROJ SAP B 8708/2011)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 14 de marzo de 2012 (ROJ SAP B 6510/2012)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 7 de enero de 2013 (ROJ SAP B 539/2013)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 26 de marzo de 2013 (ROJ SAP B 5816/2013)

SAP Barcelona, Sec. 10ª, de 27 de junio de 2015 (ROJ SAP B 7906/2015)

SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 20 de noviembre de 2015 (ROJ SAP B 12287/2015)

SAP Bilbao, Sec. 6ª, de 31 de marzo de 2014 (ROJ SAP BI 854/2014)

SAP Bilbao, Sec. 6ª, de 28 de abril de 2015 (ROJ SAP BI 778/2015)

SAP Burgos, Sec. 1ª, de 11 de febrero de 2016 (ROJ SAP BU 116/2016)

SAP Cádiz, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2003 (ROJ SAP CA 135/2003)

SAP Cádiz, Sec. 8ª, de 18 de septiembre de 2007 (ROJ SAP CA 1542/2007)

SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 13 de abril de 2009 (ROJ SAP CA 644/2009)

SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 21 de abril de 2009 (ROJ SAP CA 642/2009)

SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 27 de julio de 2009 (ROJ SAP CA 1138/2009)

SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 20 de septiembre de 2013 (ROJ SAP CA 1218/2013)

SAP Cádiz, Sec. 8ª, de 30 de enero de 2015 (ROJ SAP CA 43/2015)

SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 27 de junio de 2007 (ROJ SAP S 867/2007)

SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2008 (ROJ SAP S 1294/2008)

SAP Cantabria, Sec. 3ª, de 16 de octubre de 2012 (ROJ SAP S 1030/2012)

AAP Cantabria, Sec. 3ª, de 2 de marzo de 2016 (ROJ AAP S 108/2016)

SAP Castellón de la Plana, Sec. 2ª, de 4 de julio de 2012 (ROJ SAP CS 980/2012)

SAP Castellón de la Plana, Sec. 2ª, de 2 de febrero de 2016 (ROJ SAP CS 275/2016)

SAP Ciudad Real, Sec. 2ª, de 4 de abril de 2013 (ROJ SAP CR 366/2013)

SAP Ciudad Real, Sec. 2ª, de 1 de febrero de 2016 (ROJ SAP CR 86/2016)

SAP Córdoba, Sec. 2ª, de 14 de abril de 2009 (ROJ SAP CO 639/2009)

SAP Coruña, Sec. 1ª, de 8 de mayo de 2006 (ROJ SAP C 997/2006)

SAP Coruña, Sec. 1ª, de 9 de marzo de 2011 (ROJ SAP C 750/2011)

SAP Coruña, Sec. 1ª, de 9 de septiembre de 2011 (ROJ SAP C 2555/2011)

SAP Coruña, Sec. 1ª, de 21 de junio de 2012 (ROJ SAP C 1911/2012)

SAP Coruña, Sec. 1ª, de 21 de enero de 2015 (ROJ SAP C 75/2015)

Auto AP Granada, Sec. 2ª, de 9 de diciembre de 2005 (ROJ AAP GR 875/2005)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 26 de noviembre de 2010 (ROJ SAP GR 2115/2010)

Auto AP Granada, Sec. 2ª, nº 71/11, de 11 de febrero de 2011.

SAP Granada, Sec. 2ª, de 15 de junio de 2012 (ROJ SAP GR 1089/2012)

Auto AP Granada, Sec. 2ª, nº 634/13, de 16 de octubre de 2013.

Auto AP Granada, Sec. 2ª, nº 644/13, de 18 de octubre de 2013.

Auto AP Granada, Sec. 2ª, nº 759/13, de 10 de diciembre de 2013.

SAP Granada, Sec. 2ª, de 7 de febrero de 2014 (ROJ SAP GR 146/2014)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 26 de enero de 2015 (ROJ SAP GR 39/2015)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 2 de marzo de 2015 (ROJ SAP GR 496/2015)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 2 de marzo de 2015 (ROJ SAP GR 540/2015)

SAP Granada, Sec. 1ª, de 20 de marzo de 2015 (ROJ SAP GR 336/2015)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 18 de mayo de 2015 (ROJ SAP GR 917/2015)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 29 de junio de 2015 (ROJ SAP GR 1039/2015)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 30 de noviembre de 2015 (ROJ SAP GR 1738/2015)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 4 de abril de 2016 (ROJ SAP GR 386/2016)

SAP Granada, Sec. 2ª, de 11 de abril de 2016 (ROJ SAP GR 300/2016)

SAP Guadalajara, Sec. 1ª, de 20 de diciembre de 2012 (ROJ SAP GU 521/2012)

SAP Huesca, Sec. 1ª, de 18 de octubre de 2005 (ROJ SAP HU 382/2005)

SAP Jaén, Sec. 2ª, de 11 de marzo de 2014 (ROJ SAP J 65/2014)

SAP Jaén, Sec. 3ª, de 13 de abril de 2016 (ROJ SAP J 277/2016)

SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 2ª, de 29 de marzo de 2010 (ROJ SAP GC 789/2010)

SAP León, Sec. 1ª, de 16 de marzo de 2006 (SAP LE 579/2006)

SAP León, Sec. 3ª, de 6 de noviembre de 2009 (ROJ SAP LE 1299/2009)

SAP León, Sec. 3ª, de 23 de septiembre de 2014 (ROJ SAP LE 829/2014)

SAP León, Sec. 3ª, de 8 de septiembre de 2015 (ROJ SAP LE 814/2015)

SAP León, Sec. 3ª, de 24 de mayo de 2016 (ROJ SAP LE 500/2016)

SAP Lleida, Sec. 1ª, de 25 de agosto de 2015 (ROJ SAP L 630/2015)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 19 de septiembre de 2005 (ROJ SAP M 10113/2005)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 14 de febrero de 2006 (SAP M 1498/2006)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 29 de junio de 2007 (ROJ SAP M 12971/2007)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 17 de septiembre de 2007 (ROJ SAP M 14263/2007)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 14 de enero de 2008 (ROJ SAP M 205/2008)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 3 de abril de 2008 (ROJ SAP M 4420/2008)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 24 de abril de 2008 (ROJ SAP M 7407/2008)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 5 de noviembre de 2008 (ROJ SAP M 16796/2008)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 30 de marzo de 2009 (ROJ SAP M 3980/2009)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 13 de abril de 2009 (ROJ SAP M 3990/2009)

SAP Madrid, Sec. 17ª, de 27 de noviembre de 2009 (ROJ SAP M 14727/2009)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 14 de enero de 2011 (ROJ SAP M 3708/2011)

SAP Madrid, Sec. 1ª, de 14 de febrero de 2011 (ROJ SAP M 125/2011)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 10 de noviembre de 2011 (ROJ SAP M 16731/11)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 29 de junio de 2012 (ROJ SAP M 12581/2012)

SAP Madrid, Sec. 29ª, de 4 de julio de 2013 (ROJ SAP M 16730/2013)

SAP Madrid, Sec. 15ª, de 13 de octubre de 2014 (ROJ SAP M 15271/2014)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 5 de octubre de 2015 (ROJ SAP M 13515/2015)

SAP Madrid, Sec. 27ª, de 13 de octubre de 2015 (ROJ SAP M 14469/2015)

SAP Málaga, Sec. 2ª, de 12 de marzo de 2007 (ROJ SAP MA 416/2007)

SAP Málaga, Sec. 2ª, de 2 de mayo de 2007 (ROJ SAP MA 983/2007)

SAP Málaga, Sec. 2ª, de 12 de junio de 2012 (ROJ SAP MA 774/2012)

SAP Málaga, Sec. 1ª, de 19 de julio de 2012 (ROJ SAP MA 1418/2012)

SAP Málaga, Sec. 2ª, de 22 de febrero de 2013 (ROJ SAP MA 993/2013)

SAP Murcia, Sec. 3ª, de 7 de julio de 2010 (ROJ SAP MU 1815/2010)

SAP Murcia, Sec. 3ª, de 24 de septiembre de 2010 (ROJ SAP MU 2112/2010)

SAP Murcia, Sec. 5ª, de 14 de febrero de 2013 (ROJ SAP MU 381/13)

SAP Murcia, Sec. 3ª, de 14 de abril de 2016 (ROJ SAP MU 988/2016)

SAP Oviedo, Sec. 2ª, de 6 de mayo de 2014 (ROJ SAP O 1270/2014)

SAP Oviedo, Sec. 3ª, de 12 de febrero de 2016 (ROJ SAP O 360/2016)

SAP Palencia, Sec. 1ª, de 15 de marzo de 2012 (ROJ SAP P 154/2012)

SAP Pamplona, Sec. 2ª, de 29 de junio de 2010 (ROJ SAP NA 621/2010)

SAP Pontevedra, Sec. 4ª, de 8 de febrero de 2008 (ROJ SAP PO 272/2008)

SAP Pontevedra, Sec. 2ª, de 10 de mayo de 2011 (ROJ SAP PO 1274/2011)

SAP Pontevedra, Sec. 4ª, de 12 de marzo de 2013 (SAP PO 697/2013)

SAP San Sebastián, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2011 (ROJ SAP SS 179/2011)

SAP Sevilla, Sec. 4ª, de 17 de julio de 2012 (ROJ SAP SE 2643/2012)

SAP Sevilla, Sec. 4ª, de 2 de febrero de 2015 (SAP SE 136/2015)

SAP Soria, Sec. 1ª, de 22 de marzo de 2012 (ROJ SAP SO 78/2012)

SAP Soria, Sec. 1ª, de 18 de septiembre de 2015 (ROJ SAP SO 156/2015)

SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 7 de marzo de 2005 (ROJ SAP T 480/2005)

SAP Tarragona, Sec. 4ª, de 25 de julio de 2008 (ROJ SAP T 1714/2008)

SAP Tarragona, Sec. 4ª, de 10 de noviembre de 2010 (ROJ SAP T 1578/2010)

SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 23 de febrero de 2012 (ROJ SAP T 195/2012)

SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 22 de marzo de 2012 (SAP T 262/2012)

SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 10 de julio de 2012 (ROJ SAP T 991/2012)

SAP Tarragona, Sec. 4ª, de 13 de julio de 2015 (ROJ SAP T 905/2015)

SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008 (ROJ SAP TF 2584/2008)

SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 1 de junio de 2009 (ROJ SAP TF 1711/2009)

SAP Tenerife, Sec. 5ª, de 25 de mayo de 2012 (ROJ SAP TF 892/2012)

SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 17 de marzo de 2014 (ROJ SAP TF 287/2014)

SAP Toledo, Sec. 2ª, de 1 de abril de 2014 (ROJ SAP TO 221/2014)

SAP Valencia, Sec. 5ª, de 10 de mayo de 2005 (ROJ SAP V 2312/2005)

SAP Valencia, Sec. 2ª, de 17 de junio de 2005 (ROJ SAP V 3032/2005)

SAP Valencia, Sec. 2ª, de 27 de mayo de 2011 (ROJ SAP V 3253/2011)

SAP Valencia, Sec. 1ª, de 21 de diciembre de 2011 (ROJ SAP V 6437/2011)

SAP Valencia, Sec. 2ª, de 25 de enero de 2013 (ROJ SAP V 227/2013)

SAP Valencia, Sec. 2ª, de 10 de septiembre de 2014 (ROJ SAP V 3725/2014)

SAP Valencia, Sec. 2ª, de 13 de abril de 2016 (ROJ SAP V 1661/2016)

SAP Valladolid, Sec. 2ª, de 5 de marzo de 2012 (SAP VA 368/2012)

SAP Zamora, Sec. 1ª, de 2 de febrero de 2012 (ROJ SAP ZA 16/2012)

SAP Zamora, Sec. 1ª, de 25 de febrero de 2013 (ROJ SAP ZA 60/2013)

SAP Zamora, Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2015 (ROJ SAP ZA 293/2015)

SAP Zaragoza, Sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2012 (ROJ SAP Z 2698/2012)

SAP Zaragoza, Sec. 1ª, de 23 de octubre de 2014 (ROJ SAP Z 2206/2014)